

גמ'. אמר ר' יוחנן, שמעתי מהולכי "אושא" היכן שגלתה הסנהדרין אחרי יבנה] שהיו אומרים: מאיפה למדו חזקה ג' שנים. משור המועד, מה שור המועד, כיון שנגח ג' נגיחות, יצא מחזקת תם וקם לו בחזקת מועד³, וכן כאן, כיון שאכל שלש שנים, יצא מרשות מוכר ועומד ברשות לוקח. אם [תשאל] מה שור המועד אינו חייב [לשלם אלא חצי נזק] עד נגיחה רביעית כמו כן כאן עד [גמר] שנה רביעית לא עומד ברשותו [ולא הוי חזקה]. איך הם דומים⁴, שם מאז שנגח שלש נגיחות הוי מועד,

מתני'./ חזקת הבתים¹, והבורות, והשיחין, והמערות, והשובכות, והמרצאות, ובית הברין [מקום שבו סוחטים שמן מזתים], ובית השלחין [שדה פתוחה שיש לו מעיין שמקים אותה ממנו], והעבדים, וכל שהוא עושה פירות תדיר, חזקתן שלש שנים מיום ליום [אם החזיק בה שלש שנים שלימות אין צריך להביא שטר מכירה ואם ערערו עליה בעלים הראשונים וזה אומר "מכרת לי ואבד שטרי" חזקתו מועלת לו ואם לאו אין חזקתו מועלת לו לפי שכשאמרו ג' שנים לחזקה כל הראוי לצאת ממנה בג' שנים אמרו]. שדה הבעל [פי' שלא צריכים להשקותה אלא מי גשמים מספיקים לה, עושה פירות פעם בשנה], חזקתה שלש שנים ואינן מיום ליום, ר' ישמעאל אומר: ג' חדשים בראשונה, ג' באחרונה, ושנים עשר חדש באמצע, הרי י"ח חדש [שיש הממהרים לזרוע לפני ראש השנה וכיון שהחזיק בה סוף שנה ראשונה ג' חדשים ויש לו עדים שזרעה באותן ג' חדשים וכן בג' חדשים ראשונים של אחרונה הרי זו חזקת שלש שנים רצופות שאין לך אדם הרואה את חבירו שזרע את שדהו לאכול פרי העשוי לשנה ושותק], ר"ע אומר: חדש בראשונה, וחדש באחרונה, וי"ב חדש באמצע, הרי י"ד חדש. א"ר ישמעאל: כמה מדובר [שצריך י"ח חדש לשדה בית הבעל], כשדה לבן [שכל פירותיה נלקטין בפרק אחד לפיכך צריך ג' שנים], אבל כשדה אילן [שפירותיה נלקטים לפרקים ענבים בפרק אחד וזיתים בפרק אחר ותאנה בפרק אחר, אם] כנס את תבואתו [ייין של גפנים] ומסק את זיתיו, וכנס את קייצו [של תאנים], הרי אלו ג' שנים².

¹ עיי' שו"ע (ח"מ סי' קמא ס"א): שלש שנים שאמרו מיום ליום אפילו הוי חסדים יום אחד לא החזיק ומסלקין אותו ממנה, במה דברים אמורים בקרקע שהם עושים פירות [תמיד] הבתים והחצרות והבורות והשיחין והמערות והחנות והפונדקאות והמרצאות והשובכות ובתי הבדים ובתי שלחין [פירוש בתי הבדים. שעוצרין שם הזיתים, ופירוש בתי השלחין. שדות שצריך להשקותן ביד (תרגום ע"פ ויגע (דברים כה, יח) משלהי ולא ואתיות האה"ע מתחלפות), ופירוש שדה הבעל. שדה שהגשמים משקין אותה והרי הן לה כבעל הנותן הירון לאשתו להולידה ולהצמיח] שמשקין אותם תמיד וזורעים בהן נוטעים, והגנות והפרדסים, וכן עבדה אילן, אינה מיום ליום אלא כיון שאכל שלש תבואות מין גשמים בלבד ושדה אילן, אינה מיום ליום אלא כיון שאכל שלש תבואות מין 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: ויש אומרים דגם בשדה בעל ושדה אילן בעינן חזקה ג' שנים וכן נראה לי להורות. 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"א@@@ (פ"ח).

ה"ג שהן עושין פירות תמיד כגון הבתים והחצרות כו' - וגם בית הבדים מקרי עושים פירות תדיר, כי יש בני אדם שמצניעים כל השנה ודורכים במעט מעט (סמ"ע).

וזרעין בהן "ונוטלין" - ר"ל דנוטלין תמיד ראשון ראשון מיד אחר שנתגדל ודוק (סמ"ע). והגנות והפרדסים - נראה דפרס ג"כ דומיא דגינה קאמר שאין צומחין בו אלא מיני זרעים (סמ"ע).

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).

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

² בגדר חזקת ג' שנים, לפי פשוטו גדר חזקת ג' שנים הוא מדין אנון שהדי, דאף שהקרקע עומדת בחזקת הבעלים הראשונים מ"מ הך הוכחה מדלא מיחה היא כראיה גמורה וע"ז מפקינן להקרקע מיד המוחזק. וכע"ז מצינו בתוס' (ב"מ דף קי ע"א) בתירוצם הא' שכתבו דמיגו אינו מועיל כנגד חזקת ג' שנים דה"ל מיגו במקום עדים "דאנון שהדי שאם היה בא בגזל לא היה שתיק אלא היה מוחזק".

אמנם יש כמה הוכחות שאין זה גדר החזקה, עיי' ריטב"א: "א דאין חזקה מועלת אא"כ המחזיק יושב עכשיו בקרקע, אבל כשהקרקע ביד אחרים, לא מהני החזקה, והריטב"א חולק על זה דבכל ענין עלתה לו החזקה, וכן עיי' במאירי (ב"ק דף קיב ע"א) דס"ל כשיטה זו והוסיף בזה "דעדי חזקה אין מועילים אלא להעמיד המוחזק בחזקתו" יע"ש. ואי נימא דהוכחת החזקה היא בגדר "אנון שהדי" המועיל להוציא את הממון מיד הבעלים הראשונים, אין הבנה לדברי ה"א, אלא צ"ל דהוכחת החזקה אינה ראייה מספקת להוציא את הממון מיד הבעלים הראשונים ובאמת אילו היתה הקרקע נשארת בחזקת

הבעלים הראשונים לא היתה מועילה החזקה להוציא מידו, אלא גדר החזקה הוא דההוכחה מדלא מיחה מהניא לאשווי להמחזיק כמוחזק, דע"י שהחזיק ג'ש בלא מחאה וישב בקרקע כדוך הבעלים אנו רואים אותו כבעלים, והמחזיק קרקע בתורת בעלים חשיב כמוחזק. ומה"ט סברי ה"א דכ"ז הוא רק בגונא שהקרקע נמצאת כעת תחת ידו דבזה דייני' ליה כמוחזק, אבל כשהקרקע אינה תחת ידו לא שייך לדונו כמוחזק ולא מהני החזקה. ונראה עוד דגם הריטב"א שח"ל של שיטה זו לא נתכון לחלוק עליהם בעיקר היסוד דגדר החזקה הוא מדין מוחזק, אלא דהריטב"א ס"ל דמוחזקות זו שייכא גם כשהמחזיק אינו יושב עתה בקרקע, דכמו שלגבי הבעלים הראשונים א"צ שהבעלים הראשונים יושב בה עכשיו דלעולם הקרקע בחזקת בעליה עומדת ה"ה לגבי המחזיק וד"ק. והדברים מבוהרים להדיא ברשב"א לקמן דל"ב ע"ב, דהנה בתוס' לקמן דל"ב ע"ב כתבו דמיגו נגד חזמ"ק ה"ל מיגו להוציא, וברשב"א שם תמה עליהם דבכחלי פרקין מבו' שבהחזיק ג'ש מהני ליה מיגו להעמיד את הקרקע בידו ול"ח כמיגו להוציא, ות"י וז"ל ולדבריו הא דאמר' בכחלי פרקין מגו אפי' בארעא ה"מ היכא דאחזיק בה תלת שנין דבהכי נפקא ליה מחזקתיה דמוכר וקמה לה בחזקתיה דלוקח וכדאמר' בריש פרקין למאן דיליף לה משור המועד עכ"ל, ומבואר מדבריו כמש"נ דע"י חזקת ג' שנים נעשה המחזיק למוחזק וה"ל כמיגו להחזיק [ומש"כ הרשב"א דד"ז הוא לרבי ישמעאל דיליף משור המועד אין כונתו בדוקא לרבי ישמעאל דהא אנון קיי"ל כרבנן, אלא כונתו דגם רבנן לא פליגי אר"י בעיקר גדר החזקה וגם לדידהו גדר החזקה הוא דחשבו' להמחזיק כמוחזק].

וכן מדויק מלשון הרמב"ם, דברמב"ם בפ"א מהל' טו"ו ה"א כתב בזה"ל כל הקרקעות הידועות לבעליהן אף על פי שהן עתה תח"י אחרים הרי הן בחזקת בעליהן וכו', ולאחמ"כ בה"ב שם כתב וז"ל במה דברים אמורים שמצריכין ראובן להביא ראייה בשלא נשתמש בה זמן מרובה אבל אם הביא עדים שאכל פירות קרקע זו שלש שנים רצופות וכו' מעמידין אותה ביד ראובן עכ"ל. ומדויק מדבריו דחזקת ג'ש אינה בגדר אנון שהדי המועיל להוציא מבעלים הראשונים אלא רק סיבה להעמידה בחזקת המחזיק ולהוציא מחזקת הבעלים הראשונים וכמש"נ.

ולדברינו צ"ל דכל מש"כ התוס' בב"מ ה"ל דהחזקה הוי בגדר אנון שהדי הוא רק לענין לסתור את הוכחת המיגו, דלגבי זה "ל דראית חזקה עדיפא ממיגו וה"ל כמיגו במקום עדים, אבל לענין הוצאת מ"מ "ל שאין די בראיה זו, וכל מאי דמהניא החזקה הוא רק משום דע"ז נעשה המחזיק למוחזק ואדרבה הבעלים הראשונים הוא המוציא מחבירו וד"ק.

³ עיי' שו"ע (ח"מ סי' שפט ס"ה): העושה מעשה שדרכו לעשותו תמיד כמנהג ברייתו הוא הנקרא מועד, והמשנה ועשה מעשה שאין דרך כל מינו לעשותו כן תמיד כגון שנגח או נשך הוא נקרא תם, וזה המשנה אם הרגיל בשינוי פעמים רבות, נעשה מועד לאותו דבר שהרגיל בו, שנאמר (שם כא, לה) או נודע כי שור נגח הוא (הגרנ"פ).

⁴ עיי' רש"י פסחים ס ע"ב ד"ה הכי.

והשני (פי' הרביעית), כל שלא נגח מה משלם. כאן כיון שאכל שלש שנים היא עומדת ברשותו. אלא מעתה, חזקה שאין עמה טענה שיהיה חזקה שהרי אמרת ג' שנים מוציא מרשות המוכר, והרי למדנו במשנה: כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. למה [חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה. שכן מדובר שהבעלים הראשונים אומרים שאתה גנבת את זה, והוא אומר קניתי אותן]. שאומרים [בית דין] אולי כמו שאמר [הקונה, אבל] עכשיו שהוא לא טוען, וכי [אנחנו נטוען עבורו].

רב עזירא שאל: אלא מעתה, מחאה שלא בפניו לא תהיה מחאה [אם מיחה המערער בתוך שלש שנים לפני עדים שלא בפני המחזיק ואמר דעו שפלנו מחזיק בקרקע שלי בגזילה אינו מחאה], דומה לשור מועד, מה שור המועד, צריכים [להעיד שהוא נגחן לעשותו מועד בבית דין] בפניו, גם כאן, צריכים בפניו. שם נאמר "והעוד בבעליו" [כיון דהעזרה לחייבו ממון על נגיחותיו היא באה ולהעמיד שורו בחזקת מועד בעיניו בפני בעלים שידעו לטעון ולהכחיש העדים ולהביא אחרים להזימן], כאן חברך יש לו חבר, וחבר של חברך יש לו [חבר], ויאמרו זה לזה והדבר בא לאזניו ואינו יכול לומר אילו שמעתי הייתי זהיר בראיית זכותי, פי' הטעם של מחאה להתרות בו להיות זהיר בזכותיו היא באה, שזה טוען שבגזילה היא בידו הכא אפילו שלא בפניו].

ולפי ר"מ שאמר: ריחק נגיחותיו חייב [פי' שהעדים העידו שנגח ג' ימים רצופים], קירב נגיחותיו [פי' שנגח ג' פעמים באותו היום] לא כל שכן, [אם העומד בקרקע] אכל שלשה פירות ביום אחד, כגון תאנה [שאניה מתבשלת יחד ויש שאינה מתבשלת שחירת ולערב היא ראיה], שיהיה חזקה דומה לשור המועד, מה שור המועד, בזמן שיש נגיחה זו אין נגיחה זו, גם כאן [כדי שיהיה חזקה צריך להיות ש]בזמן שיש פרי זו אין פרי זו.

[אם כן שואל הגמ' אכלה תלתא פרי ביום אחד, כגון צלף [פרי שלא ניכר בו היום ונגמר לסוף ג' ימים], שיהיה חזקה. שם ישנו לפרי, אבל בישראל מתקדם והולך.

[אם כן שואל הגמ' אם] אכל שלש פרות בשלשים יום, כגון אספתא [מין זרע הוא לעשב בהמות ולסוף ל' יום הוא נגמר ועוקרין אותו וזורעין אחר במקומו ובתוך שלשים יום גוזזין אותו שלש פעמים], שיהיה חזקה. איך מדובר. שגדל קצת ואסף אותו [וזרע עוד פעם] וגדל קצת, ואסף אותו. [מתרין הגמ'] שם הוא משתמט שמשמט ואוכל [קודם זמן בישראל ואין זה אכילת כל הפרי].

[אם כן שואל הגמ' אם] אכל שלשה פרות בשלשה חדשים [שעקרה בסוף כל חדש וזרע אחרת], כגון אספתא, שיהיה חזקה.

מי הם "הולכי אושא" [שר' יוחנן הזכיר דבר זה בשם שלהם]. ר' ישמעאל, לפי ר' ישמעאל נכון [שכך ההלכה], שלמדנו במשנה, רבי ישמעאל אומר: במה מדובר, בשדה זרעים, אבל בשדה אילן, אם אסף את הנעבים, ואסף הזתים ואסף התמרים, הרי אלו ג' שנים [ויש לו חזקה]. לרבנן מה [ההלכה]. אמר רב יוסף, קרא נאמר "שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום", שהרי נביא [פי' ירמיהו] עומד בעשר [שנים למלכות צדקיהו] ומזהיר על אחת עשרה [שאז יגלו מהעיר, וצריכים שטרות להראות שקנו שדות שלהם, ומכאן רואים שבב' שנים אין מספיק לחזקה אלא צריכים ג' שנים]. א"ל אביי: שם [ירמיהו] לימד אותם עצה טובה [ובאמת חזקה הוי בשנה אחת ועכ"ז אמר להם עצה טובה שיהיה שטרו בידו מוכן לראיה ולא יזקק לעדים כשיעוררו עליו].

5 גמ' אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תהיו חזקה וכו', מד' הגמ' מבואר דלולא הילפותא משור המועד א"ש הא דבעי' טענה וכל הקו' היא רק לרבי ישמעאל דיליף לדין חזקה משור המועד, וכ"כ התוס' לקמן דמ"א ע"א ד"ה שלא אמר בסו"ד יע"ש. וצ"ב מה ענין זה למח' רבנן ור"י, ועי' ברש"י שכתב "דהא אמרת שלש שנים מפקי ליה מרשות מוכר" וכונתו צ"ב.

ונראה בכונת רש"י, הדנה ד"פ דכל הדין דבעי' חזקה שיש עמה טענה הוא רק במקום חזקת מ"ר' דבכה"ג א"א להוציא את הקרקע מחזקת המ"ר' בלא טענה, אבל בגונג דליכא מ"ר' וא' החזיק בקרקע וטען שלא אמר לי אדם דבר מעולם ודאי דא"א להוציא את הקרקע מידו, דכיון דאיהו המוחזק א"א להוציא את הקרקע מידו בלא ראייה. ולפי"ז י"ל בכונת הגמ', דלרבי ישמעאל דיליף משור המועד אין כאן חזקת מ"ר' כלל, דלדידיה גדר הילפותא הוא דג' אכילות מפקי מרשות מוכר ואין הקרקע בחזקתו ושפיר הק' הגמ' אלא מעתה חזקה שאין עמה טענה תהיו חזקה. ובזה יב' ד' רש"י הג"ל שכתב "דהא אמרת שלש שנים מפקי ליה מרשות מוכר", הדנה מד' רש"י מדויק שאין הנזיון על חזקת המחזיק אלא על חזקת המוכר, ולכ' כונתו למש"נ דעיקרא חידושיה דרבי ישמעאל הוא שלאחר ג' אכילות בטלה חזקת המ"ר' ולכך הק' הגמ' דא"כ א"צ טענה. וא"ש ג"כ הא דהק' הגמ' לקו' זו דוקא לרבי ישמעאל ולא לרבנן, דאליבא דרבנן לא מצינו כלל להאי יסוד שע"י ג"ש נתבטלה חזקת המ"ר' ושפיר י"ל דבעי' טענה, משא"כ לרבי ישמעאל דיליף משור המועד דבג"ש יצאה הקרקע מחזקת המ"ר' הוק' לגמ' דא"כ לא ניביעי טענה.

ובביאור תי' הגמ' "טעמא מאי וכו'" נראה שגם במסקנה לא חזרה בה הגמ' מעיקר היסוד דכל היכא דליכא מ"ר' א"צ טענה, אלא כונת הגמ' היא דבלא טענה ליתא להחזקה כלל ואל"ז סיבה להוציא את הקרקע מחזקת המ"ר', דכל ענין החזקה הוא רק לסייע לטענתו (וכלשון הגמ' "דלמא כדקאמר") ובמקום דליכא טענה אין לנו לבדות מעצמינו שהמחזיק קנאה מהמ"ר' וליתא להחזקה כלל, ונמצא שגם למסקנה לא חזרה בה הגמ' מסברת הה"א דלו יצויר שתבטל החזקה תועיל חזקה שא"ע טענה להחזיקו בקרקע, וכל התי' הוא רק שבלא טענה לא נתעוררה החזקה ונשארה הקרקע בחזקת המ"ר' וד"ק.

והנה בעיקר דין חזקה שאין עמה טענה נקט הקצה"ח בסו" ק"ג סק"א דה"ה בחזקת מטלטלין, אולם ברבינו יונה בסוגיין מבואר שלא כדבריו, דרבי' פי' דבס"ד סברה הגמ' דאליבא דרבי ישמעאל יש לדמות חזקת קרקעות לחזקת מטלטלין דכמו דבחקת מטלטלין יצא הממון מחזקת המ"ר' וא"צ טענה ה"ה בקרקעות ע"י חזקה יצאה הקרקע מחזקת המ"ר' וקיימא בחזקת המחזיק, ובב' תי' הגמ' כתב הר"י ב' טעמים לחלק בין חזקת קרקעות לחזקת מטלטלין - או דשאני מטלטלין לפי שהוא תפוס בהם, או משום דבמטלטלין איכא חזקה דאחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן יע"ש. ומכל דבריו נראה כמש"נ, דבמקום דליכא מ"ר' קפשיטא לן דא"צ טענה דסו"ס חשיב המחזיק מחזקו וא"א להוציא את הקרקע מידו בלא ראייה, וכל השק"ט בסוגיין הוא דבה"א סברה הגמ' שגם בלא טענה נתבטלה חזקת המ"ר' והר"ל כמטלטלין, ובמסקנה תי' הגמ' דבלא טענה ליתא להחזקה כלל ולא יצאה הקרקע מחזקת המ"ר'. ולכ' זהו גופא הטעם שבמטלטלין א"צ טענה, דהתם אין המטלטלין בחזקת המ"ר' (או מכאן התפיסה או משום דאחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן) ובגונג דליכא מ"ר' א"צ לטענה כדי להעשות מוחזק וכנ"ל.

(ג) תד"ה אלא מעתה, שיטת התוס' בפ"י הא' דקו' הגמ' קאי גם בלא אמר לי אדם דבר מעולם דכיון דהחזקת שתקן תלינן שמחל לו, ועי' ברבינו יונה שהביא פי' זה בנ"א דעי' שלא מיחה תלינן דאחיל ליה אחולי "והר"ל כמאן דאמר ליה לך חזק וקני", אכן מלשון התוס' משמע יותר דכונתם למחילה גרידא ולפי"ז מבואר מדבריהם דמחילה מהניא לגוף הקרקע וצ"ע בזה.

ועי' ברש"א שהק' להאי פירושא מה תי' הגמ', הא בחזקת תשמישים חזינן דג"ש הוי ראייה מספקת להוכיח שמחל לו ומ"ט בחזקת קרקעות בעי' טענה. ובפשטו צ"ל דהתוס' אזלי בזה לשיטתיהו לעיל בדל"ג ע"א שגם בחזקת תשמישים בעי' טענה ולדידהו ליתא להוכחת הרשב"א.

ועי' ברבינו יונה שהק' עוד על פי' זה היאך ילפי' משור המועד דבתלת שנים אחיל ליה אחולי. ונראה פשוט שהתוס' והר"י אזלי בזה לשיטתיהו, דהר"י ס"ל כהרמב"ן והריטב"א הנ"ל שגדר החזקה לרבי ישמעאל הוא דעי' ג' אכילות נעשה הלוך למוחזק ולזה הוק' לו דל"ש ללמוד משם דהוי כמחילה, משא"כ התוס' אזלי לשיטתיהו לעיל שפי' הילפותא היא לגבי שתיקת הבעלים דלאחר ששתק ג"פ הוחזק שתקן ותלינן שלא ימחה עוד, ולדידהו שפיר ילפי' דקו' הגמ' היא דכשהבעלים לא מיחו תלת שנין הר"י כמחילה.

והנה לעיל נתבאר ש"ש בגמ' "אלא מעתה" היינו למאן דיליף משור המועד, דבשלמא לרבנן דלא ילפי' משור המועד א"ש הא דבעי' טענה ורק לרבי ישמעאל דיליף משור המועד דבג"פ יצאה הקרקע מחזקת המ"ר' הוק' לגמ' דא"צ טענה. ולכ' להפי' הא' בתוס' י"ל עוד דכונת הגמ' לאפוקי מהס"ד דהילפותא היא כמלתא בלא טעמא דג' אכילות מפקי מחזקת המוכר, דבשלמא להה"א לא מצינו מקור לחדש שהבעלים מחל לו (וכקו' הר"י הנ"ל) ורק למסקנה דהילפותא היא דהוחזק שתקן הוק' לגמ' דא"כ גם בלא אמר לי אדם דבר מעולם תהני החזקה דחזקה שמחל ולא ימחה עוד ופשוט.

ועי' ברבינו יונה שהק' עוד דלקמן פרך הגמ' פשיטא דחזקה שא"ע טענה אינה חזקה ובסוגיין שקו"ט הגמ' מ"ט חזקה שא"ע טענה ל"ה חזקה, ותי' בב' אופנים או דהתם איירי בלא אמר לי אדם דבר מעולם דה"ל כהודאה ובסוגיין איירי בשתק או באמר לא אשיבך דבר, ובא"א תי' דקו' הגמ' היא מכאן ד' התרצן בדמ"א דהך הודאה שלא אמר לי אדם דבר מעולם אינה ודאי הודאה דליל טעמינן ליה לקחתיה ושטרא מעליא הר"ל ואירכס, וכע"ז כתבו התוס' לקמן דמ"א בת"י ה'ב'. וכל דרכים אלו הם רק לבאר במאי זכה המחזיק בקרקע, דאפילו אי נימא דחזקה שא"ע טענה הוי חזקה אכתי צריך לבאר במאי זכה המחזיק בקרקע, אולם ביסוד הדברים כ"ע מודו דהשק"ט בסוגיין הוא כמש"נ לעיל (אותו ר"ב) דבס"ד סברה הגמ' שגם בלא טענה יצאה הקרקע מחזקת המ"ר' וממילא נעשה המחזיק למוחזק, ולמסקנה חדשה הגמ' דכל ענין החזקה הוא רק "דלמא כדקאמר" ובלא טענה ליתא להחזקה כלל ולא יצאה הקרקע מחזקת המ"ר' וז"ב.

בעל השדה זה דלא מחאי לך היינו משום דאוברת לה שנה שניה דגלית אדעתך דלאו דידך הואי והלכך לא זרעת אותה. מה לומדים מזה. [הרי] למדנו [בפירושו]: חזקתן שלש שנים מיום ליום [שלא יהיה הפסק ביניהם]. מה הייתי אומר, מיום ליום לאפוקי [שנים] שאינם שלימות [כמו] ג' חדשים של שדה הבעל, ובאמת [יש חזקה] אפילו [אם הזמן] מפורזות, לכן לומדים [שלא].

אמר רב חמא: רב הונא מודה [דדי לו בחזקת אכילת שנים מפורזות], במקום שמוביחים הבעקה³ [פי' שנוהגין לזרוע שנה ולהוביר שנה שלא להכחיש את הקרקע, אז המחזיק בקרקע שנה ולא עובד שנה וכך עושה ג' שנים, יש לו חזקה]. זה פשוט [שזה חזקה כמו שאנשים מחזיקים בקרקע שם]. זה לא [פשוט, אלא] צריכים [להעמיד את הצירוף], שיש [אנשים בבקעה זו] שמוביחים ויש שלא מוביחים, ואדם זה [פי' הבעלים הראשונים] מוביר, מה הייתי אומר, [שיכול הבעלים הראשונים] לומר: אם זה שלך, היית צריך לזרוע, לכן לומדים [שלא] שיאמר לו [בחזרה]: איני יכול לשמור על קרקע א' בבקעה שלמה [אבל כשכולן זרועות שוכרין שומר בין כולם], או, כך אני רוצה חשזה עושה יותר [פירות לשנה הבאה].

למדנו במשנה: חזקת הבתים, והרי בתים, שיודעים [מי נמצא שם] ביום, ולא יודעים בלילה [ועכ"ז יש חזקה]. אמר אביי: מי מעיד על [חזקת] בתים. שכנים, ושכנים יודעים ביום ובלילה⁴. רבא אמר, כגון שבאו שנים ואמרו: אנחנו שכרנו [את הבית] ממנו, וגרנו בה שלש שנים ביום ובלילה. אמר רב יימר לרב אשי: אלה [הדיירים] נוגעין בעדותן הן [ואיך הם נאמנים], שאם לא תאמרו כך [ששכרו ממנו הדירה], אומרים להם: לכו ותתנו לו שכר הבית לזה [פי' הבעלים הראשונים]. א"ל: דיינים שאינם בקיעים דנים כך [לקבל עדות אלו אם כבר נתנו שכר הבית למשכיר], וכי לא מדובר כגון [שהשוכרים] לקחו שכר הבית ואומרים [לבית דין] למי להביאו⁵.

אמר מר זוטרא [אע"ג שצריך ג' שנים רצופות אפ"ה אין מחיבין את המחזיק להביא עדים שיעידו בפירוש על כל הימים והלילות אלא יעידו סתם שראוהו דר ג' שנים ומסתמא אם דר בבית אף בלילות דר בן, ואם טוען ואומר [אני ראיתיו שלא דר בלילות בביתי ולכך לא מחייתי ואין חזקתך חזקה, ואם כדבריו]: שתביאו ב' עדים להעיד שדר בו שלש שנים יום ולילה, טענתו טענה [וצריך שיבואו עדים של לילות וימים דכיון שטען טענת ברי].

שאם לא תאמר כך [הרי שלח ירמיה לאותן שהיו בבבל, שגלו עם יכניה י"א שנה קודם גלות צדקיהו, וזה שירמיה אמר להם], "בנו בתים ושבנו ונטעו גנות ואכלו את פריהן" מה [ירמיה] אמר, [פי' הוא אמר שלא תצאו משם עד מלאת לבבל שבעים שנה, ולמה הזהירם על זאת לבנות ביתים וכו']. אלא עצה טובה [ירמיה] מלמד אותם, גם כאן [לענין השטרות] עצה טובה [ירמיה] מלמד אותם. תדע [ראיה לכך שהוא רק עצה טובה], שנאמר "נתתם בכלי חרש למען יעמדו ימים רבים" [וזה ודאי עצה].

אלא אמר רבא [טעם למה דווקא ג' שנים היא חזקת בתים וכו']: אדם מוחל [על פירות קרקעו אדם האוכלן] השנה הראשונה, [וכן] שניה הוא מוחל, [אבל] שלש הוא לא מוחל. אמר לו אביי: אלא מעתה [אם הוא מוחל ב' שנים], כאשר חוזר הקרקע [לבעלים הראשונים], שתחזור אותו ללא הפירות, והרי אמר רב נחמן: [כאשר] חוזר הקרקע [לבעלים הראשונים, הגבגב צריך] להחזירו פירותיו.

אלא אמר רבא [טעם למה דווקא ג' שנים היא חזקת בתים וכו']: שנה ראשונה אדם לא מקפיד [על מה שזה יורד לתוך שדהו של חבירו בלא רשותו ומיהו הוא לא מוחל לו פירותיו, וכן בשנה] השניה לא מקפיד, [אבל] שלש [שנים אדם] מקפיד. א"ל אביי: אלא מעתה, כגון אלה, מעתה "בר אליש"ב" שמקפידים אפילו על מי שדורך על התחום שלהם, גם כן שמיד הוי חזקה [מי שירד לנכסיהם הואיל ולא מיחו בו]. ואם תאמר, נכון [שחזקתם מיד], אם כן, נתת דברך לשיעורין.

אלא אמר רבא [טעם למה דווקא ג' שנים היא חזקת בתים וכו']: שנה ראשונה אדם נזהר בשטרין [שבו קנה את הקרקע], שנים ושלוש [שנים] נזהר, [אבל] יותר מזה לא נזהר [אדם בשטרין]. אמר אביי: אלא מעתה, מחאה שלא בפניו לא תהיה מחאה, שאמר לו: אם היתה מוחה בפני הייתי נזהר בשטרי [אפילו יותר מג' שנים. רבא מתרץ, היורד לתוך הקרקע] יאמר לו: חברך יש לו חבר, וחבר של חברך יש לו חבר [ונודע לך שמחיתי ואם היתה לקוחה בידך כדברך היה לך להזהר בשטרך יותר מג' שנים].

אמר רב הונא: שלש שנים שאמרו, הוא שאכלן רצופות²⁷ [אבל אם הניחה שנה שניה ואחר כך אכלה שתי שנים שלישית ורביעית מצי אמר

⁶ ע"י שו"ע (ח"מ ס' קמו ס"א): מחאה מבטלת החזקה, אפילו מיחה המערער שלא בפני המחזיק, אפילו הוא במדינה אחרת אם שיירות מצויות ביניהם ובלבד שתהיה בפני עדים ודי בפני ב', ואפילו זקנים וחולים אע"פ שאינם יכולים לילך ולהודיע למחזיק שהם יאמרו הדבר לאחרים ואחרים לאחרים עד שישמע למחזיק.

אף על פי שאינם יכולים כו' - דחברך חבא אית ליה וחברא דחברך חבא אית ליה (סמ"ע).

⁷ ע"י שו"ע (ח"מ ס' קמ ס"ח): בתים שהם לדירה 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, אז צריך המחזיק להביא עדים שיעידו בפירוש 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 ראיתי שיצא ממנו בלילות אחר שישנו השכנים לא הוי חזקה אא"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, טענינו ליה, ולהרמב"ם אפילו לא טען המערער 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, טענינו ליה ואומרים למחזיק הבא עדים שהחזקת בו ביום ובלילה שלש שנים. הגה: ורבנו תם והרא"ש חולקין על כל זה, אלא שכל שהעידו השכנים שדר בו כמנהג שרגילים השכנים לידע אף שלפעמים יצאו השכנים לעסקיהם מהעיר ולא ידעו אם נשאר המחזיק בבית בעוד שלא היו בעיר אלא מעידין שכשיצאו מן העיר הניחוהו בבית וכשבאו מצאו אותו דר בו, הוי חזקה, ואם אמר המחזיק לעדים סתם העידו לי שדרתי בו שלש שנים בחזקת ימים ולילות אע"פ שאיני יודעים שדר בו כל הימים וכל הלילות אלא שראוהו שדר בו מקצת ימים ומקצת לילות, טענתו טענה ומספיק עדותן אם יעידו כדבריו, ואפילו אם יטעון המערער ברי לי שלא דר בו בלילות וכן אם היו הדרים בו ורכלים המחזירים השכנים לידע אף שלפעמים מן הבית ולא דרו בו שלש שנים רצופים הואיל והוי שלש שנים בחזקתך, הוי חזקה אע"פ שהיו מחזירי ימים רבים ולא לנו בבית, והוא הדין לשאר מחזיק שיצא לפעמים מן הבית אחר עסקיו ומיד כשבא היה חוזר לבית מקרי חזקה בשלש שנים, וכן מקומות בית הנכנסת אם מעידים העדים שישב עליה כל עת שנכנס לבית הנכנסת אע"פ שלפעמים שינה מקומו מחמת אבילות או לא נכנס לבית הנכנסת, הוי חזקה, הואיל ועשה בחזקה כמנהג העולם, ונ"ל שכן ראוי להורות אע"פ שיש חולקין. מקומות של בית הנכנסת שהמנהג שכל אחד כותב שמו עליו הוי כשטר וכל מי ששמו עליו הוי שולח ואין למערער בו כלום.

ביאור: בתים שהם לדירה - צ"ע אם בתים דלא קיימו לאגרא אי מהני בהו חזקת ג' שנים, ד"ל כיון דהבתים לא קיימו לאגרא לא רצה למחות דזה נהנה וזה לא חסר הוא, או דילמא דמ"מ היה לו למחות בכדי שלא יחזיקו 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' דברר מחמת ממון מחזיקין בנכסיו, מ"מ בבתים "ל דלא מהני חזקה כיון שמבואר בסימן סס"ג סעיף י' בהגה דאם בעה"ב אינו בעיר ואין מי שמשתדל להשכירו הוי כחצר דלא קיימא לאגרא, וא"כ "ל דלכך לא מיחה במקום שהוא שם, כיון דבלא"ה לא קיימא לאגרא לא איכפת ליה, וצ"ע לדניא (פ"ת).

אם היה המערער רוכל כו' טענינו ליה - הטעם שאמרין דלא ידע למיטען ברי כיון דאינו דר בעיר (סמ"ע), וכ"ש ביתומים או שלא בפניו. אמנם נ"ל דזה לא קאי רק דטענינו ליה שלא דר בו בלילות לענין שצריך שוכנים, אבל הרי ודאי לא טענינו ליה דשמה יצא אחר שישנו השכנים דנצריך עדות השוכרים דוקא, ולהש"ך בס"ק העיקר כדעה זו, ואם כן כל חזקה שלא בפניו או ביתומים בעינין בבתים שוכרים דוקא, ולא אישתמיט שום פוסק לכתוב כן. אלא ודאי דזה לא טענינו ליה, דמילתא דלא שכיחא גמור הוא ולא טענינו ליה. ואפילו בטוען כן לא שמענו מי שנהג כהש"ך, והעיקר כהרמ"א. וגם להמחבר נראה הדבר תלוי בראות עיני ב"ד, דאם הוא דר עם אשתו ובניו והרבה כלי תשמישים, ודאי אין סברא לומר שיקר דירה בלילה וחוזר והנכנס ביום (נתה"מ). ע"י המשך בהערה .

רב הונא בנו של רב יהושע: ולא אמרו אלא [אם] היא בר זריעה, אבל [אם] היא איננה בר זריעה, קנה אותה [הבית רובע] אגב הקרקע. רב ביבי בר אביי שאל: אלא מעתה, במה יקנה אבן [פי' קרקע שאי אפשר לזרעו, איך יהיה לו חזקה ג' שנים]. אלא בהעמדת חיותיו שם, ושטיחת פירות בה⁸, וכן כאן [בבית רובע ז',] הוא [היה] צריך להעמיד שם חיות שלו¹², או לשטות בה פירותיו.

איש אחד אמר לחבירו¹³: למה אתה בבית זה [הרי הוא שלי]. אמר לו: קניתי ממך ואכלתי שני חזקה. א"ל: אני הייתי בחדרים הפנימיים [ושם עיקר דירתו והייתי עובר דרך עליך ומשתמש עמך בבית החיצון שדרת בו ברשותי ולכך לא מחיתי], בא לפני רב נחמן [לדין תורה]. אמר לו: לך תברר אכילתך [בעדים, שדרת בבית לכרך ג' שנים בלא אותו שם עמך כדון כל חזקה ג' שנים שצריך להביא עדים שהחזיק בה חזקה גמורה, ואז זכית בבית בחזקה ג' שנים]. אמר לו רבא: וכי כך הוא ההלכה. [הרי] המוציא מחבירו עליו הראיה [דהיינו מוכר שהרי לוקח מוחזק].

ושאלו סתירה בדברי רבא, ושאלו סתירה בדברי רב נחמן, שאחד

ומר זוטרא מודה⁸, ברוכלין המחזירין בעיירות [למכור קישוטי נשים ואינו חוזר לעירו כי אם לזמן ארוך], שאע"ג שלא טוען [כך], אנחנו [פי' הבית דין] טוענים עבורו [דלילמא משום שהוא לא קבוע בעיר החזיק זה בביתו וכאשר היה בא בעיר היה יוצא המחזיק מן הבית, ולא ידע זה המערער מעולם שהחזיק זה בביתו ולכך שתק ולא מיחה הלכך יביא המחזיק עדים שלא יצא מן הבית כל שלש השנים אפילו לילה אחת]. ומודה רב הונא⁹, בחנות של "מחוזא" [שמוכרין בהן לחם ויין], שעובד [רק] ביום ולא עבוד בלילה [אם הבעלים טוענים תביא ראייה שהיתה שם גם בלילה, לא חוששים לטענתו, ואע"ג שלא דר בו בלילות חזקה מעולה היא, שאין דירתם אלא ביום].

רמי בר חמא ורב עוקבא בר חמא קנו שפחה יחד, רב [אחד] השתמש בה [שנה] ראשונה שלישי וחמישי, ורב [אחד] השתמש בה [שנה] שניה רביעית וששית [שאין אחד מהן יכול להחזיק בה ג' שנים רצופות להפסיד חבירו], ויצא עליה ערער [שטוען א' שהוא הבעלים שלה, וזה שמכר לכס הוא גנבה אותה ממני]. בא לפני רבא, אמר להם: למה עשיתם כך [לחלק זמני השתמשותה]. כדי שלא תחזקו אחד על השני¹⁰, כמו שטר אינו חזקה, כך גם לעולם אינו חזקה. ולא אמרו אלא שלא כתוב שם חלוקה [בעדים שתעבור לזה שנה ולזה שנה], אבל כתוב שטר חלוקה, יש לו קול [ויש להם חזקה עליה, י"א שהחזקה מידי, שזה כאילו שא' קנה אותה בפניו, וי"א רק אחרי ג' שנים, ועיקר אחרי ג' שנים].

אמר רבא: [מי שהחזיק ג' שנים בקרקע] ואכל [פירות השדה] כולה חוץ מבית רובע¹¹ [שלא זרעה], קנה כולה חוץ מבית רובע [שבעלים הראשונים יאמר לו אם זה שלך, למה לא זרעת והלכך לא מחיתי]. אמר

⁸ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמ"ט): הוב"ד לעיל הערה 7.

⁹ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמ"ט): החנויות של תגרים וכיוצא בהם שאין דרים בהם אלא ביום, כיון שדר בהם ג' שנים ביום הרי זה חזקה. הגה: ויש אומרים דבעינן שהחזיק בהן ששה שנים ביום, ויש מחלקים דאם היתה כבר חנות סגי בחזקה ג' שנים אבל אם היה כבר בית והוא עשה ממנה חנות, צריך להחזיק בה ששה שנים ביום, וכסברא זו נראה להורות.

שהחזיק בה ג' שנים ביום כו' - ולא דמי לבית רוכלין או שאר סוחרים דק"ל דאף דיצאין מביתם בשנה פעמים הרבה ושוהין טובא אפ"ה א"צ להשלים ביטולם ובג' שנים סגי כמ"ש בסעיף ח', דשם אין זמן בטילתם ידוע ואין קבע לביטולם פעמים רב ופעמים מעט, ואם לא יזדמן לו עסק לא יצא, משא"כ חנויות זומן 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 לישב עליהן בעת בואו להתפלל, לכך מחשב הישיבה עליהן ג' שנים בעת התפילה כאילו דר במשך 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). אבל אם היה כבר בית כו' - הטעם, וכיון 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).

¹⁰ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמ"ט): שני שותפים שהחזיקו בשדה ששה שנים האחד אלאה אג"ה והשני אכלה בדי', לא עלתה חזקה לשום אחד מהם, ואם עשו חלוקה זו בשטר כיון שעבר שלשה שנים עלתה להם חזקה, וכן אם טוענים שלקחו שדה זו מפלוני ועשה להם המוכר שטר מכר כיון שעברו שלשה שנים עלתה להם חזקה, והוא הדין לעבד שהחזיק בו בענין זה.

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 יחלק בסביבו, 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 נחשבינן כחד כיון דיש לשטר קול דקנו אותו יחד, והוא ליה להמערער למחות קודם כלות שלש שנים (סמ"ע).

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 באף על גב דלא יכיל שטר שותפות להן, אפילו הכי חזקתן חזקה מיד אחר ג' שנים הראשונים, אף על גב דלא יכיל שטר שותפות להן, אפילו הכי חזקתן חזקה מיד אחר ג' שנים הראשונים, 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).

¹¹ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמ"ט): אכלה כולה חוץ מבית רובע פירוש. שיעור קרקע כדי שיוכל לזרוע בו רובע הקב, החזיק בכולה 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 בל אגב השדה.

¹² עי' ש"ע (ח"מ סי' קמ"ט): הוב"ד לעיל הערה 11.

¹³ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמ"ט): הביא המערער עדים שזו השדה שלו וזה שבתוכה טוען ממך לקחתה ואכלתה שני חזקה, טען המערער ואמר היאך נתעוון שלקחת ממני היום ג' שנים ובאותו זמן לא הייתי במדינה זו, מצריכין זה שבתוכה להביא ראייה שזה פלוני שמערער היה עמו במדינה בזמן הזה שטוען שמכר לו אפילו יום אחד כדי שיהא אפשר שימכרו, ואם לא הביא מסלקין אותו.

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

עי' ש"ע (ח"מ סי' קמ"ט): ויש מי שאומר דדוקא כשמזכיר היום שמכר לו, אבל אם אינו מזכיר היום אין צריך להביא ראייה שהיה כאן ביום שקנאה, ואפילו אם יאמר המערער אמור באיזה יום קנית אותו אין מזקינן אותו לכך, ויש אומרים דדוקא בשעת חירום, אבל שלא בשעת חירום אף על גב שאמר ליה זבינית מינך ביום פלוני לא בעי לאתויי ראייה דאותו יומא הוה בהדיה (דדילמא מוכר לו על ידי שליח).

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

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

וי"א דדוקא בשעת חירום כו' - פירוש, באותה העת שטען שקנאה ממנו הוה שעת חירום ולא היו השיירות מצויות לעת ההיא, אבל א"כ במשך ג' שנים היו השיירות מצויות, דא"כ זה פשוט 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 שמבורר בעדים שלא היה בזמן זה סמוך ליום המכירה במדינה, דלא שכיח שיבוא בזמן אותו כיון שהיה שעת חירום, ולכן לא מהני מיגו, דלא מהני מיגו במקום דלא שכיח כמ"ש הסמ"ע בס"ק כשאומר שבא ומכר, אבל בדליכא עדים כלל, ודאי דאין נאמן לומר שלא היה במדינה, כמו שאין נאמן לומר לא מכרתי לך, כיון שיש לו חזקה ג' שנים והוא לא מיחה (נתה"מ).

דדילמא מכר לו ע"י שליח - ואפילו אמר ממך זבנתי 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).

ולא ידעתי ולכך לא מחיתין], אמר לו: והרי יש לי עדים שכל שנה היתה בא לשלשים יום [ולא מחית נגדין]. א"ל: שלשים יום [אלה] הייתי טרוד בשוק [למכור סחורתי ולקנות אחרת ולא ידעתי שאתה דר בביתי וכגון שיש לו בית אחר באותה העיר שהיה מתאכסן שם כל ל' יום]. אמר רבא: אדם אמור להיות טרוד בשוק כל שלשים יום [ולכך אין לו חזקה]. איש אחד אמר לחבירו¹⁴: למה אתה בקרקע זו. אמר לו: קניתי אותה מפלוני שאמר לי שקנה ממך. אמר לו: [וכן] אתה לא מודה

אמר לחבירו¹⁴: כל נכסי של בית "בר סיסין" [שקניתי ממנו] מכורים לך, והיתה קרקע אחת שהיה נקרא של בית "בר סיסין" [ואין ידוע אם קנאה מ"בר סיסין" לפיכך נקראת כך או כך שמה מעולם וירושה היא לו מאבותיו], אמר לו: הרי הוא אינו משל "בר סיסין", ונקרא של בית "בר סיסין" [והלוקח טוען שזה בכלל המכירה והמוכר מכחיש]. באו לפני דרב נחמן [לדין תורה], והעמידו ביד הלוקח [שהמוכר צריך להביא עדים]. א"ל רבא: וכי ההלכה כך [להוציאה מספק מתחת יד המוכר שהוא מוחזק. הרי] המוציא מחבירו עליו הראיה [דהיינו לוקח עליו להביא ראיות זכות ומאחר שאין לו ראיה יפסיד. רואים שדבריו] רבא קשים א' לשני, ו[כן] דברי רב נחמן] קשים א' לשני [דלעיל רב נחמן העמיד הקרקע ביד המוכר, ורבא ביד הלוקח וכאן להיפך].

[עונה הגמ' אין קושי [וסתירה] בדברי רבא: שם מוכר עומד בנכסיו, וכאן הלוקח עומד בנכסיו. גם כן אין קושי [וסתירה] בדברי רב נחמן: כיון שאמר לו "של בית בר סיסין" [והיה הקרקע] נקרא "של בית בר סיסין" [שכולם קוראים לו של בית בר סיסין ונראים הדברים שלפיכך נקראת כך, שכן קנאה מבית בר סיסין], עליו [פי' המוכר] להוכיח שזה אינו של בית בר סיסין, אבל כאן [בלאה שורים בחלק החיצון של הבית] לא יהיה [הצירוף] אלא [דומה] למביא שטר, וכי לא אומרים לו: קיים שטרך ותקום בניכוסך [וכאן החזקה של ג' שנים עומד במקום השטר, והוא צריך להוכיח על חזקתו שהיא נכונה].

איש אחד אמר לחבירו¹⁵: למה אתה בבית זו. א"ל: קניתי אוות ממך, ואכלתי שני חזקה. אמר לו: הייתי בארץ רחוקה [שאינן השיירות מצויות

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]. והלך למקום שאינו יכול למחות - אם בתחלה ידע שזה יחזיק בשלו ולבסוף הוא יצא לטעון דהוי טרידנא ולא זיעתי 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 בתחלתו, ועוד, כיון דלא אמרו בש"ס רק כל תלתין יומין בשוקא טריד, משמע דתיכף אחר כלות יום השוק שוב אינו טריד, רק כאן משום דסוף השלשים יום היה סוף השלש שנים,, אם קודם כלות השלש שנים הלך למקום שלא יהיה יכול למחות והיה יודע שלא ישוב יחזיק ששלו שנים עד סוף הג' שנים לכ"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].

¹⁶ ע"י ש"ע [ח"מ ס"י קמו ס"ג]: הרי שאכל שדה זו שנים רבות ובא המערער וא"ל מה לך ולשדה זו, הודה וא"ל יודע אני שהיתה שלך אבל פלוני מכרה לי והוא לקחה ממך, ואמר לו המערער פלוני שמכר לך גזלן הוא, הואיל והודה שהיא שלו ושלאל לקחה ממנו תחזור השדה וכל הפירות למערער אע"פ שאין לזה המערער עדים שהיא שלו, ואין המחזיק יכול לגבות מעותיו מהמכר מפני שיאמר לו אילו לא הודית לו שהיתה שלו לא היו מוציאים אותה מידך. וא"ל יודע אני שהיתה שלך כו' - וה"ה אפילו אינו יודע זה אלא מפי המוכר שאמר לו שהיתה של המערער, מיקרי יודע, וה"ל שלו ודאי וקניתי המוכר מהמערער הוא ספק, ואין ספק מוציא מידו ודאי [ע"י לקמן ס"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 אין ספק מוציא מידו ודאי [דלא כסמ"ע] (ש"ך), לפי דברי הסמ"ע קודם 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, ומש"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 שאמר 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].

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

ואין המחזיק יכול לגבות כו' אילו לא הודית לו שהיתה שלו כו' - אינו חוזר עליו כיון שבפשיעתו הפסיד, שאם אמר קניתיה מפלוני ולא יתור, 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 דברך 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 בל 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, הוי גרמא בעלמא הוא (נתה"מ).

¹⁴ ע"י ש"ע [ח"מ ס"י ריח ס"ה]: האומר לחבירו שדה ראובן אני מוכר לך, וכיון שבא הלוקח להשתמש בה אמר ליה המוכר אינו זו השדה שהיתה של ראובן, אלא כך היא קרויה ולעולם לא היתה לו, אלא זו שהיתה של ראובן ולקחתיה ממנו והיא שמכרתי לך, על המוכר להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה זוהי הלוקח בוז שכל העם קורין אותה של ראובן.

ביאור: על המוכר להביא ראיה - פירוש, ראיה דזו לא היתה של ראובן, ואם מביא ראיה, א"צ לינתו לו אלא האחרת, אף שאין קורין אותה ע"ש ראובן, דמסתמא האומר שדה ראובן ר"ל השדה שקניתי מראובן, וכיון שבמביא ראיה שזו לא קנה מראובן לא היתה דעתו על זה (סמ"ע).

¹⁵ ע"י ש"ע [ח"מ ס"י קמו ס"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 במקום שמחזיק בו למקום שהמערער בו, אבל אם היתה מלחמה ושיבוש דרכים בין מקום זה למקום זה, לא הוי חזקה, ואפילו יש עדים שבא המערער כאן לשוק ושהה כאן שלשים יום והוי 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. ויש מי שאומר שדין זה אינו אלא בכפרים שהעם טרודין בשוקיהם שלהם. הגה: ויש אומרים דמזה יש ללמוד דהכל הולך אחר סוף הג' שנים, שאם היה בתחילתו במקום שאין יכול למחות ובסוף במקום שיוכל למחות הוי חזקה, ואם היה בתחילתו במקום שיוכל למחות והלך למקום שאין יכול למחות לא הוי חזקה דמה שלא מיחה בתחילה יש לומר שסמך למחות בסוף ולשוב אלא שלא זדמן לו.

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 אמרין דשקורי קמשקר, ואפילו אם המערער הוא אינש דרגיל להקפיד מלהאכיל לאחרים משדחו, אמרין דלא קפיד עמו או לפירות הורידו או כפי שאר טענה של המערער (סמ"ע).

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

בכפרים שהעם טרודים כו' - מיירי דווקא בירידיים דכשהם בכפרים מתאספים עם רב ביותר משום דריוחי' להו עלמא טובא, וטעמא, דבעיירות רגיל להיות יומא דשוקא בכל שבוע משום הכי אין העם טרודים בו כל כך (סמ"ע). דמזה יש ללמוד כו' - מדצריכי' לטעם דטרוד היה בשוקא, משמע הרי בלאו זה טעמא הוי חזקה אף על גב דלא אף היה עמו בכל ג' שנים עד סוף שנת ג'. והטעם, כיון דאין לו זמן למחות אלא זה היה לו למחות מיד, ומינה נמי איכפא, דאם היה עמו בתחילה ולא בסוף דיכול להתנצל ולומר אמרתי עדיין יש לי זמן (סמ"ע).

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, שאמרין דעתו היה למחות אלא שלא נזדמן לו, ודוקא היכא שהיה אונס גמור בסוף שלש הוא דאין לו חזקה, ומשום שאמרין דעתו היה למחות אלא

שקרקע זה שלי היא, ואתה לא קניתי אותו ממני [ולכן אפילו אם יש לו חזקה ג' שנים, הרי חזקה שאין עמה טענה, שהוא אינו יודע אם היתה של אותו שמכרה לו אם לא. אמר המערער למחזיק לך מכאן, אתה לא בעל דין שלי [ואני מוחזק בה יותר ממך שאתה לא החזקת ג' שנים], אמר רבא: הוא [פ' המערער] אמר לו [על פ' ההלכה¹⁷] [והוא צודק].

איש אחד אמר לחבירו¹⁸: למה אתה בקרקע זו. אמר לו: קניתי אותה מפלוני ואכלתי שני חזקה [אבל אין לו עדים שהמוכר החזיק בו אפילו יום א']. אמר לו: פלוני הוא גזולן [בשרה זו, שגולה ממני, ואם היה לו עדים שהמוכר החזיק בו יום א' אינו יכול לטעון הוא גזולן, שכן טוענים ללוקח], אמר לו: והרי יש לי עדים שבאתי לשאול אותך [עצה], ואמרת לי "לך לקנותה". אמר לו: השיש [פ' אתה] נוח לי [לריב איתך ולהוציא הקרקע ממך בדין, אבל] הראשון קשה יותר ממנו [פ' ממך]. אמר רבא: [המערער] אמר לו [על פ' ההלכה].

כמו מי [רבא אמר כך]. כאדמון. שלמדנו במשנה: המערער על השדה ו[המערער עצמו] חתום על [השטר מכירה] בתורן עד, אדמון אומר: אין בזה הסכמה שהוא יכול למכור אותה, ואינו שלי, שכל מה שעשיתי הוא משום [שהשני נוח לי] [להוציא ממנו את הקרקע בדין], והראשון קשה הימנו, והכ"א: איבר את זכותו¹⁹ [שבוה שחתם על השטר כאילו הסכים

¹⁷ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמו ס"ג): הוב"ד לעיל הערה 16.

¹⁸ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמו ס"ז): אם לא הביא המחזיק עדים שדר בה המוכר יוסע, וטוען המערער שהמוכר זהה, או אפילו יש לו עדים שדר בו המוכר יום אחד, אלא איש למערער עדים שהוחזק המוכר גזולן על שדה זו וגזולן אלו חזקה, והביא המחזיק עדים שנתייעץ 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 הגזולן, אבל אם כופר ואומר מעולם לא יעצתיך לקנותה וזה מביא עדים שיעצו, מחייבים למערער.

ויעצו לקנותה – ו"א דדוקא בדיבור בעלמא לא איבד זכותו, אבל אם היה המערער סרסור ביניהם, איבד זכותו, דהוי כחתם עליה בעד (ע"י 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 זבינתה 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 ככה"ג, כיון דלפי דבריו שהמערער נעשה סרסור הרי יש ראייה דמסתמא המערער מכר השדה למי שמכר לו (פ"ת).

אתה נוח לי - דוקא כל כה"ג דלא עביד מעשה, אבל עביד מעשה לא אמרינן הכי כשאמרינן בריש סימן קמ"ז (סמ"ע), עיין ש"ך בסימן ש"ו ס"ק י"ב? (נתה"מ).

שם - כהנה רבות בהתלמוד ובפוסקים דמהני טענה זו לדינא, מ"מ נראה דלא שפיר עבד שנתן לו עצה לטובתו ומכשילו ומציל ממנו שלו בממון חבירו, ועל כזה יקראו חז"ל לפני עור לא תתן מכשול (סמ"ע).

אם כופר כו' עד וזה מביא עדים שיעצו כו' - נראה דאפילו אם אחר שבאו עדים והוא אמר דמהני דהני נוח לי יעצו, לא מהני כיון שכבר כפר, ולא אמרינן בזה מילי דכדי לא דכירי אינשי (סמ"ע).

ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמז ס"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 לה"ם והלה הביא עדים לדבריו מחייבים המערער בכך.

¹⁹ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמז ס"ה): ראונו שמכר לשמעון שדה והיה לוי מעדי השטר, ובא לוי לערער על השדה ולטעון שראובן גזל אותה ממנו, אין שומעין לו ואין משגיחין על ראיות שביא על אותה שדה והרי איבד כל זכותו, שאומרים לו היאך תעיד על המכר ותבא ותערער. הגה: ודוקא שחתם עם עד אחד, אבל אם חתם לבד לא אבד זכותו, ד"ל מה שחתם כי היה יודע שאין חתימת עד אחד כלום, וכן אם לא חתם בעד רק לכבוד בעלמא לא אבד זכותו. ראונו שמכר שדה לשמעון כו'. עיין בתשובות מבי"ט ח"א/ח"ב/ סי' פ"א

ובתשו' מהרשד"ם סימן ל"ו ועיין בתשו' מבי"ט ח"ב/ח"א/ סימן ר"ד (ש"ך). ואין משגיחין על ראיות שביא 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 מהגזולן, ולכך הוי הודאה (נתה"מ). היאך תעיד על המכר ותבא ותערער - דוקא ככה"ג דעבד לוי המערער מעשה, שחתם בשטר או העיד בפיו בבית דין, משא"כ בנתן לשמעון המחזיק עצה לקנותו, וכמ"ש לעיל בסימן קמ"ו סעיף י"ז, וגם בסוף סימן זה חזר וכתבו. וגם דוקא כשמערער ואומר שהשדה היתה גזולה מידו, אבל מלוא שחתם בעד כשמכרה הלה לאחר, חזרו וטרוף מידו, כמ"ש בסימן ק"א סעיף י"ז, דכיון

שיש לו מכור זכות למכרו. אפילו אפשר לומר [רבא אמר כן] רבנן, שם עשה [המערער] מעשה, אבל כאן [הוא רק] עשה דיבור, ואדם אמור לדבר במקרה [ואין להוכיח מזה כלום].

איש אחד אמר לחבירו: למה אתה בקרקע זו. אמר לו: קניתי אותה מפלוני ואכלתי שני חזקה. אמר לו: פלוני גזולן הוא 22, אמר לו: והרי יש לי עדים שבאת אלי בלילה [אחת], ובקשתי לרכוש עבורך את השדה [מאותו פלוני, ואם שלך היתה היה לך להוציא ממנו בדין חנם ולא לאבד מעותך]. א"ל: אמרתי [בלבדי] אקנה את הדין [פ' טוב לי לקנות בדמים מועטים קרקע הראוי לי ולא לטרוח ולבא בדין], אמר רבא: [טענת המערער טענה, ואין למחזיק חזקה] שאדם אמור למכור דינו.

איש אחד אמר לחבירו: למה אתה בקרקע זו. אמר לו: קניתי אותה מפלוני ואכלתי שני חזקה²⁰ [ולא נזהרתי בשטרי יותר]. אמר לו: והרי יש לי שטר שקניתי אותו ממנו לפני ארבע שנים [ונמצא שקדם מקחי לחזקה שלך שנה אחת ואתה לא קנית אותו ממני, הלכך חזקה שאין עמה טענה היא שהמוכר לא יכול למכרה לך שכבר מכרה לי קודם]. א"ל: מי אמר שאמרתי [שיש לי רק] שלש שני חזקה [ויש לי עדים על כך]. אמרתי [פ' אני כוונתי לומר שיש לי] הרבה שני חזקה [יותר מארבע]. אמר רבא: [טענת המחזיק טענה] שאדם אמור לקרוא להרבה שנים "שני חזקה". [ונה] שמעמידיים את הקרקע בידי המחזיק [היינו שאכל שבע [שנים של פירות], שקדם חזקה של זה לשטר של זה,

דאין לו אלא שעבוד על השדה של הלוה שפיר קחתים מעיקרא, ועיין לעיל סימן קכ"ט סעיף ח' בהג"ה (סמ"ע).

²⁰ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמו ס"ט): טען המחזיק מפלוני קניתי חזקתי בה שני חזקה ויש לו עדים מה שדר בה המוכר יום אחד, השיב המערער והלא יש בידי שטר מקיים שאותו פלוני מכרה לי מהיום ד' שנים וקדמה קנייתי לקנייתך, חזר המחזיק וטען שני חזקה שאמרתי לא בשביל 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 מוציאין אותה מידו שאין לך מחאה גדולה מזו, שהרי מכרה בשטר קודם שנגמרה החזקה והיה לו לזוהר בשטרו לעולם, ואם לו עשה לו שטר אלא מכרה לו בעדים, אין לו קול ולא חשיב כמחאה ודי לו בחזקת ג' שנים.

שדר בה כו' - ו"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, ולפ"ז צריכין לגרוס ויש "ל" עדים, ר"ל שהמחזיק טוען כן (סמ"ע), ויש חולקים (ש"ך).

עדים שאכלה שבע שנים - ואם מביא עדים שאכלה ג' שנים קודם הד' שנים שקנאה המערער כמשמעות שטרו, סגי בהכי כן זמן שאין המערער מביא ראייה שדר בה המוכר יום אחד אחר אותן ג' שנים, שאז היו טוענין להמערער שהמוכר חזר וקנאה מהמחזיק ומכרה להמערער, והרי 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 שהרי כיון שכבר החזיק ראונו ג' שנים מקודם והוי כידוע שהקרקע של ראונו, רק שיש לומר שמאי חזר ומכרה לשמעון, צריך שיהיה שמעון דר בה יום אחד והלוקח ממנו צריך שיחזיק ג' שנים. ועל כרחך כונת הסמ"ע היא ג"כ לזה (נתה"מ).

אבל אם אכלה פחות מז' שנים כו' - הרי דאין נאמן לומר המחזיק קנייתי קדמה לקנייתך במיגו שהיה יכול לומר קניתי 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 שישק ממנו יתבענו המוכר לדין, על כן אם היו הטענות בענין שנועד המחזיק שיש להמערער שטר, מחזיקים אותה ביד המחזיק. וכדמסיק בסעיף כ"א (סמ"ע), ואף על גב ששמכר בשטר ואית ליה קלא מ"מ נהי דאית ליה קול שמכרה מ"מ אין קול שמכרה לזה (ש"ך). שאין לך מחאה גדולה מזו - ע"י 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 ה"א דלא בעינן שטר (סמ"ע).

ודי לו בחזקת ג'ש - ג' שנים אלו צריכין שיתחילו קודם קניית המערער ואפילו יום אחד, וסגי בהכי כשאכל משם והלאה ג' שנים, ומש"ה כתב והמחבר "בחזקת ג' שנים" ולא כתבו "בחזקת ג' שנים" (סמ"ע).

אבל [אם רק אכל] שש [שנים], אין לך מחאה גדולה מזו [שמחה המוכר בזה המחזיק לסוף שתי שנים, שמכר לאחר, והיה לו לזה להזהר בשטרו לעולם עד שיוציא השטר מיד השני ויקרענו].

[שנים שמתוכחים על קרקע] זה אומר של אבותי [היה הקרקע, והוא שלי] וזה אומר של אבותי, זה מביא עדים שהוא של אבותי, וזה מביא עדים שאכל שני חזקה, אמר רבה: למה שהוא [פי' המחזיק] ישר [בזה שטוען שהוא של אבותי וירשה מהם, הרי] אם הוא רוצה [הוא יכול] לומר: קניתי אותו ממך, ואכלתי שני חזקה [לכן הוא נאמן ב"מיגו" זה]. א"ל אביי [תלמיד רבה]: לא אומרים "למה לו לשקר [פי' מיגו]" במקום עדים²¹ [שהרי עדים מכחישים את דבריו שאומרים דשל אבותי של השני היא, וגם החזקה אינה כלום, שהרי אין עמה טענה, כי אם טענת שקר].

ועולא מודה, במקום שאמר לו: "של אבותי ולא של אבותיך", שאינו טוען וחוזר וטוען [טענה זו שסומך עליו כשל אבותי שהרי עוקר לגמרי דברים הראשונים, וכן עולא מודה] במקום שהיה עומד בבית דין ולא טען²², ובא מבחון [לבית דין] וטוען [פי' תיקן דבריו הראשונים שאינו חוזר וטוען במקום שמכחישים קצת], אינו חוזר וטוען. למה. [ואהבין] לילמדו טענתו, ואינו אמת].

ומודה נהרדעי, במקום שאמר לו: "של אבותי שלקחה מאבותיך", שחוזר וטוען [שאינו עוקר דבריו הראשונים כלל אלא מוסיף עליהן וכיון שהחזיק בה שלש שנים מעמידים אותו בידו, שכן היא חזקה שיש עמה טענה ויש לו מיגו להאמין לטענתו. וכן נהרדעי מודה], שבמקום דברו מחוץ [לבית דין] ולא טען, ובא לבית דין וטוען [טענות שעוקרות לגמרי את הראשונות], שחוזר וטוען. למה. אדם אמור לא לגלות טענתו אלא לבית דין [שלא ילמד מהן מי שכנגדו ויתן לבו מתחלה קודם שיבאו לבית דין להשיב עליהם].

אמר אמיר: אני [גם מ] "נהרדעא", ואני סובר שטוען וחוזר וטוען [ואני חולק על הנהרדעא הנ"ל]. וההלכה: טוען וחוזר וטוען [פי' מותר לתקן לשון הראשון אע"פ שמכחישים קצת, כל שלא עוקר אותם לגמרי]. [שנים שמתוכחים על קרקע] זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, זה מביא עדים שהוא של אבותי ואכל שני חזקה, וזה מביא עדים שאכל [אותם שלש שנים של] שני חזקה, אמר רב נחמן: מעמידים [עדות] אכילה כלפי [עדות] אכילה² [והם מבטלים אחד את השני], ומעמידים את הקרקע בחזקת אבותי [של הראשון, שכן אין הכחשה לעדות זו]. א"ל רבא: הרי היא עדות מוכחשת [ואחת מהם פסולה לכל עדיות שבעולם, שהם זקרים, ואחרי שאין לברר איזה הפסולה, מבטל עדותם לגמרי]. אמר לו: אע"פ שהם הוכחו ב[עדות] אכילה,

²¹ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמו ס"ד): זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, זה הביא עדים שהיא של אבותי מעולם וזה הביא עדים שאכלה שני חזקה תחזור לזה שהביא עדים שהיא של אבותי ויחזיר הפירות שאכל, אפילו אין עדים שאכלם אלא על פי, שהרי לא טען כלום ואין אכילתו ראייה, שכל חזקה שאין עמה טענה על הבעלים אינה כלום. הגה: אבל אם לא העידו העדים רק סתם שהיה של אבותי ואין מעידין שלא מכרוה, אם אפשר לפרש דברי המחזיק שאמר של אבותי ש"ל שאבותי קנאוהו שומעין למחזיק, אבל אם טען תחילה שהיו של אבותי מעולם אינו חוזר וטוען, ואם אמר המערער של אבותי והמחזיק אומר של אבותי דמשמע ולא של אבותיך, אנו לא טענינו ליה ליישב דבריו אלא אם כן מפרש דבריו בעצמו, ומיהו אם היו לו עדים שאבותי דרו בו דיו אחד א"ל דלא טען לפרש אנו טענינו ליה (כל זה בטור), חזר זה המחזיק ואמר כן 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, הרי זה טענה נכונה שהרי נתן אמתלאה לדבריו הראשונים ומעמידים אותה בידו, והוא שטוען כן בעודו בפני ב"ה, אבל אם יצא מבית דין וחוזר וטוען, אין שומעין לו דחיישינן שמא למדוהו לטעון שקר, 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 בשטוען תחילה בפני בית דין, 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 שחולק בזה. זה הביא עדים שהיא של אבותי מעולם - תיבת "מעולם" ליתא במקור, והרמ"א הוסיפו משום דאם אמרו עדי המערער דשל אבותי היתה מעולם ולא מכרוה, אזי בכל ענין מוציאין מיד המחזיק, שהרי לא יכול המחזיק למיטען שאבותי קנאוהו מאבות דהמערער, שהרי העידו שלא מכרוה מעולם, וע"ז מסיק וכתב בריש הה"ה, ד"ל, אבל אם לא העידו העדים שלא מכרוה (סמ"ע). שהרי לא טען כלום כו' - ר"ל, כיון שבמה שטען שהיתה של אבותי 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, וה"ל חזקה שאין עמה טענה (סמ"ע).

אם אפשר לפרש כו' - היינו כגון שטען המחזיק ירשתי מאבותי (סמ"ע), כל שאינו טוען בפירוש שאבותי לקחה ממנו אין אנו אומרים שכונתו היה כן עד שיפרש אח"כ, וא"כ גם בלוקח כשטוען קניתי סתם נטעון עבדו שלקחה בפניו (ש"ך), כונת הרמ"א היא כך, דאם המחזיק טען תחילה של אבותי שירשתי ממנו, מפרשינן דבריו שהיתה של אבותי בשעה שירשה ממנו, משא"כ כשהמערער אמר תחילה של אבותי, שהיתה כונתו שהיתה מעולם של אבותי, והמחזיק אמר אח"כ לסתור דבריו של אבותי, אמרינן דודאי היתה כונתו ג"כ שהיתה של אבותי מעולם, כיון שאמר זה להשיב על דברי המערער (נתה"מ).

ומ"ש שומעין למחזיק - פירוש, שומעין לו אפילו לא טען כן המחזיק לפרש דבריו, אלא אנו טוענין עבדו ומפרשינן דבריו כן (סמ"ע).

ומ"ש אבל אם טען תחילה שהיתה של אבותי "מעולם" אינו חוזר וטוען - ר"ל, לא מיבעיא שאנו אין טוענין עבדו שאבותי קנאוהו המערער, אלא אפילו אם הוא בעצמו בא לפרש כן, אין שומעין לו, דזה סותר דבריו הראשונים שאמר שהיתה של אבותי מעולם, ואם המחזיק טען של אבותי כו', בזה אנו אין טוענין לו אא"כ מפרש, ר"ל ש"ש של אבותי שאבותי לקחו מאבותיך, שומעין לו (סמ"ע).

או שאמר של אבותי שלקחה מאבותיך - הרי דלא קאמר נמי או של אבותי שלקחו ממך, משום דבכה"ג אין שומעין לו כל זמן שאין לו ראייה שאבותי דרו בה יום אחד, כיון דהמערער טוען טענת ברי שלא מכרה לאבותי, משא"כ בטוען שאבותי לקחו מאבותיך, דאין המערער יכול לטעון ברי שלא מכרו אבותי (סמ"ע, ונתה"מ), וי"א דזה שטוען שהיה של אבותי חזקה שאין עמה טענה היא ובעי ראייה שאבותי דרו בו יום א' (ש"ך).

דחיישי' שמא למדוהו לטעון שקר - יש שנסתפקו בזה דאפשר באומר של אבותי שלקחהו מאבותיך שאין שום קצת הכחשה דבריו הראשונים מהני אף ביצא מ"ד וי"א דמהני אף בכה"ג (רע"א).

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 שקנאוהו אבותי, 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 קנאוהו מאבות דהמערער, שומעין לו, ולא אמרינן שלימדוהו בעודו חוץ לב"ד אותה האמתלא ולטעון שקר, אלא אמרינן אין אדם מגלה טענותיו חוץ לב"ד, ומש"ה י"ל דחוזר וטוען בכה"ג אפילו לסתור דבריו הראשונים, וכ"ש כשנותן אמתלא לדבריו הראשונים (סמ"ע).

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 לקחהו 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 כאן שלזכות עצמו הוא בא בטענתו, והרי הודה בחובתו מכלל הטענה שבא לזכות בה את עצמו (סמ"ע).

ויש מי שחולק בזה - ע"ל סי' ע"ט ס"ט בט"ז שם (רע"א).

אולי נאמר, רבא ורב נחמן חולקים במחלוקת של רב הונא ורב חסדא. שלמדנו: ב' כתי עדים המכחישות זו את זו [בעדות אחת, ובודאי א' משקר]. אמר רב הונא: [זוג] זו יכול לבא בפני עצמה ולהעיד²³, [וכן זו] זו יכול לבא בפני עצמה ולהעיד [אבל א' מכתב זו ואחד מכתב זו אין מצטרפים, שא' מהם ודאי פסול]. ורב חסדא אמר: למה שאני [ישתמש] עם עדים שקרנים אלה [ולא נותנים לשתי הזוגות להעיד, שמא העדים פסולים].

אולי נאמר, שרב נחמן אמר כרב הונא, ורבא כרב חסדא. לפי רב חסדא כולם לא חולקים [שאין עדות לגבי הקרקע, שהם נפסלו מספק]. כאשר נחלקו, לפי רב הונא, רב נחמן [סובר] כרב הונא, ורבא [סובר] עד כאן לא אמר רב הונא, אלא לעדות אחרת, אבל לאותה עדות, לא [נאמן בכלל].

[אם הנידון שיצא בהפסד מבית דין של רב נחמן] חזר והביא עדים שהוא של אבותיו [ואז לשניהם יש עדי חזקה וגם עדי אבותיו], אמר רב נחמן: אנחנו הורדנו [הנידון השני לקרקע זו], ואנחנו נוציא אותו²⁴ [ולא נחזיק את זה יותר מזה הואיל ועדות שניהם שוה, ויהיה דינו כל מי שמתגבר בכח זה שלן], ולא חוששים לזלזול בית דין [שמא ילגלו הבריות על ב"ד על סותרין את דיניהם].

רבא ויש אומרים רבי זעירא שאל: [אם באו ד' עדים] שנים אומרים מת [פלוגי ואשתו מותרת לעולם] ושנים אומרים לא מת. [וכן במקרה] ששנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה. הרי זו [האשה] לא ינשא [שהעדים מבטלים א' את השני, והיא בחזקת אשת איש]. ואם נשאת, לא תצא [פי' חייבת להתגרש, ומדובר שהיא התחתנה עם א' מהעדים שאמרו שמת בעלה]. רבי מנחם בן רבי יוסי אומר: תצא⁸ [פי' היא חייבת להתגרש]. אמר ר' מנחם בר' יוסי: מתי אני אומר תצא. בזמן שבאו עדים [השניים שאמרו שלא מת] ואח"כ נשאת [שהרי נשאת באיסור], אבל [באו עדים שמת בעלה] נשאת ואח"כ באו עדים [ואמרו לא מת בעלה], הרי זו לא תצא [שחוששים לזלזול בית דין, וזה סותר את רב נחמן].

אמר [רב נחמן] לרב או רבי זעירא: אני חשבתי לעשות מעשה [כדברי] שאחרי שאמרתי לבעל דין שהקרקע שלו, ובאו עדים שהוא של אבותיו של השני, להוציאו, אבל עכשיו ששאלת אתה מברייאת הנ"ל ורב המנונא מסוריא שאל מברייאתא, איני עושה מעשה [כזה]. יצא [רב נחמן] ועשה מעשה [כדבריו], ולא חשש לזלזול בית דין. מי שראה חשב שהוא טעות בידו [שלא זכר דבריו], ולא היא, אלא משום [שהלכה זו של חוששים לזלזול בית דין] תלוי בעצים גדולים [פי' רבנים גדולים הסוברים שלא חוששים לזלזול בית דין].

שלמדנו במשנה, רבי יהודה אומר: אין מעלין לכהונה [להחזיק אדם בכהן] לאכול בתרומה ולעבוד עבודה ולישא את כפיו על פי עד אחד⁹ [המעיד שהוא כהן]. אמר ר' אלעזר: מתי. במקום שיש עוררין [וטוענים שהוא לא כהן], אבל במקום שאין עוררין [אלא קול של פסול]. מעלין לכהונה על פי עד אחד. רבן שמעון בן גמליאל אומר משום ר' שמעון בן הסגן: מעלין לכהונה ע"פ עד אחד. רשב"ג היינו ר' אלעזר. ואם אתמר, יש [חילוק הלכתני] ביניהם בערער [של עד] אחד, רבי אלעזר סבר: ערער [של עד] אחד [הוי ערער ואין עד אחד נאמן עליו להכשירו].

²³ עי' ש"ע (ח"מ ס' לא ס"א): שתי כתי עדים המכחישות זו את זו, שבא עד אחד מכתב זו ועד אחד מכתב זו והעידו בעדות אחרת, אין כאן עדות, שהרי בודאי אחד מהם שקר. באה כת זו בפני עצמה והעידה עדות, ובאה כת זו והעידה עדות אחרת בפני עצמה, מקבלין כל אחת מהן בפני עצמה. המכחישות זו את זו - פירוש, כגון אחת אומרת פלוגי לזה מפלוגי מנה ביום פלוגי, ואחת אומרת לא לזה, דברי שניהן בטליו, והרי דברי שניהן בטליו, מייירי שאמרה כת השניה לא לזה כי עמנו היה המלוה או הלוח כל אותו היום וראינו שלא לזה או לא הלוח לו, לאפקי אם אמרה כת השניה עמנו הייתם אתם העדים, זהו הזמה, ולאותה כת האחרונה שומעין ולא להראשונים, כמ"ש בסמ"ח. ואם מכחישות בזה שאלו אומרים לזה פלוגי מפלוגי מנה וכת השניה אומרת הלוח לו מאתיים, או במנה שחור ולבן, אף על פי שמעידים על יום אחד הדיו ליה כהכחשה וכנ"ל (ס' ל ס"ג), והתובע אינו תובע אלא מנה אחד, מ"מ כיון דאין מכחישות זו את זו אלא בבדיקות, ובבדיקות עבידי דטעו, והם שתי כתות, ואין צריכה האחת לצירופה השניה, גובה מנה כדברי הפחות שבהן, דדוקא בכת אחת שאחד מהן אומר מנה והשני מאתיים, דאין עדות האחד בלא השני כלום, צריכין שיתבע התובע כדברי שניהן (סמ"ע), שני עדים שמכחישים זה את זה דג"כ חד מינייהו משקר, פסולין לעדות אחת ביחד. ועיין בתוספות דראש השנה דף כ"ד ע"א [ד"ה אבל] (ש"ך), [ש"ך אות א] וכן מוכח מדברי הריטב"א. ו"ב עיי' תשו' משאת משה סי' כ"ז (רע"א), ו"ב ב"ד שעשו מעשה עפי' הודאת בע"ד בפניהם ואח"כ העידו ב' עדים בפני ב"ד אחר שלא הודה בפני בית דין אותו לא מקרי תרי ואדרבא פוסלים העדים ת' תשב"ץ ח"א סי' א' ד' ו' ע"ב שם המכחיב"ל. ו"ב עיי' תשו' מהריב"ל ספר ב' סי' ח' ועיין בתשו' חו"י סי' קע"ט ועיי' מ"ש בגליון לקמן רס"י צ"א ואם כת הב' הם קרובים לכת הא' עיי' בת' מהריב"ל סי' כ"ה ס"ג (רע"א), ו"א דעד אחד המוכחש מפי עד אחד שיכול להצטרף עמו, שתולין שלא דייק כל כך בעדותו, שזה רק עד אחת, מה שאין כן במוכחש מפי שנים אין תולין בשום דבר להכשירו. וכן בשנים שבאו להעיד אין תולין בשום אחד מהן שאמר כן ללא דיוק, כיון שבאו להעיד ולהצטרף שיהיו שני עדים, משום הכי שני עדים המכחישים זה את זה בחקירות נפסלו, כיון שנצטרפו בראיה והגדה להיות שני עדים ודאי מידק דייקי מעיקרא, ולא חיישינן כלל שאמרו ללא דיוק, משום הכי אפילו אחד מוכחש מפי אחד פסולין לצירוף (נתה"מ), עיין בתשובת שבות יעקב ח"א סי' ע"ט ובתשובת שמן רוקח ח"א סי' ע"ב ובספר דברי אמת בקונטרס תרי ותרי סי' ג' מה שכתב בזה (פ"ה).

אין כאן עדות - ואף על גב דאית בהו חד דכשר, אין צריך לישבע נגדו שבועה דאורייתא, ומ"מ צריך הנתבע לישבע לו היסת על תביעתו כאילו תבעו בעל פה (סמ"ע), וה"ה בחנוני ופועלים אחר שנשבעו א"י להעיד יחד שהרי אחד מהם נשבע לשקר ועיי' תשו' מוצל מאש סי' מ"ט (רע"א), ואם אינם מכחישים זה את זה אלא בקצת העדות ובקצת אינם מכחישים נתקיים אותו מקצת, והיינו כגון שכת אחת אומרת אבהתיה ואכילתיה, וכת אחת מכחישה באכילתיה (עי' לקמן סי' קמו ס"ג) לא מביעיא כשלא ראו ביחד דודאי כשר, כמו שכתב הש"ך בסמ"ח ל"ו סק"ו¹, אלא אפילו ראו ביחד וכיונו להעיד, מכל מקום בשעה שהעידו עדות אבהתיה מקודם כשרים היו, דעדיין לא העידו שקר והעדים נחשבים לכשרים, ואף על גב דעדותן של אלו שהעידו אחר כך תוך כדי דיבור שקר פסלה גם כן לענין אבהתיה מחמת שפסלה עדותן למפרע מה שהעידו תוך כדי דיבור, מכל מקום אין עליהם שם פסולין למפרע בעדות אבהתיה לענין שתבטל עדות הכשרים מטעם שנצטרפו לפסולין, שהרי אז עדיין לא העידו שקר (נתה"מ).

באה כת זו בפני עצמה ומעידה - פירוש, לאחר שכבר הכחישו זו את זו וכת אחת מהן היא ודאי פסולה, ואין אנו יודעין איזו מהן ודאי היא פסולה, אפ"ה אם כל אחת באה בפני עצמה ומעידה בעדות אחרת מקבלין כל אחת מהן, והיינו טעמא דמעמידין כל אחת בחזקת כשרות. מיהו בזה יש חילוקי דינים כמ"ש המחבר בסעיף שאחר זה (סמ"ע), ואם אח"כ מעידים ב' כתות יחד אל איזה דבר לדברי הסמ"ע ס"ק ב' נראה דהוא בכלל נמצא אחד מהן קרוב או פסול. אבל תוס' סנהדרין כ' לחד תירוצא דלא הוי כנמצא אחד מהן ק"פ כיון דאין הפסול מבורר ויודע (רע"א).

מקבלין כ"א מהן. ו"ב ואם כשהכחישו הכת הב' להראשונה ה' אחר שמתה הראשונה או שהי' הכת הא' במדינת היס. יש לדון דהעדוה האחרת של כת הראשונה שלאחר עדותן הראשונה שהוכחש בטילה ול"א בזה דאוקי אשוק' דשמא אלו הוי קמן הוי מודו להו ע' כתובת כ' תוס' ד"ה אלא אר"נ (רע"א).

²⁴ עיי' ש"ע (ח"מ ס' קמו ס"ג) הוב"ד לעיל הערה 7.

הראשון של הברייתא. ועוד] אין עדותן מתקיימת בבית דין [אפילו אם ראו יחד] עד שיעידו שניהם כאחד, ר' נתן אומר: שומעין דבריו של זה היום²⁷, ולכשיבא חבירו למחר שומעין דבריו. אדם א' שאמר לחבירו: למה אתה בקרקע זו. א"ל: קניתי אותך ממך והרי [זה] השטר [על המכירה].

ורשב"ג סבר: ערעור [של] שני [עדים הטוענים שזה לא שלו, הוי ערעור ולא פחות]. והרי אמר רבי יוחנן: דברי הכל אין ערעור פחות משנים¹⁰. אלא ערעור [של] שנים, ובמה מדובר כאן, כגון שמחזקים שאביו של זה הוא כהן²⁵, ויצא עליו קול [ולא עדות] שהוא בן גרושה או בן חלוצה והורידוהו [מלהיות כהן עד שיבדקו את הדבר], ובא עד אחד ואמר שהוא כהן והעלוהו [חזרה להיות כהן, שעד א' נאמן יותר מקול], ובאו שנים ואמרו שהוא בן גרושה או [בן] חלוצה הוא והורידוהו [מלהיות כהן, ששנים עדים נאמנים נגד עד א'], ובא עד אחד ואמר שהוא כהן, ולפי כולם, עדות [של שני עד א'] מצטרפין, וכאן חולקים אם חוששים לזלזול בית דין, ר' אלעזר סבר: כיון שהורידוהו [מלהיות כהן] לא מעלים אותו [כל שהורידוהו על פי ב' עוררין ובדין הורדנוהו, אף על פי שיש לצרף העד השני עם הראשון ולהכשירו לזה שהעדים מבטלים זוג א' את השני ומעמידים את האדם על חזקת כשרות שלו], שחוששים לזלזול בית דין, ורשב"ג סבר: אנחנו הורידוהו ואנחנו מעלים אותו, ולא חוששים לזלזול בית דין.

רב אשי שאל: אם כן, מה קרה [שהגמרא הביא ציור שיש עד] אחד [בסוף שהוא כשר], אפי' בשנים גם כן [דינו כן]. אלא אמר רב אשי: לפי כולם, לא חוששים לזלזול בית דין, וכאן חולקים אם מצרפים עדות [של עד א' ועוד עד א', והם חולקים] במחלוקת התנאים הזה, שלמדנו: תמיד אין עדותם מצטרפת עד שיראו שניהם כאחד, ר' יהושע בן קרחה אומר: אפי' בזה אחר זה²⁶ [חלק זה של הברייתא לא נוגע לכאן, אלא הוא חצי

²⁵ עי' ש"ע (אה"ע ס' ג ס"ז): מי שהחזק אביו כהן, ויצא עליו קול שהוא בן גרושה או בן חלוצה, חוששין לו ומורידין אותו. בא עד אחד אח"כ והעיד שהוא כשר, מעלין אותו לכהונה על פיו. באו ב' עדים אח"כ והעידו שהוא חלל, מורידין אותו מכהונה. בא עד אחד והעיד שהוא כשר, מעלין אותו לכהונה, שזה האחרון מצטרף לעד ראשון והרי שנים מעידים שהוא כשר, ושנים מעידים שהוא פסול, ידחו אלו ואלו וידחה הקול, שהשנים כמאה, וישאר כהן בחזקת אביו.

ביאור: בא עד אחד וכו' - שעד אחד יש לו כח לבטל הקול (ט"ז).

באו שני עדים - אבל באחד לא מספיק לומר יהיה נדחה עד נגד עד וישאר הקול לפסול, כיון דכבר נתבטל הקול מחמת העד אחד, הוה ליה כאילו לא יצא קול מעולם ונשאר חזקה ראשונה לכשרות כ"ל (ט"ז).

וישאר כהן בחזקת אביו - יש מחלוקת הפוסקים אי מייירי אפי' בתרומה דאורייתא או לא (ח"מ), תרי ותרי הוי ספיקא דרבנן ומקילין לענין תרומה דרבנן ולא לענין תרומה דאורייתא, ולקמן (ס' ו ס"ה, רמ"א ס' מו ס"ד) מבואר אם מבטלין קול, אמנם הכא לכ"ע מבטלין קול שיצא עליו לענין תרומה דרבנן (ב"ש), והיא היינו דווקא בספיקא דרבנן היינו תרומה דרבנן אזלינן לקולא (ט"ז), וקשה הפ"ג (פתיחה לשחיטה שורש ד') שהב"ש סותר דבריו לקמן (ס' מז סק"ב).

²⁶ עי' ש"ע (ח"מ ס' ל ס"ז): בדיני ממונות, אף על פי שלא ראו שני העדים המעשה כאחד, עדותן מצטרפת. כיצד, אמר האחד: בפני הלווה ביום פלוני, או: בפני הודה לו, ואמר העד האחר: בפני הלווה ביום אחר, או: הודה לו, הרי אלו מצטרפין. וכן אם אמר האחד: בפני הלווה, והשני אומר: בפני הודה לו, או שאומר הראשון: בפני הודה לו, והשני אומר: אחר זמן הלווה בפני, הרי אלו מצטרפין. (וכן דיני עדות דבר איסור). (ועיי' באבן העזר סימן י"א וסימן קמ"ג סעיף י').

ביאור: בדיני ממונות אפי' שלא ראו שני העדים המעשה כאחד - פירוש, אלא כל אחד ראה המעשה או שמע הודאה מפי הנתבע, מה שלא ראה או שמע השני, מ"מ כיון דלעדו דכל אחד חייב לו מנה מצטרפין. ואם מעידין על מעשה אחד ולא היו יחד בראיתן אותו, אלא זה ראה מבית שלו וזה מבית שלו מצטרפין, והמחבר לא כתבוהו, דכ"ש הוא מדין זה דהעידו כל אחד על מעשה בפני עצמו (סמ"ע).

עדותן מצטרפת - בשני עדי צירוף, כגון לענין פרעון שטר (עי' לקמן ס"ח), או בשני עדי צירוף המעידין לפסול איש אחד, שאחד העיד שגנב והשני העיד שהלווה בריבית דמצטרפין לפסולו, (עי' לקמן ס' לד ס"ח ברמ"א), ויש שני עדים המכחישים שני המעשים ואומרים להד"מ, אי דיינינן להו כתיב ותרי, וא"כ לענין פרעון שטר לא מפקינן מיד המוחזק, ולענין לפסול הוי זה האיש ספק פסול (כדאיתא שם ס' לד), או דילמא כיון ששנים האחרונים מסייעים זה לזה ומכחישים את שני המעשים הוי כחד לגבי תרי (פ"ת).

הרי אלו מצטרפין - הלוואה אחי הלוואה לא מצטרף עד השני להראשון אלא כשעדיין לא נשבע הנתבע על פיו להכחישו, אבל אם כבר נשבע להכחיש העד הראשון ונפטר ממנו, שוב אין העד הבא אחריו ומעיד על הלוואה אחרת מצטרף עמו לחייב את הנתבע מנה, אלא נשבע גם כנגדו ונפטר ועי' רמ"א (לקמן ס' לד ס"ז), וסמ"ע שם סק"ק?, ויש חולקים (עי' שם בש"ך שם סקל"א? ולב"ב?) (פ"ת).

שם - ישנם מח' אם הודאה בפני עד א' מחייב שבועה, ולצד שלא מחייב, אפי' בפנים זה שלא בפני זה, כיון דחזר והודה עוד בפני אחר מוכחא מילתא

דהודאה קמיתא לאו להשטאה נתכוין (ש"ך ס' פא ס"י ד"ה הודאה בפני), וי"א דלא מהני אפי"כ שאומר בפני הודה ובפני עוד עד אחר (קצה"ח שם). ועיי' באבן העזר כו' - ולענין עדי קידושין עיי' באבן העזר (ס' מב ס"ב) [המקדש שלא בעדים, ואפילו בעד אחד, אינם קדושין. ואפילו שניהם מודים בדבר ואפילו קדשה בפני עד אחד ואחר כך קידשה בפני עד אחר, זה שלא בפני זה, אינה מקודשת] (ש"ך) אף על גב דלגבי ממון מצטרפין לגבי אישות דשייך בדיני נפשות בבת א' בעינן להו, ולכן אם עד א' אמר שאשה זנתה, ובא עוד א' ומעיד כן, שלא באותו המקום וכו', אינם מצטרפים (ש"ך * תורת אמת), אין עדות מצטרפים אלא בעידי הלוואה שאינם עידי קנין הן אלא עידי ראיה, דהא אם החייב מודה בהלוואה, אין אנחנו צריכין לעדים אבל להחיל חלות איסור, בדבר ערוה, צריכים ב' עדים, אבל אם בא עד א' ואמר על העד החותם על גט הידוע כרשע שעשה תשובה קודם שחתם על הגט, ואח"כ בא עוד עד א' המעיד כן, אבל היו יחד במעשה התשובה, עדותן עדות מעליא הוא והגיטין הם כשרים ולא פסלינן להאי עדות משום עדות מיוחדת לומר דאמאי דמסהיד האי לא מסהיד האי כיון תרווייהו מעידין שעשה תשובה קודם שחתם על הגיטין ולעדו מיוחדת לא חיישינן בגיטין וקידושין (ש"ך * מ"ב), ז"ל הש"ע [הנותן גט לאשתו על תנאי שתתן לו מאתיים זוז, וחזר והתנה עליה תנאי אחר בפני עדים שתשמש אביו שתי שנים, לא ביטלו דבריו האחרונים את הראשונים, אלא הרי זה כאומר לה: עשי אחד משני תנאים, רצה משמשת, רצה נותנת. ואין אחד מהראשונים ואחד מהאחרונים מצטרפים. אבל אם התנה עליה שתתן לו מאתיים זוז, וחזר והתנה בפני שנים שתתן לו שלש מאות זוז, כבר ביטל התנאי של מאתיים זוז, וצריכה ליתן שלש מאות זוז. וכן כל כיוצא בזה, ע"כ. וז"ל הב"ש: עבכל אסורים מצטרפין העדות אפילו בדיני אישות ושאי הכא דכל תנאי תנאי אחר הוא] (פ"ת), וי"א לתרץ שאלת הב"ש דהרמ"א לא נתכוון אלא דיש אופן דאין מצטרפים בהתנה ב' תנאים (פ"ת * ברכ"י), וי"א שיש לחלק בב' תנאים כיון דלפי דברי העד הראשון שמעיד שהיה בנט תנאי אחד א"כ עדות השני שמעיד על תנאי אחר א"כ לא האמינו, דהא עד אחד לא מהימן ולפני העד הראשון לא הוזכר תנאי האחר וא"כ לפי דברי עדותו של כל עד ועד צריך לקיים דוקא התנאי שלו וא"כ הוי כמכחישים זה את זה ולא מצרפינן להו, ואי דתצטרך לקיים שני התנאים הרי אתה מאמין לשניהם וחצי עדות הוא, משא"כ בממון דלכל אחד ואחד אם הנתבע ישלם לו ממון יפטר ממנו א"כ הרי שניהם מעידים על דבר אחד ומצרפינן להו (פ"ת * שעה"מ).

²⁷ עי' ש"ע (ח"מ ס' ל ס"ט): בדיני ממונות אין צריכין להעיד שני העדים כאחד, אלא יבוא אחד בפני בית דין ושומעים דבריו היום, וכשיבא העד השני לאחר זמן, שומעין דבריו, ומצטרפים זה לזה ומוציאים בהם הממון.

אמר לו: השטר מזויף [ואין לך שלש שני חזקה. המחזיק] התכופף ולחש לרבה²⁸ [שהמערער לא ישמע]: כן, השטר [הזה] מזויף הוא, מיהו היה לי שטר טוב ונאבדה לי, ואמרת: אקח את [השטר] הזה בידי [כראיה] כל שהוא. אמר רבה: [המחזיק נאמן משום ד]מה לו לשקר²⁹. אם הוא רוצה

שיאמר לו השטר היא טובה [שהרי הוא זייף את חתימת העידם כל כך שהם קיימו חתימתם]. אמר רב יוסף [לרבה]: על מה סמכת [להחזיק את הקרקע בידך]. על השטר הזה, והרי השטר הזה הוא חרס [נפסול, ומה לו לשקר נאמן רק כאשר ב' הטענות יכולים להיות אמת, וכאן לא, ולכן אינו נאמן כמו ב'מה לו לשקר] נגד עדיים.

אדם א' אמר לחבירו: תן לי מאה זוז שהלויתי לך, וזה השטר. א"ל: השטרא הוא מזויף. [המלוה] התכופף ולחש לרבה: כן, השטר [הזה] מזויף הוא, מיהו היה לי שטר טוב ונאבדה לי, ואמרת: אקח את [השטר] הזה בידי [כראיה] כל שהוא. אמר רבה: [המלוה נאמן משום ד]מה לו לשקר. אם הוא רוצה שיאמר לו הוא שטר מעולה. א"ל רב יוסף: על מה אתה סומך [לגבות ההלוואה]. על השטר הזה, השטר הזה הוא חרס [ונפסול].

אמר רב אידי בר אבין: ההלכה כמו רבה בקרקע, וההלכה כמו רב יוסף בכסף³¹ [משום המוציא מחבירו עליו הראיה, שלא נתברר טעמם של רבה ורב יוסף]. ההלכה כמו רבה בקרקע, דאיפה שהקרקע נמצא שיעמוד [פ"י אצל המחזיק]. וההלכה כמו רב יוסף בכסף, דאיפה שנמצא הכסף שיעמוד [אצל הלוה].

ערב א' אמר ללוה: תן לי מאה זוזי שפרעתי למלוה עבורך, והרי [זה] השטר. אמר לו: [וכי] לא פרעתי לך. אמר: [נכון פרעתי לך, אבל וכי] לא חזרת ולקחת ממני [וכאילו לא פרעתי כלום, והלוה לא הסכים לזה]. רב אידי בר אבין שלח [שאלה] לפני דאביי: כצויר הזה מה [ההלכה], והרי זה שונה מלעיל, שאין השטר פסול, אלא פרוע. שלח לו אביי³²: מה השאלה, הרי הוא אמר: ההלכה כמו רבה בקרקע, וההלכה כמו רב יוסף בכסף, שאיפה שנמצא הכסף שיעמוד [וכאן לא שונה משם ששטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו, ופסול לגמרי]. והיינו [משום] שאמר לו "חזרת ולוית ממני", אבל [אם הוא] אמר: החזרת לי [הכסף] משום שנישופה [צורתם], או שהאדים [נחשתן] יותר מדאי, שלא היו מעות היוצאים בהוצאה, ועוד יש אצלו שעבוד השטר [שכן אין השטר פרוע].

יצא קול על רבא בר שרשום שהוא אוכל [פירות] קרקע של יתומים. א"ל אביי: תאמר לי עצם המעשה איך היה. אמר לו: הקרקע הוא משכון שלקחתי מאביהם של היתומים [כמשכון סוריא שהנפקד אוכל פירות עד שנשלם החוב], ויש לי

²⁸ קלח) גמ' גחין ולחיש אין שטרא זייפא הוא וכו', ברשב"ם פ' דכל הסוגיא איירי בדליכא שני חזקה, ומבואר מדבריו דבהחזיק שני חזקה כ"ע מודו דמהימנין ליה לטעון שטרא מעליא ה"ל ואירכס [וכ"ז הוא רק כשטען שטרא מעליא ה"ל ואירכס, אבל בלא ה"ל טענה ל"מ חזקתו וכמש"כ הרשב"א בשם התוספתא דהאוכל את השדה מחמת אונו ונמצאת אונו פסולה בטלה חזקתו]. ובפשוטו כונתו דכל מח' רבה ורב יוסף היא רק במקום דבעי' למיגו אבל כשהחזיק שני חזקה דא"צ למיגו כלל כ"ע מודו דמהימנין ליה בטענתו הב', ועי' בטור ס"ח קמ"ו.

וביתור נראה דאפי' בהיכ"ת דבעי' למיגו ג"כ איכא חילוק בין החזיק שני חזקה ללא החזיק, דכל מאי דפליג רב יוסף דל"מ ליה מיגו הוא רק בגונא שנאמנותו מכח השטר בדזה קאמר ר"י דהאי שטרא חספא בעלמא הוא, אבל בהחזיק שני חזקה שנאמנותו מכח החזקה גם ר"י מודה דאמרי' מיגו.

ולדינא נראה דד"ז אינו מוסכם, דבתוס' בסו"ד פ' דטעמיה דרב יוסף הוא דה"ל חוזר וטוען [וכ"מ מד' הרא"ש וכמש"ת להלן], ולכ' לשיטתם אין מקום לחלק בין החזיק שני חזקה ללא החזיק דהא גם בהחזיק שני חזקה ה"ל חוזר וטוען [והגם שדבריהם תמוהים מ"ט חשבי' ליה חוזר וטוען הא ה"ל מפטור לפטור מ"מ יהיה מאיזה טעם שיהיה ליכא חילוקא בין החזיק שני חזקה ללא החזיק].

קלט) שם, ברשב"ם פ' דאיירי בדליכא שני חזקה, והק' הבית הלוי (ח"ג סי' ל"ו) דא"כ מאי טעמיה דרבא הא ה"ל מיגו נגד אחוי שטרך וברשב"ם עצמו כתב לעיל דל"א מיגו דלהד"ם בתוך ג'.

והנה לפמ"ש לעיל (אות ג' ט"ז - ס') דהרשב"ם ג"כ מודה דמיגו דאיבעי שתיק מהני תוך ג' לק"מ, דהרי כבר כתבו התוס' בב"מ ד"ב ע"א דבניד"ד אית ליה מיגו דאי בעי שתיק, וכונתם דכיון דאית ליה שטר תח"י ובלא הודאתו שהשטר חספא מחזקינן ליה כשטר כשר הר"ז מיגו דאי בעי שתיק. אמנם אכתי צ"ע דברשב"ם להלן פ' דאיירי אפילו קודם שנתקיים השטר ובה"ג הרי בעי' טענה לקיים את השטר וא"ז מיגו דאיבעי שתיק וצ"ע.

עפ"י כתי' רבינו: ונראה דאיכא חילוק בין מיגו דלהד"ם תוך ג' לניד"ד, דבניד"ד אית ליה שטר תח"י נמצא עצמם הריעותא דאחוי שטרך נודעה על פיו דהרי בלא הודאתו הוי נקטי' שיש לו שטר ורק מכח הודאתו ידעי' דל"ל שטר, וכיון שהוא עצמו הביא לנו את הראיה דאחוי שטרך א"א לדון מכח הך ראיה כנגד טענתו, דהוא עצמו התירה וטען בברי שלקח את הקרקע והפה שאסר הוא הפה שהתיר. משא"כ בכל מיגו דלהד"ם תוך ג' גם בלא טענתו ידעי' דל"ל שטר ול"ש לדון בדין הפשא"ס על הראיה דאחוי שטרך, דהך ריעותא קיימת גם בלא הודאתו וד"ק היטב [וכ"ז אינו סותר למש"ת להלן (אות קמ"ג) בדסוגיין ל"ש דין הפשא"ס, דכל מש"ת להלן הוא רק לענין הזכיה בגוף שדה בדזה אמרי' דכיון דליכא שטר אין לו במה לזכות בשדה, אבל לענין עצם הראיה דאחוי שטרך שפיר שייך לדון דהוא עצמו הביא את הראיה לפנינו והוא עצמו התירה וטען שלקח את השדה וד"ק].

ויש להביא ראיה גדולה לזה, דהנה בב"מ דק"י נח' ר"י ור"ז במי שאבד שטר משכנתא אי מהימני' ליה במיגו או דה"ל מיגו כנגד אחוי שטרך דהאי שטרא כיון דלגוביינא קאי מזהר הוי זהיר ביה, ויש להק' דהרי בסוגיין מבו' דלרבה גופיה גם בשטר הלואה דינא הכי דמהימני' ליה לטעון שטרא מעליא ה"ל ואירכס במיגו דהא שטרא, וצ"ע היאך יתכן דשטר הלואה גרע משטר משכנתא הא גם שטר הלואה לגוביינא קאי ואעפ"כ מהימני' ליה לטעון שאבד השטר במיגו [ואין לומר דרבה אזיל בזה לטעמיה לעיל דאמרי' מיגו במקום עדים ומה"ט מהני גם מיגו כנגד אחוי שטרך, דהרי לעיל לא קי"ל כרבה, וביתור צ"ע דבראשונים פ' דה"ט דל"מ מיגו בזווי דה"ל מיגו להוציא ומבו' דאי לא"ה שפיר הוי מהני המיגו]. וע"כ צ"ל כמש"נ דהכא כל הראיה דאחוי שטרך נודעה על פיו וה"ל גדר הפשא"ס לענין הראיה גופא, משא"כ התם דעצם ההנחה דאי' לומר שיש לו שטר משכנתא יש לנו בעצמנו רק דהיה יכול לומר לקוחה היא בידי וד"ק. ע"כ.

²⁹ עי' שר"ע (חור"ם סי' קמו סכ"ה): הביא המערער עדים שזו השדה שלו, וזה שבתוכה טוען ממך לקחתה והרי שטרי והוציא שטר מקייים, טען המערער שהוא מזויף והודו בלע השטר ואמר כן הוא אבל היה לי שטר כשר ואבד ולקחתי זה שבידי כדי לאיים עליו שיוודה שמכר לי באמת, הואיל ואלו רצה היה עומד בשטרו שהרי מקיים הוא הרי זה נאמן, ואין מוציאין השדה מתחת ידו וישבע היסת. הנה: מי שהחזיק שני חזקה והמערער הביא ראיה שנתבטל המקח, אפילו הכי הוי חזקה דשמה אחר כך חזר וקנאה ממנו, ועוד דכתיבה כוז אינה מבטלת המקח עד שיחזור ויקנו ממנו קנין גמור.

והוציא שטר מקייים – ו"א דאפילו אם אינו מקיים אלא יכול לקיימו כו' (סמ"ע), פ' אלא שיכול לקיימו א"כ מהני, אמנם אי עביד הדיין עובדא

והחזיק למערער בקרקע או שהחזיק המערער מעצמו בקרקע אפילו שהיה השטר מקיים אין מוציאם מהמערער (ש"ך).

שטר כשר היה לי ואבד – איתא בגמ' (ב"ב לב ע"ב?) אמר רבה מה לו לשקר ורב יוסף אמר אמאי קא סמכת אהאי שטרא זה שטרא חספא בעלמא וכו', ומסקינן הלכתא כרבה בקרקעות וכתב יוסף בכספיים. "א משום דמספקא ליה לש"ס אי אמרינן מיגו כהאי, ומש"ה בקרקע מוקמינן ליה בחזקת המחזיק ובזווי בחזקת הלוה. ו"א דלאו משום ספיקא הוא אלא דינא הכי דבקרקע אמרינן מיגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים, וכבר יוסף בזווי דהוי מיגו להוציא מחזקת מומן שהוא מחזק ממש (קצה"ח).

והואיל ואילו רצה היה עומד בשטרו כו' – פירוש, אף בלא החזיק ג' שנים (סמ"ע ש"ך).

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).

והמערער הביא ראיה שנתבטל המקח – פ' שנכתב בפנקס דמתא שנתבטל הקנין, הואיל וקנו ממנו מתחילה בקנין גמור, לא נתבטל א"כ הקנין במה שכתבו בפנקס שנתבטל הקנין כו' (סמ"ע).

ועוד דכתיבה כוז כו' – ור"ל דקי"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', ועליל סימן ס"ו סעיף ג' (סמ"ע).

כסף אחר [פי' הלוואה אחר] אצלו [שלא במשכון סוריא, שבו המשכון נשאר אצל המלווה, והוא אוכל פירות עד שנשלם החוב], ואכלתי [כבר] שני משכון, אמרת [לעצמי]: אם אני מחזיר את הקרקע ליתומים, ויאמר שיש לי כסף אחר אצל אביכם, החכמים יאמרו: [כל] הבא ליפרע מנכסי יתומים³⁰, לא יפרע אלא בשבועה [ולא רציתי לישבע], אלא [אמרת] לעצמי אני אעלים את השטר המשכון, ואני יאמר שיעור כסף [שמגיע לי], מיגו שאם רציתי הייתי אומר היא לקוחה בידי³¹, [והייתי] נאמן

[שהיא לקוחה בידי, שנמצא בידי ג' שנים כחזקה שאכל בחיי אביהם, ולכן גם], כאשר אני אגיד שיש לי כסף אצלם [מחוב אביהם] אני נאמן [ולא צריך לישבע דאין נשבעין על הקרקעות ועוד דחזקת שלש שנים עומד במקום השטר].

א"ל: אתה לא היתה יכול לומר לקוחה היא בידי, שהרי יש עליה¹³ קול שהיא קרקע של יתומים [וזה מחאה], אלא לך תחזיר להם [פי' ליתומים את הקרקע], וכאשר יגדלו היתומים תעשה דין איתם [ותשבע ותיטול, דכל זמן שהם קטנים אין יורדין לנכסיהם לגבות מהן].

קרובו של רב אידי בר אבין מת והשאיר דקל [וקרוב אחר תפסו], רב אידי בר אבין אמר: אני קרוב יותר [ומגיע לי הדקל בירושה], ואיש א' [פי' הזה שתפס] אמר: אני קרוב יותר [ומגיע לי, ומאחר ולא יודעים מי קרוב יותר, מגיע למי שתופס אותו בחזקת ידו]. לטוף [פי' אחרי שנה, המחזיק] הודה לו [לרב אידי] שהוא קרוב יותר, ורב חסדא העמידו בידו [של רב אידי]¹⁴. א"ל [רב אידי לרב חסדא, שהמחזיק] יחזיר לי פירות שאכל, מאותו היום [שמת קרובו] עד עכשיו [שהרי הוא אכל אותם שלא כדין]. אמר: [וכי רב חסדא] הוא זה שאומרים עליו שהוא אדם גדול. על מה הרב סומך [לומר שמגיע לך הדקל]. על זה [שהוא מודה לך שאתה קרוב יותר] והרי הוא זה שאמר [עוד עכשיו], אני קרוב יותר, [ואכל פירות בדין כל דאלי גבר, וזה שמודה עכשיו הרי הוא כנותן לך את האילן מדעתו, אף על פי שלא זכית בו מן הדין].

אביי ורבה לא סוברים [כהלכה זה] זה של רב חסדא,

³⁰ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קח ס"ז): הוב"ד לעיל הערה Error! Bookmark not defined.

³¹ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמט ס"א): מי שהחזיק בנכסי קטן ואמר משכונא הם בידי ויש לי עליהם חוב כן 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 שיגדלו ויעשה עמהם דין.

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 המחבר נמשך אחר סדר דברי הרמב"ם [בפ"ד מטוען ה"ז ט' ט'], וגם מפני ששני הסעיפים הללו כ"א וכו"ב יש להן חיבור למ"ש המחבר לפניו 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 שהרי טעמא הוא כיון שיצא הקול לא ה' יכול לטעון חוב יש לי עלי' או לקוחה היא בידי במגו דשלא ה' 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 והוה לאו טענה הוא כיון לשיצא הקול. ומ"ש המחבר בענין הקול שכתבנו בסמוך, ר"ל קודם שהחזיק ג' שנים כדון, כלומר לאפוקי סיפא בהחזיק ג' שנים בחיי האב או בהחזיק ג' שנים אחר שהגדיל (לעיל סעיף י"ט) ויצא הקול אחר"כ דאותו קול אינו כלום כיון שהחזיק ג' שנים כדון (ש"ך).

הואיל ואילו רצה אמר לקוחים כו' - וכן אפשר לומר: הואיל ואילו רצה אמר שלא ה' של אביכם מעולם אלא כיון דטענת שלא היה של אביכם מעולם וטענת לקוח עכשיו נחדה ניהו נקט לקוחים (ש"ך).

ומ"ש והרי זה גובה כו' עד ותחזור כו' - זה "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"ג ס"ד (סמ"ע), ויש חולקים, ולשון "הרי זה גובה" ר"ל מה שלא אכל עדיין (ש"ך), וי"א דכאן כו"ע מודים שהינה אפילו מפירות דלהבא, דדוקא מיגו לא אמרינן ממנו לממון או להוציא, אבל כאן שאינו ידוע שהיה של אביו דהוי הפה שאסרו אמרינן בכל ענין הפה שאסרו, דעדיף מיגו, דאפילו במקום עדים מהני הפה שאסרו (נתה"מ).

והרי זה גובה "משבחה" כצ"ל - ובספרים ישנים כתוב "בשבועה", וטעות סופר הוא, דגובה בכי זה גוונא בלא שבועה, וכמ"ש בהדיא בסעיף כ"ב, דכיון דאין נשבעים על קרקעות לשבועה חמורה, ושבועת היסת לא תיקנו אטענת שמא בירוש' של שאינו יכול לטעון ברי, מש"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 שם כיון שהחזיק בו כדון חזקה אם כן שאני שם דכי היכא דהיה טוען לקוח לא היה נשבע היסת כיון שהחזיק ג' שנים והיתומים טוענים שמא הוא הדין בטוען חוב יש לי, אבל כאן 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 הירוש' 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).

בענין הקול שכתבנו בסמוך - לעיל? [סקל"ד] הוכחתי, דוקא כשיצא הקול קודם כלות ג' שני חזקה, הרי 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, שהרי היכא דהוה מודה שהיתה שלו ולקחה, אינו נאמן כשלא החזיק ג' שנים, אלא במגו דשלא היתה שלך מעולם. וא"כ כאן דאינו יכול לטעון לקוח אלא במיגו דשלא היתה של אביכם מעולם, לא מהימן, דכיון שיצא הקול שהיא של יתומים, דהיינו שהיתה של אביהם לא יחא ליה למטען כן, ואלו טען באמת לא היתה של אביכם מעולם היה נאמן ואין הקול מבטל טענה וכשאמר' 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 שאמרינן מגו דהעזה וכמו שכתבתי לעיל סימן פ"א סעיף כ"ג וסימן צ"ג וס' ק"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 להעיז 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 הרי אינו צריך לטעון כלל טענת ברי, שהרי 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 לומר כל זמן שאינו מביא ראייה 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 להעיז נגד הקול, כיון שהקול מעיד שהוא בעצמו קיבלו מאביו וחיבי להחזיר, וענין הקול נראה דצריך להיות כעין הקול המבואר באה"ע סימן מ"ו [סעיף א' - ד'] לענין קלא דקדושין, ע"ש (נתה"מ).

דכיון שהודה [שרב אידי קרוב יותר], הוא הודה [וכוונתו שאכל שלא כדיון וצריך לשלם].

[שנים שהתווכחו על קרקע] זה אומר "של אבותי", וזה אומר "של אבותי", זה מביא עדים שהוא של אבותי, וזה מביא עדים שאכל שני חזקה, אמר רב חסדא: [זה שאכל שני חזקה נאמן באומר שזה של אבותיו משום דמה לו לשקר. אם הוא רוצה, שיאמר "אני קניתי קרקע [זו] ממך, ואכלתי שני חזקה". אביי ורבא לא סוברים [כהלכה] זו של רב חסדא, שלא אומרים "מה לי לשקר" במקום [שלוה שכנגדו יש] עדים [שהרי העדים מעידים שטענתו שקר ואיך אפשר להעמידו בידו על ידי "מה לי לשקר" הרי הוא משקר וחזקת השלש שנים אינה כלום שהוא כחזקה שאין עמה טענה].

איש אחד אמר לחבירו: למה אתה בקרקע זו. אמר לו: אני קניתי אותך ממך, ואכלתי [כבר ג'] שנות חזקה, הלך והביא עדים שאכלה שני שנים [ועוד לא מצא עדים על השנה השלישית], אמר רב נחמן: תחזיר את הקרקע ותחזיר את הפירות [שאכלת בב' שנים אלה]³³.

אמר רב זבדי: אם טען [בתחילה] ואמר "ירדתי לפירות" [כאריס שעובד קרקע של אחר, ונותן לו חצי שלישי או רבע הפירות], נאמן [במה שאכל למפרע ובשבוטת היתר ואף על גב שיש לשני שנים שהוא אכל פירות שלו ואין הקרקע קנוי לו, סומכים על דבריו של האריס, שאין אדם חצופ לרדת לקרקע חבירו ולאכול פירותיו בחינם, ומיהו מכאן ולהבא לא יאכל בלא עדים ושטר שקנה הפירות. וראיה לכך וכי] לא אמר רב יהודה:

³² עי' שו"ע (ח"מ סי' קמה ס"ג): לא 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 נאמן 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.

בין שעד אחד מעיד עליהן - הטעם, דכל אדם צריך ליטע 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 ידידי אכלתי אינו נאמן בטענתו אפילו בשבועה דמוקמינן הפירות שאזקת 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).

שאם נאמן לו כו' - משמע דוקא מה"ט אבל משום מגו לא מהימן ולפי זה אם טוען אכלתי רק שני שנים וזבניתה מינך ואין עדים כלל בדבר אינו נאמן על הפירות במגו דלא אכלתי כיון שהקרקע יוצא מתחת ידו ו"ש חולקין וכן עיקר וכמ"ש לעיל סי' קמ"ז [צ"ל קליט סי' ב' - רע"א] ע"ש (ש"ך). ואין צריך לומר שאין עדים כלל על אכילת פירות - פירושו, אף שהמחזיק מודה שאכלם, דאם נאמן לו שאכלם, הרי ג"כ אמר שאכלם שלש שנים והחזיק בהם (סמ"ע).

³³ עי' שו"ע (ח"מ סי' קלז ס"א): היורד לתוך שדה חבירו ולקט פירותיו, בעל השדה טוען: שגזל לקחם, וזה אומר שמכרם לו, נאמן בשבועת היסת, אפילו יש עדים שליטקטן.

היורד לתוך שדה חבירו כו' - אפילו בלא אמר תחילה "אלך ואלקוט", דליכא כאן חזקה דאין אדם מעיז, אפי' כיון שכבר ליקטן והוא מוחזק בהן אין מוציאין מידו. ובסעיף שאחר זה מיירי כשאינו מוחזק בהן, שליטקטן 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 שמולכין לרשותו מטעם דאין אדם חצופ לומר אלך ואלקוט כשלא היה לו רשות ללקט. אבל אם בא ומערער עליו קודם שליטקטן יכול לעכב עליו מלקוט, ולא מהני חזקת אמירה דאלך ואלקוט, דא"כ כל איש שהוא עוזת מצח יסמוך ע"ז לומר כן משום ידיע כשיאמר כן לא יוכל בעליו למחות בו. ובמקום שכבר ליקט פירות השדה זמן מרובה, ה"ל כאמר אלך ואלקוט לענין זה דאף דאין הפירות ברשותו ובחזקתו אין הבעלים יכולים להוציא מידו מה שכבר ליקט מטעם דאין אדם חצופ (סמ"ע), כונת דברי הסמ"ע דבסעיף א' איירי שהלוקח לקח הפירות לביתו והוא מוחזק, שהוא נאמן מטעם מוחזק כמו בשאר מטלטלין שאינן עשויין להשאיל, ולכן אפילו לא אמר מקודם דלא שייך הסברא דאין אדם חצופ, מ"מ נאמן מטעם מוחזק. ועל כרחך מיירי שאין יודע באיזה אופן באו הפירות לידו אם הבעה"ב בעצמו מרעם לו או בעצמו מלקחם, דאם יש עדים שליטקטן בעצמו שלא בפני הבעה"ב אינו נאמן מטעם מוחזק, דהוי כמו גדרות (עי' לעיל סי' צ"ד), ובעיני דוקא שאמר מקודם אלך ואלקוט דאז נאמן מטעם סברא דאין אדם חצופ, ואז נאמן אחר לקיטה אפילו אינו מוחזק כמו בסעיף ב'. ובסעיף ב' מיירי שאמר אלך ואלקוט קודם לקיטה דשייך סברא דאין אדם חצופ, ולכן אפילו לקטן והניחן בשדה של בעה"ב, שאינו מוחזק, נאמן, בין כשהיה בעה"ב כאן ובין אינו כאן, והרי דנקט המחבר בסעיף ב' אם אין בעל השדה כאן, משום הרי דנקט דאין בית דין צריכין למונעו, שכן כאשר הבעה"ב כאן לא שייך הרי דאין הבית דין צריכין למונעו, דהבעה"ב בעצמו ימונעו (נתח"מ).

מי שלקח מגל [כלי לאסוף תמרים] או חבל [לעלות לרקל מרוב גובהו]³⁴, ואמר: אני הולך לאסוף דקל פלוני שמכר לי [פירותיו], הוא נאמן, שאין אדם חצופ לאסוף [פירות] דקל שאינו שלו, וכן כאן אדם לא מתחצף לאכול פירות שאינם שלו. אם כן, גם הקרקע [שיהיה לו, שאין אדם מתחצף לדור בקרקע שאינו שלו]. קרקע [שונה], שאומרים לו: תראה את השטר שלך. אם כן, גם בפירות [שיאמר לו כך]. אנשים לא עושים שטר לפירות.

א' אמר לחבירו: למה אתה בקרקע זו. א"ל: אני קניתי אותך ממך, ואכלתי [כבר ג'] שנות חזקה, [והמחזיק] הביא עד א' שאכל שלש שנים, וחכמים לפני אביי חשבו לומר היינו [אותו ההלכה כמו] החתיכת כסף של רבי אבא, שאדם א' חטף חתיכת כסף מחבירו³⁵, בא לפני רבי אמי, והוא היה יושב לפני ר' אבא, והביא עד א' שחטף ממנו, [והחוטף] אמר: כן, חטפתי וחטפתי את שלי, אמר רבי אמי:

³⁴ עי' שו"ע (ח"מ סי' קלז ס"א): 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 שליטקטן, 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. MISSING TAZ

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 לקחתי 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).

³⁵ עי' שו"ע (ח"מ סי' עה ס"ג): הוב"ד לקמן הערה 36. עי' שו"ע (ח"מ סי' שסד ס"ג): וכן אם היה שם עד אחד בלבד ובעל הבית טוען שגזול הוא כלי זה בידו, והלה אומר לקוח הוא בידו, או בחוב גביתו, או שלי היה ופקדון הוא אצלך, הרי זה חייב להחזיר הכלי לבעליו בלא שבועה, שאילו היו שני עדים היה חייב לשלם, וכעשוי שאין שם אלא עד אחד חייב שבועה, ואינו יכול לישבע שהרי אינו מכחיש את העד, וכל המחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. לפיכך: אם כפר ואמר לא נכנסתי לביתו ולא נטלתי כלום, הואיל ואין שם אלא עד אחד והוא מכחישו, הרי זה נשבע שבועת התורה שלא לקח מביתו כלום ונפטר (ע"ל סימן צ"ג).

חייב שבועה ואינו יכול לישבע כו' - כמו שהאמינה התורה שני עדים להתחייב למי שמעידין עליו לקיים כפי עדותן, כן האמינה התורה לעד אחד להביא למי שהעיד עליו להשבע שאינו כדברי העד, וכל שאינו רוצה להשבע שאינו כדברי העד צריך לשלם כאילו העידו עליו שנים, וכיון שהעד מעיד שראוהו נכנס שלא בפניו ונטל משם כלי זה הודה שנכנס ונטל והרי אינו יכול לישבע שהעד משקר שהרי מודה לו, תו לא מהימננו ליה ששלו נטל או שבחובו גבהו, אלא דינו כאילו ראוהו שנים שנכנס דהיה צריך להחזירו לו עכ"ל כ"ל בסעיף ב' (סמ"ע).

חייב שבועה ואינו יכול כו' עד משלם - עי' לעיל סימן צ' סעיף ג': היה עד אחד מעיד [ושנכנס למשכנו ונטל כלים תחת כנפיו ואינו יודע מה הם, והוא אומר: לא גזלתי כלום, או שאמר: בחובי נטלתי, הואיל ואין העד יודע מהו תחת כנפיו, הרי זה נשבע שלא גזל], שאני שם הודע לא ראה מה שהוציא, ואפילו שנים בכי זה גוונא דלא ראו מה שהוציא אין הבעל הבית הגזול נוטל כי אם בשבועה כמ"ש שם בסעיף א', ועי' דברי לקמן ס"ז (סמ"ע).

עי' שו"ע (ח"מ סי' שסד ס"ד): חטף לשון כסף מיד חבירו בפני עד אחד ואמר חטפתי ודידי חטפתי, חייב להחזיר: ודידי חטפתי חייב להחזיר - הוא ג"כ מטעם הנ"ל (סעיף ג') דה"ל מחויב שבועה נגד העד שלא חטף ואינו יכול לישבע שהרי מודה שחטף (סמ"ע).

איך נדון הדין הזה שאילו היו שנים מעידים אותו שחטף היינו מחייבין אותו לשלם שאין אדם נאמן לחטוף דבר מיד חבירו ולומר שלי אני חוטף אי"כ יש לו עדים דהעמד ממון על חזקתו וזה המוחזק בו אין אדם יכול להוציא ממנו בלא ראייה והחוטף ממנו גזלן, ואם אין עד א' שחטף, הוא נאמן במיגו, וכן אם היה מכחיש את העד א', היה נאמן. שישלם [שכן] הוא מודה שחטף, אי אפשר שכן] אין שני עדים [שחטף]. שיפטור אותו [אי אפשר שכן] יש עד אחד. שישבע [שלא חטפו, להכחיש את העד, אי אפשר] הרי אמר שהוא חטפו, וכיון שאמר שחטפו, הוא כמו גזלן. אמר רבי אבא: הוא מחויב שבועה שאינו יכול לישבע³⁶, וכל המחויב שבועה שאינו יכול לישבע, משלם [וזה דומה למקרה לעיל של מי שיש

עדים שאכל שלש שנים, לפני כמה שנים, ואחר נמצא שם, ויש לו עד א' שאכל השני ג' שנים, שהשני לא יכול לישבע נגד העד, שהרי הוא מסכים שאכל, אבל אכל את שלו].
א"ל אביי: איך הם דומים³⁷. שם [במקרה של חטיפת הכסף] העד בא להחליש, כאשר בא [עד] אחר איתו, מוציאים ממנו. כאן [בקרקה, העד] בא לעזורו [שכן אכל ג' שנים], כאשר מגיע עוד א' איתו [מעמידים אותו בידו].
אלא אם זה דומה ל[הלכה זו] של רבי אבא, של עד א' ושני שנים [ובא לתבוע] פירות [שהוא נשבע שאכל פירות שלו, ולכן מחזיר לו הקרקע ולא הפירות].

(סי' פב ס"ז), ועי' לעיל (סי' עב ס"ג) (ש"ך), בחמשיין ידענא וחמשיין לא ידענא בזה אמרין "מתוך שאינו יכול לישבע משלם" מן התורה, אבל בחשוד, כיון דיכול לישבע אלא שאין נותנין לו שבועה, לא הוי מן התורה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, ואינו אלא תקנתא (קצה"ח).
אבל במקום שיכול לומר פרעתי כו' - לשון "פרעתי" שייך בהלואה ולשון "החזרת" שייך בפקדון, ור"ל אבל אם אין העד מעיד שלא זה ידו כו', דאז יכול לומר פרעתי, נאמן נמי לומר יש לי בידו כנגדו במיגו דפרעתי (סמ"ע).
אבל שלי הוא כו' - אף דאין העד מעיד דלאו שלו חטף, מ"מ כיון שהוא עצמו מודה שחטפו והתורה האמינתו לאחד כשנים אם לא שישבע כנגדו, והרי כאן מודה לעדותו ואינו יכול לישבע, משה' משלם. והא דלא הימננהו לומר שלו הוא במיגו דהחזרתו לך, שהגוזל מחבירו אינו נאמן לומר שהחזירו כי אם בעדים. א"נ איירי בראוהו בידו בשעת תביעה, או שאמר העד לא זה ידי מתוך ידו ומשע' החטיפה וראיתי שלא החזירו לידו (סמ"ע), עיין עוד מדינים אלו לקמן (שם ס"ג-ה) (ש"ך), אינו נאמן במיגו כיון דלרואים החטיפה ליכא מגו והוא אצלם בגזלן, ואפילו אם ראו קרוב או פסול את החטיפה וקנו מן החוטף הנסכא צריכין להחזיר לבעלים ואין להם לעכב כיון דהם ראו החטיפה הוי כידוע להם שהיא גזולה דהא חזקה כל מה שיש תחת יד אדם הוא שלו ובגזילה בא לידו, וא"כ כיון דלגבי העד שראה החטיפה ליכא מגו, וא"כ אנו נמי דלא ראינו סמכין על העד, דאם היה מכחיש העד היה נאמן להאיש והשתא שאינו מכחיש הרי הוא כשנים ולא מהני ליה מגו (קצה"ח), ואם יש לו עד המסייע דידיה חטף ע' קצה"ח לקמן (סי' פז סק"ט?) דמהני (רע"א).
הוא ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם - מכאן נראה בממרות שלנו, אם יש עד אחד על הקיום, מאחר שיש שם נאמנות על הפרעון, רק שיכול לטעון פרעתי במיגו דמוזף, וכיון שיש עד אחד שהוא תחמנו, לא הוי מיגו, וא"כ ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, ועיין לעיל (סי' נא ס"ב) (ש"ך).

ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול כו' - קשה, והלא אף אם העד מעיד שלא זה ידו מתוך ידו, יכול זה לישבע נגד העד לומר שמשקר שפרעו, ויהיה נאמן בשבועתו להכחישו. אלא מ"ש המחבר "אם זה העד מעיד שלא פרעו כו'", לא קאי אטענת "פרעתיך", אלא אמ"ש "אתה חייב לי כנגד אותו מנה", דבזה אתי שפיר, כיון דהנתבע מודה שחייב לו עדיין, לא אמרין בזה דיהא נאמן במיגו דאילו בעי הוה אמר פרעתיך, ד"ל שלא רוצה להעני נגד העד המעיד שלא זה ידו מתוך ידו ולא פרעו או שהוא עדיין בתוך זמנו, לכן משקר וטען שחייב לו התובע כנגד אותו מנה, ומשה' אמרין בזה ה"ל מחויב שבועה להכחיש העד ולומר שפרעו, ואינו יכול שהיה מודה לו. ועל מה שהתחיל וכתב משמיבו "פרעתיך", קאי אמה שמסיק ואמר, "וכן אם טען תחילה לא היו דברים מעולם כו'", ור"ל, "וכן מה שכתב תחילה אבל פרעתיך", אי הוי בכהאי גוונא דטען תחילה להדי' כו', שוב אינו נאמן לומר פרעתיך, ומשה' כתב המחבר לשון "תחילה". גם "ל דמ"ש המחבר שהעד מעיד שהוא בתוך זמנו, קאי נמי ארישא אטוען פרעתיך, וכגון דהנתבע מודה לו שהוא בתוך זמנו, אלא שאומר פרעתיך אף שהוא בתוך הזמן, ומשה' חייב לשלם לו, כיון שמודה שלוחו ושעדיין הוא בתוך הזמן, וחזקה אין אדם פורע בתוך הזמן, ואין לו מיגו דאילו רצה היה נשבע שהוא לאחר זמן, דה"ל מיגו דהעזה (סמ"ע), עי' סמ"ע, ור"א דהמחבר לא מיירי מפרעון ממש, רק מפרעון שאינו נאמן אלא במיגו, כגון שטוען מחלת לי או נתת לי במתנה וכיוצא בזה, דבכהאי גוונא אינו נאמן אלא במיגו דפרעתי, והלכך כשהעד מעיד שלא פרע ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם (ש"ך), מדברי הסמ"ע משמע דאם היה מכחיש העד בזמן והיה אומר שאינו תוך זמנו היה צריך לישבע להכחיש העד, דאם לא היה צריך בענין זה שבועה לא הוי שייך ביה דין נסכא אין אדם פורע בתוך הזמן, ואין לו מיגו דאילו רצה כיון שהוא מודה בעיקר השוב לדברי העד ואינו מכחישו אלא בזמן אין זה דררא דממונא לחייב שבועה, ואף על גב דאם היה מודה שהוא תוך זמנו היה ראייה שלא פרע, השתא שמכחישו אינו אלא כמו שטוען ראייה יש לי בידך דפטררה התורה משבועה דאין גופו ממון, ומה לי מכחיש ראייה שיש לו על חבירו או ראייה שיש לו על עצמו וכיון דליכא שבועה בהכחשה א"כ כי מודה נמי ליכא ביה דין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. וצ"ע (קצה"ח).

בכל אלו הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם - כל היכא דהוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, יכול להשיעו היסת לאחר הפרעון, כדלקמן

³⁶ עי' שר"ע (ח"מ ס' עה ס"ג): מנה הלוייתך והרי עד אחד והלה אומר כן הוא אבל פרעתיך או שאומר לו אתה חייב לי כנגד אותו מנה אם זה העד מעיד שלא פרעו אותו מנה כגון שלא זה ידו מתוך ידו או שהוא מעיד שהוא תוך זמנו וכן אם טען תחלה לא היו דברים מעולם ואחר כך הוציא עליו עד אחד וחזר ואמר לויית ופרעתי בכל אלו הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם. הגה: אבל במקום שיכול לומר פרעתי או החזרתו לא אמרין הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע דנאמן כן הסכימו האחרונים ז"ל. טענו חטפת חפץ ויש לו עד אחד שחטפו והוא אומר ודאי חטפתי אבל שלי הוא הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם. הגה: "א דווקא כהאי גוונא שהעד מעיד שלא בא לידו בתורת משכון אבל אם מעיד שבא לידו בתורת משכון ואינו זוכר כמה הלוח עליו המלוה נאמן בשבועתו לומר כמה הלוח עליו ולא אמרין ליה מיה מחויב שבועה וכו' הואיל ובא לידו ויש חולקין וכמ"ש לעיל סימן עב ס"ח. מנה לי בידך אין לך בידי אלא חמשים והשתא איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם והתובע אינו צריך לישבע אלא אם ירצה הלוח יחרים סתם על מי שנוטל ממונו שלא כדן אבל אם השיבו חמשים לויית ממך ופרעתיך וחמשים האחרים איני יודע אם לויית אם לאו ישבע היסת שפרע החמשים ושאינו יודע מהחמשים שתבעו בהם:

ביאור: וכן אם טען תחילה להדי' כו' - כבר כתבתי (סק"י) דכשטען מתחילה להדי' גם ובלא העד והכחישו, אמרין הואיל ואי הכחישוהו שנים נעשה כפרן על פיהם ומשלם, עתה שחייב כאן אלא עד אחד, מוטלת עליו שבועה להכחישו, וכשחזר והודה שלוחו כדברי העד אלא שאמר פרעתי, אילו היו שנים ודאי לא היה נאמן, כיון דכל האומר לא לויית כאילו אמר לא פרעתי, ובעד אחד ה"ל מחויב שבועה להכחיש העד ואינו יכול ומשלם (סמ"ע), ויש חולקים, כיון דאפילו בשני עדים לא נתחייב ממון אלא מתוך שהחזק כפרן, בעד אחד לא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, ועי' סמ"ע לקמן (סי' עט סק"ב?) (ש"ך).

ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול כו' - קשה, והלא אף אם העד מעיד שלא זה ידו מתוך ידו, יכול זה לישבע נגד העד לומר שמשקר שפרעו, ויהיה נאמן בשבועתו להכחישו. אלא מ"ש המחבר "אם זה העד מעיד שלא פרעו כו'", לא קאי אטענת "פרעתיך", אלא אמ"ש "אתה חייב לי כנגד אותו מנה", דבזה אתי שפיר, כיון דהנתבע מודה שחייב לו עדיין, לא אמרין בזה דיהא נאמן במיגו דאילו בעי הוה אמר פרעתיך, ד"ל שלא רוצה להעני נגד העד המעיד שלא זה ידו מתוך ידו ולא פרעו או שהוא עדיין בתוך זמנו, לכן משקר וטען שחייב לו התובע כנגד אותו מנה, ומשה' אמרין בזה ה"ל מחויב שבועה להכחיש העד ולומר שפרעו, ואינו יכול שהיה מודה לו. ועל מה שהתחיל וכתב משמיבו "פרעתיך", קאי אמה שמסיק ואמר, "וכן אם טען תחילה לא היו דברים מעולם כו'", ור"ל, "וכן מה שכתב תחילה אבל פרעתיך", אי הוי בכהאי גוונא דטען תחילה להדי' כו', שוב אינו נאמן לומר פרעתיך, ומשה' כתב המחבר לשון "תחילה". גם "ל דמ"ש המחבר שהעד מעיד שהוא בתוך זמנו, קאי נמי ארישא אטוען פרעתיך, וכגון דהנתבע מודה לו שהוא בתוך זמנו, אלא שאומר פרעתיך אף שהוא בתוך הזמן, ומשה' חייב לשלם לו, כיון שמודה שלוחו ושעדיין הוא בתוך הזמן, וחזקה אין אדם פורע בתוך הזמן, ואין לו מיגו דאילו רצה היה נשבע שהוא לאחר זמן, דה"ל מיגו דהעזה (סמ"ע), עי' סמ"ע, ור"א דהמחבר לא מיירי מפרעון ממש, רק מפרעון שאינו נאמן אלא במיגו, כגון שטוען מחלת לי או נתת לי במתנה וכיוצא בזה, דבכהאי גוונא אינו נאמן אלא במיגו דפרעתי, והלכך כשהעד מעיד שלא פרע ה"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם (ש"ך), מדברי הסמ"ע משמע דאם היה מכחיש העד בזמן והיה אומר שאינו תוך זמנו היה צריך לישבע להכחיש העד, דאם לא היה צריך בענין זה שבועה לא הוי שייך ביה דין נסכא אין אדם פורע בתוך הזמן, ואין לו מיגו דאילו רצה כיון שהוא מודה בעיקר השוב לדברי העד ואינו מכחישו אלא בזמן אין זה דררא דממונא לחייב שבועה, ואף על גב דאם היה מודה שהוא תוך זמנו היה ראייה שלא פרע, השתא שמכחישו אינו אלא כמו שטוען ראייה יש לי בידך דפטררה התורה משבועה דאין גופו ממון, ומה לי מכחיש ראייה שיש לו על חבירו או ראייה שיש לו על עצמו וכיון דליכא שבועה בהכחשה א"כ כי מודה נמי ליכא ביה דין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. וצ"ע (קצה"ח).

³⁷ עי' שר"ע (ח"מ ס' שסד ס"ג): הוב"ד לעיל הערה 35
עי' שר"ע (ח"מ ס' שסד ס"ד): הוב"ד לעיל הערה 35
עי' שר"ע (ח"מ ס' קמה ס"א): הוב"ד לעיל הערה 32.

לד ע"ב

אחת של ראובן שכתב שטר מתנה לשמעון ושטר מתנה ללוי ושניהם] ביום אחד [ונמצא שאין זה מוחזק יותר מזה כלל ואפי' נתברר ששמעון בשחר וליי אחריי בערב אין הקדמה בשעות].

היתה ספינה [בנהר] ששנים היו רבים עליו [ואין א' מהם מוחזק בו], זה אומר שלי הוא, וזה אומר שלי הוא, בא א' מהם לבית דין ואמר [לבית דין] שיתפוס אותו עד שאני מביא עדים שהיא שלי [פן ימכרנה אבל חזקה שהחזיק בה אחר שערער זה עליה אינה כלום שכולם יודעים שבתורת חטיפה באה לידו. וכי בית דין] תופסים [אותו] או לא. רב הונא אמר: תופסים [ואם הוא לא מוצא עדים, מוציאים אותו מחזקת בית דין], רב יהודה אמר: לא תופסים [שאם הוא לא מוצא עדים לא מוציאים מחזקת בית דין]³⁸.

[אם ההוא] הלך ולא מצא עדים, אמר להם: תוציאו [מידי בית דין] וכל שחזק יותר [בין בראיות בין בכח] גובר [ומקבלו], מוציאים [אותו] מידי הבית דין] או לא מוציאים [שאין לבית דין רשות להוציא דבר להפקר, כאשר הוא היה ביד בית דין, עד שידעו למי להשיבו]. רב יהודה אמר: לא מוציאים, רב פפא אמר: מוציאים.

וההלכה: לא תופסים, ובמקום שתפסו, לא מוציאים. [אם שנים רבים על הספינה או קרקע ואין עדות וחזקה לזה יותר מזה] זה אומר "של אבותי", וזה אומר "של אבותי", אמר רב נחמן: כל [מי] שחזק [יותר] מתגבר³⁹. ומה שונה משני שטרות היוצאין [לפנינו על שדה

³⁸ עי' ש"ע (ח"מ סי' קלט ס"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 מוציאים אותו עד שיתברר של מי הוא. 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).

³⁹ עי' ש"ע (ח"מ סי' קלט ס"א): שנים שחלוקים בדבר, ואין שום אחד מהם מוחזק בו, כההיא ארבה דהוו מינצו עליה בי תרי וכל חד אמר: ידידי 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. SHACH AND TAZ

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

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 זה 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, אוקמה אחזקות הללו ולא מיחו ביד מי שגבר ידו, משא"כ בשנים אוחזים בטלית והדומה לו, דכיון דכל אחד תופס בו וכל מה שאדם תופס בו הוא בחזקת שלו, ואי היינו אומרים בו דכל דאליים גבר היה אחד גזול מה שביד חבירו, הלכך פסקו בו דין חלוקה כמבואר בסימן שלפני זה (סמ"ע).

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

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) 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" (סמ"ע), וי"א דאם חזר ותקפה ממנו אין מוציאים אותו מידו, ועיין לקמן סי' רמ"ה ס"א עי' בתשוב' מהרש"ם סי' שכ"ח (ש"ך).

עי' ש"ע (ח"מ סי' קמו ס"ב): שנים שהיו עוררים על שדה זה אומר שלי וזה אומר שלי ואין לאחד מהם ראיה, 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 הראיה, ואם בא שלישי ותקף עליהם וירד לתוכה מסלקין אותו ממנה.

הן השנים עצמן שהעידו בהם אלו כו' - דאילו העידו על שנים שהן זו אחר זו, הדין נותן שנתן ליד מי שהחזיק בה ג' שנים האחרונות אפילו אם היא עתה ביד השני (סמ"ע)

מניחין אותה בידיהן כו' - לאו דוקא בידיהן קאמר שהרי באין שום אחד מחזיק בה מיירי, אלא ר"ל ברשות וחזקת שניהן וכל הגובר כו' (סמ"ע).

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 ראיה ולזה השלישי אין ראיה, אז מסלקין אותו אף שבה השלישי ואומר דשלו היא קודם שגבר אחד מהשנים, שאמרינן דשל אחד משניהן היא בודאי כיון דיש להן ראיה ולו אין ראיה. וגם קאי אכשאי לשום אחד ראיה הנ"ל, אלא שכל אחד משניהן טוען שלי היא וזה השלישי תקף בלא טענת שלי

היא, דאז ג"כ מוציאים אותה מידו כמ"ש בסימן קל"ט סעיף ב' (סמ"ע), אפילו כשהעדים אומרים שהיתה של אבותיו מעולם ועדים מכחישים אותן, מ"מ אפשר יבוא עדים או שטר מכירה שקנו אבות אבותיו דלא יתכחו מעדים אלו (נתה"מ).

מקום לחשוב שבעוד כמה ימים יבא עדים להעיד לצד א', כאן יש לעמוד על [אמיתת] הדבר [אם יבאו עדים ויעידו].
ומה שונה [ההלכה של רב נחמן] מזה שלמדנו במשנה: המחליף פרה בחמור וילדה¹⁵, וכן המוכר שפחתו וילדה, זה [בעל הפרה] אומר "עד שלא מכרתה לידה" [והולד שלי] וזה [פ"י בעל החמור] אומר "משלקחתי לידה" [והולד שלי], יחלוקו [והרי אם יש עדים שבאים להעיד מתי ילדה, אם כן יש לעמוד על האמיתת הדבר]. שם הלז

שרב אמר: יחלוקו [שזה ספק, ואין לומר המוציא מחבירו, שאין אף א' מהם מוחזק], ושמואל אמר: השלכת הדיינים [הדיינים יש להם זכות להחליט לזאת להביא אותה, היינו לאותו שהנותן אוהבו או קרובו יותר, שמשמטא הוא מכר לו אבל א' אומרים יחלוקו בודאי אחד נטל החצי שלא כדין]⁴⁰. שם [בב' שטרות] אין לעמוד על [אמיתת] הדבר [שאיין

⁴⁰ ע"י ש"ע (ח"מ סי' רמ ס"ג): שני שטרות שזמנם ביום אחד והם כתובים על שדה אחד בין במכר בין במתנה אם דרך אנשי המקום לכתוב שעות הרי הדבר מסור לדיינים כל שדעתם נוטה להעמיד שדה זו בידו יעמידו הגה: ויש אומרים שאין דנין דין שודא דדייני רק בדיין מומחה ובקרקע ויש אומרים דאף במטלטלים כל שאין אחד מוחזק בהן:

שני שטרות שזמנם כו' - עד עכשיו איירי דשניהן יוצאין מיד לוקח או מקבל אחד וכתב שניהן על שמו וכמ"ש בריש סימן זה, ומכאן ואילך מיירי דהשטרות נכתבין על שם שני בני אדם, וכל אחד שטרו בידו ורוצה לזכות בהשדה בשטר שלו (סמ"ע).

הדבר מסור לדיינים - ודוקא היכי דאין למקבל מתנה זכות לזה יותר מזה אבל היכי שהקנה ראובן כל נכסיו לשמעון וחזר שמעון בו ביום והקנה כל נכסיו לראובן ואין אנו יודעים מי הוא האחרון שזכה בנכסיו מחזקין לכל א' מהם בנכסיו, דהיינו חזקתו הראשונה. ודוקא במקרקע אבל במטלטלין אי קיימא ברשותא חדד מייניהו מוקימנן בחזקתן. ועיין בקונטרס הספיקות [הלכה זו לאו מתורת תפיסה בספיקא, דאי קיימי מטלטלי ברשותיה חדד מייניהו לא מפיקנן מייניה, אלא משום טענת לקוח במטלטלין קאתי עלה, דבדברים שאינן עשויין להשאיל ולהשכיר מהימן המוחזק בהן לטעון לקוח הן בידו, ואף שראו עתה בידו וגם ידועין שהיו של פלוני בגוונא דלית ליה מינו, והיינו מטעם דחזקה שלקחן דאל"כ מאי בעי גביה, והכי נמי זה שמטלטלין קיימי ברשותיה וטוען שהוא נתן תחילה לחבירו ואח"כ נתן חבירו לו, הוא מהימן מהאי טעמא דמאי בעי גביה. ואם ראובן כתב כל נכסיו לשמעון ובו ביום כתב שמעון כל נכסיו ללוי. והספק אם תחלה כתב ראובן לשמעון וזכה לוי גם בנכסיו ראובן שזכה בהם שמעון תחלה. או דשמעון כתב תחלה ללוי ולא ה' בכלל נכסיו ראובן. כיון דא"ל ללוי לזכות בהם אא"כ שנתאמר דה' לשמעון זכות בהם שעה א' ממילא א"ל שמעון מרא קמא בנכסיו של ראובן ומתקיים לו בחזקתו ובמטלטלין אם תפס לוי תליא בדין תפיסה מספק נגד חזקת מרא קמא (רע"א). כל שדעתם נוטה - פירוש, שידועין שדעת הנותן או המוכר היתה קרובה לזה יותר מלזה, לאותו ודאי זיכהו ראשון במכירה או במתנה, וה"א ברמ"א סובר שתלוי ברצון הדיין שיתן למי שירצה בלי טעם (סמ"ע), אם נתברר שהמסירה של השטרות לא היתה ביום הכתיבה רק בימים שאחר הכתיבה והחתימה, למ"ד דס"ל עדין בחתומיו זכין לו וזוכין שניהם למפרע בסוף היום (ע"י סמ"ע סי' לט ס"ג סמ"ע וש"ך ד"ה שטר שיש לו קנין], אבל אם ידוע שהמסירות היו בשני ימים ואין ידוע מי היתה קודם, אז בברי וברי כל דאלין גבר כשאינן מוחזקין, ובשמואל ושמואל יחלוקו (נתת"מ).

בדין מומחה כו' - וצ"ע בזמן הזה ע"ל (סי' ג' ס"ב, וסי' כג) (ש"ך).

ע"י ש"ע (ח"מ סי' קד ס"ח): היו עליו בעלי חובות הרבה, כולם ביום אחד או בשעה אחת, במקום שכותבין שעות, אין בהם דין קדימה, וכל הקודם לגבות זכה, בין מקרקעי בין מטלטלי.

היו עליו בעלי חובות הרבה כו' - ע"י באבן העזר (סי' צ' ס"ב) (?) מדין אשה ששיעבדה עם הבעל לבע"ח השני. אשה שנשתעבד בעלה לשמעון, ואח"כ נשתעבד עם האשה ללוי ומשכנו לו קרקע, ויש לאשה שעבוד כתובתה על אותה קרקע, ואח"כ מת הבעל, איזה גובה תחילה (סמ"ע), ע"י בתשו' מנחם עזריה סי' קכ"ט ובתשו' ו' לב סי' צ"ה (ש"ך *), צ"ע שכן המחבר פסק לקמן (סעיף ג) דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת לגבות מבני חרי ודלא כמ"ש כ' כאן דאין בהם דין קדימה (ש"ך), [לתרץ קושיית הש"ך] י"א הטעם דשטרי הלואה אפילו לזה מזה תחלה אין שעבוד השטר חל אלא משעה שמוכח מתוכו, וי"א דשני בעלי חובות ביום אחד או שתי כתובות ביום אחד כולי עלמא מודו דיחלוקו דחשו רבנן להפסד בע"ח משום נעילת דלת ולכתובת אשה משום חניא, אבל בלוקחות או במתנה עביד שודא היכא דאיכא לומר חד מייניהו קדים והאחר שקר (קצה"ח).

כולם ביום אחד כו' - פירוש, זמן הלואה היה ביום אחד כו', אבל אין תלוי בזמן פרעון וכ"ל (סעיף א) (סמ"ע), ראובן שלוה משמעון מנה, ובו ביום שאל מלון חפץ שוה מנה, ואחר ימים נאנס החפץ אצל ראובן, ובהגיע זמן פרעון של שמעון באו שניהם, שמעון ללוי לגבות מראובן, ולא הספיקו נכסיו כי אם לסילוק אחד מהם, מה דינם. ע"י לקמן (סי' שמוא ס"ד, וסמ"ע שם סק"ג?), ששואל משתעבד רק משעת האונס ולא משעת השאלה (פ"ת).

וכל הקודם לגבות - פירוש, מי שקדם וגבה זכה, אבל אין תלוי במה שזמן פרעונו בא קודם להשני, וכ"ל (סעיף א) (סמ"ע), אחד שהיה חייב לבנו והיה עליו ג"כ בעלי חובות אחרים ומת ונפלו הנכסים לפני בנו שהוא יורשו, י"א דהיורשים יש להם דין בע"ח שקדם וגבה אפילו בקרקעות כיון שהנכסים בחזקתן ואפילו אינו עושה שום תפיסה בפועל אלא מכח היתו יורש מוציא

מנכסי מורישו ודוחה הבע"ח ותופס לעצמו, ויש חולקים דתפיסה לא מהני בקרקע אלא דוקא מה שגבה על פי ב"ד (קצה"ח).

וכל הקודם לגבות זכה - ואפילו שיש עדים שזה לזה תחילה ונמסר לידו השטר חוב כולו, אפ"ה כל שבתוך השטר לא ניכר קדימה, לא חל שעבודם עד כלות היום, ואז כבר הללו לו שניהן (סמ"ע).

ע"י ש"ע (ח"מ סי' קד ס"י): שטרות שזמן כולם יום א' או שעה אחת, במקום שכותבין שעות, ובאו כולם ביחד לגבות, וכן בעלי חובות שכל אחד מהם קודם לזמן חבירו שבאו לגבות מטלטלים, שהרי אין בהם דין קדימה, או שבאו לגבות מקרקע שקנה הלוח לאחר שלוחה מהאחרון שבהם ואין בנכסים כדי שייגבה כל אחד מהם חובו, מחלקים ביניהם. כיצד חולקים, אם בשיתחלק הממון הנמצא על מניינם יגיע לפחות שבהם כשיעור חובו, (או פחות, חולקים לפי מנינם בשוה. ואם יגיע לפחות שבהם יותר על חובו, חולקים מכל הממון ביניהם, כדי שייגיע לפחות שבהם כשיעור חובו) וחוזרים הנשארים מבעלי חובות, וחולקים היתר ביניהם בדרך הזאת. כיצד, היו שלשה חובות, של זה ק' ושל זה ק"ק ושל זה ש', אם היה כל הנמצא שם ש', נוטלים ק' ק'. וכן אם נמצא שם פחות מש', חולקים בשוה, נמצא שם יתר על ש', חולקים ש' בשוה, ויסתלק בעל הק', ושאר הממון חולקים אותם השנים על אותו הדרך. כיצד, נמצא שם ת"ק או פחות, חולקים ש' בשוה, ויסתלק הראשון, וחוזרים וחולקים הק"ק או הפחות, בשוה, ויסתלק השני, נמצא שם ת"ר, חולקים ש' בשוה, ויסתלק בעל המנה, וחוזרים וחולקים הק"ק בין השנים, ויסתלק בעל הק"ק, ונותנין הק' הנשארים לבעל הש', ונמצא בידו ש'. ועל דרך זו חולקים, אפילו הם מאה, כשיבואו לגבות כאחד.

שטרות שזמן כולם - ואם יש לאחד שני שטרי חוב, אף אם חילק הלואה אחת לשני שטרות, גובה לפי שטרות, אבל בשני כתבי יד, כיון דליכא בהכתב יד קנין של שעבוד, אם היתה הלואה אחת וחילוקה לשנים אינו נוטל רק חלק אחד. וכל זה בקרקעות אבל הלואה שנעשה בזמן אחד וחילוקה לשני שטרות, אף שיש בהם שעבוד, מ"מ, כיון דמטלטלין לאו בני שעבוד נינהו, אינו נוטל רק חלק אחד, דבהלואה אחת אין בו רק מצוה אחת, וכמו בנחלק על שני כתבי יד (נתת"מ), וי"א דאם יש לאדם אחד ב' שטרות, עיין ש"ך לעיל (סי' נג סק"ב?) שנוטל ב' חלקים, ועיין בזה בתשובת הב"ח סי' ל"ה ובתשובת צמח צדק סי' ט"ו, ובתשובת שבות יעקב ח"א סי' קנ"ו, ובתשובת גבעת שאול סי' כ', ובתשובת נאות דשא סי' י"ח וי"ט (פ"ת).

שבאו לגבות מטלטלים שהרי אין בהן קדימה - מכאן ראייה מדברי המחבר עצמו למה שכתבתי כמה פעמים בסימן זה (עיין סק"א), שהרי שאמרין אין קדימה במטלטלין, היינו נמי לענין שאם באו כאחד לגבות שחולקין (סמ"ע). נוטלין מאה מאה - ששעבוד של בעל המאה חל על כל הממון הנמצא כמו שחל עליו דבעל השלש מאות (סמ"ע), מוכר סחורה בהקפה והסחורה בעין דהוא קודם לגבות מסחורה שלו מכל הבע"ח, ע"י לעיל (סי' צו סק"ה?) (קצה"ח).

כיצד נמצאו שם ת"ק כו' - ע"י באה"ע (סי' קב ס"ד) [ז"ל:] ועיין בספר גדולי תרומה שער מ"ג ח"ד דף קצ"ז ע"ש (ש"ך).

נמצא שם שש מאות חולקים שלש מאות בשוה כו' - הרי דלא אמר בקיצור דיטול כל אחד בכדי חובו, משום דאיכא נפקא מינה בחלוקה בדרך זה בגביית בינונית וזיבורית ועידית, וס"ל שמתחילה חולקין מן הבינונית כדין בעל חוב שגובה מבינונית, ואחר כלות הבינונית חולקין מהזיבורית כדין מי שיש לו עידיה וזיבורית, ע"י לעיל (סי' קב ס"ד), ואחר כלות גם חלוקת הזיבורית חולקים מהעידית (סמ"ע).

יש לו דראל [פ' חסרון] של כסף, וכן] לזה יש חסרון כסף [ואין שייך לומר השלכת הדין אפילו לשמואל אלא לענין מתנה לשנים שיראו ב"ד למי אוהב יותר. אבל] כאן, [אם] [הקרקע היא] של זה [אז בהכרח הוא] לא של זה, ואם [הקרקע היא] של זה [אז בהכרח הוא] לא של זה [שלא היתה הקרקע של השני אף פעם].

נהרדעי אמרו: [בהך קרקע שנים טוענין של אבותי שאמר רב נחמן כל דאליס גבר] אם בא אחד מן השוק והחזיק בה⁴⁶, אין מוציאין אותה מידו [בב"ד מידו של זה השלישי ואף על גב שלא טוען כלום שמא גם לב' הראשונים אין להם חלק בה], שרבי חייה לימד: גזלן של רביס לא נקרא גזלן [שבב"ד יכופו לשלם, ונהרדעי סוכרים שהוא מדבר בציור כזה שגזלן מכמה אנשים]. רב אשי אמר: באמת הוא נקרא גזלן [שכן הוא לא טוען כלום ומוציאים מידו ומעמידין אותה בפני שנים הראשונים שיש להם טענת אבות], ומהו "לא נקרא גזלן". שלא ניתן להשבון [לא מיכפר בהשבה דאינו יודע למי ישיב דמאתר שבא לידו צריך להשיב לבעלים ולא להוציאה מתחת ידו ולהפקירה לשנים הראשונים].

חזקתן של שנים מיום ליום וכי'. א"ר אבא: אם [יש עדים שהמערער] הגביה סל פירות [על כתפיו של המחזיק הטוען שהקרקע לקוחה בידו]⁴⁴, מיד היו חזקה [מאחר שטייע לו להוליך הפירות לביתו

שוב אין יכול לטעון ולומר לא מכרתיה לו שלא היה לו לסייעו בלקיטת הפירות אלא היה לו למחות ומדייע לו הפסיד וכמודה שמכר לו]. אמר רב זבדי: ואם [המערער] טען [אחרי שזערו עם הפירות] "לפירות הורדתי" [כדין אריס, ועזרתי לו לקחת חלקן], נאמן [ולא הפסיד צוקתן]. והיינו [שהוא נאמן דווקא] בתוך שלש שנים, שאם הוא באמת קנאו, היה צריך לשמור על שטרין, אבל לאחר שלש שנים, לא [נאמן לטעון הורדתי לפירות, ואע"פ שלא עזרו עם הפירות, שכן אדם שומר שטרין רק לג' שנים, והוא היה צריך למחות תוך ג' שנים].

אמר רב אשי לרב כהנא: אם [באמת] הוא הורידו לפירות [כמו אריס, לכמה שנים יותר מג'], מה הוא היה צריך [בעל השדה] לעשות [נמצא שכל המוריד את חבירו לפירות של שלש שנים או יותר יפסיד קרקע שלו הואיל ולא יהא נאמן לאחר שלש לטעון לפירות הורדתי]. א"ל: היה צריך למחות⁴² [תוך ג' ולומר לעדים "דעו לכם שלפירות הורדתי לכך וכך שנים וגוף הקרקע קנוי לי", שאם אין לו שטר מכירה לזה המחזיק לא יוכל לטעון שטר היה לי ואבד כי לא נזהרתי בו אחר שלש דכיון דמיתיה בו בעל השדה היה לו להזהר בשטרין]. שאם לא תאמר כך [שמחאה על הקרקע אע"פ שמודה לענין הפירות], א"כ משכון של סוריא [שהוא תקנה דרבנן משום דהמלוה לחבירו על שדהו אסור לאכול הפירות משום רבית אבל כאשר מורידים מהחוב מותר, שהוא באמת קונה פירות של כל שנה בחלק מהחוב] שכתוב בהם: כאשר נשלם שנים אלה תצה הקרקע הזה בלא כסף, [והרי] אם הוא מעלים את השטר משכון אצלו, ואמר "לקוחה היא בידי", הוא נאמן. [וכן] החכמים מתקנים דבר שיבא לידי הפסד. אלא הוא צריך למחות [תוך ג' שנים], וכן כאן [אם הוא הורידו רק לפירות] הוא צריך למחות.

אמר רב יהודה אמר רב: ישראל הבא מחמת עכו"ם [פ' שדה שהכל יודעין שהיתה של ישראל ואכלה עכו"ם שלש שנים או יותר וטוען שלקחה מישראל ובא ישראל אחר וקנה מההוא עכו"ם ואכל הוא אחר העכו"ם שני חזקה לא היו חזקה, ואם בא הבעלים הראשונים, מוציא ממנו], הרי הוא כעכו"ם, מה עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר¹⁷ [דסתם עכו"ם גזלנים הם וישראל ירא למחות והלכך לא תקנו בהם חזקה], אף ישראל הבא מחמת עכו"ם¹⁸, אין לו חזקה אלא בשטר [שהוא כחזקה שאין עמה טענה, ואע"פ שקנה מעכו"ם הוא צריך טענה איך הגיע לידים של העכו"ם]. אמר רבא, ואם אמר ישראל:

⁴¹ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמב ס"א): אע"פ שאין חזקה בפחות מג' שנים, אם הביא המחזיק עדים שהמערער הגביה סל פירות משדה זו על כתפו של המחזיק והולכים לביתו של המחזיק לעצמו, הוי חזקה מיד. הגה: ויש אומרים דהוא הדין אם המחזיק שלח דורון למערער מפירות שאוכל וקבלו ממנו הוי חזקה [מיד] שאם היה הקרקע שלו לא הוי ליה לקבלם בתורת דורון אלא היה לו ליקח הכל, ומכאן יש ללמוד ראונו ושמענו שיש להם ערעור ביחד על חזקת ישוב, וקנה ראונו משמעון החזקה לשנה, הרי הישוב לשמעון, שאילו היתה החזקה לראובן לא היה קונה משמעון לשנה, והוא הדין בכל כיוצא בזה, והוא הדין אם שכרו ממנו כדלקמן (סימן קמז). ואם טען המערער לפירות הורדתי וישלו היו הפירות אבל הגוף לא מכרתי, נאמן ואין בזה שום חזקה, והני מילי בתוך ג' אבל אם יטעון לאחר ג' [שנים] לפירות הורדתי, אין שומעין לו, לפיכך אם הורידו פירות צריך למחות בתוך שלשה להודיע שלפירות הורדתי.

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

שהמערער הגביה סל פירות משדה זו על כתפו - ויש שכתבו שהמערער טייעו ללקט את הפירות אחד אחד והגביה מע"ג הארץ ונתנם לתוך כלי אחד. ונראה דלא פליגי אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא דשנינו שסברא תליא, והמחבר נקט חדא מנייהו וה"ה לאידך (סמ"ע), אבל אם מודה מעצמו שטייעו עמו וטוען שמכל מקום לא מכר לו, ודאי דמיהמן המערער, אף דאם יש עדים שטייעו לא מהימן במיגו לפירות הורדתי הוי כמיגו במקום עדים מ"מ כאן עדיף הוי הפה שאסר דעדיף מיגו, ומ"מ בעינן שיאמר בפני ב"ד טעם הניכר לב"ד על מה שטייעו, דהיינו שיאמר אנוס הייתי וכיוצא בזה, דהסיוע הוי כהודאה וצריך ליתן טעם להודאתו כמו בסימן ע"ט סעיף ד'. ולפ"ז אתי שפיר הרי דבסעיף ב' מהני שהמסדיע מודה שיעד שהכניס ראונו, ובסעיף א' הוצרך עדים דוקא. ובזה אתי שפיר דברי שאסר נקט עדים דבדליכא עדים יכול לומר טעם להסיוע ויהיה מהימן במיגו, ובסעיף ב' דא"א בעדים, קמ"ל דהיכא דמודה ולא אמר טעם להסיוע שאמרין הוי הודאה. וקמ"ל דאף דלא נתכוין הקונה לקנות בהקנין חזקה שעשה דמי לעודד בנכסי הגר וכסבור שהן שלו דלא קנה, מ"מ כיון דהמקנה ידע ואיכא דעת אחרת מקנה מהני (נתה"מ).

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

מפירות שאוכל - כצ"ל, ודלא כ"ס שכתב בו "שאכל" (סמ"ע). לא היה קונה משמעון לשנה - אף על גב דעביד איניש דזיני [וכמ"ש לקמן סימן קמ"ו סעיף ח], היינו כל דיניה שלא יצטרך להתרעם עוד, אבל לא עביד איניש דזיני מנגמלא 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 קונוה לשנה (סמ"ע).

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, משום הכי לא אמרו לא עביד איניש "דזיני" דיניה ולא שישכור דינו

(סמ"ע) העיקר כהסמ"ע דלא כט"ז, דבשכירות ודאי דאיכא מקום שיבוא עמו לדון, כגון שלא יהיה אפשר לו לשלם השכירות בימים הבאים כגון שיעניו או שיצטרך למכרו או שיצטרך להשכירו לאחרים, ובכה"ג לא אמרין דזיני דיניה (נתה"מ ופ"ח), אם שכרו ממנו. ג"ב ע"ל סי' פ"ה ס"ג בהגה (רע"א). ואם טוען המערער לפירות הורדתי - גם לפי ה"א שכתב בה"ה ששלח המחזיק להמערער כו', הדין כן דאם טען המערער לפירות הורדתי נאמן (סמ"ע).

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

ע"י ש"ע (ח"מ סי' קצב ס"א): וכן אם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח קנה לוקח הגה ויש חולקין וסבירא להו דאין קונין בחזקות אלו לא באכילת פירות ולא בהעמדת בהמה וכיוצא בזה שאינו מועיל לקרקע הכי מסתברא היה גבשושית בשדה ונטלה או גומא וסתמה הוי חזקה ונראה לי דוקא אם מהני לקרקע אבל חפר מעט לא קנה אלא בשדה העומד לחרישה. אם אסף המוכר סל של פירות - פירוש, שאסף הפירות משדה זה שקונה ממנו, דבזה מראה שגמר והקנה לו השדה עם הפירות, ע"י ריש סי' קמ"ב (סמ"ע).

וי"ח - ע"ל סימן ער"ה ס"ב (ש"ך), היינו דוקא בלא נתן דמים, אבל בנתן דמים, אף במקום שכותבין את השטר דלא קנה בדמים לחוד, מ"מ בכה"ג מהני החזקה דאכילת פירות וכיוצא בזה, כיון דחזינו דחזקה לחודא בלא כסף ובלא שטר קניא אף במקום שכותבין שטר כמ"ש בסוף סימן זה (פ"ח). לא באכילת פירות כו' - היינו בקרקע צחיח סלע שקונה אותה בשתיחת פירות או בהעמדת בהמה, ואף על גב דלאו בר גדר ונעילה היא לקנותה בהו בחזקה, הרי יש קנינים אחרים כסף ושטר וחליפין, ונראה דבהציע מצעות כו' הנ"ל בסעיף ט' מודים דקנה כיון דנהנה גופו מגוף השדה, כמו שמהני כשמשמטם בעבדים עבודת הגוף, ולא דמי לאכילת פירות דאינו נהנה מגוף השדה (סמ"ע).

והכי מסתברא - דלא אמרו דמהני אכילת פירות אלא להטוען קניתי בכסף ובשטר ואבדתי השטר לאחר ג' שנים, ומביא ראייה מזה שאכל הפירות ג' שנים, שעומדת לו אכילת פירות כאילו מראה השטר לפנינו, ועיקר קנינו היה בכסף ובשטר, אבל לקנות השדה במה שאכל הפירות לחוד לא מהני (סמ"ע).

היה גבשושית - לא מהני הסרת גבשושית רק בשדה, או בבית שכבר נגמר עם דלתות, דהוי כמו צר צורה בסימן ער"ה סעיף ז"ד (נתה"מ).

⁴² ע"י ש"ע (ח"מ סי' קנ ס"א): הוב"ד לעיל הערה 13.

הגוי אמר לי שקנה ממך, נאמן] מזה שהמחזיק חושב לטעון כך, גם היה יכול לטעון אני קניתי אותו ממך, ואכלתי שני חזקה, ולכן נאמן דמה לו לשקר].

[שואל הגמ' וכו' יש דבר שאם גוי אמר הוא לא נאמן] פ"י שקנה ממך], ואם ישראל אמר בשם הגוי הוא נאמן. אלא אמר רבא, אם אמר ישראל⁴³: לפני הגוי קנה ממך פ"י אני יודע בודאי שהגוי קנה ממך], ומכרה לי ולכן הוא חזקה שיש עמה טענה, הוא נאמן, מיגו שאם הוא רוצה, הוא יאמר: אני קניתי אותו ממך.

ואמר רב יהודה, מי שלוקח כלי מלקטי תמרים ואמר: אלך ללקט [התמרים של] הדקל של פלוני שמכר לי, נאמן, שאדם לא מתחצף ללקט דקל שאינו שלו. ואמר רב יהודה: [כאשר יש לבן אדם חצר שגובל על יער, כדי למנוע מחיות היער מלבא לחצר שלו לאכול פירותיו, נוהגים לעשות גדר לא בסוף גבולו אלא מבפנים קצת, ומחוץ לזה זורעים זרעים שחיות היער יאכלו אותם ולא פירותיו, ולכן] מי שמחזיק מגדר החיות ובחוץ, לא הוא חזקה⁴⁴. מ"ט. שיאמר לו: כל מה שזרע חיות היער יאכלו אותם [ולכן אין הבעלים איכפת להם למחות בידם].

ואמר רב יהודה: אכלה [פירות] ערלה, אינה חזקה⁴⁵ [על האילן, שהבעלים לא איכפת להם שיאכלו אותם ולכן לא מיחה בידם]. וכן אנחנו למדנו: אכלה ערלה, [או פירות] שביעית או [פירות של] כלאים, אינה חזקה.

אמר רב יוסף: אכלה שחת [היינו תבואה שלא גדל להיות ראוי לאכילת אדם אלא רק מתאים לאכילת בהמה], לא הוא חזקה⁴⁶ [שלא אכל

⁴³ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמט ס"ז): 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 אכלתי שני חזקה.

בפני לקחה הגוי - או הראני שטר שקנאה ממך, נאמן במיגו כו'. והיינו דוקא כשאומר שהיה השטר מקוים או שהיה החתימות, דאם לא כן השטר חספא בעלמא הוא. וה"ה אם טען שידוע לו שלקחה הגוי מישראל בחובו ומכרה לו דנאמן במיגו (סמ"ע).

מתוך שיכול לומר אני לקחתי ממך - והרי דהיה נאמן אם טען כן אף על פי שידוע הוא שבא לידו מהגוי, כתבתי טעמו לקמן (סי' קנ"ג?), ועייני לקמן ריש סימן קנ"ב הכלל שכתב ז"ל, כל אלו שאמרו שאין להם חזקה יש לבניהן חזקה כשטוענים חזרו ולקחנו מהבעלים, אף שמודים שבא לידן מכח אלו שאין להן חזקה כו', ועיי"ש בסמ"ע (סמ"ע).

⁴⁴ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמא ס"ג): 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 הזרע מקום שאינו שמור אלא רגל חיה ויד כל אדם מצויים בו.

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 זרעו של זה היה משומר לי מה שבתוך הגדר, מ"שה לא מחיתנהו (סמ"ע).

⁴⁵ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמא ס"א): אכלה ערלה שביעית וכלאים אע"פ שנהנה בעבירה, הרי זה חזקה, ויש חולקין וסבירא להו דלא הוא חזקה אלא אכלו חזקה או כיוצא בה שאין בו איסור.

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

אלא א"כ מכלל הזמורות - הרמ"א קיצר ולא כתב חילוק ביניהם באכילת זמורות, משמע מלשונו דבשלתן 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 היו חזקה, משא"כ בערלה דאם להמערער אסורין הפירות, ולכן לא הוא חזקה אלא אכל הזמורות (נתה"מ).

⁴⁶ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמא ס"ו): אכלה שחת פירוש. תבואה שלא הביאה שליש וקוצרין אותה לבהמות, לא החזיק, ואם היו בני המקום דרכן לזרוע לשחת מפני שדמיו יקרים, הרי זה חזקה. הגה: וכן אם באתה לידו בעודה שחת, כשיגיע השנה הג' מיום ליום הוא חזקה, אע"פ שלא יאכלנה בשלישית אלא שחת.

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

כשאר בני אדם, ולכן לא חשש הבעלים למחות בידו]. אמר רבא: ואם [השחת] עומדת בבקעת מחווא, היא חזקה [לפי שעשירים הם ויש להם הרבה בהמות ודרכם להאכיל השדות לבהמות כשהן שחת]. אמר רב נחמן: קרקע פתוחה [ומלאה בקעים ואינה מוציאה פירותיה] לא היא חזקה⁴⁷ [ומפני רעתה לא הקפיד למחות. שדה שטבעו כאשר] זורעים כור [זרע] גודל [רק] כור [תבואה, מי שאוכל תבואתו ג' שנים], לא היא חזקה⁴⁸ [שמאחר ואין ריוח בשדה, לא חשש למחות. ושדות] אלה של בית ראש הגלות, הם לא מחזיקים [ואם א' מהם קנה שדה צריך להזהר בשטרו, שבגלל יראתם לא מוחים] ולא מחזיקים בהם⁴⁹ [שאם א' קנה מהם צריך לשמור על שטרו, שמתוך שהם עשירים ויש להם בתים ושדות הרבה מניחין בני אדם לדור בבתיהם ושותקים ושומחים כדי להשיב חזקה שלהם וימצאו מתקנים וגם למחות אינן חוששים לפי שזרועו יטלו את שלהם כל זמן שירצו].

והעבדים וכו'. עבדים [כנענים] יש להם חזקה. [ומקשה הגמ', זה קשה] הרי אמר ר"ל: צאן [כולל כל דבר שהולך] אין להן חזקה⁴⁹ [שיכול לומר מעצמו נכנס או אתה הכנסתו לביתך והחזקת בו, ואינו נאמן לומר לקוח הוא בידי, בלא עדים או ראייה כמו שאר מטלטלים והרי העבדים מהלכים הם בכל מקום]. אמר רבא: אין להן חזקה מיד, אבל יש להן חזקה לאחר ג' שנים⁵⁰. אמר רבא: אם היה [עבד] קטן מוטל בעריסה, יש לו חזקה מיד. זה פשוט. זה לא [פשוט, אלא] צריכים [להעמיד את הציור] שיש לו אמא, מה הייתי אומר: שנחשוש אולי אמו הכניסו לשם [ושכחה אותו שם], לכן לומדים מזה: שאמא לא שוכחת בנה.

היו עזים שאכלו שעורים קלופים [השטוחים בשדה] בנהרדעא, בעל השעורים תפסם, וטען [שהם אכלו] יותר [משווים, ומגיע לו כל העזים ועוד יותר]. אמר אביו של שמואל: יכול לטעון פ"י נאמן לטעון בשבועה [רק] עד כדי דמיה⁵¹ [של העזים], שאם הוא רצה [היה יכול] לומר: [העזים האלה] לקוחות הן בידי. [ומקשה הגמ', איך הוא נאמן] והרי אמר ר"ל: הצאן אין להן חזקה. עזים שונה [מצאן] שמסורים לרועה [מתוך שאין אדם יכול להחזיק בהן בדרך לפיכך יש להן חזקה]. והרי בבקר [הולכים יחידות מבית הבעלים עד בית הרועה] ובערב [שהרועה מביא מן השדה עד תוך העיר וכל אחת הולכת מעצמה לבית הבעלים]. בנהרדעא שכיח ישמעאלים [גנבים, ומוסרים אותם] מיד [הבעלים] ליד [הרועה], ולא הולכים לבד].

ר' ישמעאל אומר: שלשה חדשים וכו'. אולי נאמר, שיש [חילוק הלכתי] ביניהם בחרישה, שרבי ישמעאל סובר: חרישה לא היא חזקה [אלא צריך גמר פרי, וג' חדשים מספיק לגידול פרי], ורבי עקיבא סבר: חרישה היא חזקה [וחדש א' מספיק לעשות חרישה. וכי] זה מובן. לרבי עקיבא מה קרה [שהוא אמר מספיק ב]חודש.

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

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).

⁴⁷ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמא ס"ה): נרה שנה אחר שנה אפילו כמה שנים, הואיל ולא נהנה בה אינה חזקה, וכן אם פתח בה שבילי המים ופתח בה ושדד בלבד, הואיל ולא אכל פירות, אינה חזקה. ופתח בה ושדד - פירוש, חרשה והחליקה אחר החרישה בכלי העשוי לכך כדרך הכפריים (סמ"ע).

⁴⁸ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמא ס"ו): זרעה ולא הרויח בה כלום אלא זרע כור ואסף כור, לא החזיק שהרי לא נהנה, אבל אם הוציא עליה הוצאות ממקום אחר עד שלא הרויח בה אין מוטל החזקה.

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

⁴⁹ ע"י רמב"ם (ט"ו פ"ג ה"ב):

⁵⁰ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קנה ס"ב): הוב"ד לעיל הערה **Error! Bookmark not**

defined.

⁵¹ ע"י ש"ע (ח"מ סי' עב ס"ז):

ע"י ש"ע (ח"מ סי' עב ס"ח):

ע"י ש"ע (ח"מ סי' עב ס"א):

סאה⁵⁴ [שהוא השיעור הרגיל לגדל פירות, ויות רמזה הוי כמו יער, ואינו חזקה], אכל עשרה בשנה זו ועשרה בשנה זו ועשרה בשנה זו, הרי זו חזקה [כמו מי שהחזיק בכל השדה].

54 עי' ש"ע (ח"מ סי' קמא ס"ז): שדה אילן שהיה בו שלשים אילנות בתוך בית ג' סאין ואכל עשרה בשנה ראשונה ועשרה בשנה שנייה ועשרה בשנה שלישית, הוחזק בכל, והוא שיהיו עשרה שאכל מפוזרות בכל הבית שלש סאים ולא הוציאו שאר האילנות פירות [באותה השנה], אבל אם הוציאו שאר האילנות פירות ולא אכלן, לא הוחזק אלא במה שאכל, במה דברים אמרים 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. הגה: ודוק שנטועים [עשרה] לבית סאה, אבל אם מגיע יותר מבית סאה לעשרה ואכלן מפוזר, לא החזיק בקרקע רק הצריך לאילנות, ויש אומרים דהוא הדין אם היו רצופין יותר מעשרה לבית סאה, ויש אומרים דבכהאי גוונא הוי חזקה א"כ הוי תוך ארבע.

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, שהרי שליש הוא ג' אילנות ועוד שליש יש מאילן העשירי]. ומש"ה נקט ג' בית סאין לרבותא, דאם אינן מפוזרות כדן 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), פ' דברי הסמ"ע בשבט הג' אכל ד' אילנות, שבדואר צריך לאכול מכל העשרה אילנות (נתה"מ).

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). לא הוחזק אלא במה שאכל - אין לו חזקה כלל אלא בפירות דשמיט ואכל שנה שעברה, ולא יאכל אפילו הפירות לשנים הבאות (סמ"ע), ו"א לא הוחזק אלא במה שאכל אם אכל כדן חזקה ואתא לאשמעי' דאף שאכל ג' במקו' אחד ג' שנים רצופין ואח"כ אכל גם האחריו לא הוי חזקה להשאר אלא למה שאכל (ש"ד).

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

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 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 הרי דבפחות לא הוי 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 והוי חזקה, משא"כ בפחות ממטע עשר קטנים או מג' גדולים לא חשיב הקרקע לשדה אילן כלל, ואף שחרש הקרקע, כשלא זרע בתוכה לא הוי חזקה כיון שאין החרישה צריך לאילנות (נתה"מ).

ואכלן מפוזר לא הוחזק בקרקע כו' - לא ידענא מ"ל הרי דאפי' אכלם כולם ג' שנים רצופין לא הוי חזקה להשאר הקרקע אלא כוונתו, "ואכלם כולם מפוזר" כלומר שהם רחוקים זה מזה כיון שהם נטועין יותר מב' סאה לעשרה (ש"ד), ו"א שדן זה של הש"ך שזה לא הוה חזקה אינו אלא רק בקטנים וכמ"ש לעיל ס"ק, דבגדולים אפילו הן רק ג' ואכלן כולן הוי חזקה, וכן אם הן תשעה או עשרה בכל סאה הוי חזקה אפילו אכלן בפזור וכמ"ש לעיל. אמנם צריך שלא יהיה רחוקין יותר מט"ז אמה בין כל אילן לאילן, דבלא"ה לא הוי חזקה לגוף הקרקע כמו במכר. ומ"ש הרמ"א דכשהו יותר מבית סאה לעשרה דלא החזיק בקרקע רק הצריך לאילנות, היינו דוקא כשהו עכ"פ אין מרוחקין 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, ולכן אין לו חזקה ג"כ רק בשיעור זה, אבל כשהו רחוקין יותר מט"ז לא הוחזק בקרקע כלל, דעכ"פ שיעור מטע עשר בעינן, וברחוקין י"ל דין אילן יחידי דלא קנה קרקע, ולכן גם חזקה לא מהני להקרקע (נתה"מ).

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

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

אפילו יום אחד גם כן [צריך להיות חזקה על ידי חרישה]. אלא לפי כולם חרישה לא הוי חזקה⁵², וכאן יש [חילוק הלכתי] ביניהם בפרי גדול ופרי קטן [שר' ישמעאל סובר שאינו חזקה עד שילקט פרי גדול, היינו כשנגמרה כל התבואה לפיכך צריך שלשה חדשים כגון שעורים ושבלת שועל ועדשים שגדלים בג' חדשים ור"ע סבר פרי קטן, כמו שחת שגדל בשלשים יום הוי חזקה, אף על פי שלא נגמרה התבואה או כגון ירק גדולין הירקות בחדש אחד].

החכמים למדו: חרישה אינו חזקה, וי"א: הרי זה חזקה. מיהו היש אומרים [הזה]. אמר רב חסדא: ר' אחא היא, שלמדנו: חרישה שנה [אחת ולא זרעה] וזרעה ב' [שנים, און] חרישה ב' [שנים ללא זרעה] וזרעה שנה [אחת], אינה חזקה. ר' אחא אמר: הרי זו חזקה.

א"ר אשי, שאלתי כל גדולי הדור, ואמרו לי: חרישה הרי זה חזקה. א"ל רב ביבי לרב נחמן: מהו טעמו של מי שאמר חרישה הוי חזקה. שאין אדם רואה שחורשים לו שיהו ושותק [אלא מוחה, ומי שלא מוחה הפסיד]. ומהו טעמו של מי שאומר חרישה לא הוי חזקה. הוא יאמר: כל קיסמים שבמחרישה יכניס בה [כלומר הלואי ויחרוש הרבה עד שתכלה מחורשתו ותתפרה הקרקע ואח"כ אטלנה ואזרענה אני].

בני "פום נרא" שאלו [שאלה הלכתי] לרב נחמן בר רב חסדא, ילמדנו רבינו: [האם] חרישה הוי חזקה [בשדה המסתפקת ממי גשמים אינה עושה פירות אלא פעם אחת בשנה ומספיק ב"ב חדשים וב' ימים], או לא הוי חזקה. אמר להם, ר' אחא וכל גדולי הדור אמרו: חרישה הרי זה חזקה. אמר רב נחמן בר יצחק: [וכי] זה תוספת למנות חכמים [שאומרים כשיטה זו]. הרי רב ושמואל בבבל, ור' ישמעאל ור' עקיבא בא"י אמרו: חרישה לא הוי חזקה.

ר' ישמעאל ורבי עקיבא, הם [כתובים] במשנה שלנו [שכן חרישה מספיקה ביום א'].

רב, מה היא [ההלכה שאמר שרואים ממנו שחרישה אינה חזקה]. שאמר רב יהודה אמר רב: [על המשנה שלנו] זו דברי ר' ישמעאל ורבי עקיבא, אבל חכמים אומרים: חזקה ג' שנים מיום ליום. מה [הלשון] "מיום ליום" ממעט. [וכי זה] לא בא למעט חרישה, שאינה [חזקה].

שמואל, מה היא [ההלכה שאמר שרואים ממנו שחרישה אינה חזקה]. שאמר רב יהודה אמר שמואל: זו דברי רבי ישמעאל ורבי עקיבא [שאמרו במשנה שבפרס אם כנס ענבים זתים ותמרים הרי זה ג' שנים], אבל חכמים אומרים: עד שילקט זתים ג' פעמים או תמרים ג' פעמים או ענבים ג' פעמים⁵³ [שהוא של ג' שנים].

מהו [החילוק הלכתי] ביניהם [פי' בן רב לשמואל]. אמר אביי: דקל נערה יש [חילוק הלכתי] ביניהם²⁰ [שעושה פירות ג' פעמים בפחות מג' שנים שלמות].

אמר רבי ישמעאל: כמה מדובר, בשדה הלכן. אמר אביי, החכמים למדו מדברי רבי ישמעאל: היו לו שלשים אילנות מחולקים עשרה לבית

52 עי' ש"ע (ח"מ סי' קמא ס"ה): הוב"ד לעיל הערה 47.

עי' ש"ע (ח"מ סי' קמא ס"ט): ניר לא הוי חזקה ואפילו אותם ימים שני בהם אינם עולים לחשבון שלש שנים של חזקה שאין מוניסם אלא משעת זרעה ואילן, ויש חולקים וסבירא להו דמשעת כניסה לשדה מוניסם לה ג' שנים הואיל ולבסוף אכל הפירות.

שאפילו אותן ימים שני בהן כו' - פירוש, אעפ"י שזרעה ואכל אח"כ פירות בשני החזקה, אין מתחילין למנות ג' שני החזקה אלא מימי הזרעה, ומש"כ הרמ"א דיש חולקין, וס"ל הואיל לבסוף אכל פירות מוניסם משעת כניסה (סמ"ע), מייירי בבית השלחין דבעינן 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 שעל"פ שהה בידו ג' שנים, וג' שנים שלימות מהני לעולם, אבל כשימי הניר אינה עולה לחשבון וליכא ג' שנים, צריך שישהא בידו עד שיוגמר אכילת פירות של ג' שנים לפי רוב העולם, ואם דרך רוב העולם כשחורשין אחר ר"ה כלה הזמן של שלש אכילות ב"ח אלו, ומחמת שחרש קודם כלה השלש שנים ב"ח אב, צריך להמתין עד ר"ח אלו חזקה, שאין ימי הניר עולין לחשבון (נתה"מ).

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

53 עי' ש"ע (ח"מ סי' קמא ס"א): הוב"ד לעיל הערה 1.

וכי ר' ישמעאל לא אמר: [הלוקט סוג] פרי אחד הוא חזקה לכל [סוגי הפירות] וכאילו החזיק בשלשתן⁵⁵. גם כאן, [שלקיטת פירות מאילנות]

אלה יהיה חזקה ל[אילנות] אלה, וכן אלה יהיו חזקה לאלה. [כל זה] רק כאשר [העשרים אילנות אחרות] לא הוציאו [פירות]⁵⁶, אבל [אם לקט רק מעשר אילנות, והעשרים אחרות] הוציאו [פירות כל הג' שנים] [והוא] לא אכל, לא הוא חזקה [כיון שלא אכל כל הפירות גילה על עצמו שהשדה איננו שלו וירא להחזיק חזקה גמורה, ולכן הבעלים לא חששו לערער עלין].

[וזה שאמרנו שזה חזקה באכל מעשר אילנות מתוך שלשים] הוא [כאשר הוא] פיזר [את אכילתו, היינו שאכל ג' מעשרה אילנות אלה וג' מאלה ד' מאלה, אבל אם אכל י' אילנות ביחד בבית סאה זה ובשנה שניה כמו כן בבית סאה שני וכן בשלישית אינה חזקה דכל בית סאה חשוב שדה האילן בפני עצמו וחזקה בשדה זו לא היא חזקה לשדה אחר].

[שני לקוחות שלקחו שדה האילן מאדם אחד ביחד וכל הקרקע היה צריך לאילנות שהיו נטועים כדין שדה אילן] אחד החזיק באילנות ואחד החזיק בקרקע, אמר רב זביד: זה קנה אילנות [לפירותיהן בלא קרקע שאם יבשו האילנות לא יטע אחרים במקומן] וזה קנה [כל ה]קרקע. רב פפא שאל [על דבריו]: אם כן, אין לו לבעל אילנות בקרקע כלום, שבעל קרקע יאמר לבעל אילנות [כשייבש האילן]: עקור אילנך ותלך [ולא תטע אחר במקומו אבל כל זמן שהוא טוען פירות אינו יכול לומר כן ואף על גב דקרקע אין לו האילן כמות שהוא יונק מן הקרקע קנאו לפירותיהן]. אלא אמר רב פפא: זה קנה אילנות וחצי קרקע, וזה קנה חצי קרקע⁵⁷ [פי' לאו דוקא חצי קרקע אלא הצריך לאילנות תחתיהן וביניהן וחוצה להן].

זה פשוט⁵⁷, מכר קרקע ושייר אילנות לעצמו, יש לו קרקע [כדי מחיית האילנות, ולכן אם יבשו יטע אחרים במקומן], ואפילו לר' עקיבא שאמר [המוכר חצר לחבירו, ומשאיר לעצמו בור או דות]: מוכר בעין יפה מוכר [ולא משאיר לעצמו כלום בקרקע חוץ מהבור או הדות], היינו גבי בור או דות, שלא מכהישים את הקרקע [יכול הלוקח לרוע על שפתו ולא יצעק עליו הלוקח לעקור בורו מכאן דהא אינו מזיקו כלל הלכך לא עולה בדעת המוכר לעכב לעצמו כלום מן הקרקע והלכך צריך ליקח ממנו דרך בדמים לילך אל בורו], אבל אילנות

55 שעורי ר' דוד מסכת בבא בתרא דף לז עמוד א

פי' רשב"ם, דהיינו שאכלן ע"י פיזור, אבל אם אכל י' אילנות ביחד בבית סאה זו, ובשנה שניה כמו כן בבית סאה שני, וכן בשלישית, אינה חזקה, דכל בית סאה חשוב שדה האילן בפני עצמו, ושדה שלם לא היא חזקה לשדה אחר.

וכתב בספר פני שלמה דלפי דברי הרשב"ם כאן מיושב קושיית הגהות מיימוני (פי"ב מהל' טוען) והסמ"ע (סי' קמ"א ס"ק כ"ג, הובא לעיל ס"ק תפ"ב) אמאי נקט הגמ' שלשים אילנות בג' בית סאין, ולא נקט עשרה אילנות בבית סאה.

אכן לדברי הרשב"ם א"ש, דהא כתב דכל מה דבעינן האכילות שבכל שנה מפוזרין, משום וכל בית סאה חשיב שדה אילן בפני'.

וא"כ הרי לפי"ז אם היו רק עשרה אילנות בבית סאה, ואכל בכל שנה ג' אילנות, בזה לא היו בעינן מפוזרין, רק דאף אם אכל בכל שנה ג' אילנות הסמוכין זה לזה, נמי הוא חזקה לכל השדה, [ולכן כדי לאשמועינן דין מפוזרין הוצרך לומר דוקא ל' אילנות בג' בית סאין].

עוד כתב ליישב ע"פ דברי הרשב"ם, דהנה הקשה הראב"ד בשטמ"ק דאי לא הוציאו שאר אילנות פירות אמאי בעינן מפוזרין, דאפי' אי לא אכלן מפוזרין, אמאי לא יאה חזקה, הא אכל כל מה דאפיק, ומאי הו"ל למיעבד.

אכן להרשב"ם א"ש, דעכ"פ כל בית סאה נידון כשדה בפני', ולא אכל רק בשדה זו ולא בשדה האחרת, ולכן לא היא חזקה לאחרת, אף דעבד כל מה דמצוי עבד.

שעורי ר' דוד מסכת בבא בתרא דף לז עמוד א

גמ' והוא דבאזי באזוזי, ופי' רשב"ם לשון בזיעה, והיינו דמייירי שאכלן מפוזרין.

אכן הרמב"ם (פי"ב מהל' טוען ה"כ הובא לעיל ס"ק תפ"ג) פי' דהוא מלשון ביזה, וז"ל, בדי' בשאכל הוא מקצת הפירות, ובזוז העם שאר הפירות, אבל אם מניח פירותיהן עליהן, הואיל ואכל אילן מכאן ואילן מכאן מכל השדה, החזיק בכל השדה, אף על פי שלא אסף כל פירותיה, ע"כ.

והיינו דס"ל דהיכא דאכל רק חלק מהפירות, והשאר גזלו אחרים, א"כ הוא זה ראה דאינו שלו, דמדוע הרשה להם לגזול, ודוקא אי לא גזלו ורק שאכל מכאן ומכאן, אף על פי שלא אכל הכל הוא חזקה, ועיין השגת הראב"ד.

[ומשמע דשיטת הרמב"ם דצריך שיאכל את כולם במשך הג' שנים, דאי נימא שאכל אותם האילנות שאכל בשנה שעברה, א"כ הא ליכא חזקה על השאר שהוציאו פירות ולא אכל אותם, ועיין לעיל ס"ק תפ"ג מש"כ בהן].

תצ' ביאור קושיית הגמ' לימא ליה עקור אילנך

גמ' זה החזיק באילנות וזה החזיק בקרקע, אמר רב זביד, זה קנה אילנות, וזה קנה קרקע, מתקיף לה רב פפא וכו'.

ופי' רשב"ם דלא מייירי הכא בדין חזקה דחזקת ג' שנים, אלא בדין חזקה ד'קנין' חזקה, דמכר הקרקע לאחד והאילן לאחר, וזה עשה קנין חזקה בקרקע וזה עשה קנין חזקה באילנות, ובזה פליגי רב זביד ורב פפא אם קנה בעל האילנות חצי קרקע, או לא.

והקשו עליו התוס' דאי מייירי כאן במכר, אמאי נקט קנין חזקה יותר מקנין כסף ושטר.

ועוד קשה מאי מקשה רב פפא לרב זביד א"כ אין לו לבעל אילנות בקרקע כלום, לימא ליה בעל הקרקע עקור אילנך שקול זיל, הא זה ודאי דרב זביד מודה דעד שימות האילן יש לבעל אילנות קרקע, כמו בקונה שתי אילנות, וכל מה דס"ל דלא קנה קרקע, היינו רק דלכשימות האילן אין לו קרקע ליטע אחרים במקומו, וא"כ מאי פריך לימא ליה עקור אילנך זיל, הא מחיים יש לו קרקע.

וכתב הקצוה"ח (סי' רט"ז סק"ב) ליישב פי' הרשב"ם, דהנה במש"ל"מ (פ"א ממכירה ה"ח) הביא ספק באחד שהשכיר ביתו לאחר, לזמן קצוב, ואח"כ רצה להשכירה או למכרה לאדם אחר, לאחר שיכלה זמן השכירות של הראשון, האם מהני עכשיו קנין חזקה של השני דנעל גדר ופרץ, דאפשר דכיון דעכשיו הבית וכל תשמישו שייך לראשון עד הזמן, לא שייך כלל קנין חזקה של אחר בזה.

והביא הקצוה"ח דהמהר"ם מינ"ץ פשיטא ליה דלא מהני קנין חזקה בכה"ג.

וא"כ הא לפי"ז יש לפרש קושיית רב פפא דכשכר לזה קרקע ולזה אילנות, ע"כ מוכרח דאין לו לבעל אילנות בקרקע כלום אפי' עד שימות האילן.

דאי נימא דיש לבעל האילנות קרקע עד שימות האילן, והוי כמו שמושכר הקרקע לבעל האילנות, א"כ איך קנה בעל הקרקע את הקרקע [על לאחר שימות האילן], ע"י החזקה שעשה בקרקע, דהא לא שייך קנין חזקה דנעל גדר ופרץ בדבר המושכר לאחר, וכיון דאמרין דקנה בעל הקרקע את הקרקע, ע"כ מוכרח דאין לו לבעל האילנות בקרקע כלום אפי' בחיי האילנות, וא"כ לימא ליה עקור אילנך זיל.

ובזה א"ש נמי אמאי נקט דוקא החזיק ולא קנין דכסף ושטר, כיון דהא כסף ושטר נמני שפיר אפי' בזמן שמושכר לאחר, ולא היה קשה קושיית רב פפא,

ולכן נקט קנין חזקה, דבזה הוא דמקשה רב פפא שפיר לרב זביד, דא"כ אין לו לבעל אילנות כלום כמ"ש.

אכן באמת בדברי הרשב"ם עצמו אין לפרש כביאור הקצוה"ח דהא ברשב"ם מפורש דקושיית רב פפא הוא דאחר שייבש לימא לו עקור אילנך, ואף על גב דרב זביד באמת נמי סובר כן, אפ"ה מקשה משום דרב פפא חולק וסובר דאינו יכול לומר כן, וזהו קושייתו, וא"כ בהרשב"ם עצמו ליכא ביאור הקצוה"ח, ורק דכנראה דהקצוה"ח תירץ לעצמו לפי פירוש הרשב"ם, אבל לא דביאר כן בהרשב"ם.

והנה ברשב"א בב"מ (ריש המפקיד) כתב דאפשר למכור פירות דקל, [דהיינו לא דקל לפירות אלא פירות גרידא, וקונוה] ע"י קנין שעושה בדקל עצמו, ובזה ודאי צ"ב איך מועיל המעשה קנין שעושה בדקל לקנות הפירות, דהא אין זה קנין כלל, לפי מה שכתב הקצוה"ח דאין זה מעשה קנין וצ"ע.

⁵⁶ עיי' שו"ע (ח"מ סי' ס"ו קמא סי"ז): הוב"ד לעיל הערה 54.

⁵⁷ עיי' שו"ע (ח"מ סי' רטז סי"א): המוכר קרקע ושייר אילנות לו, הרי יש לו חצי הקרקע כולה, שאילו לא שייר בקרקע היה אומר לו הלוקח עקור אילנך, ויש אומרים דאין לו אלא הקרקע הצריך לה:

יש לו חצי קרקע כולה - דכל דנחית לשייר לנפשו, שייר בעין יפה טפי, הלכך מעליגין ליה בכל אחד חד דרגא, דאילו מכר לאחר בתוך שדהו ג' אילנות, היה קונה ג"כ מהקרקע תחתיהן וביניהן וחוצה לה כמלא מלקט וסלו, בשייר האילנות לנפשו מעליגין ליה ואמרין ששייר לנפשו כל חצי שדה שנטועים בתוכו. ובמוכר לאחר שני אילנות בתוך שדהו, דכבר נתבאר דינו, דלא קנה מגוף הקרקע כלום, בשייר לנפשו ב' אילנות, מעליגין ליה ואמרין ששייר לנפשה גם הקרקע הצריכה להם, דהיינו תחתיהם וביניהם כו'. והיש אומרים חולקים וס"ל, דגם בשייר לנפשו, לא נתייבש כחו להיות לו כל חצי הקרקע. מיהו ג"כ מודים דאפילו בשייר ב' אילנות לפניו, דשייר לו עמהן כל הקרקע הצריך להם, דהיינו תחתיהן וביניהן כו', כיון דשייר לנפשו (סמ"ע).

עיי' שו"ע (ח"מ סי' רטז סי"ב): וכן אם שייר שני אילנות בלבד יש לו קרקע הראוי להם, שאילו לא שייר הקרקע היה הלוקח אומר עקור אילנך וכו':

לר"ע יש לו [זכות בקרקע], ואפילו לרב זביד [לעיל] שאמר אין לו, היינו לגבי שני לקוחות, שאמר [לוקח הקרקע ללוקח האילנות]: כמו שאין לי [שום זכות] באילנות, גם לך אין [זכות] בקרקע. אבל כאן, מוכר בעין יפה מוכר.

לרבנן אין לו [זכות בקרקע], ואפילו לרב פפא [לעיל] שאמר יש לו, היינו גבי שני לקוחות, שיאמר [לוקח האילנות ללוקח הקרקע]: כמו [שהמוכר] מכר לך בעין יפה [להיות הקרקע שלך עולמית היא ופירותיה], גם לי מכר בעין יפה [שאוכל פירות אילנותי לעולם ולכן הוסיף לי חלק בקרקע, שאם ימותו אטע אחרים תחתיהן], אבל כאן, מוכר בעין רעה מוכר [ולכן לא נתן לו זכות בקרקע אם יבשו אילנותיו].

אמרו נהרדעי: [אם המחזיק שלשים אילנות] אכל אותם צפופים [שנטועים יותר ממה שראוי להיות במקום זה], אין לו חזקה [שהוא לא מחזיק כמו שאנשים מחזיקים ואין העצים ראויים להתקיים, אלא לעקרם ולהשריש אותם במקום אחר]. רבא שאל עליו⁶⁰: אלא מעתה, איך קונים ערוגה של אספסתא [שכן היא זרועה רצופה].

אלא אמר רבא [אם יש הלכה של צפופים היא זו]: המוכר [הרבה אילנות] צפופים⁶¹, אין לו [זכות] בקרקע [שהוא לא שדה אילן אלא במחלוקת תנאים: כרם שהוא נטוע על פחות מארבע אמות [פי' שאין בין שורה לשורה אל אג' אמות], ר' שמעון אומר: אינו כרם [והמזריע שם זרעים אינו לוקח משום כלאים], וחכ"א: הרי זו כרם²², ורואין את האמצעיים כאילו אינן [ובין זה לזה יש ר' אמות]. אמרו נהרדעי: מי שמוכר דקל לחבירו, קונה [הלוקח בקרקע] משפוליה [של האילן] עד התהום.

שמכחישים את הקרקע [בשרשיהם], הוא משאיר [לעצמו חלק בקרקע], שאם הוא לא משאיר [לעצמו], שיאמר לו [בעל השדה כשיבשו אילנותיו]: עקור אילנך ותלך [שהם מזיקים לקרקע שלי]⁵⁸. [מי ש]מכר [שני] אילנות ושייר קרקע לעצמו [היינו שפירש לו כן האילנות "אני מוכר לך והקרקע אני מעבך לעצמי"], הוא מחלוקת ר"ע ורבנן [אבל אם מכר ג' אילנות לכו"ע קנה קרקע]. לר"ע שאמר: מוכר בעין יפה מוכר, יש לו⁵⁹ [לבעל האילנות חלק בקרקע ויכול ליטע אחרים במקומן כשימותו], ולרבנן, אין לו [לבעל האילנות חלק בקרקע כלל, ואם ימותו לא יטע אחרים במקומן].

58 שעורי ר' דוד מסכת בבא בתרא דף לו עמוד ב

גמ' מכר אילנות ושייר קרקע לפניו, פלוגתא דר"ע ורבנן וכו'.

פי' רשב"ם, דמייירי במכר שני אילנות, אבל במכר שלשה אילנות, אף רבנן מודו דקנה קרקע.

הקשו בתוס' דלפי"ז נמצא, דהא דתנן לקמן (דף פא א) הקונה ב' אילנות לא קנה קרקע, הוי דלא כר"ע, דהא לר"ע קנה קרקע, והרי הגמ' לקמן מוקי מתני' דבשלשה קנה קרקע אף כר"ע, דמשמע דגם לר"ע דוקא בשלשה קנה קרקע, אבל בשנים לא קנה.

ובאור - שמח (פכ"ד מהל' מכירה ה"ט) כתב דהרמב"ם יישב קושית התוס' במתקן לשונו הזהב, דכתב שם הרמב"ם וז"ל המוכר את האילנות ושייר את קרקע יש לבעל האילנות קרקע הראוי להן כמו שביארנו. ע"כ.

והיינו דסובר דבאמת לרבנן אף במכר ג' אילנות איכא חילוק בין אם מכר שלשה אילנות ושייר לעצמו אילנות הרבה נטועין, ובין אם מכר כל האילנות ושייר לעצמו רק קרקע.

דכל מה דאמרינן דבמכר ג' אילנות מודו רבנן דקנה קרקע היינו רק היכא דמכר ג' אילנות משדה הנטועה אילנות הרבה, ושייר לעצמו שדה אילן, דבזה ודאי דאף רבנן מודו דמכר ללוקח גם קרקע הצריך להן, והוא כמלא אורה וסלו, ומשום דכמו דהמוכר שייר לעצמו אילנות עם קרקע הצריך להן, כמו כן כשמוכר ללוקח אילנות, מכר נמי עם קרקע הצריך להן.

אבל היכא דמכר כל האילנות, ושייר לעצמו רק קרקע בלא אילנות, דלא שייר לעצמו שדה אילן אלא שדה לחוד, בזה לא מסיק אדעתיה למכור להאילנות קרקע הצריך להן, ובזה סברי רבנן דאף דמכר ג' אילנות, אפ"ה בעין רעה מוכר, ומכר רק אילנות לבד ואין ללוקח קרקע, ורק לר"ע דבעין יפה הוא מוכר יש לו קרקע.

ולכן דקדק הרמב"ם וכתב מכר את האילנות ושייר את הקרקע וכו', דאירי דמכר את הכל, דרק בזה מה דיש לו קרקע הוי רק לר"ע, דהלכה כר"ע, [ומש"כ הרמב"ם כמו שביארנו, היינו כמו שביארנו המוכר ג' אילנות בתוך שדה אילנות, דהתם לכו"ע קנה קרקע, ומשום דלר"ע אין חילוק ביניהם, דכיון דבעין יפה מוכר, בכל גוני קנה קרקע].

ובזה מיושב קושית תוס' והראשונים בהא דאמרינן הכא מכר אילנות ושייר קרקע פלוגתא דר"ע ורבנן, דהקשו במאי מיירי, אי בג', הא אף רבנן מודו דקנה קרקע, אכן להרמב"ם א"ש, דהכא מיירי במכר כל האילנות ושייר קרקע, דבזה לרבנן דבעין רעה מוכר, באמת אין לו קרקע, ואפי' דמכר ג' אילנות.

⁵⁹ עי' שר"ע (ח"מ סי' רטז ס"א): המוכר שלשה אילנות בתוך שדהו אפילו היו ג' נטועים טכנות או שלשה בדי אילן יש ללוקח קרקע הראוי להם, ויש אומרים דאם הם דקין שהעול כובשן לא קנה קרקע שביניהם, ואפילו יבשו האילנות או נקצצו יש לו קרקע הראוי להם ונטוע אחרים תחתיהם, וקנה כל האילנות שביניהם, וכמה הוא הקרקע הראוי להם, תחתיהם וביניהם וחוצה להם כמלא האורה וסלו פירוש: כדי שיוכל לעבור מלקט תאנים עם הסל שבידו וזה המקום שהוא מלא האורה, וסלו אין אחד מהם יכול לזרוע אלא מדעת חבירו, אבל הקרקע שביניהן זרוע הלוקח, ואם שייר המוכר הקרקע שביניהן לעצמו, אפילו הכי מקום האילנות ללוקח ויכול לנטוע אחרים אם יבשו:

המוכר ג' אילנות כו' - דג' אילנות מיקרי שדה אילן, מש"ה מסתמא קנה ג"כ הקרקע הראוי להן, וזה אפילו אם ג' יוצאין משורש אחד למטה תחת הקרקע ולמעלה מן הקרקע הן ג' ונטועין במרחק הראוי ביניהם (סמ"ע).

שהעול כובשן - וז"ל כל אחד כדנינו, דהיינו בשאר אילנות חשיבותן תלוי במה שהעול אינו כובשן, ובדקלים תלוי החשיבות במה שעולין לו בחבל, וככ"ל סעיף ד', וכן כוונת הרמ"א (סמ"ע).

וקנה כל האילנות שביניהן - דוקא אילנות קטנים שביניהן קנה, דאילו גדולים אינו מן הסברא שיהיו בטלים לג' שקנה (סמ"ע).

כמלא אורה וסלו - "אורה" פי' מלקט, וז"ל, ששיעור שיוכל לעמוד המלקט והסל שנותן בו הפירות, שהלוקט עומד בצידו (סמ"ע).

אין אחד מהם יכול לזרוע כו' - בעל הקרקע לא יזרענו, דמטנפי הפירות של הלוקח כשיפלו על העפר שנחרשה ונזרעה ונתרכה ממי הגשמים, והלוקח לא יזרע שם, דאין אותו הקרקע שלו, אלא משמועבדת לו ללקוט פירותיו (סמ"ע).

ואם שייר המוכר הקרקע כו' - פירוש, שאמר בפירוש אני מוכר לך הג' אילנות והקרקע תשאר לי (סמ"ע).

⁶⁰ עי' שר"ע (ח"מ סי' קמא ס"א): הוב"ד לעיל הערה 1.

עי' שר"ע (ח"מ סי' קמא ס"ח): החזיק בשדה האילן שאילנותיו נטועים רצופים ואכל כל האילנות שבה כל ג' שנים אפילו הם נטועים בפחות מארבע אמות מזה לזה, הוי חזקה.

⁶¹ עי' שר"ע (ח"מ סי' רטז ס"א): במה דברים אמורים: כשהיו שלשה האילנות עומדים כמו ג' פטפוטי כירה, פירוש: כעין רגלים שחיברן בטיט על הארץ לשפות עליהם הקדרה, שהרי הם שנים זה כנגד זה והשלישי מכוון ביניהם ומרוחק מהם, והוא שיהיה בין כל אילן ואילן מארבע אמות ועד ט"ז ומהיכן הוא מודד מהיעקר הרחב של אילנות, אבל אם לא היו עומדים בשורה הזאת או שהיו מקורבים פחות מארבע אמות או מרוחקים יותר מ"ו אמה, או שלקחן זה אחר זה או שמכר לו שנים בתוך שדהו ואחד על המצר או שנים בתוך שלו ואחד בתוך של חבירו, או שהפסיק בור או אמת המים או רשות הרבים ביניהם, הרי זה אין לו קרקע, לפיכך לא קנה האילנות שביניהם, ואם יבש האילן או נקצץ ילך לו. הגה: והוא שאין גזעו מחליף, אבל אם גזעו מחליף אין זה אילן חדש אלא כעולה מן הגזע דמי והוא משל בעל האילן: מהם - כיון שהן עומדין בדרך זה, אין המחרישה יכולה לעבור ביניהן, ומש"ה נמכרה קרקע עם האילנות (סמ"ע).

מד' אמות עד ט"ז - פירוש, ועד בכלל, והיינו טעמא, דפחות מד' אמות, אין להם יניקה כפי צרכן וכעקורים דמי. ויתר מט"ז אמות, אין הקרקע בטילה אצלם, כיון שא"צ ליניקתן כולי האי. ומ"ש בסעיף ו', שקונה האילנות שביניהן, איירי שמרוחקים מהג' אילנות שקנה ד' אמות, דאל"כ כעקורים דמי (סמ"ע). מהיעקר הרחב - אלו ד' אמות והט"ז אמות מודדין אותן ממקום יציאת האילן מן הארץ שהוא עבה (סמ"ע).

רבה שאל [על דברי נהרדעי, למה קנה קרקע דכנגד האילן], ו[שהמוכר] יגיד לו [ללוקח]⁶²: מכרתי לך [אילן] זו רק לפירותיו הקרקע, כמו שמוכרים] כרכום של גנים⁶³ [מין ירק הוא, שדרך למכרו בקרקע, וכשנגמר הפרי, נוטלו הלוקח, וכעת שנגמר שנת פירות אילן זו], תעקור את הכרכום גנים שלך [פ' אילן זו], ותלך⁶⁴.

אלא אמר רבא [מקרה זה שקנה לקרקע שתחת האילן מדבור] בבא מחמת טענה⁶⁵ [שטוען למוכר "בפירוש מכרת לי האילן והקרקע שתחתיו ליטע אחר במקומו" ובשטר ואכלתי שני חזקה ולא נזהרתי בשטרי יותר משלש שנים שזה לא דומה לכרכום הגנים].

אמר מר קשישא בנו של רב חסדא לרב אשי: ואם הוא מוכר לו [אילן דוגמת] כרכום הגנים [פ' דקל לפירותיו ולא פירש לו קרקע שאז אין לו קרקע ואם יבש או נעקר לא יטע אחר במקומו], מה לו לעשות [שהלוקח לא יטעון שהוא קניו בידו עם הקרקע]. הוא צריך למחות [בתוך כל שלש להודיע שלא מכר לו קרקע אלא לפירותיו ללא זכות בקרקע ושוב לא יכול לטעון אחר שלש שטר היה לי ואבד דכיון דמיחה בו זה היה לו להזהר בשטרו]. שאם לא תאמר כך [אלא שאין מחאה אלא שזה גזול לגמרי ולא שזה רק לפירותיו], משכונן של סוריא שכתוב בו כך: כאשר נשלם שנים אלה תצא מקרקע זו ללא כסף, ואם הוא כובש השטר משכונן ואמר "לקוחה היא בידך", הרי גם הוא נאמן. וכי החכמים מתקנים דבר שיבא לידי הפסד אלא צריך למחות בו, גם כאן צריך למחות בידו.

מתני. שלש ארצות [בארץ ישראל] לחזקה: יהודה, ועבר הירדן, והגליל. היה [בעלים הראשונים] ביהודה והחזיק [אחר ג' שנים בקרקעו] בגליל, [או אם היה הבעלים הראשונים] בגליל והחזיק [אחר ג' שנים בקרקעו] ביהודה, אינה חזקה עד שיהא עמו במדינה אחת [כגון שהיה ביהודה בעיר אחת והחזיק ביהודה בעיר אחרת, כיון שהשיירות מצויות היה צריך למחות ומזה שלא מיחה הפסיד]. אמר רבי יהודה [כל המחזיק בקרקע יש לו חזקה, ולא אמרו שלש שנים, אלא כדי שיהא [הבעלים] באספמיה] [שהוא רחוק שנה מארץ ישראל, ואחר יחזיק ג' שנים בקרקעו בארץ ישראל] ויחזיק שנה, ולכו ויודיעוהו שנה, ויבא לשנה אחרת.

גמ'. מה סובר התנא הראשון. אם הוא סובר: מחאה שלא בפניו הוי מחאה, אפי' [אם הבעלים] ביהודה ו[המחזיק] בגליל גם כן [הוי מחאה]. ואם הוא סובר: מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה, אפילו [אם הבעלים] ביהודה ו[המחזיק] בעיר אחר ביהודה גם כן [הוי מחאה].

א"ר אבא בר ממל אמר רב, באמת [התנא הראשון] סובר: מחאה שלא בפניו הוי מחאה⁶⁶, ומשנתנו למדנו בשעת חירום⁶⁷ [שיש מחלוקת בין יהודה וגליל ואין שיירות מצויות מזו לזו ואם ימחה לא יבא הדבר לאזניו של מחזיק שיהיה בשטרו והלכך לא הוי מחאה וכיון דלא הוי מחאתו של מערער מחאה חזקה של זה גם כן לא הוי חזקה]. ומה שונה יהודה וגליל [שהמשנה] הביא [דווקא מקומות אלה]. לומדים מזה,

⁶² עי' ש"ע (ח"מ ס' רזט ס"ט): הקונה שני אילנות בתוך שדה חבירו אין לו קרקע, לפיכך אם מת האילן או נקצץ אין לו כלום. הגה: מיהו יש לו כמלא אורה וסלו וכל שכן תחתיה ללקט שם פירותיו ואין המוכר יכול לזרוע שם, גם יש ללוקח דרך ללקט פירותיו מן האילנות שקנה, הגדילו ב' האילנות והוציאו שריגים ואמירים, יקוץ שמא יצמחו בארץ ויאמר למוכר ג' אילנות מכרת לי ויש לי קרקע, אבל אם נתפשטו הענפים אפילו למרחוק, אין צריך לקוץ: ואין המוכר יכול לזרוע שם - הטעם, משום דמטנפי פירותיו דהלוקח בשעה שיפלו שמה (סמ"ע).

גם יש ללוקח דרך - ר"ל בקונה ג' אילנות זה פשוט דיש לו דרך, דהמוכר בעין יפה מוכר, וכמ"ש לעיל (ס' ריד ס"ב), אלא אפילו קנה שני אילנות, אף דלא מכר לו קרקע כלל, מ"מ דרך יש לו דרך אליהם כל זמן שלא נתיבשו. והטעם, דהרי הוא כאדם המשאל מקום לחבירו להניח שם חפציו, דמשאל לו ג"כ מקום לילך שם (סמ"ע).

יקוץ שמא יצמחו וכו' - צריך לקוצצם מיד, שמא יצאו מן הגזע הסמוך לארץ, ויתכסו אח"כ בקרקע עד שיראו כשלשה, ויטעון הלוקח לקחתי ג' אילנות מתחילה, ויש לי קרקע עמהם. ואף על גב דהלוקח צריך להביא ראיה (כ"ל ברמ"א ס"ח), מ"מ לא ינחה ליה לירד עמו בדינא ודיינא. וע"ל, דדוקא בדין דבסעיף ח' שהגדילו הענפים וכן דרכן שייגדלו, משה צריך הלוקח להביא ראיה שלא הגדילו, משא"כ בזה שיצמח סמוך לארץ ענף חדש ויתכסה בעפר, שהוא דבר שאינו שכיח. אם אירע שצמח ענף סמוך לארץ, צריך לקוצצו מיד, משום דלאחר שיתכסה בארץ ויבואו למשפט, יהיו דברי הלוקח קרובים לשמוע באמרו שקנה מתחילה ג' אילנות כיון דלא שכיח הוא לצמוח סמוך לארץ (סמ"ע).

אפילו למרחוק אין צריך לקוץ - אף שהצל רע לשדה, מ"מ כיון דאין לו קרקע הרי שיעבד לו המוכר שדהו לכל צרכיו, ועל כן לקחן ממנו, משא"כ בקנה ג' אילנות וקנה הקרקע עמה, דלא שיעבד לו המוכר מקרקעיתו כלום, משה יכול להכריחו לקצוץ הענפים שנתפשטו יותר ממה היו בשעת המכירה, כיון שצליהן הוא רע לשדה (סמ"ע).

⁶³ רש"י שבת קי ע"א.

⁶⁴ שעורי ר' דוד מסכת בבא בתרא דף לח עמוד א

תקוב) איך מהני חזקה באילן אחד לגבי הקרקע

גמ' אלא אמר רבא בבא מחמת טענה.

והיינו דהיכא דהחזיק באילן אחד ג' שנים וטוען אח"כ דמכר לו בפירוש גם הקרקע שתחתיו, הוי חזקה.

ובחי' - הר"מ (ס' קמ"א ס"כ כ"ג) הקשה, דהא בכל הסוגיא מבואר דמה דחשוב קנין, חשוב חזקה, והרי קונה אילן אחד אין לו קרקע, ומ"ט הוי חזקה.

[והיינו דהא טענה לחוד לא מהני, אלא בעינן חזקה, וא"כ היכן יש כאן חזקה בקרקע, הרי הוא נשתמש רק באילן, ואיך זה מהני להקרקע].

וביאר בחי' הר"מ דהא ק"ל דאחר ג' שנים אין המערער נאמן לטעון לפירות הורדתיו, ואף על גב דאי לפירות ירד, הרי נמי משתמש אותה השתמשות שמשתמש כשהחזיק, וא"כ הא לכאורה כבר אין ראיה שקנה הקרקע, ואפ"ה הוי חזקה כשטוען שקנה ממנו, ואין המערער נאמן לומר דרק לפירות ירד, ומשום דאם באמת לפירות ירד ה"ל למחויי, דכך היה התקנה שצריך למחות כשמשתמש באופן דנראה כשלו.

וא"כ ה"ה באילן אחד אף דאין לו קרקע, מ"מ הרי עכ"פ הקרקע של המוכר שאול לו להלוקח להאילן שלו שעומד עליו, והרי הוא משתמש בהקרקע לפירות, והיינו לגבי עמידת האילן.

וא"כ הרי שוב צריך המוכר למחות ולומר דנתן לו הקרקע רק להשתמשות, דא"כ יהא נאמן המחזיק לטעון דקנה ממש, ולגמרי הוא שלו, וכמו בכל חזקת ג"ש דהמערער טוען דלפירות הורדתיו, דהמחזיק נאמן, משום דאיבעי ליה למחויי.

(והביאור דכמו דבעלמא חזינן דאע"פ דהוא נשתמש רק בפירות, אפ"ה חשיב זה חזקה בגוף הקרקע, ממילא ה"ה הכא כיון דהאילן יונק מן הקרקע, חשיב חזקה גם על הקרקע).

תקינ) בנאנס בסוף ג' אי הוי חזקה, ואי דמי לנאנס בסוף זמן תפילה

מתני' שלש ארצות לחזקה וכו' אינה חזקה עד שיהא עמו במדינה.

וכתב הרשב"א (בשטמ"ק) פ' בסוף הג', אבל היה עמו במדינה בתחילת השלש, ולא בסוף השלש לא עלתה לו חזקה, משום דתחלת שלש אינו עושה חזקה אלא סוף שלש, ונכסו לא היה במדינה שימחה.

וכ"כ הנימ"י לעיל (דף טו: מדפי הרי"ף) דאם בסוף שלש לא היה עמו, למחות, לא הוי חזקה, דהכל הולך אחר הסוף, ואמרינן דעתו היה למחות, אלא שלא נזדמן לו.

ובקצוה"ח (ס' קמ"ג סק"ב) כתב, דכעין זה כתב הנימ"י בב"ק (דף י: מדפי הרי"ף) בשם הרמ"ה, לענין תפילה, דכל שסבור שעדיין יש לו זמן להתפלל, ואח"כ שכת, הוי אונס.

וצ"ע מה מדמה זה לתפילה, דלכאורה אינו ענין לכאן, דהתם הנידון אי יכול לדחות התפילה לאח"כ, כיון דיש עוד זמן, או דלמא צריך הוא לחשוש שישכח, וממילא הוי זה פשיעה במה שלא התפלל קודם.

אבל הכא הא אין כאן נידון של פשיעה, רק דכיון דזמן מחאתו הוי בסוף, לכן אם נאנס בסוף, לא הוי חזקה, [דהא לא שייך לומר דכיון דהיה לו למחות בתחילה שמא יאנס אח"כ, חשיב פושע ויהא חזקה, דסו"ס כיון דעיקר דין מחאה תלוי בסוף, ואז היה אנוס, לא הוי חזקה] (וע"ע לעיל (ס"ק קנ"ב) מש"כ (זה).

תקינ) דמ"ט הוצרך לומר דהיה בשוקי בראי

והנה הקצוה"ח שם הקשה מהגמ' לעיל (דף ל א) דטען המערער בשוקי בראי הואי, וא"ל והא אית לי סהדי דכל שתא הוה אתית תלתין יומי, א"ל תלתין יומי בשוקאי הוה טרידנא וכו'.

עי' המשך בהערה

⁶⁵ עי' ש"ע (ח"מ ס' קמא ס"ב): האוכל כל פירות אילן שלשה שנים וטען 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.

האוכל כל פירות האילן כו' - פ"י 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).

⁶⁶ עי' ש"ע (ח"מ ס' קמו ס"א): הוב"ד לעיל הערה 6.

⁶⁷ עי' ש"ע (ח"מ ס' קמג ס"א): הוב"ד לעיל הערה 15.

שסתם יהודה וגליל [איפלו בשעת שלום] דומים כשעת חירום [שאינן שיירות מצויות מזו לזו, אבל בשאר מלכיות אם יש חירום לא היה חזקה אבל בשעת שלום היה חזקה שהרי שיירות מצויות].⁶⁸

⁶⁸ שעורי ר' דוד מסכת בבא בתרא דף לח עמוד ב

תקא) אי נאמן המערער לומר [בשעת חירום] שלא שמע החזקה תוד'ה אין מחזיקין בנכסי בורח וכו', דאי כל מקום שהחזקה נשמעת, גם המחאה נשמעת, איכ היכי מוכח לעיל לדרבנן מחאה שלא בפניו הוא מחאה, וכו'.

והנה הנתיבות (סי' קמ"ג ס"ק א, הובא לעיל ס"ק ק"ג) כתב, דנראה דהא דאמרין שהחזקה נשמעת יותר ממחאה, ואפי' בשעת חירום, היינו רק בסתמא, אבל אם המערער טוען שלא שמע החזקה, מהני טענתו.

אלא דלכאורה א"כ הרי יאמר קושית התוס', [דהוכיחו דהחזקה נשמעת יותר, מדמוכח בגמ' לרבנן דמחאה שלא בפניו היא מחאה, ולא אמרין דאינה מחאה, ורק דהיי חזקה משום דצריך לבא ולמחות, ומיהודה לגליל דלא היה חזקה, היה משום דאין החזקה נשמעת, ומכח זה הוכיחו דחזקה ודאי נשמעת.

ולכאורה לדברי הנתיבות ה"ל, דהוכיח דיכול לטעון דלא שמע החזקה, אכתי יקשה קושית התוס'). דנימא דהא דמיהודה לגליל אינה חזקה, היה רק משום דיכול לטעון דלא שמע החזקה.

ותירץ הנתיבות, דרק אם הוא טוען ברי שלא שמע החזקה, נאמן, אבל אם הוא אינו טוען, אנו לא טענינן ליה, אלא אמרין דמסתמא שמע החזקה, דמסתמא החזקה נשמעת.

וכיון דבמתני' קתני סתמא, דמיהודה לגליל לא היה חזקה, דמשמע אפי' אינו טוען, שפיר מוכיח לדרבנן מחאה שלא בפניו היא מחאה.

תקב) אי היה ריעותא דשטרא [או מיגו] מחמת שיכול לטעון שלא שמע החזקה

אכן אכתי צ"ע, לדברי הנתיבות דיכול לטעון דלא שמע החזקה, א"כ הרי צריך המחזיק ליהרהר בשטרו, והיינו ריעותא דשטרא.

וצ"ל נמי כ"ל דא"פ דיכול לטעון דלא שמע החזקה, מ"מ עכ"פ כל זמן שאינו טוען, הרי באמת שמע החזקה, וא"כ היה החזקה בשלימותה בלא מחאה, דהרי החזיק שלש שנים באופן ששמע החזקה ולא מיחה, דזה היה החזקה, [ותו לא אכפ"ל מה דאיכא ריעותא דשטרא (וע"ע לקמן)].

אלא דאכתי קשה מ"ט לא יהא נאמן המערער שלא מכר לו במיגו שהיה יכול לטעון שלא שמע החזקה.

ובשלמא לתירוץ אחד בתוס' בב"מ (דף קי א) דלא מהני מיגו למערער בחזקת ג"ש, דהיינו מיגו להוציא, א"ש דאינו נאמן במיגו, אבל להתירוץ דמהני מיגו אף להמערער, קשה, דהא הכא יש לו עכ"פ מיגו דיכול לטעון דלא שמע החזקה.

ואולי נימא דהכא לא היה מיגו, דכיון דסתמא אמרין דשמע החזקה אין כאן זכות טענה דלא שמע, ורק דאם בפועל טוען כן אז היה זה טענה, אבל מ"מ כל זמן דאינו טוען לא היה זה זכות טענה, וכמ"ל (דף כט א) גבי אי טעין שלא דר בימים ובבילה, ע"ש.

שעורי ר' דוד מסכת בבא בתרא דף לח עמוד ב

תקד) אי בעינן שיאמר ולמחר תבענא ליה בדינא, וביסוד דין מחאה גמ' היכי דמי מחאה, אמר רב זביד פלניא גזלנא הוא, לא היה מחאה, פלניא גזלנא הוא דקאכיל לארעאי בגזלנותא, ולמחר תבענא ליה בדינא, היה מחאה.

וכתבו בתוס' והרא"ש [והרשב"ם בפירושו ה'] דלא צריך דוקא לומר ולמחר תבענא ליה בדינא, אלא רק אם אומר דקאכיל לארעאי בגזלנותא, סגי.

אכן הרא"ש הביא דרבינו חננאל פירש דבעינן דוקא שיאמר כן, אבל כל כמה דלא אמר למחר תבענא ליה בדינא, אינו אלא כנותן פגם לחבירו, ואין השומעין חוששין להגיד למחזיק, [וסיים הרא"ש] ולא מסתבר, ע"ש.

ואכן הרמב"ם (פ"ג מהל' טוען ה"ז) כתב נמי כה"ח דדוקא אם אמר ואתבענו לדין, אבל אם אומר סתם פלוני גזלן שמשמש בחצירי, אין זה מחאה, שהרי המחזיק אומר כששמעתי אמרתי שמא חרף אותי בלבד, ולפיכך לא נזהרתי בשטרי.

וצ"ע דהא הרמב"ם שם כתב דגבי שכירות או משכון נמי צריך שיאמר המערער [שכורה היא בידו, או משכונה, ואם יטעון עלי שמכרתי או נתתי] אני תובע אותו בדין.

וכן המ"מ שם הביא מהרשב"א דצריך שיאמר פלוני אוכל קרקע בתורת משכונה ולמחר אסלקנו ע"ש.

ולכאורה הרי התם אינו מחרף אותו, וא"כ מ"ט צריך שיאמר למחר אסלקנו או אתבענו לדין, דאמאי לא סגי שאומר רק שאוכל בשכירות וידע שצריך לשמור שטרו.

ואולי נימא דעיקר מה דצריך ליהרהר בשטרו היה רק משום דאומר שיתבענו לדין, וזהו עיקר המחאה, דבלא זה לא אכפת ליה מה שאומר.

אכן זה אינו, דא"כ לא היה לו להרמב"ם לומר הטעם משום דסבר דחירף אותו, דהא עכ"פ גבי שכירות אינו מחרף אותו (וע"י ס"ק הבא).

אמר רב יהודה אמר רב: אין מחזיקין בנכסי בורח [ואם החזיק אינה חזקה]. כאשר אמרתי [הלכה] זו בפני שמואל, אמר לי: וכי למחות בפניו הוא צריך. ורב מה לומדים מזה. מחאה שלא בפניו לא היה מחאה. [ומקשה הגמ'] והרי אמר רב: מחאה שלא בפניו היא מחאה. רב מפרש טעמו של התנא שלנו, והוא לא סובר כך [אלא הוא סובר כמו רבי יהודה]. ויש שאמר, אמר רב יהודה אמר רב: מחזיקים בנכסי בורח. כאשר אמרתי [הלכה זו] בפני שמואל, אמר לי: זה פשוט, וכי הוא צריך למחות בפניו. ורב מה לומדים מזה. מחאה שלא בפניו היא מחאה, והרי אמר רב פעם אחת. אלא הרי לומדים מזה, דאפי' מיחה בפני ב' שאין יכולין לומר לו, היה מחאה.⁶⁹

שאמר רב ענן, לי פירשו את דברי מר שמואל: מיחה בפני שני בני אדם שיכולים לומר לו [כגון שהם חייגרים או הולכים למדינת הים], הוי מחאה, מיחה בפני שני בני אדם שאין יכולין לומר לו, לא היה מחאה. ורב [חולק וסובר] חבר שלך יש לו חבר, וחבר של חבר שלך יש לו חבר [וזהו יגיע לאזניים של הבעלים הראשונים].

אמר רבא, ההלכה: אין מחזיקין בנכסי בורח⁷⁰, ומחאה שלא בפניו הוי מחאה. [מקשה הגמ', וכן צריכים לכתוב] שנים [הרי הם אותו ההלכה]. אין קושי [וסתירה]: כאן בורח מחמת ממון, כאן בורח מחמת רציחה [וירא למחות פן יודע מקום מחבואה וירדוף גואל הדם אחריו ויהרג].

איך מדובר "מחאה". אמר רב זביד: [אם הבעלים הראשונים אומרים] 'פלוגי הוא גזלן'⁷¹, אינו מחאה [שהוא לא מיחה מחמת עצמו, אלא כאילו שהוא לקח קרקע של אחרים, אבל אם הוא אומר] 'פלוגי גזלן שלקח את הקרקע שלי בגזלה,

ונראה דעיקר מחאה הוא מה דטוען שיתלק מן הקרקע, דעצם מה שתובעו להסתלק מן הקרקע, זהו המחאה, ומש"ה בעינן דוקא שיאמר ולמחר אתבענו לדין, דבזה תובעו להסתלק מן הקרקע.

וכן בהשכיר לו השדה, דצריך למחות בו, הוי המחאה דאומר לו דאם אחר השכירות יטען ויאמר שמכרתי, אתבענו לדין שיתלק מן הקרקע, והיינו דזהו עיקר המחאה שתובעו להסתלק מן הקרקע.

ובאמת דכן משמע בגמ' לעיל (דף ה ב) דפרק אי לפירי אחתיה, מאי ה"ל למעבד, דמה ימחה, ולכאורה מה קשה לגמ', הא המחאה הוי בזה שאומר דהקרקע שלו, והשני אוכל רק פירות.

ומוכח דס"ל להגמ' דפשוטות מחאה היינו שתובעו שיתלק מן הקרקע, כמ"ש, ולכן מקשה דבאחתיה לפירות דאין יכול לתובעו להסתלק, איך ימחה.

וע"ז משני דאפי' איבעי ליה למחוי, והיינו כמ"ש הרמב"ם דאף בשכירות הוי המחאה שיתלק, והיינו דאומר דאחרי השכירות יתבענו לדין.

אלא דאכתי צ"ב, מ"ט הוצרך הרמב"ם להוסיף דטוען גזלן הוא, אם לא אמר ג"כ למחר אתבענו בדין, סבר שמחרף אותו, תיפ"ל דזהו עיקר המחאה כמ"ש.

ונראה דכונת הרמב"ם לתת טעם, דלכאורה בטוען גזלן, אף אם לא יאמר למחר אתבענו בדין, הא הוי ממילא תביעה להסתלק מן הקרקע, דהרי בזה גופא שאומר שהוא גזלן הוי כתובע ממנו להסתלק מן הקרקע.

וע"ז כתב הרמב"ם דסובר דחירף אותו, ולכן דוקא כשאומר בפירוש למחר אתבענו בדין, בזה הוי תביעה להסתלק מן הקרקע.

⁶⁹ עיי' שו"ע (ח"מ סי' קמו ס"א): הוב"ד לעיל הערה 6. @@@

⁷⁰ עיי' שו"ע (ח"מ סי' קמג ס"ג): ברח המערער מחמת סכנת נפשות אין מחזיקין בנכסי שירא למחות פן יודע מקומו וירדפו אחריו, אבל אם ברח מחמת ממון מחזיקין בנכסיו שאינו ירא כל כך.

ולמחר אתבע אותו לדין, זהו מחאה. 2571
 [אם כאשר הוא מחה, הוא] אמר [לעדים] לא תאמרו לו [שאני מוחה שהוא גזול], מה [הדין, האם זה מחאה או לא]. אמר רב זביד: הרי הוא אמר לא תאמרו לו [והרי העדים לא יאמרו לו, ולא הוי מחאה]. רב פפא אמר: [לחלוק על רב זביד, שזה כן מחאה שכוונתו הוא] לא תאמרו לו [לגזול, אבל כן] תאמרו לאחרים, חבר שלך יש לו חבר, וחבר של חבר שלך יש לו חבר [וזה יגיע לאזניים של הגזול והוי מחאה] 72.

71 שעורי ר' דוד מסכת בבא בתרא דף לט עמוד א

תקלא העדים שאמרו למחזיק בשקר שהמערער מיחה, אי הוי חזקה גמ' אמר להו לא תיפוק לכו שותא, אמר רב זביד הא אמר לא תיפוק לכו שותא.

ולכ' בשו"ע (סי' קמ"ו סעיף ג') דאם אמר לעדים לא יצא דבר זה מפיהם, לא הוי מחאה.

וכתב הש"ך (סק"ג) וז"ל, אפי' אמרו לו [למחזיק] שמיחה, כיון שאמרו לו שאמר להם שלא יצא הדבר מפיהם, כן נ"ל, ע"כ.

ודייקו הקצוה"ח (שם סק"א) והתניבות (שם סק"ב) מלשונו, דדוקא היכא שאמרו לו ג"כ שאמר להם שלא יצא הדבר מפיהם אז לא הוי מחאה, אבל אם רק אמרו לו שמיחה, ולא אמרו לו ג"כ שאמר להם שלא יצא מפיהם, שפיר הוי מחאה, כיון דעל"פ הוא שמע מחאה גמורה, והו"ל ליהרר בשטרו.

ותמורה עליו [הקצוה"ח והתניבות], דהא זה פשוט דאם המערער לא מיחה, רק דבאו שנים ואמרו למחזיק בשקר דהמערער מיחה בפניהם, ואח"כ נתברר דהיה שקר, ובאמת לא מיחה, דודאי דהחזקה קיימת, כיון דעל"פ לא היה מחאה.

וא"כ הנה כיצד אמר להם שלא יצא מפיהם, הרי לא עשה מחאה כראוי ולא הוי מחאה, וא"כ אף אם הוי מיחו בפניו, מ"מ כיון דאח"כ נתברר דלא היה מחאה, שפיר הוי חזקה ע"ש.

72 ע"י שו"ע (ח"מ סי' קמו ס"א): אפילו אם יאמרו העדים שמיחה בפניהם לא הגדנו לשום אדם אפילו הכי הוי מחאה לבטל החזקה כיון שהוא מיחה כראוי וסמך עליהם שייאמרו אותו לאחרים ואחרים יאמרו לו, ואפילו שאמר לעדים כשמיחה בפניהם אל תאמרו לו או שהם אמרו מעצמם לא נאמר לו הוי מחאה שהם יאמרו לאחרים ואחרים יאמרו לו, ואפילו אמרו לא נוציא דבר זה מפניו הוי מחאה דמילתא דלא רמיא עליה דאינש אמר ולא אדעתיה, אבל אם הוא אמר לא יצא דבר זה מפיהם לא הוי מחאה.

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

שהם יאמרו לאחרים כו' - שהרי לא אמר להם אלא שלא יאמרו לו, הרי לאחרים לא דלתי הירוס (סמ"ע).

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, ולא אדעתיה לשום לבו לאחד מהצדדים יותר מלצד השני (סמ"ע).

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 מפיהם 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 מפיהם 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).

ע"י שו"ע (ח"מ סי' עט ס"א): טענו: מנה הלוייתך, וכפר ב"ד ואמר: לא הוי דברים מעולם, ובאו שני עדים שלה ממנו מנה ופרעו, והמלוה אומר: לא נתפרעתי, הרי זה חייב לשלם. הגה: דכל האומר: לא לוייתך, כאלו אומר: לא פרעתי דמי, ונאמן על עצמו יותר מק' עדים, ומה שאומר לא ליה, הרי הוכחש בעדים, ואין המלוה חייב שבועה, שהרי הוחזק זה כפרן. ואם לאחר שפרעו חזר ותבע, ואמר: פרעתי שני פעמים, אין משביעין אותו היסת על טענה זו. וכן אם הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו, ואמר ליה: לא היו דברים מעולם וזה אינו כתב ידו, אם הוחזק כתב ידו בבית דין או שבאו עדים שהוא כתב ידו, הרי זה הוחזק כפרן, ומשלם.

ביאור: וכפר ב"ד - פירוש, לאפוקי חוץ לב"ד, וכמ"ש בסמוך בסעיף ט' (סמ"ע וש"ך).

ובאו שני עדים - אף שהעדים העידו בב"ד אחר, נעשה הוחזק כפרן (סמ"ע).

שלוה ממנו מנה ופרעו - אם העדים אומרים ראינו שנתן לו מעות כפרעון חוב ולא ראינו ההלוואה, בזה לא אמרינן "כיון דאומרים דפרע ממילא מוכח דלוה", והוה כאילו אומרים דלוה ופרע, דכיון דלא נודע עדות דהלוואה רק מכח מעשה הפרעון, א"כ אם נאמר דמאמינים לו דלא פרע ומסלקין עדותו, שוב ליכא עדים על ההלוואה, ודוקא כשעדים מעידים ליה ופרע, בזה אמרינן דעל

[אם אלה שהבעלים הראשונים מחאה בפניהם] אמרו לו [אנחנו] לא אומרים לו [לגזול, שאתה מוחה בו], אמר רב זביד: הרי אמרו לו [אנחנו] לא אומרים לו [ולא הוי מחאה]. רב פפא אמר: [זה כן מחאה, שכוונתם היא] שלא אומרים לו, [אבל אנתנו כן] אומרים לאחרים [על המחאה], חבר שלך יש לו חבר, וחבר של חבר שלך יש לו חבר [וזה יגיע לאזניים של הגזול].

[אם המוחה] אמר להם [לעדים] לא תצאו דיבור [מפיכם], אמר רב זביד: הרי אמרו לא תצאו דיבור [מפיכם], ואם כן אינו מחאה, שהגזול לא ישמע את זה, ורב פפא מסכים לזה. ואם המוחה מחאה כרגיל, ועדי מחאה] אמרו לו [למוחה, אנחנו] לא מוציאים דיבור [מפינו], אמר רב פפא: הרי אמרו לו שלא מוציאים דיבור [מפינו], ואם כן אינו מחאה, ורב זביד מסכים. רב הונא בנו של רב יהושע אמר [זה כן מחאה שכן, אע"פ שאמרו שלא יאמרו אותו, עכ"ז] כל דבר שלא מוטלת על בן אדם [לברר] וגם אינו מפסיד אם אומר אם לא אומרה] לא שם לב לזה, ואומר אותו לו [פ"י לגזול].

אמר רבא אמר רב נחמן: מחאה שלא בפניו [של המחזיק] הוי מחאה [ולא צריכים לשלוח שלוחו למחות בפניו שהרי יכול הדבר לבא לאזניו ואפי' לא ידע המחזיק מחאתו של מערער לא חיישין מאחר שמיחה זה כהוגן]. רבא שאל שאלה מברייא לרב נחמן, אמר ר' יהודה: לא אמרו שלש שנים, אלא כדי שיהא באספמיה ויחזיק שנה, וילכו ויודיעוהו שנה, ויבא לשנה אחרת. ואם תחשוב מחאה שלא בפניו הוי מחאה, למה [צריכים שנה] שהוא יבא. שישב שם במקומו [באספמיה] וימחה [בפני עדים, שכן יכולין לבא ולומר לו בסוף ג' אם ירצו. מתרץ רב נחמן, נכון, לא צריכים למחות בפניו, ו]שם [במשנה] מלמדים עצה טובה, שיבא [הוא] בעצמו ויחקק הקרקע והפירות [מיד המחזיק שאם ימחה במקומו ולא ילך ויציא עכשיו, הפירות שאכל המחזיק יוציא ממנו בטורח דקשה גזל הנאכל].

מזה שרבא שאל לרב נחמן, משמע שהוא לא סובר שמחאה שלא בפניו הוי מחאה, ו[קשה] הרי רבא אמר: מחאה שלא בפניו הוי מחאה. [מתרץ הגמ' אחרי ששמעה מרב נחמן הוא סבר כן].

ר' יוסי בר' חנינא מצא את תלמידיו של ר' יוחנן, אמר להם: וכי אמר ר' יוחנן מחאה בפניו כמה [עדים צריך למחות]. ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן: מחאה בפני שנים 73, ר' אבהו אמר ר' יוחנן: מחאה בפני שלשה. אולי נאמר, שהם חולקים ב[הלכה] של רב רב הונא, שאמר רבה בר רב הונא: כל דבר [של גנאי] שנאמר בפני שלשה,

עדות הפרעון הוא נאמן לגבי עצמו ומסלקין עדותן שפרע, ועדותן שלוה לא נסתלק, דהא בלא עדות דפרעון יש עדים שלוה (פ"ת).

המלוה אומר לא נתפרעתי - דוקא ככה"ג שהמלוה אומר "לא פרעתי", א"כ יאמר המלוה "אני יודע שאתה חייב לי שהרי תבעתיך בכך, ואני אדברך אני סומך שהוא יותר ממאה עדים". אבל אם המלוה עצמו אומר "הלוייתך ופרעתי", והלוה אומר "לא הלוייתני מעולם", והמלוה היה תפוס משל לוה, אין המלוה יכול להחזיק בו לומר "אתה הודית לי שלא פרעתי ואני יודע שהלוייתך ואחזיק בשלך", שהרי נאמר לו איך תחזיק בשלו, הלא כשם שהוא מודה שלא פרע לך מעולם, כן אתה מודה שלא נשאר חייב לך, וע"י לעיל (סי' ע"ה ס"א), ועיין מ"ש לעיל (סימן ע"ה סעיף א' בנחלת צבי ב"ה בר דברך?) (פ"ת). הרי זה חייב לשלם כו' - ו"א כשאומר לא הוי דברים מעולם ועדים מעידים שלוה וחזר ואמר בב"ד "פרעתי קודם", נאמן אם הביא עדים, ועיקר לא כדבריו (ש"ך).

יותר מק' עדים - דקדק לומר יותר ממאה עדים, דאילו עדים המכחישים זה את זה יכול להשביעו היסת אחר הפרעון שהוא באמת היה עוד חייב לו, והכא בהודאת עצמו אינו יכול להשביעו אחר הפרעון (סמ"ע). ו"א דבעדים המכחישים יכול להשביעו ע"י גלגול כאשר יזדמן לו, משא"כ ע"י הודאת פיו אינו יכול לגלגל עליו עוד שבועה, (פ"ת).

הרי הוכחש בעדים - ע"י לעיל סי' כ ס"א ד"ה אע"פ שמצא (נתה"מ).

שהרי הוחזק זה כפרן - ואינו דומה לחשוד שכנגדו אינו נוטל בלא שבועה (עי' לקמן סי' צב ס"ז), דשאני התם דלא נעשה נחשד בהאי ממונא אלא בענין אחר, אבל זה הוחזק כפרן בהאי ממונא (עי' לעיל סי' ע"ה ס"ד סקט"ו) (סמ"ע), ו"א שאין צורך לזה הטעם, וזה פי' דברי הרמ"א "דכל האומר כו", ואפשר זה מלמד שאפילו יטעון אחר כך "פרעתי", לא יחזיק נאמן (ש"ך).

אין משביעין אותו היסת כו' - ע"י לעיל (סק"ב?) טעם על דבריו (סמ"ע), ועיין בתשובת אא"ז פנים מאירות ח"ב ריש סי' [פ"ז] מ"ש בזה. ועיין בתשובת גליא מסכת סי' ט' שהאריך בענין זה (פ"ת).

וכן אם הוציא עליו כתב ידו כו' - בדין הראשון לומדים חידוש, אעפ"י שעדים מעידים שלוה ופרע, אפ"ה חייב לשלם, משא"כ כאן דאין כאן עדות שפרע. ומ"מ כתב לשון "וכן כו", משום עיקר הדין ללמדנו דינו דאפילו בכתב ידו נעשה הוחזק כפרן, וע"י לקמן סקט"ו? (סמ"ע).

וזה אינו כתב ידו כו' - עיין מ"ש לעיל (סי' ע"ה ס"ב סק"ב?) (ש"ך).

73 ע"י שו"ע (ח"מ סי' קמו ס"א): הוב"ד לעיל הערה 6.

אין בה משום [איסור] לשון הרע⁷⁴ [אם יחזרו ויאמרו לזה "כך אמר פלוני עליך" וטעם הדבר שחבר שלך יש לו חבר, וחבר של חבר שלך יש לו חבר, וזה יגיע לאזניים של האדם שאמרו עליו, וכל דבר שיתגלה אין בו איסור לשון הרע, והלכך לגבי מחאה הוא דבר שעתידי להתגלות, ובענין כדי שיזהר המחזיק בשטרו ולכך חלקו לפי מי שאומר בפני שנים לא סובר מהלכה של רבה בר רב הונא שצריך שלשה, ואפילו בשנים עתיד להתגלות, והוי מחאה בפני שנים], מי שסובר בפני שנים, לא סובר [כהלכה זו] של רבה בר רב הונא, ומי שסובר בפני ג', סובר [כהלכה זו] של רבה בר רב הונא.

לא, כולם סוכרים [כהלכה זו] של רבה בר רב הונא [שגילוי דבר רק בגי'], וכאן חולקים בזה, לפי מי שאמר בפני שנים, סובר: מחאה שלא בפניו לא הוי מחאה [ואז מספיק שני עדים שיעידו שמחה בו בגזלן בפניו]. ומי שסובר בפני ג', סובר: מחאה שלא בפניו הוי מחאה. ואם תרצה לומר: לפי כולם, מחאה שלא בפניו הוי מחאה, וכאן חולקים בזה, מי שסובר [שמחאה זה מספיק] בפני ב', סובר: צריכים עדות [ודי לנו בשני עדים שיעידו שמיחה זה בתוך ג' ואם יבא הדבר לאזניו יבא דמאחר שיוכל לבא לאזניו של מחזיק בשום ענין בעולם הוי מחאה]. ומאן שאמר בפני ג', סובר: צריכים גילוי דבר [שידע כל העולם וכיון נודע לג' כאילו נודע כבר למחזיק, דמסתמא ידע במחאה זו אבל בשנים מסתמא לא ידע].

גידל בר מניומי [היה אחד מחזיק בנכסיו, ולכן] היה לו מחאה למחות, הוא מצא את רב הונא וחייה בר רב ורב חלקיה בר טובי שישבו, ומחה בפניהם. לשנה [הבאה] חזר בא למחות [שחשב שצריך למחות בכל שנה ושנה], אמרו לו: אתה לא צריך [למחות עוד פעם], כך אמר רב: כיון שמיחה שנה ראשונה, שוב אינו צריך למחות [אבל פעם אחת מיהא צריך למחות בכל ג' וג' שלא יהו ג' שנים רצופים בלא מחאה]. ויש שאמרו, אמר לו חייא בר רב: כיון שמיחה שנה ראשונה, שוב אין צריך למחות. אר"ל בשם בר קפרא: וצריך למחות בסוף כל ג' וג' [שלא יהיה ג' שנים ללא מחאה]. רבי יוחנן חשב [ושאל, למה צריך למחות בסוף כל ג' וג'], וכי גזלן יש לו חזקה [והלא משמיחה המערער שנה ראשונה והוציא קול על זה שהוא גזלן, היה לו להזהר בשטרו כל הימים, עד שירד עם זה לדין אין עד שיראה את שטרו או המחאה לב"ד ומהו לא נזהר בשטרו יפסידי שיש לומר שהוא גזלן. ר"ל שאל עליו, וכי] אתה חושב שהוא [ודאי] גזלן [הרי הוא טוען שהיה לו שטר]. אלא, [מי שהוא] כמו גזלן יש לו חזקה.

אמר רבא, ההלכה: צריך למחות בסוף כל ג' וג'⁷⁵.

בר קפרא לימד: ערער⁷⁶, חזר וערער, חזר וערער [בסוף כל ג' שנים], אם מחמת טענה ראשונה ערער, אין לו חזקה, ואם לא [בגלל הטענה הראשונה], יש לו חזקה [פי' אם במחאה ראשונה הזכיר שבגזנות ירד אל שדה זו, ובמחאה שניה הזכיר שזה משכון בידו ואני מוסר לכם עדות זו כדי שלא יחזיק בה ויאמר מכורה היא בידי, כיון ששינה בטענתו, אינה מחאה ונתקיימה החזקה ביד המחזיק, אין כאן מחאה כלל לא ראשונה ולא שניה, כיון שמיחה מחאה אחרת בשנה שניה שמכחשת מחאה של שנה ראשונה מודה הוא שאותו המחאה שלא כדיון היה].
אמר רבא א"ר נחמן: מחאה [צריך לעשות] בפני שנים [עדים].

תקנה היא זו שיהא חשוב עדות, כדי לבטל החזקה בעדות כל דהו. וגם תקנה היא למחזיק כדי שע"ז יחזיק בשטרו כשיוודע המחאה (סמ"ע), אפילו בזה שלא בפני זה מצטרפין (ש"ך).

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 "פלוני 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).

לכתוב לו שמיחה - יש שכתב דא"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 כעושי שליחותו של מוחה, אבל לאחר ג' שבאין עכשיו להפקיע חזקתו של מחזיק בעדות זה והם אינם שלוחי 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 כ"ל ס"ק, 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 שהרי עוד ידו נטויה למחות, משה"ה בקל הפקיעו חזקתו, וגם חזקת שלש שנים אינו אלא תקנת חכמים וכמ"ש בסמ"ק 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, שכיולין לומר בפה, אסורין לכתוב, דליכא בזה משום תקנת חכמים כיון שהעדים כאן (נתה"מ).

דהוי עדות מפי כתבם - פירוש, וכתב על "פי" שני עדים, ולא מפי כתבם, עי' 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 עדותו בכתיבת ידו ושלוהו לב", דבזה פסק שם סעיף י"א דלא מהני, והכי נמי כשיכתוב בלשון "שמענו" (סמ"ע).

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

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

⁷⁶ עי' שו"ע (ח"מ ס' קמו ס"ז): ערער וחזר וערער אם מחמת טענה ראשונה ערער אין לו חזקה, ואם לאו יש לו חזקה.

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

⁷⁴ עי' רמב"ם (עדות פ"ז ה"ה): אחד המספר בלשון הרע בפני חבריו או שלא בפניו, והמספר דברים שגורמים אם נשמעו איש מפי איש להזיק חבריו בגופו או בממונו ואפילו להצר לו או להפחידו הרי זה לשון הרע, ואם נאמרו דברים אלו בפני שלשה כבר נשמע הדבר ונודע, ואם סיפר הדבר אחד מן השלשה פעם אחרת אין בו משום לשון הרע, והוא שלא יתכוין להעביר הקול ולגלותו יותר.

חפץ חיים לשון הרע כלל ב: ב. ומה שנמצא היתר בדברי חז"ל לומר בפני שלושה, היינו דבר שאיננו גנאי גמור והדיבור שלו יש לו שני פנים. וענין זה ידוע שתלוי לפי הדיבור שאומר אותו המספר בעת סיפורו, בזה התירוהו חז"ל לומר בפני שלשה ותלוהו כיון שאומר הדברים בפני שלושה, יודע בודאי שיבואו הדברים לאזניו, דחברך חבא אית ליה, ועל כן הוא שומר את עצמו בעת אמירה לומר באופן שלא יהיה מינכר מלשונו לשון גנאי. (ונציי דבר אחד ומה נקיש לכל כיוצא בזה. כגון ששואלין לו איה נמצא אש, והוא משיב, שם תמצא שמבשלין תמיד בשר ודגים, דדבר זה תלוי לפי אמירתו בשעת מעשה, אם רוצה מוציא זה בלשון שאין בו גנאי לחבירו, דבאמת לפעמים אין בו עולה, כגון שיש לו בני בית הרבה ועזרו הקדוש ברוך הוא שיש לו הון רב, או שמחזיק אכסניא של אורחים וכדומה, והוא שואלו איה נמצא אש והוא משיב לו לא תמצא עתה אש כי אם בבית פלוני שמבשלין תמיד וכוונתו כנ"ל, וכל כי זה גוונא בעיני אבק לשון הרע תלוי באופן אמירת המספר בעת דיבורו. אבל אם מוציא אותו בקולו ובתנועתו דמינכר שכוונתו שהוא מרבה בסעודת מריעות תמיד, אף שדבר זה איננו גנאי גמור, אפילו הכי קראוהו חז"ל אבק לשון הרע ואסור לומר אפילו בפני שלושה).

⁷⁵ עי' שו"ע (ח"מ ס' קמו ס"ה): מחאה בפני ב' כותבין אע"פ שלא אמר להם כתובו. הגה: ויכתבו בלשון שליחות פלוני העדנו על עצמו לכתוב לו שמיחה, אבל לא יכתבו שמענו שמיחה דהוי עדות מפי כתבם, וכיון שמיחה בשנה ראשונה אין צריך לחזור ולמחות בכל שנה ושנה, אבל צריך שלא יהא בין מחאה למחאה ג' שנים גמורות שאם שהה בין מחאה למחאה ג' שנים לא עלתה לו מחאה.

כותבין אף על פי שלא א"ל כתובו - הטעם, דזכות הוא למערער וזכין לאדם שלא בפניו, אף על פי שאמר שטרות אין כותבין אלא מדעת מי שהוא חובתו,

ואין צריך לומר [להם] שיכתבו⁷⁷ [שטר על כך, אלא העדים כותבים שטר מחאה שיהיה בידו לעדות שמיחה תוך ג', ואע"פ שלא צוה אותם שזה זכות ומזכים לאדם שלא בפניו].

מודעה [פ' המודיע שאונסים אדם לעשות כך וכך, והוא לא עושה באמת, ומבטל מעשיו, והיום או למחר אתבעה אותו בדין, ואפסול השטר על פיהם שמסרתי מודעה לפניכם קודם שנעשה השטר, צריך לעשות] בפני שנים [עדים], ואין צריך לומר [להם] שכתבו²⁶⁷⁸ [שטר על כך, אלא

⁷⁷ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמו ס"ה): הוב"ד לעיל הערה 75.

⁷⁸ ע"י ש"ע (ח"מ סי' ה"ה ס"א): מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח, אפילו תלוהו עד שמכרו ממכרו ומכר בין במטלטלים בין בקרקע, שמפני אונסו גמר והקנה, אע"פ שלא לקח הדמים בפני העדים. הגה: ויש חולקין, וסבירא להו דבעינן שראו העדים נתינת המעות אבל הודאתו לחוד לא מהני, ויש אומרים דבעינן דוקא שנתן לו המעות, אבל אם נתן לו שטר עליו אינו קונה, ויש חולקין. לפיכך: אם מסר מודעה קודם שימכרו ואמר לשני עדים דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או שדה פלוני לפלוני מפני אונס, הרי המכר בטל ואפילו החזיק כמה שנים מוציאם אותה מידו ומחזיר הדמים, וצריכים העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס והוא אנוס ודאי לא שיסמכו על פיו, וכל מודעה שאין כתוב בה אנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס היה אינו מודעה:

ולקח דמי המקח - פירוש, אפילו לא אמר בהדיא מתוך האונס שנתרצה למכור לו מרצון נפשו, מ"מ אמרינן כיון דלקח דמי המקח דאגב אונסיה וזווי שקיבל גמר והקנה לו, כל שלא מסר מודעה תחילה, ואפילו לא מנה המעות אלא לקחם והשליכם לכיסו, דיש גלויה דעת דבעל כרחו קיבלם, אפ"ה הוה זביניה זביני (סמ"ע).

מי שאנסוהו כו' אפילו תלוהו עד שמכרו וכו' - נקט אונס גדול, וכ"ש אונס הקטן ממנו, דאינו יכול לבטל המקח ולומר אנוס הייתי (סמ"ע), ואפילו לא ראינו וידענו מאונסא דהמוכר כלל, וגם נראה דעת המוכר שאינו מוכרו ברצון, אמרינן כיון דמכרו וקיבל דמים וגמר והקנהו ומכרו מכר (סמ"ע). אפילו אם ידוע הדבר שאותה מודעה שמסר בפני העדים דברי שקר הם היו מודעה לבטל המתנה הן בטל, אבל במכר צריך מודעה על אונס אמיתי (ש"ך המהריב"ל), אם אנוס והחסיף על הכתובה הוה כאנוס למכור, ולא מתנה. ובעיני אונס אפילו מחמת יראה הוה אנוס והואיל ומפחדו מי שסיפק בידו לעשותו. ואפילו אם כתב מודעה על מה שהולך לעשות, ואח"כ עשה בפני עדים אחרים, המעשה קיים, ואין מקום למודעה שלפני כן, שיש עדים שמעידים שהיה כשורה, ויתכן שהשתנה הענין. אבל לצאת מידי כל השיטות, יכול לומר הריני פוסל כל עדים שיאמרו שמסרתי מודעה על מכר זה שהרי שם לגבי נפשיה כעדים פסולין,

ועוד לא חשיב אונס היכא דאין מריעין לו אלא שנמנעים מלהטיב לו ומכל מקום אם כבר הטיב אדם לחברו ורוצה לסלק ממנו ההטבה שהטיב עמו כגון זה הוה אונסא (ש"ך המהריב"ל), ראונו תלוהו וזבין קרקע ומסר מודעה והכירו באונסו ואח"כ עבר האונס בודאי והלוקח דר בקרקע ג' שנים אחר שעבר האונס אם נאמר שהלוקח נאמן אח"כ לומר מינך זבינתא והרי החזקתי בה שני חזקה אחר האונס האם דינו כמו אומנים וכו' אשר יש להם חזקה או כמו גזלן שאין לו חזקה. ועוד תלויה וזבין ומסר מודעה, חשיב "הקונה" כגולן, ואם הרס בנין ובנה בנין אחר, כל מה שעשה הוה כיווד שלא ברשות, ויד על התחנתה (ע"י סי' שעה) (ש"ך התורת אמת), כל התלויה וזבין, דינא כיווד במחאת בעלעלים, שתמידי יש לו זכות להגיד לו טול עציץ שונה ממש"כ בטל שעה ס"ב (ש"ך התורת אמת), ראונו ושמעון עשו עסק יחד, ושמעון הפקיד אצל ראונו לשם כך משכונ, והמשכונ קעת ביד לוי, ושמעון בקשו חזרה, ולוי לא הסכים ללא ששמעון יכתוב לראובן שטר מחילה על כל תביעה שיש לו עליו, ושמעון מסר מודעה על כך בפני ב' עדים, ואז כתב השטר מחילה, דינו כמכר, ולא כמתנה, שהרי הוא רק מחל לו עבור המשכונ, והוה כמכר, וי"א שהיה כתלויה ונתן, שכן הוא לא נתן המשכונ תמורת השטר אלא שהיה חייב מן התורה להחזיר לו המשכונ, ואין לו זכות לומר שהוא אנוס בזה (ש"ך הרש"ם), אין אונס חשיב כאונס אלא בדבר הנעשה שלא כדין (ש"ך מהרש"ך), המתחייב לאונס לשלם לו אלפיים ש"ח שלא ימסור אותו לרשויות, אינו חייב לשלם והוה כתלויה ונתן, שאונסו ניכר, ומאחר והוא פטור גם הערב פטור (ש"ך המהרי"ך), שתי שותפים שאנסו שותף השלישי לפשר על השותפות שלא על פי דין, מאחר וקיבל משהו, לא הוה לא כמתנה ולא מכר (וכמ"ש הרמ"א לקמן ס"ד שלא מהני תלוי ופטר, כמתנה, אבל עכ"ז אם מסר מודעה בעיני שידעו העדים באונס, כמתנה), שכל מטלטלין שמוכרים שלא כשונים הוה כמתנה וכמכר, אמנם היינו דוקא אם כטבטל בשעת ההודאה ומסר מודעה על מה שהיתה כוונתו לעשות שהוא בטל או שאמר בסתם כל מה שאתפשר עם בעל דיני שלא ע"פ בית דינו של פלוני או ע"י פלוני יהא בטל אבל כגון שטר מודעה זו שאמר סתם שהוא מוכר להודות לדבריהם ולכרות ברית עמהם והכל הוא באונס ואח"כ נתחדש שהסכימה דעת שתי הכתות ובררו דין ביניהם לפשר ולגזור כל מה שיראה בעיניו כי בשעת מסירת המודעה לא היה יודע זה ועדין לא הסכימה דעת' בבירות הנברר לא מהניא מודעה לבטל מה שנתחדש אח"כ דשמא אז היה סבור שאין שום דרך אלא להודות ע"כ לדבריהם ככתוב בשטר

העדים כותבים שטר מודעה שיהיה בידו לעדות שביטל את מעשיו, ואע"פ שלא צוה אותם שזה זכות ומזכים לאדם שלא בפניו].

הודאה [שארם מודה לחבירו שחייב לו מנה, צריך לעשות] בפני שנים [עדים, כדי לחייבו אם הוא מכחיש]. וצריך לומר כתוב²⁷ [שטר למלוה לעדות דכל שעה שירצה לגבות חובו יוציא שטרו על הלוה אבל שלא ברשות ליה אין כותבין דחוב הוא לו וכיון דעל הלוה לכתוב והוא לא צוה יש לומר שלא מסכים לעשות חוב שחייב מלוה בשטר].

קנין [סודר, צריך לעשות] בפני שנים [עדים כדי לחייבו אם הוא מכחיש, ואין צורך של ג'], ואינו צריך לומר כתוב²⁸.

וקיום שטרות בשלשה²⁹ [פ"י מי שיש לו שטר על חבירו וחושש שמא ילכו העדים למדינת הים או ימותו וכשיבא לגבות חוב הכתוב בשטר יטעון הלוה כי פרוע הוא או מזויף הוא ויצטרך לקיים שטרו בעדים המכירים חתימת ידי עדים שבשטר ולא ימצא כיצד יעשה הולך לב"ד של ג' ומביא העדים עצמן ומעידין על חתימת ידיהן בפני ב"ד והם כותבים בסוף השטר למטה מחתימת העדים בישיבת ג' כא' היינו ויצא שטר זה לפנינו ובאו פלוני ופלוני והעידו על חתימת דם, ואשרנו וקיימנו אותו כראוי, וג' הדיינים חותמים בו, והוא נקרא "הנפק", וצריך ג', שאין ב"ד פחות מג'].

סיומן ממה"ק) אמר רבא: אם [א' מהדיינים האלה] קשים לי, זה קשה לי, קנין [סודר הנ"ל] איך מדובר. אם הוא [קונה משום שהוא] דומה למעשה בית דין [דרדומה לדין של דיינין שמוציאים מזה ונותנין לזה ואף עדי קנין ע"י עדותן שרואין בקנין יוצא ממנו זה בשעת הקנין מיד המקנה ליד הקונה, ולכן לא צריך לומר להם לכתוב אותו, שלא צריכים לומר לבית דין לכתוב], שיצטרך שלשה, ואם זה לא דומה למעשה בית דין, למה אינו צריך לומר כתובו [הרי זה חוב לך]. אחרי ש[רבא] שאל [את זה] הוא עצמן [קנין סודר] לא דומה למעשה בית דין, וכאן למה לא צריך לומר "כתובו", משום שסתם קנין עומד לכתובה [כיון שמקנה לו בסודר בפני עדים וממהר להקנותו מיד ואינו מדחהו עד שילך וימושך במטלטלין או ילך ויחזיק בקרקעות, מתכוין הוא להקנותו בעין יפה ומסתמא רוצה שיכתבו לך].

רבה ורב יוסף ששניהם אמרו: לא כותבים מודעה אלא על מי שלא מקשיב לבית דין [שהרי אם הוא מקשיב לבית דין, מיד אחרי הקנין שתקת אותו לבית דין, ותגיד שהוא אנוס אותך למכור]. אביי ורבא ששניהם אמרו: אפי' [כמן] עלי ועלך [שמקשיבים לבית דין כותבים מודעה, דלפעמים אין ב"ד מזומן מיד]. אמרו נהרדעי: כל [שטר] מודעה

המודעה ואחר שהם נתרצו בבריר' שמא נתרצה בלב שלם ועכשו חוזר בו ואף על פי שהסברא הישרה מקיימה (ש"ך המהרי"ט). אם אנוס באונס הגוף או באונס ממנו כדי למכור, ובהאי הנאה שנפטר מהאונס במכירה זו אמרינן אגב אונסא וזווי גמר ומקנה, דאומדנא דמוכח הוא דגמר ומקני שוב א"צ לאמירתו, שהרי אנו סהדי דגמר ומקני, דכל היכא דאיכא אומדנא דמוכח הויין דברים שבלב ג"כ דברים, משא"כ בחמסן שלא אנוס בשום אונס רק שחפץ החפץ ונתן דמיו, שלא נפטר משום אונס במכירה זו, ולא שייך לומר אגב אונסיה גמר ומקני שהרי לא נפטר משום אונס וליכא אומדנא שנתרצה, צריך שיאמר רוצה אני בפרוש (נתה"מ).

בין בקרקע שמפני אונסו כו' - תלוהו וזבין ולקח דמי המקח ועדיין לא נתן לו שטר, והוה במקום שכותבין את השטר, הדעת נוטה שקנה וצ"ע (פ"ת). אף על פי שלא לקח הדמים כו' - פירוש, אלא יש עדים שהוה בפניהן שקיבל המעות, ועכשיו טוען שמעולם לא נתן המעות אלא שהוצרך להודות לו מפני האונס, אין שומעין לו, דא"כ ה"ל למסור מודעה. והחולקין ס"ל, כיון דידעינן באונסיה על המכירה מסתמא אנסוהו גם על ההודאה (סמ"ע), וי"א דכל הודאה שהוא נוגע לקיום המכירה לא הוה הודאתו הודאה, שהרי אנוס על המכר, ואף שלא ביקש ממנו ההודאה רק שאר קנינים והוא הודה מעצמו, מ"מ כיון דגם זה לקיום המקח אמרינן שעשאו בשביל האונס, ולפ"ז נראה דבמקום דלא קנה המקח בלא כסף, כגון במכר בשטר דבעינן כסף דוקא, וקבלת המעות שייך להקנין, אף המחבר מודה דהודאתו לא מהני, כיון דההודאה שייך לקיום המקח והוא אנוס על קיום המקח, אבל אם אנסוהו על המקח, והמעות הם רק הלוואה, אז הודאתו כן הודאה למחבר, והרמ"א חולק. ונסתפקתי באם תלוהו ואמר לו לך חזק וקני והחזיק שלא בפניו, אם נאמר כיון דבשעת אמירת לך חזק לא נתן לו מעות וגם לא נתחייב לו מעות ואח"כ כשהחזיק לא החזיק בפניו לא שייך לומר גמר ומקנה, או דבכה"ג שייך ג"כ לומר גמר ומקנה, וכעת צ"ע (נתה"מ).

שם - תלויה ומכר והעדים לא ראו שנתן כל הכסף, והוא הודה על כך, נאמן אח"כ לומר שלא קיבל כל הכסף. ועוד מי שמוחזק במקח ומגזם לכבוש אותו א"צ מודעה אפילו בזביני, ויש מקרים אפילו במכר שניכר אונסו ולא צריך מודעה (ש"ך הרמ"ע), וי"א שצריך מודעה, אבל מותר לעידי מודעה להתחבות (ש"ך הרמ"א).

ע"י המשך בהערה

שלא כתיב בה⁷⁹ אנחנו [העדרים] יודעים באונס של פלוני [שהוא אונס גמור], איננו [שטר] מודעא. [מקשה הגמ', מה שאמר נהרדעי שהעדים צריכים לדעת אונס מדבר בשטר] מודעא על מה. אם על גט או מתנה [הרי לא צריכים לדעת אונס] שזה גילוי דבר⁸⁰ [פי' הרבה בני אדם יוכלו

⁷⁹ ע"י ש"ע (ח"מ סי' רה ס"א): הוב"ד לעיל הערה 78.

⁸⁰ ע"י ש"ע (ח"מ סי' רה ס"ב): במה דברים אמורים במכר, אבל במתנה או מחילה אין צריך להכיר אונס:

אבל במתנה כו' - ואפילו אם אינו אונס, כיון שאמר שאינו נותן או מוחל מדעתו, אין המתנה או המחילה כלום, דדוקא לגבי מכר אמרינן כיון שקיבל המעות גמר ומקני, וכן הוא בסמוך סעיף ו' (סמ"ע), ו"א שהרי דמהני במתנה אפילו בלא הכרת האונס הוא מטעם שאמרינן ודאי נאנס, דאי לא נאנס למה לו ליתן גט ומתנה ולמסור מודעא, אלא ודאי אונס הוא, אמנם ו"א אם הנותן מתנה עושה לעצמו אונס כגון שרצה להתחתן עם אשה, והבטיח לה מתנה של כל נכסיו, הוכחה לא מספיקה אם לא מסר מודעא (נתה"מ).

מתנה או מחילה - דוקא מחילה שהיא בלתי מעות כלל הוי כמתנה, כיון שהוא מוחל בכדי בלתי שום תועלת וקבלת מעות, אבל כשמקבל איזה מעות אפילו שהם דבר מועט בערך התביעה, לא דמי למתנה אלא לפשרה דהוי כזביני (ש"ך המהרי"י לבית לוי), אשה שמחלה כתובתה בגלל שהיא זרק אותה מהבית, ויש עדים על כך, איננה צריך למסור מודעא, שיש עדים שיוודעים מהאונס שלה, ואיננה מחילה, וכן במתנה היכא דידיעי באונסיה אפילו בטול לא מהני כיון דאניס הוא ואפילו לא מסר מודעא לא הוי מתנה ומחילה הוה כמתנה (ש"ך המהרי"ב"ל), ו"ה דאונס בלא מודעא מבטל המתנה, דתלוהו ויהיב לא הוי מתנה. אמנם לא דוקא כשאונס בפירוש ליתן לו מתנה זו, אבל אם אונס סתם והוא נתן לו מתנה זו להיפטר מהאונס, אז מאחר ולא היה האונס על המתנה רק הוא נתן מתנה בעצמו להיפטר מהאונס, ובהו הוי מתנה, אבל כשמסר מודעא המתנה בטילה, וכן הדין במכירה כשאונס סתם וידוע כשימכור לו יפטרנו מהאונס, נתבטל המכר כשמסר מודעא. וזה דוקא במתנה שהגיעה לידו, אמרינן גמר והקנה, אבל אם נתן ש"ט"ח על עצמו במתנה כדי להיפטר מאונס שאונס סתם, פטור, דלא שייך בזה גמר והקנה כיון שעדיין לא נתן לו המעות (נתה"מ).

ע"י ש"ע (ח"מ סי' רמב ס"א): הנותן מתנה מחמת אונס, שאנסוהו ליתן, אינה מתנה. ואפילו קבל עליו אחריות נכסים בשטר, ואפילו אם אינו מוסר מודעא, אי ידעינן באונס אינה מתנה. לפיכך: המוסר מודעא על המתנה כתיבין ליה, אע"ג דלא ידעינן באונסיה, שהרי אפילו היתה המודעא שקר כיון שגילה בדעתו שאינו חפץ במתנה, הרי היא בטלה.

הנותן מתנה כו' - לא קאמר שצריך לכתוב בשטר מתנה גלויה ומפורסמת, אלא בשטר שגוף המעשה של מתנה צריכים שיעידו איך נתנו בפניהם אם היתה בסתר, אבל בשטר הודאה, שאמר ראובן לעדים "כתבו וחתמו איך אני מודה שבזמן פלוני נתתי שדה פלוני לפלוני", אע"פ שלא אמר להם בזמן אותו "תשבו בשוק וכו'", אין בכך כלום, והעדות קיים, דלא נחתי עכשיו להעיד על גוף המתנה, איך היה אלא על ההודאה שלו, שהודה שנתנה בזמן פלוני. ומן הסתם שהמתנה שנעשית כתקנה נעשית כמו כל הודאות מכר וחוב דלא נחתינן לפרושי היכי הוה המכר או החוב בזמן שנעשה. ואפי' לא היה העדות על זמן עבר, אלא שמעידים ב' עדים בשטר מתנה שניתנה בפניהם, וכתבו סתם "שלא הזכירו מתנה גלויה וכו'", יכולים לחזור ולהגיד על פה או לכתוב שטר אחר ולומר כי אותה המתנה הכתובה סתם, גלויה ומפורסמת היתה אלא שטעו שלא פירשו הדבר ועתה מבררין ומפרשין דבריהם, אפי' אם כתב ידם יוצא ממקום אחר (ש"ך האלשיך).

שאנסוהו ליתן אינה מתנה - דוקא באנסוהו למכור אמרינן אגב אונסי וזוי גמר ומקני אם לא מסר מודעא כמש"ל (סי' רה ס"א), אבל במתנה, כיון דלא מקבל זוי, בגילוי דעת בעלמא דלא ניחא ליה בהמתנה שנותן מבטלינן המתנה, וע"י לעיל (סי' ר"ה ס"ו). ואינו ר"ל דוקא אונס גדול דהכאה ויסורין וכיוצא בהן, אלא כל דלא ניחא ליה ונותן, ודאי מטעם שום דבר נתנו, והוא האונס ליתן לו ולא בלב שלם (סמ"ע), אם האנס לא תבע ממנו כלום רק שייסרו ביסורים, ואמר טול קרקע זה והניחו, קנה (רע"א).

ואפילו קיבל עליו אחריות נכסים בשטר - אינה מתנה כיון שאנסוהו בכך וע"י לעיל (סי' ר"ה ס"ג ברמ"א) (סמ"ע).

ע"י ש"ע (פ"ה ע"י סי' קלד ס"א): צריך שיבטל כל מודעה קודם שיתן הגט, שאם מסר מודעא בפני שנים ואמר: זה שאני רוצה ליתן לאשתך דעו שאני אונס ליתנו ולכן אני אומר בפניהם שיהא בטל, הרי הוא בטל, אף על פי שלא לקח בקנין. הגה: ואף על פי שלא מסר בפני שני עדים ביחד, רק בזה שלא בפני זה, ובלבד שיהיו כשרים, אף על פי שאין מכירין את אונסו. ואפילו אם האונס שאמר היה שקר. ואף על פי שנתנו אח"כ, לא אמרינן שביטל המודעא שמסר, עד שיאמר בפירוש שמבטל המודעא ואז הוא בטל, ואינו צריך קנין.

ביאור: שאם מסר מודעא - דוקא כשמוסר מודעא להדיא אבל גילוי דעת למסירת מודעא לא מהני (ב"ש), ו"א שגילוי דעת לפני כתיבת הגט כן הוי דבר, ולכן צריך לבטל גם גילוי דעת זה בתוך בטול המודעא וכן נוהגין לזהר שיבטל

לידע אונסו, כיון דאינו מקבל ממון במתנה וכן בגט שנותן אם הוא רוצה לתת אותה למה לו למסור מודעא ואם לא רוצה לתת ודאי הוא נאנס על כך]. ואם [זה מדבר בשטר מודעא] על מכירה [שכן סתם מוכר לא ברצונו מוכר, אלא משום חסרון מעות, ולכן חוששים שמסר מודעא שחשב היום ולמחר כשיהיו לי מעות ארציא את השטר ואתבע אותו לדין, ויחזור קרקע שלי ואני אשלם מעותי], הרי רבא אמר: לא כותבים מודעא על מכירה. [מתרץ הגמ'] באמת [נהרדעי מדברים על שטר מודעא על מכירה, ורבא מודה [שכותבים שטר מודעא על מכירה] במקום שנאנס [על כך], וכמעשה דפרדס³⁰ [כדלקמן].

איש א' השכין פרדס שלו לחבירו לשלש שנים, אחרי [שהממושכן] אכל שלש שני חזקה, אמר: אם תמכור לי [את הפרדס], טוב, ואם לא, אני אעלים את השטר משכון ואגיד שהיא ארצה ביד, [ורבא מסכים שב] ציור כזה כותבים [שטר] מודעא [על מכירה], שהוא חשש להפסיד את כל הפרדס שלו.

אמר רב יהודה: לא גובים מתנה טמונה [בבית דין, שמא נתנה לאחר ככר]. איך מדובר "מתנה טמונה". אמר רב יוסף: שאמר לעדים [החתומים על שטר] הטמינו עצמכם ותכתבו לו [למקבל המתנה שטר מתנה על הקרקע]. ויש שאמרו, אמר רב יוסף: שלא אמר להם [לעדים] תשבו בשוק³¹ וברחוב ותכתבו לו [שטר מתנה על הקרקע]. מהו [החילוק הלכתי] ביניהם. יש [חילוק הלכתי] ביניהם [שהנותן אמר לעדים] סתם [לכתוב שטר מתנה לחבירו על הקרקע ולא אמר להם לעשותו בפרהסיא וגם לא אמר להם להטמין את עצמכם].

אמר רבא: והוי [מתנה טמונה כשטר] מודעא [לבטל שטר מתנה] אחר [על אותו הקרקע לאדם אחר]. אמר רב פפא: [הלכה] זה של רבא, לא למדנו [ממנו] בפירוש אלא ממשמעות דבריו למדנו. [שכן היה מקרה] שאדם הלך לקדש אשה³², [והיא] אמרה לו: אם תכתוב לי כל נכסיך [לכתובה] אני אהיה לך [לאשה], ואם לא, אני לא אהיה לך [לאשה]. ולכן הבעל הלך וכתב לה כל נכסיו. הגיע בנו "קשישא" [קודם כתיבת השטר לאשה]: ואתו האדם [פי' "קשישא"] מה תהיה איתו [איזה ירושה יהיה לך]. אמר [האב] לעדים: לכו ותטמרו ב"עבר הימין" ותכתבו לו [לבני כל נכסי, ויקדים שטרו והוא יגבה את הכל].

באו לפני רבא [וספרו לו הסיפור הנ"ל], אמר להם: לא זה קנה ולא זה קנה [פי' לא בנו ולא האשה], מי שראה חשב: משום [שהמתנה טמונה] הוי [שטר] מודעא לשני, ולא היא³³, שם מוכח דהבר שמחמת אונס הוא כתב לה [שאינה חפצה בו אא"כ יכתוב לה הלכך לא גמר בלבו להקנות לה אלא עד שישאנה ויחזור בו והלכך שם הוי במקום מודעא], אבל כאן [פי' בכל מתנה טמונה אחר שאין בו אונס], א' [זה שעשה בפרהסיא] הוא רוצה שיקנה, וא' [זה שעשה בהחבה] הוא רוצה שלא יקנה. שאלו אותם:

כל מה שהוא גורם שיהא בטול הגט מחמתו שבוה כולל אף גילוי הדעת (ב"ש * ב"ח), ואין עיקר כדברי הב"ח (ב"ש * רשב"ץ), צ"ע בדברי הב"ש שכן ע"י לקמן (סי' קמא ס"ב) שגילוי דעת בגיטין לא מועיל, ואפילו קודם מעשה כתיבת הגט. וע"י עוד מדין זה ד"ד בגיט' בתשו' מהר"ם לובלין סי' קכ"ב וקל"ג ובתשו' מ"ב סי' ע"ה ובתשו' ב"ח החדשות סי' צ"א ובתשו' מהר"ם אלשיך סי' ע"ח ובתשו' הרדב"ז ח"א סי' פ"ג וסי' תקע"ג ובח"ב סי' תקצ"ב ובס' שעה"מ פ"ו מהל' אישות הל' ב' ובתשו' משכנות יעקב סי' ל"ח. אחד שנתן גט ע"י שליח וקודם נתינת הגט נתפטר שיתנו לו חפצים ידועים וכן עשו והשלישו החפצים ולאחר נתינת הגט בלקחו החפצים טען שרימו אותו בחפץ א' שכוונתו ה' שהוא טוב ונתנו לו חפץ רע ומחמת זה רוצה לבטל הגט. כיון שעכשיו מבטל הבעל קודם נתינת הגט כל דבור שייקק להגט אין אחר דבריו כלום, אבל במקום שאמרו להבעל שכבר השלישו החפצים בשלימות וקיימו התנאי שהקפיד עליו מתחילה בזה אין שום הוכחה ממה שאמר אח"כ שנותן בלא תנאי לומר שמבטל תנאי הראשון ד"ל כוונתו הוא רק על תנאי דלהבא אבל לא על העבר שלפי דעתו הוא כאילו מונח בקופסא (פ"ת).

בפני שנים - אפילו בלשון ברור למודעא דוקא אם אמר לשני העדים "שמעו" או "אתם עדי", ויש מפקפקים בזה, וצ"ע למעשה (פ"ת).

דעו שאני אונס - ו"א אפילו אינו אומר "דעו שאני אונס", אלא אמר "גט שאני כותב לאשתי בטל הוא", מהני, ואפילו אם אמר בהדיא שהוא אינו אונס יכול לבטלו קודם הכתיבה כמו אחר הכתיבה (ע"י סי' קמא ס"ז) ולכן צריך אח"כ לבטל בפירוש מה שאמר (ב"ש).

אף על פי שלא לקח בקנין - אפילו אם אח"כ עשה קנין לגרש אשתו כדרך רוב האנשים בזה והוה אמינא דהקנין שאח"כ מבטל המודעא שלא היתה בקנין קמ"ל דלא אלא האמירה של מודעא מבטלת הקנין שאח"כ (ט"ז).

עד שיאמר בפירוש - פי' דאלו חשב בלבו לבטל לא אתי מחשבה ומבטלת הדבור של מודעא, על כן צריך דבור לבטל דבור (ט"ז).

[מאחר ובדברי רב יוסף היו ב' לשונות א' שכל שאמר לעדים להתחברות
היה מתנה טמונה, וא' שכל שלא אמר להם לעושה בפרהסיא היה מתנה
טמונה] מה הדין בסתם [לכתוב מתנה ולא אמר לגלות ולא להתחברות].
רבינא אמר: לא חוששים [למתנה טמונה, וזה כשר], רב אשי אמר:
חוששים [למתנה טמונה, ולא גובים בשטר זו, ואם גבו לא מחזירים, שזה
ספק, ואיפה שהקרקע נמצא, שם היא נשארת]. וההלכה: חוששים
[למתנה טמונה, ובכל שטר מתנה צריכים לכתוב שהוא אמר לנו לעשותו
בפרהסיא]⁸¹.

מתני'. כל חזקה [פי' בין חזקת ג' שנים, ובין חזקת מידי] שאין עמה
טענה [איך הוא קנאו], אינה חזקה⁸². כיצד. אמר לו: מה אתה עושה בתוך
[קרקע] שלי. והוא אמר לו: [לא קניתי אותו אבל] לא אמר לי אדם דבר
מעולם, אינה חזקה. [אבל אם הוא אמר] שמכרת לי, [או] שנתת לי
במתנה, [או] שאביך מכרה לי, [או] שאביך נתנה לי במתנה, הרי זו חזקה.
והבא משום ירושה [פי' שאומר אכלתי שני חזקה מכה ירושה אבי שהיה
מוחזק בה ביום מותו], אינו צריך טענה [לומר איך הגיע לידי אביו]⁸³.

⁸¹ עי' ש"ע (ח"מ סי' רמב ס"ג): הוב"ד לעיל הערה 31.

⁸² עי' ש"ע (ח"מ סי' קמו ס"ט): 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, ומוציאין ממנו כל הפירות שאכל, ואין פותחין לזה המחזיק
תחילה לומר שמא שטר היה לך ואבד עד שיטעון מעצמו (ואז שומעין לו ואין
זה חוזר וטוען), וכן האוכל שני חזקה מחמת שיש שטר בידו ונמצא השטר בטל
בטלה החזקה ותחזור השדה עם כל הפירות לבעלים.

אין מוציאין מידו עד שיביא זה המערער עדים – עי' סימן קל"ט סעיף ב'
מבואר בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, דאם בא אחר וחספה דחייב
להשיב לכל אחד אף שאין עדים לשום אחד, ומאי שנא מהכא דא"צ להחזיר
המערער עד שיביא עדים. אלא שאני כאן שכבר הגיע ליד המחזיק, ולכן אף
שבא אחד ואמר שלי הוא, מ"מ הדין נותן שכל 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, כאן מותר, כיון דבעל הקרקע אינו כאן ואינו משתדל להשכירו, חשיב
כחצר דלא קיימא לאגרא כמבואר בסימן ס"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, בדרי ושמא ברי עדיף כל שאין
נגזרו חזקת ממון, דדוקא כשהוא כבר בחזקת אדם מהמוצא שתופסו בחזקת
מי שהן שלו, צריך דוקא להביא עדים כשרוצה ליקח מיד המחזיק. מש"ה
בסימן קל"ט שהיו מחולקים על קרקע או מטלטלין קודם שהגיע ליד אדם, הוא
בחזקתו 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).

הביא עדים תחזור כו' – ואין צריך שבועה (סמ"ע), ע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב
סימן ע"ח (ש"ך).
ומוציאין ממנו כל הפירות - שהרי אין לו טענה לא בקרקע ולא בפירות
(סמ"ע).

עד שיטעון מעצמו ואז שומעין כו' – וי"א דצריך לטעון שטר היה לי
ואבדתינהו, ולא רציתי לטעון כן תחילה כי יראתי פן יאמר לי המערער אחוי
שטרך (סמ"ע), ודוקא שטוען כך קודם שיצא מב"ד (רע"א).

⁸³ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמו ס"י): הגה: הדין לוקח ובעל חוב שגבה קרקע כדין
ירוש, ואין המוכר או הלוח נאמנים לומר שהקרקע לא היתה שלהם, 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 בה], 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 קנאו, אשה היתה שדה
והביא עדים ששנה מורישו הרי זה חזקה שקנאו. הגה: אשה שהחזיקה
בקרקע בעלה לאחר מותו ואח"כ החזיק בנה ג' שנים, ובאו יורשי בעלה
ואומרים שקרקע זו של הבעל ובנה אומר שנפל לאמו בכתובתה בנה, נאמן
במיגו דאי בעי אמר מכס קניתינהו והרי אכל שני חזקה, אבל אי לא אכל שני
חזקה שאין לו מיגו, אע"פ שמורישו החזיק ג' שנים לאו כלום הוא דאין לאשה
חזקה בנכסי בעלה ודוקא יורש וכיצא בו, אבל מי שלקח הקרקע מן האשה
ומכרה בפרסום מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח, דאילו לא היו הקרקעות של
האשה לא היו מניחין הירושין לטענה למכרם בחזקתה בפרסום וכל כיוצא בזה.
הבא מחמת ירושה כו' - אין טוענין לשוכר (ש"ך), ועיקר לא כדבריו (נתה"מ).

גמ'. זה פשוט. מה הייתי אומר: שאדם זה [באמת] מכר לו הקרקע,
והיה לו שטר ונאבד, ולכן [הלוקח] אמר כך [פי' שאף א' לא אמר לי שזה
שלו], וחשב, אם אני אגיד שהוא מכר לי הקרקע הזה, הוא יגיד לי "תראה
לי את השטר שלך", שכן הלוקח לא יודע הלכות, לכן אנתנו [הב"ד] יגיד
לו "אולי היה לך שטר ונאבד" וכגון זה "פתח פיך לאלם", לכן לומדים
[שלא עוזרים לו בטענותיו].

(ענ"ב סימן) [ל]רב ענן [היה לו קרקע עם מחיצות, ובא] שטף מים,
ולקח [את המחיצות] מקרקע שלו, הלך והחזיר החומה [והרחיב קרקע
שלו ועשה הכותל] בקרקע של חבריו. [והשכן] בא לפני רב נחמן [לדין
תורה], א"ל [לרב ענן]: לך ותחזיר [הכותל] למקומו הראשון. רב ענן טען
הרי החזקתי [בו], שבניתי כותל על פיו ובצואתו]. אמר לו: כמו מי [אתה
טוען שמגיע לך, אחרי חזקה של יום א' עם ידיעת השני. וכי אתה טוען
כר' יהודה ור' ישמעאל [במשנה שאמרו ג' שנים כדי לנסוע לאספמיה]
שאמרו: כל [שהחזיק בקרקע של אחר] בפניו, מיד הרי חזקה, [הרי] אין
ההלכה כמותם [אלא כתנא הראשון]. א"ל: והרי הוא מחל לי, שבא ועזר
לי [בבניית] הכותל. אמר לו: מחילה בטעות היא³⁴, אתה בעצמך, אם היית
יודע, לא היית עושה [את זה במקום שלון], כמו שאתה לא ידעת, הוא גם
לא ידע.

רב כהנא [היה לו קרקע עם מחיצות, ובא] שטף מים, ולקח [את
המחיצות] מקרקע שלו, הלך והחזיר החומה [והרחיב קרקע שלו ועשה
הכותל] בקרקע שאין שלו.

ודין לוקח וכו' כו' - כמו שטוענין לירוש 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 הירוש להביא ראיה שהוא
ירוש או לוקח אלא כיון שהחזיק ג' שנים סגי וטענין ליה וע' בתשובת ר"ש
כהן ס"ב סי' קפ"ג ור"ב ובתשובת מהר"ט סימן ט' (ש"ך), מש"כ בש"ך דא"צ
ראיה היותו יורש או לוקח. ודוקא כשהיה ג' שנים ביד הירוש או הלוקח וביד
המוריש או המוכר יום אחד אין צריך ראיה, דיש לו מיגו דמינן זבינתיה, אבל
להיפך, שהיה ביד המוכר או המוריש ג' שנים וביד הירוש והלוקח יום אחד,
צריך להביא ראיה שהוא יורש או לוקח, ובאם לאו, יכול המערער לטעון
שהמוכר והמוריש היו מודין לו שלפירות הורדתי 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 לירשו, 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), עי' תשובת רש"ל סי' א' ובתשו' משאת בנימן סוף הספר בחדושי דינים
(רע"א).

או הלוח נאמנים. ג"ב ואף אם טוען המוכר קניתי מפ' ואותו פ' לא דר בו חד
יומא וטענת המוכר הוי חזקה שאין עמה טענה וזכה המערער. מ"מ אין
נאמן בטענתו לחוב לאחריים. כך מבואר בשו"ת הרא"ש שם ועי' תשו' לחם רב
סי' קכ"ח (רע"א).

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

שדר בו המוריש - אע"ג דאית ליה ללוקח שטר מכירה שלו בידו צריך לוקח
להביא ראיה שדר בו המוכר יום אחד. ואע"ג דיעינן שלקחו מהמוכר מ"מ
חזקה שאין עמה טענה לאו כלום, ולא טענינן ללוקח עד דאייתי 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).

[הבעלים של הקרקע שהוא בנה בן] בא לפני רב יהודה [לדין תורה]. ורב כהנא הלך והביא עדים, אחד אמר: הוא נכנס ב' שורות [בקרקע חבירו], וחד אמר: הוא נכנס ג' שורות. [רב יהודה] אמר [לרב כהנא]: לך תשלם שתי שורות.

[רב כהנא] אמר [לרב יהודה]: כמו מי [אתה פוסק כן]. כרבי שמעון בן אלעזר. שלמדנו, אמר ר' שמעון בן אלעזר: לא נחלקו בית שמאי ובית הלל על שתי כיתי עדים, שאחת אומרת [שחייב] מנה ואחת אומרת [שחייב] מאתים, שיש בכלל מאתים מנה, על מה נחלקו. על כת אחת, [שנעד] אחד אומר מנה ו[עד] אחד אומר מאתים, שבת שמאי אומרים: נחלקה עדותן [שמה שמעיד זה, לא מעיד זה, ואין כאן עדות ב' עדים על כולם], ובית הלל אומרים: יש בכלל מאתים מנה⁸⁴ [ושניהם מעידים שהוא חייב מנה].

[רב כהנא] אמר [לרב יהודה]: והרי הבאתי לך אגרת מארץ ישראל שאין הלה כרשבי"א [שאפילו ב"ה מודים שנחלקה עדותן, והיא בטלה]. א"ל: כשתביא לי [כשזה מכתב נעשה על פיו].

איש אד היה דר בעלייה ב"קשתא" ארבע שנים, בא בעל הבית, ומצאו. אמר לו, "מה אתה עושה בבית זו". אמר לו, "קניתי אותו מפלוני שקנה ממך. בא לפני רבי חייא, אמר לו, אם יש לך עדים שהמוכר דר בו ואפילו יום א' אני אעמיד אותו בידך, ואם לא [תביא עדים], לא [תעמיד אותו בידך, אלא ביד המערער].

אמר רב: ישבתי [פעם] לפני הרוך שלי [ר' חייא], ואמרו לו [תלמידיו לר' חייא, למה הוא צריך עדים שדר בו יום א']: וכי אין אדם עשוי לקנות ולמכור בליה [אחת, אם יש לו רווח מזה]. וראיתי את דעתו [של ר' חייא], אם [המחזיק] אמר [לבית דין]: אני קניתי [העלייה] לפניך, הוא נאמן, מיגו שאם הוא רוצה [היה יכול] לומר, "אני קניתי ממך".

אמר רבא: מסתבר כדברי ר' חייא [שצריך להביא עדים שגר בה המוכר יום א'], שלמדנו: הבא משום ירושה [וכן משום לקיחה], אינו צריך טענה. הוא לא צריך טענה, אבל הוא כן צריך ראיה⁸⁵ [בעדים

שהמוריש דר בה יום א']. ואולי הוא לא צריך לא ראיה ולא טענה. ואם תרצה לומר [אפילו אם יורש לא צריך לא ראיה ולא טענה]: לוקח שונה, שאדם לא זורק כסף לחינם [ואם לא ברור לו שזה של המוכר לא היה קונה אותו].

שאלו אותם: [אם לא דר בו המוכר או המוריש יום אחד, אך] נראה [הוא] בו [כשהוא מסייר בו כדי לקנותו] מה [הדין, האם זה מועיל במקום ראייה שדר בו יום אחד]. אמר אביי: היינו [בדיקו אותו הדבר]. רבא אמר: [זה לא ראייה] שאדם אמור לסייר קרקע ולא לקנותו.

שלשה לקוחות מצטרפין⁸⁶ [פי' שדה שיש עדים שהיתה של ראובן כל הימים, והחזיק בה שמעון שנה, כי טוען שקנאה מראובן, ואח"כ מכרה שמעון ללוי בשטר, והחזיק לוי שנה, ואח"כ מכרה לוי ליהודה וכתב לו שטר מכירה, והחזיק בה שנה, הרי שלש שנים של חזקה]. אמר רב: וכולם [פי' השני קונים השניים, צריך להיות שקנו] בשטר [דלא זה, הרי אין קול]. לומר, שרב סובר: שטר יש לו קול, ואין לעדים קול. [ומקשה הגמ'] הרי אמר רב: המוכר שדה בפני עדים⁸⁷ [באחריות], גובה מנכסים משועבדים. שם [אע"פ שאין קול], הלקוחות

⁸⁶ ע"י ש"ע (ח"מ ס' קמד ט"ב): 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.

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).

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

⁸⁷ ע"י ש"ע (ח"מ ס' קטז ט"א): לוקח שטרפו וחוזר וטורף מהמוכר. הגה: טירפא היאך טרפוהו ממנו בשביל חוב של המוכר וחוזר וטורף מהמוכר. ואם ואין הבעל חוב צריך לכתוב לו הרשאה או שטר הודאה שטרף ממנו. ואם קנאה [בת"ק] והוקרה, אם היתה שוה אלף כותבים לו טירפא באלף, וכן אם היתה שוה אלף בשעה שלקחה, ובשעת טירפא לא היתה שוה אלא ת"ק, או שהיתה שוה אלף ולקחה בת"ק, בכלום כותבין לו טירפא באלף. וכל הדין שיש למלוה עם הלוקח, כן דינו של לוקח ראשון שטרף בעל חוב ממנו ובא הוא לטרוף מהלקוחות שקנו אחריו, אפילו לא מכר לו בשטר אלא בעדים בעלמא, אפילו לא פירש לו האחריות. הגה: "א דדוקא מוכר, אבל נתן מתנה בעדים אינו טורפה בלא שטר, דמתנה אין לה קול אלא בשטר. והרי דטורף בלא מכר לו בשטר אלא בעדים בעלמא, דוקא כשהעדים מעידים שלא חתמו על שום שטר מזה המכר, וגם לא היו שם עדים אחרים כי אם הם. ומכל מקום בית דין כותבים לו היאך נטרף ממנו, לראיה, שיתבע הלוה שמכר לו.

ואין הבעל חוב צריך לכתוב לו הרשאה - פירוש, כשכא הלוך לגבות מהמוכר, אין צריך הרשאה מהמלוה שירשה לגבות מהמוכר במקומו שהיה להמלוה לטרוף ממנו בשטר חוב שהיה בידו עליה, שכיון שסתם קנין הוא באחריות ויש בידו טירפא מהב"ד שטרפהו המלוה ממנו, יחזור לגבות מידו בהטירפא (סמ"ע).

והוקרה ושוה אלף כו' - כל זה מיירי בדעשאו להמלוה אפותיקי, דאז הן שהלוה כשיעור ארעא ושבחה נוטל השבח כולו, הן שלא הלוה לו אלא שיעור ארעא לחוד דג"כ גובה כל השבח אלא דמשלם להלוך הוצאתו וכמבואר לעיל (סי' קטו ט"ב ברמ"א), ומשום דכאן עיקר החידוש שבא ללמדינו הוא מה שגובה לעולם אלף, אבל ללא אפותיקי ישנם מח' מחבר רמ"א ע"ש (סמ"ע), ע"ל דה"ק והוקרה והוי שוה החצי שבח אלף (ש"ך), עיין בתשו' מבי"ט סי' ש"ט (ש"ך), ו"א דשיטת הרמ"א אפילו בשבחה דממילא אינו נוטל אלא חצי שבח, היינו דוקא בשבחה דאתי על הקרקע כגון דאליים דיקלא ואסקה שרטון אבל נתייקרה כיון דגוף הקרקע נשתעבד וגוף הקרקע נתייקרה א"כ שעבודו נתייקר, ודוקא באלים לא יכול אמר ארעאי הוא דאשבח כיון דלא מהני דקל לפירות לשעבוד וכמ"ש לעיל (סי' קטו סק"א), אבל נתייקרה א"צ דאקני כיון דזו הקרקע כבר נשתעבד (קצה"ח).

כותבין לו טירפא באלף כו' - נראה דטירפא זה כותבין דוקא לבני חורין דשבח אינו גובה ממשעבדי כדלעיל (סי' קטו ס"ז), ועי' דברי שם סק"ז ש"א שמלקוחות שקנו אחר הטירפא טורף גם השבח לפי שהוא קצוב (ש"ך).

וכן אם היתה שוה אלף - טעם דכל הני הוא כדי שלא יהא פסידא להלוך, דהרי כתב לו בשטר הקנין אחריות דעמליהו ושביחיהו (סמ"ע), ו"א דאם לקח באלף אף על פי שאינו שוה אלא ת"ק דוקא כשלא היתה שוה אלא ת"ק בשעה שלקחה ידכח לומר החזר לי השדה או נתן אף שהרי אתה רואה לדידי היתה שוה אלף ומתחלה שהרי לקחתיה ממך באלף, אף על פי שלא היה שוה אלא ת"ק, אבל אם הוזלה ועומדת על ת"ק אין לו אלא ת"ק ולמה לישלם יותר משויו (ש"ך), ועיקר כש"ע דלא כש"ך (קצה"ח), עי' מש"כ לקמן (סי' שעג ס"א סק"ב?) (פ"ת).

וכל הדין שיש למלוה עם הלוך כו' - פירוש, כשם שהמלוה שיש לו שטר על הלוה כשאין ללוה טורף מהלקוחות שקנו אחריו, כן הלוך שטרפו מידו ואחריותו על הלוה המוכר לו, כשאין להמוכר נכסים חוזר הלוך על הלקוחות שקנו אחריו לטרוף מהן (סמ"ע).

⁸⁴ ע"י ש"ע (ח"מ ס' ל ט"ב): אעפ"י שאין עידי דיני ממונות צריכין דרישה וחקירה, אם הכחישו זה את זה בדרישות או בחקירות, עדותן קיימת. כיצד, אחד אומר: בניסן לוח ממנו, והשני אומר: לא כי אלא באייר, או שאמר האחד: בירושלים, והשני אמר: לא כי אלא בלוד, עדותן בטלה. וכן אם אמר האחד: חבית של יין הלוהו, והשני אומר: של שמן היתה, עדותן בטלה, שהרי הכחישו בדרישה. אבל אם אמר האחד: מנה שחור, שהמעות הושחרו מחמת יושנן, והשני אומר: מנה לבן היה, (וזה תובעו שניהם), או זה אומר: בדיוטא העליונה היו כשהלוהו, והשני אומר: בדיוטא התחתונה היו, עדותן קיימת (אם המקומות קרובים שאפשר לראות מזה לזה). אפילו אמר האחד: מנה הלוהו, והשני אומר: ר', חייב לשלם מנה, שיש בכלל ר' מנה. וכן אם אמר האחד: דמי חבית של יין יש לו בידו, וזה אומר: דמי חבית של שמן, (והוא תבעו שניהם), משלם בפחות שבדמים. וכן כל כיצא בזה. כל מקום שנוכל ליישב דברי העדים, שאין מכחישין זה את זה, מיישבין דבריהם, וכמו שנתבאר סי' כ"ט סעיף א'.

אף על פי שאין עידי דיני ממונות צריכין דרישה וחקירה - עיין בתשובות מהר"ן ששון סי' י"ז ובתשובת ר"מ אלשיך סי' מ' (ש"ך).

ואם הכחישו א"ר בבדיקות כו' - דרישות וחקירות הן ז' דברים שיכול לבוא בהן לידי הזמה, ואלו הן: באיזה שמיטה היה, באיזה שנה היה, באיזה חודש, בכמה בחודש, באיזה יום דימי השבוע, באיזה שעה ביום, באיזה מקום נעשה הענין. ושאר שאלות ששאלו להעדים בדיקות מיקרי. אמנם דבר שגוף העדות תלוי בו כמו: מה נתחייב לו אם חבית יין או חבית שמן הוא בכלל "דרישות", ועיין מה שכתבתי עוד מזה בסמוך סק" (סמ"ע), קשה על "דבר שגוף העדות לוי בר' שהרי אם אמר איני יודע יש הזמה, ואם כן למה העדות בטלה (ש"ך כס"מ), עי' מש"כ לקמן (סי' לג קט"ז?), דה"ה אם אירע שחקר הדיין או בקנסות או בדין מרומה ואמר אחד מהן איני יודע עדותן בטילה, דה"ל כעדות שאי אתה יכול להזימה, ודלא כש"ע (ש"ך), עדים שהעידו בניסן לפני בית דין שפלוני לוח מפלוני מנה, ואחר כך בתשרי חקרו אותן הבית דין באיזה זמן היתה הלוואה שהעדתם, והכחישו עצמן בחקירות, נבטלה העדות של ההלוואה למפרע, כיון דמדאורייתא דיני ממונות שוה לדיני נפשות, רק שחכמים הקילו דלכתחילה לא יהיו צריכין לדישה וחקירה, אבל בדעבד כשהיתה דרישה וחקירה, דיני ממונות שוה משום לדיני נפשות ונפסלו למפרע. ועי' קצה"ח (לעיל סק"ל), ואין לדבריו שחך, שהרי אפילו אם אמרו בבית דין סתם פלוני לוח מפלוני, לא הוי כאומר היום (נתה"מ).

עדותן בטלה - הרי דדיני ממונות לא בעינן דרישה וחקירה היינו לכתחילה, אבל לא כשהוכחו (ש"ך).

ואם הכחישו בבדיקות - אפילו אם א' אמר "לא כ", ומכחישו בבירור, אין זה הכחשה שיבטל העדות, כמו שיתבאר בסמוך מטעם דעבידי למיטעי (ט"ז). עי' המשך בהערה

הפסידו את עצמם [שהיה להם לחקור יפה אם מכר שום קרקע באחריות ולא עשו, לפיכך הפסידו. אבל גבי שלש לקוחות, אין להפסיד המערער, כיון שאין שטר במכירתו הללו ולא יצא הקול, לא היה לו לחקור שאפשר שאמר לעצמו לפי ישראים להחזיק בקרקע שלי לא אכלוה כל אחד שלש שנים].

ובפני הכן שנה, [אין] בפני האב שנה ובפני הכן שנה ובפני לוקח שנה, הרי זו חזקה [שמחזיק יטעון] היה לי שטר מן האב ונזוהרתי בו בשמירתו שלש שנים ועכשיו אבד הימני שלא חששתי לשמרו אחר שהחזקתי שלש שנים בלא מחאה, שלא ידעתי מלקיחתך מן הכן לסוף שתי שנים, שכן הלוקח מבין אין לו קול, ולא מחאה. [ואם תחשוב ללוקח יש קול] [והיה לו למערער למחות ומשום דלא מיחה הויה חזקה], אין לך מחאה גדולה מזו [במה שהבן מכרה ללוקח]. אמר רב פפא: כאשר למדנו [הלכה] היא, [בבן] [ש]מכר [כל] שדותיו סתם [ולא] השדה הפרטי הזה, אבל נכון הלוקח יש לו קול].

מתני. האומנין³⁷ [שמביאים כלים לביתם לתקן, אע"פ שברוך כלל, כל אדם המחזיק מטלטלים יש חזקה שהיא שלו, אבל כאן אין], והשותפין³⁸ [שקנו קרקע יחד, וא' החזיק בשל שותף ג' שנים], והאריסין³⁹ [שעובדים קרקע לחלק מהפירות], והאפוטרופין, אין להם חזקה. אין לאיש חזקה בנכסי אשתו⁴⁰ [ואפילו אכל פירותיה ג' שנים אין הוכחה שהיא מכרה לו הקרקע], ולא לאשה חזקה בנכסי בעלה. ולא לאב בנכסי הבן⁴¹. ולא לבן בנכסי האב. במה דברים אמורים, במחזיק [ג' שנים], אבל בנותן מתנה⁴², או האחין שחלקו⁴³, או המחזיק בנכסי הגר⁴⁴ [שאין לו יורשין וכל הקודם להחזיק בנכסיו וזה], נעל [פ'] עשה דלת] או גדר או פרץ [גדר] כל שהוא, הרי זו [קנין] חזקה [והוא שלו].

וכי רב אמר כך [שמכירת קרקע באחריות בעדים בלא שטר גובה הלוקח כשיטרפה ממנו מנכסים משועבדים]. והרי למדנו במשנה: המלוה את חבירו בשטר, גובה מנכסים משועבדים, [אבל המלוה את חבירו] ע"י עדים [ללא שטר], גובה מנכסים בני חורין [ולא משועבדים]. ואם תאמר: רב [נחשב כמו] תנא הוא וחולק [על המשנה], והרי רב ושמואל שניהם אמרו: מלוה על פה, אינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות.

[מקשה הגמ'] וכי אתה שואל סתירה בין מלוה למכירה. מלוה, כאשר לוויים לוויים בצנעה, כדי שנכסיו לא ירדו [בשויים, שכולם חושבים שהוא צריך לכסף. אבל] מכירה⁸⁸. מי שקונה קרקע קונה בפרהסיא, כדי שיצא קול [כדי שיקפצו עליה לוקחין והלכך אפסידו לקוחות אנפשייהו שאם חקרו יפה היו שומעין בני אדם שמכר מוכר זה כבר קרקע באחריות].

החכמים למדו: אכלה האב שנה [ומת] והבן שתיים³⁶ [ולא מיחה המערער, און] האב שתיים והבן שנה, [אין] האב שנה והבן שנה והלוקח [שלקח מהבן בשטר] שנה, הרי זו חזקה [של ג' שנים יחד, שיוורש כרעו של אביו הוא ולא יכול המערער לטעון משום דלא החזיק כל אחד שלש שנים לא מחיתי, שהרי הכל יודעים שדרך הבן לירש את האב]. אולי נאמר, שללוקח [מיוורש] יש קול, ושאלו סתירה: [אם אדם בא לשדה ו]אכל [פירותיו] בפני האב שנה ובפני הבן שתיים⁸⁹, [אין] בפני האב שתיים

אלא בעדים בעלמא - מאן דמוכר מוכר הוא בפרהסיא כדי דליתקבצו קונין הרבה ויוסיפו במקח, משא"כ בשטר הלואה דמאן דיזיף בצנעה יזיף, ולכן אין המלוה טורף כי אם בהלואה הנעשית בשטר (סמ"ע וש"ך). ומהאי טעמא נמי כתב הרמ"א דהנותן מתנה בעדים ו"ל אפילו באחריות אינו טורף דג"כ לית ליה קול, ואף על גב דאומר הנותן להעדים כתובה בשוקא וחתמוהו בברא וכדלקמן (ס' רמב"ג ס"ג), מ"מ כל זמן שלא כתבו אין הנותן מאסר אנשים כמו במכר (סמ"ע).

אפי' לא פירש לו האחריות - ו"א במוכר שדהו בעדים בעינן שיקבל עליו האחריות דבהא לא אמרי' ט"ס הוא כיון דלא כתב שטר. י"א דאם לא פרע הלוקח טורף המוכר ממשועבדים מיום המכירה מחמת המעות שחייב לו הלוקח אפי' אין לו שטר עליהן כשאמרינן כאן דמוכר שלא בשטר גובה מהמשעבדי ואין דבריו מוכרחים (ש"ך), שנים שהחליפו זה את זה בבתים שהיה להם ואח"כ לקח הבע"ח הבית מאחד דלא אמרינן בחליפין אחריות טעות סופר, ואין אחריות על החליפין, וכן לענין ירושה, ו"א דבחליפין נמי אחריות טעות סופר ויש אחריות על החליפין וכן עיקר, אבל ירושה לכ"ע אין אחריות בחלוקתם [קצה"ח ונתה"מ], [כהגה על הש"ך] ו"א דדברי הי"א השני יש להם על מה לסמוך, ועיין מש"כ לקמן (פי' רכה ס"א ד"ה טעות סופר) (פי').

שלא חתמו על שום שטר כו' - דאי לאו הכי דילמא טריף בעדים והדר טריף בשטר ומכביש הוא דכביש ליה עכשיו (סמ"ע).

ומכל מקום בית דין כותבין לו כו' - פירוש, אף שאין יכול לטרוף לוקח ראשון מלוקח שני כששקן לו שטר מכר אלא עדים, אלא אם כן כשהעדים מעידים שלא חתמו על שום שטר מטעם ה"ל, מכל מקום לענין לגבות מהלוה כותבין לו, שהלוה יודע האמת אם נתן לו שטר, על כן לא חשו שמא יטרוף שתי פעמים, וגם אפסידא דלוה לא חששו דאיהו דאפסידא אנפשיה שהיה ליה לומר לעדים שלא יעידו על פה שחתמו לו שטר (סמ"ע).

עיי' שו"ע (ח"מ סי' קטז ס"א): הוב"ד לעיל הערה 87.

⁸⁸ עיי' שו"ע (ח"מ סי' קמד ס"ד): אכלה בחיי האב שהיה בעל השדה שנה ובפני בנו שתיים, או בפני האב שתיים 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.

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 כחוזר בו מן המחאה כמ"ש לקמן סי' ה', אבל כאן שיתוק המחאה לאחר אי אפשר לחזור בו מהמחאה, שאפילו אם יודה שהמחאתו היתה שלא כדיון והשדה של המחזיק, אין בדבר זה כלום לחוב הלוקח. והמחבר אף שלא כתב כאן בפירוש תיבת "לעולם", כתבו בסימן קמ"ו שתי פעמים בסעיף ו' ובסעיף ט"ט, היינו דוקא כשאין המחזיק יודע שיש שטר להלוקח, דאז ירא לומר ממך קנייתו דשמה יבוא המוכר לערער עליו, אבל אם יודע שיש לו שטר, נאמן המחזיק לומר לאחר שלש שנים ששהה בידו בפני הלוקח קנייתו מהמוכר במיגו שהיה אומר ממך קנייתו, וגם המחבר כתבו שם בסעיף כ"א. ואף שהמכירה היתה בשטר אין להמכירה קול, מ"מ אפשר דלא שמוע

המחזיק מהמכירה דהוא כמחאה ומשום הכי לא רצה המחזיק לטעון בפני ב"ד דחזו וקנאו מהלוקח מהבן (סמ"ע).

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 סי' ד', וא"כ אף אם העדים אינם יודעים שפלוני יושב בה, חבדך חברא אית ליה שמוציאין קול על פלוני שהוא גזלן או שהן בעצמן יגידו לו, אבל כשמכר 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)

שמכרה בשטר - עיין סמ"ע ס"ק 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, שהרי המוכר בעדים גובה ממשעבדי, ומשני לקוחות אפסדי אנפשיהו, דהלוקחות חוקרין, משא"כ המערער אינו חוקר, וע"ש, וכן צ"ל דהמחזיק ג"כ אינו חוקר, שהרי 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, 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 סי' 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 היו 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 של ג' שלש, דמימר אמר שמא יבוא היום או מחר ויערער וכו', ואף על גב דבי בר אלישיב דקפדי טובא לא היו 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 ליהזר בשטרו דאימר יאמרו הב"ד שאדם זה אינו חשיב מקפיד (נתה"מ).

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

[פ"י ד' אמתו לכל א', הוי חזקה, שאם יש מקום לכל א', אין מנהג להניח לשני להקדים לו ג' שנים אלא אם כן מוכר לו], וזה [שאינן לו חזקה מדובר] שאין [לקרקע] דין חלוקה [שכן המנהג ליתן לכל א' לאכול את כל הקרקע ג' או ד' שנים, שאי אפשר לשניהם להשתמש בו יחד]. מה שלמדנו לפני כן, אמר שמואל: שותף דומה כיורד ברשות⁴⁶. מה לומדים מזה. שותפות אין לו חזקה, אולי שיאמר [פשוט]: שותף אין לו חזקה. אמר רב נחמן אמר רבה בר אבון: [שמואל לימד בלשון זה] לומר [גם], שנוטל בשבח המגיע לכתפים [פ"י גמרי פרי כגון קמה לקצור או ענבים ללקוט] בשדה שאינה עשויה ליטע כאילו היא שדה העשויה ליטע [כדין אריס]. ומעידין זה לזה⁴⁷.

גמ'. אביו של שמואל ולוי לימדו [במשנה שלנו]: שותף אין לו חזקה, וכל שכן אומן. שמואל לימד: אומן אין לו חזקה, אבל שותף יש לו חזקה. ושמואל הולך לשיטתו, שאמר שמואל: השותפין מחזיקין זה על זה [פ"י] אם האחד מחזיק בחלקו ובחלק חברו ג' שנים הויא חזקה], ומעידין זה על [חלקו של] זה [להעמידה בידו אם בא אחד מן השוק לערער עליו ולא הוי נוגע בעדות], ונעשים שומרי שכר זה לזה. רבי אבא שאל סתירה לרב יהודה במערה של בית רב זכאי, וכי שמואל אמר: שותף יש לו חזקה. והרי אמר שמואל: שותף דומה כיורד ברשות [כאילו נתן לו חברו רשות וצוהו להיות במקומו כדין אריס, וכי אין ללמוד [מזה] ששותף אין לו חזקה [כמו אריס].] וזה אין קושי [וסתירה]: זה [מדובר] כשירד [להחזיק] בכל [השדה], וזה [מדובר] כשירד [להחזיק] בחצי [המובחר של הקרקע]. יש אומרים לצד הזה ויש אומרים לצד הזה [פ"י] יש מתרצים בענין זה זה שאמר שמואל שותף יש לו חזקה כאשר הוא יורד לכל הקרקע שמהג שותפים ליטול בשותפות פירות כל שנה ושנה, או שזה יטול חצי הקרקע וזה החצי ולשנה הבאה מחליפים, שכל אחד רוצה ליהנות בכל שנה מחלקו וזה שהניח להחזיק לחבירו ג' שנים בכל השדה ודאי מוכר לו את חלקו והלכך הוי חזקה אבל כאשר הוא יורד לחצי הקרקע אין לו חזקה, שכן זה דרך של שותפים לחלק הפירות, ויש אומרים להיפך כשירד לכל הקרקע אין לו חזקה, שכן הוא מנהג השותפין לאכול שדה שלש שנים אבל כשירד לחצי הקרקע הוי חזקה שהוא חשב שזה חלקו]. רבינא אמר: שני המקרים מדברים שירד [להחזיק] בכל [הקרקע]⁴⁹, ואין קושי [וסתירה]: זה [שיש לו חזקה מדובר] שיש [לקרקע] דין חלוקה

⁹⁰ ע"י ש"ע (ח"מ ס' קמט ס"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 בחציה ואומר זה הגיע לחלקי, לא הוי חזקה, וכן אפילו החזיק בכולה והשותף נותן חצי המס הוי מחאה ואינו חזקה. שדה של שני שותפין - עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב ס' קל"א ובתשובת ו' לב כלל ט"ו ס"ס פ"ט: (ש"ך).

שאכל אחד מהן כולה כמה שנים כו' - הטעם, דשמה עשו כן חלוקה ביניהן שזה יאכל פירותיה כן 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 שאחריהן בהיפך (מ"ט). כולה כמה שנים - אם שותף אחד השכירה השדה, והיו פורעין השכירות לשותף זה ולא לאחר לא עלתה לו חזקה (פ"ת).

ע"י ש"ע (ח"מ ס' קעט): דבר הידוע שהוא משל השותפות, אין לאחד חזקה בו על חברו. ואפילו נשתתה בידו זמן רב, אינו יכול לומר שלקחו ממנו או שנתנו לו במתנה, אלא בראייה. ולא מביעא במילתא ידידי תרווייהו שוה בשוה, אלא אפילו חזו דהאי אייתי זוזי זה אייתי זוזי וזבני בהו עיסקא ולא ידידי כמה אייתי כל חד, ובתר הכי נפיק זה עיסקא מיאד דחד ואמר תרי תילתא ידידי ותילתא דחבראי, לא מהימן אלא פלגי ליה בשוה. והוא דלא יכול למטען להדי"ם או החזרתיו לך, כגון דחזו ליה סהדי תחות ידיה וידעו שהרי עיסקא דזבנו תרווייהו. הגה: ודוקא קודם שחלקו, אבל לאחר שחלקו יש להן חזקה זה על זה.

דבר הידוע כו' - ראובן היה סוחר בבגדים בחנות א' זמן מה ובא שמעון ונתן לו סך מעות שיסתחר בהם באותה הסחורה כדרכה לזמן מסוים, אחר ימים נתחדש שבא אצל ראובן שכן אחד בחנות שאצלו ומחמת רוע השכונה רצה ראובן לצאת מהחנות ההיא ומיראתו פן יראה ביגון שמעון צאתו משם ולסבה מהסבות הלך אצלו ואמר לו הטוב בעיניך שאצא מכאן אמר לו שמעון עשה כטוב בעיניך הלך ראובן ומצא חנות אחרת במקום אחר ונכנס בה ובכל זה הזמן ראובן הוא המוציא והמביא לבד בעסק הנ"ל אין לו לשמעון רק מה שירויחו עפ"י חלקו ויהי כאשר באו להפריד העסק הנ"ל בא שמעון ותבע ממנו חלק מהחנות באמרו שהיותו מסתחרר במעותיו זכה בה וראובן טען שלעצמו זכה ולעצמו לקחה. על התסתה הדין עם שמעון דסתם מה שעושים השותפין בעס' השותפין הכל הוא לתועלת בעסק השותפות כיון שבשיל בעסק השותפות הלך ובקש חנות לתועלת העסק ומצא ולקח מסתמא בשביל חברו נמי טרח כיון שאינו ידוע שלקח החנות לעצמו בפ"י יש לנו לומר שזכה גם כן שמעון בחנות כ"ש וק"י כאשר קודם שלקח נתייעץ ראובן עם שמעון שרוצה לצאת ממקומו הראשון ולבקש מקום אחר שטר' ודאי שכל מה שעשה עשה לזכות שניהם צריך ראובן להביא ראיה שהחנות היה שלו לבדו בעדים (ש"ך הרש"ם), ד' שותפים היה להם חנות, שבו א' מהשותפין היה עובד, והשאר רק קבלו רווח, והשותף העובד נחלה, ובישעת פטירתו, אמר שכל מה שנמצא

בחנות הוא של השותפות, חוץ משותפות שיש לו עם א' מהשותפין, מאחר ואין ודאות שכל מה שיש לו מרכושו הוא מהשותפות, כמו כן טענינו ליורשים, אנפ"י שאמרנו שיש אומדנות מכח הסברא לומר שאלו הנכסים הם מהשותפים אמנם יש אומדנא גדולה סמוכה לדין שהרי ק"ל שאין אדם חוטא ולא לו וכ"ש וק"ו בשעת פטירתו (ש"ך הרש"ם), ג' שותפין (ראובן שמעון ולוי) נפרדו מהשותפות שלהם, ולאחר ימים נתברר שיש ביד לוי רכוש מהשותפות, והוא טוען שראובן ולוי היו חייבים לו כסף ולכן תפס. מאחר ונתגלה לאחר הפירוד, הוא נאמן בתפיסתו. אמנם מאחר ואחר שחלקו ובררו חשבונותיהם, ולוי לא ערער שום דבר, זולת כי לאחר ימים רבים שהגידו לשותפיו שגנב מהם ממון הרבה, ואמרו להם מאותם הסחורות גם כן שלקח, והלכו השותפים לביתו והוציאו הסחורות מתוך ארגונו כמו שבא בשאלה, אם כן יראה דהוחזק כפרן לוי הנו', ולא כל כמיניה למטען עוד על אותם הנכסים, ולא תועיל לו חזקתו כיון שהוחזק כפרן, דהיינו שאחר החלוקה לא אמר שהיו בידו נכסים להחזיק בהם כנגד תביעות שהיה לו על שותפיו, כנראה שהודה שחשבונותיהם נתבררו באמת ובתמים ולא נשאר לו תביעה על חבריו ושותפיו, ונחשב כאילו שיש עדים שגנב הסחורה (ש"ך המהרש"ך).

אין לאחד חזקה - ראובן ושמעון ולוי שותפים במו"מ אחד בחצר ההגמון, ועשו ביניהם סטר שותפות שכל אחד מהם יתן שליש בהוצאה וכמו כן יקבל כל אחד שליש מעות הפרעון, ולוי הוא עיקר המתעסק, ובהגיע לסך עצום השתדלו השותפים שיתן להם השררה כתב שיקבלו במקום אחר סך עשרת אלפים רובל לתשלומין, והלך לוי וקיבל הכתב על שמו לבד שלא בידיעתם. לוי מחויב עכ"פ להשליש הכתב עד זמן הגביה שיגבו יחד, כיון שעשה שלא כדין להעמיד על שמו לבד, דאף שהאמינוהו מתחילה להתעסק לבד, זה היה בדבר שיכולין לחקור אחריו קודם שיתנו לו ממון ע"פ חשבונו, אבל לא האמינו ממונם בידו ובפרט סך רב כזה כו'. והעיקר דבכל עסק שותפות עיקר סמיכות נאמנות זה על זה הוא על שבעות שותפות דחמיר, וזה לא שייך באותו כתב שיכול לומר נאבד ממנו ואזי פטור אפילו משבעות היסת ואפילו לא ע"י גלגול כיון דפטור בפשיעה על שטרות, ומה"ט גם הוא אינו מחויב למסור הכתב ליד אחד משניהם, רק מחויב להשליש ביד איש נאמן או ביד קהל או ביד ב"ד או להסגיר בתיבה של ברזל להיות ביד כל אחד מפתח. ואפילו אם לוי טוען שהוציא יותר משנים אחרים, הרי כל הכסף נשאר בחזקת השותפים כולם שוה בשוה, כמבואר כאן, דבר הידוע שהוא משל שותפות אין לאחד חזקה בו כו' (פ"ת).

ע"י המשך בהערה

[שטוען אני קניתי אותו מבני העיר או קבלתי מהם מתנה], ואין מביאין ראייה [של עדים] מאנשי אותה העיר [שכן כולם שותפים ונוגים בעדותם]. ואם יש [הלכה שיכול לכתוב שאין לו חלק בו, שהדיינים] יסלתקו שנים מהם, והם ידונו. ס"ת שונה שעומד לשמוע אותו [ואין יכול לסלק עצמו שלא יהא נוגע בעדות, שהרי נהנה בו ויוצא בשמיעתו אלא אם כן ילך לו לדור בעיר אחרת שלא יהנה בקריאתו].

בא ושמע: האומר תנו מנה לבני עירי [לצורך הוצאות בני העיר לצרכי רבים], אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר. למה. שישלקו שנים מהם [שלא יהנו ממנו], וידונו. גם כאן [מדובר שאמר תנו מנה לבני עירי] לס"ת.

בא ושמע: האומר תנו מנה לבני עירי⁵⁰, אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר. וכן זה מסתבר, עניים לוקחים והדיינים פסולים. אלא תאמר: אין דנין בדייני עניי אותה העיר, ואין מביאין ראייה מעניי אותה העיר. ולמה. שישתלקו שנים מהם ושידונו. גם כאן [מדובר] בספר תורה. ולמה קרא להם "עניים". שהכל אצל ספר תורה הם עניים [שכולן צריכים לו].

ואם תרצה לומר: באמת כמו שלמדנו, [כל הבריות מדברים ב]עניים ממש, ובעניים שמוטלים עליהם [על הדיינים ושאר עשירי העיר לפרנסם]. ואין מדובר. אם שקצצו להם [דבר קצוב לבני העיר לכל אחד כמה יתן לעניי העיר משלו בכל שנה ושנה], שיחזרו להם מה שקצצו להם, ושידונו אותם. במה מדובר כאן, שלא קצצו להם [אלא הכל לפי הצורך ולפי מחסורן של עניים נותנין דכל זמן שיש מן המנה בעין לא יתנו הדיינין כלום]. ואם תרצה לומר: באמת [מדובר] שקצצו להם [תמיכתם], והם רוצים [שעניי עירם יזכו], כיון שהריחו, זה רווח [לעניים ולא צריכים לתת להם כלום]. ונעשין שומרי שכר זה לזה⁵¹.

למה [הם מעידים זה על זה, הרי] הם נוגעין בעדותן [הרי כל זמן שלא חלקו לגמרי אם יטול שום מערער כלום מן השדה יפסידו שניהן ונמצא דלעצמו מעיד]. במה מדובר כאן, שכתב [המעיד למחזיק]: דין ודברים אין לי על שדה זו [כלומר לא יהא לי עסק בה ומכלל אתה שומע אלא הכל יהא שלך אלא שלא הוציא הדבר בפירוש מפין].

[מקשה הגמ' וכאשר הוא כתב לו [כך] מה זה [משנה]. והרי למדנו, האומר לחבירו: דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקות הימנה, לא אמר כלום [זה אינו לשון מתנה, וסילוק לא מקנה]. במה מדובר כאן, שקצצו מידו⁵¹ [על סילוקו מהקרקע]. וכאשר קנו מידו מה זה [משנה]. הרי [הוא] מעמיד [הנותן את הקרקע] בפני בעל חובו [אם בא לגבות ממנו, ואין לו כסף, הוא יגבה את הקרקע שהיה שלו]. שאמר רבין בר שמואל בשם שמואל: המוכר שדה לחבירו שלא באחריות⁴⁸, אין [יכול] להעיד לו עליה, מפני שמעמידה בפני בעל חובו.

במה מדובר כאן, שקיבל עליו אחריות [בנתינתו לשותף]. אחריות של מי. אם תאמר אחריות נגד העולם [שלא בשביל חוב חבירו אלא מערער לומר שדה זו לא אבותי או שלי היא], כל שכן שהוא רוצה [להעמיד אותו בידו, ואינו יכול להעיד, שאם מוציאים מאת מקבל המתנה, הרי הוא יחזור לנותן המתנה לקבלו עוד מתנה בשויות זה]. אלא אחריות שבא לו בגללו [פ'י] אם יטרפוהו בשביל חובו שחייב לאחרים יחזיר לו הדמים הלכך מעיד עליה גבי ערער דעלמא להעמידה בידו שאינו מעמידו בפני בעל חובו שאין לו הנאה אם יטרפנה בעל חוב מיד זה].

וכאשר הוא מסלק את עצמו ממנו, וכי הוא מסתלק. והרי למדנו: בני עיר שנגב ספר תורה שלהן^{49,2}, אין דנין [את הגב] בדייני אותה העיר

⁹¹ עי' ש"ע (ח"מ סי' לז ס"א): הוב"ד לעיל הערה 47.

⁹² עי' ש"ע (ח"מ סי' לז ס"ט): בני העיר שנגב ספר תורה שלהם, הואיל ולשמיעה הוא עשוי, שאי אפשר לאדם לסלק עצמו ממנו, אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאים ראייה מאנשי אותה העיר, וכן כל כיוצא בזה. הגה: ועיין לעיל סימן ז' סעיף י"ב דכשיש להם ספר תורה אחרת מותר. והוא הדין כל כיוצא בזה, כגון בית הכנסת או שאר ספרים וכדומה להם, שבני העיר דיינים עליהם.

אין דנין בדייני אותה העיר - י"א הרי דתני בבביתא אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר, לא אמרו אלא לאותם שאינם מבני העיר, אבל בני אותה העיר עצמה, דאנן סהדי דמעיקרא קבלינהו עליהו והימנינהו עליהו, זה פשוט שהן נאמנין, והרבה חולקים עליו, ועי' לקמן ס"ב סק" (פ"ת).

מאנשי אותה העיר - וקרובים דאנשי העיר יכולים להעיד (רע"א).

דביש להן ס"ת אחרת מותר - ואז אפילו סילוק א"צ ויכול לשמוע ולקרות מאותו ס"ת, כיון דאפשר לו לשמוע ולקרות מס"ת אחרת ומצוות לאו ליהנות נתנו, ולפי זה מ"ש הרמ"א "וה"ה כל כיוצא בזה כגון ב"ה" כו', אינו דומה ממש לס"ת, שהרי כבר כתבתי לעיל סימן ז' סק"ח? דבית הכנסת צריך סילוק אעפ"י שיש אחרת (סמ"ע).

כגון בית הכנסת - או כלי קדש ותפוחי זהב שהן נויי ס"ת וכיוצא בזה (ש"ך). עי' ש"ע (ח"מ סי' ז ס"ב): כל דבר שיש לדיין בו צד הנאה, אינו יכול לדון עליו. לפיכך בני העיר שנגב ספר תורה שלהם, אין דנין אותם בדייני אותה העיר, אלא אם כן יש להם ס"ת אחרת. והאומר: תנו מנה לעניי עירי, אין דנין בדייני אותה העיר. (ועיין לעיל סימן ד' דאם חד מחזיק בשלהם, עבדי דינא לנפשיהו. ועיין לקמן סימן ל"ז סעיף י"ט וסעיף כ' מאלו הדינים). ולפיכך עסקי המס אין דנין בדייני אותה העיר, מפני שיש להם או לקרוביהם חלק בו. (ואם הוא מס פרטי, כגון שאינו נוהג אלא זמן קצוב, יכולין קצת מן הקהל להסתלק ושלא יהיה להם הנאה מזה, ודיינין). ואם עשו תקנה, או שיש מנהג בעיר שדייני ידונו אף על ענין המסים, דינם דין (ועיין לקמן סוף סימן ל"ז סעיף כ"ב מזה).

אא"כ יש להם ס"ת אחר - פירוש, ואז אפילו לדיינים בעצמם מותר לקרות מאותו ס"ת שדנין עליה, דלא מחשב להן הנאה כיון דאם רצו היו קורין מהאחר, והיינו דוקא כשהס"ת האחרת היא באותה בית הכנסת שהדיינין מתפללין וקורין בה, הרי אם היא בבית הכנסת אחרת, צריכין סילוק שלא יקראו מהס"ת כלל כ"א מהאחרת. וכן הדין כשדנין על בית הכנסת ויש בית הכנסת אחרת בעיר, אין דנין עליה אלא כשמסלקים נפשם מלכת בזו שהן דנין עליה (סמ"ע). גם צריך שיהיה באפשרי שילכו כל העיר לבית הכנסת האחר, דאם לא כן הוי נוגע, כיון שכופין זה את זה לבנות בית הכנסת, כשאי אפשר כולם לילך לבית הכנסת, הוי הדיין נוגע, אף שהוא הולך לבית הכנסת האחר, מכל מקום כשלא יהיה מקום בבית הכנסת זה יכופו בני העיר לבנות עוד בית הכנסת ויצטרך הדיין ליתן חלק. וגם מיירי שהוא באופן שאין יכולין למכור הספר תורה לאיזה צורך על פי ז' טובי העיר, דאם לא כן הוי הדיין נוגע (נתה"מ חידושים).

עי' המשך בהערה

למה [שנתפים נעשים שומרי שכר זה לשכר, הרי כל שמירה שלהם] היא שמירה בבעלים [נפטור, שכל אחד משומר קצת מן השותפות בביתו]⁹³. אמר רב פפא [אפשר להעמיד ציור ששוחפים יעשו שומרי שכר א' לשני] שאמר לו⁹⁴: שמור לי היום ואני אשמור לך למחר [שאז אין מקום לשמירה בבעלים, שכן לא שומרים יחד].

⁹³ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קעו ס"ח): הוב"ד לעיל הערה 51.

⁹⁴ ע"י ש"ע (ח"מ סי' שה ס"ו): האומר לחבירו: שמור לי ואשמור לך (ו"א דהוא הדין השאילני ואשאלך), הרי זה שמירה בבעלים. אמר ליה: שמור לי היום ואשמור לך למחר, השאילני היום ואני אשאלך למחר, שמור לי היום ואשאלך למחר, השאילני היום ואשמור לך למחר, כולם נעשו שומרי שכר זה לזה: הגה ו"א (דהשאילני ואשאלך) ושמור לי ואשאלך או השאילני ואשמור לך, אפילו בחד יומא, הוי השומר שכר ולא מקרי שמירה בבעלים. ויש אומרים דהוא הדין השאילני ואשאלך - הטעם, דהמשאל הוא במלאכת השואל לשמור לו כלי המושאל לו (סמ"ע), קשה למה מובא בשם "א, הרי גם המחבר סובר כן מ"ש אח"כ השאילני היום ואני אשאלך למחר נעשה ש"ש אלמא דבבת אחת הוי שמירה בבעלים (ש"ך), הכלל בכל שמירה בבעלים, באם יש לו איזה הנאה להשומר מהבעלים בשעת התחלת השמירה מיקרי שמירה בבעלים (ט"ז).

הרי זה שמירה בבעלים - ראובן הביא לו שמעון זהב שיעשה לו מהם אצודה אחת וכו', ושמעון מסייע בהכנתו כו', ובבואו ליקח האצודה לא נמצאת ולא נודע מה היה לו כו'. מצד מה שנתקסק עמו במלאכה נראה פשוט דהוי שמירה בבעלים וכו', א"כ דבר פשוט הוא דהוי פשיעה בבעלים לפטור. ונראה דא"כ דשמירה בבעלים פטור אפילו מפשיעה, אבל שכרו מיהא מפסיד, היינו דוקא היכא דנתן לו שכר לשמור א"כ כל שלא שמר כראוי אפילו שאין בו דין שמירה אבל שכרו מיהא מפסיד כיון שלא עשה מלאכתו ששכרו לכך לשומרו כתורת שומר שכר, אבל אומן שנטול שכר עבור מלאכתו אלא דהוא ממילא שומר שכר כמו שוכר כיון דנהנה, א"כ כיון דעשה מלאכתו מלאכת אומן ונאבד בענין שהוא פטור כגון שהיה בעלים עמו, ה"ל כמו חזרה ליד בעלים וכאילו נאנס דה"ל כמו חזרה ליד בעלים וצריכין לשלם שכרן (קצה"ח), ו"א שאין צריך לשלם דמי שכירות, שהרי שכירות אינה משתלמת רק לבסוף כשנתנו לו, והרי לא נמר מלאכתו כשלא החזירו מחמת שלא שמרו מגניבה (נתה"מ). ואשמור כו' - ע"י לעיל ס"ק, דבעינן שיהא עמו בתחילת השמירה של זה שאבד (סמ"ע), וה"ה ביום א' ושעות מחולקות (ש"ך).

שמור לי היום ואשאלך למחר כו' - הרי אמר לו שמור לי היום ואשאלך מיד או השאילני ואשמור לך מיד הוה שמירה בבעלים, וכן כל שתלה השמירה או השאלה בענין אחר שאמר אשאלך בתנאי שתשמור לי או השאילני בתנאי שאשמור לך כנגדו, מיהו באומר לו השאילני היום ואשמור לך למחר, לאו עמו מיקרי, דעמו משמע מיד בשעת התחלת שאלה (סמ"ע), השאילני ואשאלך ודאי אתי כפשוטו בבת אחת דומיא דשמור לי ואשמור לך, וא"כ בשעה שזה מחויב לשמור לו כלי השואל גם חברו מחויב לשמור כלי משאל והוה שאלה בבעלים, ושמור לי ואשאלך נמי מובן שהרי מיד שזה מקבל הכלי לשמור, זה מחויב להשאיל לו הכלי, נמצא שזה הכלי של משאל, הרי הוא כאלו הוא של השומר, וכל היכא דאיתיה ברשותא דהשומר איתיה, ובעל הכלי צריך לשומרו לו כדי להשאילו, נמצא נעשה בעל הכלי שהוא המשאל, שומר. וכן בהשאילני ואשמור לך מייירי שמשאלו אח"כ, דאילו היה מוסר לו כלי השואל מיד א"כ אינו שוב עמו במלאכתו, וזה בכלל היום ולמחר. מיהו בשמור לי היום ואשאלך למחר כיון דאינו חייב להעמיד לו כלי השואל עד למחר, לא חל על המשאל תורת שמירה עד למחר, שהרי הכלי הוא שלו ולא הוי שמירה בבעלים (ש"ך, וט"ז), ויש חולקים, דמה הפרש בין מיד בין למחר, דלמחר ג"כ מחויב המשאל לשמור לו עד למחר כדי להשאילו. לכן נראה דהיינו טעמא, ד'ואשאלך מיד' הכין עצמו למלאכה להושיט לו דבר הנשאל כמו בהשקיני מים, משא"כ ב'ואשאלך למחר' שלא הכין עצמו למלאכה עד למחר. אמנם לכ"ע לא נפטור מטעם בבעלים רק השומר, אבל השואל ודאי דחייב כשאמר השאילני ואשמור לך, דנגדו לא הוי השומר בעליו עמו שהרי הבעלים אינן עושין להשומר מאומה (נתה"מ).

השאילני היום כו' - ואם א"ל השאילני ואניח לך משכון הוי שואל וחייב באונסים (ש"ך). בהשאילני ואשמור לך, הוי השאלה כמו שומר שכר ופטור מאונסין, שהרי אין כל הנאה שלו כמו שאר שואל (ט"ז), ו"א שדן זה קשה לכאורה, שהרי שמירה בבעלים הוה, וע"כ צ"ל דמייירי ששאל ואח"כ הניח לו המשכון דלא שנתעבד בשמירה בשעת מעשה (נתה"מ).

יש אומרים דהשאילני ואשאלך - ו"א [בדעת הרמ"א וכך גרסתו] דדוקא השאילני ואשמור לך, או שמור לי ואשאלך הוה שומר שכר, אבל השאילני ואשאלך או שמור לי ואשמור לך הוה שמירה בבעלים (ש"ך) בשם אנדוה אזוב, ולא צריך להיות השאילני ואשאלך בבת אחת ממש, רק לא בימים שונים (ש"ך) בשם הרשד"ם). והטעם, כיון דמה ששמרו הוא רק לעצמו דהרי כל הנאה שלו (נתה"מ), ו"א שכל שאלה תמורת דבר הוה שומר שכר, ואפילו בשמור לי בשכר היום ואשמור לך בחנם דמחר ונגנבה או נאבדה פרה דחנם, מיקרי שכר

החכמים למדו: מכר [אדם לחבירו] בית, [אן] מכר לו שדה, אין [המוכר] מעיד לו עליה [להעמידה בידו, אם בא אחר לערער עליו], מפני שאחריותו [של הבית] עליו [פ"י] על המוכר, שאם יטרפה מן הלוקח יחזור על המוכר והלכך לא נאמן, שהוא רוצה שישאר ביד הלוקח ולא יצטרך לפרוע כלום. אבל אם מכר לו פרה, [אן] מכר לו טלית, מעיד לו עליה, מפני שאין אחריותו עליו [אם יטלוהו הימנו מחמת המוכר שגזלה]. מה שונה ההתחלה [שאם מכר קרקע, ובא מערער עליו, אינו נאמן להעיד שזה שלן] ומה שונה הסוף [שאם מכר לו פרה נאמן להעיד עליו שזה שלן]. אמר רב ששת: ההתחלה [מדובר בציוור] שראובן שגזל שדה משמעון ומכרה ללוי⁵², ובא יהודה ומערער [ואומר שהקרקע לא של אף א' מהג' הראשונים אלא שלו, ויש לו עדים], ואין שמעון יכול ללכת להעיד ללוי [פ"י] שידוע עדות לפסול עדות של יהודה, שהוא רוצה [את הקרקע ביד לוי, ואחרי זה שמעון יביא ראיה שזה שלו, ויקבלו] בחזרה. [מקשה הגמ' כיון שהוא [פ"י] שמעון מעיד ללוי [פ"י] שזה של לוי], איך הוא יכול להוציא את זה ממנו [פ"י] מידו של לוי, הרי הוא העיד של של לוי. מתרץ הגמ', שמעון לא מעיד שזה של לוי אלא שאמר: ידעתי שקרקע זה לא של יהודה היא [פ"י] שהעדים שאומרים כמותו הם פסולים וכדומה].

[מקשה הגמ', הרי אם יש לו שמעון ראיה של שלן] באותו הזכות שמוציאו מלוי, שיוציאנה מידו של יהודה. [מתרץ הגמ', ששמעון] יאמר: השני [פ"י] לוי] נוח לי [לדון איתו בבית הדין], הראשון [פ"י] יהודה] קשה הימנו [שהוא בן אדם אלים]. ואם תרצה לומר [הסיבה ששמעון לא מוציאו בידו של יהודה]: כגון שיש לו [לשמעון] עדים [שהקרקע שלן], ויש לו [ליהודה] עדים [שהקרקע שלן], ואמרו החכמים [במקום ספק כזו]: שהקרקע ישרא במקומו [אצל לוי, ואע"פ שיש ליהודה עדים נגד טענתו של שמעון ללוי אין].

מה שחבירו ישמור לו בשכר שהרי לא היה מסכים תמורת השכר ללא השאלה (קצה"ח).

ע"י ש"ע (ח"מ סי' שמו ס"ה): אמר ליה שמור לי ואשמור לך או שמור לי היום ואשמור לך למחר, נתבאר בסימן שה:

נתבאר בסימן ש"ה - ע"ש סעיף ו', דשמור לי ואשמור לך מיד הוי שמירה בבעלים ופטור מכל דבר, ובשמור לי היום ואשמור לך למחר לא הוי שמירה בבעלים, ודין שומר שכר עליה, דאם נגב מיד השומר היום מחויב לשלם לו שהרי מקבל הנאה על שמירתו דישמורנו לו בעל הפרה או של הכלי למחר. וע"ש דנתבאר נמי דין שאול לי ואשאל לך אי הוי שאלה בבעלים ופטור או לא, ויש פלוגתא בזה, ומש"ה לא כתב כאן דין שאול לי ואשאלך, ובסמוך סעיף ח' כתב דין השאילני היום ואשאלך למחר דלא הוי שאלה בבעלים, דנקט דינים הברורים, ומפלוגתא לא איירי (סמ"ע).

ע"י ש"ע (ח"מ סי' שמו ס"ח): האומר לחבירו השאילני היום ואשאלך למחר, אינו שאלה בבעלים:

השאילני היום כו' אינה שאלה בבעלים - ור"ל דאינו פטור, אבל מ"מ אינו עליה אלא שומר שכר, וכמ"ש לעיל סימן ש"ה סעיף א' (סמ"ע)..

[מקשה הגמ', לפי רב ששת שמעמיד את זה בלוקח מן הגזלן שלא יעיד לנגזל] שיעמיד אותו בגזלן [פי' שהגזלן עצמו הוא המוכר. ומתריך הגמ'] משום שרצו לומר בסוף: מכר לו פרה, [אן] מכר לו טלית [יכול להעיד עליו], דוקא מכר⁹⁵, שהיה יאוש ושינוי רשות, אבל [אם] לא מכר, שחוזר לו [לבעלים], לא [נאמן] להעיד לו, ולכן לימוד את ההתחלה גם במכר.

[מקשה הגמ' בסוף, א"פ ש[הנגזל] התייאש מהגוף [של החפץ] וכי הוא התייאש מדמיו [ולכן] הוא רוצה להעמיד את החפץ ביד הלוקח, ואל"כ יחזר ויטול הדמים מראובן]. לא, [אלא] צריך [להסביר את המקרה] שמת הגזלן, שלמדנו במשנה: הגזלן ומאכיל את בניו⁹⁶ [את הגזלן], או הניח לפנייהם [גזלן אחר מותו], פטורים מלשלם [שהם קנוה ביאוש ושינוי רשות, ולכן הגזלן גם התייאש מהמעוה].

⁹⁵ ע"י ש"ע (ח"מ סי' לו ס"ז): הוב"ד לעיל הערה 52.

⁹⁶ ע"י ש"ע (ח"מ סי' שסא ס"ז): מת והוריש הגזילה לבניו, לא הוי שינוי רשות אלא הוי כאלו אביהם קיים, שאם הוא בעין ולא נשתנית צריכים להחזירה אפילו נתיאשו הבעלים, ואם נשתנית והיא קיימת נותנים דמיה, אבל אם אכלוה בין בחיי האב בין לאחר מותו, אם קודם יאוש אכלוה חייבים לשלם, לאחר יאוש פטורים אם לא הניח אביהם נכסים, אבל אם הניח אביהם נכסים אפילו אכלוה אחר יאוש חייבים לשלם, וכן אם מכרה האב או נתנה לאחר אם הניח נכסים חייבים לשלם, ואין חלוק בזה בין גדולים לקטנים, ואם אמרו הגדולים יודעים אנו שעשה אבינו חשבון עמך ולא נשאר לך כלום בידו נאמנים, ויש אומרים דהני מילי כשאין ידוע שגזלה אביהם אלא על פיהם, אבל אם היו עדים שגזלה אינם נאמנים:

לא הוי שינוי רשות - דברא כרעא דאבוה הוא ולא מחשב כלוקח (סמ"ע).
אבל אם הניח אביהם נכסים - דאז נכסי אבוהון משועבד להגזלן מיד בשעת הגזילה. וסתם המחבר כאן וכתב "נכסים", משום דבזמן הזה אפילו מטלטלים דיתמי משועבדים לבעל חוב ונגזל (סמ"ע).

בין גדולים לקטנים כו' - כ"ל סי' ק"י ס"ה וס"ז - דלעדי גזילה נזקקין אפילו ביתומים קטנים, וכל שכן אם הגזילה עצמה בעינה דמוציאים אותה מיד הקטנים (סמ"ע).

ואם אמרו הגדולים כו' נאמנים - דנאמנים במיגו דאילו רצו היו אומרים החזרנו לך, ואפילו למאן שאמר הגזלן בעדים צריך להחזירו בעדים וכמ"ש בסעיף שאחר זה, הני מילי גזלן עצמו, אבל בניו נאמנים. ודוקא אם אמרו הגדולים קאמר, שבעינין שיענו הן בעצמן, ודוקא בביר, משא"כ אם טוענין שמא החזיר לך או לקחו אבינו אינן נאמנים בשמא, ואנן לא טענינן להו בדבר שאינו מצוי (סמ"ע). ו"א דטענינן להו לקוח במגו דהחזרתי, אלא מיירי שראוהו עתה לאחר מיתה ביד היתומים הילכך בשמא לא טענינן להו לקוח דבא גופיה כי זה גוונא לא הוי מהימן, אבל כשטוענין ברי נאמנים, דכיון שלא ראוהו ביד היתומים קודם שירדו לדין, והיו נאמנים לטעון אנו החזרנוהו, נאמנים גם עכשיו במגו (ש"ך).

שעשה אבינו חשבון כו' - ואפילו אמרו אבינו אמרו לנו שעשה עמך חשבון נאמנים כדלעיל סי' רצ"ז בהג"ה (ש"ך).
נאמנים כו' - מיהו צריכים לישבע היסת לפי הטעם שכתבתי בס' רצ"ז סק"כיון שטוענים ברי ודלא כסמ"ע שם (ש"ך).

אבל אם היו עדים שגזלה כו' - טעמא, משום דמיגו דאנו החזרנו לך ה"ל מיגו דהעזה טפי ממה שאמרו ידענו שאבינו עשה עמך חשבון ולא פש לך גביה (סמ"ע), ו"א שיש מיגו, ועל"ז כאשר יש עדים שהוא עוד ביד היתומים, אינם נאמנים לומר שהחזרנו לך וקנינו ממך (ש"ך), שרה נשאה לראובן שלא מדעת אביה, ואמה נתנה לה מנכסי בעלה עבור הנדוניה, והבעל לא הסכים, ושרה מתה טרם שאביה הגיע לראובן לתבוע כספו בחזרה, והוא תובע את חתנו לדין לומר שיתן לו מעותיו שהם גזל בידו, וזה מפורסם לכל העולם, וגם עד א' יש בפרטו' שהיה מפקח על נכסי ראובן והעיד שאותם המעות שלקח ראובן זה בפניו הם של חמיו של ראובן בודאי בבירור וראובן טוען כי לא לקח דבר מחמתו זולתי מיד אשתו ולא בעל דברים ידידה הוא והעד מעיד שהאמת הוא ששמעון לא קבלם זולתי מיד רחל אשתו כי עשו כן בהערמה למען יוכל לומר שהוא לא לקח אלא מיד אשתו. אם שרה היתה לוקח, היינו טוענים עבור שמעון, אבל מאחר והיא רק קבלה את הנכסים להעביר לבעלה, אם כן אין כאן לוקח אלא מעשה קוף בעלמא, ושמעון צריך להביא ראיה שקנת' רחל קודם שבאו כדי שנדון אותו בדין ודענינן ליה (ש"ך) בשם דמהר"ט, אמנם מילתא דלא שכיח לא טענינן לימתי (ש"ך) בשם המהר"ט, ראובן כשהיה מחוץ לביתו נחלה, ושלח סחורה עם שמעון לאשתו, ושמעון לקחו לעצמו בטענה שראובן חייב לו, ואחר שראובן נפטר והאלמנה והיתומים לא יכלו לקחת את שמעון לבית דין משום חשש נזק, אבל שמעון הוציא מהאלמנה שטר מחילה שקבלה כל מה שמגיע לה, והיא כתבה שטר מודעא, שטר מחילה זו היא כמו מתנה ואפשר למסור על זה מודעא, ולא כפשרה שאי אפשר, ואם שמעון מת, אין יורשיו יכולים לטעון אולי האמת איתו, משום שהיה צריך לטעון את זה בחייו (ש"ך בשם הרש"ם).

⁹⁷ ע"י ש"ע (ח"מ סי' שנג ס"ד): אין נקרא שינוי רשות אלא במוכר או נותן. אבל אם מת והורישוהו לבניו, לא, דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי. ויתבאר בס' ש"א. ושם יתבאר עוד אי זה נקרא שינוי רשות:
דרשות יורש לאו כרשות לוקח - דברא כרעא דאבוה הוא (סמ"ע).
ע"י ש"ע (ח"מ סי' שסב ס"א): הגזילה שלא נשתנית אלא הרי היא כמו שהיתה, אע"פ שנתייאשו הבעלים ממנה ואע"פ שמת הגזלן והרי היא ביד בניו, הרי זו חוזרת לבעליה בעצמה. ואם נשתנית ביד הגזלן, אע"פ שעדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה, קנאה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזילה:
אף על פי שנתייאשו הבעלים כו' - דביאוש לבד לא קנה אם לא בהדי שינוי רשות, ורשות יורש לאו שינוי רשות מיקרי כמ"ש לעיל סימן שס"א סעיף ז' (סמ"ע).
ומשלם דמיה - פירוש, הגזלן להנגזל, דבגזלן לא שייך ביה תקנת השוק, מש"ה צריך ליתן להנגזל כל דמי הגזילה (סמ"ע).

[שאם מכרו] בסתם [פי] שלא ייחד לו פרה או טלית בפירושו] שלא משתעבד לו [שאיין להם קול, ואין הלוקחות יודעים לזוהר], למה. הם מטלטלים, ומטלטלים להם משתעבדים לבע"ח⁵³, ואף על גב שכתב לו [בשטר מכירה, שאם זה נגבה ממנו, הוא ישלם לו אפילו] מחליפה שעל כתפיו, היינו שישנם בעין, אבל אם אינם בעין, לא.

אלא אפילו [אם] עשאו [את המטלטלים] אפותיקי [שאם לא יפרנו עד זמן פלוני, יגבה ממנו, בעל חוב] לא⁵⁴ [גובה ממטלטלים], למה. כדברי רבא, שאמר רבא: [אם אדם] עשה עבדו אפותיקי [על ההלוואה] ומכרו⁵⁵ [לאחר], [בעל חוב גובה ממנו, אבל אם עשה] שורו או חמורו אפותיקי ומכרו, אין בעל חוב גובה הימנו, למה. לזה [פי] עבד] יש קול [ולכן] הלוקחות הפסידו את עצמם, ולזה [פרה וטלית] אין קול [ולא ידעו] הלוקחות להזהר והלכך מעיד לו עליה דאין מעמידה בפני בעל חובו].

[מקשה הגמ' איך הוא מעיד, ולמה לא] חוששים אולי הקנה לו מטלטלים אגב קרקע, שאמר רבה: אם אקנה לו מטלטלין אגב קרקע, קנה את הקרקע וקנה המטלטלים, ואמר רב חסדא: והוא שכתב לו [בשטר שעבוד] "שלא כאסמכתא ושלא כטופסי שטרות" [ולכן משעבד את המטלטלים לגמרי יחד עם הקרקע]. במה מדובר כאן [שיכול להעיד], כגון שלקח ומכר [את הפרה או הטלית] מיד [בפנינו ואין חשש שלוה בינתיים].

[עוד מקשה הגמ' שיחשוש אולי [כתב בשטר שעבוד, שאני משעבד אגב קרקע כל נכסים] שאקנה⁵⁶ [אחר כך, משועבדים למלוה], לומדים מזה [שאם כתב בשטר שאני משעבד כל נכסי] שאקנה [אפילו אם הלוה]

⁹⁸ ע"י ש"ע (ח"מ ס' קיב ס"א): אין בעל חוב טורף ממשעבדי, אלא אם כן היו נכסים ללוה בשעה שלוה, ומכרם או נתנם אחר כך. אבל אם קנאם אחר שלוה ומכרם, לא נשתעבדו לבעל חובו ואינו גובה אותם מהלוקחות, ומיהו בעודם ביד הלוה, גובה מהם אף על פי שקנאם אחר שלוה. ואם שעבד נכסיו שקנה ושיקנה, אז חל השעבוד גם על מה שיקנה אחר כך, ואם קנה אחר כך ומכרו, בעל חוב גובה ממנו, ודוקא שפירש לו בפירוש, אבל אם לא כתב לו דאקנה, לא. הגה: וי"א כיון דקיימא לן אחריות טעות סופר, הוא כל מה שראוי להשתעבד אמרינן ביה טעות סופר, ואפילו דאקנה נמי, מיהו אם כתב לו מקצת אחריות, ולא פירש לו: דאקנה, י"א דלא אמרינן עוד טעות סופר, דהואיל ופירש קצתן, מה שכתב כתב, ומה שלא כתב לא כתב. י"א דאף אם כתב לו: דאקנה, יכול להזכיר בו כל זמן שלא קנה, ויש חולקין. לא נשתעבדו לבע"ח - הטעם, מפני שלא סמכה דעתו בשעת הלוואה עליה שהרי לא היה בידו (סמ"ע).

בעודם ביד הלוה כו' - דלא גרע ממטלטלין הנמצאים ביד הלוה דנפרע מהן אפילו כן חולצה שעל גבו, ואפילו אם מת ונפלה אותה השדה לפני יתומיו יכול לגבות ממנו, דרשות יורש אינו כרשות לוקח כנ"ל (ס' קיא סכ"א, וס' קז ס"א), ועי' בסוף סימן זו שהובא ברמ"א (סמ"ע), לזה שיש לו נכסים שהיו בשעת הלוואה, ויש לו ג"כ נכסים שקנה אחר ההלוואה ולא כתב לו "דאקנה", והבע"ח בא לטרופ מהנכסים שהיו לו בשעת ההלוואה, אינו יכול לדחותו להנכסים שקנה אחר"כ דכל כמה דאין הלוה מסלק לו בזו, יכול לומר אני אקח שעבדו היינו נכסים שנשתעבדו לי (פ"ת).

ואם שעבד נכסיו שקנה ושיקנה - זה שעבדא "דאקנה" לאו דבר תורה, דמדאורייתא אין לנו לחלק בין קנין לשעבוד, ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אלא הרי דשעבוד דאקנה מהני היינו מדברי סופרים שלא תנעול דלת בפני ליון, אך זה תקנתא היינו דוקא היכא שהלוה כבר נתחייב לפרוע אלא דלית ליה נכסי, אבל היכא דהלוה גופא לא נתחייב כלל לא שייכא הך תקנתא כיון דליכא ליה כלל ולהכי היכא דמחייב עצמו לדבר שלא בא לעולם דאפילו ליה גופיה לא נשתעבד ונתחייב כיון דהוי דבר שלא בא לעולם לא שייך כדי שלא תנעול וכו', ועיין מ"ש לעיל (ס' ס סק"ג?) (קצה"ח).

אבל אם לא כתב לו דאקנה לא - דלא אמרינן אחריות טעות סופר כי אם בקרקעות שהיו בידו בשעת ההלוואה, ומשום דחזקה היא דלא שדי אינש זוזי בכדי, משא"כ מה שיקנה אחר ההלוואה, דאינו מן הסברא כ"כ הדלוה לו אדעת הקרקעות שיקנה אחר"כ, דשמא לא יקנה אחר"כ שום קרקע (סמ"ע).

וי"א כיון דק"ל אחריות ט"ס כו' - אף שאין תלמיד מכריע אני אכריע משום שהרי ק"ל דאחריות ט"ס היינו אפי' ידוע שלא התנה על האחריות וכמ"ש לעיל (ס' לט ס"ד) והיינו דוקא בנכסים שקנה כבר ומטעם דלא שדי אינש זוזי בכדי, ואם כן מסתמא כשהלוה או קנה היה דעתו על הנכסים שראה עתה אצל הלוה או המוכר שהיו משועבדים לו, אבל בנכסים שיקנה אחר"כ איבעיא ליה לאתנויי, דמהיכי תיתי נימא שהי' דעתו עליהן שהרי אינם עתה לפנינו. אבל כשכתב שטר, אמרי' מסתמא התנה המלוה או הלוקח גם על הנכסים שיק' אחר"כ דכל המלו' או לוקח עביד כל טצדקי דאפשר ויא"כ אחריות ט"ס הוא, ע' בתשובת נ' לב כלל י"ב ס' ס"ח וע' בתשובת ר"ש כהן ס"ב ס' מ"ד וס"ג ס' פ"ג (ש"ד).

ע"י המשך בהערה

קנה ומכר, [אן] קנה והוריש, לא משתעבד [דאין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לידו אף על פי שעתיד לבא].

לא [נכון, שאפשר להוכיח כך מכאן, אלא] צריך [לומר, שזה שאמר שנאמן להעיד לו, ולא חוששים שמה הקנה מטלטלים אגב קרקע, שמדובר], שאמרו עדים: ידענו בזה שלא היה לו קרקע מעולם.

[מקשה הגמ', איך אפשר להעיד לן] והרי אמר רב פפא, אף על גב שאמרו רבנן: המוכר שדה לחבירו שלא באחריות ובא בע"ח וטרפה, אינו חוזר עליו, [אמנם אם] נמצאת שאינה שלו, חוזר עליו [אם כן בפרה או טלית אם הוא גנוב אצלו, הוא נוגע בעדות, שהוא רוצה שזה ישרא בידו]. במה מדובר כאן, [כשהלוקח] מכיר בה שהיא בת חמורו [פי] שהפרה נולד בעד של המוכר, וכן הטלית שהמוכר ארגו].

ורב זביד אמר: אפילו נמצאת שאינה שלו⁹⁹, אינו חוזר עליו, שיאמר לו: לכך מכרתי לך שלא באחריות [ולכן מעיד לו אפילו לא מכיר הלוקח שהיא של המוכר].

מה שלמנו לפני כן, אמר רבין בר שמואל בשם שמואל: המוכר שדה לחבירו שלא באחריות¹⁰⁰, אין מעיד לו עליה, מפני שמעמידה בפני בעל חובו. איך מדובר.

⁹⁹ ע"י ש"ע (ח"מ ס' רכה ס"ה): אם התנה המוכר בפירוש שלא יהיה עליו אחריות, אפילו אם נודע בודאי שהיתה גזולה והוציאה הנגול מיד הלוקח אין המוכר חייב, ואין צריך לומר שאם בא בעל חוב וטרפה שאינו מחזיר לו כלום, שכל תנאי שבממון קיים:

אם התנה המוכר כו' - שלשה מיני אחריות הם: אחריות דנפשיה, אחריות דמחמתיה, אחריות דעלמא. אחריות דנפשיה, כגון שיש לו זכות בקרקע זה שמכר. אחריות דמחמתיה, כגון בעל חוב ידידה. אחריות דעלמא, כגון נמצאת שאינה שלו. ושלשה מיני אחריות הללו, זה למעלה מזה, ולפיכך דנהי דמסתמא אחריות טעות סופר הוא, ואף על פי שלא פירש כולם בכלל, היכא שפירש אחד מהם, הרי הוא כאילו מיעט אותו שלמעלה ממנו. ולפיכך אם פירש לו אחריות דנפשיה, הרי הוא כאילו מיעט אותו דמחמתיה ולמעלה ממנו וכו' (ש"ך ה"י). ראובן שקנה קרקע מהקהל בלי אחריות מהשררה, וחזר ומכר קרקע זו לשמעון על תנאי זה ונגמר המקח, ומחמת סכסוכים שהיו ביניהם נתבטל המקח ומחלו זה לזה, ואח"כ חזרו ונתפשו, והוסיף לו שמעון על קציצה ראשונה עשרה שקלים, ועדים הראשונים כתבו שטר מכר בקיצור, וכתבו לבסוף, ולעת הצורך יוכתב שטר קנין כנהוג באריכות, וברוב ימים נתעורר דינים על הקרקע הנ"ל מחמת השררה, והוצרך שמעון להוציא הוצאות ולהתפשר עמו, ועתה תובע לראובן שיחזיר לו הוצאותיו באמרו שאחר שחזרו ונתפשו לא הזכיר המוכר תנאי זה, ונכתב בקיצור ולעת הצורך יוכתב שטר קנין כנהוג באריכות, וכל שטרות מנהג לכתוב אחריות הן מיהודי או מאינו יהודי, א"כ קיבל עליו המוכר אחריות, והמוכר טוען שלא הוצרך להזכיר באשר כבר הזכיר התנאי בעת קנין ראשון, וגם העדים אמרו שלא היתה כונתם רק על שאר לישינו דשטר וכל יפוי כח ואחריות דנפשיה, אבל לא על אחריות מהשררה. הדין עם המוכר כמ"ש הרמ"א (ס' רז ס"א) דאם התנה תנאי ואח"כ כתבו השטר סתם, ודאי על תנאי הראשון כתבוהו, ואף דכאן יש לפקפק, מאחר שכתבו ולעת הצורך יכתבו שטר באריכות כנהוג, ומנהג לכתוב כל אחריות הן מחמת נימולים או שאינם נימולים, מ"מ כיון דעדים מפרשים עדותם שלא היתה כונתם רק על שאר יפוי כח השטר, אבל לא לבטל מה שכבר הותנה, הולכים אחר העדים המפרשים כונתם, ומבואר לעיל (ס' ס סט"ז), דיש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חבירו, אין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכונה, וגם כאן כונתו ניכרת, כיון שהוא קנה מהקהל בלי אחריות מהשררה, ובתחילת המכירה התנה בפירוש בלתי אחריות מהשררה, רק שנתבטל מחמת איזה קטטה, מסתמא גם לבסוף מכר על תנאי זה כו', ועוד, אף אם נפרש משמעות הכתוב בשטר לכתוב קנין באריכות כנהוג דכותבין אחריות מיהודי ומאינו יהודי, היינו אחריות מאינו יהודי שיברר האינו יהודי שהיהודי חייב לו או שגול ממנו הקרקע, אבל אחריות השררה שרוצה ליקח בחזקה, זה לא יעלה בדעתו לקבל עליו כמבואר לעיל (ס' רכה ס"ב), לפי שזה אונס הוא ואין המוכר חייב באחריות אונס (פ"ת).

אפילו אם נודע שהיתה גזולה כו' - הטעם, דיאמר המוכר, דלהכי התניתי עמך שאיני חייב באחריות, ואת סברת וקבלת עלך (סמ"ע).

אם יש לו [למוכר] קרקע אחר [שהבעל חוב יכול לגבות ממנו, הרי הבעל חובר] יחזור על זה [לגבות אותה ממנו]. אם אין לו קרקע אחר, מה זה משנה [אם תשאר ביד הלוקח הרי אפילו אם מערער מוציא ממנו, אין הבעל חוב יכול לגבות ממנו שכן אין לו]. באמת [מדובר] שאין לו קרקע אחר, שאמר: איני רוצה להיות "לוה רשע ולא ישלם". [מקשה הגמ', איזה הנאה יש לו בעדות זו שמעמידו ביד הלוקח, והבעל חוב גובה ממנו] סוף סוף לגבי השני [פ"י הלוקח] הוא גם כן "לוה רשע ולא ישלם". שאמר: לכן מכרתי לך שלא באחריות.

רבא דרש ברבים, ויש אומרים רב פפא, העולים למעלה [פ"י מבבל לארץ ישראל]. והירודים למטה [פ"י מארץ ישראל לבבל, פ"י שכולם ידעו הלכה זו]: ישראל שמוכר חמור לישראל חבירו, ובא עכו"ם ואונסו ממנו [בטענה העכו"ם שזה נגבב ממנו], הדין הוא [שהלוקח] יגבה אותו ממנו [מהמוכר]. ולא אמרו [הלכה זה] אלא שאינו מכיר בה שהיא בת חמורו [של המוכר], אבל [אם הלוקח] מכיר בה שהיא בת חמורו, לא [גובה מהמוכר]. ולא אמרו אלא שלא אנס לו את [החמור] שלו, ולאוכף שלו [אלא רק לקח את החמור, ונוטים שהוא חשב שזה נגבב], אבל אנס לו את [החמור] שלו, ולאוכף [של החמור], לא [חייב המוכר להחזיר לו, שכן הגוי סתם נגבב]. אמימר אמר: אפי' אין לו כל זה, לא¹⁰⁰ [חייב המוכר

לעזור], למה. ידוע הדבר שסתם עובד כוכבים אנס [נגבב] הוא, שנאמר "אשר פיהם דבר שוא וימינם ימין שקר".

אומן אין לו חזקה וכי¹⁰¹. אמר רבה: לא למדנו [שאינו לאומן חזקה לומר היא לקוחה ביד] אלא שמסרו [הטלית] בעדים, אבל [אם הבעלים] מסר לו שלא בעדים, מתוך שיכול לומר לו "לא היו דברים מעולם", כאשר הוא אמר "לקוחה היא בידי", נאמן.

אמר אביי [לרבה]: אם כן, אפילו [אם מסרו] בעדים¹⁰², מתוך שיכול לומר לו "החזרתיו לך", כאשר אמר לו "לקוחה היא בידי" נאמן. אמר לו רבה: וכי אתה לא סובר

דין, אף על גב דאילו נתן מעצמו לטרוף לא היה יכול לחזור על המוכר וכמו שכתבתי (ס"ק). ואפילו הוא חמור ולקחו הגוי ולא לקח האוכף, דאיכא לומר דהגוי אומר אמת, שהרי אינו נוטל אלא שלו, כיון שלא נטל גם האוכף, אפילו הכי אינו חייב באחריותו, משום דדרך בני אדם להקפיד שלא להניח על סוס וחמור אוכף שאינו מיוחד להן, כי יעלה מזה על גבו מכה כל שאינו נעשה על פי מדות גבו, והוא אמינא מדשבקיה הגוי ודאי קושטא קאמר (סמ"ע), היינו עדי גזילה, ואם הביא עדי ישראל שראו אותו תחת יד הגוי קודם, וגם יש עדי איה, שבישראל כה"ג היו מוציאים אותו מיד אף בדינו, דהגודות אין להם חזקה, נראה שחזור על המוכר מטעם אחריות, ועיין במה שכתבתי לקמן (סי' שנו ס"ז?) (נתה"מ).

ואין המוכר חייב באחריות אונס - ונראה דאם העכו"ם כבר ערער קודם שלקחה והלוקח לא ידע מזה, דה"ל מקח טעות, ולא אמרינן בזה תראה לי שטר טורף שלך, כיון דכבר יצא ערעור ה"ל כמו מום במקח כאילו נפחת והוול (קצה"ח).

¹⁰¹ ע"י שו"ע (ח"מ סי' קלד ס"א): האומן, בדבר שהוא אומן, אין לו חזקה בכלים שנתת ידו, אחד כלים העשויים להשאל ולהשכיר, ואחד שאר כלים. כיצד, ראה כליו ביד האומן, והביא עדים שהם יודעים שהכלים שלו, הוא טוען ואומר: לתקן נתתיו לך, והאומן אומר: לא בא לידי אלא במכירה, או מתנה, או שטען: אתה נתתו לי, אתה מכרתו לי אחר שבא לידי לתקנו, אף על פי שמסרו לו שלא בפני עדים, ואפילו אם שהה ביד האומן כמה שנים, בעל הכלי נאמן, ומוציאין אותו מיד האומן, וישבע בעל הכלי היסית על טענתו. ואם לא ראה הכלי ביד האומן, אלא טען: כלי פלוני נתת לי לתקן, והאומן אומר: החזרתיו ומכרתו, או נתת לי במתנה, (או לקוח הוא ביד), האומן נשבע היסית, ונפטר, מתוך שיכול לומר: לא היו דברים מעולם.

האומן בדבר שהוא כו' - עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' ק"ה. ובתשובת מהרש"ם סי' פ"ד (ש"ך).

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

הוא טוען ואומר לתקן נתתיו כו' - ואם טען הבעה"ב השאלתי כלי זה לאומן או השכרתיהו לו והוא אינו מהכלים העשויים להשאל ולהשכיר, אינו יכול להוציאו 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 סי"ב) אמנם עי"ש (סקמ"ד-מ"ה?) דלפעמים אמרינן מיגו להוציא (סמ"ע).

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 לומר דוקא בהא אינו נאמן משום דחזקה הוא לו מה שבא ליד האומן לתקן בא, משא"כ כשטוען קניתי אחר"כ והרי ראהו לזה שכן שהה בידו כמה שנים, קמ"ל שנאמן. א"נ משום סיפא נקטיה בהאי סדרא, דבלא ראה אפילו בכה"ג אין מוציאים מידו (סמ"ע).

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

לא ראה הכלי ביד אומן - י"א דאומן לעולם אינו נאמן במיגו דשקלוה לנאמנות ידידה 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"ו (קצה"ח).

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

¹⁰² ע"י שו"ע (ח"מ סי' קלד ס"ב): ואפילו מסרו לתקן בעדים, האומן נאמן, מתוך שיכול לומר: החזרתיו. לפיכך נשבע האומן היסית, ונפטר, ואין מחייבים אותו להוציא הכלי. ואם הוציאו, הוואיל ונראה, הרי בע"ה מביא עדים שהוא שלו, ונוטלו, אף ע"פ שמסרו לו שלא בעדים.

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

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

¹⁰⁰ ע"י שו"ע (ח"מ סי' רכה ס"ב): במה דברים אמורים: כשהוציא המקח מיד הלוקח בבית דין של ישראל, כגון שהיה המקח מטלטלין והיו נגובים או גזולים, או שהיתה הקרקע גזולה, או שבא בעל חוב של מוכר וטרפה מיד הלוקח. והכל בבית דין של ישראל, אבל אם עכו"ם הוא שהוציא המקח מהלוקח, בין בדין המלך בין בערכאות שזהו אלו המוכר חייב באחריותו, ואע"פ שהעכו"ם טוען שהמוכר נגבב חזק זה או גזלו ממנו והביא עידי עכו"ם על כך אין המוכר חייב כלום, שזה אונס הוא ואין המוכר חייב באחריות אונס:

והיו נגובים או גזולים - אפילו יש להבא לקחתו עדי גזילה ונגיבה או הלואה, דמזה איירי מדבא להוציאו בבית דין, אפי' בעינן דוקא שהוציאו מיד הלוקח בבית דין, לאפוקי אם מסרה לו הלוקח מעצמו על פי עדיותיו, דלא יוכל לחזור על המוכר באחריות, דיכול לומר לו "תראה שטר טורף שלך" ואשלים לך (סמ"ע), כונת הסמ"ע דכל זמן מקבלין עדי הגזילה אינו יכולין לטרוף ממנו, אבל אם הולך עם עדי הגזילה לבית דין כותבין לו תיפרא אף אחר שנתן לו את השדה (נתה"מ), אבל בנידון דהלוקח השוה עם היורשים ועשה טובה למוכר, שאם היה הדבר בא לפני ערכאות, אפשר היה שיוציאו ממנו כל הבית והיה חל אחריות על המוכר, אפשר דבזה גם הסמ"ע מודה דהמוכר חייב לשלם ללוקח כפי מה שהשוה עם היורשים, ודומה למ"ש רמ"א לעיל (סי' רסד ס"ד) (פ"ת).

בין בדין המלך כו' - אף על גב דדין מלך דין הוא, הני מילי מה שעושה מדעתו מצד חוקי המלכות, וכמ"ש בסימן ש"ט, משא"כ זה דפוסק הדין על פי עדים גוים ויש לחוש שהן משקרין לפניו, ומה שכתב בין בערכאות, קמ"ל בזה, אף על גב דערכאות דייקי טפי עכ"ז אינו דין (סמ"ע), ראובן מכר שפחה גויה אחת לשמעון, ונתן בידו כתב המכס של השפחות, וידוע כי בכתב הזאת נמכרות כל השפחות ואין צריך ראייה אחרת, ולפעמים לוקחין אותן אפילו בלא זה הכתב, ושמעון הולך השפחה הנז' בעיר אחרת, וברחה השפחה מביתו לתוך השוכרים, ואינם רוצים לתתה לשמעון, באומרים שהשפחה הנז' היא מאותם המוקמות הפורעים מס למלך, ואין כח ביד שום אדם להשתעבד בה כי היא בת חורין. ראובן לא מכר רק כחו וקניינו אשר היה לו בשפחה ההיא, או כח שעבוד הגוף, או כח השכירות אשר היה עליה כל ימי חייה, ושמעון לא קנה אלא מה שהוא נקנה מהשפחה, ואין לשמעון על ראובן שום תביעה, ומזל שמעון גרם להעליל עליו עלילות הוה שקר, ומה שאומרים לו שזאת השפחה היא בת חורין וכו', ומבקשים תואנה כדי להפסיד ממון ישראל. ואף אם יבא גוי אחד ויאמר שהוא בעלה של זאת השפחה, נאמר כי גם הוא משקר, ועושים כן כדי להצילה מתחת יד היהודי (רע"א המהר"ש לבית לוי), אם בשעת המכירה כבר היה דין המלך על קרקע זו ופקודתו שיקח אחר קרקע זו או המלך בעצמו, א"כ הוי מקח טעות, דה"ל למוכר לגלויי ללוקח, ואין זה בכלל אונסא דמתיליד כלל, אבל אם בשעת המכירה עדיין לא היה דין המלך כלל ושלו הוא מוכר, ועתה נתחדש דין המלך שיקחו הקרקע המלך או אחר, אף על פי שהוא בא מחמת המוכר כנוונא דכתיבנא, או כגון שלא פרע מס שנים שעברו, ועתה נתחדש הפקודה לקחת הקרקע עבור העבר ויוציא בזה, כיון שעל"פ עתה נתחדש ובשעת המכירה לא אסיק אדעתיה כלל, אונס הוא, והוי נולד אחר המכר, ובכה"ג אם הוציא ממנו בדין המלך אינו חוזר, דאונס הוא. ומכל שכן בשטרי קנין שלנו שכותבין הכל לטובת הלוקח בזה הנוסח: אם יבוא אחד מסוף העולם קרוב או רחוק יהודי או אינו יהודי, דזה פשוט שחל עליו האחריות שמוציא האיני יהודי בדיניהם. ואין סברא לומר דדוקא אם יוציא בדיני ישראל, דודאי הך לישנא יתירא לטפויי אתי, דאף אם יוציא בדיניהם הוא מחויב לפצות כו', ומכל שכן אם לפי ראות עיני הדיינין לא בא האיני יהודי בעלילה רק באמת מגיע לו החוב אז (פ"ת).

והביא עדי גוים - הרי ים מביא עדים ישראלים חייב המוכר, שהרי אילו אתה לבית דין ישראל ג"כ היה טורף, ובה"ג אמרינן דדין מלך וערכאותיהם

המפקיד אצל חבירו בעדים, אינו צריך להחזיר לו בעדים⁵⁸¹⁰³ [שאפילו אם הבעלים תובעים אותו יכול לומר קניתי אותן]. לא תחשוב כך, אלא המפקיד אצל חבירו בעדים, צריך להחזיר לו בעדים [והיות ואין לאומן עדים שהחזיר לו, נמצא שאינו יכול לטעון "החזרתיו לך", ולכן אינו נאמן לומר "לקוח הוא בידיי"].

שאלו שאלה מברייאתא אביי: ראה [על פי עדים] עבדו ביד אומן [המלמדו אומנות] או טליתו ביד כובס, אומר לו: למה [רכוש שלי] אצלך. [והמחזיק עונה] "אתה מכרתו לי", [אין] "אתה נתת לי במתנה", לא אמר כלום [שכן אומן אין לו חזקה. אבל אם המחזיק אומר] "בפני אתה אמרת [לאדם זר] למוכרו [לי] או ליתנו לי במתנה", דבריו קיימין.

מה שונה ההתחלה ומה הסוף. אמר רבה: הסוף [מדבר] ביוצא מתחת ידי אחר¹⁰⁴ [פי' לא המחזיק ולא המערער], וקאמר לו אחר: "בפני

¹⁰³ עי' שו"ע (ח"מ סי' רצו ס"א): אחד המפקיד או המשאיל או המשכיר את חבירו בעדים או שלא בעדים, דין אחד יש להם, כיון שהודה זה מפי עצמו שהפקיד בידו או שהשאילו או שהשכירו, הרי זה נשבע שבועת השומרים, שאין אומרים מנו לפטור משבועה אלא לפטור מלשלם. ויש אומרים שאמרינן מיגו לפטור משבועה, אלא שאין זה מיגו טוב לכן לא אמרינן ליה. הרי זה נשבע - דבר שאינו מסויים כגון חצי רמון וחצי אגוז ליכא שבועה (רע"א).

שאין אומרים מיגו לפטור משבועה - פירוש, כשהפקידו בלא עדים, אף דאם רצה היה יכול לכופרו ולומר לא הפקדתי מעולם והיה פטור משבועת השומרים, לא אמרינן מיגו לפטור משבועה (סמ"ע).

אלא שאין זה מנו טוב כו' - דאין יכול להעזי בפני המפקיד לומר לא הפקדתי מעולם או החזרתיו לך, כיון דהלה עומד נגדו ויודע האמת שהפקידו ולא החזירו לו, משא"כ טענת נגנבה ומתה דאין המפקיד יודע האמת ויכול להיות שכן הוא כדברי הנפקד (סמ"ע, ש"ך), עיין מ"ש בזה בסימן צ"ג ס"ב (קצה"ח). לכן לא אמרינן ליה - ו"א דוקא בשבועה כזו שחייב בה השומר מן התורה לא אמרינן ליה, אבל היכן שתיקנו חכמים לישבע אמרינן מיגו לאפטוריה משבועה, אף דגם שם הוא מיגו דהעזה, מ"מ כיון דעיקר השבועה אינה אלא תקנת חז"ל הקילו בה, וצ"ע למה הרמ"א לא הביא דעתו (סמ"ע).

עי' שו"ע (ח"מ סי' רצו ס"ב): אבל אם טען לא הפקדת ביד מאומה ולא השאלתני ולא השכרתני, או שאמר אמת הפקדת ביד או השכרתני או השאלתני אבל החזרתני לך, נשבע היסט ונפטור. אפילו הפקיד בידו או השאילו או השכירו בשטר נאמן בשבועה בנקיטת חפץ לומר החזרתני לך במגו שהיה יכול לומר נגנב אם הוא שומר חנם או נאנס אם הוא שומר שכר ומתה מחמת מלאכה אם הוא שואל, וכשם שאם היה טוען כן היה צריך לישבע מן התורה בנקיטת חפץ כן כשטוען החזרתני צריך לישבע כעין של תורה:

אבל אם טען כו' - כלומר, אף שאין פטרינן משבועה דאורייתא במיגו דאי בעי היה טען הכי, מ"מ אם טען כן שלא הפקידו בידו מעולם כלום או החזרתיהו לך, פטור בטענה זו משבועת השומרים דאורייתא ואינו נשבע אלא היסט, והיינו דוקא כשאין ביד המפקיד שטר שהפקיד בידו, אבל אם יש בידו שטר ע"ז, אינו נפטור בטענת החזרתיהו לך אלא בשבועה דאורייתא במיגו דאי בעי הוי טוען נאנסו והיה נשבע שבועה דאורייתא ונפטור אף שהיה שטר ביד המפקיד (סמ"ע), ו"א דלאו שבועה דאורייתא ממש קאמרי, אלא שבועה כעין דאורייתא קאמרי, ולא באו אלא לומר דצריך לישבע בנקיטת חפץ, ו"מ בין שבועה דאורייתא ממש ובין שבועה כעין דאורייתא לענין נחתינן לנכסיה, וכן לענין היפוך, וכן לענין חשוד כדאייתא בסימן פ"ז סעיפים ט' ו"ג (ש"ך), כוונת הש"ך דלפי דעת הפוסקים דנשבעים ונוטלים עכ"פ אותם דמדינא נוטלים בלא שבועה יכולים להיפוך על התנבע, ו"מ כאן דאם החזרתיה במיגו דנאנסה הוא שבועה דאורייתא, ואינו יכול להפוך, וצריך לבוא בטענת דל מגו דהכא אשתבע לי דלא החזרתני, ואז המפקיד יכול להפוך השבועה על הנפקד. אבל אם שבועת החזרתני רק מדרבנן, מהפך הנפקד על המפקיד, וא"י ליטול בלא שבועה (רע"א).

עי' המשך בהערה

¹⁰⁴ עי' שו"ע (ח"מ סי' קלד ס"ד): אם הטלית יוצא מתחת ידי אחר, ואומר, בפני אמרת לאומן למוכרו לי ולקחתיו ממני, נאמן במגו שהיה אומר, אתה מכרת לי. אבל כשטוען שהאומן מכרו לו, שאמר: אתה מכרת לי, אינו נאמן.

אתה מכרתו לו - מייירי בדאיכא עדי ראייה שראוהו ביד התובע מקודם לסיפור, ומש"ה אף אם נאמן להאי שהאומן א"ל שקנהו, מ"מ האומן גופו אינו נאמן לומר שקנהו היכא דראוהו בידו, ולא הוצרך המחבר לפרש דבעדי ראייה מייירי, 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 הלוך 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 החזרתני לתובע ומכרו לך, והוי נוגע שמוכר הלוך לומר החזירו, שאילו היה

אמרת לו למוכרו [לי] או ליתנו [לי] במתנה", [אז המחזיק נאמן] מיגו שאם רצה היה אומר "קניתי אותו ממך", [לכן] גם כאשר אמר לו "בפני אמרת לו למוכרו [לי]", דבריו קיימין ונאמן. אבל כתוב בתחילה, "ראה", איך מדובר. אם יש עדים [לבעלים הראשונים שמסר לאומן], למה לי "ראה". שביא עדים שיקח [אותו ממנו]. אלא לא [מדובר בצירוף כזה אלא מדובר] כשאין עדים, וכאשר ראה [שהבעלים] יתפוס בו. לא [מדובר כך, אלא] באמת [מדובר] שיש עדים¹⁰⁵, והוא שראה [פי' שיש עדים על המסירה הראשונה, וגם על המוחזקות של האומן, לכן לא יכול לומר "לקוחה היא בידי", ומאחר ולא יכול לומר לקוח היא בידי, ואינו נאמן במיגו שיכול לומר החזרתני לך, שכן יש עדים שזה בידו. רבא שאל לאביי] והרי אתה הוא שאמרת: המפקיד אצל חבירו בעדים, צריך לפטורו בעדים. אמר לו: חזרתני בי.

רבא שאל [שאלה מברייאתא להביא] ראייה לרבה: הנותן טליתו לאומן¹⁰⁶, אומן אומר: קצצת לי [לתקנון] בשתי [זוז], והלה אומר: לא קצצתי לך אלא אחת, כל זמן שהטלית ביד אומן, על בעה"ב להביא ראייה [בעדים, שהאומן נאמן שיכול לטעון "לקוחה היא בידי"]. [ואם האומן] נתנה לו [בחזרה, ותבע שכרו] בזמנו [פי' לפני שקיעה], נשבע ונוטל [משום שבעל הבית טרוד בפועליו האמינו לאומן. אבל אם] עבר זמנו [פי' אחרי שקיעת החמה, אז השכיר נחשב] המוציא מחבירו ועליו הראיה [שהבעלים לא שילמו בו, וכמה חייב].

איך מדובר אם [מדובר] שיש עדים, שיראה מה שהעדים יגידו [כמה] קבעו לתשלומין].

טוען גם הלוך החזרתני לתובע היה צריך לישבע נגד התובע שיועד בברי שלא החזירו, וכל עד הצריך שבועה לא הוי עד. ו"א דלא הוי נוגע בעדות בענין זה, כל שהאומן מודה שלא החזירו נסתלק הגורם שבועה וה"ל לוקח חד סהדא, ואע"ג שיש לו מיגו, אלא יש גזירת הכתוב או לישבע או לשלם. אמנם גז"כ זו היא רק בין התובע והנתבע ולא בין היורשין וה"ה באי כחו של התובע דלא הוי גזירת הכתוב ושפיר נאמן במיגו. ועיין מ"ש לעיל (סי' צט סק"ה) (קצה"ח), ועיקר כש"ך דהכא ודאי הוי נוגע, שהרי 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, ויוציאו ממנו בלא דמים, ולכן טוען שלקחו מאומן, כדי שיקח דמים או מאומן, או מבעה"ב משום תקנת השוק, ואין לומר דהיה הלוך נאמן להעיד במיגו החזרתני, דלאחר שתיקנו רבנן שבועת היסט, הוי עד הצריך שבועה דאינו עד. ומש"כ הקצה"ח דלוקח דמי כירוש, וכמו דהירוש לא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, הכי נמי לא הוי הלוך מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, דגז"כ היא "בין שניהם" ולא בין באי כחו. ואינו נכון, שתובע ללוקח או לירוש מטלטלין שלו שאין להם שום זכות וחזקה במטלטלין שלו, כגון אומן או דברים העשויין להשאיל, דבטענת שמה לקוח הוא אינם יכולים לזכות במטלטלין, דטענת שמה זידהו לא כלום הוא, רק שטוענין להו מה שהמוכר יכול לטעון, וכיון שאם היה המוכר או המוריש טוען לקוח לא היה נאמן במיגו החזרתני משום דמחויב שבועה ואינו יכול לישבע, אף הלוך 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 (נת"מ).

¹⁰⁵ עי' שו"ע (ח"מ סי' קלד ס"א): הוב"ד לעיל הערה 101.

עי' שו"ע (ח"מ סי' רצו ס"א): הוב"ד לעיל הערה 103.

¹⁰⁶ עי' שו"ע (ח"מ סי' פט ס"ד): הוב"ד לקמן הערה 107.

אלא לא [מדובר כך, אלא מדובר] שאין עדים [שמסרו לאומן], ולמדנו: אומן נאמן מיגו שאם רצה היה אומר לו "לקוחה היא בידך" [וזה יסאר אצלו לגמרי, בזכות רצונו באמן גם כן על שכוון] וזה פורח את אביו. [אביו יענה] [למדנו כך אלא], באמת [מדובר] שאין עדים¹⁰⁷ [על המסירה], וגם לא ראה [את החפץ בידו בעדים].

ר"ב בר יצחק שאל: אומן אין לו חזקה. אומן הוא שאין לו חזקה, הרי אחר ש' לו חזקה. איך מדובר. אם [מדובר] שיש עדים [פי' שמסר בעה"ב לאומן בפניהם והוא דראה הטלית עכשיו בידו], למה יש לאחר חזקה. אלא לא [כך, אלא מדובר] שאין עדים [על המסירה], ולמדנו: אומן אין לו חזקה, וזה פורח את רבה [שאמר אומן נאמן עד שיהיה גם עדי מסירה וגם עדים שזה בידו], וזה פירכה.

החכמים למדו: נתחלפו לו כלים בכלים [של אחר] בבית האומן¹⁰⁸ [והאומן נתן לו של אדם אחר], מותר לו להשתמש בהן עד שיבא השני

¹⁰⁷ עי' שו"ע (ח"מ סי' פט ס"ד): בעל הבית אומר: שתים קצצתי לך, והשכיר אומר: שלשה קצצתי לך, המוציא מחבירו עליו הראיה, ואם לא הביא ראיה, אף על פי שכתב נתן לו שתים או שאמר ליה: הילך, הרי בעל הבית נשבע בנקיטת חפץ. בד"א, כששכרו בעדים, ולא ידעו כמה פסק לו, ותבעו בזמנו. אבל אם שכרו שלא בעדים, או שתבעו אחר זמנו, ישבע בעל הבית, היסת.

ביאור: שתים קצצתי לך - ש' על הרוב אנשים זוכרים כמה קצץ, לכך לא האמינו להשכיר לישבע וליטול (סמ"ע).

אעפ"י שכבר נתן לו השתים - פירוש, והשכיר מודה לו אלא שאמר שקצץ עמו בג' והשלישי עדיין חייב לו, אבל אם לא היה השכיר מודה לו שנתן לו השתים, כבר נתבאר (&) דכשהו מחולקין בפרעון שהשכיר נאמן לישבע ליטול (סמ"ע), ועיקר דא"צ לישבע רק היסת כשאינו מודה מקצת (ש"ך).

או שא"ל הילך - ר"ל דגם זה ה"ל ככופר הכל, וכנ"ל (סי' פז ס"ד) (סמ"ע). נשבע בנקיטת חפץ - ואף על גב דהוא כופר הכל, לא האמינוהו בשבועת היסת, כיון דהשכיר נושא נפשו על שכירותו, החמירו על בעל הבית והצריכוהו לישבע שבועה חמורה. ואם בעל הבית מודה לו במקצת, צריך לישבע על שבועה האוריינתא כאשר נתבע, ולא כתבו המחבר מפני שהוא פשוט, ולא כתב אלא על החידוש שגם בכופר הכל צריך לישבע שבועה חמורה (סמ"ע).

אבל אם שכרו שלא בעדים כו' - דבהני שיש לו מיגו או חזקה וכנ"ל (סעיף ג'), לא עדיף שכיר משאר תובע והנתבע כופר הכל (סמ"ע).

¹⁰⁸ עי' שו"ע (ח"מ סי' קלו ס"א): מי שנתחלפו לו כליו בבית האומן, הרי זה ישתמש בהן עד שיבא בעל הכלי ויטול שלו. ודוקא שנתן לו האומן עצמו, אבל אם לא נתנם לו, אלא אשתו ובניו, לא. ואפילו אומן עצמו, דוקא שאמר לו סתם: הילך טלית, אבל אם אמר לו: הילך טליתך, לא.

הרי זה ישתמש כו' - שאמרין מדתנתו 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 בכיוון, ובדאי לא עשה כן אלא מחמת שבעל טלית זו ביקש ממנו למכור טליתו וכיון למכור אותה הטלית, ונתחלפה אותה הטלית בטלית זו, 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 ש' חזרו הלוקח ויאמר לא על בגד זה נתתי מעותי או ימצא בו מום ויבטל המקח ונמצא שהשתמש שאינה שלו, דכיון דגם המוכר משתמש בהמעות אינו מקפיד כאשר גם זה ישתמש בטלית שלו. ומזה יתבאר לך הטעם למה לא התירו לו להשתמש כי אם באמר לו "הילך טלית סתם", וגם לא במסרו לו אשתו ובניו, אף על פי שאמר 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 ו' ששון סי' ק"ט. כשנודע שנאבדו שלו צריך לחזור מיד דמי למה שכתוב בסעיף ב' (ש"ך).

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 והבירה ביד זה שנמסר לידו הטלית ליתן לו העודף כיון דזה צויה לאומן למוכרו ולא ביקש להחזיק בטליתו או להחזיר לו טליתו. ואם יבוא בעל הטלית ויאמר "אלא צויתי למכור טליתך ולא לקחתי ממנו שום דמים", נאמן ליקח טליתו מיד זה אם יש לו עדים שזה הטלית היתה שלו או יתן בה סימן, דהיינו שאנו תולין לומר שצויה לאומן למוכרה, היינו כל זמן שהדבר ספק, אבל כש'א בעל הטלית וטען ברי נאמן. ור"ל, דיקח את שלו מיד זה שנמסרה לו הטלית והוא יחזור אחר האומן, ואף אם נאבד מיד האומן על"פ יקח זה את שלו וכמ"ש הרמ"א בסעיף ב', ואותה ה"ל קאי גם על דין זה, אלא שבדין נתחלפו לו כליו בבית האבל ומשתה, כל אימת שבא צריך ליתן החפץ לבעלו, 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 וכנ"ל (סמ"ע וש"ך), וכל דברי הסמ"ע הם אף על גב

ויטול את שלו. [אבל אם נתחלפו] בבית האבל¹⁰⁹ או בבית המשתה, הרי זה לא ישתמש בהן עד שיבא השני ויטול את שלו. מה שונה ההתחלה ומה שונה הסוף. אמר רב: ישבתי לפני דודי, ואמר לי: וכי אין אדם עשוי לומר לאומן ממכור את הטלית שלי עבורי [לכן אפשר לומר שהאומן קבל רשות למכור טלית של אחר, והאומן נתן לו את זה בדעת שהוא ישתמש בו עד שיחזיר לו את הטלית שלו עצמו]. אמר רב חייא בנו של ר"נ: לא למדנו [שמותר להשתמש בטלית שהאומן נתן לך] אלא "הוא", אבל [אם] אשתו או בניו [של האומן] נתנו לך, לא יוכל להשתמש ש'אם הם טעו. ואפילו הוא, לא אמרנו אלא שא"ל [קח] "טלית" סתם, אבל [אם] האומן אמר קח את "הטלית שלך" [והאומן חשב שזה שלו וזה טעות], לא, [שכן] זה לא הטלית שלו.

א"ל אביו לרבא: בא וראה לך מה [האומנים] הרמאים בפומבדיתא עושים. [כאשר הבעלים] אומרים לו [לאומן]: תביא לי את הטלית שלי [שמסרתי לך לתקן, והאומנים הרמאים אומרים] לא היו דברים מעולם. [אם הבעלים אומרים] הרי יש לי עדים שראו אותך אצלך. אמר לו: אותו הוא [טלית] אחר. [אמר הבעלים] תוציא אותו [הטלית] ונראה אותו. אמר לו: באמת לא אוציאנו [בשביל טענותיך של הבל אראה לך ממון אחרים וזהו הרמאות דלא לשם שומים מתכוין אלא לגנוב את טלית חבירו מתכוין]. אמר רבא: [מה שאומן אמר לבעלים] הוא טוב שאמר לו¹¹⁰ [פי' הוא זוכה בדין],

שלא ראו עתה בידו החפץ אלא הוא עצמו מודה שאינו שלו צריך לחזור ואף שאומן ה' נאמן לו' לקוח במגו הדחורתי (ש"ך), מה שכתוב ברמ"א "שהבירה ביד זה שנמסר לידו וכו'" הוא טעות סופר, אלא הדין ביניהם, ולפעמים מחזיר העודף כגון באוגאה שתות וכיוצא, ולפעמים מחזיר הטלית, ולפי הטעות כך הדין (נתה"מ).

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

¹⁰⁹ עי' שו"ע (ח"מ סי' קלו ס"ב): נתחלפו לו כליו בבית האבל או בבית המשתה, לא ישתמש בהם. הגה: וכשיבא בעל החפץ צריך ליתן החפץ לבעלו, אעפ"י ששלו נאבד. וכן כובסת עובדת כוכבים המכבסת לרבים והביאה לאחד שאינו שלו.

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

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

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

¹¹⁰ עי' שו"ע (ח"מ סי' קלד ס"ב): הוב"ד לעיל הערה 102.

[וכראיה לזה] שלמדנו "ראה [טליתו ביד האומן בעדים, אבל כאן מדובר שאינו רואה טליתו ביד זה האומן, ועוד אין העדים יודעים שזה שלו כשואוהו ביד האומן]".
 אמר רב אשי: ואם [התובע הוא] חכם, [יכול] לעשות [הקרה הזה להיות מקרה של] "ראה [טליתו ביד האומן בעדים]", שיאמר לו [דרך הערמה]: למה תפסת אותו [הטלית שלי, וכי] לא משום שאני חייב לך [כסף ואתה ירא שמה אכפור בך]. ועכשיו בא ונוציאנו ויעשה לזה שומה, ואתה תקח את שלך, ואני אקח את שלי [פ"י פ"י החזר לי המותר אם יש בו יותר, והרי הודה התופס שהטלית של התובע, ובאמת לא ישלם לו כפי השומה]. א"ל רב אחא בנו של רב אויא לרב אשי, [זה לא יעבוד, שאם האומן חכם הוא] יכול לומר לו: אני צריך את השומה שלך, שכבר שמה אלה שלפניך [ולכן זה לא נהיה כ"ראה טליתו ביד האומן בעדים"].

אריס [שירועים בו שירד לשדה לאריסות] **אין לו חזקה**. למה [אין לו חזקה, הרי] עד היום [היה לוקח] חצי [הפירות] ועכשיו [לשלש שנים הוא לוקח את] כל [פירות השדה, ואין זה דרך אריסים והיה לו לבעל השדה למחות]¹¹¹.

א"ר יוחנן [המשנה מדבר בדווקא] באריסי בתי אבות [פ"י שרגילין לשמור שדות של משפחה זו מעולם הן ואבותיהן באריסות ולא היו יכולים להחליפו באריסים אחרים ואותן אריסים נוהגים לאכול כל הפירות ב' וג' שנים ואחרי כן יאכלו הבעלים כמו כן, הלכך אין להם חזקה אבל שאר אריסין יש להן חזקה].

אמר רב נחמן: אריס¹¹² [בל בתי אבות הנ"ל] שהוריד אריסין במקומו [לג' שנים], יש לו חזקה. למה. שאם אדם מוריד אריסים [זורים] לקרקעו ושותק [שמה יקלקלו שדותיו, והרי לו לבעל הבית למחות, ומזה שלא מחה, רואים שהסכים].

א"ר יוחנן: אריס [של בתי אבות] שחלק לאריסין [שמסר לכל א' לעשות חלק בשדה והוא עשה עמהם], אין לו חזקה. למה. [שבעל הבית לא מקפיד כל שהוא עובד איתם, ועוד] אפשר לומר [שהבעל הבית] עשה אותו לכמפקד [על עובדים אחרים, שזה הי טורח לו לעשות לבד].

ר"נ בר רב חסדא שלח לר"נ בר יעקב, ילמדנו רבינו: אריס [שהורידהו ראובן] ובא שמעון לערער עליו [מעיד [לראובן] להעמיד את השדה ביד ראובן] או אינו מעיד [שהוא נוגע בעדות משום שנהנה מן הפירות השדה]. רב יוסף ישב לפניו, ואמר לו, כך אמר שמואל: אריס מעיד¹¹³. [ורב נחמן בן יעקב שאל לרב יוסף] הרי למדנו: אינו מעיד. אין קושי [וסתירה]: זה [שכתוב שאינו מעיד מדובר] שיש פירות בשדה [שעדיין לא נטל האריס חלק, שהאריס רוצה להעמידו ביד ראובן, שאם שמעון יקח השדה, הוא יקח גם את הפירות], וזה [שכתוב שהאריס מעיד מדובר] שאין פירות בשדה [וגם לא טרח בה האריס כלום בשנה זו שכן הוא לא מרויח כלום בעדות זו].

[עמלק¹¹⁴ סימן] החכמים למדו: ערב [של לזה] מעיד ללוה¹¹⁵ [על קרקע של הלוה להוציאה מיד המערער], והוא [רק נאמן כ] שיש לו [ללוה]

¹¹¹ ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמט סכ"ה): הוב"ד לעיל הערה 39.

¹¹² ע"י ש"ע (ח"מ סי' קמט סכ"ו): אריס של בתי אבות שהוריד אריסין תחת ידו, יש חזקה שאין מורידין אריסין אחרים לנכסי אדם והוא שותק, אבל אם חילק לאריסין אחרים שהיו בה, אין לו חזקה שמה ממונה על האריסים עשו אותו.

אבל אם חילק לאריסים אחרים שהיו בה – ו"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 בר"ש, ור"ל אחדים מיוחדים שנתן לכל אחד חלקו לעבוד לבדו. ומה שסיים וכתב ז"ל, שמה ממונה על האריסים עשו אותו, ה"ק, כשיטעון המערער לומר לא הקפדתי על מה שנתנו וחלקו לאריסים מפני שמונה על האריסים עשיתי אותו, שומעין להמערער ואין להאריס חזקה (סמ"ע).

¹¹³ ע"י ש"ע (ח"מ סי' לז ס"ב): העורר על השדה, אם יש בה פירות אין האריס מעיד לו עליה, שהרי רוצה האריס להעמידה ביד בעליה, כדי שיטול חלקו בפירות. ואם אין בו פירות, מעיד. (אם אין לו הנאה אחרת מזה).

אם יש בה פירות כו' - כן הוא לשון הגמרא ויש בו פירושים הרבה כתבם הטור [סעיף ד'], ע"ש ובפרישה: (סמ"ע, ושי"ך).

ואם אין בה פירות מעיד - ואף שהפירות יגדלו אח"כ לזמנם ויתן לו מהם כמו שנותנים לאריס, לא מחשב זה לנוגע בעדות ו"א אפילו טרח בה לחוד לא יעיד, ו"א אפילו אית בה פירות יעיד, אא"כ הבטיח ליתן לו יותר מלשאר אריסי העיר (סמ"ע).

אם אין לו הנאה אחרת מזה - כגון שהבטיחו בעל השדה זה ליתן שליש ממה שיגדל בתוכו, ולשאר אריסים אין נותנים אלא רביעית (סמ"ע).

¹¹⁴ ראשי תיבות ערב, מלוה, לוקח שני, קבלן.
¹¹⁵ ע"י ש"ע (ח"מ סי' לז ס"ג): לזה שבאו לערער עליו להוציא קרקע שלו מידו, אם לא ישאר בידו קרקע אחר כנגד החוב שיש למלוה עליו, אין המלוה

קרקע אחר [שבו יכול לשלם החוב שלו, אם כן אין הערב מרויח מעדותו]. מלוה מעיד ללוה [על קרקע של הלוה להוציאה מיד המערער], והוא [רק נאמן כ] שיש לו קרקע אחר [לשלם למלוה]. לוקח ראשון מעיד ללוקח שני⁹⁹ [כגון ראובן שמכר שדה אחת ללוי ואחר כך שדה אחרת ליהודה ואתא איניש מעלמא ומערער על של יהודה לומר גזלה ראובן ממני, מעיד לו לוי ליהודה שהיא שלו ולא של מערער], והוא [נאמן רק כ] שיש לו [ליהודה] שדה אחר [שקנה מראובן שיכול בעל חוב של ראובן לגבות ממנו, או שיש לראובן עוד קרקע, אז אין ליהודה ריוח מעדותו ואינו נוגע בדבר].

והערב יכולים להעיד לו להעמידה בידו. ואם ישאר בידו קרקע אחר כנגד החוב, יכולים להעיד לו. וערב קבלן י"א דאינו יכול להעיד בכל ענין.

אין המלוה והערב כו' - דהן נוגעים בעדות, המלוה כדי לגבות חובו ממנו, והערב כדי שלא יחזור המלוה עליו כשלא ימצא כלום ביד הלוה (סמ"ע). נראה דדוקא כשנשאר קרקע, אבל מטלטלין לאו שירוא הוי, דלא סמיק דעתיה אמטלטלין. וכן נראה דאם אין לו קרקע כלל, ובא להעיד על מטלטלין, אף שלא נשאר בידו מטלטלין אחרים, יכול להעיד, דעיקר טעם הפסול, דכשמעיד על דבר ששעבודו עליו הוי כמעיד על חפץ שלו כיון שהוא משועבד לו, ובקרקע דוקא שייך שעבוד, מה שאין כן במטלטלין דלאו שעבודיהו עליהו הוא, דאי לא תימא הכי, אם כן אם אחד חייב לחבירו דינר, יהיה פסול לו לכל עדויות במטלטלין ובמשא ומתן. ולפי זה הוא הדין במלוה על פה יכול להעיד כיון שאין לו שעבוד (נתה"מ).

ואם ישאר בידו קרקע כו' - אפילו אם קרקע הנשאת היא זיבורית יכולים להעיד עליו, אפילו אם הקרקע שמעידים עליה היא בינונית, לא חשוד להעיד שקר משום חילוק שבין בינונית לזיבורית (סמ"ע), אפילו ממשעבדי ואפילו אצל ערב, ואין לומר דיהיה נוגע מטעם הראשון נוח לו, דכאן כיון דאין כאן רק חששות רחוקות, רק כל זמן דאין לו שעבוד רק על זה הוי כמעיד על שעבודו וכמעיד על שלו דמי, מה שאין כן כשיש לו שעבוד על מקום אחר, ומהאי טעמא לוקח שני מעיד לראשון אף דאיכא למיחש לנגזל ולבעל חוב שיקח זה הקרקע ולא יהיה לו על מי לחזור, מכל מקום כיון דהשדה של לוקח ראשון אינה משועבדת לו, יכול להעיד עליה. והנה בלוקח שמעיד למוכר כשיש למוכר קרקע אחרת נגד אחריותו יכול הלוקח להעיד. הקצה"ח סק"ש **שיגאה! מקור**

ההפניה לא נמצא. חולק על זה, וכתב כיון דלוקח אית ליה על המוכר גם כן אחריות משבה, ושבה אין לו קצבה. ולפי דברי לעיל סק"ד דמלוה דמעיד על מטלטלין של לוח אף דמיניה מצי גבי אף מטלטלין, כיון דאי מזבני להו לא יכול טריף, לא מיקרי שיעבוד שלו ויכול להעיד עליו, הכי נמי נגד השבח, כיון דלא יכול טריף ממשעבדי, לא מיקרי הקרקע שעבודו (נתה"מ).

יכולים להעיד לו - משום דהמלוה והערב וגם לוקח ראשון ושני דבסמוך (לקמן ס"ד) אינם יודעים שהלוה או המוכר חייב עוד, אינם חוששים שהוא חייב עוד לאחרים מוקדם מהן ויגבה חובו מזו הקרקע הנשאת, ומשום הכי כשישאר ביד המוכר כפי החוב שלהן, הדינו מלוה וערב כדמי ההלוואה, והלוקח כדמי הקנין, תו אינם חוששים, משא"כ המוכר בעצמו שיוודע כמה חייב, לפיכך אינו מעיד הוא להלוקח אפילו אם ישאר בידו כדמי הלוקחה, וכדלקמן ס"ו (סמ"ע).

וערב קבלן כו' - מן הדין יכולים לגבות הימנו תחילה אינו מעיד, אפילו אם ישאר קרקע אחרת ביד הלוה, הוא חפץ שימצא המלוה לגבות בריוח מן הלוה, שמתוך כך לא יחזור עליו, ואפילו אם השדה שמעיד עליו עידית או זיבורית, והנשאר ביד הלוה הוא בינונית, שמה ניחא למלוה ליקח זיבורית טפי פורתא, ושמה ניחא ליה ללוה ליתן לו בעידית בציר פורתא (סמ"ע).

דאינו יכול להעיד בכל ענין - מיהו אם היה ללוה עידית בינונית וזיבורית אף קבלן מעיד עליה (סמ"ע), ו"א אף קבלן מעיד, והיכא דקיימא ארעא תיקום ומעיד דהמוציא מחבירו עליו הראיה (ש"ך).

[ע"ב] קבלן [שקבל המעות מידו של מלוה ונתן לידו של לוח, אז יכול המלוה לגבות מכל א' מהם], ויש אומרים [שהוא אינו נוגע ומותר לו] להעיר [שקרקע זו של הבעלים], ויש אומרים [שהוא כן נוגע] ואינו מעיד. יש אומרים [שקבלן מעיד¹¹⁶], [שכן הוא] דומה לע"ב. ויש אומרים שאינו מעיד, שהוא רוצה שיהיה בידו שניהם, שכאשר בא בעל חוב, הוא לוקח מה שהוא רוצה.

אמר רבי יוחנן: אומן אין לו חזקה, [אבל] בן [של ה] אומן [כל שהוא איננו אומן עצמו] יש לו חזקה¹¹⁷. אריס אין לו חזקה, [אבל] בן אריס יש לו חזקה. גזלן ובן גזלן אין להן חזקה, [אבל] בן בנו של גזלן יש לו חזקה.

¹¹⁶ ע"י ש"ע (ח"מ ס' לז ס"ג): עדים שהודו שיש להם חלק באותו חוב שהעידו כבר עליו, אין באותה הודאה ממש. (אבל אם אמרו כן קודם שהעידו, העדות בטל).

אין באותה הודאה ממש - דכיון שהעידו שוב אינם יכולין לחזור ולומר דבר שמקלקל בו עדות הראשון, משא"כ אם הוא קודם שהעידו (סמ"ע).

קודם שהעידו עדותו בטל - אין בעל דין יכול להעיד על עדים הבאים לחייבו שהם פסולים, אעפ"י שאין בעל דין נוגע בעדות, כגון שיש עליו עוד כת אחרת (סמ"ע), ויש חולקים דדווקא שאמר מתחילה שיש לו שתי כתי עדים, דכשהוא בא לפסול כת ראשונה נוגע בעדות הוא, דמעלה זה בדעתו שאין לחבירו כת אחרת, ואף על פי שטען חבירו שתי כתי עדים, אבל אם יש ב' כיתים בפניו, נאמן לפסול א' מהם (ש"י), מ"ש בסמ"ע ס"ק ט"ו בשם המישרים על פי הגמ' פ"ב דסנהדרין, יש שם טעות סופר, וצריך לומר וכן הוא בפרק זה בורר [כ"ג ע"ב], דשם יש פלוגתא בזה. ומשום הכי אין לשון של דרכי משה מתוקן, דאם אינו נוגע למה לא יכול לפסול, ושם בפרק זה בורר חשבינן לנוגע מטעם דצריך לברר ולהביא כל העדות, ע"ש (ט"ז), ו"א דהיינו אם כת זו אינם אומרים שראו המעשה עם כת ראשונה כאחד, אבל אם אומרים שראו כאחד הרי ע"י שפוסל לאלו כל העדות בטלה דה"ל נמצא אחד מהן קרוב או פסול והרי זה נוגע בעדות, ופשוט. ו"א דאפילו כת הב' בפניו אינו נאמן שמא ימצא כת אחרת פסולה נמצא מפסידו בפסול של ראשונים (פ"ח).

¹¹⁷ ע"י ש"ע (ח"מ ס' קנב ס"א): כל 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 אם טוען שירשה מאביו אביו וכן עד עולם, אבל אם טען בן הבן שירשה 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 בפניו הודה לאביו שמכרה לו, נאמנים במיגו שהיו אומרים לקוחה בדינו, חוץ מבן הגזלן, שאף ע"פ שהביא ראיה שהודו הבעלים לאביו שמכרו לו, אינו ראייה כמו שנתבאר. הגה: מיהו אם אומר בפני מנה לך אבי המעות והוא החזיק שלשה שנים נאמן, במיגו שהיה יכול לומר למנה לקחת, ובן בן הגזלן אפילו בא בטענת אביו יש לו חזקה, אבל אם בא בטענת אביו אביו אין לו חזקה. הגה: ויש אומרים דאם בן בן הגזלן אומר בפני הודית שמכרת לאבי אבא הוה חזקה, דכולי זה לא מטיל אימה בשביל בן בנו, אבל אם בן הגזלן אמר בפני הודה שמכר לאביו לא מהני, דמשום מורא הוצרך להודות גם בפניו.

בניהם יש להם חזקה כו' - ואפילו בבן גזלן ואביו הגזלן עדיין חי, ולא אמרינן דמשום יראת אביו הגזלן ירא למחות בבנו, ועיין לעיל סימן קל"ד בסמ"ע סק"ז (סמ"ע), אף הדוואה בפני בן הגזלן לא מהני שאמיגן משום יראת אביו הגזלן הודה בפניו כמ"ש הסמ"ע ס"ק. שאני שם שחושש שהבן יודיע לאביו כמ"ש הסמ"ע שם, משא"כ מחאה שהיא שלא בפניו אינו ירא כ"כ (נתה"מ).

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). אבל אם טען שהיא ירושה לו מאביו כו' - ואפילו אם אכלה גם הבן אח"כ שני חזקה לא מהני, משום דה"ל חזקה שאין עמה טענה (סמ"ע).

שירשה מאביו יש לו חזקה - משום דטוענין לירוש כל מאי שהיה אבוהון מצי למיטעו, 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 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"ג ו"א דאפילו לא הביאו עדים כו' - ור"ל שאין לבניהן עדים על זה אלא שהן עצמן טוענין כן בפניו הודו בו, נאמנין במיגו כו'. ולאפוקי מ"ש המחבר לפני זה דצריכין עדים לזה (סמ"ע).

חוץ מבן הגזלן. עיין בתשובת רמ"א סימן י"ב דף ל"ו ע"ב (ש"ך).

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 מודעה מכירתו מכירה, דאילו למחבר דס"ל דבגזלן א"צ למסור מודעה, גם בזה דמנה לו המעות אין כאן חזקה אלא מחזיר לו הדמים (סמ"ע), ו"א דלסברת המחבר אפילו מעות אין לו, כיון דאינו נאמן לומר בפני מנה לך אבי

[שואלת הגמ' איך מדובר [כל הצירור האלה]. אם [הבנים] באו בטענת אביהם [פי' שאמרו, אבינו הוריש לנו את זה], אפילו [כל] אלה אין [להם חזקה]. ואם שלא באו בטענת אביהם [אלא טענו ש"אני קניתי את זה ממך], אפילו בן גזלן [יש לו חזקה]. לא [מדובר כן, אלא] צריך [לומר שמדובר], שהעדים אמרו: בפנינו הודה [המעורר לאביהן של אלו שמכרו להם], אלה [הבנים] יש לומר שהם אומרים האמת, [אבל] זה [פי' הבן של הגזלן] אף על גב שהודה לו [המעורר] אינו נאמן, כדברי רב כהנא, שאמר רב כהנא: לולא שהייתי מודה לו היה מוסר אותו [הקרקע] וחמורו לפקיד [פי' לאדם אלים והיה גובה את הכל ממני].

אמר רבא: לפעמים שאפילו בן בנו של גזלן אין לו חזקה. איך מדובר. כגון שבא בטענת אבי אביו [שטוען מאבי אבי אני יורש¹¹⁸].

איך מדובר [המקרה הנ"ל של] גזלן [שאינו לו חזקה]. אמר רבי יוחנן: כגון שהחזק על שדה זו בגולה¹¹⁹ [בידו, ובו אין לו חזקה אבל יש לו חזקה בשדות אחרות]. ורב חסדא אמר [המקרה של גזלן אין לו חזקה מדובר] כגון "בית פלוני" שהורגים על עסקי ממון [ולזה אין חזקה על שום שדה].

החכמים למדו: אומן אין לו חזקה¹²⁰, [אבל אם הוא] ירד מאומנותו [ואחר כך החזיק], יש לו חזקה. אריס אין לו חזקה, [ואם הוא] ירד מאריסותו¹²¹ [ואחר כך החזיק], יש לו חזקה.

בן שפרש¹²² [מלהיות סומך על שלחן אביו], ואשה שנתגרשה, הרי הן כשאר כל אדם [ואם החזיקו בקרקע ג' שנים, הרי הוא שלהם]. זה מוכן בן שחלק צריך [לכתוב אותן], שהייתי חושב [שאביו] מוחל לו [את הפירות, וזה אינו חזקה] לכן לומדים שלא. אלא אשה שנתגרשה זה פשוט [הרי שונאים זה את זה]. זה לא [פשוט, אלא] צריכים [להעמיד את הצירור],

המעות אלא במיגו דלקוח, כיון דאינו טוען על גוף הקרקע אלא בדמיו ה"ל מיגו להוציא, וכמ"ש בש"ע סימן ק"נ 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, שהרי כאן מיירי דהנגזל מכחיש במניית המעות, דא"כ לא היה צריך הרמ"א לומר דנאמן הבן מטעם מיגו, וא"כ קשה, דכיון דמכירה באונס אין להסטר אלא דין מלוה ע"פ כמבואר בסימן ע' סעיף י' ובסימן ק"נ 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 משכונן הוי כמיגו להחזיק כמבואר לעיל סימן ק"נ סעיף ז', וא"כ מיגו שלו הוא עדיפא, דמיגו שלו הוי להחזיק ומיגו של הנגזל הוי להוציא (נתה"מ).

וזן בן הגזלן אפילו בא - כצ"ל "ובן" בבי"ת ולא "וכן" בכ"ף, וכאשר כתבתי לפני זה בסימן סק"ד? ומ"ש "אפילו בא", הכי פירושו, לא מביעיא אם בא בטענת עצמו שהמעורר מכרו או נתנו לו שקנאו, אלא אפילו אם בא בטענת אביו ג"כ קנאו (סמ"ע).

בפני הודית שמכרת לאבי אבא - פירוש, לאחר שהיתה בידו הודית בפני שמכרתו לאבי אבא. ובכה"ג בבן הגזלן לא מהני, אף שהודה לפני הבן שלא בפני אביו הגזלן, י"ל שחשש שיועד לאביו (סמ"ע).

¹¹⁸ י"ג יש לו חזקה ואז: ומאחר והנכס לא היה גזלן ומיגו שיכול לומר קניתי אותו ממך כשאמר זקני הורישתי לאבי ואבי הורישתי נאמן דחזקה שיש עמה טענה היא.

¹¹⁹ ע"י ש"ע (ח"מ ס' קמט ס"ג): מי שהחזק גזלן על השדה זו, או מי שהחזקו אבותיו שהם הורגים נפשות על עסקי ממון, אע"פ שאכל שדה זו כמה שנים, לא החזיק ותחזור השדה לבעלים, וכן המחזיק בנכסיו אינה ראייה. מי שהחזק גזלן כו' - עיין בתשו' ו' לב ספר א' כלל ט"ו סימן פ"ו כתב כה"ג (ש"ך).

או מי שהחזקו אבותיו שהן הורגין נפשות כו' - י"א אם הוא מוחזק שהורג נפשות על עסקי ממון, ולא משפחתו, ומדלא ביארו הראשונים דין מי שהחזק גזלן על כמה ענינים אבל אין יודעין בו שהורג נפשות מה דינו, דנראה דכל כי זה מוחזק בהורג נפשות מיקרי, דכיון דיועד שאדם בהול על ממוןו ויעמוד כנגדו להצילו, ודאי בא להרוג או ליהרג (סמ"ע).

וכן המחזיק בנכסיו כו' - נראה דאמי שהחזק שהורג נפשות לחוד קאי, וי"א דאפילו אינו גזלן אלא על שדה זו דמיקרי ג"כ סתם גזלן, אין מחזיקין בנכסיו, והטעם, דכיון שמיטיל מורא על שדה זו של אחר, כ"ש שמיטיל מורא על שדה של עצמו (סמ"ע).

במגורשת ואינה מגורשת¹²⁰ [פ"י ספק מגורשת כגון זרק לה גט והוא ספק קרוב לו או לה], וכדברי רבי זירא, שאמר ר' זירא אמר ר' ירמיה בר אבא אמר שמואל: כל מקום שאמרו חכמים [אשה] מגורשת ואינה מגורשת, בעלה חייב במזונותיה¹²¹ [שהיא עוד קשורה אלין].
אמר רב נחמן, אמר לי הונא: כולם [פ"י אריס אומן וכל אלה הנ"ל שאין להם חזקה, אם] הביאו ראייה [פ"י שטר מכירה או עידי מכירה], ראייתן ראייה, ומעמידין את השדה בידם¹²². [אבל] גזלן שהביא ראייה [עדי

¹²⁰ ע"י ש"ע (ח"מ ס' קמט ס"ז): נתגרשה אפילו ספק גירושין הרי היא כשאר כל אדם. אלמנה אצל יתומים, כל זמן שיש לה מזונות אין לה חזקה בנכסי בעלה.

נתגרשה אפילו ספק גירושין כו' – ו"א ואף על פי שעדיין חייב במזונותיה ולא ייחד לה שדה אחרת אפ"ה יש לה חזקה, כיון דמסני סני לה מסתמא אינו נותן לה הפירות למזונותיה בלא דין, ומדהניחה לאכול בשופי ודאי קנתה, ו"א דמיירי גם כאן דוקא כשייחד לה שדה אחרת למזונותיה (סמ"ע ושי"ק).

ע"י ש"ע (אה"ע ס' פז ס"א): אין לאיש חזקה בנכסי מלוג של אשתו שאכלם שני חזקה, אף על פי שהתנה עמה שאין לו פירות בנכסיה. וכן אין לאשה חזקה בנכסי בעלה, ע"י שאכלתם שני חזקה. הגה: ודוקא בחזקה כזו, אבל בחזקת נזיקין, כגון פתיחת חלונות וכדומה לזה, יש לאיש חזקה בנכסי אשתו, והוא הדין לאשה על בעלה. וע' בחושן המשפט סימן קמ"ט.

ביאור: אף על פי שהתנה - שאין דרך אשה לדקדק אם בעלה שלא יאכל פירות אפילו אם התנה שלא ירש אותה (ב"ש), ע"י ח"מ (ס' קמט ס"ז) דיש חולקין בחפירות בורות שקלקל גוף הקרקע. וכל דיני התנאי והסילוק מן הפירות והגירוש בדיבור או בקנין באירוסין או לאחר שנשאת יתבאר לקמן בס"י צ"ב (ח"מ).

וכן אין לאשה חזקה - אא"כ נתגרשה, אפילו ספק גירושין, ע"י ח"מ (ס' קמט ס"ז) (? (ב"ש), אף על פי שנשתמשה כחפצה כמה שנים ואף על פי שיחד לה שדה במזונותיה ואכלה שדות אחרות (ח"מ).

אבל בחזקת נזיקין וכו' - בח"מ (ס' קמט ס"ז) כתב הרמ"א דין זה בשם "א משום שאינו מוסכם דהא לדעת המחבר אפי' חפר וקלקל הקרקע אין לאיש חזקה מל"ש פתיחת החלונות יכולה האשה לומר "לא מחלתי תשמיש לא לדורות רק עם בעלי לא דקדקתי לפי שעה" (ח"מ), פ' אפילו שראתה לאלתר וידעה ולא מיחתה (ע"י ח"מ ס' ז') (? (ט"ז).

ועיין בח"ה - שם מבואר דיש חולקים על זה, ועיין תשובת מהר"מ מלובלין ס' ל"א¹²⁰ (ב"ש).

¹²¹ ע"י ש"ע (אה"ע ס' צג ס"ב): האשה שהיה לה ספק גירושין ומת בעלה, אינה נזונית מנכסיו, שאין מוציאין מיד היורש, מספק. אבל בחיי בעלה יש לה מזונות עד שתתגרש גרושין גמורים.

ביאור: ספק גירושין - הנה בחיי הבעל אם גירש אות' ולא סילק הכתובה עד פרוטה האחרונה יש מחלוקת בפוסקים אם יש לה מזונות ולכ"ע אם מת קודם שסילק הכתובה אין לה מזונות מן היורשים וכן חלוצה אין לה מזונות וכן כאן צ"ל שמדובר דלא סילק לה הכתובה ומ"מ אין לה מזונות מטעם שמא גרושה היא (ב"ש), ו"א דכאן מדובר אף על גב דלא קבלה עדיין כתובתה אבל בחיי בעלה יש לה מזונות אפילו אם כבר נתן לה כתובה (ט"ז).

עד שתתגרש גרושין גמורין - וכשתתגרשה לגמרי אף שלא נתן לה כתובה אפ"ה אין לה מזונות ודלא כהחולקין שיש לה מזונות עד שישלם לה כתובה עד פרוטה אחרונה (ח"מ), אשה האומרת "גרשני" שלא בפני בעלה, ואח"כ בא בעלה ומכחיש, והרי היא אסורה להנשא (ע"י &) ואח"כ באו עדים או שבעלה בעצמו הודה שגירשה, הוא חייב במזונותיה למפרע משום שעל ידו היתה מעוכבת להנשא, אבל בגלל הספק אין להוציא מיד הבעל (פ"ת).

¹²² ע"י ש"ע (ח"מ ס' קנא ס"א): כל אלו שאין אכילתן ראייה, אם הביאו עדים שמכרו להם הבעלים שדה זו או ניתנה להם במתנה ראייתן ראייה, חוץ מהגזלן ובעל בנכסי אשתו, ודוקא בנכסים שעומדים ברשות בעלה בחייו, משא"כ בנכסי מלוג שחן עומדין באחריות שלה ולא שייך בו זה טעמא, אם יש לבעלה ראייה מעדים או משטר שבידו שמכרה לו, מהני ליה (סמ"ע).

כל אלו שאין אכילתן ראייה כו' - פירוש, כגון האפוטרופים והשותפים והאומנים והאריסים ואיני דקא חשיב בסימן קמ"ט וק"ו (סמ"ע).

חוץ מהגזלן - טעמו וענינו כתב המחבר בסמ"ע בסעיף ג'. ובעל בנכסי אשתו הטעם, משום שבעלה לומר לא גמרתי לדעתיה להקנות לו, אלא לעשות נחת רוח לבעלי נתכונתי. ודוקא בנכסים שעומדים ברשות בעלה בחייו, משא"כ בנכסי מלוג שחן עומדין באחריות שלה ולא שייך בו זה טעמא, אם יש לבעלה ראייה מעדים או משטר שבידו שמכרה לו, מהני ליה (סמ"ע).

בנכסי צאן ברזל כו' - נראה דר"ל כאן נכסי צאן ברזל, שהכניסה לו שדה בבדוניא, והנדוניא נקראת צאן ברזל, כמבואר באבן העזר סימן פ"ה ס"ב (סמ"ע).

בשדה שייחד לה - ר"ל, אם קנה ממנה השדה שייחד לה תחת המטלטלין שהכניסה לו בבדוניא. ובשדה שכתב לה. הוא מה שכתב לה שדה על מנה או מאתיים של כתובה, שתגא לה אפותיקי לגבות כתובתה ממנה (סמ"ע).

מכירה או עדי הודאה אבל מתן מעות לא ראו], אין ראייתו ראייה [כנ"ל כדברי רב כהנא שעשו כך מפחד נזק], ואין מעמידים את השדה בידו [ולא לכל הבא מכחו כגון בן גזלן או לוקח מגזלן].

[מקשה הגמ' מה [הדבר החדש] ולומדים מזה. [הרי כבר] למדנו: לקח [קרקע] מסיקריקון [פ"י מגזלן נכרי ההורג נפשות על עסקי ממון, שאומר לו בעל הקרקע "שא קרקע זו והניחני", ומתנה זו לא הוי מתנה, ולכן הקונה אותה אינו שלן] וחזר ולקח מבעל הבית, מקחו בטל¹²³ [שכן רק מחמת פחד דסיקריקון הקנה לו ללוקח. אלא רב הונא בא ללמד] לאפוקי מדעת רב, שאמר רב: לא שנו [שאם חזר וקנה מבעל הבית שלא קנה] אלא שאמר לו [בעל הבית בפני עדים] "לך חזק וקני" [ולא קיבל כסף בפני העדים], אבל בשטר קנה [ורב הונא לומד ששטר שגזלן מביא אינו ראייה]. קמ"ל כדברי שמואל, שאמר: אף בשטר לא קנה [שכן רק כתב לו בגלל אימת הגזלן] עד שיכתוב אחריות נכסים⁶³.

ורב ביבי מסיים בה [פ"י את דברי רב נחמן בשם רב הונא] בשם רב נחמן: קרקע אין לו [לגזלן], אבל מעות יש לו [פ"י מה שנתן הגזלן לנגזל בדמי הקרקע, את זה הנגזל צריך להחזירו, ולומדים מזה שתלוהו ומכר אינו מכירה, ורב הונא לא מסכים לדברי רב נחמן, וכדלקמן].

[ממשך הגמ' בענין] כמה מדובר [שיש לגזלן הכסף], שאמרו עדים "בפנינו מנה לו [הכסף]", אבל אמרו עדים, בפנינו הודה לו [הנגזל כמה כסף הוא קיבל מהגזל על הקרקע], לא [מגיע לו לגזלן כסף], כדברי רב כהנא, שאמר: לולא שהייתי מודה לו היה מוסר אותו [הקרקע] וחמורו לפקיד [פ"י לאדם אלים והיה גובה את הכל ממני].

אמר רב הונא: תלוייה ומכר [פ"י א' תלה השני או יסר אותו יסורים עד שמכר וקיבל כסף ואמר "רוצה אני"], מכירתו מכירה¹²⁴ [ואינו יכול לחזור בו]. למה. כל מי שמוכר [חפציו], לולא שהוא אונס לא היה מוכרו, ואפילו הכי מכירתו מכירה. ואולי יש לחלק בין אונס של עצמו [שהוא צריך כסף, ולכן מוכר מדעתו], לאונס [שכן אדם] אחר [מטיל עליו]. אלא כמו שלמדנו:

ובשדה שנתן לה משלו – ו"א דר"ל כנגד תוספת כתובה שמוסיף לה על המנה ומאתים, וכתב לה ששדה זו תהא מיוחדת לגבות ממנה התוספת, ו"א דאיירי כאן שקנה ממנה אחת מהשדות הללו, ונתן לה שטר עליו שתגבה המעות מנכסיו אחר מותו או לכשתתגרש, שהרי בכל הני לית לה לגוף השדה כי אם לאחר שתתאלמן או תתגרש (סמ"ע).

אבל בנכסי מלוג יש לו ראי' כו' - וכן עיקר (ש"ך).
¹²³ ע"י ש"ע (ח"מ ס' רלו ס"ד): אפילו תוך "ב חדש אם קנאה מהבעלים תחילה ואחר כך קנאה מעכ"ם מקחו קיים אבל אם קנאה מעכ"ם תחילה ואחר כך מהבעלים מקחו בטל ואפילו עושה לו שטר אלא אם כן קבל עליו אחריות או שהודה או יש עדים שקבל ממנו מעות:

אבל אם קנאה מהגוי תחילה כו' - דמוכרח היה הבעל להסכים במכירת המציק וגם לכתוב לו שטר, כמו שמתחילה היה צריך ליתן לו השדה בנתניה גמורה כדי להציל נפשו. אבל אם קיבל עליו הישראל המוכר אחריות, ודאי במכירה גמורה מוכר להלוקח, דזה ודאי לא היה מבקש ממנו המציק, כמו שלא ביקש ממנו מתחילה כשפדה נפשו בשדה זו ליתן לו אחריות על השדה (סמ"ע).

או שהודה - היינו שהוא מודה שקיבל המעות רק שאמר שמחמת יראה קבלם, אין שומעין לו, דה"ל למסור מודעא. אבל אם כבר הודה שקיבל המעות ועכשיו אומר מעולם לא קיבלתי מעות והוצרכתי כבר להודות מחמת יראה, שומעין לו, וכמ"ל לעיל (ס"י רה ס"י) (סמ"ע).

דברי חכמים. אלא סברא הוא, שבגלל אונס מחליט למכרו [מאחר ויש ב' דברים, גם יסורים וגם כסף, ולכן לא חסר כלום].
 רב יהודה שאל: גט המעושה, בישראל, [פי] ואם ישראל כפו אדם לתת [גט], כשר. אבל [אם כפוחו] על ידי גוים, פסול⁶⁴, [ואם כ"ד רוצים לכופו על ידי] גוים [גיהיה גט כשר, מורים לגוים שיהיו] חובטין אותו ואומרין לו "עשה מה שישראל אומר לך"¹²⁷. ולמה [זה לא גט כשגוים כפו אותו]. גם שם שנאמר: בגלל אונס מחליט לגרשה [שהרי הוא לא מפסיד כלום, כמו במכירה בעל כרחו, אם אשתו שנאתו ובלא גט גם כן לא תעמוד אצלו וגט זה אינו אלא להתירה לאחרים לא מפסיד כלום]. הרי למדנו על זה, אמר רב משרשיא: דבר תורה אפילו בעכו"ם כשר, ולמה אמרו בעכו"ם פסול [מדברבן, וצריכה גט אחר, אבל אם קבלה כסף קידושין מאחר צריכה גט משניהם]. כדי שלא תהא כל אחת ואחת הולכת ותולה עצמה ביד עכו"ם [פי] להחניף לו או לזנות עמו עד שיכריח את בעלה לגרשה] ומפקעת עצמה מיד בעלה.

רב המנונא שאל: מי שקנה מסיקיקין [פי] מגולן נכרי ההורג נפשות על עסקי ממון, שאומר לו בעל הקרקע "שא קרקע זו והניחני", ומתנה זו לא הוי מתנה, ולכן הקונה אותו אינו שלון וחוזר ולקח מבעל הבית, מקחו בטל. ולמה. גם שם שנאמר: בגלל אונס מחליט ומוכרו. הרי למדנו על זה, אמר רב: לא שנו [שחזר וקנה מבעל הבית לא קנה] אלא שאמר לו "לך חזק וקני" [ולא קיבל כסף בפני העדים], אבל בשטר, קנה. ולפי שמואל שאמר: אף בשטר לא קנה, מה אפשר לומר. מודה שמואל במקום שנתן כסף [שקנה].
 ולרב ביבי שסיים בה בשם רב נחמן: קרקע אין לו [לגולן מהנולד, אבל] מעות יש לו, מה אפשר לומר. רב ביבי הוא הלכה [אחת שאמר בשם אחרים, ואינה לא משנה ולא ברייתא], ורב הונא לא מסכים עם הלכה זו. אמר רבא, ההלכה: תליוהו ומכר, מכירתו מכירה. ולא אמרו אלא

[נאמר בפסוק] "יקריב אותו" [וזה תוספת מילים שבאים], ללמד שכופין אותו [להקריב את מה שנדר]. הייתי חושב [שמקריבים אותו] בעל כרחו. מלמד הנאמר "לרצונו", כיצד אפשר לעשות את זה, שכופים אותו ונחשבו לרצונו. כופין אותו עד שיאמר "רצוה אני"¹²⁵ [אם כן כאשר מייסרים אדם עד שמסכים נחשב לרצונו, והוא הדין למכירה].
 ואולי שם שונה, שהוא רוצה שיהיה לו כפרה [ולכן כשאמר "רצוה אני" זה דאי בלב שלם]. ואלא מסוף הברייתא: וכן אתה אומר בגיטי נשים [שמי חכמים אמרו שחייב לגרש את אשתו, ולא רוצה], כופין אותו [ליתן גט] עד שיאמר "רצוה אני"¹²⁶. ואולי שם שונה, שמצוה לשמוע

¹²⁵ עי' רמב"ם (מעשה הקרבנות פ"ד הט"ז): אף על פי שנאמר לרצונו כופין אותו עד שיאמר רוצה אני, בין שנדר ולא הפריש בין שהפריש ולא הקריב כופין אותו עד שיקריב.

¹²⁶ עי' שו"ע (אה"ע ס' קלד ס"ה): הא דאינו גט כשהוא אנוס, ה"מ כשמסר מודעא. אבל אם לא מסר מודעא, אם אנסוהו שלא כדון, פסול. וכדון, כגון שהוא חייב להוציא ואינו רוצה, ואנסוהו ב"ד עד שהוציא, הוי גט. ומצוה על כל א"ד שבלב מקום ובכל זמן לכופו לגרש לבטל המודעא.
 ביאור: ה"מ כשמסר מודעא - ואז הגט בטל אפי' אם הוא חייב לגרש כדון, וכל שלא ביטל המודעא, הגט בטל (ב"ש).

פסול - פי' מדאורייתא וכן אם אנסוהו עכו"ם כדון הגט בטל (ב"ש), וה"ה אם מסר מודעא וכפוחו לבטלה נמי פסול ואם הוא כדון צריך ע"כ לבטל המודעא אף על פי שהוא ע"י כפייה. ואם הוא חייב לגרשה ומסר מודעא תחילה כדי לבטלו משמתין ליה, ובאמת כל הכפיות שבעולם עושין לו כדי שיגרש כדון (ט"ז).

ואנסוהו ב"ד עד שהוציא - פי' אונסי' אותו עד שיאמר רוצה אני, דעד שיאמר רוצה אני היינו שביטל המודעא בפירוש (באה"ג), וע' בתשו' חות יאיר ס' נ"ה ונ"ו, אם אנסו באונס הגוף או באונס ממון כדי למכור, ובהאי הנאה שנפטר מהאונס במכירה זו, אומרים שבגלל האונס והכסף יחד גמר ומקנה, דאומדנא דמוכח דאיא דגמר ומקני שוב א"צ לאמירתו, דהא אנו סהדי דגמר ומקני, דכל היכא דאכא אומדנא דמוכח הויין דברים שבלב ג"כ דברים, משא"כ בחמסן שלא אנסו בשום אונס רק שחפץ החפץ ונתן דמיו, שלא נפטר משום אונס במכירה זו, ולא שייך לומר אגב אונסייה גמר ומקני דהא לא נפטר משום אונס וליכא אומדנא שנתרצה, צריך שיאמר רוצה אני בפירוש (פ"ת * נתה"מ), וע' בס' גט מקושר אות מ"ו מ"ש בזה (פ"ת).

עי' שו"ע (אה"ע ס' קנד סכ"א): (כא) כל אלו שאמרו להוציא, כופין אפי' בשוטים. וי"א שכל מי שלא נאמר בו בגמרא בפירוש כופין להוציא, אלא יוציא בלבד, אין כופין בשוטים אלא אומרים לו: חכמים חייבוך להוציא, ואם לא תוציא מותר לקרותך עבריין. הגה: וכיון דאיכא פלוגתא דרבנן, ואי להחמיר שלא לכופו בשוטים, שלא היא הגט מעושה. אבל אם יש לו אשה בעבירה, לכ"ע כופין בשוטים. וכל מקום שאין כופין בשוטים, אין מנדין אותו ג"כ. ומכל מקום יכולין ליגזור על כל ישראל שלא לעשות לו שום טובה או לישא וליתן עמו, או למול בניו או לקברו, עד שיגרש. ובכל חומרא שירצו ב"ד יכולין להחמיר בכהאי גוונא, ומלבד שלא ינדר אותו. אבל מי שאינו מקיים עונה, יכולין לנדוהו ולהחרימו שיקיים עונה או שיגרש, כי אין זה כפייה, רק לקיים עונתו, וכן כל כיוצא בזה וכן מי שגרש אשתו בגט כשר, ויצא קצת לעל הגט, מותר לכופו לתת גט אחר. ובכל מקום דאיכא פלוגתא אס כופין או לא, אף על גב דאין כופין לגרש, מכל מקום כופין אותו ליתן כתובה מיד, וכן הנדוניא דאנעלת ליה.

ראוי להחמיר - הכלל הוא הנושא אשה בעבירה כופין אפילו בשוטים, וכן אם נשא שניה וכן כל אלה ה"ל (ס' ז ס"ז), וכל הני דכופין מחמתם אין נותנים להם תוספות כתובה. אבל כשהב"ד כופין לגרשה כשלא ילדה י' שנים, יש לה תוספת כתובה דלאו מחמתה הוא, וי"א שכופים בשוטים, וכשבאה מחמת טענה כופין אותו וי"א "א בשוטים וי"א דלא כופים אותו בשוטים אלא מוסיפים על הכתובה כדון מורד, ואפילו בזמן הזה יכול לגרשה בע"כ, אע"פ שגזר רבינו גרשום שלא לגרש אשה בעל כרחו עכ"ז נהגו חכמי דורות להעלים את עיניהם בענייני הזיווג משום דהיה צריך לכפות את כולם ואי"א, לכן כל שאינו איסור מצד השוואים העלימו עיניהם, ועוד הרי אפשר לו לישא עוד אחרת [במקומו לא היה תקנת ר"ג], מ"מ לנו בני ארצות שבו של תקנת ר"ג האיסור במקומו עומד אלא חכמי הדור אין כופין מ"מ האיסור חל על כל¹²⁶ אדם לכן נראה אפילו בזמן הזה דאיכא חר"ג מ"מ אם לא ילדה י' שנים יכול לגרשה בעל כרחו, ובכל אלו נראה אפי' הורה חכם להיתר ונשאת, כופין להוציא (ב"ש), עי' לעיל (ס' א ס"ג), ויש חולקים, עי' רמ"א (ס' א ס"ג) או שהוא מן הדין לגרשה ואינה רוצה ליקח גט יש להקל ולהתיר לו לישא אחרת [ולא התיי לתת לה גט בעל כרחו] ועמ"ש לעיל (סקכ"ה) וגם בס' א' סקט"ז?
 ועכ"פ מידי ספק לא יצאנו א"כ הוי ספק איסורא ולחומרא אמנם אם נודע שהמניעה ממנה כופין אותה להתגרש, ומ"מ יכולים לגזור על כל ישראל שלא לעשות לו שום טובה כו', ומ"מ יכול למנוע ממנה שאר וכסות, ואין שייך לומר בזה כיון שהבעל מוחזק בשיארו וכסות יאמר קים לי כהפוסקים שרשיא

לגרש בע"כ משום דהוי ספק איסורא ולחומרא, ובפרט בזה"ז שאין כופין על פרו ורבו אלא צריך לפייס אותה שתקבל גט ברצון ובאם לאו צריך ליתן לה עכ"פ שאר וכסות (פ"ת). ויאמרו לה שהדין שתקבל גט ברצון כדי שלא יבטל הבעל מפרו ורבו ולכן נכון שתתיר לה לכך וגם היא מצווה בכך לשמוע דברי חכמים ואם בכל זה לא תתיר לה לקבל גט ראוי להסתלק מן הדין הזה שלא להכניס עצמו בהתרת חרמים אמנם אם שהא י"ש זורע אין לו כלל אם הבעל מעצמו מונע ממנה תשימש לחוד או שאר וכסות לחוד והאשה תוכל להספיק עצמה בצמצום, אין למחות בידו, אבל אם מונע ממנה כל החיובים של שאר כסות ואונאה, או אפילו מזונות לחוד והיא אינה יכולה להסתפק אפילו בצמצום ראוי להחרימם בב"ד על תנאי דהיינו אם כונתו לשם שמים לקיים פרו ורבו, אין כאן ולא חרם ולא שמתא, אבל אם חפצו לפוטרה בגט מבלי לישא אחרת בת בנים, אז יהיה הנידוי חל ומעתה אין לחוש לתקלה (פ"ת). מעיקר הדין מן הראוי שיכפו הב"ד בשוטים לכל שוהה עם אשתו עשר שנים ולא ילדה שיצויאנה ויתן לה הכתובה, אלא שאין לנו כח להעמיד משפטי הדת על תלם בכל דבר מפני בעלי זרוע, אבל הבעל מחוייב לעשות ואם אין רצונו בשום אופן לקבל גט ברצונה רשאי לכופה מניעת שאר כסות ואונאה ואין כח ביד שום ב"ד לכופו על זאת המניעה דיכול לומר קים לי כהפוסקים דס"ל דבמקום מצוה לא תיקן כלל (פ"ת), אם שהבעל אחר הגירושין יתחייב וישעבד עצמו עליה באופן המועיל, שאחר שיקיים המצוה באחרת שיקח לו, יגרש אותה וישוב ליקח הראשונה, מותר להחזירה ואפילו באשה שיש בה קצת סימני אילונית כל שלא אמר לה משום אילונית אני מוציאך רשאי להחזירה ובכה"ג הרשות ביד הבעל לגרש השני' אפילו בע"כ כל שנשאת לו בתחלה בתנאי הזה וגם בכל אשה שנשאת מתחלה בתנאי שתהיה אשתו רק לזמן מה או עד שיקיים פרו ורבו ואח"כ יגרשנה יכול לגרשה אח"כ בע"כ וישתעבד אל הראשונה באופן המועיל דלית ביה משום אסמכתא וקנין דבר שלב"ל (עי' ח"מ ס' ס' וס' רז) ואח"כ יקח השני' על תנאי הזה שתצא ממנו בע"כ אחר שיקיים המצוה עמה ומ"מ אין להקל בכיוצא בזה במקום אחר כ"א בנדון הזה וגם בזה צריך הסכמה משני מורי הוראה (פ"ת).

ומ"מ יכולין כו' - היום שהרחקות חשובים כנידוי אין לעשות לו שום הרחקה רק שאומרים לו מותר לקרותך עבריין ועכ"ז טוב להחמיר (פ"ת).
 כי אין זה כפי' כו' - עי' לעיל (ס' עז ס"א וס"ג?) דכופין להוציא במי שמונע מתשמיש אם לא בבאה מחמת טענה [שאינו יורה כחין] ואף במנוע ממנה כל עניני אישות יש לחוש למעשה (עי' לעיל סק"ז וסק"ח?) (פ"ת).

מותר לכופו לתת גט אחר - ועמ"ש לעיל (ס' קנ סק"ג?) (פ"ת).
 מ"מ כופין אותו ליתן כתובה - עיין בש"ג פ' המקבל דף קל"ג ע"ב (רע"א).
¹²⁷ עי' שו"ע (אה"ע ס' קלד ט"ט): אם דחקו אותו בית דין של ישראל על ידי עובדי כוכבים, והיו עובדי כוכבים מכין אותו ואומרים: עשה מה שישראל אומרים לך, דינו כאנסוהו ישראל.
 עשה מה שישראל אומרים לך - ה"ה אם אומרי' שתם תן גט כיון שבא ע"י ישראל (ב"ש).

מכירתו מכירה, היינו במקום שלא מסר מודעא אבל המודעא שכתב בה תבטל המכירה, וכן מי שחתם על השטר מכירה, טוב שחתם. [מקשה הגמ' איך שתרצה [זה סתירה]. אם המודעא [כשר, ובצדק, מובן שיחתום עליו, אבל אז] אין [לחתום] על השטר מכירה. ואם השטר מכירה [כשר, ובצדק, מובן שיחתום עליו, אבל אז] אין [לחתום] על השטר מודעא. [מתרץ הגמ' כך נאמר: לולא המודעא, מי שחתם על השטר מכירה, זה טוב שחתם.

רב הונא [הסביר] לשיטתו, שאמר רב הונא: תליוהו ומכר, מכירתו מכירה [ועכ"ז אפשר לכתוב עליו מודעא. מקשה הגמ' באמת [כך הוא, שמודעא מבטל שטר מכירה, כשהם אותם העדים]. הרי א"ר נחמן: העדים [החתומים על השטר] שאמרו "אמנה היו דברינו" [פי' שלא הלוהו כשכתבו את השטר אלא כתבונו לו ולכשיצטרך ילוה בו, והאמינו לזה למלוה שלא יוציא עליו שטר מלוה זו לגבות הימנו א"כ ילוה לו, וזה שעבר לו נכסיו מעכשיו אם ילוה אפי' לאחר זמן, ולכן אינו שטר מוקדם שהוא פסול],

בשדה סתם [פי' שהכריחוהו למכור אחת משדותיו והמוכר בירר מעצמו ומכר את זאת, כיון דמדעתו בירר רעה שבהן בירר, שאינו חושש בה כל כך וגמר להקנה לו], אבל [אם האנס הכריחו] בשדה זו, לא [קנה]. ואפילו [במקרה של שדה זו, לא אמרו [שלא קנה] אלא ש[המוכר] לא מנה את המעות [שבוזה גילה דעתו שקבלם נגד רצונו], אבל [אם המוכר] מה את המעות, לא [בטל המכר, אלא המכר קיים]. ולא אמרו [שבתלוהו ומכר שדה זו, ולא מנה את המעות, שלא קנה] אלא שלא היה לו [אפשרות למוכר] להשתמש [מהמכירה], אבל אם היה לו [למוכר אפשרות] להשתמש [לומר המתן לי עד למחר או עד שתבוא אשתי או שום דיחוי שיכול לטעות בו האנס], לא [בטל המכר אלא זה חל].

וההלכה: בכך [המקרים הנ"ל] המכירה הוא מכירה¹²⁸, ואפי' בשדה זו [ולא מנה המעות, ולא היה אפשרות להשתמש, דהוי אונס גמור ואמר "רוצה אני"], שהרי אשה [פי' שמכריחה אדם לקבל קדושו ולהתקדש לו] דומה לשרה זו [שאינו חפץ כי אם בה], ואמר אמימר [וכך הוא ההלכה]: תליוהו וקדיש, קדושו קדושו¹²⁹.

מר בר רב אשי אמר: באשה ודאי קדושו לא הוה [קידושו] אם תלויה וקדיש, אע"פ שמן הדין, זה קנה, עשו תקנה שלא, מאחר [הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו עמו שלא כהוגן והפקיעו רבנן לקידושה ממנו. אמר רבינא לרב אשי: זה מובן כשקידשה בכסף [יכולין חכמים להפקיע הקדושו] דהפקר ב"ד הפקר גבי ממון וכאילו קדשה בגזל ובחמס, ולכן לא הוה קדושו], אבל [אם הוא] קדשה בכיאה, מה אפשר לומר. אמר לו: רבנן קבעו את בעילתו לבעילת זנות.

"טאבי" [איש אלים] תלה את "פאפי" על עץ "כינרא" [שהוא ימכור לו שדה שלן] והוא מכרה לו, חתם רבה בר בר חנה [ועוד עד א'] על המודעא [שטר שגילה אונסו] וגם [חתם על] השטר מכירה. אמר רב הונא: מי שחתם על המודעא¹³⁰, זה טוב שחתם [אע"ג שאם תלוהו ומכר

¹²⁸ עי' ש"ע (ח"מ סי' רה ס"א): הוב"ד לעיל הערה 78.

¹²⁹ עי' ש"ע (אה"ע סי' מב ס"א):

¹³⁰ עי' ש"ע (ח"מ סי' רה ס"ט): עידי המודעא יש להם לחתום הם עצמם באותו הממכר שנמסר להם המודעא עליו ואין בכך כלום, ואפילו אמר להם בפני האנס ברצוני מכרתי בלא אונס הוי המודעא קיימת, כשם שאונסו שמכר בלא רצון כך אונסו עד שאמר ברצוני אני מוכר, ע"ל סימן מו אי נאמינם לומר מודעא היה דברינו. הגה: שטר מודעא שאין בו זמן, ואין העדים כאן ולא ידעינן אי נעשית קודם המכר או אחר כך, המודעא כשרה ומבטלת המקח מאחר ידיעינן באונסיה מסתמא מסר מודעא קודם לכן:

יש להם לחתום הם בעצמם כו' - רבותא קמ"ל בזה, דאע"ג דאין העדים נאמינם כדאיבורם לומר מודעא הוי דברינו, דלא בא דיבורם ומבטל חתימתם, מ"מ כשהו חתומין בשטר מודעא, בא אותו שטר בחתימתן הנכתב קודם שטר הקנין ומבטל שטר הקנין אשר חתימתן עליו הנכתב והנחתם אחריו, וכ"ש כשעדים אחרים מעידים על המודעא שנמסר לפניו קודם המכירה דמהני (סמ"ע).

שטר מודעא - אם אנסו בן אדם לעשות דבר, ובשעה שהיא לו לעשותו, כבר ירד האונס, לא נחשב כתלויה וכו', ואפי' ידענו שהאנס יש בידו כח לאנוס לכל אשר יחפוץ אין לנו לחוש כלל אלא לאנוס שכבר החלו לעשות אבל לאנוס שלא נעשה כלל עד עכשיו ולא הגזימו לעשותו לו אין לחוש (ש"ך הראש"ח).

מאחר ידיעינן באונסיה - פירוש, ע"י שטר מודעא זה ידיעינן אונסיה דהרי העדים מעידין ע"ז בהשטר (סמ"ע), כל דברי הרמ"א הם דווקא בשטר מכר ולא במתנה (ש"ך האגודת אזוב), ונראה דלאו דוקא, דאפילו ידיעינן האונס מעדים אחרים מבטלין המקח בצירוף מודעא זו, דבזה ג"כ שייך הטעם שכתב הסמ"ע ס"ק (נתה"מ), "א דאם כתב בשטר מתנה שמעיד על עצמו דלא הוי אונס ושלא מסר מודעה מהני, ויש חולקים (רע"א).

מסתמא "מסר" מודעא - כן צ"ל. והיינו טעמא, דמוקינן עדים על החזקה דלא הוי חותמין אם לא ידעו שהיתה קודם המכירה (סמ"ע), וי"א דכיון דספיקא הוא מוקי ארעא בחזקת בעלים הראשונים והמכירה בטילה ע"ש. ולפ"ז בפשרה שדינה כמכר (לעיל סעיף ג') אם התובע הוציא מסירת מודעא כו', אוקי ממונא בחזקת הנתבע והפשרה קיימת (קצה"ח), וי"א דעדי המודעא אין צריכין לחקור אם עדיין לא מכר, והעדים מעידין רק על האונס בלבד, ואח"כ יברר המוכר שהמודעא היתה קודם, אלא טעם אחר, דכיון שיש ספק אימת נעשה, אמרינן יד בעל השטר על התחונה. אבל כל זה דווקא אם היתה המודעא על דבר שאין לו קול, כגון במכירת מטלטלין או עסק אחר שאין לו קול, בזה צדקו דבריו שאין על העדים לחקור אם עדיין לא נעשה דבר, אבל אם היתה המודעא על מכירת קרקעות שיש לו קול, בזה צדקו דברי הסמ"ע דמוקינן העדים אחזקה כו', דאילו היתה המכירה קודם, מסתמא הוי ידיעינן העדים ממכירה זו ולא הוי רשאיין לכתוב המודעא שהיא שלא כדיון, והיה להם להרחיק מדבר שקר, שהרי לשון המודעא בלשון עתיד, שהוא אונס למכור כו'. ועוד שכתב דהרמ"א כאן דנקט רק מכר, ובאמת בדרכי משה כתב דין זה במכר או מתנה, משום דבמתנה אין לעדים לחקור שום דבר הואיל ואין צריכים

לכתוב וידענו באונסיה, משא"כ במכר, אולם לטעמא שכתב הסמ"ע דמוקינן העדים על חזקתן דלא הוי חותמין כו', גם במתנה שייך טעם זה [וה"ה מחילה]. ועוד יש נפקותא לדינא בין טעם שהביא רמ"א ובין טעם הסמ"ע, באם העדים לא כתבו המודעא רק שהעידו בעל פה בפני ב"ד שפלוני מסר מודעא בפניהם, ולא ידעו הזמן אם הוא קודם המכירה או אח"כ, דלטעם הסמ"ע לא שייך בזה חזקת העדים, שהרי לא חתמו כלל, א"כ אין עדות המודעא מבטל המכר, אמנם לטעם הרמ"א דמאחר ידיעינן באונסיה מסתמא מסר קודם לכן, המכר בטל. ישנם תקנה שהמסירת מודעא אינו מועיל רק לפני הרב התופס ישיבה (פ"ה).

אין נאמנים [הן אם קיימו חתימתם על פי שטר אחר, הן אם הם העידו שזה כתב ידם, חתימת השטר כאילו העידו בב"ד כל מה שכתוב בשטר שהלוהו מלוה ללוה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, וכן אם עידי השטר טענו מודעא היו דברינו [פי' שהמתחייב גילה לנו אונסו], אין נאמנין [כנ"ל שחתימתם הוי כאילו הודו על שטר שהוא כשר].
[מתקן בגמ', זה שעדים אינם נאמנים לומר כך] היינו [כאשר מעידים] בעל פה, שלא יבא [עדות] בעל פה, ויחליש שטר, אבל [אם העידו] בשטר [פי' שהמתחייב מסר לפניו אונסו], שטר [יכול] לבא ולהחליש שטר.

מה שלמדנו לפני כן, אמר רב נחמן: [אם העדים החתומים על השטר אמרו] אמנה היו דברינו, אין נאמנין¹³¹, [או אם אמרו] מודעא היו דברינו, אין נאמנין. אבל מר בר רב אשי אמר: [אם העדים החתומים על השטר אמרו] אמנה היו דברינו, אין נאמנין, [אבל אם הם אמרו] מודעא היו דברינו, נאמנין. למה. שזה ניתן ליכתב [פי' יש סיבה לכתוב שטר כזו, שזה מציל האנסו מאונסו, ונאמנים אפילו אם כתב ידם יוצא ממקום אחר, אין זה נחשב כחוזר ומגיד, שזה דבר אחר שהיה אונסו], אבל זה [פי' אמנה] לא ניתן ליכתב.

ולא לאיש חזקה בנכסי אשתו וכו'¹³². זה פשוט [שאם החזיק בנכסי מלוג של אשתו שנפלו לה מבית אביה בירושה ג' שנים אינה חזקה לומר לקחתה מאשתי ואבדתי שטרי, דאין דרך אשה למחות על בעלה כשמחזיק בנכסיה ואוכל את הפירות מאחר שזן אותה], כיון שיש לו [זכות בקרקעות שלה] לפרות [הקרקע], הוא אוכל הפירות [שניתנו לו בתקנת חכמים תמורת זו שהוא חייב לפדותה אם היא נשבית. מתוך הגמ', שזה לא פשוט, שכן זה] לא [מדובר בציר פשוט, שאדם מחזיק בנכסי אשתו אלא] צריכים [להעציד הציר], שהוא כתב לה: דין ודברים אין לי [שום זכות] בנכסים שלך [ועכ"ז אין לו חזקה ברכוש אשתו, שאין אשה מקפדת אם בעלה יאכל פירותיו שלא כדין]. וכי [כאשר הבעל] כותב לה [כך] מה זה עושה [זה לא כלום]. והרי למדנו, האומר לחבירו: דין ודברים אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקות ממנה, לא אמר כלום [שזה לא לשון מתנה]. אמרו בבית מדרש של רבי ינאי: המשנה שלנו, [מדובר] בכותב לה [כך] כשהיא ארוסה [והרי הבעל רק זוכה בפירות קרקעותיה כשהיא נשואה], וכדברי רב כהנא [שמועיל תנאי זו], שאמר רב כהנא:

¹³¹ עי' שו"ע (ח"מ סי' מו ס"ל"ז):

¹³² עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט ס"ט): הוב"ד לעיל הערה 40.

עי' שו"ע (אה"ע סי' פז ס"א): הוב"ד לעיל הערה 120.

נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר¹³³ [פי' שעתידה לבא ועוד לא הגיע], אדם מתנה [תנאי] עליה שלא יירשנה. וכדברי רבא, שאמר רבא: כל האומר איני רוצה תקנת חכמים [שהוא לטובתי] כגון זאת, שומעין לו¹³⁴. מהו כגון זאת. כדברי רב הונא אמר רב, שאמר רב הונא אמר רב: יכולה אשה שתאמר לבעלה איני ניזונת [ממך] ואיני עושה¹³⁵ [עובד עבודך, שעיקר התקנה שהבעל חייב במזונותיה, והיא תמורת זו חייבת לתת לו מעשי ידיה].

[מקשה הגמ' אפילו אם אין חזקת מועלת לן הרי ראייה [פי' ראיית עדים או שטר] יועיל לו [לקיים הקרקע בידו. מתרץ הגמ', גם זה לא יעזור, שכן היא], תאמר: עשיתי לבעלי נחת רוח [שמכרתי לו שלא יכעוס עלי אבל לא היה ברעתי להקנותו]. וכי לא למדנו במשנה: הקונה [קרקע של האשה] מן הבעל ואחר כך קנה מן האשה [פי' שנתן כסף השדה לאיש, ודבר קטן לאשה], מקחו בטל¹³⁶ [זה לא בטל לגמרי, שכן מה שקנה מהבעל הוא זכות פירותיו, ואת זה יש לקונה כל זמן חיי הבעל, או עד שיתגרש]. שהיא תאמר: עשיתי לבעלי נחת רוח, גם כאן היא תגיד כך¹³⁷: נחת רוח עשיתי לבעלי.

הרי למדנו על זה, אמר רבה בר רב הונא: לא נצרכה [את ההלכה זו שהאשה מוכר דבר שלא באמת רק כדי לעושת נחת רוח לבעלה] רק בג' שדות: אחת, שכתב לה בכתובתה,

¹³³ עי' שו"ע (אה"ע סי' צב ס"א):

עי' שו"ע (אה"ע סי' צב ס"ג):

עי' שו"ע (אה"ע סי' צב ס"ז):

עי' שו"ע (אה"ע סי' סט ס"ז): .

¹³⁴ עי' רמב"ם (מלוה ולוה פי"ט ה"ו): מכרן לאחד זו אחר זו הרי הלוקח נכנס תחת הבעלים, בד"א שלקח עידיית באחרונה אבל לקח זיבורית באחרונה כולן גובין מן הזיבורית שהרי אומר לטורף כשיבא לגבות מן השדה שלקח תחלה הרי הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ולמה אינו אומר לו הטורף כך אם לקח עידיית באחרונה ותגבה האשה ובעל חוב מן העידיית שלקח באחרונה, שזו תקנה היא ללוקח והרי אומר לוקח להן אי אפשר בתקנה זו אלא כל אחד מכם יגבה מן הראוי לו.

¹³⁵ עי' שו"ע (אה"ע סי' סט ס"ד):

עי' שו"ע (אה"ע סי' פ סט"ו):

עי' שו"ע (אה"ע סי' פא ס"א): .

¹³⁶ עי' שו"ע (אה"ע סי' צ ס"ז): .

¹³⁷ עי' שו"ע (ח"מ סי' קנא ס"א): הוב"ד לעיל הערה 122.

ואחת שיחד לה בכתובתה [לאחר נישואין כאפותיקי, ולא שכתוב בשטר], ואחת שהכניסה לו משלה [פי' מבית אביה כשנשא, ושמו אותו וכתבו שוויו בשטר הכתובה שקבלו עליו הבעל בדמים והן נכסי צאן ברזל שאם פחתו פחתו לו ואם הותרו הותרו לו, ורק ג' שדות אלה האשה סומכת עליו יותר, ולכן מקחם בטל].

[שואלת הגמ', זה שמוזכר ג' שעות אלה] מהו בא למעט. אם תאמר למעט שאר נכסים, כל שכן [שהיא תמכר אותם שלא באמת, ורק לעשות לו נחת רוח, ואם לא תמכר אותם] יהיה לו שנאה עליה, שיאמר לה: נתת ענין בגירושין או במיתתי [אלא מקחם בטל, והיא גובה את כתובתה מהם].

אלא [רבה בר רב הונא הזכיר ג' שדות אלה] למעט נכסי מלוג [כיון שהם שלה, ויש לבעל רק זכות הפירות, אינה מפחדת מבעלה ויכול למחות בבעלה שלא ימכר אותם. ומקשה הגמ' הרי אמימר אמר: איש ואשה שמרו בנכסי מלוג [משמע שהאיש מכר ואחריו האשה], לא עשו ולא כלום¹³⁸ [כנ"ל משום שהיא תגידי שעשיתי נחת רוח לבעלי ולא מכרתי באמת. מתרץ הגמ'] כאשר למדנו הלכה זו של אמימר, היינו במקום שהוא מכר ומת, והיא בא ומוציאה [מיד הקונה], או שהיא מכרה ומתה, והוא בא ומוציא מתקנה דרבנן, וכדברי ר' יוסי בר חנינא, שאמר רבי יוסי בר חנינא: התקינו באושא, שהאשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה, הבעל מוצא מיד הלקוחות¹³⁹. אבל אם שניהם מכרו לעולם¹⁴⁰ [פי' הוא מכר הפירות, והיא גוף הקרקע לאחר מיתתה או גירושיה], או שהיא מכרה לו [לבעלה], מכירתה מכירה¹⁴¹ [ואינה יכולה לטעון עשיתי נחת רוח לבעלי ולא מכרתי באמת, שהוא לא יקפיד בזה שהיא לא מוכרת בדבר שהיא שלה].

ואם תרצה לומר: אמימר אמר כר' אלעזר. שלמדנו: המוכר את עבדו, ופסק עמו שישמשנו [למוכר] שלשים יום, ר' מאיר אומר: [האדון] הראשון ישנו בדין יום או יומים [פי' שאם האדון הכה את עבדו והעבד קם אחרי יום או יומיים ואחר כך מת מזה, הוא פטור, אבל כל ישראל אחר חייב מיתה אפילו מת אחרי שנה] מפני שהוא תחתיו [כעבדו], והשני אינו בדין יום או יומים מפני שאינו תחתיו. שהוא סובר: קנין פירות דומה כקנין הגוף [וכאילו קנה גופו, וזה שאין לו פירות אין קנין הגוף שיש לו בעבד כלום]. ר' יהודה אומר: השני ישנו בדין יום או יומים מפני שהוא כספו [פי' שהעבד בכלל רכושו של האדון השני], הראשון אינו בדין יום או יומים שאינו כספו, שהוא סבר: קנין פירות אינו דומה כקנין הגוף. ר' יוסי אומר:

¹³⁸ עי' שו"ע (אה"ע סי' צ ס"ג):

עי' שו"ע (אה"ע סי' צ סט"ז): .

¹³⁹ עי' שו"ע (אה"ע סי' צ ס"ט)

¹⁴⁰ עי' שו"ע (אה"ע סי' צ ס"ז): הוב"ד לעיל הערה 136.

¹⁴¹ עי' שו"ע (ח"מ סי' קנא ס"א): הוב"ד לעיל הערה 122.

שניהם ישנן בדין יום או יומים, זה [פי' האדון הראשון] מפני שהוא תחתיו, וזה [פי' האדון השני] מפני שהוא כספו, ואנחנו מסופקים אם קנין פירות דומה כקנין הגוף או לא דומה כקנין הגוף, וספק נפשות להקל. רבי אלעזר אומר: שניהם אינן בדין יום או יומים¹⁴², זה לפי שאינו תחתיו, וזה לפי שאינו כספו. ואמר רבא: מהו טעמו של רבי אלעזר. נאמר בפסוק: "לא יוקם כי כספו הוא", [ודורשים דווקא] כספו המיוחד לו [והרי כאן פירותיו של אחר, ומוזה למד אמימר לגבי נכסי מלוג, כיון שאינו מיוחד לא לאיש ולא לאשה אינו קרוי שדה האיש ולא שדה האשה, והלכך אם מכרו שניהן מכרן בטל ויכולין לחזור בס, כאדם המוכר דבר שאינו שלו].

ולא לאיש חזקה בנכסי אשתו. [משמע שאין טעם לאשה למחות לבעלה כשהוא משתמש בנכסיה מאחר, ואין לו חזקה, וקשה] הרי אמר רב: אשת איש צריכה למחות. [ומקשה הגמ' במי היא צריכה למחות]. אם תאמר באחר [שאינו בעלה, זה קשה] הרי אמר רב: אין מחזיקין בנכסי אשת איש¹⁴³. [שיכולה לומר "על בעלי סמכתי שהוא ימחה ויערער ולכך שתקתי"]. אלא לא [שהיא צריכה למחות באחר, אלא היא צריכה למחות] בבעל [שלה שמחזיק בקרקע שלה]. אמר רבא: באמת [מדובר שהיא צריכה למחות] בבעלה [וזה לא נוגע לאכילת פירות], וכגון שחפר בה בורות, שיחין או מערות¹⁴⁴ [וכגון שדה שאינה עשויה לבורות והלכך יש לו חזקה דודאי קנאה מאשתו והלכך מקלקל לה לצרכו, ורק אז היא צריכה למחות ביד בעלה].

[מקשה הגמ'] הרי אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח: אין חזקה לנזקין [פי' המזיק לחבירו אין יכול לטעון קניתי שדה זו, שהרי החזקתי בה ג' שנים, ואין זה טענה, שיכול לומר לא מחיתי שלא החזקת כמו שאנשים מחזיקים]. תאמר: אין דין חזקה לנזקין [שצריך ג' שנים, אלא מיד הוי חזקה, שאין אדם ניזק בקרקע שלו ושותק, אלא מוחה מיד]. אם תרצה לומר: [וכי] לא למדנו על זה, רב מרי אמר: בעשן, רב זביד אמר: בבית הכסא [ובכל אלה אפילו החזיק ימים רבים אין חזקה מועלת לו להזיק את חבירו].

רב יוסף אמר: באמת [היא צריכה למחות] באחר [ולא בבעלה], וכגון שאכל מקצת חזקה בחיי הבעל ושלה [שנים שלימות] לאחר מיתת הבעל [אז היא צריכה למחות אחרי מיתתו, ואינו נחשב כאריס שרק ירד לצורך פירות, כזה שקנה מבעלה רק הפירות], מאחר אם הוא רוצה שיאמר לה "אני קניתי השדה ממך", כאשר הוא אומר לה, "את מכרת לו [לבעליך] והוא מכר לי", נאמן.

מה שלמדנו לפני כן, אמר רב: אין מחזיקין בנכסי אשת איש.

¹⁴² רמב"ם רוצח פ"ב הט"ו

¹⁴³ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמט ס"א): אין מחזיקין בנכסי אשת איש, כמו שנתבאר בטור אבן העזר סי' פז.

אין מחזיקין בנכסי אשת איש - הטעם, משום דהיא סומכת על בעלה שיעשה מחאה כיון שהוא אוכל פירות נכסיה בחייה ועתיד לירשה אם תמות היא תחילה, ו"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 זבידנה ממך ומבעלך אינו נאמן. ו"א דאם החזיק בחיי בעלה וגם לאחר מותו החזיק לפניו ג' שנים וטוען מכרת לבעלך בפני והוא מכרה לי, נאמן במיגו שאם היה רוצה היה טוען זבנתי ממך אחר מות בעלך (סמ"ע). עיין בתשו' מהר"מ מלובלין סימן ל"ו ובתשובת מהר"ן ששון סי' ק"ז (ש"ך), ו"א דהבעל הוא כאפטרופוס משום הכי סומכת עליו, ומשמע דאפילו אין לו שום הנאה אפ"ה סומכת עליו, ועיקר כדברי הסמ"ע (קצה"ח).

עי' ש"ע (אה"ע סי' פז ס"ב):

¹⁴⁴ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמט ס"ט): הוב"ד לעיל הערה 40.

ורדיינים בגולה [פי' שמואל ו"קרנא"] אמרו: מחזיקין [בנכסי אשת איש, שהיא היתה צריכה למחות ביד מי שגר שם]. אמר רב: הלכה כדדיינים שבגולה. אמרו רב כהנא ורב אבי לרב: [האם] הרב חזר מדבריו [שהרי לעיל אמר שאין מחזיקין, וכאן אמר כדיינים שבגולה]. אמר להם: זה מסתבר שהם אמרו, כדברי רב יוסף [היינו במקרה שהחזיק קצת בחיי בעלה וג' לאחר מיתת הבעל].

ולא לאשה [חזקה] בנכסי בעלה וכו'. זה פשוט, כיון שיש לה מזונות [פי' פרנסה מבעלה, כולם יודעים] שהיא אוכלת המזונות שלה [ולא שהיא קנתה את השרה מבעלה, ולכן קשה לגמ', למה היו צריכים לכתוב הלכה זו, ומתוך הגמ' שזה] לא [מדבר בציוור כזה אלא] צריך [לומר שמדובר במקרה שהבעל] יחד לה קרקע אחר עבור מזונותיה¹⁴⁵ [ואע"פ שהבעל יחד לה קרקע להתפרנס ממנה, עכ"ז אין הבעל מקפיד אם היא אוכלת פירות מקרקע אחר, ואין בזה ראייה שהיא קנתה את הקרקע].

[הגמ' שואלת מתוך דבריו דלעיל, משמע שאין חזקה אבל] הרי [אם] יש [לה] ראייה [כשטר מכירה מבעל, המקח קיים, וקשה] שתאמר [הבעל, אע"פ שהיא נתנה לי כסף והקרקע נקנית בו, אני לא מכרתי את הקרקע אלא רק עשיתי כך] שאני צריך לגלות הכסף [הטמון שלה, וכסף שהם בחזקתי היא קנתה ממני את הקרקע]. לומדים מזה: שהמוכר שדה לאשתו, קנתה, ולא אומרים [שהוא עשה כך] שרצה לגלות כסף [הטמון שלה]. לא [זה איננה ראייה לכך], שאפשר לומר [שדיוק הגמ' היא שאין חזקה, אבל] הרי יש ראייה בשטר מתנה [שהבעל נתן לה הקרקע במתנה]. אמר לו רב נחמן לרב הונא: הרב לא היה אתמול בתחום [הבית מדרש בשבת], שאמרנו דברים מעולים. אמר לו: מה הם הדברים המעולים שאמרם. המוכר שדה לאשתו, קנתה, ולא אומרים צריך לגלות הכסף [הטמון שלה].

אמר לו: זה פשוט [שבמקום שיש גם כסף וגם שטר לא אומרים שהוא עשה את זה לגלות הכסף שלה הטמון, שכן] תוריד את הכסף מכאן ושתקנה בשטר [ורק בקנין של כסף לבד אומרים שהוא עשה כן לגלות כספה הטמון]. וכי לא למדנו במשנה: נכסים שיש להן אחריות [פי' קרקעות] נקנין בכסף ובשטר ובחזקה¹⁴⁶ [ובכתב שטר משמע גם של מתנה וגם של מכר נקנה אפילו ללא נתינת כסף]. אמר לו: [וכן] לא למדנו על זה, אמר שמואל: לא למדנו [שקרקע נקנה בשטר לבד] אלא בשטר מתנה, אבל בשטר מכר¹⁴⁶. לא קנה עד שיתן לו דמיה.

[וכן] רב המנונא לא שאל: איך [קונים] בשטר¹⁴⁷. כתב לו על הנייר או על החרס, אף על פי שאין בו שוה פרוטה "שדי מכורה לך", [אן] "שדי קניה לך", הרי זו מכורה ונתונה [ואים דלא כשמואל, אלא נקנה בשטר לבד, ולא צריכים כסף]. [וכן] הוא לא שאל וגם תירץ את זה [שהוא לא חולק על שמואל אלא כאן מדובר] במוכר שדה מפני רעתה [קרקע רעה שכן בקרקע כזה החליט למכרה מיד בשטר, והכסף יהיה מלוה אצל הלוקח עד שהוא תובע אותו, אבל בשאר קרקעות לא קנו בשטר עד שיתן כסף].

(רב ביבי מסיים בה בשם רב נחמן) ורב אשי אמר [הדיבור של רב המנונא מדובר שהנותן] רצה לתת לו [הקרקע] במתנה, ולמה כתב לו בלשון מכר. כדי ליפות כחו [של מקבל המתנה, שאם ירערו עליו, באומר שזה הקרקע שלו או משעבוד לו, יבא הנותן לפצותו כדין מוכר שלא יהיה לו טענות על הנותן המתנה].

שאלו שאלה מבריתא: למה [כסף] מן עבד [וכתב שטר מלוה ושיעבד לו נכסיו] ושחררו¹⁴⁶, [אן] מן האשה והתגרשה, אין להן עליו [שעבוד

¹⁴⁵ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמט ס"ט) הוב"ד לעיל הערה 144.

¹⁴⁶ עי' ש"ע (אה"ע סי' פו ס"ב): הבעל שלוה מהאשה ואחר כך גירשה, אין לה עליו כלום. הגה: וכ"ש אם לא גירשה. ו"א דוקא אם היו המעות טמונים כשלוה ממנה, אבל לא היו המעות טמונים, ולוה ממנה, צריך לשלם לה אפילו לאחר שגירשה. וה"ה אם תקפם מידה, דמאחר שלא היו המעות טמונים, נאמנת לומר: שלי או של פלוני הם. מיהו אם נושאה ונתנת תוך הבית, או שהבעל מאמינה על שלו, אינה נאמנת. (ועי' לעיל סי' פ"ה סעיף י"ב). למה ממנה בשטר, היא אומרת: לא היו המעות טמונים, והוא אומר: טמונים היו, עליה להביא ראייה או פטור לשלם. ועיין לעיל בח"ה סימן ס"ב אשה שהיו שטרות יוצאים עליו שמה מה דינו. אבל, ששכרה או משכנה מטלטלין, אם הקונה היא המלוה אינו יודע שהם של אשה, א"צ להחזיר אליו, אפילו רוצה הבעל להחזיר לו דמיו וטוען שהיא גנבן לו. ו"א דאם היא נושאת ונתנת תוך הבית, הבעל נאמן וצריך להחזיר לו בלא דמים. ו"ל דוקא בשאין דרכה למשכן או למכור בלא רשות בעלה, אבל אם דרכה בכך, מה שעשתה עשוי; וכן נראה להורות, וע"ל סימן צ'.

ביאור: הבעל שלוה מן האשה – עי' לעיל (סי' פה סק"ג) דעת המחבר דמאחר דהנותן לבעלה ולא קנתה בהן קרקע יצאו מחזקתה ואבדה זכותה אפי' במעות שאינם טמונים, ותפיסה לא מהני אפי' במעות טמונים, דאפי' בקנתה ממנו במעות טמונים, שיכול לומר שעשה הערמה כזו לגלות הכסף שהיא

של כלום [שזה לא היה הכסף שלהם]. למה. [וכן] לא משום שאומרים: הוא [לא ליה כסף אלא עשה כך כדין] לגלות הכסף [הטמון שלהם]. שם שונה, שהוא לא רוצה לעשות את עצמו "עבד ליה לאיש מלוה".

שלח רב הונא בר אבין [לתלמידי בית המדרש]: המוכר שדה לאשתו, קנתה

הטמינה, אפי' הכי לא יצאו מחזקת נכסי מלוג וכו' אם הבעל תפס את הכסף נגד רצונה, וה"א שכתב הרמ"א אחר זה לחלק בין מעות טמונים לאינם טמונים, אין זה פי' דברי המחבר אלא החולק, ושיטה זו חולק אף בהלוואה בין טמונים לשאינם טמונים (ח"מ), שהרי אין חילוק בין מעות טמונים לשאינם טמונים דאנן סהדי דלא נשתעבד לה להיות עבד ליה וכל המעות של האשה מחזיקים שהוא של בעלה אבל הכסף שהם בידה הם בחזקת נכסי מלוג, אבל כל שהמעות ביד בעלה אמרינן לגמרי של בעלה הוא, וכשלוה ממנה או יצאו המעות מחזקתה, אמרינן של בעלה הוא אבל כשקנה ממנה קרקע לא יצאה מחזקתה, אמרינן של נכסי מלוג הוא, וכן בתקף ממנה לא יצא מחזקתה ובחזקת נכסי מלוג הוא וצריך להחזיר לה אחר הגט, וכשלוה ממנה אמרינן שלו הוא אפי' לא טען "ברי" כ"ל (סי' פה ס"ז) (ב"ש).

ו"א דוקא וכו' - בין במכר ובין בתקף בלוד בללא אמרינן במעות טמונים אין לה עליו כלום, והיינו כשטוען "ברי", ואם הוא טוען "שמא" והיא טוענת "ברי" צריך להחזיר לה והמעות הם נכסי מלוג, ובמעות גלויים צריך להחזיר לה ונאמנת לומר שאין לו רשות בהם לגמרי כ"ל (סי' פה ס"ז) (ב"ש), ולשיטה ? (לעיל סי' פה ס"ז) דבמעות טמונים דוקא בטוען טענת "ברי" גם כאן מדובר בטוען טענת ברי (ט"ז).

צריך לשלם לה - כשלוה ממנה מעות גלויים הוי כאלו הודה לה שניתן לה בעל מנת שאין לו רשות בהם, אפי' הפירות, ולא כח"מ (סק"ז) שכתב קודם הגט אוכל הפירות גם אינו יכול להשביעה (ב"ש).

אפי' לאחר שגירשה – צ"ע פירוש דבריו, שכן קודם שגירשה משלם לה הקרן, ויקח בהן קרקע והוא אוכל פירות, ולאחר שגירשה צריך לשלם לה לגמרי (ח"מ), ו"א דלקמן איתא דאם לא גרשה, דמגיע לו הנאה ממעות שלה, מ"מ א"צ לשלם, וכאן יש חידוש דאפי' אחר הגט, דאין מגיע לו הנאה, מ"מ צריך לשלם (ב"ש).

נאמנת לומר שלי או של פלוני - ולפי זה מ"ש לעיל (סי' פה סק"ז) שאם החזיר הנפקד לבעל פטור, היינו במעות טמונים דמהני תפיסה, אבל במעות שאינם טמונים, שלא מהני תפיסה מידה, ה"ה דלא מהני מה שנתן לו הנפקד, דלמה תאבד זכותה (ח"מ).

שלי או של פלוני – "שלי" היינו הקרן שלי ופירות שלו כדין נכסי מלוג (עי' סי' פה ס"ב) דאין האשה נאמנת להפקיע הפירות מבעלה, אף על פי שיש חולקים שם במעות שאינם טמונים וס"ל דנאמנת להפקיע לגמרי מבעלה עיי"ש (סק"ז), דאין זה עיקר להלכה, אבל כשאומרת של פלוני הם הם שלו לגמרי (ח"מ), עי' לעיל (סי' פה ס"ז) שהאשה יכולה לומר "שלי הם" ואין לבעל רשות בהם, וכן עיקר (ב"ש).

מיהו אם נושאת ונתנת בתוך הבית וכו' - מ"ש כאן ד"אינה נאמנת בלוה ממנה או תפס" בנושאת ונתנת, הוא פשוט, דהא אפי' היה בידה מטלטלין אינה נאמנת לומר שלי הוא כמבואר בח"מ (סי' סב ס"ז) (ח"מ), אפי' אם הוא אינו טוען "ברי", משום חזקה היא דהכל משלו הוא, וכן באונות ושטרות היוצאים על שמה, אינה נאמנת דשלה הוא, אף על גב שאין הבעל טוען "ברי". אבל באלמנה לא אומרים חזקה זו, דהכל משל יתומים, אא"כ בנושאת בבית, ואם יש בידה מעות של אחר, אין נאמן הבעל אפי' בטענות "ברי" לומר מה שנמצא בידה שלו הם, ותלינן המעות הוא משל אחר, ואפילו אם הבעל תפס המעות, ועי' בח"מ (סי' סב ס"ז) (ב"ש).

היא אומרת שלא היו מעות טמונים - היינו לשיטת ה"א שייך דין זה אבל למחבר אפי' מעות שאינם טמונים יכול לתפוס ואפשר בשטר חוב שלנו שלא נזכר מי הוא המלוה אומרים גם בזה דלא יצא המעות מחזקתו כ"ל (סי' נג ס"ז) (ב"ש).

עליה להביא ראייה - דכל שטר שיש בו ריעותא, על בעל השטר להביא ראייה ולפי המחבר אף אם תביא ראייה שלא היו טמונים אפי"ה זכה הבעל בהם וכל דינים אלו שברמ"א המחלק בין טמונים לשאינם טמונים (ח"מ).

עי' בח"ה אשה שהיו שטרות יוצאים - אף אחר מותה צריכים יורשים להביא ראייה דמשלה היא, היינו כשטוענים היורשים "ברי", צריכים היורשים להביא ראייה, וטוענים ליורשים משלה הוא אפי' בנושאת, היינו כשהבעל אינו טוען ברי (ב"ש).

עי' המשך בהערה

שהבעל עשה את המכירה כדי לגלות את כספה שהטמינה, כאן [שקנתה מדובר] במעות שאין טמונין [שאינן מקום לומר שהוא עשה מכירה כדי לגלות הכסף שהיא הטמינה], שאמר רב יהודה: [אם היו לה] מעות טמונין, לא קנתה, [ואם היו לה] מעות שאינן טמונין, קנתה. החכמים אמרו: אין מקבלין פקדונות לא מן הנשים ולא מן העבדים [שחוששים שגנבם מבעליהם] ולא מן החינוקות¹⁴⁸ [שמא גנבו מבית במקום שהם דרים, ואסור לעזור למי שעושה עבירה, וכאשר אף א' יקבל מהם הם יחזירו למקום שגנבו שם. ואם א"ע"פ כן אדם] קבל מן האשה יחזיר לאשה [ולא לבעל דאין לנו להחזיקה בגנתה], ואם מתה, יחזיר לבעלה [שהרי הוא יורש אותה]. קבל מן העבד יחזיר לעבד, ואם מת, יחזיר לרבו [שכן מסתמא כל מה שקנה העבד קנה רבו¹⁴⁷].

¹⁴⁸ ע"י ש"ע (אה"ע סי' פו ס"א): אין מקבלין פקדון מאשת איש, ואם קבל, יחזיר לאשה. (ואם אמרה: של פלוני הם, נאמנת. הלכה האשה למדינת הים, ובא הבעל ותבע מן הנפקד ואומר שאשתו גנבה לו, לא יתנם לו עד שתבא האשה או תמות, כן נ"ל) ואם אמרה בשעת מיתתה: של פלוני הם, אם נאמנת לו, יעשה כדבריה, ואם לאו, יתן ליושיה. (וכן אם מתה ולא אמרה כלום). ויש מי שאומר שאם היא נושאת ונותנת בתוך הבית, אינה נאמנת לומר של פלוני הם. הגה: מיהו כל זמן שהיא חיה יחזיר לאשה, מיהו אם החזיר לבעל, פטור הנפקד, אפילו אינה נושאת ונותנת תוך הבית.

ביאור: אין מקבלין פקדון מא"א - דלכתחלה יש לחוש אולי גנבה מן בעלה. ואם לא יקבל ממנה, תחזיר לבעלה (ח"מ ב"ש), אבל אם היא מסכימה לקבלה יחזיר לאשה, אפי' הבעל עומד וצווח "שלי הוא", אינו נאמן להוציא מידה או מיד הנפקד, כ"ל (סי' פה ס"ב) (ח"מ), שתמא הוא של הבעל (ח"מ), ואסור לסייע ידי עוברי עבירה (ט"ז וב"ש), וכשלא יקבלו מהם יחזרו למקום שגנבו משם (ט"ז).

ואם קיבל יחזיר לאשה - אפי' אינה נאמנת לו, מ"מ אין אנו מחזיקים אותה דגנבה בודאי (ב"ש ט"ז), אלא חשש הוא שמא גנבה, לכן יחזיר לידה ולפי המחבר (סי' פה ס"ב), שכל מה שביד האשה נחשב כנכסי מלוג, רשאי להחזיר לבעל או לאשה, ולפי הרמ"א (שם) אם הבעל רוצה ליתן חרם מי שקיבל פקדון מאשתו אינו יכול כיון דאין המפקיד צריך להחזיר לידו ולפי המחבר יכול ליתן חרם דהא הפירות עכ"פ שלו הם (ב"ש).

של פלוני הם נאמנת - אפי' שאינה נאמנת בעיני הנפקד שאומרת אמת, מ"מ יעשה כדבריה, דמאחר שהיא בריאה ויכולה לילך לבית הנפקד וליקח הפקדון מידי ויתן לאותו פלוני, נאמנת ג"כ לומר להנפקד תן לפלוני. אבל אם היא מוטלת על ערש דוי, שאין לה מיגו אז יש חילוק אם נאמנת בעיניו (ח"מ וט"ז), ע"י לעיל (סי' פה ס"ב) אם נמצא מעות או מטלטלים ביד האשה האשה אינה נאמנת לומר "במתנה ניתן לי ע"מ שאין לבעל רשות בהם" וכן אינה נאמנת לומר "של פלוני הם", דחזקה מה שנמצא אצלה הוא נכסי מלוג ולפי הרמ"א שאין כזה חזקה וס"ל דנאמנת לומר "של פלוני הוא", אלא י"ל כאן נאמנת אף למחבר משום דיש לה מיגו טוב, שיכולה ליקח מנפקד וליתן לפלוני, ובעת שאמרה "של פלוני הוא" היה בידה ליקח וליתן למנפקד, נמצא דלא היה מיגו למפרע, משא"כ בסי' הקודם, כשנמצא אצלה, אין לה מיגו, אף על גב דכתבתי שם (סק"ז) מיגו לא מהני אלא כשהוא בידה, כאן כשהוא ביד הנפקד הוי כאלו היה בידה, ולא כש"ך שם (סק"ז), וע"י בנושאת בתוך הבית מחזירים לידה ואינה נאמנת לומר של פלוני וצ"ל שאין לה מיגו ליתן לאחר כי מדיעיים לבעלה והוא ירד עמה לדין ולפי זה אין מיגו בדעת המחבר וצ"ע (ב"ש).

הלכה אשה למ"י - כ"ל (סק"ז) שזה לא לפי המחבר, דלדבריו רשאי להחזיר לבעלה או אפשר אם הוא אמר שהיא גנבה אותם ורוצה אותם בחזרה גרע טפי (ב"ש).

לא יתנם לו עד שתבא האשה - כלומר כשתבוא האשה, יחזיר לאשה, ויהיה דין הבעל עמה. ואם תמות יחזיר לבעל (ח"מ).

וכן אם מתה וכו' - כלומר אם מתה בלא צוואה יתן ליושיה (ח"מ), שאפילו אם נותן לה ממון זה על מנת שאין לבעלה רשות בה מכיון שמתה בעלה יורשה (ט"ז).

ויש מי שאומר וכו' - מאחר שנתבאר בח"מ (סי' סב ס"ז) דכל אשה הנושאת ונותנת תוך הבית שנמצאו מטלטלין ברשותה עליה להביא ראיה שהם שלה וכל זמן שלא תביא ראיה הכל בחזקת בעלה הוא, וא"כ מ"ש אם הפקידה ביד אחרים שיכול הבעל לעכב שלא להחזיר לה רק לו (ח"מ), וה"ה דאינה נאמנת לומר שלה הם (ב"ש).

ומיהו כל זמן שהיא חיה יחזיר לאשה - כך היה לו לכתוב "מיהו ל"ז שאין הבעל מעכב יחזיר לה דממקום שנטל יחזיר", אמנם במקורם של דברים איתא אפילו אם הבעל מכחיש דבריה, וצ"ע בדבריו (ח"מ, ב"ש). ע"י המשך בערה .

ובעל אוכל פירות [שזה לא פחות מנכסים שקבלה בירושה אחרי הנישואין], אמנם רבי אבא ורבי אבהו וכל גדולי הדור אמרו: [באמת מדובר שהוא] רצה לתת לה [החצר] במתנה [שגם הפירות יהיו שלה], ולמה כתב לה [שטר] כמכר. כדי ליפות את כחה [וזה רק שייך באשתו ולא בשאר בני אדם].

שאלו שאלה מברייתא: [אם האדון] לזה [כסף] מעבדו ושחררו, [או הבעל לזה כסף] מאשתו וגרשה, אין להם [תביעה] עליו כלום [שאינן להם כסף משל עצמם בכלל]. מ"ט. [וכן] לא משום שאמרים: [הוא לא חשב ללות אלא עשה כך] שהוא רצה לגלות הכסף [שהם הטמינו]. שם שונה, שאמר לא רוצה לעשות עצמו "עבד לזה לאיש מלוה".

אדם רב: המוכר שדה לאשתו, [היא] קנתה, והבעל אוכל פירות, [אבל אם הבעל נתה לה שדה] במתנה, [היא] קנתה, ואין הבעל אוכל פירות [אלא היא, שכן הנותן, נותן בעיל יפה]. ורבי אלעזר אמר: בשניהם [גם מתנה וגם מכר היא] קנתה, ואין הבעל אוכל פירות.

רב חסדא עשה מעשה [בבית דינו] כרבי אלעזר. אמרו לו רבן עוקבא ורבן נחמיה בני ביתם של רב לרב חסדא: [וכן] הרב עוזב גדולים ועושה כקטנים [שרב קדם לרבי אלעזר כמה דורות]. א"ל: גם אני עשיתי כגדולים, שכאשר רבין הגיע [לכבל מארץ ישראל] אמר [בשם] ר' יוחנן: בשניהם, קנתה, ואין הבעל אוכל פירות.

אמר רבא, ההלכה [היא]: המוכר שדה לאשתו, לא קנתה, והבעל אוכל פירות¹⁴⁹. [אבל הנותן לה] במתנה, קנתה, ואין הבעל אוכל פירות¹⁴⁷. שני [דברים] של רבא סותרים זה את זה. אין קושי [וסתירה]: כאן [שלא קנתה מדובר] במעות טמונין [שהבעל לא ידע מהם, ולכן יש לומר

¹⁴⁷ ע"י ש"ע (אה"ע סי' פה ס"ז): באו לידה (נכסים) אחר שנשאת, בין שבאו לידה בירושה, או שניתנו לה במתנה, או שחבלו בה ונתנו לה חלקה בבושתה ופגמה, נקראים נכסי מלוג, והרי הם כאותם שהכניסה לו ולא קבלם באחריות. אבל אם מכרה כתובתה ונדונייתה, אותם הדמים אין הבעל אוכל פירותיהם. וכן אם נתנה מתנה לאחר קודם שנשאת, כדי להבריח מבעלה, אף על פי שאין מתנה מתנה, אין הבעל אוכל פירות. וכן הבעל שנתן מתנה לאשתו, בין קרקע בין מטלטלין, קנתה, ואין הבעל אוכל פירות. ומיהו אינה יכולה למכור מה שנתן לה, ולא ליתנו לאחר, אלא שאר בידה, ואם תמות יושנה, והפירות שיוצאין לה ממנה דינם כשאר נכסי מלוג, וימכרו וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות.

ביאור: או שניתנו לה במתנה - אע"פ שמציאת האשה לבעלה אבל מה שנתנו לה אחרים מתנה היא לעצמה רק שהבעל אוכל פירות ואם התנה הנותן שלא יאכל הבעל פירות יתבאר לקמן (סעיף י"א) (ח"מ), מציאה שלו לגמרי דחיישינן שלא תהא אשה גונבת רכשו ותאמר מציאה מצאתי משא"כ מתנה קול יוצא במתנה וי"א הטעם משום קטטה הישנה איבה ובמתנה לא חיישינן לאיבה כיון דהנותן אין רצונו ליתן לו והפירות של מתנה זו אין בע"ח שלו יכול לגבות משום רווח בית (ב"ש).

או שחבלו - כבר נתבאר (סי' פג ס"ז) דדוקא חבלו בה אחרים, אבל אם חבל בה בעלה, אין לבעל אכילת פירות במה שמשלם לה (ח"מ), היינו אחרים ואם לא גבתה הנזק בחייה אין הבעל יורש דהוי ראוי (ב"ש).

אם מכרה כתובתה ונדונייתה - דין מכירה כתובה יתבאר לקמן (סי' קה) ודין נתנה מתנה לאחר קודם שנשאת יתבאר לקמן (סי' צ) (ח"מ). קנתה ואין הבעל אוכל פירות - דפירות תקינו ליה רבנן ולא פירי דפירי (ט"ז, וב"ש).

ומיהו א"י למכור - בחלוקה הראשונה דמכרה הכתובה בטובת הנאה, כשם שאין לבעל באותן הדמים אכילת פירות, ג"כ הרשות בידה ליתן הדמים למי שתרצה, ואין לבעלה בהם כלום (ח"מ), וי"א בחלוקה ראשונה ואם מכרה המכר בטל וי"א דהמכר קיים כל ימי חייה ואחר מותה מוציא מיד הלוקוחות, וי"א דאפילו אחר מותה אינו מוציא מן הלוקוחות, ולדעה זו אין לו פירי פירות (ב"ש).

אינה יכולה למכור - אלא אם פירש לה שתוכל למכור וליתן לאחר וי"א עוד שצריך שיכתוב לה בפירוש ש"אם תמכור שלא יהא מוציא מיד הלוקוחות לאחר מותה" הא לאו הכי אפשר לפרש דירשו שלא יוציא בחייה אבל לאחר מיתה יוציא ויש חולקים (ח"מ).

הפירות וכו' - והוא אינו יורש אותם מעות וע"י לעיל (סי' ס ס"ז) ולקמן (סי' צ ס"ז), וע"י לקמן (סי' קיח ס"ז) בע"ח שהלוה לה אפילו אחר הנישואין גובה ממתנה זו (ב"ש), ע"י ב"ש וע"י דבריו בסי' קיח, אלא רואים שם דהבע"ח יכול לגבות ממתנה שנתן לה הבעל, היינו שעומד במקום אשתו ולהוציא מהבעל פירות תמיד לקנות בהן קרקע שיאכל פרי פירות וכשיקנה קרקע הבע"ח יכול למכור אותה קרקע בטובת הנאה וכן מכל הפירות שיעלה בכל שנה מהקרקע שנתן לה הבעל אסור להבעל לאוכלן רק לקנות קרקע שהבע"ח יהיה יכול למכורן בטובת הנאה והבעל יורש אותן המעות שלקחה בטובת הנאה בכתובתה ואם מכרה ונתנה קיים כמ"ש (סקט"ז) ולכן גובה הבע"ח והבעל בממון זה יורש כבן לאב (בית יעקב).

[ואם אדם] קבל [פקדון] מן הקטן [לא יחזיר לו שכן אינו יודע את לשמרון] יעשה לו סגולה [פי' אוצר עד שיגדל ויחזיר לן], ואם מת [הקטן, אז] יחזיר ליורשיו.

וכולן [פי' נשים עבדים ואפילו קטנים הנ"ל] שאמרו בשעת מיתתן¹⁴⁹ [הפקדונות שנתתי לך] "הם של פלוני", יעשה כפירושן [פי' יחזיר הנפקד לאותו פלוני שאמרו], ואם [הנפקד] לא [מאמין להם, אלא חושב שזה של בעל האשה, או אדון העבד, או אביו של הקטן, והם משקרים בגלל שמתביישים], יעשה פירוש לפירושן [ויחזיר למי שהוא חושב שזה באמת שלו].

אשתו של רבה בר בר חנה כאשר מתה אמרה: עגילים אלה של "מרתא" [אחיו של ר' חייא] ובני ביתו. [רבה בר בר חנה] בא לפני רב [לשאל מה לעשות איתם], א"ל: אם אתה מאמין לה, תעשה כמו שהיא אמרה¹⁵⁰, ואם לא, תעשה פירוש למה שהיא אמרה [ותעכב אותם לעצמך]. ויש שאמרו, כך [רב] אמר לרבה בר בר חנה: אם אתה אומד אותם כך [פי' שהם כאלה עשירים וראוים לפהקיד עגילים כאלה אצל אשתך]¹⁵¹ תעשה כמו שהיא אמרה, ואם לא, תעשה פירוש לדבריה [ותעכב אותם לעצמך].

[מה שלמדנו לפני כן, אם קיבל פקדון] מן הקטן, יעשה לו סגולה. מה הוא "סגולה". רב חסדא אמר: ספר תורה¹⁵² [ללמוד בו הרי פירות והקרן קיים]. רבה בר רב הונא אמר: דקל ש[נהילד] יאכל ממנו תמרים [והקרן קיים אבל בעיסקא לא שמא יארע בה דבר תקלה ותאבד].

ולא לאב בנכסי הבן ולא לבן בנכסי האב. אמר רב יוסף: אפילו חלקו [האב והבן שאין הבן סמוך על שולחן אביו ואין הבן בנכסי אביו כלום אפי"ה אין מחזיקין זה על זה, שכן לא מקפידים זה על זה]. רבא אמר: [לא כרב יוסף אלא אם הם] חלקו, אין [ההלכה זו, אלא כן מקפידים זה על זה ויש חזקה זה על זה]. אמר רב ירמיה מ"דפתי": רב פפי עשה מעשה [של אב ובן] שחלקו [ואז] אין [ההלכה של אין חזקה זו על זו, והוא נתן הקרקע לזה שהחזיק בו ג' שנים], כדברי רבא. אמר רב נחמן בר יצחק, רב חייא מ"הורמיז ארדשיר" אמרי לי שרב אחא בר יעקב אמר לו בשם רב נחמן בר יעקב: [אב ובן] שחלקו, [אז] אין [ההלכה של אין חזקה זו על זו]. וההלכה: [אב ובן] שחלקו, [אז] אין [ההלכה של אין חזקה זו על זו]. וכן אנחנו למדנו: בן שחלק, או אשתו שנתגרשה, הרי הן כשאר כל אדם.

למדנו: אחד מן האחין שהיה נושא ונותן עבור הבית [אחרי מת אביהם, והוא השתמש עם כסף של כולם, ופירנס אותם], והיו שטרי מכו ושטרי חוב יוצאין על שמו [שהוא הלוקח והמלוה], ואמר: "שלי הם, שנפלו לי מבית אבי אמי" [ואין לאחים חלק בהם, שהם אחים רק מהאב ולא מהאם]. אמר רב: עליו להביא ראיה¹⁵³ [ואם לא, הם של כל הבנים], ושמאל אמר: על האחין להביא ראיה [ואם לא, הם של האח הזה].

אמר שמואל: מודה לי אבא [פי' רב, ו"אבא" הוא שמו של רב], שאם מת [האח הזה], על האחין להביא ראיה [נגד יורשי האח, מאחר ויתומים לא יכולים להביא ראיה, ואינם יודיעם לחפש זכותם, אז למה האח עצמו צריך להביא ראיה]. רב פפא שאל על זה: וכי טוענים ליתומים דבר שלא טוען להם אביהם [ולהם יש יותר כח מאביהם, זה לא יתכן]. והרי רבא הוציא זוג מספריים וספר אגדות מיתומים בלא ראיה [דלא כשמואל], בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר [ולכן אין חזקה בזה שזה בידם שהוא שלהם],

¹⁴⁹ הוא הדין בחייהם, אלא זה דרכו, שכן אם היו חיים, שיקבלו את זה בחזרה, ויחזיר למי שזה שלו (רשב"ם).

¹⁵⁰ עי' שו"ע (אה"ע סי' פו ס"א): הוב"ד לעיל הערה 148.

¹⁵¹ עוד פירוש, שיש לה אוהבים שיתנו לה מתנות כאלה שאין לך רשות בהם (רשב"ם).

¹⁵² עי' רמב"ם (אישות פכ"ב הל"ב):

¹⁵³ עי' שו"ע (ח"מ סי' סב ס"א):

לא. אמר רבא, כך נאמר¹⁵⁷: [אם ראובן מחזיק ברכוש של שמעון] בפניו, לא צריך [ששמעון] יאמר לו "לך חזק וקני",

[והסיבה שרבא הוציא מידון] כמו ששלח רב הונא בר אבין: דברים העשויין להשאיל ולהשכיר¹⁵⁴ [ונמצא ביד אדם, וטוען בעלים הראשונים שהם שלי, והשני], אמר לקוחין הן בידי, אינו נאמן. זה קשה [לנו למה אמר שמואל שרב יודה וכו']. אמר רב חסדא: לא למדנו [בדעת רב, שהוא צריך להביא ראיה] אלא ש[כל האחים] לא חלקו [מירושתם בשום דבר אפילו] במזונות שלהם¹⁵⁵ [שכן, מאיפה יש לו כלום שלא בשותפות עם אחיו], אבל [אם האחים] חלוקים במזונות שלהם, אאפשר שהוא לקח ממזונות שלו.

[מה שאמר רב שהוא צריך להביא ראיה] במה [הוא מביא] ראיה. רבה אמר: [בעל השטר צריך להביא] ראיה בעדים [שלקח ממזונות שלו, או שיש מאבי אמן]. רב ששת אמר: ראיה בקיום השטר [פי' שבת דין יכתבו אישור החתימות על השטר, וכן שהשטר התקיים בבית דין, ידוע שהם בדקו את השטר, ואישרו אותו].

אמר רבא לרב נחמן: הנה [יש את שיטת] רב ושמואל, [ויש פירושם של] רבה ורב ששת [בדעת רב], איך סובר הרב [פי' רב נחמן]. א"ל: אני יודע המשנה [כרב], אבל לא ברור אם כרבה או כרב ששת. [למדנו: אחד מן האחים שהיה נותן ונושא בתוך הבית, והיו שטרי מכו ושטרי חוב יוצאין על שמו, ואמר "שלי הן, שנפלו לי מבית אבי אמא", עליו להביא ראיה. וכן האשה [אלמנה] שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית¹⁵⁶, והיו אינות ושטרות יוצאין על שמה, ואמרה: שלי הן, שנפלו לי מבית אבי אבא או מבית אבי אמא, עליה להביא ראיה.

[שואלת הגמ' מהו "וכן" [משמע אפילו האשה ההלכה כך, וקשה, שכן הם בדיוק אותו הדבר, ואיזה חידוש יש בזה]. מה הייתי אומר: אשה כיון שהוא דבר של חשיבות לה [שמאמינין אותה בית דין] שהיא טורחת עבור היתומים [והבית דין עשו אותה אפוטרופוס וגם משבחין אותה בני אדם על כך ומקושי גדול תאמר על שלהן שהוא שלה], ואין [חשש] שהיא יגזול מהיתומים, לכן לומדים [שכן יש חשש, ולכן צריכה להביא ראיה].

במה דברים אמורים, במחזיק [ג' שנים], אבל בנותן מתנה והאחין שחלקו וכו'. וכי כל אלה [המקרים של נותן מתנה ואחים וכו'] שאמרו אינם בני חזקה [של ג' שנים. מתוך הגמ', המשנה] כתובה חסרה וכך נאמר: במה דברים אמורים, בחזקה שיש עמה טענה, כגון מוכר אומר "לא מכרתי" ולוקח אומר "לקחתי", אבל חזקה שאין עמה טענה, כגון נותן מתנה, והאחין שחלקו, והמחזיק בנכסי הגר, שהוא [מחזיק] בקנין לבר, [כגון] נעל, גדר, [און] פרץ כל שהוא, הרי זו חזקה.

רב הושעיא לימד [בתוספתא] קדושין של בית לוי: נעל, גדר, [און] פרץ כל שהוא בפניו, הרי זו חזקה. [אבל זה] רק בפניו, [אבל] שלא בפניו,

¹⁵⁴ עי' ש"ע (ח"מ סי' עב ס"ח): הוב"ד לעיל הערה 51.

עי' ש"ע (ח"מ סי' קלג ס"ה): במה דברים אמורים שהמחזיק נאמן, בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר. אבל בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ויש למעורר 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 אם היה ג' שנים ביד המחזיק, ואפילו מת המחזיק, מוציאין אותו מיד הירוש בלא שבועה, (ויש אומרים דצריך [המעורר] לישבע וליטול וכ"ל עיקר). ואם טען הירוש טענת ודאי ואמר: בפני נתנו למורישי או מכרו לו, הרי המעורר נשבע היסת. 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).

וצריך להחזירו - פירוש, אחר שישבע המעורר 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).

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).

ואפילו אם מת המחזיק כו' - המעורר נוטל מיד הירושם בלא שבועה כלל, דלית כאן טענת ברי נגד המעורר (עי' לקמן סי' קמט סכ"ב, ודברי שם סקל"ט?, ובסי' קן ס"ו, וסי' רצז ס"ג, והרמ"א סובר דצריך לישבע היסת משום דאנן טעינינו 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 רב היסת, עיין בתשובת מהר"א נ' ששון ס"ס קנ"ה ע"ש (ש"ך).

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

¹⁵⁵ עי' ש"ע (ח"מ סי' סב ס"א): הוב"ד לעיל הערה 153.

¹⁵⁶ עי' ש"ע (אה"ע סי' פו ס"ב): הוב"ד לעיל הערה 146.

¹⁵⁷ עי' ש"ע (ח"מ סי' קצב ס"ב): במה דברים אמורים כשהחזיק בפני המוכר או הנותן אבל שלא בפניו לא קנה אלא אם כן אמר לו לך חזק וקני ואם מסר לו המפתח הוי כאומר לו לך חזק וקני וכן המוכר בור לחבירו כיון שמסר לו דליו הוי כאומר לו לך חזק וקני.

בשהחזיק בפני המוכר - דמדלא מיחה בו ודאי ניחא ליה דיקנה בזה (סמ"ע).

לא קנה - י"א דאף הלוקח יכול לחזור, ועיין לקמן סי' רנ"ה סכ"ג (רע"א).

אמר לו לך חזק וקנה - שותף שוה לאינש דעלמא, דשלא בפניו צריך שיאמר לו לך חזק וקני, וי"ח (פ"ת).

ואם מסר לו המפתח הוי כו' - פירוש, ואם יעשה בו אח"כ חזקה בנעל או גדר או פרץ אפילו שלא בפניו הוי חזקה, אבל במסירת מפתח לחוד לא קנה (סמ"ע).

כיון שמסר לו דליו - פירוש, כיסויו, ר"ל נמי דאם עשה אח"כ בו חזקה גמורה אפילו שלא בפניו קנהו (סמ"ע).

[אבל אם ראוּבן רוצה לקנות בקנין חזקה רכוש של שמעון] שלא בפניו, צריך [ששמעון] לומר לו "לך חזק וקני" [ולולא זה, אין זה חשיב חזקה לקנות, אפילו נתן מעות לפני כן].

רב שאל: איך [יש חזקה בנתינת] מתנה. אמר שמואל: מה אבא [פי' רב] שאל. הרי מה במכר¹⁵⁸ שנתן לו כסף, אם אמר לו "לך חזק וקני", כן [קנה], ואם לא [אמר לו כך], לא [קנה]. במתנה לא כל שכן [שלא קנה כל שלא אמר לו "לך חזק וקני"]. ורב סבר: מי שנותן מתנה, נותן בעין יפה [שמחמת חיבה נתן לו והלכך רוצה שילך ויחזיק ואפשר שהוא כאילו אמר לו].

[עכשיו הגמ' חוזר לפרש הברייתא הנ"ל של רב הושעיא, ומש"כ נעל, גדר, או פרץ כל שהוא בפניו וכמה [הוא שיעור] "כל שהוא", כדברי שמואל, שאמר שמואל: גדר גדר¹⁵⁹ והשלימו לעשרה [שהוא שיעור שאי אפשר לעלות עליו ולהיכנס בשדה], או פרץ [פי' הרחיב] פרצה כדי שיכנס ויצא בה¹⁶⁰, הרי זו חזקה. איך מדובר "גדר" הזה. אם תאמר שבתחילה [שהיה פחות מ'] לא היו עולים [עליה אע"פ שהיתה פחות מעשרה טפחים, ומכל מקום לא היה אפשר לטפס על הגדר, וכגון שהיתה עשויה בשיפוע או בנויה על מקום מדרון], וגם עכשיו [אחרי שהשלימה ל'] לא נכנסים, מה הוא עשה [ואיך זה חזקה]. אלא [צריך לומר שמדובר] שבתחילה היו עולים עליה, ועכשיו לא עולים עליה, [הרי איך זה נחשב כ"כל שהוא" הרי] הוא עשה הרבה. לא [מדובר כך, אלא] צריך [לומר שמדובר], שבתחילה היו עולים בה ברווח, ועכשיו עולים בדוחק. [מה שכתוב בכרייתא "פרץ כל שהוא" קנה בחזקה] איך מדובר "פרצה" [זו]. אם תאמר שבתחילה הוו נכנסים בה וגם עכשיו נכנסים בה, מה הוא עשה [שזה יחשב כחזקה]. ואלא שבתחילה לא היו נכנסים בה ועכשיו נכנסים בה, [הרי איך זה נחשב כ"כל שהוא" הרי] הוא עשה הרבה. לא [מדובר כך, אלא] צריך [לומר שמדובר], שבתחילה הוו נכנסים בה בדוחק, ועכשיו נכנסים בה ברווח.

א"ר אסי א"ר יוחנן: נתן צרור [בחור שבגדר] והועיל, [אן] נטל צרור [מן הגדר ועשה בו נקב] והועיל [לשדה], ה"ז חזקה. מה [זה] "נתן" ומה [זה] "נטל". אם תאמר נתן צרור וסכר מים ממנה [פי' ראה נהר שוטף ורוצה להיכנס דרך הנקב ובא זה וסתם הנקב ועצר המים מן השדה], [וכן] נטל צרור והוציא מים ממנה [שהמים שבשדה יצאו דרך הנקב, שואלת הגמ', הרי אין זה תיקון השדה, אלא] זה מברית ארי מנכסי חברו הוא [ואינו תיקון וחזקה אלא משיב אבידה שכל ישראל מצווין להציל ממון חביריהם]. אלא, [מה שכתוב] נתן צרור¹⁶¹, שעצר המים לה [לשדה שלא יצאו, ומה שכתוב] נטל צרור, והרויח לה מים [פי' על ידי נטילת הצרור נכנסו המים דרך החור לשדה].

ואמר רב אסי א"ר יוחנן: שתי שדות ומצר אחד ביניהן¹⁶², [של גר שמת ואין לו יורשים, אם] החזיק באחת מהן לקנותה, קנאה [אותה השדה לבד].

¹⁵⁸ עי' שו"ע (ח"מ סי' קצב ס"ב): הוב"ד לעיל הערה 157.

¹⁵⁹ עי' שו"ע (ח"מ סי' קצב ס"ד): גדר כל שהוא השלימו לעשרה ויש אומרים דאפילו פחות בו בנחת והוסף עליו כל שהוא והשלימו לעשרה ויש אומרים דאפילו פחות מעשרה ונמצא שאין עולים אלא בדוחק הרי זה הועיל וקנה: דאפילו פחות מעשרה כו' - כגון שיש מקום מדרון ושיפוע מהכותל ולחוץ שהיא בנויה ע"ג תל, דאז במחיצה כל דהו מונע שאינן יכולין לכנוס בה עוד (סמ"ע).

¹⁶⁰ עי' שו"ע (ח"מ סי' קצב ס"ה): פרץ כל שהוא כיצד היתה שם פרצה והיו נכנסים בה בדוחק והרחיבה כל שהוא עד שנמצא נכנסין בריוח הרי זה הועיל וקנה.

¹⁶¹ עי' שו"ע (ח"מ סי' קצב ס"ו): נתן צרור והועיל כגון (שחבר) בו המים לשדה או נטל צרור והועיל כגון שפתח בנטילתו המים לשדה קנה, וכן כל כיוצא בזה. אבל אם ראה אמת המים בא להזיק הקרקע, ונתן צרור ומנעה, או שנטל צרור ופתח שיצאו המים, לא קנה שסילוק ההזיק אינו קונה אלא הבאת התועלת:

כגון שסכר בו מים לשדה - פירוש, שהיה מקום בגדר שיצאו ממנו המים וסתם אותו מקום כדי שישארו המים בשדה להיותו נשקה ממנו, או איפכא שנטל צרור מהגדר למטה כדי שיכנסו שם המים להשקותו (סמ"ע).

סילוק ההזיק אינו קונה - משום דה"ל כמברית ארי מנכסי חברו. והוא דומה למשיב אבידה, דכל ישראל מצווין להציל ממון חביריהם מן ההזיק (סמ"ע), מש"כ בסמ"ע "דכל ישראל מצווין", לפ"ז בנכסי הפקר וצ"ע (רע"א), וי"א דעשה כן דלא ליקרו ליה מפסיד, ואין דרך הקנאה בכך כו' (פ"ת).

¹⁶² עי' שו"ע (ח"מ סי' ערה ס"ח): שתי שדות בנכסי הגר ומצר אחד ביניהם, החזיק באחד מהם לקנותה קנאה, החזיק בה לקנותה ולקנות את חבירתה, זו שהחזיק בה קנה אבל חבירתה לא קנה החזיק בה כדי לקנות חבירתה לא קנה אחת מהן חבירתה מפני שלא החזיק בה ואותה מפני שלא החזיק בה כדי לקנותה:

שתי שדות כו' - קשה איך הם ב' שדות אם אין שום דבר מפסיק ביניהם, אלא צ"ל שמדובר שהוא חרש חלק מסוים של השדה, וכאלו קבע שעד כאן קנה (ש"ך).

לקנותה ולקנות את חבירתה כו' חבירתה לא קנה - והיינו דוקא בנכסי הגר דאין דעת אחרת מקנה אותו, אבל בנותן קרקעות, אפילו הן בעשר מדינות נתבאר בסימן קצ"ב ס"ב, דקיי"ל החזיק באחת מהן קנה כולן, וי"א דוקא אם פירש בו דבחזקה דאחת מהן יקנה את כולן (סמ"ע), עי' ט"ז סי' ר' ס"ח [שמכאן רואים שחזקה ללא כוונה לקנות לא קנה] ושו"ע לקמן סעיף כ"א, ובמ"ל פ"ב מהל' זכיי' ה"ט [שאם עשה קנין המועיל עם קנין שלא מועיל בבת אחת, והתכוין לקנות בקנין הלא מועיל, קנה] (רע"א).

קנה [השני]. למה [הראשון] לא קנה בחזקתו שבנה ארמונים]. הראשון הפך לבנים [ורק סדרן זה על זה, שכל זמן שאין דלתות אין בנין, ורק גמר הבנין הוא העיקר].

אמר רב דימי בר יוסף א"ר אלעזר: המוצא ארמונים בנכסי הגר¹⁶⁷ [שמת ללא יורשים, ולכן רכושו הפקר], והטיח בו טיח קצת או צר ציור אחד, קנה. וכמה [שיעור טיח או ציור צריך לעשות שהיפוי יהיה חשוב חזקה]. אמר רב יוסף: אמה [על אמה]. אמר רב חסדא: וכנגד הפתח [פי' דרך כניסת פתח הבית, שנראה יותר לנוי, אבל במקום אחר צריך יותר מאמה].

אמר רב עמרם: רב ששת אמר לנו דבר זה [לקמן], וזה האיר עיניו [להביא ראיה לדבריו] מהמשנה: המציע מצעות [ושכב שם] בנכסי הגר [שמת ללא יורשים, ולכן רכושו הפקר], קנה¹⁶⁸. [ושואלת הגמ' מה הוא "וזה האיר עיניו [להביא ראיה לדבריו] מהמשנה". שלמדנו: כיצד [קונים עבד כנעני] בחזקה¹⁶⁹. [אם העבד הנעיל לו [לאדון] את הנעל שלו [פי' ששימש העבד לרבו, הוי חזקה, וזה דומה להציע מצעות ששמשו הקרקע, קנה], או התיר לו הנעל שלו, או שהולך בגדיו אחריו לבית המרחץ, או הפשיטו [לאדון מבגדיו], או הרחיצו, [אין] סך אותו [בשמן], [אין] גדרו, או הלבישו, או הנעילו, או הגביהו, קנאו. אמר ר"ש: לא תהא חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום. מה [התנא הראשון התכוין] לאמר [כשאמר הגביהו]. כך אמר: [אם העבד] הגביהו לרבו [לצורכו של רבו], קנאו, הגביהו רבו לו, לא קנאו [שאיין זה חזקה כלל]. אמר ר"ש: לא תהא חזקה גדולה מהגבהה, שהגבהה קונה בכל מקום. א"ר ירמיה בן עזריא [יראה אמר רב יהודה: מי

אבל אם רצה] לקנות אותה ואת חברתה¹⁶³, אותה קנה, [אבל] חברתה לא קנה [שהמצר מפסיק ביניהם. ואם הוא רק רצה] לקנות את חברתה, אף אותה לא קנה אפילו אותה [המצר שבו עשה את הקנין חזקה]. רבי יודא שאל: החזיק באחת מהן לקנות אותה ואת המצר ואת חברתה, מהו. האם אומרים המצר הוא של הקרקע זו [וגם] של קרקע זו וקנה [שלשם, וטעמו של ר' יוחנן שלא קנה שכן לא התכוין לקנות את המצר, ומאחר והוא מפסיק, לא מועיל חזקתו לשדה אחר, אבל כשמתכוין לקנות שלשם קנה], או אולי כל א' עומד לבדו [פי' המצר מחולק מן השדה, וכל א' מקום חשוב בפני עצמו, ולכן רק קנה השדה שבו עשה את החזקה ולא אפילו את המצר]. תיקו¹⁶⁴.

רבי אלעזר שאל: החזיק במצר לקנות שתייהן [פי' ב' השדות], מהו. האם אומרים המצר הזה הוא אפסר [פי' רסן לשומרין] של הקרקע הוא וקנה [דוגמת בהמות שאם מכר עשר בהמות ברסן א' קנה כולם], או אולי כל א' עומד לבדו [וכמו שאין המצר צריך לשדה כך אין השדה צריך למצר, ואינם חשובים כא' לענין קנין חזקה]. תיקו.

א"ר נחמן אמר רבה בר אבוח: שני בתים זה לפניו מזה¹⁶⁵ [ואין דרך לצאת מהפנימי לרה"ר אלא רק דרך החיצון, אם] החזיק בחיצון לקנותו, קנאו. אבל אם התכוין לקנות אותו ואת הפנימי, חיצון קנה, [אבל] הפנימי לא קנה [שאיין] הפנימי משעבוד לחיצון כלל, שהחזקה יעזור לקנותו. ואם התכוין לקנות את הפנימי, [לא רק שלא קנה את הפנימי אלא] גם לא קנה את החיצון. [אבל אם] החזיק בפנימי לקנותו, קנאו, [ואם התכוין לקנות אותו ואת החיצון, קנה שניהן. [אבל אם התכוין רק לקנות את החיצון, [לא רק שלא קנה את החיצון, אלא] אף פנימי לא קנה. א"ר נחמן אמר רבה בר אבוח: הבונה ארמונים גדולים בנכסי הגר [שמת, ואין לו יורשים, שהוא הפקר]¹⁶⁶, ובא אחר והעמיד להן דלתות,

¹⁶³ עי' ש"ע (ח"מ סי' רעה ס"ח) הוב"ד לעיל הערה 162.

¹⁶⁴ עי' ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"ט): החזיק בה לקנותה ולקנות את חברתה ואת המצר שביניהם או שהחזיק במצר לקנות את שתייהן, הרי זה ספק, ואם בא אחר והחזיק בה כדי לקנותה זכה האחרון:

בא אחר - בקרקע לא שייך תפיסה, ולכן חזקת ספק לא מהני (רע"א בשם החכ"צ, ותומים), חזקת השניה היא חזקה ברורה וחזקת הראשון מסופקת, מעמידין אותה בחזקת זה שחזקתו ברורה (רע"א בשם המהר"ט), ואין ספק מוציא מידי ודאי (רע"א בשם המהר"ט).

¹⁶⁵ עי' ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"י): וכן שני בתים זה לפניו מזה שהחזיק באחד מהם והעמיד לקנות את השני, לא קנה אלא זה שהחזיק בו בלבד. החזיק באחד מהם כדי לקנות את השני, אף זה שהחזיק בו לא קנה הגה: ויש אומרים דאם החזיק בפנימי כדי לקנותו עם החיצון קנה שניהם:

קנה שניהם - דוקא בשני בתים שהן זה לפניו מזה והוא החזיק בפנימי, שחיצון משעבוד לדריסת הרגל של הפנימי, מש"ה נקנה גם החיצון על ידו, משא"כ כשיאנו לפניו מזה או בשתי שדות ה"ל ס"ח (סמ"ע).

¹⁶⁶ עי' ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"א): הבונה פלטרין גדולים בנכסי הגר ובא אחר והעמיד להם דלתות קנה האחרון, שהראשון לא עשה בגוף הארץ כלום והרי הוא כמי שעשה גל אבנים שאינו קונה שהרי לא הועיל בגדר זה מפני שהוא רחב ביותר ומפולש ואין צורת אותו הבנין מועלת עד שיעמיד דלתות הגה: ויש אומרים דהוא הדין אם עשה הראשון דלתות ולא נעל ובא שני ונעל קנה שני, ויש אומרים דכל זה בבונה בעצים ואבנים שאינו שלו כגון בעצים ואבנים של גר ולא כיון לזכות בהן רק על ידי בנין או שבנה על ידי פועלים, אבל אם זכה בהן או שהיו שלו תחילה שיוכל לומר אני אטול עצי ואבני, הרי האחרון לא החזיק בכלום ולכן הקרקע הפקר כמו שהיה וכל הקודם זכה, ויש אומרים דאפילו בונה בשלו השני זכה בכל, והרי דראשון לא קנה בבנין שעל גבי קרקע היינו כשלא בנה בנין המועיל, אבל אם עשה בנין הראוי להעמיד בהמה או תרנגולין או שחפר בקרקע יסודות לבנין ובנה, קנה הקרקע בבנינו, ויש חולקין וסבירא להו דלא קנה בחפירות היסודות:

ולא כיון לזכות בהן כו' - ו"ח דלא משכחת לה שקנה השני אלא כשבנה הראשון על ידי פועלים שהם לא כווננו לזכות, והרי זה מתעסק בזיכה הוא (ש"ך בשם המהר"ט), עיין מה שכתבתי לעיל סימן רס"ח סעיף א' (פ"ח).

רק על ידי בנין - ומש"ה כיון דלא קנה הבנין בלא דלתות, לא קנה ממנו כלום (סמ"ע).

או שבנה ע"י פועלים - פירוש, ואין דעת הפועלים לקנות לו כלום, ונמצא שנשאר הפקר עד שיעמיד השני דלתות (סמ"ע), עי' בנתיבות המשפט לעיל סימן קפ"ח ס"ב חש"ו (פ"ח).

שיכול לומר עצי ואבני אני נוטל - לקמן סימן שע"ה סעיף ו' יתבאר זה שהיורד לתוך חורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות, יכול לומר אח"כ עצי ואבני אני נוטל, ומש"ה כשיאמר הראשון עצי ואבני אני נוטל, הרי לא עשה השני כלום בהעמדת הדלתות (סמ"ע).

ולכן הקרקע הפקר כו' - הלכך אם קדם קמא ומסלק דלתות דבתרא ומוקי דלתות מדליה, קנה, ואי לא, דינא הכי, דשקיל קמא לבנין ובתרא דלתות ידידה, וארעא הוה הפקר כדמעיקרא ומאן דחזיק בארעא זכה (סמ"ע).

דאפילו בונה בשלו השני זכה בכל - פירוש, בקרקע ובבנין, דמאחר שהראשון בנה כדי לקנות הקרקע ולא קנה, א"כ הוה הפקר והשני זכה בכל (סמ"ע).

¹⁶⁷ עי' ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"ג): יש דברים רבים שאם החזיק בהם הלוקח לא קנה, ואם החזיק באחת מהם בנכסי הגר או נכסי הפקר קנה. כיצד, המוציא פלטרין גדולים בניינים בנכסי הגר או בנכסי הפקר וסייד בהם סיוד אחד או כייר בהם כיור אחד כגון אמה אחת או יותר כנגד הפתח קנה:

יש דברים כו' - ויש חולקים שאין שום חילוק (ש"ך בשם המשאת בנימין).

או כייר בהם - פירוש, שצייר בו צורה ליפיתו (סמ"ע).

כנגד הפתח - פירושו בכותל העומד נגד הפתח, ואז בכניסתו יראה הייפוי דטיחת הסיד או הציור וחשיב תיקון ומעשה בגוף הבית, ומש"ה קנאהו בו, אבל בסיוד וציור דלא כנגד הפתח לא סגי באמה על אמה (סמ"ע).

¹⁶⁸ עי' ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"ד): המציע מצעות בנכסי הגר, כיון שייפה הקרקע בהצעתו קנה ויש אומרים דוקא ששכב על המצעות דהואיל ונהנה מן גוף הקרקע וגם הציע אותן קנה, ערך שלחן ואכל עליו יש אומרים דקנה:

דוקא ששכב - וה"ה ישב עליהן וערך שלחן ואכל, אפילו בלא מצעות (רע"א). ונהנה מן גוף הקרקע - אבל בייפוי הקרקע במצעות, כיון דאינו דבר של קיימא לא מחשב מעשה בגוף הקרקע. והרי דלא קנאהו באכילת פירות מהקרקע כנ"ל (סעיף י"ב), משום דלא מתהני מן גוף הקרקע, אלא ה"ל כקונה עבד, דלא קנאהו במה דעבד מבשל לו מאכל אלא בעינן שהעבד יגביה לרבו, שאז העבד עושה מעשה ברבו בגופו דהעבד נכמ"ש רבינו לעיל סימן קצ"ו סעיף

ג' - ד', ה"ג דכוותיה בעינן שהקרקע תעשה מעשה בגוף הזוכה או שהזוכה יעשה תיקון מה בגוף הקרקע (סמ"ע).

¹⁶⁹ עי' ש"ע (ח"מ סי' קצו ס"ו): כיצד: התיר לו מנעלו או שהנעיל לו מנעלו או שהולך כליו אחריו לבית המרחץ, או שהפשיטו או סכו או גרדו או הלבישו או הגביה את רבו קנה, ויש אומרים שהוא הדין אם הגביהו רבו:

כיצד התיר לו כו' - פירוש, כל אלו הן בכלל קנין חזקה, דמה חזקה היא בגופה של קרקע שנעל או גרד או חפר בה, אף בעבד בעינן שיהנה מגופו של עבד (סמ"ע).

ה"ה אם הגביהו רבו - נראה דלא פליגי רק בהגבהה שהוגבה מכחו וכענין מ"ש בסימן קצ"ח סעיף ב' סק"ג, אבל בהגביה בידו, הגבהה גופיה משיכה הוא שמשכו לרשותו, דיוד עדיפא מחצירו (נתה"מ).

שזרק¹⁷⁰ לפת בין נקעים של קרקע הגר [שמת ללא יורשים, ולא כסה אותו בעפר], לא היו חזקה. למה. בזמן שזרקו לא היו שבח [לקרקע, וכשהוא גודל לבד] עכשיו הוא שבח [שבא] ממילא.
אמר שמואל: מי שנטל ענפים מדקל עבור [פי] [כדי לשפר ולגדל את] הדקל, קנה¹⁷¹ [הדקל, שזה חזקה, אבל אם הוא הוריד ענפים] עבור בהמותיו [שהם אוכלים את הענפים, ואינו מתכוין להנאות את הדקל, אע"פ שחשב לקנות הדקל בחזקה], לא קנה. איך מדובר [שיודעים אם הוא הוריד ענפים עבור הדקל או עבור הענפים. אם הוא] לקח מצד זה ומצד זה [פי] מכל צדדי הדקל, יש הוכחה שעשה את זה] עבור הדקל [שכן הוא המנהג, אע"ג שאפשר לומר שעשה כן עבור הענפים, אמנם כשאפשר לומר ב' צדדים, אומרים שעשה לשם קנין. אבל אם הוא הוריד] את כל [הענפים] מצד א' [רואים שעשה כן] עבור בהמותיו [שכן זה מקלקל את האילן].

ואמר שמואל: מי שמסלק עשבים רעים [מהשדה, מוכח שעשה כן] עבור הקרקע, וקנה¹⁷² [בחזקה זו, אבל אם הוא סלקם], עבור העצים [לשרפם], לא קנה. איך מדובר. [אם הוא] לקח [גם עשבים] גדולים ו[גם] קטנים, [מוכח שעשה כן] עבור הקרקע, [אבל אם הוא] לקח גדולים והשאיר קטנים, [מוכח שעשה כן] עבור העצים [ולא קנה].
ואמר שמואל: מי שמסלק מכשולות [ומשוה פני הקרקע שתהא חלקה עבור חרישה], עבור הקרקע, קנה¹⁷³ [בחזקה, אבל אם עשה כן] עבור גורן, לא קנה. איך מדובר. [אם הוא] לחק תל וזרקו בנומא [מוכח שעשה כן] עבור הקרקע, [אבל אם הוא השוה] תל בתל וחור בחור [פי] מרחיב את התל בעצמו שלא יהא זקוף כל כך, וכן מסדר את הגומא בעצמה שלא תהא עמוקה כל כך, ונמצא שנותרו בשדה התילים והגומות, כי ראוי הוא להכבוט שם חיטים ואינו ראוי לחרישה, אז יש הוכחה שעשה כן] עבור גורן.

ואמר שמואל: מי שפתח [צינור] מים בקרקע¹⁷⁴, עבור הקרקע, קנה [אבל אם עשה כן] עבור [צינור] דגים, לא קנה. איך מדובר. [אם הוא] פתח שתי צדדים, אחד מכניס [מים] ואחד מוציא [מוכח שעשה כן] עבור דגים, [אבל אם רק פתח] פתח אחד, [מוכח שעשה כן] עבור הקרקע. אשה אחת אכלה דקל בלקיטת הענפים [מצד א' עבור בהמותיה], י"ג שנה¹⁷⁵, בא [איש א'] ועדר תחתיו קצת [כדי לקנותו בחזקה]. [בא] שניהם בדין [תורה] לפני לוי, ויש אומרים לפני מר עוקבא, והעמידו [את הדקל] בידיו. [האשה] הגיע וצרח לפניו, והוא אמר לה: מה אעשה לך, שלא החזקת בה כמו שאנשים מחזיקים בו.

אמר רב: הצר צורה בנכסי הגר [שמת ללא יורשים, ולכן רכשו הפקר]. קנה¹⁷⁶, שכן רב לא קנה את הגינה של בית מדרשו אלא בצורה. למדנו: שדה [של גר שמת ללא יורשים] המסויימת במצריה, אמר רב הונא אמר רב: כיון שחפר ביעה חפירה אחת, קנה כולה¹⁷⁷. ושמואל אמר: לא קנה אלא מקום חפירתו בלבד.

¹⁷⁰ ע"י ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"ב): המפיץ הזרע לתוך התלמים לא קנה, שבעת שהשליך הזרע לא השיב כלום ובעת שצמח והשיב שבח הבא מאליו הוא ואינו קונה:

¹⁷¹ ע"י ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"ז): המפצל זמורות הגפן או שריגי אילנות וכפות תמרים בנכסי הגר, אם דעתו לעבודת האילן קנה, ואם דעתו להאכיל העצים לבהמה לא קנה. כיצד, היה כורת מכאן ומכאן חזקתו שנתכוין לעבוד האילן, היה כורת מרוח אחת אינו מתכוין אלא לעצים:

¹⁷² ע"י ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"ח): וכן המלקט עצים ואבנים מן השדה, אם דעתו לתקן הארץ קנה, ואם דעתו לעצים לא קנה. כיצד, לקט הגס והדק הרי זה בחזקת שנתכוין לתקן הארץ, לקט הגס ולא הדק הרי זה בחזקת שנתכוין לעצים. ואפילו אמר שכיון לתקנה לא קנה, דבעינן שיהיו מעשיו מוכיחין:

¹⁷³ ע"י ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"ט): וכן המשוה פני הארץ, אם דעתו לתקן הארץ קנה, ואם דעתו להשוות מקום שיעמיד בו גורן לא קנה. כיצד, היה לוקח עפר ממקום גבוה ונותנו למקום הנמוך הרי זה מתקן הארץ, ואם אינו מקפיד על זה אלא משליך העפר והצורות בכל מקום בלא הקפדה הרי זה בחזקה שאינו מתכוין אלא להשוות מקום לדוש בו:

¹⁷⁴ ע"י ש"ע (ח"מ סי' ערה ס"כ): וכן הפותח מים לתוך הארץ, אם לתקן הארץ קנה. ואם לצוד דגים לא קנה. כיצד, עשה מקום שיכנסו בו המים בלבד הרי זה מתכוין לתקן הארץ, עשה שני פתחים אחד להכניס ואחד להוציא הרי זה מתכוין לצוד דגים:

¹⁷⁵ ע"י ש"ע (ח"מ סי' רעה ס"ב): הוב"ד לעיל הערה 44.

¹⁷⁶ ע"י ש"ע (ח"מ סי' רעה ס"ד): הצר צורה בנכסי הגר קנה:

הצר צורה - פירוש, צורת אדם או חיה ועוף, יש בהן נוי יותר משאר ציורים, ומשו"ה אפילו אין בהן אמה על אמה וגם אינו נגד הפתח קנאהו בו (סמ"ע).

¹⁷⁷ ע"י ש"ע (ח"מ סי' רעה ס"ג): שדה המסויימת במצריה, כיון שהכיש בה מכוש אחד (פירש רש"י: כיון שחפר בה בהכאה אחת), קנה את כולה, ואם אינה

מסויימת במצריה קונה ממנה באותו מכוש כדי שילך הצמד בשעת חרישה ויחזור:

כיון שהכיש בה מכוש אחד - פירוש, חפירה כל שהוא או עשה שום תיקון להשדה, קונה בה וכמו שיתבאר (סמ"ע), המחזיק בנכסי הגר והיו בתוכם מטלטלין קנה בתורת אגב, אמנם חלוקין הם נכסי הפקר מנכסי מתנה בזה, היינו דבנכסי מתנה ק"ל דאגב לא בעי צבורין וכמבואר לעיל (סי' רב ס"ב), אבל בנכסי הפקר ודאי בעי צבורין, דכל שבתוך הקרקע המה צבורין הרי הוא כמו הקרקע ממש (קצה"ח), ויש חולקים שאין אגב ללא דעת אחרת מקנה (נתה"מ).

כדי שילך הצמד כו' - פירוש, שני שוורים שחורשים בהן נקראים צמד, ואין עושים תלם אחד לכל אורך הקרקע אלא יש שיעור לתלם השדה, ואחר כלות השיעור חוזרין לעשות תלם חדש בצידה, וז"ש כדי שילך הצמד ויחזור, ובמלוא תלם זה קנאהו במרובע (סמ"ע).

ושאינה מסויימת במצריה, עד כמה [צריך] לחפור ויקנה כולה לפי רב]. אמר רב פא: כ[ששעור] שילך [ויחזרה] צמד בקר [שורה אחת מקצה גבול השדה ועד קצהו], וחזור [שורה] 178. נכסי עובד כוכבים [שמכרם עובד כוכבים] לישראל שקבל העובד כוכבים הדמים ממנו ועדיין לא החזיק בה [ישראל זה הקונה אותם] הרי הן כמדבר [והפקר], כל המחזיק בהן זכה בהן 179. למה. עובד כוכבים כאשר מגיע כסף לידו מסתלק [אבל ה]ישראל

178 ע"י ש"ע (ח"מ ס' רעה ס"ג): הוב"ד לעיל הערה 177.

179 ע"י ש"ע (ח"מ קצד ס"ב): מאחר שעכ"ם אינו קונה הקרקע מישראל ולא מקנהו לישראל אלא בשטר, ישראל שלקח שדה מהעכ"ם ונתן דמים, וקודם שיחזיק בה בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקים בנכסי הגר זכה אחרון ויש אומרים דאפילו החזיק בה ראשון זכה האחרון דלא סמכא דתתא דראשון בלא שטר, וכן נראה לי. אבל אם החזיק האחד קודם שנתן המעות זכה לכולי עלמא ונתן לראשון את הדמים מפני שהעכ"ם מעת שלקח הדמים סילק רשותו וישראל לא קנה עד שיגיע השטר לידו ונמצאו נכסים אלו כנכסי מדבר שכל המחזיק בהם זכה ואחרותו על העכ"ם המוכר הגה: והשני מקרי רשע ומכל מקום אם בא הראשון להשתדל ע"י העכ"ם להוציא מיד השני נקרא מסור הואיל והשני נתן לו מעותיו במה דברים אמורים: במקום שאין משפט ידוע למלך אבל אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכתוב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו עושים כפי משפט המלך הגה: עכ"ם שהיה לו משכון או פקדון ביד ראובן ונתנו לשמעון בשטר זכה ראובן במה שבידו דמיד שנתן העכ"ם לשמעון נסתלק העכ"ם ושמעון לא קנה עד דמשך ולכן הוי כהפקר וזכה בו ראובן כזוכה מן ההפקר:

מאחר שעכ"ם אינו קונה כו' - ע"ל ס' ערד וס' ערה ס"ב (ש"ך). כל זה רק במקום שכותבים שטר קנין, אבל במקום שאין כותבים שטר, או כותבים שטר ראייה, קנה במעות. ובשטר שכתוב בו ומכרתי ונתתי ישנם מח' אם הוא לשון הודאה או קנין, אבל לכ"ע אבל בשטר שכתוב בו בפירוש מודה פלוני בהא לא פליגי שהיה שטר ראייה ולא קנין (ש"ך □ הרשד"ם).

כדרך שמחזיקים בנכסי הגר - ע"י סימן קצ"ב וסימן ער"ה סעיף י"ב (סמ"ע).

דאפילו החזיק בה הראשון כו' - פירוש, אפילו החזיק בה אחר שנתן המעות להגוי, אפילו הכי לא סמכה דעתו לכתוב בו עד שיכתוב לו שטר, מה שאין כן אחר דלא נתן מעות דדעתו לקנות בהחזקה, מסתמא כיון דלא נתן מעות לא יפסיד אף אם יקחנו ממנו הגוי, ומה מזיק לו שישמוך דעתו לקנותו בו, ואם הקונה פיקח, שיחזיק בו אחר נתינת המעות בתורת הפקר קודם שיקדמו אחר (סמ"ע).

ונתן לראשון את הדמים - דאף דלא קנהו, מכל מקום בתורת משכון הוא בידו עד שיחזיר לו הדמים, וראי דאין צריך ליתן לו דמים כיון דלא בא ליד הלוקח מתחילה בתורת משכון (סמ"ע), דכיון שלא קנה הישראל, ממילא הדמים כחוב על הנכרי, שהרי מה דלא סמכה דעתיה הוא משום שמא יחזור בו העכ"ם, וכשיחזור בו העכ"ם יהיו הדמים חוב עליו והשדה יהיה משועבד למשכון, והרי כשתנתן ישראל מעותיו על תנאי זה נתן, שאם לא יגיע השדה לידו יהיו המעות חוב, וא"כ אף שהפקיר נכסיו מ"מ הרי בעל חוב יכול לטרוף מה הזוכה מן ההפקר כמבואר בסימן רמ"ה סעיף י', ולפ"ז צריך ליתן לו כל הדמים שנתן לו מהני כשתנתן לו דמי שווי, דיכול לומר לדידי שוה לי כמבואר בסימן ק"ט סעיף א', ולפ"ז במטלטלין כשתנתן מעות ולא משך שכתב הש"ך בס'קד' שיכול גם כן אחר לזכות מן הפקר, אין צריך הזוכה ליתן לו הדמים לטעם הסמ"ע, שהרי בעל חוב אינו יכול לטרוף מטלטלין המשועבדים והפקר דין משעבדי יש לו, אכן לטעם השני שכתבו הפוסקים שצריך ליתן הדמים מפני שנהנה ע"י מעותיו שנתן זה, צריך ליתן לו עכ"פ דמי שווי אף במטלטלין, וע"י לקמן ס"ק (נתה"מ), ולפי הטעם השני אם אכל פירות מוריד מהמחיר, ולפי הצד הראשון צ"ע (נתה"מ סק"ו), ואם הראשון יותר מכדי שווייה א"צ להחזיר לו היתר משווייה (רע"א).

ואחריותו על הגוי - פירוש, אף שכבר נתן השני להראשון המעות, אין האחריות עליו, ולפ"ז אם בא הגוי והוציא מיד זה המחזיק שנית, אזי אין צריך הראשון להחזיר לו מעותיו (סמ"ע).

השני מקרי רשע - כיון דצריך המחזיק ליתן מעות להלוקח, נמצא דאינו כמציאה והפקר, והוה ליה כדיון עני המהפקר בחררה ובא אחר ונטלה דמיקרי רשע (סמ"ע), שמעון שהיה לו חוב ארבעים זהובים אצל גוי, וכתב לו הגוי כתב באם שנתן לו השררה רשות למכור ביתו ליהודי, אזי יהיה לשמעון קדימה וישלם חובו מביתו, ואחר כך כשתנתן לו רשות לו ראובן והחליף ביתו עם בית הגוי, ומותר דמי שיווי הבית נתן ביד הגוי, וכתב לו שטר מכירה כנהוג בערכאותיהם, ועתה תבע שמעון לראובן לדין באשר לו קדימה בבית זה כפי שטרו מן הגוי, וגם יש בידו להשתל אצל השר שיכוף לגוי שימכור לו הבית. השני קנה ולא הראשון, חדא כיון שלא פסק הראשון דמים, ועוד, דאפילו בפסק דמים שאמכור לך במנה, ע"י לקמן סימן ר"ו סעיף א' דאם מכרה ביותר על מנה קנה השני, שאמרינן זוזי אנסוהו בשביל המעות שהוסיף, אם כן בנידון ידן שהחליף הגוי על ביתו של שני, אף על פי שאינו שוה אלא מנה, יש לומר

[הקונה] לא קנה עד שגמיע השטר לידו, הלכך הרי הן כמדבר, וכל המחזיק בהן זכה בהן.

א"ל אביי לרב יוסף: וכי שמואל אמר כך. והרי אמר שמואל: הדין של המלכות היא דין 172 [פי' כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא שכל בני המלכות מקבלים עליהם מוצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא ואין למחזיק בממון חבירו ע"פ חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל], והמלך אמר: לא קונים קרקע אלא בשטר. אמר לו: אני לא יודע, אבל היה מעשה בכפר רועים, בישראל שקנה קרקע מגוי, ובא ישראל אחר וחפר בה קצת, באן ב' הישראלים] לפני רב יהודה [לדין תורה], והוא העמידו ביד השני. א"ל: אמר [מביא ראייה מ]כפר הרועים, שם שדות טמונות, שהם עצמם לא היו נותנין את המס למלך [אלא מבריתין עצמן], והמלך אמר: מי שנותן מס יאכל את [פירות] הקרקע.

רב הונא קנה קרקע מעובד כוכבים, בא ישראל אחר וחפר בה קצת, באן שניהם לדין תורה] לפני רב נחמן, והעמידו בידו [של השני]. א"ל [רב הונא לרב נחמן]: מהו דעתך [שפסקת כך], שאמר שמואל: נכסי עובד כוכבים הרי הן כמדבר, וכל המחזיק בהם זכה,

דהוי כמכרה ביותר, שהרי אמרינן דאין בחליפין אונאה מטעם דיש רוצה במחט יותר מבשריון כמו שכתוב בסימן רכ"ז סעיף כ', וקל וחומר בבתיים זה פשוט דיש לומר אילו לא נתן לו הישראל בית אחר לא מכר הנכרי ביתו כלל בשום ממון (פ"ת).

נקרא מסור - היינו טעמא, כיון דמן הדין זכה בו המחזיק, אסור להוציאה מידו ולבטל זכותו ע"י גוי (סמ"ע), צ"ע שכן מסור הוי גרמי ולכמה פוסקים גרמי הוא דרבנן ואילו כאן הוי גזלן ממש. דמחזיק בקרקעו מה שזכה השני (רע"א).

הואיל והשני נתן לו מעותיו - ומכל שכן אם כבר נתן לו מעותיו, דאזי יפסיד השני כנ"ל. אבל ראי דאין צריך המחזיק להחזיר ללוקח מעותיו, ואפילו הכי אין הלוקח רשאי לתבוע להגוי, ואי תבע ועל ידי זה מוציא הגוי השדה מיד המחזיק מיקרי מסור (סמ"ע).

או הנותן דמים וכיוצא - אם דין המלך לקנות בדמים לחוד קנה בדמים לחוד כי הואיל ואין העכ"ם יכול לחזור מן המכירה ע"פ משפט המלך סמכא דעתיה. ובמקום שאין לישראל זכות לקנות קרקע, ולכן קונה על שם גוי, כיון דדיני דמלכותא דינא דקנין שעשה ישראל אינו כלום רק מה שעשה הגוי, ומה שהעכ"ם קנה לצורך ישראל מאחר ואין שליחות לגוי, ממילא אינו של ישראל כלל, אמנם במקום שישראל יכול להחזיק בקרקע, רק שיש לגוי זכות תמידי לפדותו בממון, כל זמן שלא פדאהו, הרי הוא של יהודי, אמנם מאחר ויכול לפדותו הוה כמטלטלין ולא קרקע (רע"א שב יעקב).

גוי שהיה לו משכון או פקדון כו' עד ונתנו לשמעון בשטר - בפקדון איירי כלשטרו ונתנו לו במתנה, ובמשכון צריך לומר דכתב לו שטר מתנה על העודף, והיינו שיפדנו שמעון מיד ראובן ומה ששוה המשכון יותר יהיה שלו, אמנם מותר לשמעון לומר להגוי שראובן לא נתנו לו, מאח רשאה כמציאה שבא לידו בחנם (סמ"ע), ואינו מוסר כיון שנתן לו הגוי במתנה, ומתנה דמי למכר, דאי לאו דקיבל הנאה מיניה, ובמה שראובן אינו מחזיר לו מפסיד הוא, וכשאומר להגוי מציל עצמו מהיזק (נתה"מ).

ע"י ש"ע (ח"מ רעד ס"א): עכ"ם שמכר שדה לישראל וקבל הדמים ולא כתב לו השטר, הרי הוא כהפקר וכל הקודם בהם זכה ונתבאר בסימן קצד. הגה: עשרה תנאים התנה יהושע בארץ וכולן נוהגות אף בחוץ לארץ וכתב הרמב"ם פ"ה דהלכות נזקי ממון והטור סימן רעד ולא ידעתי למה השמיטן המחבר הזה, ואולי משום שאינן שכיחין שרובם אינן רק במקום שיש לישראל שדות וכרמים וזה אינו שכיח בלוח, והרוצה לעמוד על דיניהן עיינן בפנים. מי שהיה לו נחיל של דבורים ויצאו וישבו על אילן של חבירו יש אומרים דיכול לקוץ ענף כדי להציל נחילו ונתן דמי ענף לבעל האילן ויש חולקין.

וכל הקודם זוכה - מיהו צריך לחזור וליתן כל הדמים לישראל כפי מה שנתן להגוי. ואם יש משפט ידוע בין הגויים שלא קנהו אלא מי שנותן דמים, הולכין אחר המשפט, וכמבואר בסימן קצ"ד סעיף ב', ע"ש כמה פרטי דינים מזה (סמ"ע).

וכולן נוהגות אף בחוץ לארץ - ויהושע התנה בארץ לפי זמנו שהיו ישראל בארץ, והתנה שלא יקפידו בהן אחד עם חבירו מפני תיקון העולם, והוא הדין בחוץ לארץ (סמ"ע).

"א דיכול לקוץ כו", ויש חולקין - ע"י לקמן ת"ד ס"ב (סמ"ע), והקוצץ גזלן (ש"ך בשם הי"ש)..

שהרב יעשה כן[הלכה] האחר של שמואל, שאמר שמואל: לא קנה אלא מקום מכוש בלבד. א"ל [רב נחמן לרב הונא]: בזה אני סובר כגמרא שלנו, שאמר רב הונא אמר רב: כיון שחורש בה חרישה אחד, קנה כולה [פ"י כל השדה].

שלח רב הונא בר אבין: ישראל שקנה שדה מעובד כוכבים, וברא ישראל אחר והחזיק בה, אין מוציאם אותה מידו [של השני כדברי שמואל]. וכן היה ר' אבין ור' אילעא וכל רבותינו שוין בדבר [עד כאן שליחות רב הונא בן אבין].

אמר רבה, שלשה דברים אלה אמר לי עוקבן בר נחמיה ראש הגלות בשם שמואל: הדין של המלכות היא דין, ואריסות של פרסיים עד מ' שנה [ולכן חזקה קרקעות שם מ' שנה ולא ג'], בעלי נחלה אלה [פ"י עשירים שיורשים רכוש] שקונים שדה למסים [שעבדי המלך לקחו מעניים ומכרו למי שיכול לשלם המסים], המכירה מכירה¹⁸⁰ [ולא נחשב שקבלו גזל].

היינו [שעבדי המלך לקחו מהעניים שלא שלמו] מס קרקע, אבל [אם עבדי המלך גבו משום שלא שלמו] מס גולגולת, לא [נחשב המכירה מכירה]. למה. מס קולקולת מונה על ראש האדם [ולא קרקעו, ואין דין המלכות מרשה להם לגבות הקרקע, ועבדי המלך לקחו אותה בגזל, אבל כן ביד המלך לקחת ממנו רכושו מטלטלין, או לאסור אותו בכלא עד שישלם]. רב הונא בנו של רב יהושע [כחולק על רבה] אמר [אפילו אם גבו עבדי המלך הקרקע על שלא שילם מס גולגולת, המכירה מכירה, שכן] אפילו שעורים [אשר נחלשו מהקרקע, ומונחים ב]כד משועבדים למס גולגולת.

אמר רב אשי: הונא בר נתן אמר לי, אמימר התקשה בו: אם [ההלכה היא] כך [שכל הרכוש משועבד למס גולגולת], בטלת ירושת בנו הבכור¹⁸¹ [באותו המלכות, שכל כל רכוש] שיש לו [נחשב רק כ] "ראוי"

¹⁸⁰ ע"י ש"ע (ח"מ סי' שסט ס"ט): הוב"ד לעיל הערה 72.

¹⁸¹ ע"י ש"ע (ח"מ סי' רעח ס"י): יצא עליהם שטר חוב בכור פורע בו פי שנים, ואם אינו רוצה לטול פי שנים ולא לפרוע פי שנים ראשי. ונפקא מינה שאם שאר היורשים קטנים או אינם כאן, שאין בעל חוב יכול לגבות ממנו אלא כפי החלק הפשוטות. ויש מי שאומר שאם רוצה לחזור בו אינו יכול. הגה היו לו קרקעות משועבדים לאחרים מקרי מוחזק, אבל אי חייבים למלך מנח מס ודרך המלך ליקח הקרקע בעד המס, מקרי ראוי. אבל במקום שאין דרך המלך כך מקרי מוחזק והבכור נוטל בו פי שנים. היה לו קרקע מהיום ולאחר מיתה, או שנגזל לו קרקע שאינה נגזלת, ואפילו נגנבו לו ספרים שמסתמא אינו מייאשם מקרי מוחזק:

יצא עליהם ש"ח - אם הבכור רוצה שישלמו בראוי הפשוטים רוצים שישלמו מוחזק, הדין עם הבכור, שהרי קי"ל יש לבכור קודם חלוקה, ותיכף בשעת מיתת האב זכה כל אחד בירושתו, נמצא דיכול לומר הבכור אני זכיתי בחלק בכורה ב' חלקים מן המוחזק והחצי בראוי ומזה אני אשלם מה שמגיע עלי לפי ערך ב' חלקים מן מה שמגיע לי מחלק המוחזק והחצי מן חלק הראוי, ואין הפשוט יכול לכופו שיקח כל סך החוב מן המוחזק (רע"א בשם הט"ז), וי"א שאין שעבוד ב"ח על הראוי, וממילא משלמים מהמוחזק (רע"א בשם הפנ"י), ועיין נוב"י הובא בפ"ת לעיל ס"ק (רע"א).

ולא לפרוע פי שנים ראשי - ע"י לעיל ס"ק דמתנה קרייה רחמנא ועד דמטי לידו לא הוה שילו, משא"כ מחלק פשיטותו דאינו יכול לסלק בלשון איני רוצה או אי אפשי אלא בלשון הפקר גמור (סמ"ע), דמתנה קרייה רחמנא וכיון שאמר אי אפשי בה דבריו קיימים, הלכך מכי אמר איני נוטל לא יכול הדר ביה. ובכור שאמר בחיי אביו איני רוצה בחלק בכורה יש בזה מחלוקת (קצת"ח), וי"א דיכול הבכור למחול הזכות שלו לזביו בחיי אביו, ובזה האב יכול להנחיל למי שירצה ולבטל הבכורה, אבל הזכות של בכור מעל אחיו, אינו יכול למחול עד אחרי מיתת האב (נתה"מ), ועיין בתשובת נודע ביהודה הובא לעיל ס"ק (פ"ת).

ונפקא מינה שאם שאר היורשים קטנים - וכן אם יש לבכור חוב שחייב הוא בעצמו ולא מחמת אביו, כשמסלק עצמו מהירושה לגמרי, אינו נפרע החוב מחלק של שאר האחין (סמ"ע).

שאם רוצה לחזור בו כו' - בחלק הפשיטות אינו יכול לסלק, דהבן במקום האב קאי (סמ"ע).

דרך המלך ליקח כו' - דהוי מלכא כמי דמוחזק דמי, שהרי מצי נחית מנפשיה אפילו בדבר מועט כו', אבל במקום שנהגו שאין המלך מוכר קרקע ממס, אלא שהוא מכיר הקרקע ל' או ד' שנים עד שיפרעוהו, אם מת בעל השדה בתוך ד' שנים מבני נוטל פי שנים (סמ"ע), כל מס החייב למלך והקרקעות משועבדים לו, אז הוה הקרקעות ראוי (רע"א בשם תורת אמת), וי"א דדוקא מיני מסים שיש על הקרקע או על הממון של סחורה וכיוצא בו, אבל כרגא דמונח על הקרקע דגברא לא מקרי המלך מוחזק, ודווקא טסקא המוטל ליתן מקרקעות נקרא המלך מוחזק בקרקעות, וה"ה שארי מסים המוטלים על שאר נכסים הן סחורות הן מטלטלים או כסף, ומי שמת והניח המס על איזה נכסים, הנכסים הם משועבדים על אותו מס והמלך מוחזק באותו נכסים ולא בשאר נכסיו (רע"א בשם החינוך בית יהודה), דהקרקעות עיקר הן של המלך, אבל

[לבא ולא "מוחזק", שכן המדינה יכול לגבות אותו אם האב שמת לא שילם המס], ואין הבכור נוטל [פי שנים] בראוי כמו [שהוא לוקח פי שנים] במוחזק. א"ל [רב אשי לאמימר]: אם כן, אפילו מס קרקע גם כן [רק נחשב כראוי ולא כמוחזק כון שהקרקע משועבד למס קרקע, ואין בו ירושת בכור]. אלא מה אפשר לומר. [שיש ירושת בכור] כאשר נתן מס קרקע ומת, גם כאן [שיש ירושת בכור] כאשר נתן מס גולגולת ומת.

אמר רב אשי, הונא בר נתן אמר לי: שאלתי לסופרי רבא, ואמרו לי: ההלכה כרב הונא בנו של רב יהושע. ולא היא [פ"י] אין ההלכה כרב הונא בנו של רב יהושע, שאין רכושו משועבד למסים אפילו מס גולגולת, ואם עבדי המלך גבו קרקע בגלל שלא שילם המס, הוה גזל בידם], שם [במקרה ההוא אמרו ההלכה כן] להעמיד דבריהם שאמרו [ושטרות שכתבו על מכירת קרקעות שנמכרו למס גולגולת ובאו לומר שהקרקעות משועבדים למס גולגולת כדי שיהו המכירות והשטרות מקוימים אבל השטרות נכתבו ונמכרו הקרקעות שלא כדין וחוזרים לבעליהם].

ואמר רב אשי: אדם בטל [שלא עובד] עוזר בעול הקהל¹⁸² [אע"פ שלא מרויח בעיר]. וזה [שהוא חייב לשתף במסים הקהל, היינו שעבדי המלך תבעו ממנו מס הגולגולת] והקהילה הצילו אותו [היינו שהקלו במשאו בטענותם שאמרו עליו שאין לו ממון ומתוך כך נתרכה מס שלהן], אבל ממונין [של מלך הרגילין לגבות מכל בית ובית מכל איש ואיש עד שיעלה החשבון למס הקצוב ושכחווה לזה או לא רצו לשאול לו כלום בשביל שהוא אדם בטל וסבורין היו שאין לו ממון וגבו כל המס מכל השאר אף על פי שהכביד עליהם המס כדי שהיה לו לזה ליתן פטור] שזה עזרה מן השמים [שמחלו לו].

אמר רב אשי א"ר יוחנן: המצר או החצב [מין אילן או עשב שבו יהושע בן נון קבע תחומים בארץ ישראל] מפסיקין בנכסי הגר [שמת לא יורשים, ולכן רכושו הפקר, והיו לו ב' שדות, ובניהם מצר או חצב, אז אם א' רצה לזכות בהם מההפקר, ועשה חזקה בא' מהם, זה לא עזר לשני]¹⁸², אבל לענין פאה וטומאה, לא [נחשב כהפסק בין הקרקעות]¹⁸³. כאשר רבין הגיע [מארץ ישראל] אמר [בשם] רבי יוחנן: אפילו לפאה וטומאה [חצר והמצר מפסיקים].

מה הוא [הפסקה לענין] פאה. שלמדנו במשנה, ואלו מפסיקין לפאה: הנחל או השלולית [שאוספים בו מים עבור בהמותיו],

היכא שהוא משועבד לחוב למלך, נחשב כמוחזק גמור והבכור נוטל פי שנים, כיון שידוע שענתה חק המלך לגבות ע"פ השומא בדקדוק כפי דמי החוב המגיע למלך, ופשוט דאין זה רק נכביית חוב בעלמא, וכל כמה דלא מטי זימניה ולא נגבית ברשותא דמרא קיימא (פ"ת).

ואפילו נגנבו לו ספרים - ספרים שסתמן אינו עומד לראש, ומשום דשכיח טובא שיהוזרו הספרים דסתמן יבואו ליד ישראל, א"כ ה"ל מצור, ויש חולקים דכל מטלטלין הגנובין והגזולין בין ספרים ובין שאר מטלטלין, כל שאינו ברשותו להקדישו ולמוכרו ה"ל ראוי (קצת"ח), הטעם במלוה דהוי ראוי משום דלאו הני מעות שבק אבוהון, א"כ בגניבה דזה ממש שבק אבוהון לא הוי ראוי, ודמי לאבידה הנמצא אחר מות אבוהון דנראה ג"כ דלא הוי ראוי, אף דאבידה ג"כ אינו ברשותו. ונראה דהוא הדין שאר מטלטלין כשידוע שלא נתייאשו, דין ספרים יש להן (נתה"מ), בן שגנב מנכסי אביו, אם כפר בחייו מסתמא נתייאש אביו ממנו, ואפילו החזיר הוה ראוי ולא מוחזק (רע"א בשם כנה"ג).

מיקרי מוחזק - נשבע ליתן מתנה לחבירו חפץ פלוני ומת המקבל קודם שהגיע המתנה לידו, כיון דצריך לקיים שבועתו ואסור לו לחזור, ה"ל החפץ שנשבע לתת כמו מוחזק למקבל וכמו מכירי כהונה ס"ה (קצת"ח), ויש חולקים דדווקא מכירי כהונה שאם תפס לא מוציאם מידו, לכן הוי מוחזק, משא"כ כאן דהוי ראוי (נתה"מ).

¹⁸² ע"י ש"ע (ח"מ סי' רעה ס"ד): המצר (פירוש: כמו במשעול הכרמים שעוברים בו בני אדם משדה לשדה) והחצב (פירוש: חצב נגזר מן לחצוב להם בורות כלומר עשב ואילן ששרשי חוצבין ויורדים בארץ אמות הרבה) שמתחמין (פירוש מתחמין: מגבילין תרגום והגבלת ותתחם) בו תחומין מפסיקין בנכסי הגר, וכל המחזיק בשדה לא קנה אלא עד המצר או החצב:

והחצב שמתחמין בו תחומין - פירוש, כשבאין להפסיק בין שדה לשדה, עושין מצר הפסק גובה או חריץ בעומק או נוטעין בין שדה לשדה עשב הנקרא חצב, כי אותו עשב גדל בשוה למטה ואין לו שרשים המתפצלים לכל צד כדרך שאר נטיעות (סמ"ע).

¹⁸³ ע"י רמב"ם (מתנות עניים פ"ג ה"ב-ג): הוב"ד לקמן הערה 184.

מה הוא [הפסקה לענין] טומאה. שלמדנו במשנה: הנכנס לבקעה בימות הגשמים וטומאה [של קבר] בשדה פלונית, ואמר: הלכתי למקום [פי' לבקעה] הזו ואיני יודע אם נכנסתי לאותו מקום אם לא, ר"א מטהר, וחכמים מטמאים¹⁸⁵, שהיה ר"א אומר: ספק ביאה, טהור, אבל אם ודאי נכנס ויש ספק מגע טומאה, טמא [הרי לדברי ר"א אם יש הפסק כזה, הוא מספיק בין השדות, וחשיב כספק ביאה]. אבל ל[ענין הלכות] שבת, לא. רבא אמר: אפילו לענין שבת. שלמדנו [מאחר וכדי לחייב בשבת בהוצאה צריך להוציא שיעור כתמרה]: הוציא חצי תמרה לרשות הרבים והניחה, וחזר והוציא עוד חצי תמרה, בהעלם אחד [פי' ששכח שהיום שבת או ששכח שאסור לעשות הוצאה שבת, ולא זכר באמצע, ואז הוי "העלם אחת"], חייב [חטאת, אבל אם עשה כך], בשני העלמות [פי' שזכר באמצע שזה שבת, או שזה אסור בשבת, ואז שחזר עוד פעם ועשה חצי השני], פטור¹⁸⁶. רבי יוסי אומר: בהעלם אחד

ודרך הרבים [פי' רוחב ט"ז אמות, ויש מקום לעגלות וסוסים] או דרך היחיד, או שביל הרבים [שהולכים שם רבים ברגליהם ולא עם עגלות וסוסים] או שביל היחיד הקבוע בין בימות החמה ובין בימות הגשמים [שאין שם חרישה וזריעה, ואם יש שדה וכזה הפסק בתוכו, צריך להניח פאה בכל שדה ושדה]¹⁸⁴.

¹⁸⁴ עי' רמב"ם (מתנות עניים פ"ג ה"ב): היתה שדהו זרועה כולה מין אחד והיה נחל בתוך השדה אף על פי שאינו מושך או אמת המים שאינו יכול לקצור מה שבשני צדדיה כאחת והוא שתהיה מושכת וקבועה, הרי זה כשתי שדות ונותן פאה מצד זה לעצמו ומצד זה לעצמו.

דרך אמונה: היתה שדהו כו'. עי' בה"ל שביארנו דיסוד הפסקות אלו תלוי במה שהדרך לקצור יחד נקרא שדה א' וכל מה שאין הדרך לקצור יחד מקרי ב' שדות וח"ל הכריעו איזה דברים דרך בנ"א לחשב הפסק ואין קוצרין אותו יחד אלא סתמא נחים בנתים ואם רוצים לעשות הפסקה או להשאיר הקצירה ליום אחר סתמא גומרים עד שם שהוא מקום מסויים ומפסיק וזה נקרא ב' שדות:

כולה מין אחד. שאם ה' ב' מינים בודאי מפסיק כדלקמן ה"ד:

וה' נחל. נהר ואף על פי שאינה קבועה ואף על פי שרחבה מעט ו"א דוקא אם א"א לעבור בו ברגל נקרא נחל אבל אם אפשר לעבור בו בכלל שלולית הוא:

בתוך השדה. מפסיק מראש השדה עד סופה עד שלא נשאר בסופה ד' אמות שמתחבר דאל"כ אינו מפסיק וכן הדין בכל ההפסקות המנויות בפרק זה ו"א דצריך שיפסיק מקצה השדה עד סופה ממש:

אף על פי שאינו מושך. מים תדיר אלא נפסק הרבה פעמים כגון בימות החמה ואף על פי שעששו בשעת הקצירה הוא נפסק ו"א דצריך שיחא בו מים רק שאע"פ שאין מושך מים שהולכין אלא יש בו מים מכוונסין סגי ו"א דאע"פ שאין בו מים לעולם אלא הוא אדמה קשה שאין ראוי לזריעה כגון שהיא עמוקה או שמלאה עפר וצורות הוא בכלל נחל ומפסיק:

או אמת המים. ואפי' אין מחזקת אמה ברחבה אלא מעט וזה נקרא במשנה שלולית:

שאינו יכול לקצור מה שבשני צדדיה כאחת. בין מחמת רוחב אמת המים ובין מחמת עמקה:

מה שבשני צדדיה כאחת. דהיינו שאם עומד מצד אחד אינו מגיע לקצור מצד השני ו"א שאף אם מגיע לקצור כ"ז שאינו יכול לאחוז השבלים משני עבריה יחד ולקצורם כאחד מפסיק ו"א דאפי' אם אין מגיע לקצור בצד השני כשעומד מצד אחד כל שאם עומד באמצע יכול לקצור מכאן ומכאן אינו מפסיק ו"א דאמת המים שנמשכין ממנה חריצין להשקות השדות שסביבה כשמתמלאה מפסקת אף על פי שאינה קבועה וגם אפשר לקצור משני צדדיה יחד ובלבד שתהא עמוכת:

והוא שתהא מושכת. דהיינו שיחא בה מים בשעת קצירה ולפ"ד הגר"א הנ"ל צריך שתהא בה דווקא מים זוחלין ולא מים מכוונסין:

וקבועה. דהיינו כל השנה ויש חולקין וס"ל דא"צ שתהא קבועה וכ"ז דוקא באמת המים אבל מקום שנאספו שם מי גשמים אפי' אינה נקצרת כאחת ומושכת וקבועה אינה מפסקת דבטלה לגבי השדה ו"א דגם היא מפסקת: ה"ז כשתי שדות כו'. ו"א שגם המצר שהוא חריץ או גדר העשוי סביב השדה להכריא בין שדות אחרות מפסיק אפי' הוא זרוע ורוצה להפריש בו פאה לפטור את ב' השדות אינו יכול ואפי' בדיעבד אין פוטר. וכן החצב שהוא אילן או עשב שזורעין אותו בתחומי השדות לפי שירד ויונק כנגדו ביושר ואינו יונק מן הצדדין לא מכאן ולא מכאן מפסיק ג"כ לפאה ו"א שאף אם אין שם מצר וחצב כל שהוא שדה בית השלחין גדולה ויש לה ב' בורות עד מקום שמשקין מבור א' ומתחילין להשקות מבור השני מפסיק לפאה ואם היא שדה גדולה ויש לה שני שמות ג"כ ו"א שמפסיק לפאה אבל עץ ארוך שמונח לאורך השדה אינו מפסיק לכ"ע. ואם מפסיק באמצע השדה רצועה השייכת לאדם אחר או להקדש או להפקר או רצועה של ח"ל עי' בה"ל מה נחשב הפסק:

עי' רמב"ם (מתנות עניים פ"ג ה"ג): וכן אם היה מפסיק דרך היחיד שהוא רחב ארבע אמות או דרך הרבים הרחב שש עשרה אמה אבל שביל היחיד והוא פחות מארבע או שביל הרבים פחות משש עשרה אמה אם היה קבוע בימות החמה ובימות הגשמים מפסיק, ואם אינו קבוע בימות הגשמים אינו מפסיק אלא הרי הוא כשדה אחת. [ראב"ד] אבל שביל היחיד כו'. א"א לא כי אלא אפילו יש לו ארבע אמות אלא שהשביל הוא דרך שבין השדות והכרמים ואינו דרך עוברי דרכים.

דרך אמונה: דרך היחיד. אף על פי שאינו קבוע כל השנה כגון בימות הגשמים שהשדות זרועים אין דרך לילך שם מ"מ כיון שבימות החמה לאחר שנקצרו התבואות הולכין שם חשיבא להפסיק תמיד ואף על פי שהדרך מיוחדת רק ליחיד לילך מ"מ כיון שרחבה ד"א חשיבא להפסיק אבל אם הוא פחות מד"א דינה כשביל דבסמוך:

רחב ארבע אמות. ודעת הגר"א דגם רוחב ב' אמות ומחצה נקרא דרך היחיד ומפסיק אפי' אינו קבוע אבל כל הראשונים כתבו כרבנו:

או דרך הרבים. שעשוי להילוך רבים. ויש בזה חידוש אף על גב שהרבים יש להן הרבה דרכים ואפשר שיעזבו דרך זה ולא ילכו בה מ"מ כיון שיחדוהו לדרך הרבים מפסיק אף על פי שאינה קבועה כל השנה כנ"ל:

הרחב שש עשרה אמה. אבל פחות מזה הוא בכלל שביל [ולא אמרי' דניהוי עכ"פ דרך היחיד דכיון דיחדוהו לרבים לא חשיב עד שיחא ט"ז אמה] ודעת הגר"א דאפי' פחות מט"ז אמה כיון שמייוחד לרבים אפי' הוא פחות מח' אמה הוא בכלל דרך הרבים אבל הראשונים כתבו כרבנו:

אבל שביל היחיד. אף על פי שאינו גדור:

והוא פחות מארבע. אמות דעת רבנו דכל פחות מד"א כיון שהוא צר הוא בכלל שביל וצריך שיחא קבוע וכן דעת כמה ראשונים אבל דעת הראב"ד דאין תלוי אם הוא צר או רחב אלא דרך שעשוי לעוברי דרכים מקרי דרך ואם עשוי ליחיד מקרי דרך היחיד אבל אם אינו אלא בין השדות והכרמים ואינו עשוי לעבור מעיר לעיר מקרי שביל ו"א דשביל הוא צר מאד ואינו מחזיק אלא טפח ו"א דכל שאין עשוי לעבור בו בהמות וקרונות רק לעבור אדם לבד מקרי שביל:

פחות מארבע. ולפ"ד הראב"ד הנ"ל אפי' הוא ארבע אלא שאין עשוי לעבור רק בין השדות כנ"ל:

או שביל הרבים והוא פחות מט"ז אמה. שעשוי לרבים להלך ברגליהן לבקעותיהן אף על פי שאינו רחב אפי' ד"א הואיל ורבים דורסין בה מקרי שביל הרבים:

אם ה' קבוע כו'. ר"ל גם בימות הגשמים שזורעין שם הולכין שם בנ"א חשוב להפסיק אבל אם אין קבוע כל השנה אף על פי שבשעת הקציר הולכין שם לא חשיב להפסיק כיון שאין בו שיעור דרך לפ"ד רבנו ולפ"ד הראב"ד כיון שאין עשוי אלא לעבור בין השדות כנ"ל:

ואם אינו קבוע בימות הגשמים. נראה דה"ה איפכא אם קבוע בימות הגשמים ולא בימות החמה מאיזה סיבה שהיא לא מפסקא עד שיחא קבוע כל השנה:

אינו מפסיק. אף בימות החמה וכנ"ל:

¹⁸⁵ עי' רמב"ם (שאר אבות הטומאה פ"כ ה"ט): חנות שהיא טמאה ופתוחה לר"ה ספק נכנס ספק לא נכנס ספיקו טהור שכל החנות כמו שרץ המונח ברה"ה שספק מגעו טהור, היו שתי חנויות אחת טהורה ואחת טמאה ונכנס לאחת מהן ספק לטמא נכנס ספק לטהור ספיקו טמא שזה ספק רה"י שהחנות רה"י, וכן בקעה בימות הגשמים שיש בה שדות הרבה ובה שדה אחת טמאה ואחת טהורה ואמר נכנסתי לבקעה זו ואיני יודע אם נכנסתי לאותה שדה או לא נכנסתי ספיקו טמא שספק טומאה ברה"י אפילו ספק ביאה טמא. [ראב"ד] שהחנות רה"י. א"א הפירוש הזה חושך ולא אור ומה בין זה לזה אבל רש"י שמה לא נכנס כלל וספק ר"ה טהור אבל סיפא ודאי נכנס לרה"י הילכך ספיקו טמא ואף על פי שאמרנו כל מה שאתה יכול לרבות ספיקות וספקי ספיקות טמא מ"מ והוא שיכנס למבוי או לבקעה שיש בהם הספק אבל אם לא ידע אם נכנס בהם כלל אם לא נכנס טהור וזה דומה לענין זה.

¹⁸⁶ עי' רמב"ם (שבת פ"ח ה"כד): הוציא חצי שיעור וחזר והוציא חצי שיעור בהעלם אחד לרשות אחת חייב, לשתי רשויות אם יש ביניהן רשות שחייבין עליה פטור, היתה ביניהן כרמלית הרי הן כרשות אחת וחייב חטאת.

ברשות [הרבים] אחת, חייב, [אבל אם הוא טלטל] בשתי רשויות [שונות], פטור [שזה לא מעשה אחת].

ואמר רבה: והוא, שיש חיוב חטאת ביניהם [פי' היות שב' רה"ר נחשבים כשני מקומות, להפוך את זה לב' מעשים, היינו כאשר יש רה"ר ביניהם, שהמעביר מרה"ר לרה"י חייב חטאת], אבל [אם יש בין ב' רה"ר] כרמלית [כגון בקעה], לא¹⁸⁷ [נחשב כב' רה"ר אלא כמקום א', שהכרמלית בטל לב' רה"ר].

אביי אמר: אפילו כרמלית [מחלקת את ב' רה"ר לשנים, להפוך את זה לב' מעשים, ואז הוא פטור], אבל עץ [השוכב לרחבו של רשות הרבים ומלא כל רחבו, והוציא חצי גרוגרת מביתו מכאן, וחצי גרוגרת מכאן], לא [נחשב כב' מקומות, אלא כמקום א' והוא חייב חטאת].

רבא אמר: אפי' עץ [כזה מחלקת את רה"ר לשנים, להפוך את זה לב' מעשים]. ורבא הולך לשיטתו, שאמר רבא: [הלכות של] רשות שבת דומה כ[הלכות ל]רשות גיטין [ולמדנו בגיטין, שאם אדם הקנה לאשתו חצרו להתקשר, וזרק גיטה שם, ונפל על עץ, אינה מגורשת, שזה מקום שונה ממה שהוא נתן לה].

[הגמ' שואלת לפי ר' יוחנן שאמר המיצר או חצב מפסיקים בנכסי הגר, שלא יקנה בחזקה את שניהם, אם] אין שם לא מצר ולא חצב, מה [ההלכה, פי' כמה צריך להחזיק שיקנה הכל]. פירש רבי מרינוס בשמו [של ר' יוחנן]: כל שנקראת על שמו¹⁸⁸ [של שדה זו, ולא שדות בלשון רבנים נקנה בחרישה אחת]. איך מדובר. אמר רב פפא: [שהשדה] נקראת בית באר מים של פלוני.

רב אחא בר עוביאי ישב לפני ר' אסי, וישב ואמר בשם ר' אסי בר חנינא: "חצובא" מפסיק בנכסי הגר [שמת ללא יורשים, ולכן רכושו הפקר, ועשה חזקה בשדה אחת, לא קנה השני כל שיש חצובא ביניהם]. מהו "חצובא". אמר רב יהודה אמר רב: שבו תיחם יהושע לישראל את הארץ [בין השבטים, ובין כל נוחל]. ואמר רב יהודה אמר רב: לא מנה יהושע אלא עיירות העומדות על הגבולין.

אמר רב יהודה אמר שמואל: כל שהראהו הקדוש ברוך הוא למשה [בשעת מיתתו], חייב במעשר¹⁸⁹. מה [שיעור זה בא] להוציא. להוציא [מירושת האומות ה]קניני, קניזי, וקדמוני. למדנו, רבי מאיר אומר: [זה בא להוציא מקום] נפתוחא, ערבאה, ושלמאה. רבי יהודה אומר: [זה בא להוציא מקום] הר שעיר, עמון, ומואב. רבי שמעון אומר: [הוציא מקום] ערדיסקיס, אסיא, ואספמיא.

מתני'. היו שני [עדים] מעידין לו שאכל שלש שנים¹⁹⁰ [ולכן המקום בחזקתו], ונמצאו זוממים [שבאו ב' ואמרו להם "איך ראיתם חזקה זו והלא באותו הזמן עמנו הייתם במקום פלוני"], משלמין לו [לבעלים הראשונים] את הכל [פי' דמי הקרקע שרצו להפיסדו. ואם באו] שני

¹⁸⁷ עי' רמב"ם (שבת פ"ח הכ"ד): הוב"ד לעיל הערה 186.

¹⁸⁸ עי' ש"ע (ח"מ ס' רעה ס"ז): בקעה גדולה שיש בה שדות רבות וכולם של גר אחד ולא היה ביניהם לא מצר ולא חצב ולא דבר מדברים המפסיקים ובא אחד והחזיק במקצת הבקעה לקנות את כולה, כל הנקרא על שם אותו הגר קונה אותו הגה: ויש אומרים דוקא בשדה בית השלחין, אבל בשדה בית הבעל אם פירש לקנות כולן קנה כולן, אבל אם החזיק סתם ולא פירש לקנות כולן, לא קנה אלא ממקום שהחזיק מענה לארכו ולרחבו, ואם הוא שדה שיש לו מצר קנה כל מה שבמצר:

כל הנקרא על שם אותו הגר קונה אותו - והרי דכתב בסעיף ג' דאם אינה מסוימת במצריה דאינו קונה במכוש אחד אלא כדי שילך הצמד ויחזור, "א היינו דוקא בשלא עשה בה חזקה גמורה אלא קנאה במכוש, וכאן איירי בחזקה גמורה, ו"א דשאני כאן דהחזיק בה לקנות את כולה, והעיקר דשאני בין נקראו על שם הגר דאז קנה כולם, ובין לא נקראו ע"ש הגר דלא קנה אלא כדי שיהלך הצמד ויחזור (סמ"ע).

דוקא בשדה בית השלחין - פירוש, שדות שצריכין להשקות אותן מבור מים ולא די להן במטר השמים נקרא בית השלחין, וקאמר דבהן דוקא אמרינן דבמכוש אחד קנה כולה כשנקראים ע"ש הגר, אף שלא פירש אלא שכיון לדעתו לקנות כולה סגי (סמ"ע).

מענה לארכו ולרחבו - מענה הוא התלם הנ"ל ס"ק, דהוא שיעור הליכת השוורים בשורה אחת וחוזרין לעשות שורה בצידה, אבל כשעשה המכוש באמצע הגבול קנה מלא מענה לימינו ומלא מענה לשמאלו ומלא מענה לפניו, כגון אם המענה ק' אמה קנה ק' על ר', ואם ניכש באמצע השדה קנה ר' על ר' כזה, ור"ל דאם ניכש במקום שרשום א' קנה במרובע עד מקום שרשום ב' ג' ו', ואם ניכש במקום שרשום ב' קנה במקום שרשום א' ד' ג' ה', ואם ניכש במקום שרשום ו' קנה מקום של כל הציד, וק"ל (סמ"ע).

ואם הוא שדה שיש לו מצר כו' - שהמצר שמסבבו עושהו כשדה אחת (סמ"ע).

¹⁸⁹ רמב"ם תרומות פ"א { כל הפרק

¹⁹⁰ רמב"ם עדות פכ"א ה"ז

משלשין ביניהם [פ"י כל זוג עדים משלמים שלישי מחיר הקרקע]. שלשה אחים ואחד מצטרף עמהם¹⁹¹ [פ"י שיש ג' אחים ראובן שמעון ולוי, וכל א' מעיד עם אדם זר על שנה אחת של חזקה], הרי אלו שלש עדיות, והן עדות אחת להזמה [שאם הזממו מחלקים החיוב תשלומים בין כולם, ואין נהיים עדים זוממים על שכולם ניזומו].

גמ'. המשנה שלנו לא [לומד כדבר] רבי עקיבא. שלמדנו, א"ר יוסי: כשהלך אבא חלפתא אצל רבי יוחנן בן נורי ללמוד תורה, ויש אומרים: ר' יוחנן בן נורי אצל אבא חלפתא ללמוד תורה, אמר לו: הרי [אם אחד טוען שקנה, ואין לו שטר אבל] אכל שנה ראשונה בפני שני [עדים, וגם אכל שנה] שניה בפני שני [עדים אחרים, וגם אכל שנה] שלישית בפני שני [עדים]. מה [דינן]. אמר לו: הרי זו חזקה. אמר לו: אני גם אומר כן, אלא שר"ע חולק בדבר זה, שהיה ר"ע אומר: [גאמר בפסוק "על פי שנים עדים יקום] דבר", [ודורשים שעדים רק יכולים להעיד על דבר שלם] ולא חצי דבר [הרי אף א' לא מעיד על חזקה].

ורבנן [שחולקים על ר"ע], זה [שדורשים] "דבר", ולא חצי דבר מה עושים איתו. אם תאמר למעט [ילדה בן י"ב שרק גדולה אם יש לה ב' שערות באותו המקום, ועד] אחד אומר [יש לה שער] אחת ב"גבה" [פ"י תחת אותו המקום מאחוריה, ולא הסתכל מקדימה¹⁹², ועוד עד] אחד אומר [יש לה שער] אחת באותו המקום¹⁹³ [מקדימה ולא הסתכל מאחורה], זה [העד מעיד על] חצי דבר והיא חצי עדות. אלא למעט שני [עדים] אומרים [יש לה שער] אחת כגבה [פ"י תחת אותו המקום, ועוד] שני [עדים] אומרים [יש לה שער] אחת באותו המקום.

אמר רב יהודה: [אם באו שני עדים, ו] אחד אומר [שהתובע] אכל חטים¹⁹⁴ [ג' שנים משדה זו, ועוד עד] אחד אומר [שהתובע] אכל שעורים [ג' שנים משדה זו], הרי זו חזקה. ר"נ [חשב שרב יהודה מדבר בשנים שונים, ולכן] שאל על זה: אלא מעתה, [אם בא עד] אחד ואומר [שהתובע] אכל [שנה] ראשונה שלישית וחמישית, ואחד אומר אכלה [שנה] שניה רביעית וששית, גם כן הרי חזקה. א"ל רב יהודה: הרי עכשיו, שם [שא' מעיד על שנה א' ג' וה'] בשנה שזה מעיד, לא מעיד זה, [אבל כשבאים ב' עדים א' אומר שאכל שעורים וא' אכל חטים, הרי] כאן שניהם מעידים על שנה אחת, מה אפשר לומר [שהעדות נחשב כדבר א', אפילו שמכחישים זה את זה]. אנשים לא מבחינים בין חטים לשעורים ולכן אומרים שא' טעה, אבל שניהם באמת מעידים על אותו הדבר].

שלשה אחין ואחד מצטרף עמהן, הרי אלו שלש עדיות, והן עדות אחת להזמה.

¹⁹¹ רמב"ם עדות פכ"א ה"ז הוב"ד לעיל הערה 190.

¹⁹² רש"י נדה נב ע"ב.

¹⁹³ ע"י שו"ע (ח"מ ס' ל ס"ג): צריך שיעיד כל אחד על דבר שלם, אבל אם העידו על חצי דבר, אינו כלום. כיצד, באו להעיד על אחד שהוא גדול, והעיד אחד שראה לו שער אחד בימינו, והשני בשמאלו, אינו כלום, שכל אחד לא העיד אלא על קצת הסימנים. אפילו העידו שנים בשער אחד, ושנים בשני, אינו כלום, שהרי כל כת לא העידה אלא על חצי דבר. אבל אם העיד עד אחד שראה שתי שערות בימינו, ועד אחד העיד שראה שתי שערות בשמאלו, מצטרפין, וכן כל כיוצא בזה.

אפילו העידו שנים בשער אחד כו' - ולא דמי לעדי חזקה, שאם שני עדים העידו על שנה אחת ושנים על שנה שניה ושנים על שנה שלישית דמצטרפין, כמ"ש לקמן ס' לח ס"ג & וסי' קמה ס"ג, דשם העידו כל כת וכת כל מאי דאפשר להם להעיד באותה שנה (סמ"ע), עיין באה"ע סימן קמ"ב סעיף י"ב [שזה כן עדות] ובט"ז וב"ש [הסוברים כסמ"ע], ועיין בתשובת חתם סופר חלק ח"מ ס' קמ"ח [שאין אפילו קים לי כסמ"ע נגד שו"ע] (פ"ה).

¹⁹⁴ ע"י שו"ע (ח"מ ס' קמה ס"א): עידי החזקה שהעיד האחד שאכלה חטים שני החזקה, והשני העיד שאכלה שעורים, עדותן קיימת, שאין העד מדקדק בזה.

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

היתה שטר ששני [עדים] חתמו עליה, א' מהם מת [והמלוה צריך לקיימן], בא אחיו של זה שעוד חי, ואחד אחר להעיד על חתמית ידו של [העד] השני [שמת]. רבינא חשב לומר [שזה עדות כשרה, שזה] אותו דבר כמו המשנה שלנו, ג' אחין ואחד מצטרף עמהן, אמר לו רב אשי: וכי הם דומים¹⁹⁵. שם לא יוצא שלשת רבעי הכסף על פי אחד, וכאן יוצא שלשת רבעי כסף על פי אחד [שכן האחים שהם פסולים להעיד א' לשני, נחשבים כאדם א', והרי חצי מהשטר התקיים על פי העד החי, וחצי השני על פי אחיו].

מתני'. אלו דברים שיש להן חזקה, ואלו דברים שאין להן חזקה. היה מעמיד בהמה בחצר¹⁹⁶ [חבירו, ג' שנים רצוף, וחבירו לא מיחה בידו, או העמיד], תנור, [או] ריחים או כיריים, או מגדל תרנגולים, או נותן זבלו בחצר, אינה חזקה. אבל עשה מחיצה [בחצר חבירו] עבור בהמתו גבוה עשרה טפחים, וכן [אם עשה מחיצה עשרה] לתנור וכן לכיריים וכן לריחים, [או אם] הכניס תרנגולין לתוך הבית, או עשה מקום לזבלו עמוק שלשה [שלא יתפור] או [עשה מחיצה] גבוה שלשה [סביב לזבלו], הרי זו חזקה.

גמ'. מה שונה ההתחלה [שאיין חזקה] ומה שונה הסוף [שיש לו חזקה]. אמר עולא: כל שאילו בנכסי הגר [שמת ללא יורשים, ולכן רכוש הפקר, ועשה חזקה כזו] קנה, בנכסי חבירו קנה [פי' תשמישו ג' שנים חשיב כחזקה, אבל] כל שאילו בנכסי הגר לא קנה [בחזקה, שלא עשה תיקון בגוף הקרקע], בנכסי חבירו לא קנה [כחזקה שלש שנים שלוקח אמר לקחתי ומוכר אמר לא מכרתי אינה קרויה חזקה להיות במקום עדי מכירה דהא לא עבד ולא מידן].

רב ששת שאל על זה: ו[כי] זה כלל. והרי חרישה [ללא אכילת פירות], דבנכסי הגר קנה, [אבל] בנכסי חבירו לא קנה [להוראת חזקת ג' שנים, ואם חרש ולא אכל לא מקפיד הבעלים]. והרי אכילת [פי' לקיטת] פירות, שבנכסי חבירו קנה [פי' הוי כעדות במקום שטר, אבל] בנכסי הגר לא קנה [שזה לא תיקון הקרקע].

אלא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבון [באמת אם אדם זר מעמיד בהמתו בחצר אחר, הוי חזקה, שאין בני חצר מניחים לאיש זר להשתמש בחצר שלהם]:

¹⁹⁵ עי' ש"ע (ח"מ סי' מו ס"ב): "א שהרי דמהימני ללוה במיגו, דוקא כשאיין בו נאמנות למלוה, אבל אם יש בו נאמנות, לא. ו"א דאפילו יש בו נאמנות למלוה, נאמן הלוה (במיגו דאי בעי אומר מזויף, והכי מסתברא). ביאור: אם יש בו נאמנות לא - הטעם הוא, משום דכל שהאמינו ה"ל כאילו יש עדים שלא פרעו כל זמן שהניח שטר בנאמנות בידו, וא"כ ה"ל כמיגו במקום עדים (סמ"ע).

ויש אומרים דאפילו כו' - דלא אלים הנאמנות כעדים, דלפעמים מניחו בידו באיזה סיבה אף על פי שפרעו ולא ה"ל מיגו במקום עדים, בפרט בזה שאינו מקוים, שיכול לומר הנחתיו בידו על דעת שאם יתבעני אימא מזויף הוא (סמ"ע), ו"א שיש לו מיגו דאי בעי אמר מזויף הוא עם הנאמנות (ש"ך), ועיקר כדברי ה"א הזה ולא כקודם (סמ"ע וש"ך), ו"א דאין עיקר כדברי הסמ"ע, אלא טעמא דיש אומרים דאפילו יש בו נאמנות אפ"ה נאמן במגו דמגו עדיפא מנאמנות. אבל אין לומר כמ"ש הסמ"ע דלא חש להניח בידו דסמך על טענת מזויף, דודאי היה יכול לקיים באיזה יום אלא דעכשיו אין עדים מצוים לקיימו וא"כ ודאי לא ידע איך יהיה בסופו, אלא הטעם הוא משום דמגו מהני במקום נאמנות. וא"כ היכא דכתוב בו נאמנות כשני עדים והוא מודה שכתבו א"כ בזו אינו נאמן במגו, דמגו לא מהני בנאמנות כשני עדים דהוי כמגו במקום עדים, ועי' לקמן סי' עא ס"א סמ"ע ד"ה לא מהימנין וש"ך ד"ה ואפילו היה (קצה"ח).

¹⁹⁶ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמו סט"ו): אם עמד המוכר בדין עם המערער קודם שמכרה למחזיק לו ונפטר ממנו כיון שלא היו לו עדים שהיתה שלו, אל"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.

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

עי' ש"ע (ח"מ סי' קסא ס"ה): אחד מהשותפין בחצר שבקש להעמיד בה בהמה או ריחים, לגדל בו תרנגולים, חבירו מעכב עליו. וכן שאר דברים שאין דרך בני המקום לעשותם בחצרותיהם, בכולם השותפין מעכבין זה על זה, חוץ מהכביסה, לפי שאין דרך בנות ישראל להתבזות על גב הנהר. (ולכן במקום שהאנשים כובסים וליכא זה טעמא, יכולין למחות. ואפילו לנשים, דוקא אי כובסות בד' אמות שלהן וליכא מדרון דאזל לחלק חבירו, אבל אם יש מדרון, וכל שכן אם רצה לכבס בד' אמות של חבירו, יכולין למחות).

ה"ג או לגדל תרנגולים - וכ"כ לעיל (סי' קמ סט"ו) (סמ"ע).

לפי שאין דרך בנות כו' - פירוש, משר"ה אפילו המנהג בעיר שבנותיהן מכבסין על הנהר, מ"מ הבא לשנות ולומר אין רצוני שבתי תתבזה עצמה על הנהר הדין עמו, שאין הולכין אחר מנהג גרוע כזה (סמ"ע וש"ך).

כאן מדובר בחצר השותפין¹⁹⁷, דבהעמדה לבד [שותפים] לא מקפידים, [אבל] על מחיצה מקפידים [ומזה ששתקן ואל מיחו ודאי עשו ברשות, והיו חזקה].

[וכן] בהעמדה לבד [שותפים] לא מקפידים. והרי למדנו במשנה: השותפין שנדרו הנאה זה מזה, אסורין ליכנס לחצר¹⁹⁸ [כל זמן שלא חלקן את החצר, שכן כל א' נכנס לחצר חבירו].

אלא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח: כאן מדובר בחצר שלאחורי בתים [שלא משתמשים בו] שבהעמדה לבד לא מקפידים [שותפים] זה על זה, אבל על מחיצה מקפידים [והמשנה בנדרים מדובר בחצר שלפני הבתים, שמתמשים בו].

רב פפא אמר: שניהם [פ'י] גם המשנה כאן וגם המשנה בנדרים [מדברים] בחצר השותפין, ויש [שותפים] שמקפידים, ויש שלא מקפידים, ולגבי כסף [פ'י] חזקה, והוא ספק, או הולכים [להקל] [ואומרים] שהוא מרשה לו, ואינו חזקה, ולגבי איסור [פ'י] בנדרים בספק הולכים [לחומרא]. רבינא אמר: באמת [שותפים] לא מקפידים [על דריסת הרגל האדם או הבהמה, ולכן אינו חזקה בהעמדת בהמה, ומותר לשותפין שנדרו הנאה זה מזה להיכנס לחצר חבירו], ומיהו זה [מחבר של המשנה בנדרים שאסור דריסת הרגל של שותפין]. ר' אליעזר היא [שאסור אפילו דבר שאינו הנאה כל כך במודר הנאה].

שלמדנו, ר' אליעזר אומר: אפילו ויתור אסור במודר הנאה [ויתור, פ'י] מתנה שנותן כל א' לשני, לדוגמא כאשר קונים מאה אגוזים בפרוטה, והמוכר מוסיף עוד אגוז א' של ויתור].

א"ר יוחנן משום ר' בנאה: בכל [תשמיש קבוע] שותפין מעכבין זה את זה [שלא לעשותו בחצר], חוץ מן הכביסה, שאין דרכן של בנות ישראל להתבנות על הכביסה [שצריכות לעמוד שם יחיפות לגלות שוק לעמוד בנהר ולכן תקנו חכמים שיעשה כביסה בחצר, אבל נגד רצונו של השותפים].

[זה שנאמר בפסוק] "ועוצם עיניו מראות ברע", א"ר חייא בר אבא: זה [מי שהולך על שפת הנהר] שאין מסתכל בנשים בשעה שעומדות על הכביסה¹⁹⁸. איך מדובר [מקרה] שהפסוק משבח אדם העוצם עיניו, משמע שאם לא יעצם עיניו אינו לא צדיק ולא רשע]. אם יש דרך אחר [אין ללכת], רשע הוא [אע"פ שעוצם עיניו, שאסור לקרב לעבירה]. ואם אין דרך אחר, אנוס הוא [אם מסתכל בדרך הליכתו, ולמה הפסוק מחייבו לסגור עיניו]. באמת [מדובר] שאין דרך אחר, ואפ"ה הוא צריך לחייב על עצמו [להטות עיניו לצד אחר, ואם עושה כך הוא חסיד].

¹⁹⁷ ע"י ש"ע (ח"מ ס' קסא ה הוב"ד לעיל הערה 196.

¹⁹⁸ ע"י ש"ע (אה"ע ס' כא ס"א): צריך אדם להתרחק מהנשים מאד מאד. ואסור לקרוץ בידיו או ברגליו ולרמוז בעיניו לאחד מהעריות. ואסור לשחוק עמה, להקל ראשו כנגדה או להביט ביופיה. ואפילו להריח בבשמים שעליה אסור. ואסור להסתכל בנשים שעומדות על הכביסה. ואסור להסתכל בבגדי צבעונים של אשה שהוא מכירה, אפי' אינם עליה, שמא יבא להרהר בה. פגע אשה בשוק, אסור להלך אחריה, אלא רץ ומסלקה לצדדין או לאחוריו. ולא יעבור בפתח אשה זונה, אפילו ברוח ארבע אמות. והמסתכל אפילו באצבע קטנה של אשה ונתכוין ליהנות ממנה, כאלו נסתכל בבית התורף (פ' ערוה) שלה. ואסור לשמוע קול ערוה או לראות שיערה. והמתכוין לאחד מאלו הדברים, מכין אותו מכת מרדות. ואלו הדברים אסורים גם בחייבי לאוין. ביאור: מאד מאד - לפי שנפשו של אדם מחמתן לכן כתב מאד מאד, אף על גב דאמר חז"ל מיעוט בעריות, מ"מ אם רגיל בחטא זה קשה לפרוש יותר משאר עבירות (ב"ש).

או להבט ביופיה - "א שזה אסור מדאורייתא ו"א מדרבנן, ובפנויה ל"ע מדרבנן, והרהור אפילו בפנויה אסור מן התורה (ב"ש).

פגע אשה בשוק - בשוק לא שייך יחוד ועל כרחק הטעם משום הרהור (בית מאיר).

אחיה - היינו בתוך ד' אמותיה, ו"א כל שאינו מרוחק שאינו מכיר ומבחין בה בהלכה ובתנועותיה אסור. איסור זה הוא בכל האנשים ובכל המקומות אפי' במקום שהנשים הולכות מכוסות מכף רגל עד ראש (באר היטב), אלא ימהר לעבור לפניו אפי' שיעבור תוך ד' אמותיה או יסתלק לצדדין או יאנוס עצמו ויתעבד על שתלך מלפניו כו' ואם אי אפשר באחד מכל אלה והוא ממהר לדבר מצוה ואם יתעבד יעבור זמן המצוה יתקע עיניו בקרקע וילך ולא יגביהם מן הקרקע, וע' במהרש"א (פ"ח).

ולא יעבור בפתח אשה זונה - ואם חשוד על אשה פרטית שהיא ערוה לו, מתרין בו שלא יעבור על פתח ביתה, ואם יעבור ילקו אותו (ח"מ, ב"ש).

קול ערוה - אבל קול פנויה או קול אשתו מותר אלא בעת תפלה אסור כמ"ש בא"ח (&), דוקא קול ערוה אסור, אבל קול דיבור שלה מותר ומה שהוא משיב על שאלת שלומה אסורה (ב"ש).

ר' יוחנן שאל את רבי בנאה: מהו חלוק [הראוי] לת"ח¹⁹⁹. כל שאין בשרו נראה מתחתיו²⁰⁰ [שיהא ארוך עד פיסת רגלו שלא יראה כשילך יחף]. מהו טלית [הראוי] לת"ח. כל שאין חלוקו נראה מתחתיו טפח. מהו שלחן [הראוי] לת"ח. שני שלישי [רוחב השלחן] גדיל [פ'י] מכוסה במפה מצד האוכלין לקנח את פיהן ולתת עליה את הפתן [ושליש [החיצוני] מגולה, ועליו [מונחים] קערות וירק, וטבעתו [פ'י] כמין וו שתולים בו את השולחן לאחר שמקפלים אותו] מבחוץ.

[מקשה הגמ' והרי למדנו: טבעתו מבפנים. אין קושי [וסתירה]: זה [שכתוב] שהטבעת יהיה בחוץ [מדובר] כשיש ילד [שיושב אצל אביו לאכול, צריך להושיב השלחן שיהא צד שבו קבוע הטבעת מבחוץ פן יצחק התינוק בטבעת וינענע השלחן], וזה [שכתוב] שהטבעת יהיה בפנים [מדובר] כשאין ילד.

ואם תרצה לומר: שניהם [מדברים במקום] שאין ילדים, ואין קושי [וסתירה]: זה [שכתוב] שיעשה בפנים [מדובר] שיש שמש [ולא הפכנה מבחוץ פן יכשל בה השמש שהולך ובה סביב השלחן], וזה [שכתוב] שיעשה הטבעת מבחוץ [מדובר] שאין שמש [יעשה מבחוץ ולא מבפנים פן יזקק בה האוכלין ומיהו אם יש שמש יעשה מבפנים שיכולין האוכלים להזהר מן הטבעת יותר מן השמש שהוא הולך והן יושבין].

ואם תרצה לומר: שניהם [מדברים במקום] שיש שמש, ואין קושי [וסתירה]: זה [שכתוב] שיעשה הטבעת מבחוץ [מדובר ביום] שיוכל השמש להזהר ולא מבפנים דמזיק לאוכלין שצד להם המקום], וזה [שכתוב] שיעשה הטבעת מבפנים [מדובר בלילה].

[ושלחן] של עם הארץ דומה

¹⁹⁹ המלבוש הוא קרוב אל האדם וכן השלחן אשר עליו אוכל וכן המטה שעליו יושב, ולפיכך ראויים אלו דברים שיהיו כפי מה שראוי, ואם אינם כמו שראויים להיות, אין מורה זה על החכמה, כי החכמה נותן שיהיה הכל מסודר. ולפיכך אמר כי לפי הסדר החלוק הוא לכסות בשרו ואין צריך החלוק לכסות המנעלים רק עד המנעלים והמנעלים מכסים בשרו למטה. והטלית שעליו לכסות החלוק עד שלא נראה החלוק וזה צניעות גמור, כי עיקר הטלית לכסות החלוק ולא הבשר, כי הבשר כבר מכוסה בחלוק, כי האדם בביתו הולך בחלוק וכאשר הולך לשוק יש לו להיות עוד צנוע, ולפיכך צריך לכסות החלוק שדבק בבשרו, כי כאשר נראה הדבק לבשר יש בזה גלוי קצת. וכך ראוי שיהיה השלחן של ת"ח ג"כ שיהיה מכוסה השלחן משום שהוא דרך נקיות, ושליש גלאי שעליו כוסות וקיתונות. ולא יהיה הכוסות מטנפים הכסוי, ולכן יהיה גלאי. וצריך עוד שיהיה השלחן בענין שלא יבא תקלה בתוך הסעודה כי בסעודה רגיל הסכנה, והוא מבואר במדרש על וישבו לאכול לחם והנה אורחת ישמעאלים (תנחומא ריש יושב) שהגיע להם תקלה בתוך הסעודה ולפיכך יהיה הטבעות של שלחן שלא יבא ליד קלקול, ושלחן של ע"ה אינו בתאר שלחן כלל רק הוא בתאר מדורה. וכן מטה של ת"ח כמו שראוי שלא יהיה תחת המטה דבר כי אין זה נקיות כי האדם משתין שם ועושה הרבה דברים של גנאי עד שאמרו חז"ל (פסחים ק"ב א') כי רוח רעה שורה על האוכל שהוא תחת המטה ולפיכך אין ראוי שיהיה שם דבר חוץ מן מנעלים וסנדלים שהם מאוסים בעצמם לכך הם תחת המטה, ושל ע"ה כמו אוצר בלום, פ'י שאינו נקרא מטה רק נקרא אוצר שכמה דברים יש תחתיו וד"ז אין ראוי.

ותודע עוד כי שלחן של ע"ה דומה למדורה כי אכילתו של ע"ה הוא מדורה שנשרף האוכל, ולכן שלחנו מדורה נחשב כמו אכילת ע"ה, אבל של ת"ח הוא לקיים הנפש ולפיכך אין ראוי שתהיה אכילתו כמו מדורה. וכן המטה שעליו ישן, והישן הוא כולו גוף, והקניני' שיש לת"ח אינם אל הגוף רק אל הנפש השכלית, ולכן אין להניח דבר תחת המטה חוץ מן המנעלים, כי אותם שייכים לגוף והם פחותים ביותר, רק אצל ע"ה שכל קניניו שלו הם לגוף כי הוא חסר השכל ולכן כליו הם תחת המטה, כך יראה לפרש והוא נכון.

ושלשה דברים נזכרים כאן: טלית ת"ח שלחן ת"ח מטת ת"ח, והטלית יותר מיוחד לת"ח כמו שאמרנו בכל מקום המתגאה בטלית של תלמיד חכם כי הטלית הוא כבוד האדם. דרבי יוחנן קארי למאני' מכבדותיה (שבת ק"ד א') והכבוד שייך לת"ח שנאמר (משלי ג') כבוד חכמים ינחלו. והשלחן אשר אוכל עליו נאמר (שם ג') צדיק אוכל לשובע ונפשו והוא קיום הנפש כמו שאמרנו, והמטה הוא לגוף כי האדם כאשר ישן לא נשאר רק הגוף כאשר בארנו במקומות הרבה. ועיין אצל שינה של שחרית במסכת אבות, (פ"ג) ובכל השלשה בת"ח נבדל מן העם הארץ ואצל [טלית] לא אמר אין טלית של ע"ה רק משלחן מטה, כי אין הטלית נאה לו כלל כי כבוד חכמים ינחלו.

למדורה שקדרות מקיפות אותה [והאש באמצע, וכן שלחן של עם הארץ המפה והחלום באמצע והקערות סביב].

אפי' [נראה] מטה של תלמידי חכמים. כל שאין תחתיה אלא סנדלין בימות החמה [שכן רק לובשם בימות הגשמים] ומנעלין בימות הגשמים [שמניח אותם שם עד ימות החמה הולא אוכל]. ושל עם הארץ, דומה לאוצר מעורב [שיש כל דבר שם, כלים ואוכלים].

ר' בנאה היה מציין קבר²⁰⁰ צדיקים ומורד מדת ארכן מבפנים ואח"כ מודד מבחוץ כנגדן ועשה שם ציון סיד כדי להכיר מקום הטומאה ולא יביאו טהרות דרך כאן שלא יאהיל על הקבר, כאשר [הוא] הגיע לקבר של אברהם [אבינו], הוא מצא אליעזר עבד אברהם שעומד לפני הפתח. א"ל: מה עושה אברהם. א"ל: יושן בורועי שרה²⁰¹, והיא מסתכלת

²⁰⁰ ר"ל שהיה נותן גדר והבדל לרבנן אחר מיתתם, כי אף כי אם בחיים אין גדר לאדם, כי האדם בחייו יכול לשנות מדרגתו אשר יש לו. אבל כאשר מת ונשאר מעלתו אז יש לו גדר. ודבר זה היה מציין לתת לכל אחד ואחד גדר וגבול. וכי מטא לציון מערת אברהם מה גדרו אמר שהיה אליעזר עומד על פתחו, וגאני בכנפיה דשרה, וכל זה מורה על עצם מעלתו וגדרו של אברהם. וזה כי היה לו לאברהם אליעזר לעבד ואין ספק כי העבד הזה ראוי לאברהם מצד עצם מעלת אברהם, והדבר הזה ידוע ליודעי התורה כי אברהם גמטריא שלו רמ"ח נגד אבריו של אדם שהם רמ"ח, וזה אמרם (נדרים ל"ב ב') שהקב"ה המליך את אברהם על רמ"ח אבריו, ומפני זה הטעם נקרא אברהם אדם כמו שדרשו ז"ל (ב"ר פ"ד) האדם הגדול זה אברהם. ואלו רמ"ח אברים יש עבד משועבד תחתים, והוא הצורה המוטבעת בחומר, והוא הצורה פחותה אורה כאשר ידוע, ולפיכך היה אל אברהם האדם הגדול בענקים עבד משועבד תחתיו, ועליו אמר אברהם שבו לכם פה עם החומר עם הדומה לחומר (קידושין ס"ח ב'). הנה מזה תבין כי מדרגת אברהם נותן שיהיה לו העבד הלז, ואליעזר ג"כ היה מורה על מציאות ומדרגת מי שהוא אדון שלו, כי העבד יורה על האדון, ולא היה העבד הזה כמו שאר עבדים וכן לא היה האדון הזה שהוא אברהם כמו אדם אחר, רק מיוחדותו במעלה, והוא ידוע למבנינים. ולכן כאשר היה מתבונן באליעזר היה מוצא אותו דמות קמיה בבא של אדונו, כמשפט עבד שהוא נבדל מן אדון שלו במה שזה עבד זה אדון לו, ואין מתקשר העבד עם האדון של במקומו, ר"ל מדרגתו, רק הם נבדלים בלתי משתפים. ולכן אמר שהוא עומד קמי בבא ואין מתיחד עמו במקומו ובמדרגתו. וראוי שיהיה מדרגת העבד בחוק, שכל דבר הנגלה אינו ל"כ במדרגה העליונה, אבל הדבר שהוא נסתר פנימי הוא יותר עליון במדרגה, ודבר זה בארנו בכמה מקומות מחבור גבורת השם ולכן אי אפשר שיבא אל מדרגת אברהם העליונה, רק אם יבא קודם למדרגת העבד שלו, שיש של מדרגה תחתונה הנגלית, כמו שהתבאר. וז"ש אשכח אליעזר עבד אברהם דקמיה אבא וא"ל מאי קעביד אברהם, כי העבד הזה מורה על ענין אברהם ומדרגתו כמו שאמרנו (מהר"ל).

²⁰¹ כלומר שמן העבד יש לע"בכל מדרגת אברהם שהוא גנא בכנפיה דשרה. דע כי אברהם ושרה מתאחדים מצד עצמם יותר מכל איש ואשה בעולם, וזה שהכתוב אומר (ישעי' מ') הביטו אל אברהם אביכם ואל שרה תחוללכם כי אחד קראתיו, ועל שניהם הוא אומר כי אחד קראתיו, כי אברהם עם שרה הוא אחד. ודבר זה מפיני כי אברהם הוא היה התחלת העולם, כי עיקר העולם היה ישראל וזלת זה העולם הוא תורה, והתחלת ישראל אברהם, שהוא התחלת הכל*]. והתחלה ראוי שתהיה אחת בעבור שהתחלה הוא מפועל אחד, שהוא סבת התחלה, ולכן מתדמה במה אל הסבה שממנו התחלה. ואם היה מחולקת לגמרי היה מורה זה ח"ו כי הסבה אינה ג"כ אחת רק שתיים, אף כי בארנו בתבונה גבורת השם (פרק ה') כי מפועל אחד יבא הרבוי, הלא בארנו שם ג"כ כי הרבוי הזה הוא מתאחד ג"כ, וכן כאשר נברא אדם הראשון מפני שהיה ראשון והתחלה נאמר עליו והיו לבשר אחד, ומפני שאי אפשר שיהיה דומה אל מי שממנו התחלה ולכן היה שנים מצד מה ואחד מצד מה, כמו שבארנו שם. ולפיכך חייב כי אברהם ושרה שהם שניהם התחלה שיהיו מתאחדים, ולכן ההתחלה היא אחת. כמו שהיה אדם הראשון, שהוא התחלה ג"כ, עם חוה גוף אחד. אבל יש הבדל בין זה לזה ואין כאן מקום זה לבאר. וז"ש דגנאי בכנפיה דשרה, דע כי האשה נקראת בית כמו שדרשו ז"ל בכל מקום וכפר בעדו ובעד ביתו, [וכן] אמרו ז"ל בכל מקום (שבת ק"ח ב') לא קראתי לאשתי רק ביתי, וזה כי האיש נמשל ונדמה צורה והאשה חומר, וידוע כי החומר מקבל אל הצורה, וכל מקבל הוא בית לאשר הוא מקבל. כי הבית המקבל הדבר בתוכו, ולכן אמר דגנאי בכנפיה דשרה, ששרה היא נחשבת מקבל אל אברהם, ואף כאשר הוא מסולק ומופשט מן העה"ז, אשר ימצא בו החבור האיש עם האשה, רק בעולם הבלתי גשמי ימצא ההתאחדות הזו, לפי שאברהם ושרה הם כאלו היה אחד לגמרי, ולכן אמר דגנאי בכנפיה דשרה, כי מה שגנאי הוא מורה על המיתה כמו ישיני עפר, ועם כל זה מתאחד הוא עם שרה. ואולי יקשה לך כי איך יתכן חבור בעולם שאינו גוף עד שיאמר כי יש לאברהם ושרה חבור ואחדות אף שלא מצד עה"ז, אף שאין החבור להוציא תולדות, גם שלא יתחברו ביחד להיות נזקקין זה לזה, שהחבור הוא כמו שיש חבור לשמש ולירח במה

בראשו²⁰². א"ל, לך תאמר לו: בנאה עומד בפתח [ומבקש רשות להיכנס]. א"ל: שתיכנס [שאיין זה חוצפה שהוא יושן בזרועי אשתו], הוא יודע שאין יצר בעולם הזה [ואין צורך להצנע ממנו. רבי בנאה] נכנס ראה [מידת אורח המערה] ויצא [וציין בחוץ].

כאשר [רבי בנאה] הגיע לקבר של אדם הראשון²⁰², יצתה בת קול ואמרה: הסתכלת בדמות דיוקני [פי' יעקב שהוא דמות דיוקנו של אדם הראשון], אל תסתכל בדיוקני עצמה [היינו אדם הראשון שנאמר בו "בצלם אלהים ברא אותו". רבי בנאה אמר] הרי אני צריך לציין את הקבר²⁰². [יצאת קול שאמר] כמדת החיצונה [היכן שנמצא הג' אבות ואהמות] כך מדת הפנימית [פי' מקום של אדם הראשון, ואין צורך למדוד, שמידתו ידוע לך. וכל זה לפי מי שאומר מערת המכפלה היא בית לפני מבנים. אבל] למ"ד: שני בתים זו למעלה מזו, [אז אמרה הבת קול] כמדת עליונה כך מדת התחתונה [ומספיק שתציין העליונה]. א"ר בנאה: נסתכלתי בשני עקיביו [של אדם הראשון], ודומים לשני גלגלי חמה²⁰².

כל [בני אדם] כלפי שרה [אמנו דומים] כקוף כלפי אדם. שרה כלפי חוה, כקוף כלפי אדם. חוה כלפי אדם, כקוף כלפי אדם. אדם כלפי שכינה, כקוף כלפי אדם²⁰².

יפיו של רב כהנא מעין יפיו דרבי אבהו. יפיו דר' אבהו מעין יפיו של יעקב אברינו. יפיו של יעקב אברינו מעין יפיו של אדם הראשון. מכשף²⁰² אחת שהיה חופר מתים [להפשיטם מבגדיהם], כאשר הגיע לקברו של רב טובי בר מתנה, [ורב טובי] תפסו [במכשף] בזקנו. אביי הגיע, ואמר [לרב טובי בר מתנה]: בבקשה, תעזוב אותו [שזה הגוי היה חבירו של אביי]. לשנה אחרת חזר והגיע [המכשף לאותו הקבר להפשיט לו את בגדיו, ועוד פעם רב טובי] תפסו בזקנו. אביי הגיע, ולא עזבו עד שהביא מספרים וגזו לו את זקנו.

[אדם ששכב על ערס דרין] והוא אמר להם [לאנשים שהיו סביבו כמצה מחמת מיתה ומחלק נכסיו לבניו]: חבית של עפר [אני נותן] לאחד מבנים שלי, וחבית של עצמות לאחד מבני, וחבית של מוכין לא' מבני, לא היו יודעים מה הוא אמר להם [והוא אמר כך דרך חכמה שלא יבינו שהוא עשיר]. באר לפני רבי בנאה, אמר להם: וכי יש לכם קרקע [שנשאר מנכסיו אביי]. אמרו לו: כן. יש לכם בהמות [שנשאר מנכסיו אביי]. כן. יש לכם בגדים [שנשאר לכם מאביכם]. כן. אם כן, כך הוא אמר לכם [פי' זה שהוא אמר יקח חבית של עפר, היינו קרקעות, וזה שיקח חבית של עצמות יקח הבהמות, וזה שאמר שיקח חבית של מוכין יקח הבגדים]²⁰².

אדם שמע שאשתו אמרה לביתו: למה את לא צנועה באיסור [פי' כאשר את מזונה, שלא ידעו כולם מכך, תראי] שהאשה הזאת [פי' היא עצמה שמוכיחה לביתה] יש לי עשרה בנים, ואין לי מאביך אלא אחד. כש[בעלה] שכב [למות], אמר להם [לאלה שסביבו]: כל נכסי לבן אחד, ולא ידעו לאיזה מהם. באו לפני רבי בנאה, אמר להם: לכו ותכה קבר אביכם, עד שיעמד ויגלה לכם לאיזה מכם הוא שארי [נכסיו, ולנסותן נתיבן שאותן שהן ממזרים הן עזי פנים וילכו לחבוט]. הלכו כולם, [אבל] אותו שהוא בנו לא הלך [שלא רצה לחבוט על קברו של אביו שזה הוא הצנוע שבכם ומסתבר שהוא אהב אותו יותר ויפה דן רבי בנאה שלא שייך כאן אלא שורא דדייני, פי' שהדיין יחליט כפי רצונו, והיינו שודא שלא רצה לחבוט], אמר להם: כל נכסיו של זה.

הלכו [הממזרים] והלשינו בבית המלך, אמרו: יש אדם אחד ביהודים, שמוציא כסף של אנשים ללא דמים וללא [רשיה של] כלום, הביאו [המלכות את רבי בנאה], ואסרוהו [בכלא]. אשתו [של רבי בנאה] הלכה ואמרה לו [לבית המלך בלשון חכמה שלא יבינו הם אלא על ידי בעלה]: היתה לי עבד א', וחתכו את ראשו, והפשיטו את עורו, ואכלו את בשרו, ושואבים בו מים [בעורו], והשקו לחביריו, ולא נתן לי כסף ולא שכר, ולא ידעו מה היא אמרה. אמרו: שחביו את חכם היהודים [פי' רבי בנאה] יאמר [מה היא אומרת]. קראו לר' בנאה, אמר להם: היא אמרה לכם על נוד [של עור, שהיתה לה תייש וגזלוהו ממני ושחטוהו ואכלו את הבשר ועשו מהעור שלו נוד]. אמרו: מאחר ואתה חכם כל כך, שתשב בשער ותדון דין. ראה שהיה כתוב על השער: כל דין שנקרא לדין, לא נקרא דין [ופסול לרון דכיון דאובב בצע הוא יקבל שוחד]. אמר להם: אלא מעתה, שיבא אדם

שהם משלימים ביחד הנהגת העולם, ודבר זה הוא חבור כמו שהארנו אצל לוייתן זכר ונקבה בראם (מהר"ל).

²⁰² אשר נברא בצלם אלקים לגמרי יותר מכל אדם, היה לו הסתכלות בו יתברך מה שאסור לאדם, כי [כמו] שאין להסתכל בו יתברך מפני שאין לאדם שיתוף אליו יתברך, כך אין לאדם חבור והסתכלות באדם הראשון (אומר) [אשר] נברא בצלמו יתברך, ולכן יצאת בת קול נסתכלת בדמות דיוקני בדיוקני עצמו אל תסתכל, כלומר כי לא יפה עשית להסתכל בדמות דיוקני שהוא קרוב אל ה' ית', בדיוקני עצמה אל תסתכל כלומר שאין אתה יכול להסתכל. כלומר, שאם היה אפשר לך להסתכל היית ג"כ מסתכל (מהר"ל).

ויזמין אותו לדין, ויפסלוהו. בלא, כל דיין שנקרא לדין ומוציאין ממנו [פי' מהשני] כסף בדין [שלא בצדק] לא נקרא דיין [שהוא גזלן ופסול לדין שיעוות את הדין עבור שוחד]. כתבו כן, אבל זקנו היהודים אמרו: כל דיין שנקרא לדין ומוציאין ממנו כסף בדין לא נקרא דיין.

[עוד רבי בנאה] ראה [שם על השער] שנאמר "בראש כל מיתות, אני דם [כל חולי האדם על ריבוי הדם, שלא עשו הקזה], בראש כל חיים, אני יין [שאם ישתה יין כהלכה וכראוי לא יבא לידי חולי]. אם כן [רבי בנא שאל], הופל מתקרה, ומת, או הנופל מעץ ומת, [וכי] הדם הרגו. ועוד, מי שעומד למות, [וכי אם] משקים לו יין, הוא חי. אלא כך צריך לכתוב: בראש כל מחלות, אני דם, בראש כל רפואות, אני יין. כתבו כן, אבל זקני יהודים אומרים: בראש כל מחלות, אני דם, ובראש כל רפואות, אני יין. במקום שאין יין, שם מבקשים סמנים [לרפואה].

כתוב בפתח [של עיר] קפוטקיא: "אנפק", "אנבג", "אנטל" [כולם אותו השיעור. והגמ' שואלת] וכמה [הוא שיעור] "אנטל", רביעית [הלוג] של תורה.

מתני'. [בקצה הגג בונים צינור לקלוט מי גשמים, ובסוף הצינור יש] מרזב [שבו מכוונים לאיזה כיוון מי גשמים יפלו, והוא] אין לו חזקה²⁰³

²⁰³ עי' ש"ע (ח"מ ס' קנג ס"ו): הרוצה להוציא צנור על חצר חבירו כדי שיקלח שם המים, או שעשה מזחילה, פירוש צנור גדול שהמים עוברים בו, על כותלו כדי שיהיו המים נחלים ויורדים לחצר חבירו, בעל החצר מעכב עליו. ואם לא מיחה בו החזיק זה בצנור, ויש אומרים דגם בחזקה זו בעיני חזקה שלשה מעכב וטענה, ובלא זה לא מקרי חזקה. רצה אחר כך לסתום הצנור בעל החצר מעכב עליו, שכשם שהחזיק בעל הגג לשפוך מימיו לחצר חבירו, כך החזיק בעל החצר שיהיו מימיו גגו של חבירו באים אצלו לרשותו. הגה: מיהו אם סתר בעל הגג וראה זה ושתק, אבד זכותו דהוי מחילה מיד, כשאמרינן לגבי סתימת חלון, [וכן אם סילק בעל הגג מרוב שלו בדרך מחילה מיד הוי מחילה ואינו יכול להחזירה], אבל אם נפל הכותל ועמד כך שנים הרבה, יכול לחזור ולבנות אימתי שירצה עם המרזב, ואם עשה בעל החצר מעשה שנראה שאינו רוצה המרזב, וראה זה ושתק הוי מחילה:

הרוצה להוציא צנור על חצר חבירו כו' - הצינור נעשה באופן שהמים הבאים אל תוכו יתרחקו על ידו מליפול סמוך להכותל, בין שידבק הצינור למזחילה העשויה כמדת אורך גגו וע"י הצינור יורחקו מי הגשמים מהכותל, בין שמעמיד הצינור בחלון ביתו ושופך לתוכו השופכין מי תשמישו של ביתו ויורחקו על ידו מהכותל (סמ"ע), כמו בהזיק ראייה, אסור לשנות, אבל אם שינה, ולא מיחה, אז המזיק מוחזק (ש"ך מהרש"ך).

דגם בחזקה זו בעיני ג' שנים - ואף דמבואר לעיל (סי' קמט ס"ט) דחפר בורות הוי חזקה מיד, דהיינו במקום שמתקן עצמו ומקלקל לחבירו, אבל כאן שאני שא"צ תיקון בגוף החצר רק להסיר הצינור וממילא הנזק מתוקן, לכך לא מהני פחות מג' שנים, משא"כ בחפר בורות שעושה קלקול בגוף קרקע חבירו (נתה"מ).

כך החזיק בעל החצר כו' - היינו בעוד הגג קיים, אבל אם רצה לשנות מגג לעליה, אין בעל החצר יכול לעכב (סמ"ע, וש"ך), אם ירד גשם מגג של ראובן לחצר שמעון בקביעות, אם בא בעל הגג לעשות לו בור לסלק מימיו מן החצר אינו יכול שישל החצר זכה במים דאפילו אם בא בעל הגג לסתור הגג אינו יכול, ואף שבעל החצר שיקול לסתור הגג, אמנם כל זמן שהגג קיים אינו יכול לסתום צינורו שלא ילכו לחצר, והיינו כשהגג של א' והחצר של אחר אבל בחצר השותפים, יכול בעל הגג לקבץ מימי הגג כל שלא הגיעו לקרקע החצר ואין לו לחברו חזקה אלא במים שהגיעו לחצר וירדו לרשותו ואם יעשה בעל הגג בור ברשותו אין לו זכות להכניס כל מימי הגג אלא כדי המים שיהיה מקבץ מקודם, אע"ג שהמים הבאים דרך קרקעות החצר הם עכורים יכול הוא לנקות בחצר שיהיו ראויים להשקאת בהמה, ואם מימי הגג יורדים דרך צינור שיוצא מן הגג ולאיר החצר שכל בני החצר יכולים לקבל מים ממנו שאויר החצר של כולם וקונה להם, ואם כן כשיוצאים המים מן הגג אין לו לבעל הגג אלא כמו שאר השותפים שבחצר. ואם המים יורדים דרך כותל בעל הגג, כשהחצר היא לאחר ואין לו לבעל הגג בה שותפות הם של בעל החצר שהרי הם יורדים לקרקע חצרו, וקודם שינוחו לקרקע החצר נמי זוכה בהם אף על גב שאינם תוך כל אויר חצרו שעדיין הם דבוקות בכותל בעל הגג והיינו משום דכיון שאין לו לבעל הגג דרך ליכנס שם למקום המים שאין לו שותפות בחצר אינו יכול לזכות בהם והרי הוא כמי שזיכה אותם לבעל החצר משיירו מתחת גגו ומם אינו יכול לקולטם מעל גגו שישויט כלי למטה בצד הכותל כיון שתקן אותם ירידתן מראש הגג עד סוף הכותל למטה דעתו שינוחו בחצר ושיזכה בהם. אבל בחצר השותפין אם יורדות דרך הכותל בלא צינור בעל הגג לבדו זוכה בהם לקולטן כל שלא הגיעו לקרקע החצר, ולכן השותפים יכולים לעשות צינור תחת הקרקע רחוק מכותלי הבית שלשה טפחים בעומק ב' או ג' טפחים כדי שילכו המים זכים לבורם כיון שהוא זוכה באותן המים הנשפכים יכול לקולטן כמו שירצה, כיון שיש לאלו חלק בחצר יכולים להשתמש בה בכל תשמיש שהוא דרך אנשי החצר להשתמש בו ודרך הרוב החצרות שעושים צנור

[שכן אינו דבר קבוע, ולכן לא מוחין נגדו על זה, אבל] יש למקומו חזקה. המזחילה [פ' הוא צינור הגדול מחזיק כל אורך הגג] יש לה חזקה [שהוא דבר קבוע, ואין אדם שותק אלא מקפיד ואם שתק, היינו שקנה ממנו רשות לשים אותו שם]. סולם מצרי אין לו חזקה [כיון שהוא קטן, הוא לא קבוע. אבל סולם] צורי [שהוא גדול], יש לו חזקה²⁰⁴. חלון מצרית אין לה חזקה²⁰⁵ [אם א' עשה חלון קטנה בכותל ביתו הביט דרך שם ולשמרו פירסו וגניתו, וזה פתוח לחצר חבירו, והחזיק בה ג' שנים, אינו חזקה, שזה לא קבוע, ולא חשש למחות. אבל חלון] צורית [גדולה], יש לה חזקה. איזו היא חלון המצרית. כל שאין ראשו של אדם יכול ליכנס לתוכה. רבי יהודה אומר: אם יש לה משקוף, אף על פי שאין ראשו של אדם יכול ליכנס לתוכה, הרי זו חזקה.

גמ'. מה [פירוש הענין] המרזב אין לו חזקה ויש למקומו חזקה. אמר רב יהודה אמר שמואל, כך נאמר²⁰⁶: המרזב אין לו חזקה, מרוח אחת [שאם הוא שופך לכיון דרום ג' שנים, אינה חזקה, ואם צריך בעל החצר להשתמש שם יכול לחייב השני לעקור המרזב משם ולהניח צד השני], ויש למקומו חזקה, משתי רוחות [פי' שאין בעל חצר יכול לעכבו מלשים את זה בצד א', אבל הוא יכול לקבוע איזה צד היא תהיה].

רבי עינא אמר: המרזב אין לו חזקה, שאם היה ארוך [יותר ממה שצריך, בעל החצר יכול לחייבו] לקצרו, ויש למקומו חזקה, שאם בא [בעל החצר] לעוקרו אינו עוקרו.

רב ירמיה בר אבא אמר: המרזב אין לו חזקה²⁰⁷, שאם רוצה לבנות תחתיה, בונה [עוד המרזב, ואין לבעל המרזב טענה שהוא זכה בכוי מתחת למרזב], ויש למקומו חזקה, שאם בא לעוקרו אינו עוקרו.

תחת קרקע החצר להוציא לחוץ מי שופכין ובית הכבוד, אע"ג דיכולים בני חצר לעכב לא' מבני החצר שרוצה להשתמש בחצר תשמיש קבוע, היינו תשמיש קבוע דומיא דהעמדת בהמות תנור וכירים ששמעטין אויר החצר, אבל כל תשמיש שאין ממעטין אויר החצר כי כאן אפי' הוא תשמיש קבוע אינם יכולים לעכב אפי' לא היה דרך החצרות להשתמש בכך כ"ש כאן שהוא דרך. ואע"ג שאסור לעשות כן ברה"ר [עי' לקמן סי' תיז ס"א], צינורות השופכים מים לחוץ שאינם עמוקים ליכא חששא מידי [ש"ך מב"ט].

אבל אם נפל הכותל כו' - אין זה דבר והיפוכו עם הדין שהתחיל בו הרמ"א, שהתחיל באיבד זכותו של בעל החצר, ומסיק בדין של בעל הגג אימת לא איבד זכותו. ואימת איבד זכותו, לכן נראה שיש כאן חסרון בבא אחת וכצ"ל, "וכן אם סילק בעל הגג מרזב שלו בדרך מזחילה, מיד הוה מחילה ואינו יכול להחזירה, אבל כו' (סמ"ע), כל זה שיטה אחת, אבל "א שאם עבר החזיק, ולא החזירו מיד, איבד זכותו, ויש לשכן טענה קים לי, שעל המזיק להרחיק את עצמו [ש"ך תורת אמת], אם ראובן היה לו חזקה על דבר שגורם הזיק ראייה לשמעון שכנו, ונפל המזיק, ואז שמעון מכר חלקו, וראובן לא בנה בינתיים, איבד זכותו, שזה שלא בנה כשהוא מכר, הוה מחילה על זכותו, אבל ביורש לא איבד זכותו [ש"ך מהרש"ך, רע"א תורת אמת], והנה לקמן (סי' קנד ס"ב) כתב הרמ"א פלוגתא בזה גבי סתימת חלון ד"א דבעי טענה, ולכן נראה דהרמ"א רימז לזה במ"ש לעיל "כשאמרינן לגבי סתימת חלון וכו'", לומר שמחלוקת הפוסקים שהביא שם היא ג"כ כאן (נתה"מ).

²⁰⁴ עי' ש"ע (ח"מ ס' קנג ס"ג): הוב"ד לקמן הערה 211.

²⁰⁵ עי' ש"ע (ח"מ ס' קנד ס"ו): הוב"ד לקמן הערה 212.

²⁰⁶ עי' ש"ע (ח"מ ס' קנג ס"ז): הוב"ד לקמן הערה 209.

²⁰⁷ עי' ש"ע (ח"מ ס' קנג ס"ח): וכן אם רצה בעל החצר לבנות תחת הצנור אין בעל הגג יכול לעכב עליו, שאין הצנור עשוי לתשמיש כזו כדי שיחזיק באויר החצר, שאינו עשוי אלא לקילוח המים. הגה: והואיל ואין עליו אלא לקבל מימיו ירצה לקבלם בכלי או בצנור הדין עמו, אבל לא יוכל לומר לבעל הצנור להטותו לרוח אחרת או לשנות בו כלל ואפילו אם הוא ארוך אינו יכול לקצרו, והוא שיש קפיא לבעל הצנור, אבל בלאו הכי כופין על מדת סדום, ובלבד שיקלחו מימיו יפה:

לבנות תחת הצנור - ה"ה תחת המזחילה, ובין שהיא של עץ או אבן מותר לבנות תחתיה (סמ"ע), היינו באופן שהמים לא יוכלו להזיק להכותל ע"י התזה (נתה"מ).

שאינו הצנור עשוי לתשמיש כזו - פירוש, להרחיק בנינו מתחתיו כדין תחת זיו שהוא בולט ד' מהגג, שגם סתם צינור בולט יותר מד' טפחים, וע"י לעיל סק" (סמ"ע).

אם ירצה לקבלם בכלי כו' - פירוש, כשרוצה בעל החצר לעשות בנין במקום ירידת המים מהמזחילה שיעוכב על ידו ירידת המים מגג של חבירו, ורוצה לקבל מימי הגג בכלי בכל פעם, וישפוך הכלי, או שיצרף צינור למזחילה של בעל הגג שיתרחק על ידו ירידת המים למקום רחוק, הרשות בידי (סמ"ע).

למדנו משנה: המזחילה יש לה חזקה. זה מובן [שצריכים להדגיש שמזחילה יש לה חזקה אע"פ שאין למרזב] לפי שנים אלה [פי' שמואל ר' חנינא]. זה מובן [שלישי שמואל זה קבוע, ולפי ר' חנינא אין מקצרים אותו]. אלא לפי מי שאמר [פי' ר' ירמיה] שאם רצה לבנות תחתיו בונה, איזה חילוק הלכה יש לנו בזה [לומר שיש לו חזקה, הרי גם במזחילה אפשר לבנות תחתיו]. כאן מדובר במזחילה של בנין [אבנים], שאמר לו: "איני רוצה שתחליש את המזחילה שלי" [על ידי בנין תחתיו שהוא יכול מחמת קול הבנייה, אבל מרזב לא חשוב כל כך]²⁰⁸.

אמר רב יהודה אמר שמואל: צינור המקלח מים לחצר חברו²⁰⁹, ובא בעל הגג לסותמו, בעל החצר מעכב עליו, שיאמר לו "כמו שאתה קנית את החצר שלי לשפוך בו מים, אני קנית מי גגך" [להשקות בהמות שלי, ובגלל זה הסכמתי שתשים צינור זון]. למדנו, רבי אושעיא אמר: [בעל החצר יכול] לעכב, ר' חמא אמר: [בעל החצר] אינו מעכב [ואין לו חיוב לבעל החצר עבור מי גגן]. הלכו ושאלו לרבי ביסא [שהוא אביו של ר' חמא וזקנו של רבי אושעיא], אמר להם: [בעל החצר] מעכב. רמי בר חמא קרא עליו: "והחוט המשולש לא במהרה ינתק"²¹⁰, זה רבי אושעיא [שאמר כזקנן] בנו של רבי חמא בנו של רבי ביסא.

סולם המצרי אין לו חזקה. אך מדובר "סולם המצרי". אמרי דבי ר' ינאי: כל שאין לו ארבעה שליבות²¹¹.

חלון המצרי אין לה חזקה כו'. מה שונה לגבי סולם שלא מפרש [שיעורו], ומה שונה לגבי חלון שמפרש [שיעורו]. משום שרבי יהודה רצה לחלוק בסוף [לגבי חלון, ולכן התנא הראשון היה צריך לכתוב שיעורו].

אמר רבי זירא: [חלון צורי כל שהוא] פחות מ[גובה] ד' אמות [מרצפת הבית], יש לו חזקה [שהוא גדול, וגם ראוי לשימוש, ולא היה זה מניחו לעשות אלא ודאי ברשותו עשה], ויכול [בעל החצר] למחות [בידו ומעכבו שלא יפתח. אבל אם החלון] למעלה מארבע אמות²¹², אין לו

²⁰⁸ עוד י"ל שסתם מרזב של עץ (רשב"ם).

²⁰⁹ עי' ש"ע (ח"מ ס' קנג ס"ו): רצה בעל הגג לעקור הצנור מצד זה ולהחזירו לצד אחר, או שהיה ארוך ורצה לקצרו, אין בעל החצר יכול לעכב עליו, שלא החזיק אלא במימי הגג והרי הם באים אצלו מכל מקום: אין בעל החצר יכול לעכב כו' - היינו דוקא כשאין בעל החצר טוען שמגיע לו היזק בתשמישו שמשמש שם במקום שירדו שם המים, אלא שבא למחות משום דניחא ליה לקבל המים במקום הזה, בזה קאמר דאין שומעין לבעל החצר (סמ"ע).

²¹⁰ עי' ב"מ פה ע"ג.

²¹¹ עי' ש"ע (ח"מ ס' קנג ס"ג): המעמיד סולם קטן שאין לו ד' שליבות בצד כותלו בתוך חצר חברו או בתוך שדהו, לא החזיק בנזק זה וכל זמן שירצה בעל החצר בונה בצד הסולם ומבטל תשמישו. הגה: ואם קבעו במסמר אפילו קטן יש לו חזקה, ואם היה סולם גדול שיש לו ד' שליבות או יותר החזיק, ואם בא לבנות ולבטלו בעל הסולם מעכב עליו עד שירחק כשיעור, שהרי מחל לו להעמיד סולם גדול, לפיכך כשיבא בעל הגג להעמיד סולם גדול, בעל החצר יכול למחות בידו כדי שלא יחזיק עליו, אבל אם העמיד סולם קטן אינו יכול למנוע, שהרי אומרים לו אין לך הפסד בזה כל זמן שתירצה תטלנו: בתוך חצר חברו כו' - ו"א דבכה"ג אפילו קטן נמי יש לו חזקה, דכיון דעובר הוא על חצירו ודאי קפיד, אלא הש"ע מירי שסומכו בחצירו על כותל חברו, וכיון שהוא קטן חברו אין מקפיד עליו (סמ"ע).

אינו יכול למנוע כו' - ואינו דומה לזו כל שהוא הנ"ל בריש סימן זה שאמרינן דיכול למחות ואם לא מיחה החזיק בו כו', דשם מזיקו בראיה, משא"כ כאן דמדלא מקפיד אלא על העמדת סולם, רואים שמדובר שאינו מקפיד על הכניסה והיציאה בחצירו בלא העמדת סולם, וביוצא ונכנס בלא הכי אינו יכול לשמש בו אלא דרך רשות חברו, ואז ישמר ממנו חברו בתשמישו, וחבירו יכול לבטלה כל זמן שירצה (סמ"ע), ו"א דאירי כאן בחצר שאין בו בית דומיא דשדה (ש"ך), עי' מהרש"ך הוב"ד לעיל סק"ו וסק"ו (ש"ך).

²¹² עי' ש"ע (ח"מ ס' קנד ס"ו): כיצד דינו של חלון זה שהניח לפתחה, אם ראשו של אדם יכול ליכנס ממנה, או שהיתה למטה מד' אמות אף על פי שאין ראשו נכנסת ממנה, אין בעל החצר יכול לבנות כנגדה או מצדדיו, אלא"כ הרחיק ד' אמות, כמו שיתבאר (בסעיף כ"א). היתה חלון קטנה שאין ראשו של אדם נכנס ממנה, והיתה למעלה מד' אמות, בעל החצר יכול לבנות כנגדה או מצדדיה, שהרי טוען ואומר: לא הנחתך לפתוח אלא מפני שהיא קטנה וגבוהה, אבל שתחזיק עלי עד שארחיק הבנין, לא הנחת. ב"א כשפתחה, לתשמיש או כדי שיכנס בה הרוח, אבל אם פתחה לאורה, אפילו היתה קטנה ביותר [וגבוהה] ביותר, הואיל ולא ערער, החזיק, ואין בעל החצר יכול לבנות כנגדה או מצדדיה עד שירחק ד' אמות, כדי שלא יאפיל עליו, שהרי מחל לו על האורה. (ובענין איזה חלון עשוי לאורה, תולה בעיני הדיין ולפי עיני החלון).

חזקה [שאין חברו מקפיד עליו], ונאם בעל החצר בונה בנין כנגד החלון, הבעל החלון] אינו יכול למחות [ולעכב עליו לומר לו הרחק בניןך מן החלון שלי שלא תאפיל עלי שיכול לומר לו שתום אותו שאין לך חזקה ואם אין לו חלון שם וביקש עכשיו לפתוח חלון למעלה מד' אמות אין יכול שכנו למחות בידו ולמנועו]. ורבי אילעא אמר: אפילו למעלה מארבע אמות, אין לו חזקה, ויכול [בעל החצר] למחות [בידו ולעכבו].

[מקשה הגמ', במה הם חולקים, אולי] שיאמר שהם חולקים אם כופין על מדת סדום [מי שלא רוצה לוותר לחבירו אע"פ שאינו חסר בכך כלום], שרב [א', פי' ר"ז] סובר: כופין. ורב [אחד, פי' רבי אליעזר] סובר: אין כופין. לא, לפי כולם, כופין [על מידת סדום], וכאן שונה [שכן יש כאן חסרון], שיאמר לו: לפעמים אתה תשים את הספסל תחתיו²¹³ [לחלון], ותעמוד עליו ותסתכל [בחצר שלי].

אדם א' בא לפני ר' אמי ורוצה היה לעשות חלון צורי למעלה מד' אמות וחבירו היה מוחה בידו, ורבי אמי] שלח אותו לפני רבי אבא בר ממל, ואמר לו: תעשה לו [פי' תפסק לו ההלכה] כרבי אילעא.

אמר שמואל [כל דברי המשנה הם מדברים בחלון העשוי לשמור גנות ופרדסים דרך החלון, אבל חלון הנעשה להכניס] אור [למקום אפל], אפי' [גודל] כל שהוא יש לו חזקה [שזה דבר קבוע, והיה לבעל החצר למחות תוך ג' שנים, ומה שלא מיחה רואים שעשה ברשותו].

מתני'. [מי שיש לו כותל סמוך לחצר חברו, והוציא] זיו [פי' נסר וראוי לתלות בו חצפין], עד [בליטת] טפח²¹⁴ [לתוך חצר חברו], יש לו חזקה [ואין בעל החצר יכול לבנות שם בנין לסתור את הזיו שבעל החצר לא היה מסכים לו להוציא זיו טפח בחצרו ללא רשותו שהרי יכול למחות ומדלא מיחה בתוך ג' רואים שעשה ברשותו],

חלון קטנה - כל היכא דאין לו חזקה יכול לכופו לסותמו, א"כ זה פשוט שיכול להזיקו בראיה כיון שיכול לסותמו. וכשבאו שניהן כאחד לבנות מוחה הוא על החלון ויכול לבנות למעלה ולמטה (קצה"ח).

ואין בעל החצר יכול לבנות כנגדה - ולפי ההי"א כיון דאין לו חזקה יכול לכופו לסותמו (רע"א), ראובן שהיו בביתו חלונות פתוחים לגינה של שמעון, ועתה נטע שמעון אילנות סמוך לחלונות של ראובן, וראובן טוען שיקוץ כי מאפיל עליו, אין איסור בל תשחית, דלא אסור אלא דרך השחיתה, אבל אם מזיק לדבר אחר לדידה או לאחריני מותר לקוץ, אך בעיקר הדבר יש ספק אם יכול לטעון גבי אילן קא מאפילת עלי, דלא יכולנו טענה זו אלא גבי בנין כו', הכל לפי ראות עיני המורה, אם הוא אילן עב וגדול ומאפיל מאד יכול למחות כמו בבנין. ואילן פירות שעלה מאילו בחצירו ומאפיל על חלונו שרי למיקציה, רק שאם אפשר למעט בענפיו, עדיף (פ"ח).

²¹³ עי' ש"ע (ח"מ ס' קנד ס"ו): מי שבא לפתוח חלון לחצר חברו, בין חלון גדולה בין חלון קטנה, בין למעלה בין למטה, בעל החצר מעכב עליו, שהרי אומר: זיק לי בראיה ואף על פי שהוא גבוהה תעלה בסולם ותראה.

²¹⁴ עי' ש"ע (ח"מ ס' קנג ס"ג): היה בזיו טפח, החזיק באויר החצר כנגדו, ואם רצה בעל החצר לבנות תחת הזיו ולבטל תשמישו בעל הזיו מעכב עליו. ואם אין בזיו טפח לא החזיק באויר החצר, וכל עת שירצה בעל החצר לבנות תחתיו ולבטל תשמישו של זיו, אין בעל הזיו יכול לעכב עליו:

לבנות תחת הזיו ולבטל תשמישו - זה תחת הזיו דקאמר, ר"ל במקום הזיו עצמו קאמר, כשיבנה במקומו ממש יוסר הזיו ויבטל תשמישו לגמרי, ובהא דוקא יש חילוק בין זיו טפח לפחות מטפת, דבפחות מטפת אף שהחזיק בו כשלא מיחה בו מיד לענין זה דשוב לא יכול בעל החצר למחות בבעל הזיו מלהשתמש בו כל זמן שאינו רוצה בעל החצר לבנות בחצירו תחת הזיו, מ"מ כשירצה לבנות יכול לבטל לגמרי תשמיש הזיו, משא"כ כשהוא טפח דאין יכול לבטל תשמיש הזיו ע"י בנינו שיבנה במקומו (סמ"ע), ו"א שבזיו עצמו אין לבעל החצר שום זכות אפילו בפחות מטפת, רק שיכול לבנות בית תחתיו עד סמוך לו, וממילא מבטל תשמישו. משא"כ בזיו טפח דהחזיק באויר החצר, פירוש, מה שהוא תחת הזיו, היינו כדרך תשמיש הזיו, ולא הוצרך כאן לתת שיעור להרחקה דאזלינן בטר תשמיש הרגיל, אלא אם הוא במשך ד' שאז לא אזלינן בטר תשמישיה, אלא מרחיק ' טפחים שהוא רשות בפני עצמו, ומש"ה בסעיף ד' נתן שיעור להרחקה [וכל זה דלא כהבנת הסמ"ע בדברי המחבר] (ט"ז).

ואם אין בזיו טפח לא החזיק באויר החצר - גם מכאן מוכח מדלא כתב לא החזיק באויר שתחת הזיו, דלא איירי דוקא מאויר שתחת הזיו, אלא אפילו מאויר שבמקום הזיו ועל גביו. מיהו דוקא לענין שיכול לבנות במקומו שעל ידו יבטל תשמישו (סמ"ע).

ויכול [בעל החצר] למחות [בידו שלא לעשותו, ואין כאן משום מידת סדום. אבל ז"ז שהוא בולט] פחות מטפח, אין לו חזקה [שאם הבעל החצר רוצה לבנות שם, הוא כונה], ואין יכול למחות. גמ'. אמר רבי אסי אמר רבי מני, ויש אומרים אמר רבי יעקב אמר רבי מני: החזיק בטפח החזיק בד'. מה הוא אמר. אמר אביי, כך הוא אמר: החזיק [בבלטיטה שהוא] רוחב טפח במשך [לתוך חצר חבירו] ארבע [טפחים], החזיק [גם זכות להוסיף] ברוחב ארבע²¹⁵ [טפחים, דכיון דהניח לו אורך של מקום חשוב, הסכים גם ברחבו דאין מקום חשוב בפחות מד' על ד' והוא הדין שאם החזיק ברחב טפח במשך עשרה לא החזיק כי אם ברחב ד' אבל אם החזיק ברחב טפח במשך ג' לא החזיק ברחב ג' אלא מה שהחזיק החזיק ולא יותר].

פחות מטפח, אין לו חזקה, ואינו יכול למחות. אמר רב הונא: לא למדנו [שאינו יכול למחות] אלא בעל הגג [שלא ימחה] בבעל החצר [שלא ישתמש בנסר, לתלות בו דברים], אבל בעל החצר בבעל הגג יכול למחות⁸² [שלא להוציא נסר אפילו פחות מטפח⁸³]. ורב יהודה אמר: אפילו בעל חצר בבעל הגג אינו יכול למחות. [שואלת הגמ', אולי שנאמר, שהם חולקים בהיזק ראייה, שרב 'א', פי' רב הונא] סבר [שהיזק ראייה] נקרא היזק [ולכן יכול למחות בו], ורב אחד [פי' רב יהודה] סובר: [שהיזק ראייה] לא נקרא היזק [ולכן אין יכול למחות בעל החצר בבעל הגג]. לא, לפי כולם, [היזק ראייה] נקרא היזק, וכאן שונה, שיאמר לו: [נסר שכולט פחות מטפח] לא ראוי לשימוש, למה הוא [כך] ראוי. לתלות בו דברים, [ואינו מסכים לעשותו, שכן בשעה שאתה] תולה בו דברים, אחזיר פני [ולא אסתכל בחצר שלך, ואם כן אדחלל אני אראה כמו גנב, ולכן אין תפוז ראייה]. והשני [פי' רב הונא סובא שבעל החצר] יאמר לו: לפעמים תפוז [שלא תיפול ותסתכל].

מתני'. לא יפתח אדם²¹⁶ חלונותיו לחצר השותפין [פי' אפילו לחצר שיש לו שותפות בו, משום היזק ראייה, וכל שכן לחצר חבירו. ואם א'] קנה בית בחצר אחרת [הצמוד לחצר אחר שיש לו שותפות בו], לא יפתח [פתח חדש] ממנו לחצר השותפין²¹⁷ [שהוא מוסיף דיריין בחצר ומטריח

על בני החצר]. בנה עלייה על גבי ביתו, לא יפתח [פתח חדש ממנו] לחצר השותפין, אלא אם רצה, בונה את החדר לפניו מביתו, ובונה עלייה על גבי ביתו, ופותח [פתח ממנו] לתוך ביתו [ויכול שיוצאים מפתח שלו לחצר אין טורח לבני החצר, שאינו מרבה עליהם דיריין]. גמ'. מה קרה [שהמשנה מדבר לפתוח חלון] לחצר השותפין, הרי גם לחצר חבירו אסור. [המשנה] אמר [בצורה של] אין שאלה, אין שאלה שלא [לפתוח חלון] לחצר חבירו, אבל לחצר השותפין שיאמר [הפותח חלון לשותפים שלו]: סוף סוף הרי אתה צריך להיות צנוע ממני בחצר, לכן לומדים שיאמרו [השותפים] לו: עד היום [רק כל זמן שאתה] בחצר היינו צריכים להיות צנועים ממך, עכשיו אפי' [כשאתה] בבית גם צריכים להיות צנועים ממך.

החכמים למדו: מעשה באדם אחד שפתח חלוניו לחצר השותפין, ובא לפני ר' ישמעאל בר רבי יוסי [שסובר פתיחת חלון הוא חזקה מיידי, כל ששתק מיד כשפתח], אמר לו: החזקה, בני [בוהה], החזקה [ואין להם

פתחו לחצר השותפין – אפילו במקום שקנה רשות לפתוח פתח במקום שירצה, מ"מ אסור לעשות פתח בבית שקנה מחדש בחצר אחרת [נת"מ]. אלא כמו שבנאו – מדלא הקפיד רק על מה שלא ישנה מה שהיה, משמע דמייירי בדבר שהיה יכול לעשות אם לא היה שם בנין כלל, אלא שעכשיו שכבר בנאו באופן שבנאו אין לו כח לשנות, דומיא דירשוהו או קנאוהו (ט"ז), דין זה לא שייך רק גבי פתח, דכנגד הפתח אין לו תשמיש לחבירו, הן משום ד' אמות המגיע לכל פתח והן משום היזק ראייה, וא"כ אף שבשעה שבנאו בפעם ראשון יכול לעשות בהבנין פתחים לחצר כפי מנהג מדינה או כפי סך הפתחים שפתח בחיבור, מ"מ ככלל פתח רק במקום זה, וזה פתח במקום זה, לענין שיש לו ד' אמות לכל פתח, הוי כשותפים שחלקו עצמן ברוחות, שכיון שזכה האחד נקנה חלק השני להאחר, ושאר החצר יהיה לשותפות, משא"כ בכיסוי ארזים על העליה, כיון שאין לחבירו זכות, רק מחמת שלא עשה מתחילה בארזים, ודמי למה שמבואר בסעיף ח' דכשמתחיל בלי עשות שום מעשה דלא הוי חזקה, וה"נ יכול לומר שמחמת שלא היו לו ארזים בפעם ההיא סיכך בשקמים, ועכשיו יש לו, וגם חבירו לא עשה שום מעשה לזכות שלא יהיה חבירו רשאי לסכך בארזים, ואפשר להעמיס זה בדברי ה"ט. ולפי' נראה דה"נ בשנים ששנו חורבה, ובנה זה בית ועליה על גבו, וזה לא בנה רק בית, שיכול אח"כ לבנות עליה לפותחה לתוך ביתו, דבמה שלא בנה ולא עשה שום מעשה לא הוא ולא השני לא נעשה חזקה, ודמי לארזים ושקמים המבואר לקמן (ס' קסד ט"ז). ועוד, דבפתח שמתחילה היתה לו רשות לעשות שני פתחים ולא עשה רק פתח אחד, דמי לסתימת חלון ופתח דהוי חזקה מיד, כיון שהיה יכול לעשות מתחילה ולא עשה [נת"מ].

אפילו בנה עלייה – פירוש, אפילו היא בנויה כבר על גב ביתו והיתה פתוחה להבית, אסור לפתוח לה אח"כ פתח להחצר (סמ"ע). אבל יכול לבנות עלייה כו' – ה"ה דבונה בית חדש ופותח לתוך ביתו, אלא אורחא דמילתא נקט, דמסתמא רוחב ואורך של החצר הוא של בני החצר ביחד, ואין לאחד מהם רשות לבנות בצד ביתו בלתי רשות כל בני החצר, משא"כ ע"ג ביתו. וגדול מזה כתב המחבר אחר זה, דאפילו קנה בית אחר בחצר אחרת דיכול לפתוחו לתוך ביתו, אלא דכאן קמ"ל דאפילו עלייה דע"ג ביתו לא יפתחה להחצר (סמ"ע).

אלא לתוך ביתו – אבל אינו יכול לעשות מדרגה שיעבור משם לחצר דרך בית שער התחתון כו', ועי' דברי לקמן (סכ"ח ט"ז) (פ"ת). לחלוק ביתו לשנים – פירוש, אינו מוסיף בנין חדש בגובה ביתו (סמ"ע).

והוא שיסתום הפתח כו' – ראונו ושמענו הם שכנים בחצר אחת, וראובן רוצה לבנות עליה על גב ביתו, ושמעון מוחה לראובן מלבנות העליה הנז' באומרו שמאפיל אותו. אין מקום למחאת שמעון, כיון שיש כל כך מרחק בפנות החצר בין שמעון וראובן כמו שבא בשאלה, אבל יש לשמעון טעם שמרבה לעצמו דרך לחצר ליכנס לתוכה לרשות אחר. וכל שהיא פתוחה לתוך ביתו, אין עשוי להכניס שם דיוורים כיון שאין עוברים אלא דרך עליו. וכיון שכן מצי ראונו לומר קים לי כאלה דס"ל דיכול לבנות, וכי זה גוונא הוי ראונו מוחזק, דבנזיקין כאלו אמרינן דהמזיק הוא המוחזק (ש"ך מהרש"ך).

דאפילו לתוך ביתו אסור לפתוחו – פירוש, הבית שבתצר אחרת, אבל לבנות על גבי עלייתו או אחורי ביתו בחצר זו ולפתחו לביתו מותר, דהחצר משועבדת להחדרים המצורפים לבית זה שעומד כבר בה, רק שלא יפתחו להחצר (סמ"ע), ודוקא להחצר שהיה לו כבר אחורי ביתו מותר לבנות, דהחצר נשתעבד להמקומות שהיה שייך להחצר והיה יכול לבנות עליו מתחילה, ולכן לא הפסיד זכותו במה שלא בנה קודם בשעה שנעשה החצר, אבל אם קנה מקום מחדש אסור לבנות עליו בית ולפתוח פתח לביתו לדעת היש חולקין ברמ"א (נתה"מ), קשה כיון שאין שם דרך אלא על ביתו אמאי צריך לסתום הפתח שיש לו בחצר אחרת והרי אין אדם עשוי להכניס דיוורין שיעברו דרך עליו כשאמרינן גבי עלייה י"ל דבעלי אותה חצר כשיהיה הפתח פתוח עושין משם קנפדריא דרך חצר השותפין כדי לקצר הדרך שלא מדעתו או לפעמים אפילו מדעתו כיון דבכל שעה אינם עוברים דרך שם לא קפיד כ"כ (פ"ת כס"מ).

²¹⁵ עי' שו"ע (ח"מ סי' קנ"ג ס"ד): היה הזיז שהוציא רחבו טפח ומשוך באויר חצרו של חבירו ד' טפחים, או שבולט טפח במשך ארבעה טפחים באורך הכותל, ולא מיחה בו, החזיק בארבע על ארבע, ואם רצה להרחיב את הזיז עד שיעשה ארבע על ארבע מרחיב. הגה: אבל אם החזיק בזיז בולט טפח במשך עשרה טפחים, אינו יכול להשלים כשיעור [משכו] (משהו), אלא יכול לעשות ארבע ולא יותר, הוציא זיז טפח במשך שלשה, אינו יכול להרחיבו אלא ישאר כמו שהוא, ואין בעל החצר יכול לבנות באויר חצירו תחת הזיז כלום, אלא אם כן הניח לו תחתיו גובה אויר עשרה טפחים כדי שישתמש בזיז. הגה: ואם בעל החצר רוצה לקבוע זיז בכותל חבירו, בעל הכותל יכול למחות בו, אפילו בזיז פחות מטפח:

החזיק בארבע על ארבע – דכיון דהניח לו אורך של מקום חשוב, נתרצה לו נמי ברחבו, דאין מקום חשוב בפחות מד' על ד' (סמ"ע).

ארבע ולא יותר – פירוש, במשך כל העשרה יכול לעשות ארבע חבוב, וזה שכתב יכול לעשותו, ר"ל כמות שהוא בכל ארכו יעשו ארבע (סמ"ע).

ואם בעל החצר כו' – דא"כ דאין שייך היזק ראייה מבעל החצר לבעל הגג, מכל מקום יכול למחות שיאמר זיזו יקלקל כותלי (סמ"ע).

²¹⁶ עי' שו"ע (ח"מ סי' קנ"ג ס"ג): הוב"ד לעיל הערה **Error Bookmark not defined.**

²¹⁷ עי' שו"ע (ח"מ סי' קנ"ד ס"א): אחד מהשותפין בחצר שלקח בית בחצר אחרת, אינו יכול לפתוח פתחו לחצר השותפים שלו, שכל אחד מבני החצר אין לו רשות לשנות כלל, אלא כמו שבנאו או קנאו או ירשוהו יש להם לנהוג בו אפילו בנה עלייה על גב ביתו לא יעשה לה לתוך החצר, לפי שמרבה עליהם את הדרך נעשה כמי שהיה לו שכן אחד ונעשו לו שכנים הרבה, אבל יכול הוא לבנות עלייה על גב ביתו בנין חדש, ובלבד שלא תהא פתוחה לחצר אלא לתוך ביתו, ואין צריך לומר שאם רצה לחלוק (ביתו) לשנים חולק כיון שאינו פותח פתח אחר לחצר, במה דברים אמורים שאם לקח בית בחצר אחרת אינו יכול לפתוח פתחו לחצר השותפים, בפותחו לחצר ממש, אבל יכול לפתוח לתוך ביתו, והוא שיסתום הפתח שהיה לו בחצר אחרת, ויש חולקין דאפילו לתוך ביתו אסור לפתוח:

אחד מהשותפין כו' – בכל חצר שייך ביה דין היזק ראייה בין קטן או גדול, ואפילו פחות מד' על ד', וחלון הפתוח המביט אל גג של רעפים אין לו חזקה, ויכול בעל הגג לבנות ולהגביה גג אף על פי שמאפיל על החלון, אמנם אם יש לבעל החלון חזקה ג' שנים על החלונות למעלה מהגג, אז אין לבעל הגג זכות להגביה גג (ש"ך מהרש"ך), ואם היו ב' בתים בב' צדדי רשות הרבים רחב פחות מד' אמות, הראשון שפתח החלון זכה בחלונו, והשני לא יכול לפתוח חלון כנגדו, אבל יכול להגביה גגו, אמנם כל מה שבנה נגד חוק המדינה, אין לו חזקה עליו (ש"ך רלב"ח).

זכות נגדך]. ובא לפני רבי חייא [הסובר שצריך ג' שנים לחזקת חלוין],
אמר: יגעת ופתחת [חלוין], תיגע ותסתום. אמר רב נחמן:

אבל לסתום²¹⁸ [אזיר חלון של חבירו], מיד הוי חזקה, שאין אדם שותק כשסותמים אורו בפניו [ומזה ששתק מורה שהחזיק החלון שלא כדון, אפילו אם החזיק חלון זו ג' שנים].

לקח חזית בחצר אחרת, לא יפתחנו לחצר השותפין. למה. מפני שמרבה עליהם את הדרך²¹⁹ [פי' בני אדם הנכנסים ויוצאים, ואין צנועה כמקדם. אם כן אין מובין] הכתוב בסוף: אלא אם רצה, בונה את החדר לפנים מביתו, ובונה עלייה על גבי ביתו. [ומקשה הגמ', איך זה מותר] הרי הוא מרבה עליו את ההולכי דרך. אמר רב הונא: מהו חדר [המוזכר במשנה]. לא שבנו מחדש, אלא שחלקו [חדר שלן] לשנים [להושיב שם דיוורין מרובין] הדבר זה יש לו רשות שיכול למלאות כל ביתו דיוורין, ומזה עלייה [המוזכר במשנה. היינו שבונה] יציע [בתוך ביתו לחלק החדר לשנים בגובה].

²¹⁸ עי' ש"ע (ח"מ סי' קנד סי"ב): וכן מי שהיתה לו חלון מוחזקת, ובה חבירו ובה נגדה או מצדדיה בלא הרחקה או סתמה, ושתק בעל החלון, אינו יכול לחזור ולערעל פתחו החלון או להרחיק הבנין, שכיון ששתק מחל, שאין אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק, אלא אם כן מחל. הגה: ומיד הוי מחילה. וי"א שצריך טענה, שאם בעל החלון יש לו שטר או ראייה על החלון, צריך שיטעון זה שקנאו וסתימתו (בפניו) הוא ראייה לדבריו, ואם אין לו ראייה על החלון אלא החזקה שהחזיק לבד, אין זה צריך טענה אחרת, רק שיאמר שחזקתו טעות היתה. וכל זה כשסתם בעל החצר ושתק בעל החלון, אבל כשבעל החלון בעצמו סתם חלונו, לא הוי מחילה במה שסתמו לפי צורך שעה, אלא אם פרץ פצימי החלון שינר שאינו רוצה לפתחו עוד, או שבנה בנין גמור לפניו וכיוצא בזה. ואם בעל החלון אומר: אני סתמתי ולא הוי מחילה, ובעל החצר אומר שהוא סתמו והוי מחילה, בעל החלון נקרא מוחזק ועל בעל החצר להביא ראייה. ועיין לקמן (בסעיף כ') ובסימן קנ"ה סעיף ל"ה.

וכן מי שה' לו חלון מוחזקת כ' - ראובן בנה עמוד בחצרו קרוב לחלון שמעון, שאם שמעון היה מערער, היה ראובן חייב להרסו, אבל מאחר ולא ערער, זכה ראובן בחזקתו, אבל אין לו חזקה מזה שיכול לזה סוכה, אפילו רכל לימי החג, אבל אם לא מיהא כל ימות החג, יש לו זכות לבנות שם סוכה בכל תג וחק, וגם ראובן בנה סוכה, והשאיירו ימים אחר כך, בזמן שכל העיר הורידו כבר את הסוכה שלהם, הוא זכה בחזקה שיחזיק כל ימות השנה (ש"ך מב"ט). ומיד הוי מחילה - גם לחולקים לעיל סק"מ מסכימים כאן, שאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק א"כ מחל (סמ"ע), מ"ש הסמ"ע דבשאר נזקין דוקא כשאנו יודעין שהרגיש, אינו מדוקדק, שהרי כתב לקמן (סי' קנה סמ"ג). ומ"ש בש"ע לעיל סעיף ז' או שידע הניזק ולא ערער, היינו לאפוקי אם נתברר שלא ידע, הרי סתמא אמרינן ידע ואין הניזק נאמן לומר לא ידעתי, אלא החלוק בין מיד של שאר נזקין ובין מיד דסתימת חלון, דבשאר נזקין נהי דא"צ שלש שנים אבל עכ"פ זמן מה בעינן שיעורא שיכול להתברר לניזק, ובתר שיעורא הנזכר תו אין הניזק נאמן לומר לא ידעתי, ובמיד דסתימת חלון לא בעי שיעורא כלל ומשום דהנזק תיכף מתברר, ועיין מ"ש לעיל (סי' קנה סק"א?) (קצה"ח).

וכ"ז - שמעון ולוי ויהודה ויששכר שותפין בצנור ביוב ברשות הרבים וכמה שנים ראובן השתמש עם צנור ביוב אחר, ועתה רוצה להתחבר לצנור הישן עוד פעם. כל מי שיש לו זכות וזכותו קיימת עד שיעשה מעשה המוכיח שהוא מתייבא ממנו ומפקירו, אבל כל שסילק מימיו מחצר חברו והפכן לצד אחר וכיוצא בו הוה כסתם החור. ועוד י"א דהיכא שהזכות שהיה לו בפתח או בחלון או במה שיהיה הוא מכה שיש לו שעבוד על חברו ואין לו חלק ונחלה רק הזכות מכה שעבוד [כנון שיש לו חלון פתוח לחצר חבירו] אז אפילו בלא פריצת פצימין סגי אם סתמו אחרים וכ"ש אם הוא עצמו סתמן אבל כשיש לו חלק בו, שהוא שותף בחצר, וסתם פתח מביתו לחצר וכדומה, בעינן דאבל רק סילק מוזתו ומשקוף, כדי לאבד את חזקתו. והרי כאן המערערים הם המוחזקים ויכולים לומר "קים ל" כצד "ועוד י"א" ועל המזיק להרחיק את עצמו והרי הוא רוצה עתה מחדש לחזור ולהשתמש בשלהם, ודרך אגב מכאן רואים שבית הכסא שלנו שהם מכוסים עם חפירות, יש להם דיני נזקי שכנים כמו הבית הכסא הקדומים שהיו על הקרקע וכו' (ש"ך ורע"א תורת אמת).

בעל החלון מיקרי מוחזק - ע"ל בסמ"ע סק"מ? מה שכתבתי מזה (סמ"ע), בעל החלון המוחזק ואינו יוצא מחזקתו אף על פי שנסתם (ש"ך), עי' מהריב"ל הוב"ד לעיל סי' קנ"ג סק"מ, ויש חולקים אלא במקום הזיק גדול כמו קוטרא ובית הכסא ואפילת בית שם נזקים גדולים הוה הניזק מוחזק, ובמקום נזקים קטנים המזיק הוא המוחזק (ש"ך מהרש"ך), בהיזק ראייה אם נתן או מחל בפירוש יכול לחזור בו, ואף על גב שיש חולקים, אפילו הכי בהיזק וראיה ובדיסת רגל שהם נזקים גדולים וברורים, כבר הסכימו כל האחרונים שהניזק הוא המוחזק, דכל היכא שהנזק הוא מבורר וגדול, שהניזק הוא המוחזק. ואם כן, יכול לומר קים לי כהנך. כיון דטעמא הוי משום איסור, אם כן מספיקא לא נתייר לו בידיה לעבור תדיר באיסור מספק (ש"ך מהר"י לבית לוי).

²¹⁹ עי' ש"ע (ח"מ סי' קנד סי"א): הוב"ד לעיל הערה 472.

מתני'. לא יפתח אדם לחצר השותפין²²⁰ פתח כנגד פתח או חלון כנגד חלון [משום צניעות. וכן מה שהחלון או הדלת] היה קטן, לא יעשנו גדול⁸⁴. [ואם מתחילה היה לו חלון או דלת] אחד, לא יעשנו שנים. אבל פותח הוא לרה"ר פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון. [וכן אם הפתח או החלון לרה"ר] היה קטן, עושה אותו גדול, או [אם היה לו חלון או פתח] אחד, עושה אותו שנים.

גמ'. מאיפה לומדים את זה. א"ר יוחנן, שנאמר בפסוק "וישא בלעם את עיניו וירא את ישראל שוכן לשבטיו", מה ראה. ראה שאין פתחי אהליהם מכוונין זה לזה²²¹, אמר: ראויין הללו שתשרה עליהם שכניה [מתוך איך ששוכנים, ולכן אמר מה טבו אהליך יעקב וכו'].

היה קטן, לא יעשנו גדול. רמי בר חמא חשב לומר: [שפירוש דברי המשנה, שאם הדלת או החלון היו ברוחב] ד' [אמות] לא לעשותו [רוחב] ח' [אמות], שכן לוקח ח' [אמות] בחצר [שכנגד כל פתח באורך ד' אמות יש לו רחוק מן הפתח ד' אמות כנ"ל דף י"א], אבל [אם היה רוחב] שתיים [שלוקח ד' אמות בפנים החצר], לעשותו ד' מותר [שנשארו לו אותו הד' אמות בחצר]. א"ל רבא, [גם זה אסור, שכן השכנים יכולים לומר לו: צנועה קטן יכולים להיות צנועים ממך, בפתח גדול לא יכולים להיות צנועים ממך].

אחד, לא יעשנו שנים. רמי בר חמא חשב לומר: [שהמשנה מלמד שאם היה רוחב] ד' לא לעשותו שתיים [ברוחב כל א' ג', שכן לוקח ח' [אמות] בחצר [נגד כל פתח ד' אמות], אבל [אם היה הל' רוחב] ח' [אמות] לעשותו [שתי פתחים כל א' ברוחב] ד' [אמות] מותר [שתמיד יש לו ח' אמות בחצר]. א"ל רבא [לא, שכן השכנים] יכולים לומר לו: בפתח אחד יכולים להיות צנועים ממך, ושנים לא יכולים להיות צנועים ממך [פי' כשהוא נעול יכולני להשתמש בחצר או להשתמש שלא כנגדו אבל בשני פתחים אינני יכול להיות צנוע כל כך דאפי' אם האחד נעול השני יהיה פתוח].

אבל פותח הוא לרה"ר פתח כנגד פתח. [אע"פ שהשכן בצד השני של רה"ר מתלונן, עכ"ז הוא יכול] לומר לו: סוף סוף הרי אתה צריך להיות צנועה מבני רה"ר [שרואים בביתך דרך פתח הבית ורוכבי סוסים וגמלים רואין בתוך חלונותיו].

מתני'. אין עושיין חלל תחת רה"ר⁸⁵, בורות, שיחין או מערות [ואפילו אם הו' אמקבל עליו כל היזק שיבא בגללו שאין רצונם של בני אדם לזיזק ולירד לדין על עסקי ממונן]. ר"א מתיר, [כל זמן שכיוונו חזק מספיק] כדי שתהא עגלה מהלכת וטעונה אבנים. אין מוציאין זיזין [פי' קורות קטנים] או גזוזטראות [פי' קורות גדולים] לרה"ר²²² [שמא יכשלו בהם בני רה"ר], אלא אם רצה, כונס [את כותל ביתו] לתוך [רשות] שלו [כדי שיעור הקורות שרוצה להוציא] ומוציא [את הקורות]. הקונה חצר ובה [קיימים] זיזין וגזוזטראות²²³ [הבולטות לרשות הרבים], הרי זו בחזקתה [ובית דין טוענים ללוקח שהמוכר כנס לתוך רשותו ובנה בהיתר].

גמ'. ורבנן ללוקח שהמוכר כנס לתוך רשותו לבנות בור עם כיוונו שיכול להחזיק כובד כנ"ל, משום ש[לפעמים נפחת] [הכיוונו] ללא ידיעתו [של הבעלים].

אין מוציאין זיזין וגזוזטראות וכו'. ר' אמי הוה לו זיז שהיה יוצא למבוי, ואיש אחר גם כן היה לו זיז שהיה יוצא לרה"ר, [והזיזים האלה] היו מעכבים על בני רה"ר מללכת. [בא בני רה"ר] לפני ר' אמי [לדין תורה], א"ל [לאיש אחר]: לך תקצרין [את הזיז שלך]. אמר לו: והרי גם לרב יש לו זיז הבולט. רבי אמי ענה: שלי יוצא למבוי, ובני המבוי מוחלים לי, שלך יוצא לרשות הרבים, מי מחל לך.

ר' ינאי הוה לו אילן הנוטה לרשות הרבים, היה אדם אחר שגם היה לו אילן הנוטה לרשות הרבים, באו בני רשות הרבים היו מתעכבים בגללו [שנפיקו מזיקין לגמל ורוכבן]. בא לפני ר' ינאי, א"ל:

²²⁰ עי' ש"ע (ח"מ סי' קנד סי"ג): הוב"ד לעיל הערה **Error! Bookmark not defined.**

²²¹ ר"ל כי מאחר שהם צנועים, פרושים מכל דבר ערוה, וראוי שתשרה שכניה עליהם, כי השכינה שורה במקום שאין ערוה כדכתיב ולא יראה בך ערות דבר וסר מאחריך. מזה יש ללמוד כי הצניעות מביא השכינה, והפך זה מסלק השכינה (מהר"ל).

²²² עי' ש"ע (ח"מ סי' תיז סי"ב): הוב"ד לעיל הערה **Error! Bookmark not defined.**

²²³ עי' ש"ע (ח"מ סי' תיז סי"ג): לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות יוצאות לרשות הרבים הרי זה בחזקתה, ואם נפלה חוזר ובונה אותה כשהיתה: הרי זה בחזקתו - דטוענין ללוקח ואומרים דשמה המוכר לו או אבותיו כונס לתוך שלו היו, וכנ"ל סעיף ב' (סמ"ע), אפשר לזכות בזיזין בב' דרכים או בכונס לתוך שלו או בהסכמת שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר יכולין לחמול או למכור, ואם כן במקום שבני רשות הרבים טוענים שידוע שלא כנס לתוך שלו, כל שיש שבעה טובי העיר, טוענים עבור הלוקח שהמוכר עשה בהסכמתם [רע"א בשם מהריב"ל].

לך היו ותחזור מחר [שהיה רוצה לתקן את עצמו]. בלילה שלח מישוה לקצוץ את שלו. למחר בא לפניו, א"ל: לך תקצוץ [את האילן]. א"ל: הרי גם לרב יש לו [אילן הנוטה]. א"ל: לך תראה, אם שלי קצוץ, תקצוץ את שלך, ואם שלי לא קצוץ, אל תקצוץ את שלך.

[מקשה הגמ' מה ר' ינאי] חשב בתחילה, ומה חשב בסוף. בתחילה הוא חשב: שבני רה"ר רוצים לשבת בצלו, כיון שראה שהם מתעכבים, שלח לקצוץ. [ומקשה הגמ' ושיאמר לו: לך תקצוץ שלך ואחר כך שלי. משום דריש לקיש, שאמר: "התקוששו וקוששו" [פי' הסר קש מבין עיניך תחילה], קשוט עצמך ואח"כ קשוט אחרים²²⁴.

אבל אם רצה, כונס שלו מוציא. [בני הישיבה] שאלו אותם: [אם אדם] כנס [לתוך שלן] ולא הוציא, מהו שיחזור ויוציא [לאחר זמן]. ר' יוחנן אמר: כנס⁸⁶, מוציא. וריש לקיש אמר: כנס, אינו מוציא. א"ל רבי יעקב לר' ירמיה בר תחליפא, אני אסביר לך: להוציא, כולם לא חולקים [שמות] להוציא [זיויים], כאשר נחלקו, להחזיר כתלים למקומן. [ואנחנו] למדנו הפוך, ר' יוחנן אמר: אינו מחזיר, וריש לקיש אמר: מחזיר. ר' יוחנן אמר אינו מחזיר, משום דרב יהודה, שאמר רב יהודה: מצר [שבין ב' שדות] שהחזיקו בו רבים [להשתמש בו] אסור לקלקלו. וריש לקיש אמר מחזיר, [זה שכתוב אסור לקלקל] היינו איפה שאין רוח, אינו חוזר מרווח ללכת, והרי כאן, [אפילו אם יחזיר הכתלים למקומם], יש רוח [פי' מקום מרווח ללכת].

לקח חצר ובה זיין וגוזטראות, הרי היא בחזקתה. אמר רב הונא: [אפילו אם] נפלה [הזיין], חוזר ובונה אותה⁸⁷ [כבתחילה]. שאלו שאלה מברייטא: לא צובעים [בית] ולא מציירים צורות כסיד²²⁵ ואין מציירים צורות של צבעונים בזמן הזה²²⁶ [משום אבל בית המקדש. אבל ה]קונה חצר מצבעה, או מציייר כסיד או בצבעונים. [אמנם אם] נפלה, אינו חוזר ובונה אותה [ורואים שכל בנין שאינו רשאי לעשות בתחילה אם היה לו ונפל אינו חוזר ובונה. ומתרח' הגמ',] איסור שונה [מהזיק].

החכמים למדו: לא יסוד אדם את ביתו כסיד [לבן], ואם עירב בו חול או תבן, מותר [שזה מכהה לבנון]. ר"א אומר: [אם] עירב בו חול, הרי זה טרכסיד [בנין חזק וטוב ואף על פי שמשחיר קצת] ואסור, [אבל אם עירב בו] תבן, מותר.

החכמים למדו: כשחבר הבית [המקדש] השני, רבו פרושין בישראל שלא לאכול בשר ושלא לשתות יין. ר' יהושע התקרב אליהם, ואמר להן: בני, למה אתם לא אוכלין בשר ואין אתם שותין יין. אמרו לו: [וכי] נאכל

בשר שממנו מקריבין על גבי מזבח, ועכשיו בטל. [וכי] נשתה יין שמנסכין על גבי המזבח, ועכשיו בטל. אמר להם: א"כ, לחם לא נאכל, שכבר בטלו מנחות. [הם ענו לר' יהושע, אתה צודק, נפסיק לאכול לחם, שכן] אפשר [לאכול] פירות. פירות לא נאכל, שכבר בטלו בכורים. אפשר בפירות אחרים [שאינם מד' מינים]. מים לא נשתה, שכבר בטל ניסוך המים. שתקו. אמר להן: בני, בואו ואמרו לכם: שלא להתאבל כל עיקר אי אפשר, שכבר נגזרה גזרה [להתאבל], ולהתאבל יותר מדאי אי אפשר, שאין גזרין גזירה על הצבור אא"כ רוב צבור יכולין לעמוד בה, שנאמר "במארה אתם נארים ואותי אתם קובעים הגוי כולו" [כלומר וכל הקהל כולו קיבלו את הגזירה], אלא כך אמרו חכמים: סד אדם את ביתו כסיד, ומשייר בו דבר מועט. וכמה. אמר רב יוסף: אמה על אמה. אמר רב חסדא: כנגד הפתח.

עושה אדם כל צרכי סעודה, ומשייר דבר מועט²²⁷ [זכר לחורבן]. מה הוא [הדבר מועט]. אמר רב פפא: כסא דהרסנא [קערה של מאכל דגים מטוגנין בשמן כסולת]. עושה אשה כל תכשיטיה, ומשייר דבר מועט [זכר לחורבן]. מה הוא. אמר רב: פתים [פי' לא מורידים השערות משם], שנאמר "אם אשכחך ירושלים תשכח ימיני תדבק לשוני לחכי וגו'".

מהו "על ראש שמחתי". אמר רב יצחק: זה אפר הכירה [השרופה באש] שבראש חתנים. א"ל רב פפא לאבבי: איפה הוא שם אותו. במקום תפילין, שנאמר "לשום לאבלי ציין לתת להם פאר תחת אפר" [תפילין נקראים אפר].

וכל המתאבל על ירושלים, זוכה ורואה בשמחתה²²⁸, שנאמר "שמחו את ירושלים וגו'". למדנו, אמר ר' ישמעאל בן אלישע: מיום שחרב בית המקדש, דין הוא שנגזור על עצמנו שלא לאכול בשר ולא לשתות יין, אלא אין גזרין גזרה על הצבור אא"כ רוב צבור יכולין לעמוד בה⁸⁸. ומיום שפשטה מלכות הרשעה, שגזרת עלינו גזירות רעות וקשות, ומבטלת ממנו תורה ומצות, ואין מנחת אותו ליכנס לשבוע הבן [פי' ברית מילה], ויש אומרים: לישוע הבן [פי' פדיון הבן], דין הוא שנגזור על עצמנו שלא לישא אשה ולהוליד בנים, ונמצא זרעו של אברהם אבינו כלה מאליה [כאשר הם עומדים בצדקתם ולא על ידי גוים, ולא יבטלו מצות עור], אלא הנח להם לישראל, מוטב שיהיו שגויגין [במה שלוקחין נשים שאינם כשרים שיש איסור בדבר] ואל יהיו מזידין [דמשום דלא יוכלו לעמוד בה יבטלוהו ונמצאו מזידין הלכך לא גזרינן].

הדרן עלך חזקת הבתים

²²⁷ עי' שו"ע (או"ח סי' תקס"ב): וכן התקינו שהעורך שלחן לעשות סעודה לאורחים, מחסר ממנו מעט ומניח מקום פנוי בלא קערה מן הקערות הראויות לתת שם. וכשהאשה עושה תכשיטי הכסף והזהב, משיירה מין ממיני התכשיט שנוהגת בהם, כדי שלא יהיה תכשיט שלם. וכשהחתן נושא אשה, לוקח אפר מקלה ונותן בראשו במקום הנחת תפילין: הגה - ויש מקומות שנהגו לשבר כוס בשעת חופה, או לשום מפה שחורה או שאר דברי אבילות בראש החתן (כל בו). וכל אלה הדברים כדי לזכור את ירושלים, שנאמר "אם אשכחך ירושלים וגו' אם לא אעלה את ירושלים על ראש שמחתי (תהילים קלז, ו):

משנה ברורה: לעשות סעודה לאורחים - אפילו סעודת מצוה כמילה וחתונה וכו' שאר סעודות ועיין במור וקציעה דבסעודת שבת וי"ט לא יחסר שום דבר:

מחסר ממנו מעט - כלומר שאין נותן כל תבשילים הראויים לסעודה אלא מחסר מעט אפילו כסא דהרסנא די בזה [מ"א]:

ומניח מקום פנוי - דאל"ה לא יהיה ניכר החסרון אבל כשיניח פנוי ירגישו שהיה ראוי עוד תבשיל אלא שנחסר [ט"ז] והנה הלבוש השמיט תנאי זה אפשר דס"ל דמחסר מעט לבדה סגי:

שנוהגת בהם - היינו אם יש לה הרבה מיני תכשיטין לא תשים כולם עליה בבת אחת רק בכל פעם תשייר אחת לזכור החורבן. ונשים המתקשטות במילוי גורמין לבד זה רעות רבות מאומות העולם המתקנאים בהם:

לשבר כוס בשעת חופה - וזו היא ג"כ הטעם של שבירת כלי בשעת כתיבת התנאים. ויראה לשובר תחת החופה כוס שלם ואין בו משום בל תשחית כיון שעושים כן לרמז מוסר למען יתנו לב:

ראש שמחתי - אמרינן בשבת דף ס"ב דתענוג דאית ביה שמחה אסור ודלית ביה שמחה שרי [מ"א]:

²²⁸ עי' שו"ע (או"ח סי' תקנד ס"ה): כל האוכל ושותה בת"ב, אינו רואה בשמחת ירושלים. וכל המתאבל על ירושלים, זוכה ורואה בשמחתה. וכל האוכל בשר או שותה יין בסעודה המפסקת, עליו הכתוב אומר: ותהי עונותם על עצמותם (יחזקאל לב, כז):

משנה ברורה: כל האוכל ושותה וכו' - אפילו מעוברת או מניקה או שארי אנשים שהם חלושים בטבען ומצטערים מהתענית [אם לא מי שהוא חולה באמת וכדלעיל בס"ו וע"ש בה"ג] וכדאי הוא בית אלהינו להצטער על חורבנו עכ"פ יום אחד בשנה:

²²⁴ פי' שהאדם קרוב לעצמו ממה שהוא לאחרים. ואם רוצה לדון את אחר קרוב לעצמו לעשות דין בעצמו, ואם יעשה דין באחר ואין עושה דין בעצמו אין זה דין כולו כי הדין בעצמו יותר קרוב והאדם עצמו קרוב (מהר"ל).

²²⁵ ו"א שהוא צביעה יותר לבן.

²²⁶ עי' שו"ע (או"ח סי' תקס"א): משחבר בית המקדש, תקנו חכמים שהיו באותו הדור שאין בונים לעולם בנין מסוייד ומכויר כבנין המלכים, אלא טח ביתו כביט או כסיד ומשייר מקום אמה על אמה כנגד הפתח בלא סיד. והלוקח חצר מסויידת ומכוירת (פירוש מצויירת), הרי זו בחזקתה ואין מחייבים אותו לקלוף ככותלים:

משנה ברורה: תקנו וכו' - שכל דבר שמחה צריך לעשות בה דבר זכר לחורבן הבית וכמו שכתוב גם לא אעלה את ירושלים על ראש שמחתי. מסוייד ומכויר - הם מיני ציור ואפשר לומר שדרך העולם שטחין כביט ואח"כ סדין כסיד והמלכים עושים הכל כסיד ולפי"א אפילו כסיד לבדו אסור ומדקאמר שאין בונין לעולם בנין וכו' משמע דאפילו ע"י שיור אמה על אמה אסור בזה והנה המחבר העתיק לשון הרמב"ם אבל דעת הטור דאפילו סדין כסיד ומצייירין נמי מהני שיור אמה על אמה וכן המנהג:

טח ביתו כביט וסד כסיד ומשייר וכו' - היינו שאותו אמה יהיה בלא סיד רק כביט לבד והיכא שמערב חול בסיד נמי שרי ע"י ששיר אמה על אמה ויש מקילין ע"י חול דס"ל דהיכא דעירב חול שוב לא מקרי בשם סיד. והנה בזמנינו לא נהגו לשייר ואפשר משום דסומכין על היש מקילין ועכ"פ תמוה שהרי מלבנין הבתים כסיד לבד ואפשר דוקא במיני סיד הנקרא גופ"ש שהוא לבן ביותר אסור משא"כ סיד שלנו אך כל זה דוחק וצ"ע על מה נוהגין היתר. והיכא שהוא טח כביט לבד לכ"ע אין צריך לשייר כלל:

כנגד הפתח - היינו נוכח הפתח כדי שיראה מיד שיכנס בפתח ויש שמניחים פנוי למעלה מן הפתח בנובה אויננו נראה לנכנס ואפשר כדי שיתראה תמיד לפני בעה"ב היושב בפנים שעל רובו הוא יושב אצל הקיר אשר נוכח פתח הבית [שע"ת] ואותו השויר יהיה בלא סיד ודלא כאותן העושים אמה שחור דזהו ג"כ ציור [לבוש] ויש מקומות שעושים שחור וכותבין ע"ז זכר לחורבן ואותן התולין בגדי רקמה כסיב כל הכתלים ששיירו ג"כ אמה על אמה:

בחזקתה - דתלינן שנעשה ביד עכו"ם ולקחה ישראל ממנו ואם ידוע שנעשה ביד ישראל באיסור חייב לקלוף אמה על אמה. וכ"ז כשהוא קיים אבל כשנפל אפילו אם ידוע שפעם הראשון היה ביד עכו"ם מ"מ כשחוזר ובונה מחוייב לשייר השתיו:

1 עי' שו"ע (ח"מ סי' קמ ס"ז): כיצד היא החזקה שישתמש בו ויהנה ממנו ג' שנים מיום ליום כל דבר כפי הנאתו ותשמישו. הגה: ואין צריך להביא ראיה שהשתמש בכל החדרים שבבית אלא אם נשתמש כדרך הבעלים החזיק בכל הבית. שכיון שהחזיק בו ג' שנים ולא מיחה בו שום אדם, לא נזהר עוד בשטרו ונאמן לומר מכרתו או נתתו לי ואבדתי שטרי. הגה: וכל שלא החזיק כראוי אינה חזקה אפילו ידוע שמכר לו קרקע רק שאינו ידוע שהיא זו שהחזיק בה, יכול המוכר ליטול קרקע זו ולומר שמכר לו קרקע אחרת הגרועה מזו.

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 פסידיא דלקוחות, לכן ראו חכמים לתקן שיהיה נאמן בחזקת שלש שנים, והמערער שהאמת באו 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 לזהר 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 לטמיון גמור שחייב לאלפים ואין לו נחלת שדה וכרם, איך שייך לומר שמה אמצא לגבות מבני חורין כי הוא גברא ערטילאי ולא סמכינן אנסיא, מ"מ עיקר כסמ"ע (פ"ת).

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).

2 ולהרמב"ם אפילו לא טען המערער כו' - ואם באו עדים ואמרו לנו השכירו ואנו דרנו בו ביום ובליילה, וטען המערער ואמר יבואו עדים ויעידו שדרו בו ביום ובליילה, לא צריכין אלו השוכרים להביא ראיה שדרו בה תמיד, ואפילו אם עדיין השכירות בידן (סמ"ע), לאו שמה ממש קאמר, אלא שטוען הייתי שם כמה פעמים בלילות ולא מצאתיו ושמה הוא מפני שלא דר בה כלל בלילות ולכך לא מצאתיו ואף על פי שהמחזיק יכול לטעון שלכך לא מצאני 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 שמה דיכול להיות דבאותן פעמי' יצא לעסקיו עד שיטעון המערער אני יודע שלא דר בו בלילות דהיינו הייתי שם בכל הלילות ולא מצאתיו או ראיתו יוצא משם אחר שישנו השכנים וכה"ג ועיקר כרמב"ם, ואפילו באו עדים ואמרו לנו השכירו ואנו דרנו ביום ובליילה וטען המערער ואמר יבואו עדים שיעידו שדרו בו ביום ובליילה אם כבר שלמו שכר דירה, צריכין אלו השוכרי' להביא ראיה שהרי הם נוגעים בעדותן (ש"ך).

שמה לא דר בה - עיין ש"ך ס"ק ואף על פי שהמחזיק יכול לטעון שלכך לא מצאני 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 ובליילה, וכבר נתנו השכר, אפילו אם השיב 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 שכית, ולא אמרינן דדוקא נגד הקרקע דאית ליה חזקת מרא קמא יכול לטעון אף טענה דלא שכית אבל לא נגד להוציא המעות מידן, קמ"ל דמוציאין (נתה"מ). 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).

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

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 שמה להרמב"ם שיצא בליילה, 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 ובליילה 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, אנו טענינן עבורו ואמרינן דמשי"ה לא טענו שדר בו בחזקה כו',

שאם תצא הקרקע כו' - ואף על פי שיכול השוכר לחזור ולתבוע המשכיר, לא נחא ליה למיקם בדינא ודיינא (ש"ך). הרי זה מעיד לו - עיין לקמן (סי' קמ ס"ט) שיש מי שחולק ע"ז (סמ"ע), ועיקר כו' יונה? (ש"ך), ו"א אף אם לא לקח המעות בידו לפני ב"ד רק שאמר שעדיין לא נתן השכירות וכל מי שיתקיים בידו הקרקע אתן לו השכירות, נמי לא הוי נוגע כלל, עי' לקמן סי' קמ ס"ט, ועיקר דלא כדבריו אלא בעינן דוקא שהביאו המעות לפני ב"ד, דאל"כ הוי נוגעים משום הראשון נוח לי והשני קשה הימנו, וכמ"ש המחבר בסעיף הקודם, ומש"כ בס"י קמ הוא שלא בדקדוק (פ"ת).

אבל אם אין עדים - וגם המערער אינו יודע כי אם על פיו (עי' לקמן סי' קמ ס"י), אבל אי המערער יודע בלאו הכי שדר בו, נוגע בעדות הוא, דאי הוה אמר לא דרתי בו היה צריך לישבע נגדו, וכל עד שצריך שבועה אינו עד (עי' לקמן סי' קכא סקנ"א?), ועי' עוד סי' קמ סקט"ו? (ש"ך).

⁶ עי' שו"ע (ח"מ סי' קצב ס"ח): היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פרצה ואינה בת זריעה החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה שם וכיוצא בזה משאר התשמישים.

ביאור: שאין בה לא גדר כו' - פירוש, שאין יכולין לקנותו לא בגדר ולא בפרצה (סמ"ע). דוקא גבי צחיח סלע דלא חזי לנעילה וגדירה הוא דשאמר כן. אבל בשדה או בית לא הוי חזקה בכה"ג, ועיין מה שכתבתי בגליון סמ"ע לקמן סי' ר' סק"א? (רע"א).

עי' שו"ע (ח"מ סי' קמא ס"ב): 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.

ביאור: 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 מינה ג' מיני תבואות הוי חזקה אף דלא כלו הג' שנים (סמ"ע).

⁷ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמו סכ"ג): הביא האחד עדים שהיא של אבותיו ושאלה שני חזקה והרי היא תחת ידו, והביא האחר עדים שאכלה אלו השנים עצמם (והרי היא תחת ידו) 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 מחזירין אותה לידו כמו שהיתה תחילה.

והרי היא תחת ידו - פירוש, לפי עדותן הדין נותן שהיא שלו וברשותו, ולפ"ז צריך להגיה גם אחר זה, וכצ"ל השנים עצמן "והרי היא תחת ידו" נמצא כו', וכן הוא במקור הדברים (סמ"ע).

שהעידו עליו עידי החזקה כו' - דאף הוכחו עדים הללו במקצת עדות, מ"מ במאי דלא אתכחו מאמינין להן

משום דסברי דלא יועילו נגד טענת המערער כיון שדרו בביתם על המעט, ואנו 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 סתומים קצת, מש"ה הוצרכתי לבאר (סמ"ע), מ"ש הסמ"ע "היינו דוקא אמר כן לשכנים" כו' יש חולקים, דמה לי עדים דעלמא ומה לי שכנים (ש"ך).

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

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 אמקומות ב"ה וכה"ג דבהם נ"ל דגם הרמב"ם ורשב"ם וסייעתו מודים (ש"ך).

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).

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 באו 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"ח).

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).

עי' שו"ע (ח"מ סי' קמא ס"ב): ג' שנים שאמרו צריך [שיהיו] רצופות זו אחר זו, הרי שהחזיק בשדה זרעה שנה והוהיר שנה פירוש. הניחה שממה תרגום והאדמה לא תשם (בראשית מז יט) לא תבור אפילו עשה כן כמה שנים, לא החזיק.

³ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמא ס"ג): היה דרך בני אותו המקום להוהיר אף על פי שמקצתם זורעים 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.

⁴ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמ ס"ח): הוב"ד לעיל הערה 7.

⁵ עי' שו"ע (ח"מ סי' לז ס"ב): השוכר, אם לקח בידו השכירות ואמר: כל מי שיתקיים קרקע זה בידו, יטול, ה"ז מעיד למשכיר. ואם כבר נתן השכירות לבעל הקרקע, אינו מעיד לו, שאם תצא הקרקע למערער חייב לשלם השכירות פעם אחרת. ואם לקח המשכיר דמי השכירות והחזירו לשוכר כדי שיתנהו למי שיזכה בדין, הרי זה מעיד לו. הגה: וכל זה שיש עדים שדר השוכר בבית, אבל אם אין עדים, נאמן בכל ענין במיגו דאי בעי שתק.

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).

חוזרים ב"ד ומסלקין כו' - והיינו טעמא, דדוקא בדין שלפני זה שדינו כל דאלים 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 דאלים גבר (סמ"ע), ו"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 יכול ראובן לאפוקי מיני, ו"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 כאן 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 יכול 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).

⁸ עי' שר"ע (אה"ע סי' קנב ס"ג): שנים אומרים: נתגרשה, ושנים אומרים: לא נתגרשה, אפילו הבעל עומד והיא אומרת לו: גרשתני, הרי זו בחזקת אשת איש גמורה, מפני שהעדים סומכים אותה ואפשר שתעיז פניה. לפיכך אם נשאת, תצא והולד ממזר. בד"א, כשאמרו: עכשיו נתגרשה, שהרי אומרים לה: אם אמת הדבר הוציאי גיטיך, אבל אם אמרו העדים: מכמה ימים נתגרשה, ו"ל אבד הגט, והואיל והיא אומרת: גרושה אני בודאי, ושנים עדים מעידים לה, אף על פי שהשנים מכחישינן אותה, אם נשאת לאחד מעדיה, לא תצא, שהרי היא ובעלה יודעים בודאי שהיא מותרת, וחזקה היא שאין מקלקלים עצמם. אבל נשאת לאחר, הואיל והדבר אצלו ספק, וכן אם אמרה: איני יודעת, תצא, והולד ספק ממזר. אבל כל היכא דליכא הכחשה, אלא שנים אומרים: נתגרשה עכשיו, ואמרינן לה: אחזינן גיטיך, ואמרה: נאבד או נקרע, לא חיישינן לה.

ביאור: שנים אומרים נתגרשה כו' - אשה אחת ישבה עגונה בעיר "פיין" כמה שנים ופעם אחת כשהיתה בחנות בא איש אחד אצלה אל החנות כאילו רוצה לקנות וכאשר הסתכלה בפניו הכירה אותו שהוא בעלה והביאה אותו אל הרב ואמרה סימנים בגופו וגם כל בני העיר הכירו אותו בטביעת עין שזה האיש הוא פלוני בן פלוני מילדי קהילתם

בעל האשה זאת והאיש מתחילה כיחש עד שדיברו עמו ובקשו ממנו שיתן גט והודה שהוא בעלה וגירשה ואח"כ הלך משם ובדרך בבואו אמר שהוא אינו בעל האשה ומשם הלך עד בואו לעיר פרעמסל' וקרה ואתו המקרה גם שם, ואמר שם שגירש אשה שאינה אשתו בעיר הקודם בשביל מעות שקיבל בעד הגירושין וכתבו הב"ד מפרעמסל' להחזיק האשה שב"פיין" בחזקת א"א וגם רבני "פיין" אמרו אותו דבר על האשה מ"פרעמסל'", ולהלכה זה דומה לשנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה ולכן שתי נשים הללו מקולקלות וכל אחת אסורה מספק וישארו עגונות (עיין בת' גליא מסכת סי' ח') ועיין בס' צלעות הבית שבסוף ס' בית מאיר מענין זה (פ"ת).

לאחר מעדיה - ומשום חשד ליכא למיחש כי בשנים ליכא חשד כנ"ל (סי' יב ס"?) (ב"ש), פי' לא תצא והבנים כשרים (פ"ת).

עי' שר"ע (אה"ע סי' יז סמ"ב): שני עדים אומרים: מת, ושנים אומרים: לא מת, הרי זו לא תנשא ואם נשאת תצא, מפני שהוא ספק. ואם נשאת לאחד מעדיה, והיא אומרת: ברי לי שמת, הרי זו לא תצא. (אין מוציאין אשה מבעלה אם יצא קול שבעלה הראשון חי).

ביאור: ואם נשאת תצא מפני שהוא ספק - כלומר אף על פי שנשאת בהיתר ע"פ שנים הראשונים תצא מהיתירה ע"פ עדות האחרונים דלא אמרינן לא תצא מהיתירה אלא בפסולים אבל כל שהאחרונים ב' עדים כשרים ודאי מוציאין אותה דתרי ותרי ספיקא הוא, ואשה בחזקת א"א קיימא והבא עליה באשם תלוי קאי (ח"מ, ב"ש), ניסת ע"פ עד כשר ואח"כ באו שנים ואמרו לא מת או ניסת ע"פ אשה ואח"כ בא עד א' כשר ואומר לא מת אפילו ניסת לעד המעיד שמת תצא (ט"ז).

והיא אומרת ברי לי - אם מת בעל אשה זו שהיה אחד מעדיה אף דשוב נודע שבעלה הראשון נמי ודאי מת אלא שהספק עדיין אם בשעת הנישואין היה מת אפשר שתהיה נמי כשרה לכהונה וצ"ע (פ"ת).

⁹ עי' שר"ע (אה"ע סי' ג ס"א): מי שבא בזמן הזה ואמר: כהן אני, אינו נאמן. ואין מעלין אותו לכהונה על פי עצמו, ולא יקרא בתורה ראשון ולא ישא את כפיו. הגה: ו"א דנאמן לקרות בתורה ראשון ולישא את כפיו בזמן הזה, שאין לנו תרומה דאורייתא שנחוש שמא יעלו אותו לתרומה. וכן נוהגין האידנא בכל מקום שאין נוהגין בתרומה בזמן הזה וליכא למיחש למידי. ולא יאכל בקדשי הגבול עד שיהיה לו עד אחד. אבל אוסר עצמו בגרושה וזונה וחללה ואינו מטמא למתים, ואם נשא או נטמא לוקה, והנבעלת (לו אם היא פסולי כהונה) ספק חללה. ואם היה מסיח לפי תומו, נאמן. כיצד, מעשה באחד שהיה מסיח לפי תומו ואמר: זכור אני כשהייתי תינוק והייתי מורכב על כתפו של אבא, הוציאני מבית הספר, הפשיטוני את כתנתי והטבילוני לאכול תרומה לערב וחבירי בדלים ממני והיו קורין אותי: יוחנן אוכל חלות, והעלהו רבינו הקדוש לכהונה ע"פ עצמו.

ביאור: ולא יקר' בתורה - אף על גב דליכא איסור אם יקרא מ"מ יש לחוש שיאכל תרומה דק"ל מעלין מקריאת תורה לתרומה דרבנן כמ"ש לקמן (&) (ב"ש).

משום גרושה (ח"מ וב"ש), וי"א דאם הוא עצמו שבא עליה אחר כך אינו לוקה, ועי' בתשובת ברית אברהם חלק אה"ע סימן א' אות י"א וסימן ח' אות ט' וע"ש עוד בחי"ד סימן ג' אות י"א מזה (פ"ת).

הוציאני מבית הספר - וי"א דלמאי דקי"ל דכל המשפחו' בחזקת כשרות לא חיישינן לעבדות ומכ"ש בארצותינו דלא שכיחי עבדים כנענים שמלו וטבלו לשם עבדות שיאכלו בתרומה (ועיין לקמן סק"ח?) (ח"מ), וי"א דמי שאין משפחתו ידוע לנו, חיישינן שמא עבד או ממזר הוא, ולכן צריך לומר "הוציאני מבית הספר", ומה שלא כתב המחבר בסעיף ה' "הוציאני מבית הספר טעות הוא" ובחור"מ (סי' לה ס"ו) כתב להדיא הוציאני מבית הספר (ב"ש), וי"א מדלא כתב המחבר בסעיף ה' הוציאני מבית הספר מוכח דס"ל דכל המשפחות בחזקות כשרות ואין חוששין שמא עבד (חכם צבי בהגהות הט"ז, ופ"ת), אלא דוקא בטוען ודאי דקים ליה בנפשיה דישאל כשר הוא ומש"ה לא חיישינן ונאמן ע"י עצמו, משא"כ ההיא דבית הספר דאיהו גופיה לא קים ליה אם הוא כשר אלא שבא להעיד בגדלו מה שראה בקטנו בהא ודאי פשיטא דחיישינן שמא עבד הוא, ועמ"ש לעיל (סי' ב סק"א?) (פ"ת).

לכהונה - היינו תרומה דרבנן, ואע"פ שנשיאות כפים שוה לתרומה דרבנן אף על גב דאיכא עשה בנשיאות כפים צ"ל כמ"ש (סק"י) כל שאין לו הנאה לא חיישינן (ב"ש).

עי' שר"ע (אה"ע סי' ג ס"ב): היה עד אחד מעיד עליו, נאמן להאכילו בתרומה בזמן הזה ולקרות בתורה ראשון ולישא את כפיו, ואפילו אביו נאמן עליו. ואפילו משטרות מעלין לכהונה בזמן הזה. כיצד, הרי שהיה כתוב בשטר: פלוני כהן לזה מפלוני מנה, ועדים חתומים עליו, הרי זה בחזקת כהן ככהני זמן זה. וכן מעלים מנשיאות כפים ומקריאה בתורה ראשון להיות כהן ככהני זמן זה. (וי"א דאם חתם עצמו: אני פלוני כהן עד, מהני בזמן הזה).

ביאור: ה' עד אחד מעיד עליו נאמן להאכילו בתרומה בזמן הזה - יש מקשים כיון דע"א נאמן באיסורין למה לא יהי' נאמן ע"א להאכילו בתרומה דאורייתא. ועמ"ש בקו' ש"ש ש"ו (פ"ט) (אבנ"מ).

ואפילו אביו - נאמן במיגו דהא בידו הוא להאכילו תרומה, וי"א דכשידוע דהוא אביו אינו נאמן, ואביו נאמן לתרומה בזה"ז ה"ה לשאר דברים כל מה שעד אחד נאמן, נאמן אביו, וליוחסין אינו נאמן. וכשבא לישא אשה, חיישינן שמא ממזר הוא, כיון דאין לו חזקת כשרות. ועד א' ג"כ אינו נאמן, אף על גב דקי"ל כל דבר שאינו בחזקת כשרות ולא בחזקת איסור נאמן עד א' כמ"ש ביר"ד (סי' קסז ס"?) גם קי"ל ספק ממזר מדאורייתא כשר לבא בקהל, צ"ל מפני מעלות יוחסין אינו נאמן, וכהן שנשא גרושה ואומר דאינו כהן אינו נאמן וכופין לגרש אותה (ב"ש), עי' ב"ש, על כהן שנשא גרושה, מיירי שבא עד א' והעיד שמכיר אותו שאינו כהן ונשבע שבועה חמורה ע"ז ואמר כי תוך שנה יברר זה ומתוך כך הודה זה ובזה יש סברא לומר דניכרים דברי אמת ומדאגה מדבר הבריור הודה אעפ"כ אינו נאמן להקל, או דמיירי בנתן אמתלא ועי' לקמן (סי' ו סק"א?) (פ"ת).

וי"א דנאמן לקרות בתורה ראשון ולישא את כפיו - לא אכפת לו אם יקרא בתורה ראשון כלומר דאין בזה צד איסור רק מפני דרכי שלום, אבל נשיאות כפים דאיכא איסור עשה בזה אין מקילין (ח"מ, ב"ש), וקשה על הרב רמ"א דמתיר לישא את כפיו, וצ"ל רמ"א סובר דמנהג שלנו להאמינו לקרוא בתורה ולא חיישינן שמא יאכל תרומה משום תרומה בזה"ז מדרבנן הוא, וי"א משום דאין אנו נוהגים בארצותינו לאכול תרומה ואין חשש שמא יעלה לנשיאת כפים דכל דבר שאין לו הנאה לא חיישינן שיעשה איסור. ובא"י דנוהגים תרומה (עי' יר"ד סי' שלא) אינו נאמן אפי' בזה"ז, והכלל שעולה מדינים אלו הוא לענין יוחסים לכו"ע בעינן שני עדים כשירים וי"א דמעלין מתרומה ליוחסין לכן צריך שני עדים להעיד עליו שהוא כהן שיאכל תרומה דאורייתא, ולתרומה דרבנן די בעד א' (ב"ש), עי' ב"ש וקשה דעכשיו בחוץ לארץ ליכא תרומה אכתי איכא מתנות כהונה של פדיון הבן, ולדעת הש"ע (יר"ד סי' סא) מתנות זרוע לחיים וקיבה נוהג בחוץ לארץ (אבנ"מ), עי' ב"ש וח"מ, ועי' רמ"א אר"ח (סי' קכח ס"א) [ואין לזר לישא כפיו, אפי' עם כהנים אחרים, דזר עובר בעשה, ויש מקשים מה איסור יש בזר העולה, ואפשר דעם כהנים אחרים שרי וצ"ע]. ובמג"א שם [שזה מחלוקת ראשונים] ויש מחלקים בין זמן המקדש שהיו מברכין בשם המפורש איכא איסור עשה משא"כ בזה"ז ולכן העיקר כדברי הרמ"א ז"ל דנאמן לנשיאת כפים ומנהגן של ישראל תורה היא (פ"ת).

וכן נוהגין האידנא בכל מקום - ובמקום שנוהגין האידנא אפי' בתרומה דרבנן, כגון בא"י כמבואר בשר"ע יר"ד (סי' של"א) אז יש לחוש שמא יעלו אותו מקריאת התורה לתרומה דרבנן, אך במקום שאין נוהגין בתרומה כלל, אז יש לקרות בתורה, שלא יצא מזה חסרון, ואעפ"כ אין ראוי שיקרא בתורה כלל ע"פ עצמו אף במקום שאין נוהגין בתרומה כלל (ועיין לקמן סק"ח?) (ח"מ).

אבל אוסר עצמו - אחד שאמר על עצמו "כהן אני", אשר שורת הדין שאינו נאמן על פי עצמו אלא עשה עצמו אסורה לכל איסורי כהונה, אם הקרה מקרה שכהן אחד עשאו לזה שליח לקדש אשה גרושה שהרי כהן שאמר לכהן לקדש לו גרושה מאחר שהוא בר חיוב ליכא שליחות וגם המעשה בטל, יש לספק אי אמרינן רק לעצמו נאמן לאסור אבל אנו חוששין בו שמא ישראל הוא וחוששין לקדושין או דילמא אחרי שעליו פסולי כהונה אסורים עד שאם נשא או נטמא לוקה נקרא בר חיוב ואין חוששין לקדושיו. י"א שהיא מקודשת ואנו מחזיקין אותו שהוא מרוב העולם שאינם כהנים רק לגבי עצמו נאמן לאסור ויש חולקים (פ"ת).

לוקה - כיון שמחזיק את עצמו לכהן נאמן על עצמו להחמיר והוי התראת ודאי על פיו (ב"ש), עי' ב"ש והיינו דוקא שהחזק לכהן שלשים יום אבל אם לא הוחזק לכהן שלשים יום אינו לוקה עפ"י עצמו (אבנ"מ), וי"א שאין צורך של ל' יום, ועב"ש לקמן (סי' יט סק"ב?) (פ"ת).

והנבעלת לו אם היא פסולי כהונה הוי ספק חלל - היינו לענין כהן אחר שבא עליה אינו לוקה משום חללה ודאית וכן זרעה ספק חללים, אבל הוא עצמו שחזר ובא עליה לוקה משום חללה לפי דבריו, כמו דלוקה בפעם ראשון

דע"א בהכחשה לאו כלום הוא [וכ"כ הריטב"א בסוגיין דע"כ איירי בדאיכא חזקת כשרות יעו"ש וע"ע להלן (אות ק"ל)].
וצ"ל בזה דהנה בעיקר הנידון בסוגיין אי ערער חד הוי ערער נראה שאין כונת הגמ' לדון דהע"א יהיה נאמן בתורת עדות לפסול אדם לכהונה, דהלא ד"ז הוא דבר שבערוה ופשיטא שאין דשב"ע בפחות משנים, אלא כל הנידון בסוגיין הוא רק בתורת "ערער", דאף שהעד אינו נאמן בהל' עדות מ"מ להא מיהת אהניא עדותו לערער את החזקת כשרות ומאחר דאיתרעא החזקה חשבי' להגברא כספק פסול ודו"ק. וע"ע ברש"י בכתובות דכ"ב שכתב דהטעם שע"א אינו נאמן לפסול אדם לעדות הוא דאין ערער פחות משנים, ונראה שגם שם כונתו למש"נ, דהלא ז"פ שע"א אינו נאמן לפסול אדם לעדות, וע"כ שכונתו למש"נ דאלמלא הך כללא ס"ד דהע"א יועיל לערער את החזקת כשרות וע"כ יהיה הגברא ספק פסול ודו"ק [ומד' רש"י אלו חזינן דאי"ז נידון מסוים בפסול כהונה אלא בכל חזקת כשרות דעלמא, דכל היכא שהע"א אינו נאמן על עיקר המעשה יש מקום לדון דעדותו תהא ערער על החזקה].

ולפי"ז א"ש משה"ק היאך ס"ד לפוסלו מכח העד הא ע"א בהכחשה לאו כלום הוא ומאחר דאית ליה חזקת כשרות הו"ל לאוקמי' אחזקה, דנראה דכל הדין דע"א בהכחשה לאו כלום הוא שייך רק במקום דבעי' להל' נאמנות ועדות דבזה אמרי' דע"א בהכחשה ל"ל נאמנות ולא כלום הוא, אבל בנידו"ד דדיינינן ליה בתורת "מערער" גרידא שפיר חל הערער גם במקום הכחשה דסו"ס יש כאן ערער על החזקה ול"ש לאוקמי' אחזקה ודו"ק. ויסוד פלוג' ר"א ורשב"ג לס"ד הוא בהאי יסוד גופא, דר"א ס"ל דערער חד הוי ערער והע"א הפוסל מרע לחזקה, משא"כ רשב"ג ס"ל דערער חד ל"ה ערער ולדידיה כל הנידון להאמין לעד הוא רק בתורת עדות וע"ז אמרי' דע"א בהכחשה לאו כלום הוא ומוקמי' ליה אחזקת כשרות וכנ"ל [והגם דאיכא קול הפוסלו מ"מ גם זה נתבטל ע"י הע"א שהכשירו והו"ל ספק גמור דאזלי' בטר חזקה].

ויש להביא ראיה ברורה לזה, דהנה בגטין ד"ט שקו"ט הגמ' אמתני' דאם יש עליו עדים יתקיים בחותמיו "ערער כמה אילימא ערער חד והאמר רבי יוחנן אין ערער פחות משנים", ומבו' מד' הגמ' דאלמלא ד' רבי יוחנן שפיר הוי מצינן לפרושי דמ"ש במשנה "אם יש עליו עוררים" היינו ערער חד, וצ"ע היאך שייך לפרש כן בד' המשנה הא במשנה מבו' דבמקום עוררים יתקיים בחותמיו והיינו דבעי' ב' עדים לקיימו, ואי נימא דכונת המשנה לערער חד הא סגי בע"א להכחישו, וביותר צ"ע דהא השליח גופיה מעיד שהבעל שלחו ולכ' השליח גופיה חשיב כע"א להכחיש את העד הפוסל.

ומוכח מכאן כמש"נ דהא דס"ד דערער חד הוי ערער אין הכונה להאמינו בהל' עדות אלא בתורת "ערער", דהגם שע"א אינו נאמן לפסול את הגט דהו"ל דשב"ע מ"מ להא מיהא אהניא עדותו דחשיב ערער על השטר וע"כ איתרעא חזקת השטר, ומשו"ה לס"ד דערער חד הוי ערער לא סגי בע"א להכחישו דסו"ס הערער לא נסתלק בהכי ובעי' דוקא ב' עדים וכמש"נ.

פלוגי כהן לוח מפלוני מנה ועדים וכו' - ואפי' בגוף ראשון כגון "אני פלוני כהן" וחתמו עדים אפ"ה מעלין לכהונה בזמן הזה, אלא שהביא לשון גוף שלישי לרבות דאפ"ה אינו נאמן רק בזמן הזה, אבל ליוחסין אין מעלין אפילו בלשון העדים, שמא לא העידו אלא על המלוה, ולא על כל הדבר, ועיין בש"ע חו"מ (סי' מט ס"ז) (ח"מ), "א כשהוא לשון העדים, דעדים כותבין "פלוני כהן לוח" מהני אפילו ליוחסין אמנם שיטת השו"ע דאפילו אם העדים כתבו "פלוני כהן לוח" לא מהני ליוחסין ד"ל דהעדים כתבו כן משום שהוא מוחזק לכהן ועולה לתורה לכהן אבל הם לא ידעו שהוא כהן, מ"מ אף לדעת השו"ע אם הוא לשון הלוה שכתב אני פלוני כהן לוחית מהני לתרומה דרבנן ולנשיאת כפים, וי"א דאם איכא כאן שני יוסף בן שמעון דאז יצטרכו העדים לדקדק אם הוא כהן כדי לכתוב סימן מי הוא הלוה, אז יש לומר דמעלין אפילו ליוחסין ואפילו אם הוא לשון הלוה מיהו לא לשיטת השו"ע כי חזקה לא מהני ליוחסין (ב"ש), האי "כהן" בתרא הוא ט"ס דאין לומר דאתרווייהו קאמר דהיינו לוח ומלוה דהא סיים על זה הרי זה בחזקת כהן לשון יחיד (ט"ז), עי' מ"ש בס' קצה"ח (סי' כח סק"ז? ובסי' מט סק"ז?) (אבנ"מ).

וי"א דאם חתם עצמו אני פלוני כהן עד - כאן מהני אפילו לאכילת תרומה דרבנן בארץ ישראל מאחר שהוא מסיח לפי תומו בחתימתו אבל במקום שאין תרומה דרבנן, אין מכאן הוכחה לגבי תרומה דרבנן (ח"מ, ב"ש).

עי' שו"ע (אה"ע סי' ג ס"ג): אם יעיד אחד מהאנוסים שאחד מהם מוחזק בכהונה, מעלין אותו לקרות בתורה ואין חוששין שמא אמו עובדת כוכבים.

ביאור: ואין חוששין שמא אמו כותית - דרוב האנוסים נזהרין מלהתחתן בגוים. וזה שונה מסעיף ו (ח"מ), דכל האנוסים נזהרים מלהתחתן ולא חיישינן למיעוטא דכל הפרוש מרובא פרוש אמנם אין היתר זה אלא במקום שאין חשש שמא בא גוי על אמו באונס ועשאה זונה ופסלה לכהונה (ט"ז).

¹⁰ גמ' והא אר"י דברי הכל אין ערער פחות משנים, ברשב"ם בד"ל א ע"ב פי' דמ"ש ר"א שבלא ערער מעלין לכהונה עפ"י ע"א איירי במקום קול, ולכ' כונתו דכבר בהו"א ידעה הגמ' דחזקת אבהתא הוי חזקה ובלא קול א"צ לע"א כלל, ומשו"ה הוצרך הרשב"ם לפרש דהב"ע דנפיק עליה קלא דב"ג וב"ח הוא ולזה בעי' לעדות הע"א. וע"ע בדברי הרשב"ם בד"ה דרבי אליעזר דנראה מדבריו דלס"ד מח' ר"א ורשב"ג היא ביסוד זה גופא אי ערער חד הוי ערער או לא, דר"א סבר דערער חד הוי ערער ואין ע"א נאמן עליו להכשירו ורשב"ג סבר דערער חד ל"ה ערער ול"מ הך ע"א לפוסלו.

והנה מד' הגמ' מבואר דלצד דערער חד הוי ערער ל"מ עדות הע"א להכשירו, והדברים צ"ע דלכ' גם אם בעלמא ערער חד הוי ערער מ"מ בנידו"ד דע"א מכשירו הר"ז ע"א בהכחשה ומ"ט לא נעמידו בחזקת כשרות, ואין לומר דהכא איירי בדליכא חזקת כשרות דהקול מרע לה לחזקה, דא"כ תיקשי להיפך מ"ט לרשב"ג דערער חד ל"ה ערער מכשירין ליה הא ליכא חזקת כשרות והעד שהכשירו אינו נאמן

¹¹ עי' שו"ע (ח"מ סי' פג ס"ד): הוציא עליו שטר מקויים, ואמר הלוה: מזוייף, או: אמנה, ואמר המלוה: כן הדבר, אבל שטר כשר היה לי ואבד, נשבע הלוה היסת, ונפטר.

ביאור: או אמנה - או פרוע (ש"ך).

אבל שטר כשר - עיין מ"ש לקמן (סי' קמו סקי"ג?) (קצה"ח).

נשבע הלוה היסת ונפטר - ואפילו להיש חולקין (עי' לעיל סי' פב ס"ב ברמ"א) שאומרים שאמרינן מיגו להוציא, מודה הכא דאין המלוה נאמן לומר "שטר אחר היה לי ואבדתיהו" במיגו דאי בעי שתק ותבעו בשטר זה המקויים, דשאני הכא כיון דהמלוה מודה דתחילת ביאתו לבית דין היה לתובעו בשטר פסול, ואין אומרים מיגו אלא להוכיח ממנו שטענתו שטוען עליו מתחילה היא אמת (סמ"ע), ויש חולקים דמיגו להוציא לא אמרינן והאי טעמא שהיה מוכרח לשקר תחילה לאו טעמא הוא כלל (ש"ך), בכל גוונא הוי ספיקא דדינא, ונפקא מינה דאי תפס המלוה אפילו בעדים לא מפקינן מיניה כדין כל ספיקא דדינא. ואפילו השטר אינו מקויים, כשיקיימנו אחר כך נאמן על מה שטען כבר, שהיה נאמן במיגו, כיון שעתה המלוה מוחזק. וכן אי עבד הדיין עובדא והגבהו למלוה חובו, מה שעשה עשה, וכן לקמן (סי' קמו סכ"ה) גבי קרקע דאין מוציאין מיד הלוקח, אפילו אין השטר מקויים לא מפקינן מיניה כשיקיימנו אח"כ (ש"ך).

¹² עי' שו"ע (ח"מ סי' נז ס"ב): שטר שלוח בו ופרעו, אינו חוזר ולוה בו, כמו שנתבאר בסימן מ"ח. ואם אמר לו הלוה: פרעתי, והשיב המלוה: כן היה אבל החזרתים לך, הרי מודה שנמחל שעבודו ואינו גובה בו. אבל אם אמר: החזרתים לך שתחליפם לי, מפני שלא היו המעות יוצאים אלא על ידי הדחק, השטר קיים.

ביאור: אינו חוזר ולוה בו כו' - עי' לעיל (סי' מח ס"ד?) דאפילו בו ביום שנכתב השטר אינו חוזר ולוה בו, אם לא שקנו מידו מחדש או שמסרו לידו לפני עדי מסירה מחדש (סמ"ע), עי' מש"כ שם (סק"ב?) דשטר שנמחל שעבודו אינו גובה אפילו מבני חורין, ודלא כהסמ"ע שם (ש"ך), עיין מ"ש שם (?) (קצה"ח).

הרי מודה כו' - ואינו גובה בו אפילו מלוה עצמו, כמש"כ לעיל (סי' מח סק"ב?) דאל כסמ"ע שם, והא דאינו נאמן לומר "החזרתים לך" במיגו שהיה אומר "לא פרעתי לי", דהוי מיגו להוציא. ולהפוסקים שאמרינן מיגו להוציא (עי' רמ"א לעיל סי' פב ס"ב), צ"ל דמיירי כאן שהשטר אינו מקויים, וקמ"ל דאע"פ שיכול לקיימו אח"כ, כיון דעכשיו אינו מקויים והודה שהוא פרוע, הרי הוא כחרס ושוב לא מהימן אף כשיקיימנו (עי' דברי סי' פג סק"ז), ועי' עוד דברי שם (סי' פג סק"ט?) דבכל גוונא הוי ספיקא דדינא, ואי תפס המלוה אפילו בעדים לא מפקינן מיניה וה"ה הכא (ש"ך).

אלא ע"י הדחק - כיון דאילו הוה ידע לא היה מקבל (סמ"ע), ו"א כיון שאילו היה מכיר בהם לא היה מקבלם, ו"א דאף אם לא היה בהן רק מקצת מעות שאין יוצאים אלא ע"י הדחק והחזיר כולן, השטר כולו קיים אף נגד המעות טובים (פ"ת).

¹³ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט ס"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 בחציה ואומר זה הגיע לחלקי, לא הוי חזקה, וכן אפילו החזיק בכולה והשותף נותן חצי המס הוי מחאה ואינו חזקה.

שדה של שני שותפין - עיין בתשובת ר"ש כהן ס"ב סי' קלא"א ובתשובת ן' לב כלל ט"ו ס"ס פ"ט: (ש"ך). 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).

כולה כמה שנים - אם שותף אחד השכירה השדה, והיו פורעין השכירות לשותף זה ולא לאחר לא עלתה לו חזקה (פ"ת).

עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט סכ"ב): אכלה שני חזקה בחיי אביהם, מתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי מאביהם, נאמן לומר חוב יש לי על אביהם וגובה אותו מהפירות, וגובה שלא בשבועה מתוך שיכול לומר שלי הן.

אכלה שני חזקה בחיי אביהם כו' - עי' לעיל סקל"ד? דלפי מאי דסתם וכתב המחבר בסימן ק"נ 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). ו"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"נ [סעיף ה'] כל פרטי דינים ואין מקומו כאן, דא"א לומר כפירוש הש"ך [סקי"ח וכ"ג], לפי מה שכתבתי בסמוך [סקי"י] דכאן מיירי ג"כ שיצא הקול שהוא משכונא בידו ע"ש (נתה"מ).

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"נ ס"ו). ועיין 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 כאן 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 כדבריו, אלא דבפירות שאכל זה פשוט 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

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

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

ואם לא כו' כל דאלים גבר - י"א דבפולגתא 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", משא"כ בפולגתא דרבוותא דמי יעיד או יכריע הלכה כמאן. וכדי לישב דבריהם ס"ל לרמ"א דודאי חלוקה עדיפא כל היכא דליכא למיקם אמילתא, אבל היכא דלא שייך חלוקה כגון בההיא דניזקין דאי הוה שתו עילאי פלגי דיומא וכן תתאי עדיין הוה קפידא מאן יתחיל ברישא כו', ותו דדילמא בכה"ג הוה ודאי פסידא לתרווייהו (סמ"ע), בספק, שאם לא יפשטוהו, 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 שהרי 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 כאן מה שייך לומר שזה התובע ימסור נפשו יותר מחברו, במה ברור הדין יותר לתובע מלדין 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 בפולגתא דרבוותא ועיין בספרי תקפו כהן הארכתי בדינים אלו (ש"ך).

¹⁵ עי' שו"ע (ח"מ סי' רכג ס"א): המחליף פרה בחמור ומשך בעל הפרה את החמור ועדיין הפרה בביתו וילדה, וטען בעל הפרה שילדה קודם שמשך החמור ובעל החמור אומר אחר משיכת החמור ילדה, וכן המוכר שפחתו וקבל המעות וילדה, המוכר אומר שילדה קודם שקבל המעות והלוקח אומר אחר כך ילדה, אפילו אם הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא על הלוקח להביא ראיה, אפילו אין הפרה והשפחה ברשות מוכר אלא עומדת באגם, ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר, על ולד הפרה בנקיטת חפץ ועל ולד השפחה ישבע היסת, ואם הלוקח מוחזק על המוכר להביא ראיה:

המחליף פרה כו' - עכ"ז אם לא שילם י"א דאין צריך לשלם, משום המוציא מחבירו עליו הראיה (ש"ך הרשד"ם).

וכן המוכר שפחתו - גבי שפחה נקט לשון מכירה, לפי שהיא קנויה בכסף, ומיד שקיבל המוכר דמים מיד הלוקח, היא קנויה להלוקח, ויש להסתפק בה אם ילדה קודם קבלת דמיה או לאחריו, משא"כ בפרה וחמור ושאר מטלטלים, שאינם קנויים בכסף, כי אם במשיכה, וכשמשך הפרה הרי ראה אם ילדה כבר או לא, משו"ה כתב שהחליף פרה בחמור, דאז מיד שמשך בעל הפרה להחמור, הפרה נקנית לבעל החמור בכל מקום שהיא, ויש להסתפק בה שפיר אם קודם המשיכה ילדה או לאחריו (סמ"ע), ומצינו גם בפרה וחמור דין מוכר כזה, דהיינו שהלוקח ומוכר מכחישינן זה

דמדמי לה להנשבעין ונוטלים שהיא שבועת המשנה, וא"כ אין סברא לחלק בין שבועה זו לשאר שבועת המשנה וכל 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, ועיין מ"ש בזה בסימן ע"ב ס"ק ל"ח?, ועיין מ"ש בסימן פ"ט סק"ו (קצה"ח).

שלא בשבועה - ולקמן סי' ק"ן ס"ו הביא המחבר ד"א דטענינן ליתמי כל מה דמצי אבוהון למטען ומשביעינן 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).

עי' שו"ע (ח"מ סי' קנ ס"א): 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 כ), ומכל מקום עצה טובה לממשכן למחות בסוף כל שלש ושלש, שמא יכבוש זה שטר המשכונא אחר שישכח הדבר ויטעון לקוח הוא ביד, כאותו דמשכן פרדסא לחבריה לעשר שנין, ולבתר דאכלה ג' שנין אמר ליה, אי מזבנת לי מוטב, ואם לא אכבוש שטר משכונא, ואטעון לקוח הוא ביד.

מי שירד כו'. עיין בתשובת מהרא"ן ששון סי' קנ"ה באריכות ובתשו' מהר"ט סי' קי"ב (ש"ך).

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).

¹⁴ עי' שו"ע (ח"מ סי' קלט ס"ד): אם הם חלוקים על שדה, ואין אחד מהם מוחזק בה, כגון שמת בעל השדה ושנים באים ליורשו, כל אחד אומר: אני קרוב וראוי ליורשו, ואין לשום אחד עדים, כל דאלים גבר (ועיין לעיל ריש סימן קל"ח אם היו שניהם מוחזקים מאי דינם), ואם גבר האחד ואכל פירותיו, ואחר כך הביא השני עדים שהוא קרוב, ואין העדים יודעים אם זה שגבר הוא קרוב או לא, מוציאים מזה שגבר, שהוא ספק קרוב והאחר קרוב ודאי. והוא הדין אם השני הביא עדים שהוא קרוב יותר מהאחר, מוציאים מזה שגבר ונותנים לזה שקרוב יותר, וצריך להחזיר כל פירות שאכל אפילו אין ידוע שאכלם אלא על פיו שהודה בהם. הגה: דבר שהפוסקים חולקים בו, ולא תפס חד מנייהו, אם הוא דבר דשייך בו חלוקה, חולקין. ואם לא שייך ביה חלוקה, כל דאלים גבר.

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

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 חולקים ועיין לקמן סי' שצ"ו וסמ"ג (ש"ך).

את זה, שזה אומר ברי לי שילדה קודם לזה וזה אומר להיפוך, אלא דלא מיירי כאן בהכחשה רק בספק שהוא לשניהם, וזה לא שייך אלא במחליף (ט"ז).

וטען בעל הפרה - משמע שאין חילוק ביניהם רק בזמן הלידה, וקשה מלעיל (סי' רך ס"י), המוכר פרה סתם, לא מכר הולד, ואם אמר "פרה מעוברת", מכר הולד, וא"כ קשה כאן ממה נפשך, אי אמר פרה סתם, הרי לא מכר הולד, אפילו נולד אח"כ, ואי אמר "פרה מעוברת", הרי מכרו אפילו נולד קודם (ט"ז), וי"א דהיינו שאמר לו פרה כמות שהיא אני מוכר לך (רע"א), ועיין לעיל סמ"ע (סי' רכ סק") שכתב דבפרה זו לכ"ע מכר עוברת (נתה"מ). ועיין מה שכתבתי לעיל (סי' רכ סק") (פ"ת).

אפילו אם הלוקח טוען ברי - מיירי כשהפרה עדיין עומדת ברשות מוכר, ומה שמסיק וכתב אפילו אין הפרה והשפחה ברשות מוכר אלא עומדת באגם, מיירי כשגם המוכר טוען ברי (סמ"ע), אם רוצה ליקח הכל צריך להביא ראיה, אבל בלא ראיה, ביאר בסיפא זה אומר איני יודע (ט"ז), וי"א מאחר ובחפץ איכא שתי חזקות, חזקת מרא קמא וחזקת ממון, ולכך מהני אפילו בשמא, רק משום דחזקת מעוברת כנגדה, וזה רק בשמא ושמא, אבל בברי וברי ודאי דלא מהני חזקת מעוברת, שהרי אמר שם דבברי וברי לא אמר סומכוס ומשמע דהמוציא מחבירו עליו הראיה, ולכך לא פסק המחבר דיחלוקו בכל מקום דפליגי סומכוס ורבנן רק כאן משום דאיכא חזקת מעוברת לנגדה (נתה"מ).

אלא עומדת באגם כו' - וה"ה ברשות הרבים (ש"ך), המחליף פרה בחמור וקיימא באגם אזלינן בתר חזקת מרא קמא, אפילו אם היו כאן שתי כתי עדים המכחישות זו את זו, אם עד שלא מכרה ילדה או אח"כ, אף דתרי ותרי ספיקא דרבנן ולא אזלינן בתר חזקה, זהו דוקא במילתא דאיסורא, אבל בממון אוקמא אדינא וקיימא חזקת מרא קמא, ועיין מה שכתבתי לעיל (סימן ל"ד סעיף כ"ח ס"קמ"ד?, ובסימן ע"ח סעיף א' סק"א?) (פ"ת).

ישבע המוכר כו' - טעם לשבועה חמורה זו, משום דעובר ירך אמו הוא, וזה תבעו בפרה שהיתה מעוברת בשעת משיכה וזה מודה לו בפרה בלא ולדה והוה כעין מודה מקצת, ולית ביה הילך גמור דהרי אינו נותן לו פרה כמו שתבעה ממנו (סמ"ע), וי"א שזה שבועה דאורייתא (ט"ז), וי"א טעם אחר מאחר ויש לו להמוכר לידע יותר מהלוקח כיון שהיה שלו, א"כ ה"נ אף שיש לו חזקת מרא קמא, מ"מ כיון שעומד באגם והוי כאילו שניהם מוחזקין, והמוכר יש לו לידע מהלידה שברשותו נעשה, וחייב שבועה חמורה, דדמי לנשבע ליטול כיון שעומד באגם והוי כאילו שניהם מוחזקין, ואם הוא ברשות מוכר נשבע היסת. ולפ"ז אפילו טוען הלוקח שמא חייב המוכר לישבע כיון שיש לו לידע כמו בסימן רכ"ד (נתה"מ).

ומ"ש ועל ולד השפחה ישבע היסת - הטעם, דאין נשבעים על עבדים שבועה חמורה עי' לעיל (סי' צה ס"ע) (סמ"ע).

ואם הלוקח מוחזק כו' - דחזקתו עדיפא מחזקת מרא קמא ואמרינן בזה המוציא מחבירו עליו הראיה (סמ"ע), שיטת הש"ע דאפילו טוען שמא מהני תפיסתו, כאן שהוא

בספק במציאות כמו דמהני תפיסה מספק בספיקא דדינא אפילו טוען שמא, וי"ח שאינו מועיל תפיסה במקום ספק אלא בטוען ברי, ה"נ לא מהני תפיסה מספק בספק במציאות (קצה"ח), בתפס לוקח אפילו טוען שמא מהני משום דאיכא חזקת ממון וחזקת מעוברת (כנ"ל ס"ק) (נתה"מ), וי"א דדוקא בברי וברי אבל בשמא ושמא לא מהני תפיסת הלוקח וי"א דאף בשמא ושמא והלוקח מוחזק על המוכר להביא ראיה ואך במוכר ברי ולוקח שמא בזה מסתפק דאפשר בכה"ג אף בלוקח מוחזק, ברי ושמא ברי עדיף, ומלשון המחבר שכתב אבל בברי וברי או ברי ושמא אף על פי דקיימא באגם וסמטא מוקמי' בחזקת מר"ק ומשמע לכאורה אף בברי ושמא דוקא קיימא באגם אבל קיימא ברשות לוקח מוקמי' ביד' דלוקח (רע"א).

¹⁶ עי' ש"ע (ח"מ סי' קלט ס"ב): בא שלישי וחספה, בטענה שאומר שהוא שלו, אין לשנים האחרים בו כלום, כיון שזה שהוא מוחזק בו טוען שהוא שלו. אבל אם חטפה בלא טענה, מוציאין אותו מידו ואין לו תקנה עד ששייב לכל אחד ואחד, שהרי אינו יודע למי ישיב. ואם הוא קרקע והחזיק בו ואכל פירותיו, גוף הקרקע אינה נגזלת, אבל הפירות צריך לשלם לכל אחד ואחד.

בא שלישי וחספה 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).

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).

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

עי' ש"ע (ח"מ סי' קמו סכ"ב): הוב"ד לעיל הערה 39. ¹⁷ עי' ש"ע (ח"מ סי' קמט ס"ד): עכ"ם שאכל כמה שנים קרקע הידוע לישראל, אין אכילתו ראיה, ואם לא הביא שטר, תחזור השדה לבעלים בלא שום שבועה.

אין אכילתו ראיה כו' - דל"ל דירא למחות בו וגם בישראל הבא מכחו, וכדין הקונה מגזלן וכן גזלן, ועיין לקמן סימן קנ"ב. אמנם אם החזיק הגוי או הישראלי 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 עברו אם לא שדר בו המוכר יום אחד דאז מחזקינן שהוא של המוכר וטוענין ללוקח, משא"כ בגוי לא חשיב דירת גוי לחזקה שנטוען 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 ממ' שנה ביד הגוי רק שהיה ביד הישראלי מ' שנה דלא מהני, והטעם נראה, דבשלמא כשהיה ביד הגוי מ' שנה, שקנאו הגוי מדינא דמלכותא ואייאוש מייאש מריה מיניה, דיאוש כי זה כשאינו יכול להוציא בדיניהם מהני אפילו בקרקע כמבואר בסימן רל"ו סעיף ט', משו"ה זכה הישראלי דבהיתירא אתי ליד הישראלי, והוי כמו יאוש ושינוי רשות דמהני מהאי טעמא הואיל ובהיתירא אתי לידיה, אבל כשלא היה ביד הגוי מ' שנה דלא נתייאש ביד

הגוי, ואפילו את"ל שנתיימש אחר המ' שנה שהיה ביד הישראל, מ"מ הרי באיסורא אתי לדיה דלא מהני ביה יאוש, ולא אמרינן דינא דמלכותא דינא לבטל דין תורה כמ"ש הש"ך סימן ע"ג ס"ק ל"טז, ועוד, אמאי יש לו להתיימש כשהוא ביד הישראל (נתה"מ).

תחזור השדה לבעלים בלא שום שבועה - פירוש, הישראל המוציאה מיד הגוי א"צ ליטבע 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), ו"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 ס"ו בהג"ה ומ"ש שם (ש"ך).

עי' שו"ע (חור"מ סי' קצד ס"א): העכו"ם אינו קונה בחזקה ולא בכסף אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף וישראל הקונה מעכו"ם הרי הוא כעכו"ם ואינו קונה אלא בשטר. הגה: מיהו שכירות מן העכו"ם קונה בכסף לחוד וכן אם התנה לוקח שיקנה לו בכסף בלחוד קנה מיד:

ומ"ש אינו קונה בחזקה - נקט בחזקה לרבותא וכל שכן בכסף, דהרי קנין חזקה עדיף מכסף, כמ"ש בסימן ק"ץ וקצ"א וקצ"ב דאף במקום דאין קנין בכסף לחוד ולא בשטר לחוד, קנין בחזקה לחוד, ומשום הכי הוסיף הרמ"א וכתב ולא בכסף. גם מוכח כן מדסיים וכתב אלא בשטר עם נתינת הכסף, דמוכח מינה דבכסף לחוד לא קנה. ובמטלטלין לפי הרמב"ם בין עכו"ם מישראל ובין ישראל מעכו"ם קונה במשכיה או בדמים, אבל הרמב"ן ס"ל דעכו"ם מישראל אינו קונה מטלטלים בדמים כ"א במשיכה (סמ"ע).

ומ"ש עם נתינת הכסף - ואפילו אם נתן הכסף קודם כתיבת השטר קנהו (סמ"ע).

וישראל הקונה כו' - עיין בסמ"ע ס"ק וס"ק ונראה מדבריו דישראל מעכו"ם לכ"ע קונה מטלטלים בדמים, ע"ש, וזה אינו, דבין ישראל מעכו"ם ובין עכו"ם מישראל אינו קונה רק במשיכה (ש"ך), ראובן קנה חזקת חנות מגוי, ועשה חזקה בו, ולא היה לו מעות לשלם, ואז עשה שותפות עם שמעון, והשתמשו בחנות, ומדמי השותפות שילם לגוי, אין לשמעון זכות בחזקת החנות, אלא מה שנתן עבור ראובן הוה הלואה (ש"ך ׀ הרשד"ם), גוי שמכר דבר לגוי אחר, והשני נתן כסף ולא עשה משיכה, ובא יהודי וקנה ביוקר, ועשה משיכה, וגוי הקונה לקח היהודי לערכאות, והדיין הכריע כדברי היהודי, בטענתו שהוא קנה עבור הסוחרים היהודים, והסוחרים לקחו את סחורה, והיהודי תובע א' הכסף שהוציא, ב' חלק מהרווח שהסוחרים זכו בו. והנה מאחר והגוי הראשון קנה בדן, בנתינת הכסף, אז אין ליהודי שום זכות בו, ומה שניתן לסוחרים, הוא זכייה מהפקר (ש"ך ׀ הרשד"ם), כל הרווח זמן מלוא הוה כנתינת כסף לגוי וקונה (ש"ך ׀ מהר"ם מינץ), היכא שאצל הנוצרים כולם נהיגי למקני בנתינת מקצת דמים ויודע הוא הנוצרי שישראל יכול לכוף אותו בפני השופט שלו לתת המקח בידו ואין לו מנוס שיוכל

להפטר ממנו גמר ומקנה וישראל נמי סמכה דעתיה על הדבר שיודע שיכול לכופו כפי נמוסיהם לעמוד בפני השופט ויחייבנו בדיניהם אף על פי שאינו בטוח המוכר מישראל הקונה גמר ומקנה (ש"ך ׀ המהרי"ט), ראובן קנה חנות מגוי, והגוי קנאו משמעון בשטר במקום שלוקחים שוחד, מאחר ואין לסמוך על השטר, לא קנה (ש"ך ׀ המהרש"ך), ועיקר דכמו שגוי לא קונה מישראל בחזקה, ה"ה ישראל מגוי לא קונה בחזקה (ט"ז, נתה"מ), בענין ישראל מומר לעבודת כוכבים ישראל גמור הוא לענין זה (פ"ת).

שם - רצה לומר עם נתינת הכסף, שהרי לא עדיף מישראל שקונה מהישראל (סמ"ע). אם נתן כסף ולא נתן שטר נגד הגוי הוה קנין גמור, שאין הגוי יכול לחזור בו מהמקח, ויצא הקרקע מרשותו. וגם הישראל אינו יכול לתבוע מעותיו בחזרה, רק הישראל עדיין לא קנה השדה ולא נכנס לרשותו מחמת שרפויי מרפייה בידיה הקנין שחושב שהגוי יחזור בו מצד אלמותו, וכיון דהגוי גמר ומקני נעשה הפקר כל זמן שהישראל לא קיבל שטר (עי' ס"ב), כמו בנתן מתנה והלה אמר אי אפשי (נתה"מ).

ומ"ש ומיהו שכירות מן הגוי קונה בכסף לחוד - ישראל מגוי לא קנה בלא שטר משום דגם ישראל מישראל לא קני בלא שטר, הרי שכירות שאין דרך העולם לכתוב עליו שטר קנהו בכסף בלא שטר, וסבירא ליה לרמ"א דגם לאינך מפרשים דסבירא להו דאפילו במקום שישראל מישראל קונה בלא שטר ישראל מגוי אינו קונה משום דלא סמכה דעתו, מכל מקום בשכירות שהוא לזמן סמכה דעתו מאחר שקיבל הגוי דמי שכירותו (סמ"ע). ו"ח שהרי עיקר הטעם בעכו"ם משום דאנס הוא מה לי מכר מה לי שכירות, וכל הרמ"א לא להלכה שזה כפי צד ברשב"ם שאינו עיקר להלכה (ט"ז), ועיקר כרמ"א (קצה"ח), כיון דאפילו במכירה הוה קנין גמור לגבי הגוי, שאין שניהן יכולין לחזור זה מזה, רק דלא הוה קנין לגבי הישראל לענין שיכול ישראל אחר לזכות בו כזוכה מן ההפקר, ובשכירות לא שייך הפקר, דדוקא במכר דאיסתלק נכרי כשלקח מעות מהאי ביתא לגמרי הוה הפקר כמו בנתן מתנה ואמר הלה אי אפשי בו, אבל בשכירות הרי מבואר לקמן בסימן שט"ז סעיף א' דאם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו בלא דיוורין יכול המשכיר להשכירו לאחרים, וכל זמן שאין השוכר יושב בהבית ואין משכירו לאחרים, הרשות ביד המשכיר להשכירו לאחרים כל זמן שלא יכנס בו השוכר או באי כחו, וא"כ אין על הבית, דין הפקר. וגם לא דמי מוכר למשכיר, דהשוכר יש לו כעין שיעבוד הגוף על המשכיר להעמיד לו את הבית ששכר ממנו, עי' סי' ש"ב ס"ב, דאם הפקיע השכירות הראשון דחייב להעמיד לו בית ולא סגי כשישלם לו דמי שווי, משא"כ במוכר שגזל מהלוקח החפץ שמכר לו ומכרו לגוי אינו חייב לשלם לו רק דמי שווי ולא להעמיד לו מקח אחר כמותו. וכן במכר לו בית סתם או חמור סתם ונשרף הבית או החמור ואין לו בית או חמור אחר פטור מלהעמיד לו בית, משא"כ במשכיר לו בית סתם או חמור סתם נשתעבדו נכסיו להעמיד לו בית או חמור. ולפ"ז לא שייך כלל דין הפקר בשכירות, ויפה כתב הרב רמ"א דבשכירות נקנה בכסף לחוד, וכונתו דלא שייך בזה הדין

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).

ויש אומרים דאם החזיק ג' שנים כו' - ולא דמי לשאר מטלטלים דנתבאר לעיל (סי' קלג ס"ה) דלא מהני חזקת ג' שנים, דשאני שם דעביד למשאלינהו ליותר מג' שנים, א"נ ששכח למי אשאלינהו משו"ה נשתהו בידו כל כך, משא"כ בהני. כאן סתם המחבר כדברי המד"א דמחלק בין עבד ובין בהמה, ולעיל (סי' עב סכ"א) משמע דהשוה אותם ובשניהם ס"ל דמועיל בהן חזקת ג' שנים. וי"ל דשם דאין עיקר מקומו לא חש לדקדק כולי האי, ולא בא אלא ללמדנו דיש חילוק בין חזקת מטלטלים דמהני מיד לחזקת בעלי חיים, ושגם בבעלי חיים מהני חזקת ג' שנים, ור"ל לכל מר כדאית ליה, וכאן שהוא מקומו דקדק (סמ"ע), אין חולק אזה, ולפ"ז נראה דגם דעת המחבר דגם בבהמה יש חזקה לאחר ג' שנים וכ"כ לעיל (סי' ע"ב סכ"א) ודלא כסמ"ע, ע' בתשו' ר"ש כהן ס"ב סי' צ"ג (ש"ך), חזקה זו היינו באכילת פירות. ומחאה שלא בפניו ג"כ מהני כיון דחזינו דהקפיד, ואי לא מיחה אף דהחזקה היתה שלא בפניו מהני, ואם טוען בגודרות גנבת או גזלת מביתי אינו נאמן במיגו שהיה טוען שמשוק בשעה שהלכה מעצמה תפסת, דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אפילו במיגו (נתה"מ).

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).²⁰ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמא סט"ו): אם האילן משיר פירותיו קודם שילקטם אע"פ שעמדו על האילן עד שגדלו כל צרכם, אינה חזקה דלא הוי חזקה אלא עד שילקט הפירות בידו.

אף על פי שעמדו על האילן כו' - ואפילו משירן אחר שגדלו כל צרכן כיון דלא לקטן בידו לא הוי חזקה (סמ"ע).²¹ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמא ס"ט): החזיק אחד באילנות ואכל פירותיהם, 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 פירוש. מלקט התאנים מן האילן וסלו חוצה לכל אילן ואילן, וזה שהחזיק בקרקע יש לו שאר [הקרקע].

ביאור: 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 בסיומן 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

שכתב בסעיף ב' דאם קדם אחר והחזיק דזכה בו, וכיון דלא זכה בו המחזיק מטעם הפקר ממילא קנהו השוכר הראשון, ועכ"ז אם התנה שיקנה בכסף לחוד דקנה לא מהני תנאי (נתה"מ), וכ"ש בחזקה לחוד, ודלא כט"ז (רע"א).

כסף לחוד קנה וכו' - וי"א דלא מהני (ש"ך), ועיקר כרמ"א, דאינו אלא משום סמכה דעתיה (קצה"ח). הרי דמהני תנאי, עכ"ז לא קנה כי אם לאחר שנכתב השטר, דאז סמכה דעתיה וקונה למפרע מעת נתינת הכסף, ואף שישראל אחר בא והחזיק ביני ביני, ראשון קנה. וגם לא אמרו כי אם שיש עדים שאמר כן והתנה עם הגוי, אבל בסתמא לא אמרינן כן כו' (פ"ת).

¹⁸ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט סט"ו): וישראל שקנה מעכו"ם קרקע הידוע שהיה של ישראל, דינו כמותו ואין אכילתו 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 שבפניו לקחה העכו"ם, דאז מהני חזקה כמו שיתבאר בסמוך, וכל מקום דיכולין לכונן העכו"ם בדיניהם, אם בא להחזיק בשל ישראל שלא כדין יש לישראל הבא מכחו חזקה, מומר לעכו"ם דינו כעכו"ם, והבא מכחו אין לו חזקה, וכל זה שלא מיחה המערער במחזיק כלל, אבל אם מיחה פעם אחד ושוב שתק ג' שנים ולא מיחה, הוה חזקה דהרי גילה דעתו שאינו ירא למחות.

דינו כמותו - כבר כתבתי בס"ק? דגם בזה המערער א"צ ליטען לו (סמ"ע).

עי' שו"ע (ח"מ סי' קצד ס"א): הוב"ד לעיל הערה 17.

¹⁹ עי' שו"ע (ח"מ סי' עב סכ"א):

עי' שו"ע (ח"מ סי' קלה ס"א): 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. ואם טען שהזיקה לו כדי דמיה, או שהוא חייב לו כך וכך, ישבע בנקיטת חפץ. הגה: וי"א דאם החזיק בהם ג' שנים, בכל ענין הוי חזקה.

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

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

ישבע בנקיטת חפץ - פירוש, ונאמן אף שהלה יש לו עדים שהיא שלו, במיגו דטעין לקוחה היא בידי, בזה שדרך למסרה לשומר. ונראה, דאפילו למד"א דבטוען בשאר מטלטלים משכון הוא בידי דנאמן בהיסת וכאילו טען לקוח הוא בידי, מודה כאן בטוען שהזיקה שצריך ליטען בנקיטת חפץ, דאין מיגו דלקוח מיגו טוב, דהוא מיגו דהעזה, וניחא

גפן וגפן מארבע אמות עד שמונה אמות, אבל אם היה בין שתי השורות שמונה אמות חוץ ממקום הגפנים עצמן הרי אלו כמובדלות זו מזו ואינן כרם אחד ואינו מרחיק אלא ששה טפחים מכל שורה, וכן אם היה ביניהן פחות מארבע הרי אלו כגפן אחת ומרחיק ששה טפחים לכל רוח.

דרך אמונה: ג' גפנים או יותר. אף על גב דסגי בה' גפנים שתיים כנגד שתיים ואחת יוצא זנב כדלקמן ה"ז מ"מ כתב רבנו כאן דצריך ג' גפנים בכל שורה ושורה משום שזה עיקר כרם קטן אלא דגם אם חסר א' אמרי' דרואין כאילו אחרת נטועה כנגד הזנב והוי ג' נגד ג' אבל אם יש שם גדר בין הזנב לבין מקום הראוי לששית אינו כרם כיון שאין ראוי לשלשה נגד שלשה וא"צ להרחיק ממנו אלא ו' טפחים:

בין כל גפן וגפן. בין שהי' בין גפני שורה עצמה זו מזו ובין מגפני שורה זו לגפני שורה שכנגדה וכן אם היו שתיים כנגד שתיים וא' יוצא זנב צריך שיהא בין בהשתיים ובין בהזנב לא פחות מד' ולא יותר על ח':

מארבע אמות עד שמונה. דהיינו לא פחות מד"א ולא יותר על ח' אמות ואמות אלו נמדדין חוץ ממקום האילנות ואין חילוק בין אילנות ילדות או זקנות אכן דעת רבנו יונה דאם הוא אילן קטן שאין עולין עליו בחבל והעול כובשו אין קפידא אם אין מרוחק ממנו ד"א ואם כל הכרם מאילנות כאלו יכול להיות כולו רצוף בפחות מד"א ואפשר דהרשב"א חולק ע"ז. ודע דהד"א מודדין מצומצמות אבל הח' אמות מודדין שוחקות כדלקמן פ"ח ה"ב:

אבל אם הי' בין השורות שמונה. ואפי' אם הי' ג' שורות ונחרבה האמצעית ונשארו ב' שורות שביניהן ח' אמות אינו כרם:

ששה טפחים מכל שורה. וכן בין הגפנים באותה שורה עצמה אין מרחיק אלא ו' טפחים:

פחות מארבע. כיון שיונקים יותר מדאי אחד מהשני אינם מצליחים ועומדין ליעקר ולכן אין מצטרפין להיות כרם ואין נ"מ אם מתחלה נטען רצופין או שנטען מרווחים וריצפן אח"כ ע"י שנטע ביניהן עוד גפנים:

ומרחיק ששה טפחים לכל רוח. מכל גפן כדין גפן יחידית וכן אסור להדלותן ע"ג זרעים כדין גפן יחידית:

לכל רוח. היינו אפי' חוצה להן: ²³ והקשה דאמאי הוצרך לזה דהיה בשוקי בראי, הא אפי' היה עמו במדינה, מ"מ כיון דעכ"פ בסוף היה טרוד ושכח, לא יהא חזקה.

ותירץ הקצוה"ח דהתם גבי שוקי בראי, בסוף לא היה אונס גמור, רק דלא היה לו פנאי למחות, ולכן דוקא אם מתחילה לא היה יכול למחות, מהני טענה זו דלא היה לו פנאי אח"כ, אבל אם היה יכול למחות מתחילה אלא דסמך שימחה אח"כ, א"כ למה לא מיחה.

[והנה הש"ך כתב דאם מתחילה ידע שזה החזיק, ואח"כ טוען דטרדינא ולא ידעתי אח"כ, לא הוי טענה, ורק בטען לא היה פנאי למחות, כן נראה בכונתו, ע"ש.

וא"כ לדבריו אפשר דהתם בשוקי בראי לא ידע החזקה, ולכן יכול לטעון אח"כ טרידינא ולא ידעתי החזקה אף אח"כ.

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).

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).

עי' שו"ע (ח"מ סי' רטז סי"ג): מכר הקרקע לאחד והאילנות לאחר והחזיק זה באילנות וזה החזיק בקרקע, זה קנה האילנות עם חצי הקרקע וזה שהחזיק בקרקע קנה חצי הקרקע בלבד³⁵, ויש חולקין וסבירא להו דאין לבעל אילנות בקרקע כלום, רק אם יבשו יוכל ליטע אחרים תחתיהם:

ביאור: והחזיק זה באילנות כו' עד עם חצי הקרקע - עיין לעיל (סי' קמא ד"ט) שכתב המחבר, החזיק אחד באילנות ואחר בקרקע וכל אחד טוען כולה שלי, דיש לזה שהחזיק באילנות והחזיק בקרקע תחתיהן וביניהן וחוצה להן כמלא מלקט וסלו, וכאן פסק דיש לבעל האילנות חצי הקרקע. ודוקא הכא דהוא ברור דהמוכר מכר לבעל האילנות את האילנות, כמו שמכר לבעל קרקע את הקרקע, מש"ה יכול בעל האילנות לומר, כיון שמכר לי האילנות, כלול בזה חלק בקרקע לצורך אילנותי, וכשם ששייר לי חלק קרקע שייר לי החצי כולה. משא"כ לעיל בשנים שבאו כל אחד בטענת חזקה, וכל אחד אומר כולה שלי, דיכול להיות שבעל הקרקע אומר אמת, שהוא כולו שלו עם כל האילנות, אלא שכיון שיש לבעל האילנות עדי חזקה שאכל פירות האילנות צריכין ליתן לו עכ"פ האילנות, מ"מ אין לנו ליתן לו אלא מה שהחזיק בו, והמותר כולו מהסברא ליתנו להשני שהחזיק בקרקע. וטעם הרמ"א החולק, שאמרינן שמכר בעין יפה לכל אחד, כל מה שהזכיר לו במכירתו, ומש"ה בעל הקרקע נוטל כל הקרקע ואינו משייר לבעל האילנות אלא מקום נטיעתן, דבזה ודאי אמרינן דגם לבעל האילן מכר לו האילנות בעין יפה, דהיינו הצורך להן באופן שאינו יכול לומר לו בעל הקרקע, עקור אילנך ולך, וצריך ליתן לו מקום בתוך הקרקע ללקוט פירותיו כל שנה וגם ליטע אחרים במקומן כשיתיבשו, אבל אין לו חלק בקרקע לזרוע תחתיהן וביניהן, ודוקא כאן דמכר ודאי לזה הקרקע, מש"ה מסתבר לומר שקנה הקרקע כולו לבדו, וזולת הצריך לאילנות, משא"כ לעיל דאין אנו יודעים האמת כדברי מי, ויכול להיות דזה שהחזיק בקרקע לא מכר לו כלום (סמ"ע).

²² עי' רמב"ם (כלאים פ"ז ה"ב): וכמה יהיה בכל שורה שלש גפנים או יותר, במה דברים אמורים בשהיה בין כל

וע"ש היטב דלפי"ז מיושב הש"ך, וסובר דבשוקי בראי לא שמע החזקה דלא כהקצוה"ח], וע"ע לעיל (ס"ק קנ"א) מש"כ בכל זה.

תקטז) אי מהני מחאה בפני שנים זה שלא בפני זה גמ' לעולם קסבר מחאה שלא בפניו היא מחאה וכו'. וכ"כ בשו"ע (סי' קמ"א סעיף א') דמחאה מבטלת החזקה אפי' מיחה המערער שלא בפני המחזיק וכו', ובלבד שתהיה בפני עדים וכו'.

והנה הב"י שם הביא מחלוקת ראשונים במיחה בפני שנים זה שלא בפני זה, דהרשב"א סובר דאין מצטרפין, והנימו"י בשם הרא"ה סובר דמצטרפין.

ואינו מובן מה שייך צירוף בזה, דהא בפשוטו הא דמחאה הוא דוקא בפני שנים, היינו משום דמה שמוחה בפני אחד אין זה מחאה כלל, ולא רק דליכא עדות שמיחה, אלא דמחאה שלא בפני עדים לא היא מחאה כלל], וממילא מה דמיחה בפני האחד אינו מחאה, וכן המחאה שמיחה בפני השני נמי אינו מחאה, וא"כ מה שייך צירוף.

דבשלמא בהודאה לפני עדים, זה שלא בפני זה, שייך שפיר צירוף, כיון דכל הודאה היא הודאה, ורק דעדים ליכא, ולכן כיון דעל כל הודאה איכא ע"א, שפיר מצטרפין.

אבל במחאה דמה דבעינן בפני שנים היינו משום דרק אז היא מעשה מחאה, א"כ הא כל מחאה שמיחה בפני אחד, אינו כלום, ומה שייך צירוף, [דהוי כמקדש אשה ב' פעמים כל פעם בפני ע"א, דכל ע"א מעיד דאינו קידושין].

ובש"ך שם (סי' קמ"ו סק"ד) נמי הביא דברי הנימו"י בשם הרא"ה, דאפי' בזה שלא בפני זה מצטרפין, וכתב וכן נ"ל עיקר, וצ"ע כנ"ל.

[ואולי כונתו בשנים שראו כל אחד מחלון אחר, אך לא משמע כן] וע"ע לקמן ס"ק תקל"ז).

ואולי נימא דבאמת בפני ע"א נמי חשיב שפיר מחאה, דהנה בשו"ע שם (סי' קמ"א סעי' ב') כתב אין מחאה בפחות משנים, אבל באחד לא, אפי' מיחה בפני המחזיק, ואפי' שמודה במחאה, דמתוך שיכול לומר לא מחית בי, נאמן לומר לקוחה היא בידי, ואף על פי שע"א מכחישו, ויש מי שחולק, ע"כ.

וכתבו שם הסמ"ע (סק"ג) והש"ך (סק"ב) דלכאורה הרי אם היה טוען לא מחית היה מחוייב שבועה נגד הע"א שאומר שמיחה, ועכשיו שמודה שמיחה ורק טוען לקוחה היא בידי, הא הו"ל מחוייב שבועה ואין יכול לישבע, דמשלם.

וכתבו דכיון דאין נשבעין על הקרקעות אינו מחייבו שבועה דאורייתא, ואין אומרים משאל"מ אלא בשבועה דאורייתא, וע"ש בנתיבות.

הרי מפורש דבפני ע"א נמי הוי שפיר מחאה, ורק דלא סגי בזה, דבעינן שני עדים, וא"כ א"ש דשייך צירוף כשמיחה בפני שנים זה שלא בפני זה.

אך זה אינו ראייה דהא התם מיירי דמיחה בפני המחזיק עצמו, דבזה שפיר י"ל דאף אם מיחה בו רק בפני ע"א נמי הוי מחאה, ורק דעדות ליכא, רק ע"א, אבל היכא דמוחה שלא בפניו, דהוי דין למחות בפני שנים, הא לכאורה כשמוחה בפני אחד אין זה מחאה כלל.

וכן לכאורה מסתבר, דהנה הקצוה"ח (סי' צ"ה סק"ז), הובא לעיל דף ל א) נסתפק, היכא דתובעו קרקע שיושב בה כמה שנים, וטוען שיושב בה בגזלנות, ותובע ממנו גם הקרקע וגם הפירות, ומביא ע"א כדבריו, והמחזיק טוען שקנה הקרקע, מי אמרינן כיון דהע"א מעיד גם על הפירות, הרי הוא חייב שבועה דאורייתא דע"א, ומגלגלין שבועה גם על הקרקע.

או דלמא כיון דבפירות אינו מכחישו שהרי מודה שאכלם, אלא ההכחשה בגוף הקרקע, לא שייך שבועה על הפירות, וע"א בקרקע לאו כלום הוא, ואין כאן שבועת התורה, וע"ל לעיל (סימן מ') מש"כ בזה.

ועיין בנתיבות כאן (סק"א) ובתומים מש"כ בזה לענין חיוב שבועה על הפירות.

ולכאורה אי נימא דשייך שבועה על הפירות, א"כ אטו אם מיחה בפני ע"א ואח"כ תובעו הקרקע והפירות שאכל, אטו נימא דיהא שבועה ומשאל"מ.

וע"כ מוכרח כמ"ש דהשו"ע שם מיירי דוקא כשמיחה בפני ע"א בפניו של המחזיק, [אבל שלא בפניו אם מיחה בפני ע"א לא הוי מחאה כלל, וא"כ צ"ע כנ"ל איך מצטרפין כשמיחה זה שלא בפני זה].

ואכן הרא"ש לקמן (סימן ל') הביא שיטת הרמב"ן, דאף בפניו בעינן דוקא בפני שנים אבל בפני אחד נאמן המחזיק במיגו, והרא"ש שם חולק עליו, (עיין להלן ס"ק תקל"ד).

תק"ז) אי בעדי מחאה שייך חסרון דעד מפי עד גמ' מחאה שלא בפניו היא מחאה.

והנה כתב השו"ע (סי' קמ"ו סעיף א') ובלבד שתהיה [המחאה] בפני עדים, ודי בפני ב', ואפי' זקנים וחולים, אף על פי שאינם יכולים לילך ולהודיע למחזיק, שהם יאמרו הדבר לאחרים ואחרים לאחרים עד שישמע למחזיק.

ובהגהות אמרי ברוך על השו"ע שם כתב, וז"ל, צ"ע היכא שאין עידי המחאה לפנינו להעיד, רק עדים אחרים מעידים שעדי המחאה אמרו לפניהם, ויעויין מ"ש הרא"ש בשם רבינו יונה בסוגיא דרבא בר שרשום במס' ב"ב דף ל"ג, עכ"ל.

והיינו דנסתפק דאפשר דכל הסברא דחברך חברא אית ליה, מהני רק לענין דאמרינן דודאי שמע המחזיק את המחאה, אבל מ"מ להעיד בב"ד, בעינן שיעידו דוקא אותם העידים שמיחה בפניהם, אבל אם עדים אחרים מעידים שהם אמרו להם שהמערער מיחה בפניהם, אפשר דלא מהני, דהוי עד מפי עד.

[אכן לכאורה הא דין עד מפי עד הוי דוקא אם שמע מעד בתורת הגדת עדות בב"ד, אבל מה ששמע מאחר חוץ לב"ד, לא הוי עד מפי עד].

והא דכתב לעיין ברא"ש בסוגיא דרבא בר שרשום, כנראה דכונתו דהרא"ש שם (סי' י"ח) כתב בשם ה"ר יונה דמיירי שיצא הקול בחיי האב בתוך שני חזקה, שהיתה אצלו במשכנתא לשנים ידועות, ולכן לא הוי חזקה, דאין לך מחאה גדולה מזו.

והרי התם ליכא עדים שמעידים על מחאה שמיחה בפניהם, ואפ"ה מהני, כיון דעכ"פ איכא קול, וא"כ ה"ה הכא נמי נהי דעדים ליכא [דהרי אין אותן העדים לפנינו], אבל מ"מ הא הוי קול שמיחה.

השטר ואינם יודעים מהמחאה בתוך הג' שנים קודם שמיחה (נתה"מ).

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 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 כאן שטוען המערער לא הייתי יודע שקרקע זו שלי, א"כ הו"ל חסרון בחזקה, שהרי החזקה אינו נשמעת אלא לבעלים שחוקרין על שדותיהם, וא"כ ודאי צריך לברר אכילתו. ובעיקר הדין היכא דאיכא לומר לא ידע המערער אם זה קרקע שלו, אמר המחזיק ג' שנים בדבר שאינו יודע בעל דינו שמן הדין אינו יכול לעשותו ולבסוף נודע דשלא כדן עשה, אם יכול לערער או לא. ודאי יכול לערער דאין לו חזקה כלל, כי מה שלא מיחה 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).

²⁵ אכן צ"ע דהנה כבר הבאנו לעיל שיטת הרמב"ן דכל הדין דבעינן ג' שנים בחזקה הוי רק משום ריעותא דאחוי שטרך.

וא"כ הרי ה"נ נהי דבאמת המערער לא מיחה, מ"מ כיון דעכ"פ המחזיק היה סבור שמיחה הרי הו"ל ליזהר בשטרו, ואכתי הוי ריעותא דאחוי שטרך.

[אכן לקמן (ס"ק תקמ"ב) הוכחנו מפורש כן, דאי מיחה בשקר, לא הוי מחאה, והוי חזקה].

²⁶ אבל הודאתו לחוד לא מהני - בענין כתב לו שטר עם אחריות, ע"י לעיל בסימן קנ"א סעיף ג', בהחזק בגזלן, ד"א אם כתב לו אחריות נכסים דקנה, ושם מיירי אפילו בהודאה. אמנם נראה דתליא במחלוקת של הסמ"ע והט"ז לקמן סק" דלדעת הסמ"ע שם דדוקא כשידוע שהיתה כתיבת אחריות ג"כ באונס לא מהני, אבל מן הסתם מהני אחריות, ה"נ הדין כן, אבל להט"ז שם שכתב דמן הסתם תלינן שהאונס היה ג"כ על אחריות אם לא שידוע שכתבת אחריות היתה שלא באונס, א"כ גם כאן לא מהני כתיבת אחריות בסתם (נתה"מ).

והיינו דהכא לא הוי כלל דין עד מפי עד, דהא אין צריך שיעידו עדות מפי העדים, ששמעו המחאה מפיו, דהא עצם שמיעת קול שמיחה נמי סגי, דגם זה הוי מחאה, וא"כ הרי את הקול הם שמעו בעצמם שאומרים שמיחה, ושפיר מעידים עכשיו דיש מחאה, וסגי בזה, וא"כ פשוט דמהני ולא שייך כלל לדון מצד דין עד מפי עד, כיון דהם בעצמם עדים על מחאה, דכששמעו מפי עדים שמיחה בפניהם, הרי שמעו הם בעצמם דיש מחאה כמ"ש.

אכן צ"ע, דלפי דברינו א"כ אפי' אם פסולי עדות יוציאו הקול שמיחה, נמי יועיל, דסו"ס הרי הכשרים שמעו קול שמיחה.

ונראה דאח"נ אם המחאה היתה בפני כשרים, ורק דהפסולים הוציאו הקול, ודאי מהני דשפיר הוי קול על מחאה מעליא, [שמיחה בפני כשרים], אבל אם יאמרו הפסולים בפנינו מיחה, זה לא נקרא קול כלל, דהא מחאה בפני פסולים לא הוי מחאה, ואין כאן קול על מחאה מעליא.

²⁴ ע"י שו"ע (ח"מ ס' קמו ס"ד): כיצד לשון המחאה אומר בפני שנים פלוני (שהוא) משתמש בחצרי או בשדי גזלן הוא ולעתיד אני תובע אותו בדין, ויש אומרים שאין צריך לומר אתבע 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 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.

אתבע אותו בדין - וכ"ש דס"ל בהא דאינו צריך לומר [שמכרתי או נתתי וכו'], שהרי 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).

אבל אם אמר להן פלוני משתמש בחצירי 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 ה"א ברמ"א דסבירא להו דאינו צריך לסיים לומר למחר אתבענו לדין, בכה"ג הוה מחאה, וסבירא להו דלא נאמר זה דינא דיכול לומר סברתי שבא לחרף אותי, אלא כשאינו אומר אלא "פלוני גזלן הוא" (סמ"ע).

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

שדה וקודם המכירה מוסר מודעה ואומר אני מוכר השדה מפני שזה רוצה להבריח נכסיו ולא ישלם לי ואוכל למשכן ממנו השדה הוי מסירת מודעה והמכר בטל מיהו י"ל דהתם לא מהני רק לענין שלא הפסיד חובו ומ"מ המכר קיים (ש"ך), אף שהעדים כתבו והכרנו באונסא, וע"פ האונס שהגידו לפנינו ראינו שאין זה נקרא אונס, העדים נאמנין, ולא מיקרי חוזרין ומגידין דעבידי עדים דטעו בכה"ג למחשביה אונס (ש"ך תשובת ר"מ אלשיך), וי"א שהמקח בטל (רע"א), בעינן שידעו העדים שהיה אונס בשעת מכירה ובלא"ה חיישינן לשמא נתרצה אח"כ, מ"מ כשמסר מודעה שוב לא חיישינן לזה, ונראה שגם כונת הסמ"ע הוא כך במ"ש שאותו אונס לא סר מהמוכר, כונתו שלא נעשה תש כוחו בתוך הזמן (נתה"מ).

²⁷ עי' שו"ע (ח"מ סי' לט ס"ב): המלוה את חבירו בעדים, אין כותבין עדותן ונותנין למלוה, שלא יחזירו למלוה על פה מלוה בשטר, עד שיאמר להם הלוה: כתבו שטר וחתמו ותנו לו. ואף על פי שאמר להם כן, צריכים להמלך בו אחר שחתמו בשטר, ואחר כך נותנים השטר ביד המלוה. ויש אומרים שאינם צריכים להמלך בו.

צריכים להמלך בו - מכאן הוא דעת יחיד (ש"ך), היינו דווקא כשעשה שתי שליחויות על הכתיבה ועל הנתניה ולא קנו מידו, ואיכא רגלים לדבר, שאם היו קונים מידו לא היה צריך לשתי השליחויות, ולכך צריכין להמלך אחר קיום שליחות הכתיבה קודם שליחות הנתניה (נתה"מ).

וי"א שאינם צריכים להמלך בו - אבל בכתובה ושטר מתנה לכ"ע צריכים להמלך בו, ולקמן (סי' פא ס"ו) כתבתי דה"ה אם אמר המלוה כתובו ושתק לוח הוי שתיקה כהודאה וכותבין (ש"ך), היינו לשיטה זו דוקא בכתובה ושטר מתנה צריך להמלך בו (רע"א).

עי' שו"ע (ח"מ סי' לט ס"ז): כל שלא קנו מידו, אפילו הודה בפני בית דין של שלשה, אם לא היו קבועים ולא שלחו לו, אפילו קבץ אותם והושיבם והודה בפניהם, ואמר להם: הוו עלי דיינים, אם בא אחר כך התובע ואמר: כתבו לי הודאתו, אין כותבין, שמא יתן לו ונמצא זה תובע אותו בשטר. אבל אם היו בית דין של שלשה יושבים מעצמם במקום הקבוע להם, ובא התובע וקבל לפניהם, ושלחו שליח אצל הנתבע ובא והודה בפניהם, הרי אלו כותבים הודאתו ונותנים לבעל דינו (אפילו לא אמר אתם עדים), והוא שיהיו בית דין מכירים את שניהם, כדי שלא יערימו שניהם לחייב איש אחר.

לא היו קבועים ולא שלחו - ר"ל שלא היו קבועים או לא שלחו לו כו' (סמ"ע), טעם הדבר משום דבמודה מעצמו איירי בלא תביעת בעל דבר, הלכך אין שם דיינים עליהם, אבל במודה ע"י תביעה בפני ג' ואומר הוו עלי דיינים הרי זה ב"ד גמור, ויכולים לחייבו, וכל שהם יכולים לחייבו כותבים לו שטר, והרמ"א חולק ואף על גב דתבע ליה אפ"ה לא מיקרי הודאה בב"ד עד שקבעו מקום וישלחו אחריו. ועיקר דלא כרמ"א. אבל במודה ע"י תביעה בפני ג', כלומר שתובעו בפני ג' לדין ואינו רוצה ליתן להתובע מעצמו אלא שמודה ע"י תביעה, דהיינו שנתחייב בהודאתו מכח תביעתו, כגון שהכירו הב"ד שמכח טענותיהם הוא חייב לו, הרי זה ב"ד גמור כיון שקבלום עליהם להיות דיינים

אבל אם נתן לו שטר כו' - פירוש, זקף דמי המקח בהלואה עליו ונתן למוכר שטר חוב עליו ורוצה ליתן לו דמי המקח שבשטר, אפ"ה אמרינן דבשעת מכירה לא גמר להקנותו לו כל שלא קיבל אז מעות מזומנים (סמ"ע), וי"א שטר מקח [כל זמן שאינו מעכב ואומר בא ותקח - רע"א] לחוד ולא נתן לו מעות כלל לא גמר ומקני וע"ז מסיק דיש חולקין (ש"ך), אם הוא אינו מעכב ואומר תא שקול (רע"א).

אם מסר מודעה - מודעה הוא לשון ידיעה, שמודיע לעדים הענין איך היה. וי"מ מודעה לשון יסורים, ור"ל מוסר יסוריו לעדים ושמחמתן מוכרח למכור (סמ"ע), ואם אח"כ נשבע על המכר השבועה מבטל למודעה (רע"א), דכל הנשבע לתועלת חבירו על דעתו הוא נשבע ואין לנו אלא מה שהוא משמעו' דבריו דדברים שבלב אינם דברים (רע"א המהר"ט).

לשני עדים דעו - אין צריך לצוות להם שיכתבו שטר מחאה זו לעדות, דכיון שמיחה בפניהם כמי שאמר כתבו דמי וכאילו עשאן שלוחין, ולא צריך שיכתבו בלשון שליחות, כמו במחאה תוך ג' שנים, דבמודעה הקילו כדי להציל הנאנס, א"כ כיון דהקילו להציל הנאנס אם כן תו לא בעי לשון שליחות. ובזה ניחא הרי דמהני כתב המודעה אפילו אחר הזבינא, ובזה אינו נאמן הוא עצמו, ודוקא קודם המכר הוא דשייך לשון שליחות דהר"ל כאילו הוא כותב שאינו רוצה למכור, אבל אחר המכר לא (קצה"ח).

מפני האונס - ואפילו אם המאנס הוא בן אדם שמקשיב לבית דין ויש ב"ד מזומן בעיר הוי מודעה הן במתנה והן במכר (רע"א).

הרי המכר בטל - גם הקונה מצי לבטל המכר לאחר שנודע לו שהמוכר מסר מודעה, משום דהוי מקח טעות, דאילו ידע דחבירו מצי אחר זמן לחזור בו גם הוא לא גמר ויהיב דמי, וה"ה בפשרה כה"ג, דק"ל פשרה דינה כמכר כו', ועיין מה שכתבתי לעיל סימן ק"צ סעיף ז' סק"ה (פ"ת). ואפי' החזיק כמה שנים כו' - ואם בנה בו הלוקה והשביח, יש לו דין גזלן (ש"ך תורת אמת, נתה"מ), אם נמצא מום במקח חייב ליתן לו ההוצאה א, אם לא השביח (ש"ך תורת אמת), ויש חולקים עי' לקמן סי' רלב ס"ד (נתה"מ).

ומחזיר הדמים - ואף דבסעיף י' פסק דאם מסר מודעה א"צ להחזיר הדמים כשהודה, והמחבר פתח בשלא לקח הדמים בפני עדים, ומשמע דאף במודה מחזיר הדמים, דבסעיף י' מיירי שמסר מודעה גם על ההודאה, להכי דקדק שם וכתב שמסר מודעה על כך והיינו על ההודאה, וכאן מיירי שלא מסר מודעה רק על המכר ולא אהודאה. ואם מסר מודעה על ההודאה, אף שלא ידעינן שאנסו על ההודאה רק שידעינן שאנסו על המכר סגי, וא"צ להחזיר שוב הדמים. ולדעת הפוסקים שהביא הרב בהג"ה לעיל דהודאה לא מהני, אפילו מסירת מודעה א"צ (נתה"מ).

וצריכין העדים לידע שהוא מוכר כו' ושהוא אונס כו' - הלשון משמע דבעינן שיהא ידוע שגם המכירה לא היתה כי אם מחמת אונס שלא גמר והקנה לו, אבל לא בעינן כולי האי, אלא סגי כשידוע שבא עליו באונס למכרו לו, ושאותו אונס לא סר מהמוכר בשעת המכירה. ואפשר שדעת המחבר ג"כ כן (סמ"ע), מי שחייב לחבירו והמלוה מוכר לו

ויכולים לחייבו ע"פ פסק דינם, וכל שיכולים לחייבו ופוסקים ביניהם כותבים לו שטר, ולא צריכים "שלחו לו" (ש"ך), כלומר דבעינן שיהיו קבועים ושלחו לו, אפילו כנפינהו הלוה וקבעי דוכתא והודה בפניהם כו' לא מהני, אבל זה פשוט דבלא שלחו לו לא מהני כשהם קבועים מעצמם, והכל תלוי אם עושים כדרך הדיינים (ש"ך), הסמ"ע [סק"ח] פירש שהיה כמו או לא שלחו. ובחנם דחק לפרש כן, דהודאה צריכה להיות בפני ב"ד שיהיה עליהם שם ב"ד מתרי צדדין, מצד אחד נקרא מצד עצמן, דהיינו שיושבין מעצמן במקום הקבוע להם, ומצד השני מצד בע"ד, דהיינו שהוא חש לגזירה שלהם ובא כששולחין אחריו, ומשו"ה כתב הרמב"ם [פ"ז מטוען ה"ג] תחילה אם לא היו קבועים וגם לא שלחו, ממילא הוה תרתי לריעותא, זה פשוט דאין עליהם שם ב"ד כלל, אלא אפילו אם קיבץ אותם וכו' ומחזיק אותם בתורת ב"ד, אלא דמצד עצמן אינו ב"ד נכון, שהקיבוץ הוא נעשה מצד בע"ד לא מעצמם, אין כותבין. והחלוקה השניה דהיינו שיושבין קבועים אלא שבא מעצמו בלי שליחות אחריו, דינו מבואר (בס"ד) [בסעיף ט'] (ט"ז), ועי' לקמן (סי' עט ס"ב): ועדות בב"ד על כרחך הב"ד חייבוהו, ואפילו הכי כתבו דבעינן "שלחו", וקשה דברי הש"ך ועי' לקמן סק" פירוש דבריו (נתה"מ), עיין ש"ך ס"ק י"ח. עיין בתשובת משכנות יעקב [חר"מ] סימן (י"ז) [כ"ב] מ"ש בזה (פ"ת).

ולא שלחו לו - וכונתו משום דבעינן תרווייהו שיהיו קבועים וגם שלחו לו, אז כותבין, וכמ"ש הש"ך ס"ק, ולכן אם חסר חדא מהנך תרתי לא מהני, עד דאיכא תרווייהו (פ"ת).

שמה יתן לו ונמצא כו' - והיינו דוקא בכה"ג מפני שאינו מעלה על דעתו שאלו השלשה כתבו וחתמו הודאתו ונתנו ביד זה שהודה לו, אבל כשתבעו ושלחו אחריו, הוא יודע שיתנו לו הודאתו כתוב וחתום, ותו לא יפרע לו אא"כ ידרוש אחר שטר הודאה אם כתבו, ויקחנו מידו, ומשום הכי אינו נאמן לומר אח"כ שפרעו, ועיין מה שכתבתי מזה עוד לקמן (ס"ט סק" וסק"י) (סמ"ע), כל דברי הסמ"ע הם לפי המחבר וכמ"ש לקמן (ס"ט סק" וסק"י) וסימן ע"ט סק"ט? אבל לרוב הפוסקים גם בתבעו ושלחו אחריו ובכל מעשה ב"ד, היינו דוקא כששואל המלוה לכתוב בפני הלוה, וכמ"ש לקמן (סימן ע"ט סק"ט), משא"כ בלא שלחו אחריו אין יכולים לכתוב אם לא כשמצוה הלוה לכתוב, כיון דלא הוי מעשה ב"ד (ש"ך), עי' ס"ט שהוא אותו דבר של סעיף זו, אלא כאן בא להשמיענו הדין אם כותבין לו, דאחר שנכתב ודאי דיש לו דין מלוה בשטר, ומיירי כאן כשבא לכתוב בעת שעדיין ודאי לא פרע לו, ובזה כתב המחבר בסעיף זה דאסור להן לכתוב לו מחשש דשמה יתן, ומיירי כשאין מודיעין להלוה, דאסור להן לכתוב מטעם שכתב הסמ"ע. ובסעיף ט' בא להשמיענו דהודאה בב"ד הוי כמלוה בשטר אף שעדיין לא כתב, דסעיף ט' קאי על מה דהודאה בב"ד הוי כמלוה בשטר כמו שכתב הסמ"ע סק", והיינו דהוי כמלוה בשטר אף שלא נכתב עדיין, ועל זה קאמר בסעיף ט', במה דברים אמורים דהוי כמלוה בשטר קודם שנכתב, כשלא קיבל את הדין וכו', והיינו קבעו ושלחו, ומסיים דאבל שנים שבאו לדין וכו', והיינו בלא קבעו ושלחו, נאמן

לטעון פרעתי. ומה שמסיים דאין כותבין, מיירי אפילו כשרוצים להודיע ללוה שנותנין פס"ד דאז לא שייך החשש דשמה יתן, מ"מ אין כותבין מחשש דשמה פרעו כבר. ודעת הש"ך נתבאר בסמוך (סק"). ועיין ש"ך סק" שחולק על הסמ"ע סק", וס"ל דכשיכול לטעון פרעתי אינו טורף מלקוחות (ויתבאר זה א"ה בסימן ע"ט?). ובספר קצוה"ח (סק") חדש דלקוחות שקנו תיכף אחר פס"ד באופן דליכא חשש שמה פרע קודם שלקחו, דגובה מהן, וקשה שהרי הבע"ח אין להן על הלוקח כלום, רק על הנכסים תובע שנשתעבדו לו, והן תמיד בגדר אחד כמו ערב, דהנכסים ודאי נשתעבדו לו וספק אם יצאו משעבודן. והעיקר נראה דלא דמי כלל לערב, דבשלמא בערב כיון שנתערב בעד מלוה על פה, ודאי על דעת כך נתערב דכשיתחייב הלוה בב"ד באיזה אופן שיתחייב ולא יהיה ללוה לשלם, אזי יתחייב הערב מצד ערבות, דאם לא היתה כונתו להיות ערב רק שיהיה ערב באם שהלוה הוא חייב על פי האמת, ואם הלוה יהיה יכול לפטור עצמו מן הדין רק שיתחייב על פי דיבורו לא יהיה עליו דין ערב, א"כ לעולם לא יתחייב הערב לשלם כיון דמלוה על פה הוא, ולעולם יכול הוא לטעון פרעתי. ועי' עוד בקצה"ח סק" מסתפק בהא דעמד בדין גובה ממשעבדי, אי גובה מלקוחות שקנו באותו היום אחר שעמד בדין, וגם אי גובה מהיורשין כשמת בו ביום. ועיקר דודאי מלקוחות לא גבי, שהרי כתובה כמעשה ב"ד דמי, דיש קול לנשואין, ואפילו הכי אינו גובה מלקוחות שבאותו היום, דטריפת לקוחות משום נעילת דלת הוא רק בהלואה, ובשאר עניני ממון הוא משום תקנה, ולכך הושוו מדותיהם. ומעשה ב"ד אין לו רק דין שטר, ולכך כמו ששטר אינו גובה רק מיום המחירת כמו כן מעשה ב"ד וכתובה. אבל מיורשין גובה, שהרי כתובה לא גבי מלקוחות רק ממחרת יום הכתיבה וכן שטר, וכשמת ביום הכתיבה ודאי דגובה מיורשין. והטעם להא דאינו גובה מלקוחות רק מיום המחירת, משום דאינו מוכח מתוכו, וי"א דדוקא נגד הלוקח השני שלקח אחריו אינו מוכח כיון שיש לומר שקנה קודם, אבל המוכר גופיה אינו יכול לחזור בו, דנגד המוכר מוכח הוא, דכשהשטר בידו הוא ראייה שהחזרה היא אחר מסירה. ולפי זה גבי היורשין ג"כ מוכח, כיון דעל כרחך מסירת השטר היתה בחייו. [מהדורא קמא] ועוד יש לתרץ ספיקו של הקצה"ח, כיון שהמנהג הוא שאין כותבים שעות, וא"כ אפילו בקנין או בעמד בדין אף שידוע באיזו שעה היה הקנין, מכל מקום כיון שבשטר מכירה לא יהיה נכתב שעות והלוקח יכול לומר לעולם שקנינו היה קודם באותו יום, ודאי דלא סמכה דעתיה של המלוה על הנכסים שימכרו באותו יום וממילא לא נשתעבדו לו הנכסים מאותו יום, כמו במטלטלין דלא נשתעבדו כיון דלא סמכה דעתיה, אבל ביורשין כיון שלעולם יהיה ידוע אם המיתה היתה אחר השעה של קנין או ההעמדה בדין או קודם (נתה"מ).

אפילו לא אמר אתם עדים - לרבותא כתב כן, דאפילו אתם עדים לא קאמר, וכל שכן שאין צריך שיאמר "אתם דיינים", ולפני זה כתב לרבותא דאפילו אמר "הווי עלי דיינים" לא מהני (סמ"ע), ולפי פירוש הסמ"ע ס"ק (י"ט) [כ'] לא נתישב לי, שהרי גרע טפי אם אמר אתם עדי, שאין עושה אותם ב"ד, ואיהו כתב דזה דרך כ"ש. ונ"ל דלא

נתכין הטור [בסעיף ח'] בזה אלא לאפוקי אם הודה בפני עדים צ"ל אתם עדי, דלא לימא משטה אני בך, כמ"ש סימן ל"ב [סעיף א'], אבל כאן בפני ב"ד אין צריך לתיקון זה, דבפני ב"ד לא שייך משטה (ט"ז).

והוא שיהיו ב"ד מכירים את שניהם כו' - שמא המלוה חייב לאיש אחר ומשנה שמו כדי לאפוקי חוב זה מיד מי שנתחייב לו, ועוד, כי לא ניחא ליה לאיש שיצא עליו קול שפלוגי חייב לו כשאינו חייב לו, והיינו דוקא כשבאו שניהם לפני הב"ד או להעדים ואומר האחד אני מודה שאני חייב לפלוגי, שאז כותבים ההודאה בלשון נוכח, איך שהודה זה לזה בפנינו, משא"כ כשהלוה לבדו בא ואומר כתבו עלי שאני חייב לפלוגי, שאז ליכא למיחש שלוה ישנה שם המלוה כדי לאפוקי חובו, דאין אדם חוטא ולא לו, וגם אז אין כותבין בלשון נוכח, אלא איך שהלוה הודה, ומוסרים כתב ההודאה ליד הלוה, ובהודאה כזו אינו יוצא הקול שיש לפלוגי המלוה ממון כך וכך, כיון שההודאה לא נעשתה בפניו, אמרינן דילמא שלא להשביע הודה ואמר, משום הכי כותבין לו הודאה זו אף על פי שאין מכירין המלוה, כדלקמן ס"ג, אבל להלוה עכ"פ צריכין להכירו, דיש לחוש לקנוניא ולומר שלא לזה זה מזה כלום וכדי לחייב לאיש אחר מעלה שמו בשם אחר ואומר שחייב לו, כדי שיבוא זה שהודה לו להוציא דמי הודאתו מיד אותו האחר, ועי' לקמן סי' מט סק"ג? עוד בענין (סמ"ע) עי' לקמן סי' מט ס"ב שדברי המחבר סותרים זה את זה, ועי' סמ"ע שם סק"א?, אבל העיקר, דלמ"ד עדיו בחתומיו זכין לו א"צ להכיר את המלוה בכל ענין, וכל זה בהודאה בעדים, וא"כ כאן גבי ב"ד בכל ענין אין צריך להכיר שם המלוה, דהודאה בב"ד מיד ככתובה בשטר דמי (ש"ך), לפירוש הראשון של הסמ"ע [סק"א] דחשש שמא המלוה חייב לאיש אחר ומשנה שמו, ע"כ צריך שיכירוהו למלוה. קשה, דכי בא לזה לבדו ג"כ ניחוש לזה דשמא המלוה עושה עמו קנוניא. ולעד"נ לכאורה דשמא יקח הלוה אחד מן השוק ויאמר זה יוסף בן שמעון וממנו אני לזה מעות, ויתן אח"כ זה השטר למלוה שלו ששמו באמת יוסף בן שמעון, ואח"כ יבוא אותו שמן השוק לאותן העדים ויאמר נפרעתי ואבדתי שטרי, תנו לי שובר ויתנו לו, שלפי דעתם זה מלוה שלו. וע"כ כותבין שטר ללוה בלא מלוה דאז אין חשש זה דודאי לא יכתבו שובר משום אדם. אבל אחר העיון בסימן רל"ח [סעיף א'] גבי מכירה דבעינן ג"כ הכרת שניהם, נ"ל דדא ודא אחת היא, דחשש הוא שמא יביא הלוה אחד מן השוק ויאמר שזה שמו יוסף בן שמעון ולזה יוסף מודה אני שאני חייב לו, ואח"כ יקח כתב הודאה ממנו ויתנו למי ששמו באמת יוסף בן שמעון, וילוה ממנו מעות על אותו השטר הודאה, וכשיבוא יוסף בן שמעון לגבות חובו מהלוה בשטר זה, ילך לאותו ב"ד ויברר בפניהם שמה שהודה היה לאותו איש שקרא שמו יוסף בן שמעון בפניהם, ונמצא שאותו יוסף בן שמעון באמת הוא נלקה שלא הודה לו מעולם. וזה שייך אם בא עם אחד שאין מכירין אותו, אבל אם בא הלוה לבדו לב"ד, אין כאן חשש זה, ובזה אמרו כותבין ללוה אף על פי שאין מלוה עמו. וכן לענין מוכר ולוקח יעשה כן ויהיה הפסד למי שהוא לוקח באמת. ע"כ צריך שיכירו את המלוה מה שמו אם הוא לפנינו, ואז אין

חשש דשמא יהיה עוד אחר ששמו כך, דלזה לא חיישינן (ט"ז).

עי' שו"ע (ח"מ סי' פא ס"ח):

עי' שו"ע (ח"מ סי' פא ס"י):

²⁸ עי' שו"ע (ח"מ סי' לט ס"ג): במה דברים אמורים, בשלא קנו מידו. אבל אם קנו מידו שהוא חייב לו מנה, הרי אלו כותבים ונותנים אף על פי שלא אמר להם: כתבו, שסתם קנין לכתובה עומד. ואפילו נשתהא זמן מרובה ואחר כך בא המלוה ותבעם שיכתבו לו, הרי אלו יכתבו ויתנו, ואין צריכים לחוש שמא פרע, וכותבים זמן הקנין, או יכתבו: שטרא דנן איחרנוהו וכתבנוהו. ואפילו מת הלוה קודם כתיבת השטר, אפילו קבע לו זמן ועבר הזמן, יכולים לכתבו אחר מותו. וכן אם מת המלוה, ובאו יורשיו לעדים שיכתבו להם השטר, כותבים להם. ויש חולקים ואומרים דאי משך מילתא טפי משלשים יום, אין כותבין, ואם קבע לו זמן לפרעון, אין כותבין אחר אותו זמן, דחיישינן שמא פרע. הגה: וכל שלא אמר: כתבו וחתמו אף על פי שכתבו בשטר, אינו אלא כפנקס בעלמא. מיהו י"א דאם נתקיים, דנין על פיו. וע"ל סימן מ"ו סעיף י'. והרי דבעינן דצריך לומר: כתבו וחתמו, היינו כשמתחייב עצמו, אבל כשמוחל דבר לחבירו, או פטרו, אין צריך. וע"ל סימן פ"א סעיף כ"ט.

אבל אם קנו מידו - ואם קנה קמיה חד סהדא או בפני הבעל דבר בלי עדים כלל, ומודה שקיבל בקנין אלא שאינו רוצה לקיים ורוצה לחזור בו, אם הקנין מהני, הואיל ולא נעשה בפני ב' עדים, עיין בש"ך (סי' פא סק"ב?) שהאריך בזה, עכ"ל. וק"ל כמותו שקנין בפני עצמו ג"כ מהני (פ"ת). ואין צריכים לחוש כו' - משמע דאינו יכול לטעון פרעתי נגד עדי קנין, ואפילו לסברא האחרונה דאין כותבין, היינו מטעם דחיישינן שמא פרע, כלומר דילמא אי הוי קמן הוה מברר בעדים שפרע, או המלוה היה מודה לו, ועיקר הטעם, דקנין יש לו דין שטר לכל דבר, הן לטרוף ממשעבדי הן לענין שאינו נאמן לומר פרעתי, ועמ"ש לקמן סק"ד?, ועמ"ש לקמן (סי' ע סק"ד?). [עיין בתשובת מב"ט (ח"ב) [ח"א] סי' קס"ז וסי' רנ"א] (ש"ך), וי"א אפילו אמר הלוה לעדים אחר הקנין אל תכתבו שטר, והמלוה מבקש שיחזיר לו מעותיו, ונמשך הדבר עד אחר זמן פרעונו, וטען הלוה פרעתי בזמן פרעון, אינו נאמן, דאילו פרע היה אומר לעדי קנין, אף על פי שאינו מתירא משטר, מ"מ היה לו לחוש לקנין שיהיה לו דין שטר, לכן בעת הפרעון הוה ליה להודיע לעדים כו', מ"מ קשה לנו להוציא ממנו בדמיחה עפ"י סברא זו דהיה מודיע, אחר דבטוח, משא"כ בדמיחה, עיין מה שכתבתי בזה לקמן (סי' קיב ס"א סק"ב?) (פ"ת).

או יכתבו שטרא דנא איחרנוהו כו' - דחיישינן שלוה בניסן וקנה קרקע באייר, ואיחרו וכתב זמן ההלואה מסיון, ואח"כ מכר הקרקע שקנה באייר, ואז המלוה טורף מהלוקח שלא כדון, דאילו היה נכתב הזמן מניסן היה ניכר שקנה אחר זמן ההלואה ולא היה יכול לטרוף מהלוקח, דק"ל לזה ואח"כ קנה ומכר אין המלוה טורף מהלוקח, ועכשיו דכתב זמנו מסיון אינו ניכר שקדמה ההלואה להקנין ואתי למיטרף שלא כדון. ועי' לקמן (סי' מג ס"ב) דמהאי טעמא אם כתב לו דאקני אין צריך לכתוב בהשטר דאיחרוהו וכתבוהו. ואפילו למ"ד דאקני טעות סופר הוא כמ"ש לקמן

(סי' קיב ס"א), א"כ אף בדלא כתב דאקני א"צ לכתוב איחרנוהו. י"ל דמיירי שכתב בו מקצת אחריות, דאז לא אמרינן דאקני טעות סופר וכמו שכתב הרמ"א (לקמן סי' קיב ס"א) (סמ"ע).

ואפי' מת הלוה. יש לעיין כיון דבעי' מדעת המתחייב דהוי עדים שלוחים של הבע"ד וכיון שמת הלוה בטל שליחותו. ושוב הוי מפי כתבם וע' באורי' כ' דתקח"כ הוא דמהני כמ"ש תוס' לענין מחאה ומודעה ולא הבנתי. דזהו ניחא אם ה' הדין מפורש בשום מקום בש"ס היינו מוכרחים לומר דתק"ח כמו המודע'. אבל מ"מ תקשה מהיכן פסיקא זה להראשונים להמצא זה הדין. וכי מסברא נוכל לדמות תקנה למודע' ואמנה בפרט לדעת הרשב"א בשו"ת סי' אלף ר"א דמודע' ואמנה מדינא הוא דכל שאינו מתרבה שום חיוב בין בע"פ לשטר וגם אינו מתחייב דבר בשל עצמו לחבירו לא בעי' דעת המתחייב ע"ש וגם בגוף התקנה יש לחלק דלמ"ל לחז"ל לתקן כך הרי אם היורשים להלוה מרוצים בודאי יכולים לכתוב ואם הם אינם רוצים בכך. הרי זה פשוט דיכולי' למחות כמו שאביהם ה' יכול למחות א"כ בודאי צריך טעמא מהיכן למדו הראשונים דין זה. וצ"ע (רע"א).

וכן אם מת המלוה כו' - ה"ה אם מתו שניהן המלוה והלוה, וגם צד כל שכן הוא במתו שניהן (סמ"ע).

טפי מל' יום וכו'. ולפ"ז צריכים לומר דמ"ש בסעיף א' אם יש עדים שקנו, היינו תוך זמן הקבוע לו לפרעון, דאילו אח"כ, הרי יכול לטעון פרעתי, וכן מוכח בסמוך (ט"ז).
ואם קבע לו זמן לפרעון - עיין בתשובת הרדב"ז (ח"ב [ח"א] סי' רנ"ה פ"ת).

אינו אלא כפנקס כו'. עיין מש"כ בד"מ [סעיף ד'] בזה (סמ"ע).

דנין על פיו - היינו להוציא אבל לא לגבות ממשעבדי, ועיין לקמן (סי' מו ס"י ברמ"א) (סמ"ע), עי' עוד רמ"א לקמן (סי' סא ס"ב), ועיקר דכל שלא אמר כתבו וחתמו הוי כאילו לא כתבו כלל, וצריכים להגיד בפה דוקא וכמו שאבאר, וטעם הרמ"א דשטר שאינו כתיקון חכמים אף על פי דשטר לא הוי מ"מ העדאת עדים איכא, ועיקר דכל שלא אמר כתבו וחתמו אינו אלא כפנקס בעלמא ומיקרי מפי כתבם ואינו לא שטר ולא עדות, וכל מקום דאינו כתוב מדעת שניהם פסול מטעם דהוי מפיהם ולא מפי כתבם. ולכן הוה סתירה בדברי הרמ"א, ועי' דברי לקמן (סי' סא ס"ב סק"ב), ולקמן סקל"ד?, ועיין לקמן סימן ס"ט ס"ק ז', (ש"ך). [ש"ך אות ט] מיהו וכו'. נ"ב באו"ת דאינו נוגע למחלוקת רש"י ור"ת עיין שם. וי"ל דאפשר סברת הש"ך דכל שנכתב בנוסח השטר שם שטר ומיד שחתמו הוי כנחקר' עדותן בב"ד. והיינו אם בשעת חתימ' ה' עדות מעליא. וזהו לר"ת דהוי עדות מפי כתב וה"ל חתימת' שם עדות ומש"ה בחתימתן נגמר עדותן ונקרא שטר מעליא אבל לרש"י ל"ש דהוי כנחקר' עדותן שהרי מעולם לא ה' הגדת עדות דהי' מפי כתבם. ולא מהני אלא מדעת המתחייב דהוי שלוחי'. והכלל הוא דכל דבשעת חתימתן ה' ע"ז שם עדות הוי כנחקר' עדותן. אבל מ"מ יש לעיין דאף לר"ת הוי עדות מפי כתב. מ"מ בשעת חתימתן לא מהני מדין הגדה כיון דהי' שלא בפני בע"ד וכן חתמו בלילה. ע"כ כיון דשם שטר עליו עדיף

מהגדת עדי' ולא בעינן כל דיני עדות. ממילא גם לרש"י מהני. ועיין (רע"א), שיטת הרמ"א היא שאף לדעת ר"ת דמכשיר מפי כתבם במי שאינו אילם, מ"מ אין עדותן נגמרת עד שבא הכתב לפני ב"ד, דבשעת כתיבה שכותבין חוץ לב"ד לא עדיף ההגדה מפי כתבם מהגדה בפיהם, דכשמגידים חוץ לב"ד אין בו ממש, ועיין מה שכתבתי לעיל (סי' כח סק"ו?). ולזה בעינן שיהיו העדים זוכרין העדות בשעה שבא הכתב לב"ד, דכיון דאז הוי כהגדה בב"ד, וקודם שבא לב"ד הוי כהגדה חוץ לב"ד, ובעינן שיהיה ראוי להגיד בפה בשעה שנחשב הגדה בבית דין, דכשאינו זוכר ואינו ראוי להגיד הוי כאילם דפסול גביה מפי כתבם, ולזה כשנתקיים בב"ד ואמרינן דבשעה שנתקיים דאז בא השטר לב"ד, ודאי היו זוכרין, כמבואר לעיל (סי' מו ס"י), והיו ראויין להגיד ונחשב הכתב כהגדה בב"ד, אבל אם עדיין לא בא השטר לב"ד, ואין זוכרין העדות, פסול, שהרי אין ראויין להגיד, משא"כ בשטר גמור שנכתב כתיקון חכמים, הוי כנחקר' העדות בשעת חתימה, וכשר אפילו אינן זוכרין עתה (נתה"מ).

אבל כשמוחל דבר לחברו כו' - עיין מה שכתבתי לקמן (סי' פא סכ"ט סקע"ד וע"ה) (ש"ך), עיין מה שכתבנו בזה (סי' פא סכ"ט סקכ"ז וכ"ח) (קצה"ח).

וע"ל סימן פ"א - כצ"ל, סעיף כ"ט (סמ"ע).

עי' שו"ע (חור"מ סי' קפט ס"א): אין המקח נגמר בדברים, שהאומר לחבירו היאך אתה נותן לי חפץ זה, ואמר ליה בכך וכך, ונתרצו שניהם ופסקו הדמים, יכולים לחזור שניהם, אפילו היה הדבר בפני עדים, ואמרו להם הוו עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, הרי זה אינו כלום, עד שיגמר המקח כל דבר ודבר כראוי לו. קרקע לפי קניינו, ובעלי חיים לפי קניינם, ומטלטלים לפי קניינם. ולאחר שנגמר המקח, כל אחד לפי קניינו, אין שום אחד מהם יכול לחזור בו, אפילו לא היו עדים בדבר. הגה ואפילו מחלו זה לזה אחר כך, לא מהני, אלא צריכין לחזור ולהקנות זה לזה.

נגמר בדברים - אם יש פקדון ביד הנפקד, והמפקיד גילה דעתו שרוצה למוכרו בסכום ידוע, אלא שלא מצא עדיין קונה, ועל כן הניחו בפקדון. ואח"כ הנפקד, שלא בידיעת המפקיד, אומר שהוא רוצה להחזיק לעצמו אותו מקח ולתת למפקיד אותו סכום הידוע, זה לא מהני, שהרי אין כאן מי שהקנה לו. ועוד טעם דכאן לא שייך רשות, שרשות הנפקד שהחפץ מונח שם הוי רשות המפקיד (ט"ז), י"א שרשות המפקיד מבטל רשות הנפקד לקנות רק אפשרי היכא שמייחד לו מקום אבל לא היכא שאינו מייחד לו מקום. וי"א שזה דומה לשותפין כיון דלא קפדי ה"ל חצר של שניהם, א"כ מכל שכן חצר דנפקד דלא קפיד נגד המפקיד כיון דאושליה להאי חצר, וצ"ע (קצה"ח). עיין מה שכתבתי בזה בסימן ר' בפתיחה ד"ה ובענין אם המפקיד [שאינו למפקיד שום רשות אצל הנפקד, ולכן כן] (נתה"מ), ע' לקמן סי' רד ס"ז [הנושא ונותן בדברים בלבד הרי זה ראוי לו לעמוד בדבורו אע"פ שלא לקח מהדמים כלום ולא רשם ולא הניח משכון וכל החוזר בו בין לוקח בין מוכר אע"פ שאינו חייב לקבל מי שפרע הרי זה ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו] (רע"א).

ביאור: באים עידי השטר כו' - או שאר עדים, או ע"י דימוי ושאר דרכי הקיום וכדלקמן סעיף ז' (ש"ך).
אפילו הן הדיוטות - גם לענין דין קיימא לן כן, כנ"ל סי' ג ס"ו? (סמ"ע).

ואתא פלוני ופלוני כו' - היינו לכתחילה יש לכתוב הדרך שנתקיים בו, אבל בדיעבד אם לא כתבו רק נתקיים שטר זה דיו, כדלקמן סעיף ח' וסעיף כ"ט בהג"ה (ש"ך).
וחותמין למטה - פירוש, תחת כתיבה זו שכתבו "במותב תלתא הוינא כו'", וכאילו אמר וחותמין זה. ולקמן בסעיף ל"א יתבאר דאם אי אפשר לכתוב הקיום תחת השטר יכתבו הקיום על גבי השטר באחורי הדף. ועיין לקמן (סק"ס?) נוסח אחר היאך כותבין הקיום כשקיבלו העדות כל אחד בפני עצמו (סמ"ע).

ע"י שר"ע (ח"מ סי' מו ס"ד): אין מקיימים שטרות אלא בשלשה, מפני שהוא דין, ולפיכך אין מקיימים שטרות בלילה. הגה: ואם קיימו בשנים, לא הוי קיום. ויש מי שכתב מאחר שנהגו שהרב התופס ישיבה מקיים ביחיד, מנהג כזה מבטל הלכה, וכן המנהג פשוט במדינות אלו. ונראה לי הטעם, דסבירא לן לענין קיום שטרות דרבנן דיחיד מומחה דינו כג' הדיוטות ומיקרי ב"ד, כמו שנתבאר לעיל סימן ג' וכ"ה, ואף על גב דאין יחיד מומחה בזמן הזה, מ"מ לענין קיום שטרות דרבנן יש לסמוך עליו, כן נראה לי טעם המנהג.

ביאור: ולפיכך אין מקיימין שטרות בלילה - עיין לעיל (סי' ה סק") דבזמן שבאו שני הבעלי דינין לפני הדיין בלילה וביקשו לדון אותן, דנין אותן. משום דה"ל כקיבלו עליהן קרוב או פסול. אבל בקיום דבא המלוה לחוד לקיימו אין שייך זה. ואעפ"י שלא בעינן דעת הלוה ומקיימין ביום בעל כרחו, וכדלקמן סעיף ה, מ"מ בלילה שלא מדעתיה אסור (סמ"ע, ש"ך), ואפילו קיימוהו בדיעבד, לא הוי קיום כדלעיל (סי' ה ס"ב) גבי דין (ש"ך), עיין סמ"ע, דאם נתרצו שניהם, מותר, דהוי כקיבלו קרוב או פסול, ו"א זה דוקא בשטר שאין בו אחריות, אבל ביש בו אחריות דגובה בו ממשעבדי, מה מהני ריצוי דידהו לחוב ללקוחות (נתה"מ).

בשנים לא הוי קיום - משום דה"ל כעדים מפי עדים דלא מהני, אבל בשלשה דהן ב"ד מקיימין חתימתן, ואז ה"ד הדנין על שטר זה לאחר זמן, ה"ל כאילו שמעו העדות מעדי השטר עצמן. והיינו דוקא כשאין הן עצמן מכירין חתימת עדי השטר, אלא שעדי החתימה מודים לפניהן שהיא חתימתן. אבל כשהן עצמן מכירין החתימות, ה"ל כאילו מעידין על מנה שבשטר. ואם השטר הוא חתימת יד הלוה, והלוה מודה לפני שני עדים שהיא חתימת ידו, מהני קיומם. ועיין לקמן סק"ס (סמ"ע), לא הוי קיום אפילו בדיעבד כדלקמן סעיף כ"ט, ומש"כ הסמ"ע דכשהב"ד עצמם מכירים החתימות ה"ל כאילו מעידים על מנה שבשטר, יש חולקים, ואף כשמכירים החתימות הלא לא היו אצל ההלוואה, אלא על חתימת ידן הן מעידים ולא על מנה שבשטר והילכך צריך שלשה (ש"ך), ועיקר כסמ"ע, וכל זה משום שעדים החתומים בשטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד וע"י לעיל (סי' ל סק"י?) דאם שמעו חקירת שני עדים בב"ד יכולין אחרים ששמעו להעיד שמענו עדים שנחקרה עדותן בב"ד וזה לא הוי עד מפי עד. וזה יתכן

אלא צריכין לחזור ולהקנות זה לזה - פירוש, אם ראובן קנה משמעון שדה או בית בקנין גמור, ומחלו זה לזה הקנין, אין הקנין נתבטל עד שיחזור שמעון ויקנה מראובן, וע"י לעיל סימן ס"ו סעיף י"ג, וכן הדין בשכירות, ועיין לקמן ריש סימן שט"ו (סמ"ע).

ע"י שר"ע (ח"מ סי' קצה ס"א): בקנין כיצד יתן הקונה למקנה כלי כל שהוא ויאמר לו קנה זה חלף הקרקע או המטלטל שמכרת או שנתת לי ואין נוהגין שיאמר לו הקונה כן כי מסתמא אדעתא דהכי הוא נותן לו וכיון שמשך המקנה הכלי נקנה הקרקע או המטלטלים ללוקח או למקבל מתנה בכל מקום שהוא אע"פ שלא החזיק ולא נתן כסף ולא כתב שטר ולא משך ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו אפילו אין עדים בדבר אם מודים זה לזה. הגה וכן אם קבלו קנין לפני פסולי עדות הוי קנין הואיל ומודים זה לזה שקנה.

בקנין כיצד כו' - קנין חליפין בלא דמים לא קנה כיון שהיא מחלוקת ראשונים ואוקי קרקע בחזקת מריה דהיינו מוכר (ש"ך התורת אמת), ו"א שכל המחלוקת היא רק במקום שעשו קנין חליפין וגם כתב שטר (רע"א התשב"ע), ובקנין חליפין בגוי עיין ש"ך לעיל סי' כג ס"ד ד"ה יכולים לשלוח [ששיטת המהרש"ל והטור ועוד שיש קנין חליפין בעכו"ם, ועיקר שאין קנין לעכו"ם של חליפין] (רע"א).

יתן הקונה למקנה כלי כו' - היינו הקונה נתן להמקנה, והמקנה יקנה לו דבר המכירה חילופי זה הכלי שקיבל מהקונה (סמ"ע). ו"א שאין לעכו"ם קנין חליפין, ועיקר שיש לו (קצה"ח).

וכיון שמשך המקנה כו' - ראובן היו לו בהמות לשחוט ומכר העורות לשמעון בקנין חליפין, ובעוד שהולכים לשחיטה ברחו הבהמות וטבעו בנהר, ופסק דהפסד העורות על שמעון, דמאחר שלקחו בקנין נקנו לו העורות בכל מקום שהן (סמ"ע), ואפילו הזכיר לו בפירוש השחיטה, כגון שאומר לו עורות בהמות אלו אני מוכר לך שאתן אותן לך לאחר השחיטה, דוקא שחוטות מכר, עכ"ז מפסיד הלוקח (ט"ז).

או המטלטלין ללוקח - דבר שאינו מסויים כגון חצי אגוז וחצי רמון אינו נקנה בחליפין (רע"א המחנ"א).

ולא כתב שטר - עיין מה שכתבתי לעיל סימן ק"צ סעיף א' סק"א? ושם סעיף ז' סק"ה? (פ"ת).

ואין שום אחד מהן יכול לחזור בו - היינו דוקא לאחר שפסקו מלדבר באותו ענין, או שהתנו בשעת הקנין שלא יוכלו לחזור בו וקמ"ל דבתנאי מהני מיד לאחר שקנה ממנו בכלי, וכמ"ש המחבר בסמוך סעיף ח' (סמ"ע).

אפילו אין עדים כו' - דלא איברי סהדי אלא להמשקרים וכופרים זה את זה, וכמ"ש לעיל סימן קפ"ט סעיף א' (סמ"ע).

וכן אם קבלו קנין כו' - ע"ל סי' רמ"א ס"ב בהג"ה (ש"ך).

²⁹ ע"י שר"ע (ח"מ סי' מו ס"ג): כיצד הוא הקיום, באים עידי השטר ומעידים לפני שלשה, אפילו הם הדיוטות, שזאת היא חתימתן, וכותבין למטה: במותב תלתא כחדא הוינא, ואתא פלוני ופלוני ואסהידו קדמנא אחתימת ידיהו, ומדאתברר לנא דדא היא חתימת ידיהו, אישרוהי וקיימנוהו כדחזי, וחותמים למטה.

בעדים החתומים על השטר יכולין אחרים להעיד על חתימתן ולא הוי עד מפי עד כיון דעדים החתומין בשטר נעשה כנחקרה בב"ד, אבל שנים החתומים על הקיום אם אין הב"ד מכירין חתימת אלו העדים ויבואו אחרים להעיד על חתימתן של אלו בזה ודאי הוי עד מפי עד, שהרי אלו שנים הבאים על הקיום אין עליהם תורת שטר כיון שנעשה שלא מדעת המתחייב אלא מפי כתבם ממש, ועיין לקמן סק"א? (קצה"ח), מש"כ הסמ"ע דאם השטר הוא חתימת יד הלוה, והלוה מודה, נראה דמהני קיומא. צ"ל דמיירי שהלוה צוה להם [פי' לב"ד] לחתום ולקיים, וחשיב העדאת עדים כמו כל שטר שנעשה בציווי המתחייב (נתה"מ), מש"כ הסמ"ע והט"ז דהיכא דהשטר הוא חתימת הלוה ומעידים שהודה בפניהם הלוה שזה חתימתו דמהני. וקשה עליהם והנתה"מ תירץ המקרה (רע"א).

לא הוי קיום - פי' לא הוה קיום של בית דין, מיהו העדאת עדות הוי, לפי הרמ"א (לקמן ס"ז) דיכולים להעיד עדות זה מתוך כתבם, ונפקא מיניה טובא בין קיום לעדות כמו שכתבתי (לקמן ס"ט סק"ע?). והיכא דנכתב בקיום שהעידו העדים לפניהם, או אחרים העידו לפניהם על חתימות ידם, לא הוי אפילו העדאת עדות, דהר"ל עד מפי עד כיון דלא העידו כן לפני ב"ד של שלשה (ש"ך).

מאחר שנהגו שהרב כו' - ואפילו אי אתי בעל דין ומערער לא מהני, וכל זה דוקא שאין יכול לקיים עדי השטר, אבל אם היא חתימת יד הלוה והלוה מודה לפניו שהיא חתימתו, מהני קיומו לענין שאם טוען לא היו דברים מעולם שצריך לישבע נגדו, וכמבואר לקמן (סי' פא ס"י) (סמ"ע).

דיחיד מומחה דינו כג' הדיוטות כו' - אין טעם זה נכון, דלא דמי קיום לדין וכמו שכתבתי לעיל (סי' ג סק"ח?), דדוקא לענין דין הוי יחיד מומחה כשלשה, אבל לא לענין הודאה וקיום. א"כ גבי קיום הוי כעד מפי עד ובעי שלשה דהוא ב"ד, ועיין לעיל (ס' כח ס"כ וסכ"א), ובדברים כאלו הולכים אחר המנהג וכדלעיל (סי' כחס כ"ג) ואפילו הוא נגד הדין, ואפשר דהיכא דנהוג לקיים בלילה, גם בזה אמרינן מנהג מבטל הלכה (ש"ך).

לענין קיום שטרות דרבנן - אם העדים אומרים לא חתמנו שטר זה, או שאין העדים קיימים ובעל דבר אומר פסול הוא, צריך קיום אף מדאורייתא (סמ"ע), ועיקר דלא כרמ"א אלא כיון דמדאורייתא לא בעי קיום דלא חיישינן שזיף, ואפילו במקום שהנתבע טוען מזויף, ואפילו גזלן מוחזק שהוציא שטר אין צריך קיום, דלא אמרינן החתים עדים שאינן, מעצמו. דאע"פ שהוא חשוד על הממון מירתת לכתוב שטר מזויף פן יכירו ב"ד זיפון, ואפילו אם טוען מזויף כל הקיום היא רק דרבנן. ומן התורה אפילו אמרו לא חתמנו לא מהימני, מ"מ צ"ע בזה לדינא, אולם בדברי הרמ"א באבן העזר (סי' מב ס"ד) שאם מצאו שטר בשוק חוששין לזיוף וצריכים קיום מן התורה, היינו משום שאינו יוצא מתחת יד שום אדם, לא שייך לומר לא חשיד לזיופי (ש"ך), וי"א בדברי הרמ"א באבן העזר דכיון דמיירי במצאו כתוב בשטר א"כ ודאי חיישינן לזיוף מן התורה, כיון דלא שייך בזה חזקה דלא חציף אינש לזיפא כיון דכמה חציפי בארעא איכא ואולי זיף איזה אינש דלא מעלי (קצה"ח).

וי"א דיש לחלק בין בא השטר לב"ד קודם לכן, או לא, אבל העיקר כהש"ך, דאפילו כשטוען מזויף א"צ קיום מדאורייתא. הרי דקיום שטרות דרבנן, בעינן עכ"פ שנודעו העדים מי הם, רק שכתב ידם אינו ניכר, ולולא זה צריכים קיום מן התורה. וכל מי שהביא שטר או גט ואומר בפירוש שאינו יודע כלל מאיזה מקום הם העדים, בודאי דאינו שטר וגט כלל, שהרי עיקר הטעם דאין צריך קיום מדאורייתא, הוא משום שהוא מילתא דעבידא לגלוי ומירתת לזיף, ואם נאמר דאפילו בכה"ג אין צריך קיום מדאורייתא, מאי מירתת איכא הכא, הרי בידו לזיף עדים כרצונו ויאמר שהם עדים מסוף העולם שאין ידוע מקומן של העדים. אלא ודאי כשאומר כן, ניכר זיפון להב"ד, דהרוצה לשקר ירחיק עדותו, וצריך קיום מדאורייתא, רק מן הסתם לא חיישינן לזה שזיף, כי ירא הוא דילמא ישאלו הב"ד על מקומן של העדים, ואם יאמר שאינו יודע, הרי ניכר זיפון לב"ד, ואם יאמר המקום של העדים, מילתא דעבידא לגלוי הוא. ובנדון אם העדים אומרים לא חתמנו, שכתב הש"ך ג"כ דא"צ קיום מדאורייתא, הרי שאמר דמדאורייתא א"צ קיום ואינן נאמנים באמרם לא חתמנו, הוא דוקא כשכל אחד אינו מעיד רק על חתימת ידו שאין זו חתימתו, ואין מעיד על כתב חברו שאין זו חתימת יד חברו, ונחשב כחד לגבי תרי ועיין ש"ך סק" Error! Reference source not found. אבל כשמעיד על חברו דהיינו שאין זה כתב ידו ולא כתב יד חברו, הוי כשני עדים מעידין שזיף. ובמקרה של הרמ"א, שם כיון שהמלוה תובע להשטר ואמר שהוא שלו שהלוה מעות על זה השטר, א"כ מה לי שמוציא בעצמו זה השטר או שנוטלו ממי שמצאו ותובע בו, כיון שאומר שהוא כשר ותובע בו, ודאי לאו זיוף הוא, דאי הוה זיוף, היה מירתת לתבוע בו במילתא דעבידא לגלוי, ועוד שהרי המלוה צריך לטעון שהקנין היה בפניו, דבלא"ה לאו לכתובה ולנתניה עומד, וממילא מירתת. משא"כ בנמצא שטר קדושין ואין הבעל לפנינו, אמרינן דכשיבוא הבעל ודאי יודה. ועוד דקדושין שאני, כיון שאין הבעל כאן רק שאנו ב"ד רוצים להחזיקה במקודשת מחמת השטר, אמרינן, אימר איש אחד חשוד זיף לשטר קדושין וזרקו לשטר קדושין כדי שמי שימצאנו יוציא קול לעז על האשה זו שהיא מקודשת, משא"כ בשטר חוב שנכתב על שם המלוה, למה היה לשום אדם לזיפו כיון שהמלוה יהיה מירתת לתבוע בו (נתה"מ).

דאע"ג דאין יחיד מומחה בזמן הזה - כ"כ הרמ"א לעיל (סי' ג ס"ב) ובי"ד (סי' רכח ס"א?) לענין היתר נדרים ביחיד מומחה, ועי"ש (סי' שלד סמ"ז) לענין לקנוס ליטרא דדהבא להמבייש הזקן שהוא מומחה (סמ"ע).

³⁰ עי' שו"ע (ח"מ סי' רה ס"ז): אחד האונס את חברו בשהכהו או תלאו עד שמכר, או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות. הגה: בין אונס הגוף בין אונס ממון, מיהו יש חולקין וסבירא להו דאם הפחידו לאו כלום הוא דעביד אינש דגזים ולא עביד, בין בידי עכ"ם בין בידי ישראל הרי זה אונס, ומעשה באחד ששכר פרדס מחבירו לעשר שנים ולא היה שטר חוב ביד המשכיר, ואחר שאכלו השוכר ג' שנים אמר לו אם לא תמכרנו לי אכבוש שטר שכירות ואטען שהוא לקוח בידי, ואמרו חכמים שהוא אונס, וכן כל

כיוצא בזה, לפיכך: אם תבעו המשכיר בבית דין וכפר בו וטען שהפרדס שלו, ואחר כך מסר המשכיר מודעא, ואחר כך מכר לשוכר שכפר בו, הרי הממכר בטל שהרי יש לו עדים שהוא אנוס, והם העדים שכפר בב"ד והם הם עידי המודעא, וכן כל כיוצא בזה:

אחד האונס את חבירו - רוצה שמעון לחזור בו מצד שראובן מסר מודעא על הפשר, נראה אם היה המודעא מודעא גמורה היה בזה הדין עם שמעון, כי ענין מסירת מודעא היא דמודיע אונסיה ודלא גמר ומקני לחבריה כמבואר בסימן ר"ה סעיף א', וא"כ ודאי חבירו האונסו למכור לו הדבר אותו מצי לחזור בו מצד הדין דהוי מקח טעות, דאילו ידע דחבירו מצי אחר זמן לחזור בו גם הוא לא גמר ויהיב דמי (קצה"ח).

וס"ל - אמנם רוב ראשונים ס"ל דאפי' באונס ממון סגי בהפחד לבד, ודלא כ"א (רע"א).

דעביד איניש דגזים - כשמסר מודעא והראה לעדים שמחשיבו באונס דמקרי אונס. ואם הפחידו להביאו בערכאות של גוים דלכו"ע לא הוי אונס, דדוקא במפחידו בדבר דברי היזיקא כגון במלשינות וכיוצא, אבל ערכאות לא ברי היזיקא, שלא כל המביאים בערכאות נוצחים והרבה עשו ולא הצליחו (נתה"מ).

בין בידי ישראל - פירוש, ולא אמרינן דאין זה מיקרי אונס כיון דיכול לתבעו בדין ישראל ולא עשה (סמ"ע).

ולא היה שט"ח ביד המשכיר - פירוש, שטר מהשוכר שאין השדה בידו אלא בתורת שכירות ולאחר זמן תחזור השדה לידו, דזהו מיקרי שט"ח, שכתב בו זכותו וחובתו של כנגדו (סמ"ע).

ואחר שאכלו ג' שנים - דאז היה יכול לטעון לקוח הוא בידי ואכלתיהו שני חזקה ואבדתי שטר קניני (סמ"ע).

ואח"כ מסר המשכיר מודעא כו' - היינו שהעדים לא שמעו ההפחדה אלא שראו הכפירה, ואח"כ מסר מודעא ומכר, שאם שמעו ההפחדה לא היה כאן אונס, שהרי לא היה אפשר למלוה לכפור, שכבר שמעו העדים אלו שהודה שהוא ממושכן בידו, וה"ל לתובעו ע"פ עדים אלו, ומדלא תבעו ומכר לו עלינו לומר דגמר והקנה. וזה נוסח המודעה: אמר התובע לב"ד הריני מוסר מודעה לפניכם כי אברר שזה שכופר אינו עושה אלא כדי שאמכרנו לו, כי כן אמר לי תחילה, ותוודעו זה שהרי כשארצה למכור לו יתן לי דמי שויה כשאתן לו שטר מכירה, וכשיהיה כן שיחזור ויבוא המשכיר לפני הב"ד ויראה שאצל השוכר שטר המכירה שקנאו ממנו, אזי יבורר אמיתתו שאמר לו תחילה בינו לבינו אם לא תמכרנו אכבוש שטרי, ובכה"ג נודע שהוא אנוס ומהני מודעתו לבטל המכירה. אבל בלא מסירת מודעה, אף שניכר אונסו, מ"מ איכא לומר שמ"מ ע"י המעות נתרצה וגמר והקנה (סמ"ע), וי"א דמה שהקשה הסמ"ע דהמודעא לאו כלום הוא כיון דמצי לתבוע אותו בב"ד ע"פ העדים ששמעו זה, זה אינו, שהרי כותבין מודעא אפילו אמאן דציית דינא משום דאימר אין הב"ד מזומן ולכן אפילו אם הטמין עדים אחורי הגדר מהני מסירת מודעא, ואף שיכול להביא העדים לב"ד, יכול לומר אין הב"ד מזומן (נתה"מ), וי"א שלא צריכים מסירת מודעה כיון דאין האונס רק מזה הקרקע עצמו לא גמר והקנה [ז"ל הרמב"ן]: לא

הצריכו חכמים מודעא אלא במי שמאנס או מגזם להזיק בגוף המוכר או בממון אחר חוץ מן המקח אבל מי שמוחזק במקח ומגזם בו עצמו לכבשו תחת ידו כעובדא דפרדיסא אין צריך מודעא (רע"א), במקום שבא הפרדס לידו בהיתר, והוא מאיים לשמור אותו לעצמו, ישנם צד דעביד איניש דגזים ולא עביד, אבל מי שתוקף המקח בזרוע ואח"כ קונה אותה הרי חזינן דגזים ועביד, ולכן אין צריך מודעא (רע"א הב"י).

והם הם עידי המודעא - משמע דהביטול מקח הוא מטעם אונס ומודעא, וקשה לי שהרי בלא"ה המקח בטל, שהרי במטלטלין כה"ג אם גזל מטלטלין או אפילו בפקדון דכפריה אין הנגזל ולא המפקיד יכול להקנותן שוב, דמטלטלין דכפריה הוי כגזילה ובגזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו, אלא לגזלן עצמו או לנפקד עצמו יכול להקנות, ואפילו בקרקע כל ממון שאינו יכול להוציאו בדינין אם הקדישה אינה מקודשת, דהיינו שאין לו עדות, וא"כ כאן שהיה טוען לקוח הוא בידו והלה אין לו עדים ממילא אינו יכול להקנותן אפילו להגזלן כמו במטלטלין, דלגזלן עצמו יכול להקנות (נתה"מ).

³¹ עי' שו"ע (ח"מ סי' רמב ס"ג): כל מתנה בין של בריא בין של שכיב מרע צריך שתהא גלויה ומפורסמת, לא מבעיא אם אמר לעדים תתחבאו וכתבו, אלא אפילו אמר סתם כתבו לו אינה כלום, אלא אם כן אמר כתבו בשוקא וחתמו בפרהסיא וכיוצא בזה. לפיכך כל שטר מתנה שאין כתוב בו ואמר לנו הנותן שבו בשווקים וברחובות וכתבו לו מתנה גלויה ומפורסמת וכיוצא בענין זה, חוששין לה שמא מתנה מסותרת היא ולא זכה המקבל ואפילו אי קנו מיניה. הגה: ואפילו תפס המקבל והחזיק במתנה מוציאין מידו. מיהו אם החזיקו אותו במתנה מעכשיו לא שייך בה סתם, ולכן אם כתב ליה בשטר מתנה לך וחזק ביה מעכשיו הוה ליה כאלו כתב כתבו בשוקא וכו' (עי' לקמן סעיף ז):

כל מתנה כו' - עיין בתשובת רשד"ם [הובא בש"ך לקמן סי' רנ"ג סל"ב], לא אמרו כל הדינים האלה בסעיף זו במטלטלין הניתנים מיד ליד כי אם בכותב שטר מתנה על מה שאינו נותן למקבל בידו (ש"ך האלשיך, רע"א הדרישה), מתנת שכיב שאמר לעדים שלא יגלו המתנה עד אחר המיתה אינה מתנה טמירתא וחלה, היכא דיהיב מנפשיה ואמר להו מחמת טענה איטמרו כדי שלא ישמע פלוני בני או קרובי בכי הרי מסתברא דלאו מתנה טמירתא, וכל ספק טמירתא, מעמידים את המתנה על חזקתו, ואין חילוק בין עניים להדיוטים (ש"ך, ורע"א המהר"י בן לב), כל שיש טענה למה נתן בסתר לא מיקרי מתנה טמירתא, והיינו היכא דמסתברא שאותו טעם היה לו, ושמעצמו בא ואמרו בלי דחיה (ט"ז).

בין של שכיב מרע - דוקא בשכיב מרע דהיינו תוך ג' ימים ראשונים לחלייתו דינו כבריא לענין זה, אבל אחר ג' ראשונים מיקרי נותן מחמת מיתה ודינא אחריןא אית ליה, וכמ"ש בסמוך סעיף ו' (סמ"ע).

צריכה שתהיה גלויה ומפורסמת כו' - כדי שיהא נראה שבעיני יפה נתנה (סמ"ע), אמר לעדים כתבו בסתר ותנו לו, אינה כלום, שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן, שאם נאמר שמתנה בסתר מועיל, יבא

הדבר לידי הפסד, שימכור אחר כן מה שנתן ויקחנה ממנו לפי שלא ידעו במתנה (קצה"ח).

כתבו בשוקא וחתמו בפרהסיא - עי' לקמן ס"ד שלא צריך שתהא הכתיבה מפורסמת, מ"מ עדיף טפי שתהיה מפורסמת, ותו דקיי"ל (לעיל סי' נא ס"ז) דעדי מסירה כרתי ויתפרסם בכתיבה לחוד (ט"ז).

לפיכך כל שטר כו' - לקמן סעיף ה' יתבאר דהאידינא אין לדקדק בזה בדיעבד (סמ"ע), המ"מ פי' דברי מקורם של השו"ע, מ"ש "קרקע", איננו שמתנת מטלטלין מסותרת קנה, ולולא דבריו, פי' דברי מקורם של השו"ע הוא דדווקא בקרקע דינו כך, שלא לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן, שלא ידעו במתנה ויקחנה ממנו, וא"כ גבי מטלטלין דמחויב להחזיר דמים שנתן משום תקנת השוק וליכא איבוד ממון רק שיוציאו ממנו החפץ, אפשר לומר דבזה לא תיקנו לבטל מתנה טמירתא (קצה"ח).

ואפי' אי קני מני' - כיון דסתם קנין לכתובה עומד (רע"א).

ואפילו תפס המקבל והחזיק במתנה - ואפילו החזיק במטלטלים מוציאין מידו (סמ"ע).

עי' שו"ע (ח"מ סי' רמב ס"ד): אם לא צוה לכתוב בפרהסיא וצוה לחתמו בפרהסיא כשר, ואע"פ שלא צוה ליתנו בעידי מסירה בפרהסיא כשר, ואם צוה ליתנו בעידי מסירה בפרהסיא כשר, ואע"פ שלא צוה כן על החתימה. וכן אם צוה על החתימה שתהיה בפרהסיא ולא צוה על המסירה:

ולא צוה על המסירה - פירוש, שלא צוה למסרו לו בפרהסיא (סמ"ע).

עי' שו"ע (ח"מ סי' רמב ס"ה): יש מי שאומר דהאידינא לא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למיכתב בכל שטרי מתנתא הכי. הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים, הילכך הוי כאילו אמר כתבוהו בשוקא וחתמוה בפרהסיא. ומכל מקום לכתחילה טוב לפרש בהדיא:

לא חיישינן לסתמא כו' - פירוש, אם לא אמר הנותן בפירוש לעדים "כתבו בשוקא וכו'", אלא אמר להם סתם "כתבו" (סמ"ע), דאמירת הנותן אינו מעכב, אבל מ"מ צריך שיהא כתוב בשטר וע"ל סי' ס"ה [ז"ל]: כל דבר שנהגו במדינה לכתוב, הן נאמנות, הן כתובה בשוקא, הן שאר שופרי דשטרי שנהגו הסופרים לכתוב, כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה, ואין צריך לפרש שיכתבו כל לישיני שפירי דאית ביה] וסי' ש"ך לעיל (סי' עא ס"ד ד"ה כיון שאינו מנהג) [אפילו אם יש עדים שאומרים שלא צוה כלום, כיון שהוא מנהג כאילו צוה, אבל אם לא ידוע ללוה מנהג, לא חשיב כאילו נכתב] (רע"א), מאחר וזה ספק, קשה להוציא הקרקע מחזקת הנותן, דאף שהוא ספק, ארעא היכי דקיימא תיקום, ולזה בודאי ראוי ונכון לפרש, והפשר יהיה נוטה יותר להנותן (פ"ת).

³² עי' שו"ע (ח"מ סי' רמב ס"ט): מי שהיו הדברים מוכיחים שאין דעתו ליתן מתנה זו, אפילו שנתנה מתנה גלויה ונמצא שנתנה מקודם מתנה מסותרת הרי שתי המתנות בטלו, הראשונה מפני שהיא מסותרת, והשנייה

מפני שהדבר מוכיח שאינו רוצה והרי קדמה זאת המתנה שנמצא כמו מודעה לה:

עי' שו"ע (ח"מ סי' רמב ס"י): מעשה באחד שרצה לישא אשה אמרה לו איני נשאת לך עד שתכתוב לי כל נכסיך, שמע בנו הגדול וצווח על שמניחו ריקן, אמר לעדים לכו והחביאו וכתבו לו כל נכסי במתנה ואחר כך כתב לה כל נכסיו, ונשאה ובא מעשה לפני חכמים ואמרו הבן לא קנה והאשה לא קנתה, שהרי לא ברצונו כתב לה וכאנוס בדבר הוא שהרי גילה דעתו במתנה הראשונה אע"פ שהיא בטלה מפני שהיא מסותרת. אבל אי לא היתה מתנה ראשונה הוי מתנה שנייה קיימת דלא מקרי אנוס גמור.

וכאנוס בדבר הוא שהרי כו' - דקדק וכתב דהוי "כאנוס בכ"ף הדמיון ולא אנוס גמור, ומש"ה הוצרך גם למודעה מתנה הראשונה. והטעם דלא נחשב לאנוס גמור דאנוסא דאתא מנפשיה הוא, דהרי אי בעי הוה מצי למיכף ליצריה ולא הוה נושא לההיא אשה, ולא מיכרי אנוס אלא כשבא לו מעלמא שהוא מוכרח לדבר זה, ומש"ה לא נתבטלה מתנה שניה אלא מכח גילוי דעת דמודעה הראשונה. ועי' לעיל ס"ח דלא אמרינן דמתנה מסותרת ראשונה היא מודעה לשניה, אלא דכאן נחשבה כמודעה בצירוף קצת אנוס דשניה (סמ"ע), כל אנוס שהאדם מביא על עצמו יש מח' אם חשיב אנוס או לא (ש"ך הראנ"ח).

³³ עי' שו"ע (ח"מ סי' רמב ס"ח): הכותב שתי מתנות על שדה אחת הראשונה מסותרת או סתם והשנייה גלויה ומפורסמת, אחרון קנה אפילו היתה הראשונה סתם. ולא אמרינן דהראשונה הוי כמודעה: אפילו היתה הראשונה סתם - פירוש, שלא אמר לעדים תכתבו וכתבו (סמ"ע).

³⁴ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמב ס"ב): נפל הכותל 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, אבל אם שמעון המסייע מודה שידע שהכניס ראובן בתוך שלו הוי חזקה אע"פ שלא ידע ראובן הבונה, וקנה המקום שהכניס לתוך של שמעון מיד.

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 ובתשובת נ' ל"ב סי' ל"ז וסי' ע"ג ובתשו' ר"מ אלשיך ס"ס י"ד בתשובת מהר"י ט' ק"ב וק"ו ועיין בתשו' מהרשד"ם סי' שכ"א מדין מחילה בטעות: (ש"ך).

כיון שהיה הסיוע בטעות - הרי 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 כאן שפיר קאמר רב נחמן כי היכי דאת לא ידעת הוא נמי לא ידע וא"כ הו"ל

לוה מפלוני שראינו ביחד, והואיל ונצטרפו ביחד בראיה והגדה הרי הן עדות אחת, וכיון שהכחישו עצמן בחקירות כל העדות בטלה, בין אם הכחישו עצמן בסתם, כגון כשחוקרין אותן באיזה זמן היה ואמר האחד בשלשה בחודש היתה ההלואה שראינו ביחד והשני אומר בחמשה בחודש, העדות בטלה אפילו בהרבה עדים ורק אחד מכחיש, אבל אם לא נצטרפו ביחד להעיד בתוך כדי דיבור מעיקרא, והשנים אחרים באו ואמרו עמנו הייתם בניסן רק באייר ראינו שלוחה, העדים חייבין לשלם מכאשר זמם והלוה חייב לשלם ההלואה שנית כשתובע שניהם. וכן כשמכחישין עצמן וכל אחד אומר על הזמן שהעיד השני עמו היה המלוה, או בשנים נגד שנים, חייב לשלם ההלואה אחת ממה נפשך. וכן באחד נגד שנים, אחד במקום שנים לאו כלום הוא. וכל שלא אמרו "לא כ", יש לומר בכונתם בהא שבאו יחד להצטרף, שרוצין להעיד כל אחד על הלוואה מיוחדת זה בניסן וזה באייר, ומתוך כך יצטרפו, ועל דעת זה באו להצטרף ולא להכחיש עצמן כלל, לכך בעינין שיאמר "לא כ", ופירושו של "לא כ", היינו שאומר שאותה הלוואה שנצטרפנו ביחד להעיד עליה, לא על הלוואת ניסן באנו רק על הלוואת אייר, מה שאין כן בדיני נפשות דעדות מיוחדת אין מצטרפין, על כרחך על מעשה אחד מעידין, משום הכי אפילו בלא אמירת "לא כ" הוי הכחשה. וכן אם לא אמרו קודם החקירות כלל, רק שאמרו העדות והחקירות ביחד, דהיינו שאחד אומר בפנינו הלוה פלוני לפלוני, והשני אומר לא כי אלא אותה הלוואה שראינו ביחד, ונצטרפו בראיה והגידו בתוך כדי דיבור על חיוב הלוה, רק שמכחישין עצמן בחקירות, כל העדות בטלה. אבל אם לא הגידו אחד בתוך כדי דיבור של חברו, או אפילו הגידו ביחד רק שאמרו שלא ראו ביחד, הרי הן כשתי כתי עדים, ואם מכחישין עצמן הרי הם כשתי כתי עדים המכחישות זו את זו. ולא בעינין בממון עדות שאתה יכול להזימה. מעשה בעדים שהעידו שביום ב' בשבוע קידש פלוני לפלוני, והשני העיד גם כן, רק שאמרו שניהן שהיה גם כן ביום השוק, וידוע לכל שיום השוק לא היה ביום ב'. כיון שכיונו היום ואחר כך אמרו שהיה ביום השוק, הרי הן כחוזרין ומגידים, ואין זה מבטל העדות, דאפשר שיודע באיזה יום בשבוע היה המעשה שמעיד עליו, רק שאינו זוכר באיזה יום היה הדבר המפורסם, דמילתא דלא רמיא עליה דאינוש הוא, וסובר שהדבר המפורסם היה גם כן ביום אותו, שהרי עינינו רואות שאינו זוכר אימת היה יום השוק, שהרי אומר ביום ב' ובאמת היה ביום ד'. וגדולה מזה, דאפילו זה אומר בעצרת וביום ב', וידוע שעצרת היה ביום ד', דלא נתבטלה העדות, דמחמת שטועה וסובר שעצרת היה ביום ב' אומר שהיה בעצרת, דעיקר חקירות אינן רק מה שדרשו בש"ס מקרא, דהיינו בכמה בחודש, וכל שאר דברים בדיקות מיקרי (נתה"מ).

חבית של יין הלוהו. נ"ב עיי' באה"ע סי' י"ז ס"ט ובח"מ וב"ש שם (רע"א).

והשני אומר של שמן היתה - אפילו לא אמר השני "לא כ", מיקרי הכחשה, דכל שמעידין סתמא אמרינן דאזמן אחד העידו, וכאילו אמר השני אותה הלוואה שאתה אומר דיין היתה אני אומר דשמן היתה. ואם האחד העיד על

מחילה בטעות, שהרי 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 ברוב 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 שמת אל לבי עד כעת ששמעתי קורא מפי ב"ד את השטר שותפות שכתוב בו שאין לשמעון זכות יותר רק ד' אמות, שמת אל לבי לעת עתה [ע"כ השאלה]. לכאורה אין בטענת ראובן כלום, מזה שראובן בעצמו ציין המקום, לא דיינינו 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).

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 ולא נהירא דבריו, דכיון דהוי הפקר ואם קדם אחר וזכה בו קנה, א"כ כאן עכ"פ כשנתוודע לזוכה, אם עשה בו קנין קודם המפקיר ודאי זכה בו, אלא העיקר דכשידע שנותן מה שהוא שלו, רק דטעה בדין כגון במוכר דבר שלא בא לעולם דבהיתירא אתי ליד זוכה מהני היאוש, אבל כאן דלא ידע המסייע כלל, הוי כלא ידע שנאבד ממנו וכיאוש שלא מדעת דמי, שהרי 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).

³⁵ לא כי אלא באייר וכו' - טעמו נתבאר ממ"ש דזמן ומקום הן הכחשה דחקירה שתלוי בהן הזמה, משום הכי עדותן בטלה ואפילו תבע את שניהן (סמ"ע), עיין בנחלת צבי בענין אם שתי כיתי עדים מכחישים זא"ז בכה"ג ע"ש (פ"ת), עיין סמ"ע סק" דאפילו שבועה נגד העד אין צריך וכו' ואפילו תובעו שניהם. ולפי זה אם היו הרבה עדים ושנים הכחישו לשנים, או בשלשה ואחד הכחיש לשנים בדרישות כהאי גוונא, והמלוה תובע שניהן, עדותן בטלה. וצ"ל דמיירי כאן שהעידו ביחד או בתוך כדי דיבור שפלוני

והשני אומר מנה לבן היה - כל מקרים האלה שנמנים מכאן והלאה קרויים בדיקות, שכן אין הזמה תלוי בהן וגם אינן מחולקין בגוף הענין, שהרי בשניהם מעידים על שם המטבע, וגם בדיוטא עליונה ותחתונה כל שיכולים לראות מזה לזה אינו חשבי הכחשה של חקירות התלויים במקום (סמ"ע).

וזה תובע שניהן - דאילו לא תבע לשניהן אז העד האחד מוכחש מפיו, ותו אין סברא לגבות על ידו בצירוף. אבל כשתבע כדברי שניהן, אף שהעדים מכחישים נפשם זה את זה, כיון דאין הכחשתן אלא בבדיקות, מוציאין מידו כדברי הפחות, דבכלל מאתים מנה, והו"ל כאילו שניהם העידו אמנה, אמנם כל זה לשיטת הטור, אבל המחבר, בנוי על הנמוקי יוסף הסובר שאם א' אומר מנה שחור וא' מנה לבן אין צריך לתובע את שניהם, וכן באומר א' ק' והשני ר' אין צריך לתובע את שניהם, ואם לא שמעידים בפירוש על זמנים מתחלפים (סמ"ע), [סמ"ע אות יא] ולא כמ"ש בע"ש. נ"ב ואנו זכינו לאורו חי' הר"ן על סנהדרין ושם מבואר טעם דיעה זו באר היטב (רע"א), ועיין ב"ח [סעיף ד'] מה שכתב בזה, וצ"ע (ש"ך), ויש חולקים על הסמ"ע בענין מנה ומאתיים בדעת המחבר (קצה"ח), עי' בקצה"ח (סי' עא סק"ה?) (רע"א), הרי דמצטרפי בהכחשת עדים בבדיקות הוא מטעם דלא דייקי, וכל מקום דאיכא הכחשה, מיישבים דברי העדים אפילו בדוחק כדי שלא לפוסלן, ואמרינן דלא דייקי וטעי. והרי דתלינן הטעות בעד האומר מנה, דאותו העד הוי כאילו מעיד שתי עדויות, עדות אחת, מעיד לחייב הלוח שלא היה פחות ממנה וזה מחייבו מנה. ועדות השניה, מעיד לסייע להלוח שמעיד שלא היה יותר ממנה, ועדות השניה הזאת, בא להכחיש העד האומר מאתים ולפטור את הלוח ממנה השנית, ותלינן הטעות בהעדות שמעיד עד המנה במה שאמר שלא היה יותר ממנה, כיון שהעד השני מעיד שהיה יותר ממנה שהיה מאתים, במקום הכחשת עדים תלינן בטעות, אבל במה שמעיד עד המנה שלא היה פחות ממנה דליכא מאן דמכחיש ליה, שהרי גם עד המעיד מאתים, מעיד שלא היה פחות ממנה, אם כן באותה העדות שמעידין שני העדים, דהיינו שלא היה פחות ממנה, מקבלין עדותן, שהרי איכא שני עדים שלא היה פחות ממנה, דבאותה עדות דליכא מכחיש נגדו לא תלינן בטעות, דיותר יש לתלות הטעות במה שאמר שלא היה יותר, דאיכא מכחיש כנגדו, מלתלות הטעות במה שאמר שלא היה פחות, דליכא מכחיש נגדו, ואדרבה, גם עד השני מסייע לו בזה. ועוד, דאין לתלות הטעות בבעל המאתים ולומר שלא דקדק בהסך, דאם כן לא היה לו להעיד, מה שאין כן כשתלינן הטעות בבעל המנה, אמרינן דדקדק שפיר שהיה מנה בודאי ולכך העיד במנה, ועל המותר לא דקדק ולכך לא העיד על יותר ממנה רק על מנה, מה שאין כן כשהתובע אינו תובע רק מנה ומורה באצבע שהעד האומר מאתים טעה, דהיינו שהיה הסך פחות שלא היה רק מנה וסבור מאתים, אין אנו יכולין לקבל אותו לעד כלל, דכמו שהיה יכול לטעות בין מנה למאתים, כמו כן היה יכול לטעות בין חמשים למאתים, ועד שידוע שטעה וסבור על סך מועט שהוא יותר, אין אנו יכולין לידע מעדותו כמה היה בו. ולפי זה במנה ומאתים כשתובעו שניהם אין צריך

חבית יין בניסן והשני על חבית שמן באייר, והוא תבע את שניהן, ולא אמר "לא כ", חייב ליתן לו הפחות. ובאומר "לא כ", זה פשוט דעדותן בטלה, ק"ו מאחד אומר מנה בניסן והשני אמר לא כי אלא מנה באייר, דמה שם דעדות שניהן בשוה אמנה, עדותם בטלה מכח "לא כ", ק"ו באחד אמר חבית יין ואחד אומר שמן דאין תביעתן שוה (סמ"ע), [סמ"ע אות ט] ואפי' שבועה. נ"ב ע' בס' המקנה לקדושין ד' ס"ה ד"ה ותסברא ע"א בהכחשה (רע"א), לשון היתה, מורה על אותו זמן גופיה שאתה אומר שהלוח לו של יין אני אומר שהיתה הלוחה של שמן, וממילא הוה כאומר בפירוש לא כי. ואף שבטור [סעיף ד'] לא כתיב תיבת היתה, מ"מ איירי במכחישו בבירור, וסמך על מ"ש קודם לזה בסמוך לו דמיירי בלא כי. ומ"ש סמ"ע ס"ק ח' דאפילו בלא אמר לא כי, אמרינן אחד זימנא מסהדי והוי הכחשה. לא נראה לענ"ד כן, ועיין הוכחתי לקמן בסעיף ג' (ט"ז), ויש חולקין על הסמ"ע, ואיירי כאן באומר "לא כ" (פ"ת).

עדותן בטלה - ר"ל ואפילו שבועה נגד העד אין צריך. ואף על גב דתובעו התובע שתייהן חבית של יין ושל שמן, מ"מ כיון דמחשב הכחשה בדרישה עדותן בטלה לגמרי (סמ"ע), ועיין באה"ע סימן י"ז ס"ט בבית שמואל ס"ק כ"ה, ועיין בתשובת נודע ביהודה חלק אה"ע סי' (ע"א) [ע"ב, בסתירת ההיתר הראשון] וסי' מ"ז מה שכתב בזה (פ"ת). שהרי הכחישו בדרישה - כל שהכחישו בגוף הענין דרישה מיקרי (סמ"ע).

מנה שחור כו'. מבואר בתוס' [ב"ב] בפרק חזקת הבתים דף מ"א [ע"ב ד"ה אתא] דעד כאן לא אמרינן שישלם הפחות אלא אם הוא בענין דעבידי למיטעי ביה, כגון בין מנה למאתים. ובפרק זה בורר [סנהדרין] דף ל"א [ע"א] מבואר דדמי חביות יין ושמן, הוה כמו אחד אומר מנה ואחד אומר מאתים, והנך נקראו בדיקות ולא מיפסיל אפילו אם מכחישים זה את זה בבירור. אך צריך לתת טעם למה הצריך רבינו [הטור סעיף ד'] שיתבע התובע שניהן ולא יכחיש אחד מן העדים, ואמאי יגרע הוא מהכחשת עדים זה את זה בבדיקות, דלא מפסיל בכך ונותן הפחות, וכן הוא באמת דעת נמוקי יוסף [שם ט' ע"א מדפי הרי"ף] כמ"ש הב"י [סעיף ד'] בשמו, וצ"ע על רבינו בזה. ותו שהרי בסימן (קמ"א) [קמ"ה טור סעיף ד' ומחבר סעיף א'] איתא באחד אומר אכלה חטיין ואחד אומר אכלה שעורין, דאין צריך שיאמר המחזיק שאכל שתייהן. ונראה לי דסברת הטור בזה, דאם היינו יודעים בבירור איזה שטעה, אף שהוא בבדיקות, מ"מ אין שם עדות עליו להוציא ממון על פיו, אף על פי שאין כאן פסול לדינא, מ"מ אין בהגדתו כדי לסמוך עליו, אלא כיון דכל אחד יש לו חזקה דכשרות, ואין בטענות זה שום פסול עליו, משו"ה כאן מוקמינן כל אחד אחזקתו שאמרינן שלא טעה. משא"כ באם התובע טען כדברי האחד ומורה על השני באצבע שהוא טעה, ודאי אין שם עדות עליו. אבל באמת אם אמר מנה הלוחיתו ואיני יודע אם שחור אם לבן, או שאמר סתם מנה הלוחיתו, אין צריך שיאמר בפירוש מה אותה המנה. וזה דומה לחזקה דחטיין ושעורין דשם אין המחזיק אומר כלום מה אכל, ואף על פי כן אילו אמר שאכל וכדברי האחד היה השני מפסיל לעדות זו על ידו לחזקה זו. כנלע"ד לדעת הטור (ט"ז).

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).

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 שנתיים הוי חזקה מטעם שכתב הסמ"ע ס"ק , דהכל יודעין דהבן בא מכח ירושת אביו ואין לו התנצלות וכו'. ה"נ כיון דאית ליה קלא שלקח כל שדותיו מהמוכר לו, והכל יודעין שהלוקח בא מכחו, אין לו התנצלות (נתה"מ).

³⁷ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט סכ"ח): 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 מחזיקין בשל אומנים.

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 כ"א, אמנם אפילו בדעת המחבר הוא דוקא במקום שדרך האומנין לישיב ולדור בתוך הבית או לזרוע בתוך השדה כשמתקנין אותן, אבל במקום שאין דרך האומנין בכך הוי אכילת פירות דידיהו חזקה, דלמה היה לו להניחו לאכול פירותיו, שהרי 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? עי"ש דברי (נתה"מ).

³⁸ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט ס"א): ראובן שאכל שדה שמעון שני חזקה וטען שהיא לקוחה בידו, והביא שמעון עדים שהיא ידועה לו, וכן הביא עדים שראובן ידוע שהוא שותפו או אריסו או אפוטרופוס ומפני זה לא מיחה, תחזור השדה לשמעון וישבע היסת שלא מכר ולא נתן, אבל אם לא הביא שמעון ראיה 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: שני שותפים בקרקע אחת ובא אחד והחזיק בקרקע שלהן, אע"ג דלגבי 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 צט ס"ג וכו"כ הב"י בשם הרשב"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).

לתבוע רק מאתים. מה שאין כן בדמי חבית יין ודמי חבית שמן כשאין מעידין על הסך, צריך לתבוע שניהם, היינו יין ושמן. דכשתובע רק אחד, דהיינו דמי חבית יין לחוד, ועל כרחך צריך לומר שהעד שמע חבית יין וטעה וסבר שמן, אין אנו יכולין לקבל אותו לעד כלל, דדילמא היה שכר וטעה שראה יין וסבר שמן, אבל כשתובע שניהם מיישבים דבריהם ואמרינן שהיו באמת שתי חביות יין ושמן, וזה דקדק על החבית יין ולא דקדק על החבית השניה ולכך אינו אומר רק מהיין, והשני לא דקדק רק על השמן ולכך אין אומר רק שמן. ולפי זה באחד אומר בפני הודה מנה ושני אומר שהודה מאתים, בעינן שיתבע ב' ההודאות, דאז אמרינן דזה דקדק על המנה וזה דקדק על המאתים, אבל כשאינו תובע רק הודאת המאתים, אז על כרחך העד שאומר ששמע ההודאת מנה טעה בשמיעתו, או אפשר ששמע פחות ממנה וטעה, שהרי מעיד על מה שלא שמע, מה שאין כן בראיית הלואה, אף שהיה מאתים מכל מקום ראו גם כן מנה. לא צריכים שיהיה תובע שניהם רק במקום שהכחשת התובע הוא נוגע בסך הממון בפחות ויותר, שאם הן משקרין לפני בית דין בכוונה הן פסולין לעדות, כגון במנה ומאתים או ביין ושמן, שהשמן הוא יקר מהיין, וכן צריך לומר במנה שחור ומנה לבן שמטבע ישנה חשובה מן החדשה, ואף אם נתלה בטעות שטעה שהיה פחות והיה סבור שהיה יותר, אין כאן עדות כלל, וכן אם הוא טועה ואינו יודע מה היה אם יין או שמן, נוכל לומר גם כן שהיה מין אחר, כגון שכר, וכן אם טועה במנה שחור, דהיינו מטבע ישנה, אמרינן כיון שטעה בנוגע לסך הממון בגוף צורת המטבע, אמרינן אימר היה מטבע אחרת שאינו עולה לסך מנה, ואין עדותן עדות, אבל כשמכחישין עצמן בבדיקות שאינו בגוף הממון, כגון מארנקי שחורה ומארנקי לבנה, אין צריך שיהיה תובעו שניהם, שהרי אפילו אם משקרין בכוונה לפני בית דין מאיזה ארנקי נתן לו, לא נפסל בכך, וכן אם טעה ולא דקדק בזה, אמרינן דמכל מקום בסך הממון שלא לגרום היזק לחבירו ודאי דמדקדק, רק מאיזה ארנקי שאינו עושה היזק לא דקדק. והנה הרי דצריכין שיתבע שניהם, היינו דוקא בעד אחד המכחיש לעד אחד, אבל כששנים מכחישין לשנים בבדיקות, אפילו אינו תובע אלא אחד חייב לשלם, כמש"כ הסמ"ע (סי' לא סק"ג), ועוד שהרי עדים שהוכחשו מפי הבעל דבר אין נפסלין לעדות אחרת אפילו נגד הבעל דבר, ומכל שכן כשהן רק מוכחשין מפיו בחקירות ובדיקות (נתה"מ).

בדיוטא העליונה - היא עליה הבולטת מהבית לצד רשות הרבים ובני רשות הרבים הולכין תחתיה (סמ"ע). והוא תבעו שניהם - במנה ומאתים, בתבעו מאתים סגי ומצטרפים לכולי עלמא, ובתבעו מנה י"ל דאין מצטרפין לכולי עלמא, דהעד שאומר מאתים מוכחש מפיו דאין בכלל מנה מאתים, (פ"ת).

מיישבין דבריהם - עיין בתשובות מבי"ט (ח"ב) [ח"א] סי' שי"ג (ש"ך).

³⁶ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמד ס"ג): אכלה האב שנה ומת וירשה הבן ואכלה שתיים, או שאכלה האב שתיים והבן שנה, או שאכלה האב שנה והבן שנה והלוקח שלקחה מהבן שנה, הרי זה חזקה והוא שלקחה בשטר.

שהוא שותפו או אריסו כו' - דלהני אין חזקה מטעם שיתבאר בסמוך סעיף ב', וסעיף כ"ה (סמ"ע).

אבל אם לא הביא שמעון ראייה כו' עד נאמן במיגו כו' - במיגו כי זה שהוא לאפטורי מממון כו"ע מודים, עי' בריש סימן צ"ג (סמ"ע).

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).

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, שהרי 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).

³⁹ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט סכ"ה): אריס לאביו של בעל השדה או לאנשי משפחתו אין לו חזקה, שכיון שהוא אריס של בתי אבות אין ממחין הבעלים בידו, אבל אם זה הוא שנעשה אריס תחילה, הואיל ואכלה כולה שני חזקה מעמידן אותה בידו, ואומרים לבעלים היאך אכל שנה אחר שנה ולא מחיתם בידו, אבל בעלים מחזיקין בשל אריסין. אריס לאביו של בעל השדה כו' - וי"א דאריס בתי אבות כו' פי' לעבוד כל השדות של המשפחה הן ואבותיהן ואין יכולין לסלקו (סמ"ע).

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, ואיך מניחין אותו לאכול כל הפירות כמה שנים זה אחר זה (סמ"ע).

⁴⁰ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט ס"ט): האיש שאכל בנכסי אשתו שני חזקה, אע"פ שהתנה עמה שאין לו פירות בנכסיה ואפילו התנה עמה כשהיא ארוסה שלא יירשנה, ואחר כך אכל ובנה והרס ועשה כל מה שעשה, וכן האשה שאכלה פירות בנכסי בעלה ונשתמשה בהם כחפצה כמה שנים, אע"פ שייחד לה שדה במזונותיה ואכלה שדות אחרות, אין אכילתן ראייה. הגה: ודוקא שלא הזיק גופה של קרקע, אבל חפר בקרקע בורות שיחין ומערות וכיוצא בהן שקלקל הקרקע והיא לא מחתה הוי חזקה, וכן חזקת ניזקין כגון פתיחת חלונות וכיוצא בו, יש אומרים דהוי חזקה.

אף על פי שהתנה עמה שאין לו פירות בנכסיה ואפילו התנה עמה כשהיא ארוסה שלא יירשנה כו', עד אין אכילתן ראייה - המחבר קיצר כאן שסכך 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 החציה 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 וכנ"ל, 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).

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 בורות, עיין בספר א"א דף פ"ז וע"ב (ש"ך).

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 ר"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 ה"א לעיל ס"ק , והוא שיטת הרמ"א, דבעל יכול לבנות ולהרוס, א"כ מאי זו חזקה שחפר בה בורות, הרי היכא דאין מחאה אין חזקה, וכו' 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 סימן ר"ב (קצה"ח), י"א דהוי חזקה מיד, וי"א דצריך חזקת ג' שנים, דבלא חזקת ג' שנים איכא ריעותא דהיה לו לזיהר בשטר. אך מ"מ קשה לי, דמשמע

מכאן דאף דאין ראיה 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 הרי יש לבעל פירות, דזה אינו, דפירות מבורות הרי 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, דזה פשוט 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 בכ"ה, 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 כאן שהבעל צריך לבורות, וכיון דקרקע זו אינה עומדת לבורות הוי קלקול לגבי האשה, מש"ה הוי חזקה, ובכ"ה ג אפילו בין אדם לחבירו הוי חזקה, דלא כסמ"ע ס"ק (נתה"מ).

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 בענינים 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 היזק 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. והרי 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).

כגון פתיחת חלונות וכיוצא - פירוש, כל הנזקין דכתב בסימן קנ"ג וקנ"ד וקנ"ה (סמ"ע).

⁴¹ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט ס"ג): ה"בן 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.

עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט ס"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.

⁴² עי' שו"ע (ח"מ סי' קצב ס"א): בחזקה כיצד מכר או נתן לו בית או שדה כיון שנעל או גדר או פרץ כל שהוא והועיל במעשיו הרי זה קנה:

בחזקה כיצד כו' - מנהג שנתקבל בטעות כאותו מנהג שנתפשט מחמת שחשבו שהדין היה נותן כך מתוך התקנה וטעו, לא אזלין אחריו, אבל מנהג שמפרש התקנה, כמו שפותח וסוגר רק מועיל במסירה מפתח, כל הולכים אחריו, וכל מנהג הוא שסותר דין תורה או התקנות הראשונות אז לא יוכל לסתור אפי' נתפשט בכל המדינה דודאי מנהג של טעות הוא וצריך לבטלו אבל כשהמנהג לא נפיק מיניה שום סתירת דין תורה ולא שום סתירת תקנה אז הדבר תלוי בהתפשטות המנהג (ש"ך □ התורת אמת), הרוגי מלכות שהמדינה לקחו קרקעם, או חזקתם בקרקע, ומכרם ליהודי, אין ליורשים טענה על הקונה, שכן בדין זכה בו (ש"ך □ התורת אמת).

מכר או נתן - בנה קרקע ע"י גוי, הוה חזקה אע"פ שאין שליחות לגוי אם דרך הכל לבנות ע"י גוי, שעל דעת כן הקנה וא"ל חזק וקני (רע"א), מי שמכר ביתו לשוכר שהיה דר בה, וכתב, שאפילו א"ל לך חזק וקני, כל שלא עשה השוכר בה דבר חדש שלא היה עושה בה תחילה, אפילו אם נועל ופותח אין זו חזקה, שכן היה עושה בה מתחילה, וי"ח (פ"ת).

והועיל - בסעיף ד' ה' ו' מפרש ואזיל הועיל דכל אחד, ומאי בא למעט דלא מיקרי הועיל דלא קנה בו (סמ"ע), בנה קרקע ע"י גוי הוי שליחות לגוי אם דרך הכל לבנות ע"י גוי דאדעתא דהכי מקני וא"ל חזק וקני (רע"א). מה שפורע הקונה לחופרים, הוי חזקה גמורה, כי מה לי חפר הוא ומה לי חפרו הם בשבילו, ואפילו שהגוי לאו בר שליחות כלל, ולגבי הגבהת פועל הן גוי הן יהודי יש להסתפק בו כיון דאין הפועלים מכוונים לזכות ללוקח, ונראה דלא קנה, ועי' נתה"מ קפ"ח ס"ב, דקנין הגבהה או משיכה או חזקה ושאר קנינים שנעשו ע"י פועלים גוים מהני כמו שעשה בעצמו, אבל ע"י שלוחים גוים לא מהני. וע"י פועלים מהני אם נתכוין בעצמו לקנות ע"י הקנין שעושים הפועלים אף שלא

שנים, לא קנה לא גוף האילן ולא גוף הקרקע עד שיעשה מעשה בגוף הארץ או יעבוד עבודה באילן הגה: לפיכך אם מצא שדה הגר חרושה וזרעה ולא כיסה אחר הזריעה וצמחה ואכלה לא הוי חזקה:

ושדה שמכרה הגוי לישראל כו' - לעיל סימן קצ"ד ס"ב וסימן רע"ד, דכל זמן שלא בא שטר הקניה מיד הגוי המוכר ליד ישראל הלוקח לא סמכה דעתיה, ודינו כשדה הפקר דאם קדם אחר לזכות בו קנהו, והרמ"א לא כתב אזה דבר, וסמך אמ"ש בסימן קצ"ד (סמ"ע).
בהלכות מכירה - בסימן קצ"ב ס"א, והיינו נעל גדר ופרץ ואינך דכתב שם (סמ"ע).

והחזיק בה באכילת פירותיה - עי' לקמן סימן קצ"ב סעיף י' - י"א, והרמ"א ס"א כתב שם דגבי מכירה לא קנאהו באכילת פירות או בהעמדת בהמות כי אם בדבר המהנה לקרקע, והרמ"א לא כתב כאן דסמך אמ"ש לעיל (סמ"ע).

עד שיעשה מעשה - אם באו ב' להחזיק א' נעל וא' גדר שניהם קנו, שכל אחד עשה בה מעשה גמור המועיל. נעלו שנים וגדרו שנים אינה חזקה [שהרי כל א' ביטל חזקת חבירו], בשניהם עשו גדר אחד זה גדר חציו וזה חציו, נמצא שלא הועיל מעשה אחד מהן בלא חברו ולא קנה אף אחד מהם (רע"א).

לפיכך אם מצא שדה הגר חרושה כו' - עי' לקמן ס"ב (סמ"ע).

⁴⁵ ואפילו נשתהא בידו זמן רב כו' - משום דשותפין לא קפדי אהדדי. ואף על גב דבזמן רב רגילין להקפיד, מ"מ כיון דניכר וידוע הוא דדבר זה בשותפות היה, עדיין הוא בחזקת של שניהן ואמרינן דלא קפדי עד שיוודע שחלקו (סמ"ע), וי"א דבאריכות זמן שאכן כן מקפידים עליו, יש להם חזקה זה על זה (ש"ך), שותף שאמר לפני מיתתו שכל הרכוש שבידו הוא של השותף, נאמן, ואינו חשיב כחב לאחריני, שלא נאמן בהודאתו במקום דחב לאחריני, בזה שאשתו מפסידה מכתובתה, וטעם שנאמן שבידו למסור לו בחייו (ש"ך הראג"ח), ויש חולקין שאין מיגו נגד חזקה זו, ואפילו לא חב לאחריני (ש"ך המהר"ט), הרי דק"ל דשותפין אין להם חזקה היינו בדבר הידוע לב' השותפין' ושהם שותפין עדין בו ושחברו השותף מכחיש טענת המחזיק אבל אי בציר חד מהני יש להם חזקה זה על זה אבל במקום שיש עדים שהיו שותפים ואינו ידוע לעד' כי כל מה שיש בחנות הוא בשותפו' דאיפשר שיש לא' מהם בחנות איזה דבר שהוא שלו לבד ואינו בשותפות כי כן מנהג השותפין לפעמים מניחים מה שאינו בשותפות בחנות שניהם ואם אח"כ הוציאו מהחנות והניחו בביתו וטוען שהוא שלו אפי' ששותפו מכחישו יש לו חזקה כיון שאינו ידוע לעדים דבר זה שהחזיק בו א' מן השותפין אם היה בכלל נכסי השותפות כי מה שהיתה קודם בחנות השותפות אינו ראה כדפרי' כיון שעתה ביד האחר (ש"ך המב"ט), ראובן שמעון ולוי שותפים וכל דברים שנמצאו תוך ארגז שיש ראה ברורה או עדות ברור שהיה של השותפים בחנות אעפ"י שנמצאו בארגז עם דברים אחרים אפילו ידועים של יהודה, מ"מ הדברים שאינם ידועים של יהודה אינם יוצאים מחזקת של שאר השותפין ואין יהודה יכול לטעון שלקחם

נתכוונו הפועלים. אמנם כשהפועל קונה מטעם יד [כגון שלא הגביה הפועל כלל את החפץ רק שנטלו בידו והחזיקו סמוך לארץ] לא קנה הבעה"ב כיון דיד פועל הוי חצר המהלכת. ומשיכת פועלים לא מהני רק כשמושכין לרשות בעה"ב, אבל כשמושך לרשות עצמו או לסימטא לא מהני אם אינו בר שליחות, ואם הוא בר שליחות זכה כו' (פ"ת).

עי' שו"ע (ח"מ ס' רמא ס"א): הנותן מתנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלין אין המקבל זוכה בה אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם, וכיון שקנה באחד מהדרכים ההם אפילו שלא בפני עדים קנה אם שניהם מודים, אבל בדברים לא זכה המקבל אלא כל אחד יכול לחזור בו, ואם אמר ליתן לחבירו מתנה מועטת אם חוזר בו יש בו משום מחוסר אמנה. הגה: וע"ל סימן רמ"ט ולעיל סימן רד סעיף ה. ראובן שאמר לשמעון בית לוי נתון לך, אע"פ שלוי מקבל קנין לקיים דבריו של ראובן אינו כלום:

הנותן מתנה - הנותן מתנה לזרעו של פלוני, אם יש לפלוני גם בנים ממזרים, אינם בכלל, דזרע פסול אינו בכלל זרע, וממזר בכלל (רע"א).

בין קרקע בין מטלטלים - וכן עבדים בדרך שנקנה בו (סמ"ע), ב"ד שקנסו אדם בטעות או שלא בצדק, והנענש נתן משכון על הקנס, מאחר ואין הקנס ראוי, אין כאן משכון, שבדבר שלא נתחייב אין שעבוד על נכסיו (ש"ך המהרש"ך).

אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם - והן מבוארים בדברי המחבר מסימן ק"ץ (סמ"ע).

אם שניהם מודים - שאין ענין של עדים נצרך בעניני קנינים אלא עבור שקר, פירוש, מחשש שמא לא יודו זה לזה (סמ"ע), הודאת בע"ד כמאה עדים אינה משום מתנה, אלא עיקר הטעם משום דהתורה האמינה לכל אדם על עצמו כמאה עדים על אחרים, ואינה מועילה במקום שמחייב אחר, ועיין מ"ש לעיל (סי' קכד ס"א ד"ה הנתבע) (קצה"ח).

מתנה מועטת - דאילו במתנה מרובה לא סמכה דעתו של מקבל מעולם שיתן לו הנותן מתנה מרובה כזו, וכמ"ש המחבר לעיל (סי' רד ס"ח) (סמ"ע).

ר"ד ס"ה כו' - דלא נקנה המקח מחמת המשכון הוא הדין בנותן מתנה והניחו למשכון עליו לא קנה (ש"ך).

אינו כלום - נראה דאף אם ראובן עשה קנין סודר לשמעון על הבית וכדרך הקנאות המתנות, אפ"ה אינו כלום, לפי שקנינו של ראובן היה בדבר שאינו שלו, וכיון דבמתנה דראובן לאו כלום היא, קניינו דלוי ג"כ לא חל כלל, שהרי לא קנה אלא לקיים דבריו של ראובן ודבריו של ראובן לא חלו (סמ"ע).

⁴³ עי' שו"ע (ח"מ ס' קנז ס"ב): הוב"ד לעיל הערה **Error! Bookmark not defined.**

⁴⁴ עי' שו"ע (ח"מ ס' ערה ס"ב): נכסי גר שאין לו יורשים, ונכסי ההפקר, ושדה שמכרה העכו"ם לישראל ועדיין לא החזיק בה, כולם דינם שוה כל המחזיק בהם בדרך מדרכי החזקה שנתבאר בהלכות מכירה קנה חוץ מאכילת פירות. כיצד, הלוקח קרקע מחבירו והחזיק בה באכילת פירותיה קנה כמו שנתבאר בסימן קצב, אבל בנכסי גר או נכסי הפקר אפילו אכל פירות האילן כמה

והשותף בשדה כו' - עיין לעיל סימן קע"ח סעיף ג' (סמ"ע).

כיווד ברשות כו' - עי' בסעיף שלפני זה שכתבתי בסק" דלא הוה דינם כיווד ברשות לגמרי לענין אם ההוצאה יתירה על השבח, וכן הדין ג"כ במוציא הוצאות על נכסי אשתו עי' לעיל סימן קע"ח ס"ג ד"ה ואין השותף (סמ"ע). ראובן שהיה לו בית שנפרץ, והלך למרחוק, ואמרו הקהל לסופר בנה בית לעצמך שלא יארע לנו נזק מבית ראובן וכן עשה, ואח"כ בא אחר וקנה בית ראובן מבת אשתו, ופסק דאע"פ שלא נודע בבירור שהבית הוא של בת אשתו של ראובן, מ"מ זה מיקרי יורד שלא ברשות ומוציאין מידו ונותנין למי שקנה מחורגתו של ראובן (סמ"ע).

⁴⁷ עי' שר"ע (ח"מ סי' לז ס"א): כל עדות שיש לאדם הנאה בה, פסול להעיד, לפיכך קרקע של שני שותפים, ובא האחר להוציא מתחת יד האחד, לומר שאותו שמכרה להם גזלה ממנו, אין שותפו מעיד לו עליה לפסול עידי המערער, ואפילו על חלק השותף לא יועיל עדותו, אלא אם כן סלק עצמו ממנה וקנו מידו שנתנו לשותף. ואפילו לא סלק עצמו עד לאחר הערעור, מהני, וצריך שיקבל עליו שאם יבא בע"ח ויטרפנה מיד השותף, ישלם לו דמיה. וצריך להתנות שאם יבא לחטפה ממנו בטענות אחרות לומר שהיתה גזולה בידו וכיוצא בזה, שאינו מקבל אחריות. אבל אם אין המערער טוען אלא על חלק השותף בלבד, כגון שטוען שמכרה לו השותף, יכול להעיד לו, שאז אינו נוגע בעדות כלל.

כל עדות שיש לאדם הנאה בה פסול להעיד - משום דחשדינן ליה בדבר שיגיע לו הנאה ממנו, וכמ"ש לקמן סעיף כ"א (סמ"ע וש"ך), עיין מ"ש בסימן ל"ד סק" דטעמא דאדם נאמן על עצמו אף על גב דקרוב הוא לעצמו משום דכן נתנה התורה נאמנות לכל אדם על עצמו אפילו יש בו כל הפסולים שהוא עבד או אשה ושפחה וגם אינו אלא אחד, אלא דהתורה לא אמרה על פי שני עדים יקום דבר אלא כשמעיד על אחרים אבל על עצמו נאמן הוא וע"ש. ועי' לקמן סק" יבואר ברוחב הענין הזה (קצה"ח), עיין סמ"ע וש"ך שהכריעו דטעם פסול נוגע הוא מטעם דחשוד לשקר, ולא מטעם קרוב, ונפקא מינה באם חתם בשטר עד שלא נעשה נוגע ונעשה אחר כך נוגע, דאי אמרינן דאינו פסול מטעם דנחשד לשקר, רק מטעם קרוב, אחרים מעידין על חתימתו, כמו בחתם בשטר עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו (עי' לקמן סי' מו סל"ה), ואם הטעם דנוגע הוא משום דחשוד לשקר, אפילו אחרים אין מעידין על חתימתו, כמו בחתם בשטר עד שלא נעשה גזלן (עי"ש סל"ד). והעיקר כהסמ"ע וש"ך דפסול מטעם חשד דהוי בעל דבר, וכמו דחשדינן לבעל דבר חשדינן גם כן לנוגע, וכל מקום שמעיד על ממון שלו אינו נאמן אפילו אומר לחובתו. תדע, שהרי מלוה שאמר על שטר שבידו שהוא פרוע אינו נאמן כשחב לאחרים (כדלקמן סי' מז ס"א), ואפילו יש עד אחד עמו אינו מצטרף להעיד, ואף שמעיד לחובתו לא נחשב עד,, אבל כשאומר להפסיד ממונו נאמן מטעם הודאת בעל דין ולא מטעם עדות, ובמקום שחב לאחרים דלא הוי הודאה, אף מטעם עדות אינו נאמן כלל, מה שאין כן בנוגע, כיון שמעיד לחובתו ונתבטלה הזכות שיש לו בנגיעה זו, שוב על

משאר השותפים או שניתנו לו במתנה ואפילו אם א' מהשותפים מסכים עם יהודה, שהמוציא מחבירו עליו הראיה אלא הרי הם בחזקת השותפין עד שיביא ראיה שלקחם (ש"ך המב"ט), בית הכנסת חשיב כשותפות, ולכן אפילו אם כמה טוענים שזה שלהם, או שנתנו יותר, ואפילו אם שתקו, כל זמן שלא שתקו בבית דין, אין בשתיקתם הודאה, והוא נשאר בחזקת כולם (ש"ך מהר"י לבית לוי), ועיקר כסמ"ע, ואם יש עדים שבא ליד השותף בפקדון מהשותף השני, ואיכא עדי ראה עכשיו, אינו נאמן, שהרי אפילו בחבירו שמקפיד בודאי מוציא מידו בדאיכא עדים וראה (נתה"מ), עיין מ"ש לעיל סימן קנ"ז סעיף ה' דלא איכפת לן כלל בזמן רב, שהיה כמו אומן (עי' לעיל סי' קלד ס"א) דלא חלקו (ט"ז).

פלג'י ליה בשוה - עיין מ"ש לעיל סי' ס"ב סק"ה [שאין חזקת מטלטלין לאשה שנושאת ונותנת בבית בעלה, אלא כל מה שנמצא בידה, חשיב כברשות בעלה] וסק"ד [שאח שמטפל בנכסיו אחיו היתומים, אין לו חזקת תפיסה במטלטלין, אלא הכל נחשב כביד כל הבנים] (ש"ך), ויש שלמדו מלעיל סי' קס"ד ס"ג, ויש שהקשו על זה, שאם כן יש להוכיח דאף דידענו דלאחד שתי שלישי ולא שלישי וזה אומר ב' שלישי שלי וזה אומר ב' שלישי שלי ג"כ הדין יתחלקו ועוד הקשה דיהא הדין דאותו החלק דפליגי עליו דהיינו מן פלגא עד שלישי בזה יהא יחלוקו (רע"א).

והוא דלא יכול למטען כו' - פירוש, דא"כ הוה נאמן במיגו (סמ"ע), נראה דבלא שהה יותר מהרגילות של כל אדם להשאיר דבר אצל השני, אפילו מיגו לא מהני, דכיון דברשותיה יתבי הוי כמיגו להוציא, אמנם מדברי שו"ע וכל הפוסקים משמע דמיגו מהני אפילו בלא שהה (נתה"מ).

אבל לאחר שחלקו - היינו דאיכא עדים שחלקו (נתה"מ חידושים), וי"א דבמטלטלין הידוע לשותפות אינו נאמן לומר חלקנו, ואף דשותפין נאמנים לומר חלקנו אף בתוך הזמן, אינו ענין לכאן, דשם בעובדא דידיה היו ראובן ושמעון שותפין יחד בסך ידוע שכל מה שיקנו אבנים טובות עד ה' שנים יהיה בשותפות, ואח"כ עשה שמעון מו"מ עם איש אחר בסחורה זו, וטען שכבר חלק עם ראובן, בזה יפה פסק דנאמן לומר כבר חלקתי השותפות מקודם עם ראובן וקניתי הסחורה לעצמי, דבזה לא שייך חזקת מרא קמא שהרי אומר שקנה לעצמו, משא"כ כאן דמיירי בסחורה ידועה שקנו ביחד, ואח"כ יצא מקצת סחורה מתחת יד אחד, דבזה ודאי אינו נאמן לומר חלקנו וזה נפל לחלקי כל היכא דאיכא עדים וראה, דאוקי הסחורה בחזקת השותפות ובחזקת מרייהו קמא כיון דאין להמוחזק שום מיגו. וכן שוטפין שא' יש בידו השטר הנכתב על שמו וטוען שחלקו נאמן, דשטרות הנכתבין על שמו עדיפא מן מטלטלין, וגם דאף גבי מטלטלין נוכל לומר דהמוחזק יכול לומר קים לי כהב"י דסוברים דיכול לומר כבר חלקנו (פ"ת).

⁴⁶ עי' שו"ע (ח"מ סי' שעה ס"ה): בעל בנכסי מלוג אשתו קטנה והשותף בשדה שיש לו חלק בה, כיווד ברשות הן ושמיין להם וידם על העליונה (וע"ל ס"ס קעח וס"ס תד): אשתו קטנה - דבקטנה עשו תקנה וכמבואר באה"ע סימן פ"ח סעיף י' (סמ"ע).

ממון אחר הוא מעיד ונאמן, דלא גרע מסילוק דמועיל. ומשום הכי הדין המבואר בסעיף ו' דאם שני שותפין הלוו לאחד ואמר שותף אחד שנפרע החוב, דחלקו נמחל מטעם הודאת בעל דין, ושוב על ממון אחר הוא מעיד, דאין לך סילוק גדול מזה, שהרי באמירתו נסתלק תיכף מחלקו, ועדותו כשרה על חבירו. וכן בשני לוויין כיון שבאמירתו נתחייב בחלקו תיכף, נאמן גם כן על חבירו דהוי כסילוק, ואין עדות רק על של חבירו. (נתה"מ), מוכח כדברי הסמ"ע ושי"ך מס' ק"ב ס"ט וע' שי"ך לקמן סי' ס"ו סקע"ב (רע"א), בתשו' רשד"ם סי' קי"א בחיר"ד כתב הרי ודאי נוגעין בעדותן כל עוד שרוצים לעמוד בחומרתן כי יש להם הנאה שלוקחים נקמת' ממנו וכו' וכ"כ במהריב"ל ח"א כלל ה' ע"ש (רע"א), אם חתם בשטר קודם שנעשה נוגע ונעשה נוגע, ברור לדינא דאין אחרים מעידין על חתימתו אא"כ ראו עדים את השטר קודם שנעשה נוגע, מיהו באיזה ענין אחר שיש נפקא מינה לדינא בין אי נימא דנוגע כקרוב ובין אי נימא דחשיד לשקר, יש להסתפק אי מצי המוחזק לומר קים לי כדעת האומרים שהוא כקרוב כו' ע"ש, ועיין בספר מראות הצובאות לאה"ע סימן י"ז בקו"א סעיף ג' שהאריך בזה, ועיין בתשובות נו"ב [קמא] חלק אה"ע סי' כ"ז ג"כ מזה (פ"ת).

פסול להעיד - בעיני הנאת ממון דוקא אבל שאר הנאה לא (קצה"ח).

ה"ג ובא אחד - ול"ג האחד בה"א (סמ"ע).

להוציאה מתחת יד האחד - לשון זה להוציאה, וגם ממ"ש אחר זה, משמע דבא להוציא כל השדה בתביעה זו שתבע לאחד מהן, לומר שאותה שדה שקנה עם חבירו גזולה היא ממנו. וכן הדין בכל דבר שאינו מחוסר גוביינא, ועיין מה שכתבתי (סי' קעו סכ"ה ד"ה כשהן [ז"ל: השו"ע: היה להם [לב' שותפים] תביעת ממון עליו ויצא השותף חייב [פי' שנתבטל התביעה]), אם לא היה שותפו בעיר יכול לתבעו פעם אחרת, היה בעיר אינו יכול לתבעו הגה: ודוקא כשהן התובעין אבל כשהן נתבעין ואחד טען, אינו מזיק לחבירו כלל הואיל ולא צוהו לטעון ולדון בשבילו. וכתב על הסמ"ע שמה שהרמ"א מחלק בין תובע לנתבע היינו דווקא בממון, שמחוסר גוביינא, אבל בקרקע שאינו מחוסר גוביינא, אם יצא חייב, אז אין השותף יכול לדון אחר כך. ([סמ"ע]), ודוקא כשהשותף בעיר דמזה מיירי התם, אבל אם אינו בעיר כלל אין מקבלין עדות שלא בפניו, כמו שאין מקבלין ביתומים קטנים אף שיש גם כן גדולים (נתה"מ).

שאותו שמכרה להם גזלה ממנו - וה"ה אם מביא שטר חתום בעדים שאותו שמכרה לו הוא חייב לו ובא לגבות מידו בשטרו, וזה בא לפסול עדי השטר (סמ"ע). ואפילו על חלק השותף לא יועיל כו' - הטעם, דמה שישאר ביד שותפו יהיה גם לו חלק בו כל זמן שלא חלק עמו לפני זה לגמרי. אבל אם חלק עמו לפני זה לגמרי, מעיד לו ואינו יכול לחזור ולומר חלוקתינו בטעות היתה (סמ"ע), מדברי הסמ"ע משמע דאם חלקו והמערער בא להוציא חלק השותף לחוד שהוא גזילה, אינו מעיד לו, דשמא יחזור עליו אח"כ השותף השני ויאמר חלוקתם היתה בטעות, שהרי אותו השותף השני אינו פוסל עדי המערער, ממילא יכול לומר כדן טרפו ממני והחלוקה

בטלה למפרע, אין לומר בטלה חלוקה אלא באחין דוקא מטעם שהם כדורשין, ואין הטעם משום חלוקה בטעות היתה, אלא כל שחלקו יכול כל אחד להעיד לחבירו בין אם המערער טוען על כל השדה בין על חלק אחד מהן, דאין לאחד אחריות על חבירו, ולא מיפסיל אלא בשלא חלקו, דכל מה שיקח המערער הם יפסידו שניהם, ולא הזכיר כלל מלקיחה מאחד ואח"כ יחזור הלוקח לגבות מהשני (ט"ז), דברי הט"ז וראיותיו נכונות דמשאמרין טעמא דדורשים כרעא דאבוהן משמע ממילא דבשותפין דלא שייך זה טעמא לא בטלה חלוקה, אמנם זה דוקא כשבא בע"ח ונטלה, דבזה בשעת חלוקה כדן היתה, וא"כ היה יכול בע"ח ליטול מזה כמו מזה, וא"כ אי לאו דדורשין כרעא דאבוהן ועליהם מוטל לפרוע חובת אביהם בשוה לא היה צריך להחזיר דכלקוחות שלא באחריות ניהו. משא"כ בבא נגזל והוציא חלק מאחד מהם ודאי בטלה חלוקה מעיקרא ואין לך טעות יותר מזה והוי חלוקה בטעות, דכל היכא שיש חיסור בגוף הקרקע בטלה החלוקה, וא"כ הסמ"ע כאן דמיירי מגזולה שפיר קאמר דהוי חלוקה בטעות (קצה"ח), כבר הארכתי בסימן קפ"ב [סק"ח?] דגם בגזילה לא נקרא מקח טעות רק מטעם אחריות. ומכל מקום נראה כדברי הקצה"ח, דאף שבשותפין שחלקו, אחריות מבעל חוב לאו טעות סופר הוא כיון דהספק הוא על זה כמו על זה, מכל מקום בגזילה כיון דצריך להחזיר גם הפירות גם בספק, ודאי דלא יכנס בלא אחריות, ומדברי הסמ"ע יש ללמוד, דשותפין שחלקו שדה ונשתדפה השדה ביד אחד, אין הבעל חוב של השותף שנשתדפה השדה בידו יכול לטרוף מחלק שביד השותף השני ולומר כיון דאחין שחלקו כלקוחות דמי ובעל חוב טורף מלקוחות, דזה אינו, דהן כלקוחות מטעם דאין ברירה, ואין ברירה הוא ספק, דיש לומר גם כן שכל אחד הגיע לו את שלו, ואם כן אין הבעל חוב יכול לטרוף מספק דכשגוף השעבוד מסופק, לכולי עלמא אינו גובה. ודע שהרי שכתב המחבר לפסול עדי המערער, אין הכונה להעיד על העדים של המערער לפוסלם בגזלנות, דבזה ודאי אפילו חלקו אין יכול להעיד, שהרי כשמעיד שהן פסולין הדבר נוגע גם לחלקו, שהרי אם יאמינו לו שהן פסולין אף חלקו לא יוציא המערער, והרי הוא נוגע בעדותו ואין בעדותו ממש, ועיין בסימן ל"ד בש"ך סק", דצריך לומר ולא שקיל מידי, דאל"ה הוי נוגע, ומכל שכן כאן, אך הכונה במה שכתב לפסול עדי המערער, דהיינו שבא להעיד להכחיש עדי המערער שהעידו שהמוכר גזל אותן השדות, ומעיד השותף שלא גזלן המוכר רק לקחן מהמערער, ומיירי שטוען על השדה שנפלה לחלקו שאינה גזולה, וגם מעיד בתורת עדות על השדה שנפלה לחלק השותף שגם כן לאו גזולה היא (נתה"מ).

אא"כ סילק עצמו ממנו כו' - פי' דסילק עצמו וכתב לשותפו שסילק נפשו מגוף חלק שדהו שיש לו בשותפות, ועשה על זה קנין (סמ"ע), אבל בלא קנין אף שכתב לו כן וסילק נפשו לגמרי לא אמר כלום, ועיין באבן העזר (סי' צב ס"א) (ש"ך).

ואפילו שלא סילק עצמו עד לאחר הערעור כו' - ולא חיישינן לקנוניא היכא דאין ריעותא לפנינו, כההיא דשטר חוב שנפל דלא יחזירנו אפילו אמר הלוה להחזירו, כמ"ש

לקמן (סי' סה ס"ו), דשם איכא ריעותא דנפילה (סמ"ע), עיין לקמן (סי"ח סק) כתבתי דליש פוסקים לא מהני סילוק אא"כ שסילק עצמו קודם שראה העדות, משום דבעינן תחילתו וסופו בכשרות (ש"ך), היינו כשראה העדות אחר שנעשה שותפו, כגון שראה שטר מכירה ביד המוכר [שלקח] מהמערער אחר שנעשה שותף, דהיה תחילתו בפסול, בעינן סילוק קודם שראה, אבל בעדות שראה קודם שנעשה שותפו דתחילתו בכשרות, אפילו סילוק אחר שראה מהני (נתה"מ).

ישלם לו דמיה - פירוש, להמקבל מתנה ישלם לאחר שיהיה במה לשלם [אבל אין לפרש שישלם ויסלק להבעל חוב, דזה זה פשוט דאם יהיה לו במה לשלם דלא יחזור על זה המקבל המתנה, דמחשב כמשועבדין במקום בני חורין], דאל"כ יש לחוש שמעיד לו כדי להעמידה בפני מי שיוודע שהוא חייב לו ואין לו במה לפרוע, וכדי שלא יהיה בכלל לזה רשע ולא ישלם ניחא ליה להעיד שקר ולפסול עדי המערער שהוא דבר של סתר שאין הבריות יודעים שמעיד שקר, ממה שיקרא לזה רשע ולא ישלם שהוא דבר הניכר לבריות. אבל אם קיבל עליו אחריות נגד זה השותף תו ליכא למיחש להכי, שהרי אם יפרע בו לבעל חוב ישאר חייב לזה השותף שקיבל עליו אחריות ויקרא נגדו רשע, ומה לי זה ומה לי זה (סמ"ע וש"ך), ודוקא שאינו מקבל אחריות רק לגבות מבני חורין ולא ממשעבדי, דאם מקבל גם לטרוף ממשעבדי יש חשש נגיעה, דאימר קנה שדה בין הבעל חוב ובין הקבלת אחריות, ומכרה אחר שקיבל אחריות, ולא קיבל אחריות נגד הלוקח, ואז הבעל חוב מוקדם לא יכול לטרופו מיד הלוקח, כיון שלא כתב להבעל חוב דאקני, ויטרוף מיד השותף, והשותף יטרוף מיד הלוקח שלא באחריות, ולא יהיה נגדו לזה רשע כיון שהוא שלא באחריות, ומכל מקום יש לחוש דילמא עשה השותף אפותיקי חלקו שהוא שוה מאה זהובים לבעל חוב בעד הק' זהובים, ואחר כך נתקלקלה השדה ואינו שוה חלקו רק נ' זהובים, ויצא חלק א' בגזילה מתחת ידו, ואז הבעל חוב יחזור על חלק השותף לגבות החצי, ואף שהחצי שתחת יד השותף אינו שוה רק נ' וממילא כשיטרוף החצי לא יהיה שוה רק כ"ה זהובים, ומכל מקום ינוכה על החוב סך נ' זהובים, שהרי אם תהיה כל השדה בידו אף שלא היה שוה רק נ' זהובים היה מנוכה כל המאה זהובים, שהרי אפותיקי מפורש הוא, וכשגובה החצי מנוכה חצי החוב, מה שאין כן אם תצא השדה בגזילה מתחת יד השותף גם כן, יהיה בעל חוב על כל המאה, ויהיה לזה רשע על כל החוב. דזו אינה קושיא, דאם תצא רק חצי השדה ממנו, אין הבעל חוב צריך לגבות שדה האפותיקי כשאינה שוה כדי חובו, כמו בקנה שדה בית סאתים (סי' קפב ס"ח), דהלוקח יכול לומר לסאתים אני צריך, הכי נמי יכול לומר כן בעל אפותיקי, וצריך לשלם לו כל חובו כשלא נשארה רק חצי השדה (נתה"מ).

וצריך להתנות שאם כו' - דאם לא כן זה פשוט דנחשב לנוגע בעדות זה, שהרי אם לא יפסול עדי המערער הללו יצטרך לשלם לזה השותף כיון שקיבל עליו אחריות נגדו. אמנם אין צריך להתנות תנאי זה אלא היכא שקיבל עליו אחריות סתם, אבל אם בשעת סילוק לא קיבל עליו

אחריות סתם, אלא אמר אם יבוא בע"ח לטרוף מידך אשלם לך, איכא לומר דוקא זה קיבל עליו דבעל חוב בא מצידו, ומהיכא תיתי לומר שיתחייב לו באחריות דשאר ערעורים דאינם באים מצידו, ואפילו אינו מתנה אלא שלא ישלם לו אחריות דמערער זה, ג"כ מעיד לו (סמ"ע).

⁴⁸ עי' שר"ע (ח"מ סי' לו סט"ו): ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות, ובא יהודה לערער על שמעון להוציאה מתחת ידו, אין ראובן מעיד לו עליה, אף על פי שאין עליו אחריות, הרי הוא רוצה שתעמוד ביד שמעון, כדי שיבא בע"ח של ראובן ויטרפנה בחובו, ולא יהיה לזה רשע ולא ישלם. (תהילים לז כא) (ודוקא שבא יהודה לערער מכח המוכר, אבל אם בא לערער מכח הלוקח שאמר שחייב לו, אז יוכל המוכר להעיד עליה).

ובא יהודא לערער כו' - אם מערער עליו ואמר שראובן גזלה ממנו, זה פשוט דראובן אינו מעיד לשמעון, דניחא ליה דלא לקרויה גזלנא, אלא אפילו אם מערער ואמר שראובן קנאה מגזלן, אפ"ה לא יעיד לו כו' (סמ"ע וש"ך), ועיין מ"ש לקמן סק" (ש"ך).

אעפ"י שאין עליו אחריות כו' - ואעפ"י ששמעון הלוקח מכיר שזו השדה היתה של ראובן ושל אבותיו מעולם, נמצא דאף אם שתק ראובן אין לו לשמעון עליו לא דמי הקנין שהרי מכרו לו שלא באחריות, וגם לא תרעומת שהרי מכיר ויודע שהמערער בא בעדות שקר, אפ"ה לא יעיד לו כו' (סמ"ע ונתה"מ), ויש חולקים וסוברים דלא חיישינן לתרעומת (ש"ך).

הרי הוא רוצה כו' - ואפילו אית ליה למוכר ארעא אחריתי דיכול להיות שיוודע שיש הרבה בעלי חובות עליו, או שמא עשה זה השדה אפותיקי מפורש לבעל חוב (ש"ך). כדי שיבא ב"ח של ראובן כו' - אפילו נשאר ביד ראובן שדה אחרת כדי דמי שדה זו, חיישינן שראובן המוכר יודע האמת שלו שחייב טפי מכדי שדה זו הנשארת. ועי' לקמן סק" (סמ"ע).

ויטרפנה מידו - ואפילו קנה השדה ומכרה מיד ולא לזה בינתיים, אפילו הכי חיישינן שמא לזה קודם שקנאה וכתב למלוה דאקני כו' (סמ"ע).

ולא יהא לזה רשע כו' - ולגבי שמעון הלוקח לא הוה לזה רשע כו' שהרי מכרה לו שלא באחריות (סמ"ע). אז יכול המוכר להעיד לו - הטעם, דבזה יכול בעל חוב דראובן לטורפה מיד זה המערער כמו שהיה טורף אם היתה נשארת ביד ראובן או ביד שמעון (סמ"ע).

⁴⁹ ואם עשו תקנה או שיש מנהג כו' - פרנסי הקהלות בכל המקומות דנין דיני קנסו' וקונסין ממון כאות נפשם ואומד דעתם ולוקחים הממון לכיס הקהל שהוא כאילו הטילוהו לכיס עצמם והם הם המרויחים אותו הממון הנקנס ואין מערער כיון שכך נהגו (רע"א חל"צ), כאן משמע שצריך להיות ידוע שעשו תקנה או שיש מנהג, אבל אם א"י שיש תקנה או מנהג פסולים לדון, ועי' לקמן (סי' לו סכ"ב), משמע דשוב א"צ לחקור אחר תקנה או מנהג. [ועמ"ש בזה סק"ד?]. ראובן שנשא אשה בעיר אחרת, ואחר נישואין מיד הלך לביתו שהיה דר בו מקדם, ואחר עשר שנים תבעו ממנו הקהל מקום חמיו לשלם להם סך מה עבור כל שנה, אך לזה התרצו אם יציית ראובן דין עמהם בעירם כו',

50 עי' שו"ע (ח"מ סי' לז ס"כ): האומר: תנו מנה לעניי עירי, אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאים ראייה מאנשי אותה העיר. במה דברים אמורים, כשהיו העניינים סמוכים עליהם ופוסקים עליהם צדקה, אפילו אמרו שנים מאותה העיר: אנו ניתן הדבר הקצוב עלינו ונעיד, אין שומעין להם, שהנאה הוא להם שיתעשרו העניינים האלו, הואיל והם סמוכים על בני העיר, וכן כל כיוצא בזה (ועיין לעיל סוף סימן ז' דיני מסים שבעיר).

אין דנין כו'. עיין בתשובות מהר"ל נ' חביב סי' קל"ד [השני] ובתשובות מהר"מ מלובלין סי' מ"ב: (ש"ך). שהנאה הוא להם כו' - עיין בספר תורת חיים פרק חזקת הבתים [ב"ב מ"ג ע"א] מ"ש על הרמב"ם והמחבר בזה (ש"ך), עיין מ"ש הרב דרכי נועם חו"מ סי' כ"ב ומה שדקדק מדברים הללו (פ"ת).

51 עי' שו"ע (ח"מ סי' קעו ס"ח): השותפין שומרי שכר הן, שאם נגנב או נאבד מהשותפות ברשות אחד מהם, חייב באחריותו. במה דברים אמורים, בזמן שכל אחד מתעסק בשותפות זמן ידוע, ונגנב לו בזמן שנתעסק בו. הגה: ודוקא שהתנו כן מתחלה, אבל אם א' אינו מחוייב להתעסק, רק עושה מנדבת לבו, אינו חייב בשמירת השותפות ולא הוא רק כשומר חנם. אבל אם התחילו להתעסק ביחד אפילו אם אחר כך נתעסק בו כל אחד לבדו, פטורים, דשמירה בבעלים היא ואם חייב בפשיעה עיין לקמן סוף סי' רצ"א ואם מתחלה נתעסק בו אחד לבדו, ואחר כך נתעסקו בו שניהם ביחד, ונגנב, הראשון חייב, שלא היה השני עמו במלאכתו כשהתחילה שמירתו, והשני פטור, שהראשון היה עמו במלאכתו כשהתחילה שמירתו. הגה: חלקו השותפות לגמרי, ונשאר ביד אחד מהן לפרוע לעובד כוכבים, ואבדו או נגנבו ממנו, אין חבירו חייב לשלם לו ההפסד. אבל אם נשאר גם כן לשני מן השותפות, הוא שמירה בבעלים וההפסד על שניהם.

שומרי שכר הן - דכל אחד עוסק ומשמר חלק חבירו בשכר שגם חבירו יתעסק וישמור את חלקו, ומה"ט אמרינן דהיינו דוקא שהתנו כן מתחילה, וכמ"ש הרמ"א בהג"ה, דאז הו"ל כשכרו זה את זה בתחילת השותפות (סמ"ע).

ולא הוא רק שומר חנם כו' - וי"ח והעיקר אפי' ש"ח לא הוי, דדוקא כשאמר שמור לי ואשמור לך, אבל כששמר א' בסתם, אפילו ש"ח לא הוי, ועוד השותף הוי שמירה בבעלים ופטור אפילו מפשיעה, ורק כשא"ל בפירוש שמור לי היום ואשמור לך למחר כו' (ש"ך), גוי חייב לשנים כסף, ונתן להם חפץ השוה יותר מזה, ונאבד להם, כל א' חייב לשלם היתר בשוה, אפילו אם א' מרויח יותר מהשני, ששניהם ש"ש, וזה אפילו אם זה היה אצל א' ונגנבה (ש"ך מהר"ם מינץ), שותפין שמת א' מהם, והשני לא הודיע לבית דין למנות אפוטרופוס, כיון שלא שאל את פי בית דין כדת מה לעשות בנכסי היתום הקטן אחרי מות אביו שנתבטל השותפות, חייב לשלם כל הפסד שיארע בנכסים, ואפי' הפסד דממילא שלא בא מחמת פשיעתו, שזה האיש שמעון הנז' לא הוי אפוטרופוס בשום גוונא, לא שמינהו ב"ד ולא שמינהו אבי יתומים, אפילו אם נרצה לומר שיהיה לו דין שותף גמור עם היתום, דמ"מ כל אנפין שוין דשותף יש לו דין שומר שכר וחייב אפילו בגנבה ואבדה, כל דלא שייך

וראובן טוען שהמה נוגעים ולכן רוצה לציית דין בזה בורר לו א' חוץ לעירם כו'. הדין עם ראובן בזה, ואף דמבואר דאם עשו תקנה או שיש מנהג שדייני העיר ידונו אף על המסים דינם דין, זהו שייך רק אם הוא מבני אותה העיר שקיבל תקנותיהם, משא"כ על בני עיר אחרת ודאי אינם נאמנים להעיד ולא לדון מפני שהם נוגעים כו'. אחד מעיר אחרת שרוצה לפסול דייני העיר לדון לו בעסק צואת חותנו, מחמת שראשי החבורה לקחו סך מעות וספרים מעזבון חותנו לצרכי העיר וכל העיר נוגעים בזה. טענתו טענה כי ע"פ הדין צריכים להסתלק, ואף שכתב בשו"ע ואם עשו תקנה או שיש מנהג בעיר כו' דינם דין, מ"מ י"ל דצריך שיהיה תקנה ומנהג ידוע. ועוד המנהג הזה לא נתפשט ואינו מוסכם. ועוד, דוקא על אותם שהם מבני העיר שקיבלו תקנה ומנהג שלהם, אבל על בני עיר אחרת ודאי אינם נאמנים להעיד ולא לדון, וא"כ בנ"ד שהאיש הנ"ל אינו דר בעיר זו ולא היה שם מעולם בקביעות, בודאי דלא חל עליו המנהג והתקנה, וגם אשתו אף שהיתה בילדותה בעיר זו, מ"מ כיון שזה כמה שנים שנסעה מעיר זו וקבעה דירתה בבית בעלה, בודאי דלא חל עליה תקנה ומנהג דעיר הנ"ל והוי כבני עיר אחרת. וגם אפילו אם היו כשרים לדון אותם, מ"מ כיון שיש לבעלה הנאה מהממון פסולים לדונם כמבואר בשו"ע סימן ל"ג סעיף ג' בהגה ובסמ"ע שם. ואין לומר כיון דאביה המנוח היה מתושבי עיר הנ"ל והצואה והממון הוא ממנו, חל עליו תקנות ומנהג העיר, דזה אינו, כיון דעיקר הדין שייך לגבי בתו וחתנו היורשים (פ"ת), לא מקרי מנהג אלא בתלתא זימני ונתברר שעשו כן לקבוע המנהג, ואין לומר אפילו יש מנהג קבוע לדון לפני דייני עיר מ"מ בשכבר הסיעו עצמן למקום אחר ונתפרדה החבילה הותר התקשרות המנהג, שהרי היו שותפים, ואין להיפרד מהשותפות אם לאו במקום הפסד, וכל זמן שלא הוכיחו שיש הפסד הם בחזקת השותפות (פ"ת חוות יאיר), מי שנסמך בסמיכת חכמים להורות ולדון, אף שלא נתקבל בשום עיר לרב ולדיין יוכל להורות ולדון, אך בענין מסים ושאר צרכי הקהילה אשר מדינא דייני העיר המה כנוגעים אלא שכבר נהגו, א"כ אם יש רב בעיר שאינו נושא בעול ואין לו שייכות עם שום אחד מהם רק נוטל פרנסתו מקופת הקהל, זה פשוט שהוא כשר לדברים כאלה מדין תורה יותר מן ת"ח האחר הדר שם, ומכ"ש כשזה הדר שם נהנה מאיזה בעלי כיסים או נשכר להם למלמד, זה פשוט שיוכלו האחרים לומר אין מרוצה לנו כ"א רב הקבוע בעיר (פ"ת), קהל ששכרו מהשר מס שנותנין הקצבים, וטוענים הקצבים מה להם להרויח לעשות סחורה בשלנו, ואנחנו ניתן להשר סך שהתפשרו הקהל עבורנו, ורוצים הקהל לדון בזה לפני דייני עירם, והקצבים אומרים שהם נוגעים. הדין עם הקצבים שדייני העיר נוגעים, ואם הקהל יתלו במנהג לומר שהתקינו ביניהם שדייני העיר ידונו על עניני המסים, מ"מ אין זה סתם מסים רק חילוק שכירות מהשר מי שישכור, ואין תקנות סתם מסים כולל ענין זה. פי' אע"פ שתיקנו על דיני המסים, היינו מי שחייב במס ומי שפטור וכדומה לזה שהדין הוא על המס גופיה, משא"כ משפט זה דאין זה משפט מס רק כמו כל טוען ונטען בעולם, ואין זה בכלל התקנה (פ"ת).

לפוטרו מטעם עמו במלאכתו. ובודאי דשותף זה לא שייך דינא דעמו במלאכתו, כיון שהוא בעצמו הלך ונתעסק בנכסים בלי שום הודעה לב"ד ולא לקרובי היתום, לאו דינא ולא דינא דיד היתום על העליונה, ונטל חלק בשבח שהשיבו הנכסים, ואפילו בשבח שבא מחמת טורח השותף שמעון זה הנז', וכל שכן בשבח שהשיבו הנכסים מעצמם, והפסדים שהפסיד, מלתא דזה פשוט שעל שמעון מוטל להתחייב בכל ההפסד (ש"ך מהרש"ך), אם מתחלה נשתתפו סתם לשאת ולתת בכל מיני סחורה אז דרך השותפין לקרב התועלת ולהרחיק ההפסד וכל אחד יש לו כח לעשות כל מה שהיה נראה לו תועלת השתפות ולא מפסיד במה שלא מודיע לשותפו, ויטול אחיו חלק בריוח כפי חלקו במעות אמנם אפי' שמה שעשה עשה לתועלת השתפו' אם הדבר משונה ויצא ממנהג ודרך הסוחרים אז נקרא ודאי פושע, אם אינם שותפים מתחלה אלא לסחורה ידועה אין חילוק בין שכיון לתועלת ובין שכיון להפך דסוף דבר כל המשנה ידו על התחתונה דפושע הוא כיון דשינה וכל ההפסד שיש רגלים לדבר שבא מצד השנוי מוטל על המשנה אמנם אם התחילו יחד אז אם נגנב אחר כך, הרי במתחיל הוא שמירה בבעלים אמנם במקרה ששנים השתתפו יחד ושכרו מכונה לעשות דבר, ועשו מה שרצו, ומכרוהו, וחלקו שכרם לשנים ושמו מעות המשכיר של המכונה על הצד, וא' מהשותפים לקח שכר המשכיר לשלם לו, ונאבד בדרך, אין השותף השני אחראי על זה, והשותף הראשון חייב בכל, שכן לא נשאר להם עוד שותפות יחד כי אם מעות השכירות אמנם אם כשלקח השותף אותם המעות ונתנם בכיסו היו גם ביד השותף השני מעות או עבודה או שאר דבר שהוא מענין השותפו' [נמצא] שגם השני שומר בחזק' שתייהן ונפטר מאחריות משום שמירה בבעלים ולא משנה בין אירע האונס באותו דבר שהתחילו להתעסק ובין שהיה בדבר אחר כיון שהיה מענין השותפות (ש"ך רשד"ם), וי"ח דודאי כשכל אחד מתעסק בהחצי בביתו. וכיון דשותפין נעשו שכירין זה לזה, וכל אחד מחויב להתעסק בחלקו ולשומרו, ודאי דהוי שומר, דבכל חלק החצי שלו והחצי של חבירו וכל אחד מחויב לשמור חלקו וחלק חבירו, ואפילו שומר שכר נראה דהוי, שהרי שכירים זה לזה הן אפילו בלא אמר שומר לי ואשמור לך למחר. משא"כ כאן מיירי המחבר שהכניס הכל לביתו, לא הוי שומר כלל, שלא קיבל שמירה על חלק חבירו כלל, דיכול לומר לחבירו היה לך לבוא ג"כ לשומרו, וכשאינ אתה שומר חלקי גם אני איני מחויב לשמור חלקך, ובזה כתב הש"ך דלא הוי שומר כלל (נתה"מ), ועיקר כדברי הרמ"א ואפילו קים לי לא יכול למטען (פ"ת).

התחילו להתעסק ביחד - פירוש, בשעה אחת, אף שכל אחד מתעסק בביתו (ט"ז), נראה דאם מתחילה בחודש ניסן לקח כל אחד חצי לביתו להתעסק בו ולשומרו, ואח"כ בחודש אייר התנו שיהיה כל אחד מתעסק בכל הסחורה חודש שני, ודאי דלא הוי שמירה בבעלים על החצי שלקח מהשותף השני לביתו, כיון שבחודש שני לקח החצי שהיה מונח בבית השני לביתו להתעסק בו לשומרו, הוי משיכה חדשה שלא בבעלים על החצי השני, והוי שמירה שלא בבעלים וחייב לשלם רביע מכל הסך, כי על חצי שהיה

בביתו מכבר לא נסתלק ממנו שמירה בבעלים, רק על חצי השני נעשה שומר שלא בבעלים, משום הכי משלם רביע מהסך כדמוכח בסימן שמ"ו סעיף י"ד, אלא ודאי דמיירי שהיתה כל הסחורה של שותפות בחנות המשותף ושמרו שניהם יחד בחודש ניסן, ואח"כ בחודש אייר התנו שישב כל אחד בחנות חודש אחד ואח"כ ישב השני בחודש השני, בזה אתי שפיר מה שפסק דפטור, דאין כאן לא משיכה חדשה ולא קבלת שמירה חדשה, שהרי מקודם היה ג"כ חייב לשמור הכל כדין שותף (נתה"מ).

אפילו אם אח"כ נתעסקו כו' - שותפין בעסק שהתנו בתחלת השיתוף שיעסוק כל אחד בחדשו, ונגנב ממעות שותפות אצל אחד מהשותפין בחדשו, ובתחלת השותפות היה בעלים עמו, אלא שכבר כלתה השאילה בבעלים קודם שבא לידו, עכ"ז הוה שמירה בבעלים ופטור (קצה"ח), וי"ח דכל זמן שאין לו מה לשמור, מה בכך שנתחייב בשמירה, ודאי דכל שלא היתה התחלת השמירה בבעלים לא הוי שמירה בבעלים (נתה"מ).

הראשון חייב כו' - דכשנגנב בשעה שנתעסקו שניהם ביחד, אזי אינו חייב הראשון אלא רביעית מהסך, דבשעה דנתעסקו בו יחד השמירה היה מוטל על שניהם בשוה, אלא שהשני פטור מגניבה בהחצי שהיה מוטל עליו שמירתו, אבל עכ"פ על הראשון לא היה מוטל אלא שמירת החציה, ומאותו החציה החצי שלו, והחצי השני דהיינו רביעית מכולו עליו לשלם לחבירו. אבל אם אחר שעסקו ביחד ונפרדו זה מזה חזר ושמרו הראשון ונגנב מידו, אזי ודאי חייב לשלם לחבירו חצי שלו מכולו, ואם נגנב בשעה שעסק בה השני אח"כ לבדו, פטור בכולה מחבירו (סמ"ע), ועיין לקמן סי' תי סל"ז (ש"ך), וי"ח דאם נגנב בשעה שעוסקין ביחד, שניהם סובלים ההיזק בשוה כל אחד, שלא קיבל עליו שמירת חלק חבירו באותה שעה. אבל, אם נגנב בשעה שעוסק הראשון לבדו, אז ישלם הוא לחבירו כל חצי שלו, ואם בשעה שעוסק השני לבדו פטור מן הראשון (ט"ז), עוד אפשר לקיים דברי הסמ"ע שכתב בעוסקים שניהם, דהיינו שעוסק כל אחד בהחצי בביתו, דבזמן זה השני פטור כשנגנב אצלו החצי דהוי שמירה בבעלים, ואם נגנב גם אצל הראשון החצי שהיה בביתו, חייב לשלם להשני החצי מהסך שהיה אצלו דהיינו רביע מכל הסך. ועוד אם התנו תחילה שיעסוק כל אחד בחדשו, והתחיל ראובן להתעסק בחודש ניסן, ונתרצה שמעון והשאל עצמו לראובן שיעסוק עמו בחדשו, וא"כ ראובן בחדשו דינו כשומר שכר שהרי התנו בתחילת השמירה שיעסוק כל אחד בחדשו, והוי כשומר לי ואשמור לך למחר דהוי כשומר שכר, ושמעון שהשאל עצמו בחנם הוי שומר חנם, דאז ודאי חייב ראובן בכל, או יש לומר דנפקא מינה לענין פשיעה, ולפי דברי הש"ך סימן צ"ו סק"ב דמפשיעה לא נתמעטו. וא"כ ה"ה אם שכר ראובן את שמעון שיעסוק עמו בחדשו, אפ"ה פטור שמעון דהוי שמירה בבעלים ודמי לקטן (נתה"מ).

שם - ראובן שכר סוס משמעון על חודש אחד, ואחר יום אחד שכר אהוב"א דבריהם בת שמעון עצמו עם כל הסוסים שיש לו על ב' חדשים, ויהי בהיותם בדרך נגנב הסוס האחד ששכר תחילה. פטור ראובן, דאע"ג דהתחלת

השכירות היתה שלא בבעלים, מ"מ כיון שאח"כ הוה שכירות מחדש והוא בבעלים, שהרי שכר בעליו עמו, ומפקיע השכירות שהיתה בלא בעלים (ט"ז).

חלקו השותפות כו' – פשיעה בבעלים בשותפים פטור, אבל במקום שהוא היזק ממש, או שבאותו ענין לא נתעסקו יחד, והזיק הוה כל דבר שיוצא ממנהג השותפין (ש"ך תורת אמת), הך שמירה שייכא לשמירה שהתחילה בעוד השותפות קיימת, ואז הוה כל אחד שומר שכר לחבירו, א"כ תימה להי ג"כ שמירה בבעלים, כיון שבתחילה היה השותף הב' ביחד. ואין בידי לישב, אלא אם אותו שנשאר בידו היה מתעסק תחילה קודם השותף הב', נמצא דשם לא היה על אותו שותף שום שמירה בבעלים בשעת התחלת השמירה דוקא, וכאן לא נפסקה השמירה הראשונה שהיתה שלא בבעלים, וצ"ע (ט"ז), דלא גרע משומר שכר שכלה זמנו דלא הוי רק שומר חנם כמבואר לקמן (סי' שד ס"ו), ומיירי אפילו אם נתעסקו שניהם ביחד, דבין אם נתעסקו בחנות המשותף לשניהם, וכיון שמשך האחד לביתו מחנות המשותף שיחזיקנו בביתו עד שיופרע להגוי לא הוי שמירה בבעלים, דכיון שמשכו לשומרו לבד הוי משיכה חדשה להעשות שומר שלא בבעלים, ועוד, דמתחילה לא נעשו שומרים זה לזה כלל, כיון ששמרו שניהם כל אחד לא שמר רק של עצמו, וכן אם היה מתעסק כל אחד בחצי שלו בביתו וחלקו, ואח"כ נתן אחד לחבירו מעות מחלק שלו להשני לפרוע להגוי, הוי משיכה חדשה. כל שותפין, כשלוקח הכל לעצמו כשהוא מעות נראה דהוי שומר שכר, כיון שיש לו היתר תשמיש ועסק במעות של חבירו מרויח גם לו, אבל בחפץ כה"ג נראה דלא הוי שומר שכר, אם לא שנשאר ביד מי שמחויב לשמור בחודש זה בשכר ששמר חבירו חודש העבר (נתה"מ).

⁵² עי' שו"ע (ח"מ סי' לז סי"ז): ראובן שגזל טלית או שדה משמעון, ובא יהודה וערער על ראובן, ואמר: שדה זו או טלית זו שלי היא, אין שמעון יכול להעיד שאין זו השדה והטלית של יהודה, שהרי שמעון רוצה להעמיד שדה זו או טלית זו ביד ראובן, מפני שאפשר שנוח לו להוציאה מיד ראובן יותר מלהוציאה מיד יהודה. וכן אם מכר ראובן השדה הגזולה, או הורישה ללוי, ובא יהודה לערער על לוי, אין שמעון מעיד שאינה של יהודה. ואם מכר הטלית הגזולה ללוי, ונתתיאש שמעון ממנה, ובא יהודה לערער [על לוי], אם מת ראובן, שמעון מעיד עליה שאינה של יהודה, שהרי אין טלית זו חוזרת לשמעון לעולם, שכבר קנאה הלוקח ביאוש ושינוי רשות וכבר מת ראובן הגזול, ואין לו ממי יטול דמיה. אבל אם עדיין ראובן קיים, אין שמעון מעיד אף על הטלית, שהנאה היא לו שלא תעמוד ביד יהודה, כדי שיביא ראה שראובן גזלה וישלם דמיה. וכן אם היתה הטלית ביד יורשי ראובן, אין שמעון מעיד עליה, מפני שסופה שאם תעמוד ביד היורש לחזור לו. וכן כל כיוצא בזה. ואפילו כשמת, דדוקא שלא הניח אחריות נכסים, אבל אם הניח אחריות נכסים, חייב, ונמצא שזה נוגע בעדות. והאידיא דתקינו רבנן לבעל חוב למגבי אפילו ממטלטלי דיתמי, אף על פי שמת הגזול ולא הניח אחריות נכסים, אין הנגזל מעיד לו, דאכתי נוגע בעדות הוא. הגה: וכל זה ששמעון לא בא להעיד רק שהשדה או הטלית אינו

של יהודה, אבל אם בא להעיד שהוא של ראובן, בכל ענין יכול להעיד, שכיון שהודה על הדבר שהוא של ראובן, שוב אינו יכול לערער עליו ולומר שהוא שלו, ואינו נוגע בעדות.

ראובן שגזל טלית או שדה משמעון כו' - י"א אפילו אין אנו יודעין בודאי שגזלה ממנו ראובן אלא ששמענו ששמעון מתרעם עליו קודם לכן איך שגזלה, אפ"ה מחשבינן ליה לנוגע בעדות, וי"א דאינו מחשב נוגע אלא כשידוע לנו שיש לשמעון עדות שיכול להוציא מראובן בדין (סמ"ע וש"ך).

שאפשר שנוח לו להוציאה מיד ראובן כו' - בכלל זה "נוח לו", הוא גם כן הניחותא דשמא שכשיבוא ליד יהודה אף שיהיה לשמעון עדות שהיתה שלו שראובן גזלה ממנו, מ"מ לא יוכל להוציא מיד יהודה שיש לו ג"כ עדים שהיא שלו ושמעולם לא היתה של שמעון, וה"ל תרי ותרי וישאר הקרקע ביד יהודה שיהיה אז מוחזק בו (סמ"ע).

וכן אם מכר ראובן השדה כו' - כאן דקדק לכתוב "השדה", משום דבשדה לא שייך יאוש ולא קנאה ביאוש ושינוי רשות, משא"כ בטלית, וכמ"ש אחר זה. אבל אם הוא עדיין ביד ראובן דליכא שינוי רשות, הוה ברישא שדה לטלית (סמ"ע).

ואם מכר הטלית כו' ונתתיאש - י"א צריך להיות היאוש קודם שינוי הרשות, עי' לקמן סי' שנג? וסי' שס"א? (סמ"ע), והרבה חולקים וסוברים כ"א הזה, נגד המחבר, עי' דברי סי' שנג סק"ד? (ש"ך), ועי' דברי שם סק"ג? (נתה"מ). שם - כיון שכבר קנה אותו ביאוש ושינוי רשות קנה אותו לגמרי אפילו יחזיר לו המוכר מעותיו (ש"ך). ונתתיאש שמעון ממנה - משמע דהיינו בידוע שנתתיאש, אבל בסתמא לא הוי יאוש, והיינו כמו שכתבתי לקמן (סי' שסח סק"ב?) (ש"ך).

אם תעמוד ביד היורש לחזור לו - מפני שרשות יורש לא מיקרי שינוי רשות, משא"כ כשתבוא ליד יהודה, והמערער טוען שלא היתה מעולם של שמעון לא יוחזר לו אף אם יביא שמעון ג"כ עדים, וכנ"ל סק" (סמ"ע). חייב כו' - פירוש, ונמצא חיוב תשלומין דגזילה דראובן נשאר על נכסיו שהניח אפילו לאחר מותו, משום הכי מחשב שמעון נוגע בעדות זו (סמ"ע).

והאידיא דתקינו רבנן כו' - עיין לקמן (סי' קז ס"א) (סמ"ע), היינו כשהניח עכ"פ נכסים מטלטלים, וכדלקמן (סי' שמא ס"ד, ועיי"ש בש"ך סק"?, וסי' שסא ס"ז), אבל כשלא הניח כלום אין חייבים לשלם כלום מנכסיהם וכדלקמן (סי' קז ס"א), והלכך מעיד (ש"ך).

אבל אם בא להעיד שהוא של ראובן וכו' - עיקר הטעם שלא יהיה לזה רשע בפני הבריות, כמו שכתב הש"ך לעיל סק", וכאן כיון שהודה שהשדה של ראובן, ואם כן הבעל חוב שלו כשלוקחה בחובו מיד ראובן בגזל לוקחה, ואינו נפטר מחובו נגד הבעל חוב, והרי הוא לזה רשע ולא ישלם בעיני הבריות, ואדרבה, הבריות יאמרו שעל ידי שהוא רשע ואינו משלם לבעל חוב, גרם להבעל חוב שיהיה גם כן גזולן שיגזול השדה מראובן (נתה"מ).

שכיון שהודה - אין להקשות אמאי לא יוכל לומר אח"כ שלא הודיתי אלא שלא יקחנה המערער, וכהיא דסימן מ"ז [סעיף א'] בשטר אמנה שיכול לומר לדחות בעל חובו כו'.

ל"ש שאני שם דכיון ששטר חוב בידו הסברא נוטה דלא נפרע עדיין והוא אומר כדי לדחות בעל חוב שלו, כנלע"ד (ט"ז), הנוגע אינו יכול להעיד לא לחוב ולא לזכות, ועי' דברי לעיל (סי' לד סק"ד, ולעיל סק") דנוגע אינו פסול משום משקר אלא משום קרוב וא"כ הוא פסול בין לזכות בין לחוב, אלא על עצמו דנאמן הודאת בעל דין הוא משום התורה נתנה נאמנות לכל אדם על עצמו אפילו עבד וגזלן ושפחה וכמ"ש לעיל (סי' לד ס"ג), וא"כ לאחרים אינו מעיד כיון דקרוב הוא. והרי שאמרינן דהיכא דאסהיד שהוא של ראובן הוי עד, היינו משום דכל שמודה שהוא של ראובן א"כ אפילו יש לו עדים שהוא שלו הרי הוא פוסל לכל העדים ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים, א"כ תו ליכא דין קרוב כלל שהרי אינו שייך לשדה זו כלל ולא גרע מסילוק, אלא דכל זמן דאסהיד דלאו יהודא אמרינן דהוי נוגע כיון דיש לו עדים שהוא שלו ויוכל להוציא ועי' מ"ש לקמן (סי' קכא סק"ד?) (קצה"ח).

⁵³ עי' שו"ע (ח"מ סי' קיג ס"א): אין בעל חוב טורף מהלקוחות אלא בקרקע שמכר או נתן הלוה, אבל מטלטלין שמכר או נתן אינו טורף, אפילו היו בידו בשעת הלוואה, ואפילו התרה המלוה בלקוחות שלא יקנו מטלטלי הלוה, אין המלוה טורף מהם, ואם נתנם במתנת שכיב מרע, המלוה טורף מהם, כמו שיתבאר בסימן רנ"ב. ואם שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי, יכול לטרוף המטלטלין מהלקוחות, כמו שהוא טורף קרקע, אפילו מכר הקרקעות קודם שיקנה המטלטלים. והוא שכתב לו: דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי, או יכתוב שהוא משעבדם לו מעכשיו.

אבל ממטלטלין שמכר כו' - דמטלטלין לית להו קלא לשיעבודא ולא ידע הלוקח ליזהר מלקנותם (סמ"ע), עי' מ"ש לעיל (סי' קז סק"ב?) (ש"ך).

ואם נתנם במתנת שכ"מ - משום דאין מתנת שכיב מרע חלה עד לאחר מיתה והשעבוד הוא עתה עוד בחיים. ועיין לקמן (סי' רנב ס"א) (סמ"ע).

ואם שיעבד לו מטלטלים אגב קרקע כו' - כבר נתבאר דין זה לעיל (סי' ס"א?) (סמ"ע).

יכול לטרוף המטלטלין כו' - מאחר ואין לברר בקלות אימת באו המטלטלים לידו ויש מקום להלוקח לומר הבא ראייה שהיו המטלטלין הללו ביד המוכר בשעה שלוה ממך, לכך נהגו דבכל שעבוד מטלטלי אג"ק לשעבד ג"כ בדאקני (סמ"ע).

אפילו מכר הקרקעות קודם כו' - היינו דוקא אם היו לו הקרקעות אז בשעת השעבוד, דאז משעת כתיבה חל שעבודו. ועוד כיון דהיה להלוה קרקע בעת ההלואה והשעבוד, ואם היה רוצה היה יכול לטרוף הקרקע מיד הלוקח, והוה כאילו הקרקע עדיין ביד הלוה לשעבד לו אגבן המטלטלין, דהרי ודאי המלוה מזכה לו אותה קרקע לטובתו כדי שיקנה לו אגבה (סמ"ע), עיין בתשובת מהר"ט סימן קכ"ג (ש"ך), וי"א שאף הכותב דאקני קודם שיקנה יכול לחזור בו, ומ"מ מודה הוא ז"ל דכל שלא חזר בו ודאי חייל שעבודה משעה ראשונה ועי' מש"כ לעיל (סי' קיב סק"ג?), אמנם לא נדע הרבותא דנקטי במכר הקרקעות קודם שקנה המטלטלין, שהרי אפילו היה לו בידו הקרקע

מכל מקום כל שקנה הקרקע קודם המטלטלין ותיכף חל שעבודו עליו ושעבוד מטלטלין עדיין לא חיילא שהרי לא באו לידו ואח"כ כשבאו המטלטלין לידו ליתיה לאגב קרקע כיון שכבר נשתעבד לו הקרקע, ולא משכחת שעבוד מטלטלין אגב קרקע אלא כשבאו לידו בבת אחת קרקע ומטלטלין (קצה"ח).

והוא דכתב לו כו' - אדלעיל קאי, דבכל שעבוד מטלטלי אגב קרקע צריך לכתוב לו כן דלא כאסמכתא, ומטעם שאכתוב בסמוך (סמ"ע).

דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי - מפני שיעיקר שעבוד המלוה הוא על הקרקעות ושעבוד מטלטלי אג"ק אינו אלא כמו ערב שאם לא יפרע מהקרקע יפרע מהמטלטלין, לכך צריך לכתוב דלא כאסמכתא לגלות שדעתו סומכת על המטלטלין כמו על הקרקע (סמ"ע).

ודלא כטופסי דשטרי - פירוש שנכתב לשם שעבוד גמור ולא שטופס שטרות כן הוא (סמ"ע).

או שיכתוב לו שהוא משעבד לו מעכשיו - עי' לקמן (סי' רז ס"ד) ד"במעכשיו" לחוד סגי, ועיין מ"ש לעיל (סי' נה ס"א), ולקמן (סי' קלא ס"י, וסי' רז ס"ד) (סמ"ע).

⁵⁴ עי' שו"ע (ח"מ סי' קיז ס"ג): עשה שורו אפותיקי, ומכרו, אין בעל חוב גובה ממנו. וכן שאר המטלטלים, מפני שאין להם קול. ואפילו עשאו אפותיקי בשטר, ואפילו ידע הלוקח שעשאו אפותיקי, דלא פלוג רבנן.

עשה שורו אפותיקי ומכרו - הוא הדין אם נתן במתנה אין בעל חוב גובה ממנו (סמ"ע), ויש חולקים דבנתנו במתנה דלא שייך פסידא דלקוחות בע"ח גובה הימנו דאין יכול ליתן מה שמשועבד לאחרים, אבל במקום אחר נראה אחרת, וצ"ע (קצה"ח).

אין בעל חוב גובה ממנו - מעיקר הדין היינו דוקא בדלא שיעבד לו מטלטלי אגב קרקע, וכדלעיל (סי' ס"א, וסי' קיג ס"א), מיהו כבר כתב המחבר (שם ושם) דנהגו שלא לגבות מטלטלי המכורים אפילו בכי זה גוונא משום תקנת השוק דלא ירצו לקנות שום דבר (סמ"ע).

ואפילו עשאו אפותיקי בשטר - הטעם, דמטלטלי לאו בני שטרי נינהו, משום דהלוקח לקחם אותן מיד לביתו, ואין כאן שעבוד קרקעות להיות עומד לזכרון ע"י השטר (סמ"ע).

ואפילו ידע הלוקח כו' - כגון שהיה עד באותו מלוה, ואפילו התרה המלוה בלקוחות ואמר להם אל תקנו מטלטלי הלוה, אינו גובה מהן, מפני שלא חל עליהן שעבודו כלל (סמ"ע).

⁵⁵ עי' שו"ע (ח"מ סי' קיז ס"ה): עשה עבדו אפותיקי, אפילו בסתם, ומכרו, בעל חוב גובה ממנו, מפני שיש לו קול.

עשה עבדו אפותיקי כו' - אפילו האפותיקי בעל פה רק שההלואה היתה בשטר וי"א דנראה אפילו ההלואה בעל פה משום דהעבד מוציא קול, ולדבריו צ"ל דיש עדים שלא פרע כגון שאומרים לא זזה ידו כו' או שהוא תוך זמנו וי"א דצריך שיעשנו אפותיקי בשטר (ש"ך).

מפני שיש לו קול - י"א דעבד הרי הוא כקרקע ויש לו קול שעשאו אפותיקי והלקוחות אפסידו אנפשייהו, משא"כ פרה וטלית (סמ"ע).

⁵⁶ ויש חולקין - עמ"ש לעיל (סי' ס סק"ב?) וגם לקמן (סי' רט סק"ז?) (סמ"ע), ועיקר כהיש חולקין, דכיון דיכול אדם לשעבד נכסיו מה שיקנה אחר כך היאך נאמר שיוכל לחזור במה שכבר שעבד והרי זה לא הלוא לו מעותיו אלא מפני ששעבד לו "דאקני", וא"כ זה שרוצה לחזור בו ישלם לו מעותיו שהלו' לו או יקיים מה ששעבד לו וכן אם מכר לו שום דבר ושעבד לו על האחריות נכסים שיקנה כיון שזה לא קנה אלא מפני ששעבד לו דאקני והוא אינו יכול לחזור מגוף מכירה גם משעבוד דאקני א"י לחזור, ועיין בתשו' מהרי"ט סי' קכ"ח (ש"ך), ו"א שאין הכרעה של הש"ך עיקר, וכיון ד"שיקנה" עבידי דאתי, א"כ באומר "מה שאקנה ישתעבד לך", תיכף משקנה, חל השעבוד על השדה, וכיון שכבר נשתעבד למלוה א"כ ממילא כשמכר אח"כ ללוקח חוזר המלוה וטורף שהרי כבר נשתעבד לו, ואין המכירה שמוכר ללוקח הוא סיבת השעבוד אלא סיבת השעבוד הוא מה שקנה אח"כ השדה ובא לידו ואז תיכף משתעבד למלוה וממילא כשמכרו אח"כ טורף המלוה ממשועבדים שלו וצ"ע, ועיין מ"ש לקמן (סי' קטו סק"ז?) (קצה"ח), ויש דעיקר שיכול לחזור בו כל זמן שלא קנה (נתה"מ).

⁵⁷ עי' שו"ע (ח"מ סי' לז סט"ו): ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות, ובא יהודה לערער על שמעון להוציאה מתחת ידו, אין ראובן מעיד לו עליה, אף על פי שאין עליו אחריות, הרי הוא רוצה שתעמוד ביד שמעון, כדי שיבא בע"ח של ראובן ויטרפנה בחובו, ולא יהיה לזה רשע ולא ישלם. (תהילים לז כא) (ודוקא שבא יהודה לערער מכח המוכר, אבל אם בא לערער מכח הלוקח שאמר שחייב לו, אז יוכל המוכר להעיד עליה).

ובא יהודא לערער כו' - אם מערער עליו ואמר שראובן גזלה ממנו, זה פשוט דראובן אינו מעיד לשמעון, דניחא ליה דלא לקרויה גזלנא, אלא אפילו אם מערער ואמר שראובן קנאה מגזלן, אפ"ה לא יעיד לו כו' (סמ"ע וש"ך), ועיין מ"ש לקמן סק" (ש"ך).

אעפ"י שאין עליו אחריות כו' - ואעפ"י ששמעון הלוקח מכיר שזו השדה היתה של ראובן ושל אבותיו מעולם, נמצא דאף אם שתק ראובן אין לו לשמעון עליו לא דמי הקנין שהרי מכרו לו שלא באחריות, וגם לא תרעומת שהרי מכיר ויודע שהמערער בא בעדות שקר, אפ"ה לא יעיד לו כו' (סמ"ע ונתה"מ), ויש חולקים וסוברים דלא חיישינן לתרעומת (ש"ך).

הרי הוא רוצה כו' - ואפילו אית ליה למוכר ארעא אחריתי דיכול להיות שיודע שיש הרבה בעלי חובות עליו, או שמא עשה זה השדה אפותיקי מפורש לבעל חוב (ש"ך).

כדי שיבא ב"ח של ראובן כו' - אפילו נשאר ביד ראובן שדה אחרת כדי דמי שדה זו, חיישינן שראובן המוכר יודע האמת שלו שחייב טפי מכדי שדה זו הנשאר. ועי' לקמן סק" (סמ"ע).

ויטרפנה מידו - ואפילו קנה השדה ומכרה מיד ולא לזה בינתיים, אפילו הכי חיישינן שמא לזה קודם שקנאה וכתב למלוה דאקני כו' (סמ"ע).

ולא יהא לזה רשע כו' - ולגבי שמעון הלוקח לא הוה לזה רשע כו' שהרי מכרה לו שלא באחריות (סמ"ע).

אז יכול המוכר להעיד לו - הטעם, דבזה יכול בעל חוב דראובן לטורפה מיד זה המערער כמו שהיה טורף אם היתה נשארת ביד ראובן או ביד שמעון (סמ"ע).

⁵⁸ עי' שו"ע (ח"מ סי' רצו ס"א): המפקיד אצל חברו שלא בעדים נאמן לומר לא היו דברים מעולם, אע"פ שאין הנפקד אמוד שיהא לו חפץ כזה והמפקיד נותן בו סימן. ואפילו הפקיד אצלו בעדים אם לא ראו עתה בידו נאמן לומר החזרתיו לך או נתתו לי במתנה. ואפילו אם טוען הפקדתי בידך חטים וזה אומר החזרתי לך והלה אומר והרי כך וכך היו ונתתם בחבית פלונית ונמצא כדבריו אפילו הכי נאמן הנפקד לומר החזרתי לך את שלך ואלו אחרים הם אפילו הפקידם בעדים, אבל אם עדים מעידים שהפקיד בידו זה החפץ ורואים אותו עתה בידו, אינו נאמן לומר חזרתי ולקחתי ממך או נתתו לי במתנה. ולא מבעיא אם הוא חי שמוציאין אותו מידו, אלא אפילו אם מת מוציאים אותו מהיורשים אפילו בלא שבועה. הגה אמר המפקיד חפץ פלוני הפקדתי בעדים בידו שסימנו כך וכך ואנו רואים ביד היתומים חפץ כזה, צריכין להראותו לעדים ואם עדים מעידים אותו שהוא זה מחזירין אותו, ואם אמרו היתומים אבינו אמר שלו הוא נאמנים בשבועה ולא עוד אלא מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימנים מובהקים ונמצא הפקדון כמו שאמר, והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד שזה הפקדון שלו, יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו, והוא שלא יהיה המפקיד רגיל להכנס אצל זה שמת, אבל אם היה רגיל להכנס אצלו שמא של אחר הוא והכיר הסימנים שלו. באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד אין מוציאים מיד היתומים בעדותו, שאין זה ראיה ברורה ואומדן דעתם אינו אומד דעתו ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו. ומשרבו בתי דינים שאינם הגונים ואפילו יהיו הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ובעלי בינה, הסכימו רוב בתי דיני ישראל שאין מוציאים מהיתומים באומד דעתו של דיין. החזיר פקדון על פי בית דין, ואחר כך נודע שטעו, הנפקד פטור.

נאמן לומר להד"ם - פירוש, אפילו ראו עדים עתה בידו והכירוהו בטביעות עין, יכול לומר להד"ם שהפקדתו בידי, אלא לקחתיהו מידך או מיד אחר שקנהו ממך (סמ"ע).

אף על פי שאין הנפקד אמוד כו' - דיש מתרושש והון רב (משלי יג ז), או מציאה מצא (סמ"ע).

והמפקיד נתן בו סימן - פירוש, ואפילו אינו רגיל אצלו (סמ"ע), פי' סימן מובהק. ובסי' מובהק אפילו ליכא עדים כלל נאמן לומר להד"ם, אבל אינו נאמן לומר החזרתי, וזהו חפץ אחר, אפילו שאפשר שיזדמן א' כזה, וע"כ הוצרכו לומר דיש עדים, דאל"כ היה נאמן במגו, ולא הוי מגו במקום עדים שהרי אפשר להזדמן, אבל כשיש עדי פקדון אמרינן דלא ניחא ליה למטען לקוח, כיון שיש עדי פקדון ממש, ולכן אינו נאמן במגו. אבל סי' מובהק שאינו נמצא כלל, כגון שכתוב שמו עליו, שאין כיוצא בו בעולם כלל, דבכי זה גוונא, אפילו בלא עדים אינו נאמן לומר אחר הוא, רק נאמן לומר להד"ם או החזרתי או לקוח. ואפי' הפקיד אצלו בעדים והעדים מכירים שזהו החפץ שהפקיד בידו, אם לא ראו עתה בידו קודם שירד לדין והיה נאמן לטעון החזרתי לך, וכן נאמן ג"כ לטעון לקוח או מתנה במגו

ויש לו חזקה דאין אדם מעיז, אפילו להראות אין צריך כשטוען החזרתי ואלו אחרים הן. והטעם שהוא לא אמוד שיהיה לו חפץ כזה לא מהני רק נגד טענת לקוח, דודאי שיש מתרושש והון רב, מ"מ כיון דלא אמוד אין לחוש ללקוח, דאם היה לוקח דברים חשובים כאלה ודאי דהיה משתמש בהן, דאין אדם לוקח כלים אלא להשתמש בהן, ואם היה משתמש בהן היה נתפרסם, וגם ע"י שקונה נתפרסם והיה מחויב להיות אמוד, וכיון דלא אמוד לא חיישינן ללקוח. אך עדיין יש לחוש דילמא ירש מאבותיו או מציאה מצא ולא רצה להשתמש כדי שלא להשביע עצמו, ובזה מועיל מה דיהיב סימן וע"כ הוא שלו, ואין לחוש רק ללקוח וזה מבטל מה דלא אמוד, משא"כ בדבר שיש בו סימן יועילו שני הטעמים להוציא אף שטוען לקוח, לזה כתבו דהוא בעצמו מצי טעין לקוח (נתה"מ).

ואפילו הפקידו אצלו בעדים - דהמפקיד בעדים אין צריך להחזיר בעדים (סמ"ע).

או נתנו לי במתנה - פירוש, כל זמן שלא ראוהו בידו קודם ירידתו לדין, נמצא דבשעת ירידתו לדין אי בעי לא היה מראהו לב"ד אלא היה אומר החזרתי לך והיה פטור, לכך גם כשאמר לפני ב"ד הרי הוא בידי והוא זה אבל נתנו לי במתנה נאמן במיגו. וה"ה דיכול לטעון לקוח הוא בידי במיגו דהחזרתי לך (סמ"ע).

ואלו אחרים הן כו' - וה"ה דנאמן לומר אלו היו שלך ולקחתיהן מידך או נתתיהן לי במתנה במיגו דהיה אומר אלו אחרים הן (סמ"ע).

ורואים אותו עתה בידו - מיירי אפילו אם עדי הראיה הללו אינם העדים שהפקיד בפניהם, מצטרפין העדויות יחד ומוציאין מידו (סמ"ע).

מוציאין אותו מהירושין - פירוש, ולא טענינן בעד היורשין אילו היה אביהן חי שמא היה מברר בעדים שקנאהו מידך. והטעם, דלא טענינן בעד היורשים טענה דאינה שכיחא. וכיון שכן, לא מיבעיא כשראו העדים החפץ ביד היורשין קודם שבאו לדין דהו"ל עדים וראה, דגם אביהן לא היה נאמן בכי זה גוונא לטעון לקוח הוא בידי, דמוציאין מידי היורשים, אלא אפילו לא ראו העדים החפץ ביד היורשים אלא שהמפקיד טוען חפץ פלוני הפקדתיו כו' עד צריכין להראותו לעדים כו', ואף שאביהן בכי זה גוונא לא היה צריך להראותו לעדים, שאני אביהן דהיה טוען טענת ברי, אבל אנן לא טענינן בעד היורשים טענה שאינה שכיחא, ומשו"ה צריכין להראותו לעדים, ואם יכירוהו הו"ל כעדים וראה לפני הדין, ומוציאין אותו מיד היורשין ומחזירין אותו ליד המפקיד, אם לא שגם הן טוענים ברי (סמ"ע).

ומ"ש ואנו רואים כו' - פירוש, הכל רואים בסימנים הללו בידן אבל אין מכירים אותו בטביעות עין שהוא שלו, לכן מזקינים אותו להראותו לעדים והן יכירוהו בטביעות עין (סמ"ע).

מחזירין אותו - מיירי אפילו אם אבי היורשין היה אמוד להיות לו חפץ כזה, מ"מ כיון דיש לזה עדים שהפקידו בידו, מוציאין מידם בסימנים שהוא נותן. ומ"ש המחבר אחר זה דבעינן שלא יהא אמוד ולא יהא רגיל, מיירי דוקא כשאין להמפקיד עדים שהפקיד בידו (סמ"ע), ויש חולקים דבעינן

דהחזרתי. ואפי' אם טוען הפקדתי בידך כך וכך חטים או שומשמיין בחבית פלוני ויש עדים שהפקיד בידו כך וכך בחבית פלוני, וראו עתה קודם לדין כדבריו, אפי"ה נאמן הנפקד לומר החזרתי לך את שלך ואלו אחרים הם, שאין זה ס' מובהק ואין זה מכחיש העדים. אבל אם טוען אלו היו שלך ולקחתיו ממך או נתתים לי במתנה, אינו נאמן במגו דהחזרתי, שאין זה מגו טוב שירא לומר החזרתי כיון שראו כיצא בזה בידו. וה"ה בכל דבר, אם העדים ראו כיצא בזה בידו ואין בו סימן מובהק, נאמן לומר החזרתי ואינו נאמן לקוח במגו דהחזרתי, שאין זה מגו טוב. אבל אם אין ג"כ עדי פקדון, יכול לטעון מתחלה במכירה בא לידי, ואם יש ס' מובהק דינו כטביעת עין, לפיכך אם העדים שמעידים שהפקיד חפץ זה בידו אינן מכירים אותו רק בסימן מובהק, וכן העדים שראו עתה אומרים ידענו בסימן מובהק זה שכלי זה היה של פלוני, מוציאין אותו ממנו ואינו נאמן בשום טענה, אפילו הוא אמיד. ואם אין עדים שראוהו בידו בס' מובהק, יכול לטעון החזרתי לך ואין בידי כלל. ולכך נאמן ג"כ לומר לקוח במגו דהחזרתי. וכן יכול לטעון שלך החזרתי וזה אחר הוא, במגו דלקוח, א"נ החזרתי. מיהו היינו דוקא בסימן מובהק שאפשר להזדמן, אבל ס' מובהק שאינו בנמצא כלל כגון שכתוב שמו עליו שאין כיצא בו בעולם כלל, זה פשוט דאפי' בלא עדי פקדון ורא' אינו נאמן לטעון החזרתי דהוי מגו במקום עדים שהרי עינינו רואות שלא החזיר, אבל לקוח נאמן אם אין עדי פקדון או עדי ראיה. וכו"ש שנאמן לומר החזרתי כשאינו מראה אותו בפני ב"ד, וגם אם העדים מכירים אותו בטביעת עין או בסימן מובהק אפילו יש כאן עדי פקדון ועדי ראיה ואפילו התובע נותן סימנים מובהקים, כיון שאין העדים מכירים אותו נאמן לומר זהו לקחתי ואותו שהפקדת בידי החזרתי לך, ובכל מקום שאינו נאמן לטעון לקוח הוא הדין דאפילו מת מוציאין מהיתומים, אבל אם היה נאמן כגון שעדים לא ראוהו אחר מותו טענינן ליתומי' לקוח במגו דהחזרתי אף על פי שבא לב"ד ואמר הפקדתי אצל אביהם של זה כלי פלוני שסימנו כך וכך ס' מובהק ומביא עדים כדבריו והיתומי' מראים אותו לב"ד ועדי הפקדון (ש"ך). עיין מה שכתבתי רנט ס"ב דסימנין אפילו מובהקין לא מהני כלל להוציא ממון, ומשמע דלית ליה בזה ראיה ברורה, ולכן מש"כ בשו"ע המפקיד אצל חבירו שלא בעדים נאמן לומר לא היו דברים מעולם, דהיינו לא היה שלך מעולם, ואף על גב דהתובע יהיב סימנא לא מהני לאפוקי ממונא. אמנם הסמ"ע וש"ך פירשוהו דלהד"מ היינו שטוען לקוח או שלקחו מאחר, ומזה שהשו"ע לא מחלק בין סימן לסימן, נראה דאפילו סימן מובהק ממש לא מהני כל שטוען לא היה שלך מעולם, דסימנא לאו מילתא להוציא ממון מרשות בעלים המוחזק, אלא היכא דאיכא עדי פקדון מהני סימן לומר דהני הוא אותו שהפקיד. וסימן משקל אפילו בעדי פקדון לא מהני, משום דמשקל הוי סימן כל דהו (קצה"ח), וי"א דעיקר, דסימנין לא מהני רק לענין זה לכופף אותן להראות לעדים שיכירוהו בטביעות עין, וזהו מן הסברא, ולזה ה"נ ביתומים הטוענין שמא, אפילו החזרתי אין טוענין להם לענין שלא יהיו צריכין להראותן כשיש עדי פקדון בסימנין, משא"כ בדידה, כיון שטוען ברי החזרתי

לא אמיד, אמנם כיון שיש לו עדים שהפקידו בידו אפילו רגיל ליכנס לשם נמי (ש"ך).

ואם אמרו היתומים אבינו לנו שלו הוא נאמנים בשבועה - אבל בלא שבועה אינם נאמנים (סמ"ע).

והיה יודע הדיין שלא היה המת אמיד - והיינו דוקא ביודע שלא היה אמיד, אבל אם אינו יודע בודאי שלא היה אמיד ליכא אומדנא כלל, שהרי ליכא ריעותא כלל כיון דלא ידעינן בבירור שאינו אמיד (קצה"ח).

שאינו מוציאין מיד היתומים כו' - נראה פשוט דהיינו דוקא בהאי דינא בתרא קאמר דאין מוציאין, אבל במ"ש לפני זה בעדים וראה דאין תלוי באומדן דעת, מוציאין גם בזמנינו מיד היתומים (סמ"ע), לא ידין הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדבר זה ודעתי סומכת על זה. וכן אין מוציאין מן היתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת והטוען. הדבר תמוה שזה אינו אלא לענין לאורועי שטרא או לאפוכיה שבועה משום קים לי בגויה, שכן כתב האידנא אי אפשר לו לדיין לומר קים לי בגויה דלא בריר לן קים לי בגויה היכי הוא הילכך לית לן לאורועי שטרא או לאפוכי שבועה אלא בעדות ברורה וכו', לא אמר כן אלא באותו ענין שמוציא ממון בלא עידי פקדון אלא מסברא דלא אמיד שהדבר תלוי בלבבו של דיין לומר קים לי הכי (רע"א בשם המהר"ט).

ואח"כ נודע שטעו - פירוש, שהחזירוהו למי שאינו שלו (סמ"ע)..

⁵⁹ עי' שו"ע (ח"מ סי' לז ס"ד): לוקח ראשון מעיד ללוקח שני שלקח אחריו, להעמידה בידו, והוא שתשאר למוכר שדה אחרת בת חורין כנגד דמי שדה זו של לוקח ראשון, או שתשאר שדה אחרת ביד שני. הגה: וכן לוקח שני אינו מעיד ללוקח ראשון, אא"כ נשאר ביד מוכר קרקע כדי דמי לוקח ראשון.

לוקח ראשון מעיד ללוקח שני - פירוש, כגון ראובן שמכר לשמעון שדה בניסן ואחריו מכר ראובן ללוי שדה אחרת באייר, ובא אחד להוציא השדה שקנה לוי, הן בעדי הגזילה שגזל מידו, הן בשט"ח שראובן חייב לו, אין שמעון מעיד ללוי להעמידה בידו, אא"כ נשאר שדה ביד המוכר או ביד הלוקח שקנה ג"כ מהמוכר כדי דמיו של שדה שקנה הוא מראובן, שיוכל לחזור עליו באם יבוא ערעור על שדהו, דאל"כ מחשב נוגע בעדות, שאם יוציא המערער דלוי אותה השדה מידו לא יהיה לו אחריות לכדי דמיו שנתן לראובן, אבל כשישאר שדה אחרת תו לא חייש הלוקח ראשון שמא חייב עוד, וכנ"ל סק" (סמ"ע), וי"א דכל זה דוקא בשעשאו אפותיקי, ומיירי בבעל חוב שבא לטרופ השדה מלוקח שני בעד חובו, ורוצה הלוקח ראשון להעיד ללוקח שני שהשטר חוב פסול, וזה השדה ישאר ביד הלוקח שני, ולכך צ"ל שעשאו אפותיקי, דאל"כ בלאו הכי אינו גובה מלוקח שני דיוכל לומר הנחתי לך בני חורין אצל המוכר (עי' לקמן סי' קיז ס"א) ושאר הפוסקים מפרשי לה בנגזל שבא לטרופ השדה (ש"ך), שיטת השו"ע שחוששים שמא יבא בע"ח ויטרופ את שלו, ויש חולקים וסוברים שחוששים לגזל, והנ"מ היא היכא דלוקח ראשון לקח בפירוש שלא באחריות, לפי השו"ע לא יעיד מחשש בע"ח וכדי שיוכל

לומר הנחתי לך מקום, ויש חולקים וסוברים דאין הלוקח חושש רק שיהיה אחריות שלו קיים בכדי שיהיה האחריות שלו על מה לחול או אל הלוקח השני או אל המוכר, והיכא דלקח בפירוש שלא באחריות תו ליכא שום חשש (קצה"ח).

וכן לוקח שני - והיינו שבא ערעור על לוקח ראשון ששדה שקנה גזולה היא [אבל אין לומר שיבוא בעל חוב דהמוכר לטרופה מידו, שהרי שעבודו דב"ח הוא על לוקח שני שהיתה בני חורין כשקנה הראשון], וכשיוציאה המערער מידו יחזור על השני לטרופה ממנו, משום הכי אינו מעיד לו השני לפסול עדי המערער אלא אם כן ישאר קרקע אחרת ביד המוכר, דאחריות דלוקח הראשון היא עליה דבני חורין היא. ואין חשש שהלוקח שני ששדה שלו היא ג"כ גזולה ולא יהיה לו על מה לחזור (סמ"ע), דלעולם מלוה ולוקח וערב אינם חוששים אפילו לגזולה כל זמן שיש אחריות כשיעור חובו או כשיעור דמי לקיחתו או כל זמן שתשאר שדה ביד לוקח שני ר"ל שקנה גם כן מאותו מוכר אחריו (סמ"ע פרישה), וי"א עיקר הטעם שאין חוששים שהלוקח שני ירא שמא שדה שלו ג"כ גזולה, ואינו חושש אלא לשדה זו שקונה שמא היא גזולה, אבל לא יחוש מפני זה שכל שדותיו של מוכר זה הם גזולות, שאין דרך אפילו של אדם אלם לגזול כל שדותיו רק לפעמים יקרה מקרה בלתי טהור שיגזול שדה אחת מתוך אלמותו, שאם לא כן אין לדבר סוף, שלעולם לא יקח אדם שדה מחבירו שיחוש שמא כל שדותיו יהיו גזולות ולא יהיה לו מקום לחזור עליו (ש"ך עיר שושן).

אלא א"כ נשאר וכו'. קשה, אמאי לא ניחוש שמא יחוש הלוקח השני שמא יטרפו אחרים אח"כ גם השדה הנשארת, נמצא הלוקח הראשון חוזר עליו, כמו דחיישינן בלוקח ראשון שלא יעיד לשני מטעם שמא יטרפו אח"כ גם את שלו. ו"ל שהרי חזינן דהאי לוקח שני בשעת מקחו לא היה חושש לשום אחריות, שהרי השדה הנשארת ביד מוכר היא שעבודו של הראשון, ע"כ לא יעיד שקר בשביל זה, משא"כ בלוקח ראשון שירא שלא יתקלקל שעבודו שהיה לו תחילה, דהיינו שדה שלקח הלוקח השני (ט"ז).

⁶⁰ עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט סכ"ח): 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 מחזיקין בשל אומנים.

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 כ"א, אמנם אפילו בדעת המחבר הוא דוקא במקום שדרך האומנין לישיב ולדור בתוך הבית או לזרוע בתוך השדה כשמתקנין אותו, אבל במקום שאין דרך האומנין בכך הוי אכילת פירות דידהו חזקה, דלמה היה לו להניחו לאכול פירותיו, שהרי 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).

61 עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט סכ"ז): אריס שירד מאריסתו, ואכלה ג' שנים אחר שירד החזיק. אריס שירד מאריסתו כו' - עיין בתשו' מהרא"ן ששו"ן סי' קט"ו ובתשו' מהרשד"ם סי' רמ"ט: (ש"ך).

62 עי' שו"ע (ח"מ סי' קמט ס"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). ה"ג "וכן" הבת כו' - "וכן" בכף ולא "ובן" בב"ת, ואתא ללמדנו דבת או בן בנכסי אמם יש להן דין כבן בנכסי האב הנ"ל בסעיף ג' (סמ"ע).

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 שאמרינן 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 כן (נתה"מ).

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 שייגע ולא מצא השטר שנאבד מאתו, צריך לישבע שאבד שטרו, מקודם שדנין 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 ח"מ סי' (ב') [פ"ב] (פ"ת).

63 עי' שו"ע (ח"מ סי' קנא ס"ג): גזלן כיצד, כיון שהחזק גזלן על שדה זו, אע"פ שהביא ראיה 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. הגה: ויש אומרים דאם ראו העדים נתינת המעות ולא מסר המוכר מודעה תחילה, מכירתו מכירה דקיימא לן תלויה וזבין זביני' זבינא וכנ"ל עיקר, וע"ל סי' רה בדיני מסירת מודעה.

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).

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).

אחריות נכסים יש אומרים דקנה - גזלן שאינו הורג נפשות על עסקי ממון, אלא שהחזק גזלן על שדה זו, ודאי כי היכי שאמרינן 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 ד"א דמהני, משום דקאי על דברי המחבר שהתחיל בסעיף זה בגזל שדה זו (סמ"ע).

מוציאין השדה מיד הגזלן כו' - "א דבגזלן אין הנגזל צריך למסור מודעא, כיון שהחזק 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 שהחזק גזלן המכר בטל בלא מודעא, ויש חולקים (סמ"ע).

תלוה וזבין כו' - ר"ל, שמכר אותו באונס ע"י שתלה אותו הלוקח על העץ ועינה אותו עד שמכר לו, הוי זבינא. והיינו טעמא, שאמרינן אגב פטר מאונסו וזווי שקיבל מלוקח זה גמר והקנה לו. ועיין לקמן בסימן ר"ה סעיף א' - ד, שם נתבארו דינים הללו באריכות (סמ"ע).

64 עי' שו"ע (אה"ע סי' קלד ס"ח): אנסוהו עובדי כוכבים לגרש, אם הוא חייב לגרשה מן הדין, פסול, ואף עפ"כ פסלה מהכהונה. ואם לא היה חייב לגרשה מן הדין, אפילו ריח גט אין בו ולא נפסלה מהכהונה. (ואפילו אם קבל מעות על נתינת הגט, לא אמרינן משום זה נתרצה).

אנסוהו עכו"ם - אפילו אם לא היו מכין אותו רק היה איום בלבד בדבר שיש בידו לעשותו נקרא אונס, וכל זמן שאנשי השופט שם אף על פי שיאמר "רוצה אני" כמה פעמים הוי גט מעושה, ואם אחר שהלכו אנשי השופט ונסתלק האונס, שאלוהו אם תרצה לגרש ואמר "רוצה אני", הגט כשר והקולר תלוי בצואר החכם המסדר הגט כי הוא יודע אם נסתלק האונס או לא ויחוש לעצמו. ואם שאלוהו הדיין אם הוא נותן הגט מרצונו והשיב "ברצוני או שלא ברצוני", אין לך מודעא גדולה מזו. ואף על פי שהלכו משם אנשי השופט ואמר אח"כ מרצוני, יש לחוש אם לא שיתברר אצל מסדר הגט שאנשי השופט לא אימו עליו ולא אנסוהו כלל שאפי' אמר בתחלה מרצוני או שלא מרצוני שלא מחמת צד אונס הגט כשר, ועמ"ש לעיל סק"ד? (פ"ת).

ואפילו קיבל מעות - אפי' אם אנסוהו כדן, אם מסר מודעא על הגט, גילוי מלתא בעלמא הוא כיון דאינו מקבל מעות, אנוס הוא. אבל אם מקבל מעות ומסר מודעא אמרינן שמא לאו אונס הוא אלא הוא צריך למעות, לכן הוא מגרש, אז צריכים העדים לידע אונס שלו וזה לא סותר את דברי הרמ"א ונ"מ אם האונס שקר, אם הוא מקבל מעות ע"י מעות מרוצה הוא (ב"ש), עי' ב"ש ולא כתבו

דהיינו בעייל ונפיק נגד מעות שקיבל ובלא עייל ונפיק כולה (רע"א).

⁶⁷ עי' שו"ע (ח"מ סי' קצא ס"א): בשטר כיצד, כתב לו על הנייר או על החרס או על העלה "שדי נתונה לך" "שדי מכורה לך", כיון שהגיע השטר לידו, קנה, אע"פ שאין שם עדים כלל.

או על החרס כו' - אף על גב דחרס ועלה הן דברים שיכולין לזייף הכתב שעליו, ומה"ט אין כותבין שטר חוב עליו אפילו לגבות מיד כנ"ל סי' מ"ב, משא"כ בשטר קנין דלעולם לא בעינן שיהא ראוי להתקיים אלא שיקנה בו לשעתו (סמ"ע וט"ז).

שדי נתונה לך שדי מכורה לך - פירוש, או שכתב ליה שדי מכורה לך, וכל אחד כפי ענינו, ודין קנין שדה דמתנה בשטר ע' לקמן סי' רמ"ה (ס"א-ד) (סמ"ע), שליח שמכר שדה וחתם בשטר מכירה שמו אף שמברר לוקח בעדים שהי' זה שליחו של בעל השדה מ"מ לא קנה בשטר זה (רע"א), [כהמשך לדבריו] שהרי לאו שטר ראייה הוא נגד המשלח, וכל שטר שאין ראייה מתוך השטר לא מהני לקנות בו (רע"א * המקור חיים).

אף על פי שאין בו עדים כלל - דלא חייבו עדים אלא שלא ישקרו, כדי שלא יוכל לכפור (סמ"ע).

⁶⁸ אם הקונה או המלוה א"י - דוקא כשהם יודעים בודאי משל אשה הוא אז א"צ להחזיר לבעל ורמ"א פסק דא"י להוציא מן הקונה או מן המלוה, אבל למחבר לא מהני כשהוא א"י דהא כל מה שביד האשה בחזקת נכסי מלוג הוא. ועוד לפי מש"כ (סי' פה ס"?) במעות או מטלטלים טמונים לכ"ע בחזקת הבעל הם, ואף ד"ל שמא ידע בעת שמכרה או משכנה, אין לחייב אותו מחמת הספק שמא ידע, וי"א דוקא בידוע שהוא משל בעל ואם תקף הבעל אז לכ"ע מהני וכן כתוב בח"מ (סק"?) , מיהו מ"ש דצריך להחזיר המעות למלוה מפני תקנות השוק, אין מוכרח, ויותר מסתבר בכה"ג ליכא תקנת השוק כדי שלא יקנה מן א"א כלום ואם איירי שהיא נושאת בבית ודרכה למכור ולהשכין א"כ לכ"ע אין לבעל שום טענה על הלוקח כנ"ל (סק"?) (ב"ש).

וטוען שהיא גנבן לו כו'. בגליון ש"ע דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב עי' בח"מ סימן קל"ג ס"ז ובש"ך שם ס"ק י"ג (פ"ת). נושאת ונותנת תוך הבית - פירוש שידוע שהבעל מסר בידה את נכסיו. ונשים שלנו כולם הם נושאים תוך הבית (ט"ז).

וצריך להחזיר בלא דמים - דהיא כנגב מפורסם ובידוע שזה הדבר שקונה גנוב (עי' ח"מ סי' שנו ס"?) שצריך להחזיר בלא דמים וכנ"ל (סק"?) כל אשה הנושאת ונותנת אפי' מה שבידה בחזקת בעלה מכ"ש מה שאינו בידה (ח"מ, ב"ש).

מה שעשתה עשוי - ויכול הלה לטעון "שמא ברשותך עשתה" וכמו שפסק לקמן (סי' צ' ס"ד) (ח"מ), ואז אפילו אם ידוע שהוא משל הבעל א"צ להחזיר, כיון דדרכה בכך, וג' חלוקים בדין זה אם אינה נושאת בבית ואין דרכה למכור, אז אם ידוע שהוא משל בעל, צריך להחזיר בלא דמים, דלא שייך תקנת השוק בכה"ג, ואם אמר איני יודע ומקבל בחרם, אז אין מוציאים ממנו מחמת מחלוקת

המקילים להקל בקיבל מעות רק אם נתנו לו מעות שלא היה לו בהן זכות מקודם, כגון שנתנו לו קרובי האשה אבל אם ויתרו לו קצת מנדוניית האשה אשר גם מקודם הגירושין היו שייכים לו, וזכה באשה ובנכסים שלה לא בשביל שנתנו לו קצת מנכסיה יהיה דומה למכירה, אבל חוץ מזה הרבה חוששין לרמ"א ולכן אין לסמוך על דברי הב"ש (פ"ת).

אם קבל מעות - אין לומר דאם נתנו לו ממון בשעה שכפוהו ליתן גט דהוי כתלוהו וזבין וכשר דהא אפילו בזביני כל שכפוהו ליתן בפחות משויו הוי כתלוהו ויהיב וא"כ בגט אשה א"א לומר כלל דהוי בשויו דאולי כל הון יבוזו לו בעד אשתו ואולי חביבא לי' אשתו כגופו וא"כ אינו נותן הגט בעבור הממון רק מחמת הכפיות והכאות אבל אם האונס שהוא יפסיד הממון שנתחייב ליתן אם לא יגרש ועל"ז מגרש רק מחמת יראת הפסד הממון שבידו, דהא ביותר ממה שיש לו אינו ירא דלא יטלו את נפשו ממנו וכשמגרש מיראת ממון זה הרי רואין שממון זה חביב עליו מאשה זו הרי ממון זה הוי ככל מה ששוה האשה בעיניו ועי' לעיל סק"א (פ"ת).

⁶⁵ עי' שו"ע (ח"מ סי' קצ ס"א): קרקע נקנה באחד מארבע דברים בכסף בשטר בחזקה ובקנין סודר הגה וכדין המקח כך דין שכירות קרקע כל ימי השכירות ועיין לקמן סוף סימן קצה.

ובקנין סודר - באתרא דכתבי שטר (עי' לקמן ס"ז), אם יש ב' קנינים גם סודר וגם דמים, זה פשוט דמהני, למנהג שלנו דנתפשט דכותבין שטר אחר כל קניני קנין סודר מכירות קרקעות, בודאי כל זמן שלא נכתב שטר לדין שניהם יכולים לחזור מגוף המקח כמו בכסף במקום שכותבין כו' (פ"ת).

עי' שו"ע (ח"מ סי' רמא ס"א): הוב"ד לעיל הערה 42.
⁶⁶ עי' שו"ע (ח"מ סי' קצא ס"ב): במה דברים אמורים, במוכר שדהו מפני רעתה, אבל בשאר קרקעות, אע"פ שהגיע שטר המכר בעדים לידו, לא קנה, עד שיתן דמים: מפני רעתה - דאז ודאי גמר להקנותה להלוקח בשטר לחוד כדי שלא יוכל לחזור בו (סמ"ע).

עד שיתן דמים - פירוש, כל הדמים, כנ"ל סי' ר"צ סעיף ט"ז. ואם מקנה לו שדה בחוב שחייב לו המוכר, וכתב לו שטר שדי מכורה לך, קנאו בשטר לחוד, שודאי גמר להקנותו לו במה שנתחייב לו כבר (סמ"ע). ויש שנסתפק אם התנה שיקנה בשטר לחוד אי קונה אפילו אינו מוכר מפני רעתה, כמו בכסף בלא שטר בסימן ק"ץ סעיף ח'. ואי זקף הדמים במלוה, ודאי מהני בשטר אפילו בלא נתנית דמים, ואם נשבע לקיים המקח בשטר לחוד, הוי כפירש לקנות בשטר ללא דמים (נתה"מ), י"א דאפי' לא עייל ונפיק אזוזי לא קנה. ואם נתן דמי מקצתה ולא עייל ונפיק אזוזי ג"כ אינו קונה כיון דלא לשם קנין נותנים לו לפיכך אף על פי שקיבלם אין מזה ראייה דניחא ליה שיקנה בהם. וממילא אפי' נגד דמים לא קנה דאין קנין שטר לחצאין ועיין לעיל סי' ק"צ ס' ט"ו בהגה. ועיין ריטב"א קדושין דדוקא באתרא דלא קנה בכספא אבל במקום שאין כותבים שטר נהי דלא קנה מדין שטר כיון דנתן רק מקצת מ"מ קנה מדין כסף

השדה בין שאינו בעל השדה, וכל כיוצא בדברים אלו, אינו גזל, וישראל שגבה אותם למלך אינו בחזקת גזלן, והרי הוא כשר, והוא שלא יוסיף ולא ישנה ולא יקח לעצמו כלום: וכן מלך ששם מס כו' - "א דדינא דמלכותא הוא שאם עברה השנה ולא הספיקו עבדי המלך לגבות את המס שפטורים כל אותם שלא פרעו באותה שנה, ודלא כמחבר כאן (ש"ד).

בין שהיה כו' - וכן המס שיש לו לגבות מבעלי השדות, אפילו לא נשאר שם רק אחד וגבה ממנו בשביל כולם אינו גזל, לפי שאין עליו לטרוח לגבות מעט מעט מכל אחד ואחד, וזה שנטלו ממנו יגבה מכל בעלי השדות מכל אחד חלקו (והוא ברמ"א לקמן סוף ס"י), במה דברים אמורים בבעלי השדות, אבל האריס אין להן למשכנו בשביל בעלי השדות (סמ"ע), וי"א דמיירי שכבר עשה המלך כרוז שכל מי שהוא עובר בגורן יתחייב לשלם כל מה ששייך למלך, בזה הוי שפיר דינא דמלכותא דכיון שהלה ידע מזה ולא השגיח קיבל עליו מדעת, ואי עבר והציל ואמר לגבאי המלך שיגבה מאחד מאנשי הבקעה ונפטר בזה א"צ לשלם, ואף לא מנדין אותו כל שנתכוין להיתירא לא להזיק אין עליו דין מסור, וגם לענין תשלומין, שהרי אומר באמת הראיתי שאתם חייבים מן הדין, ונהי דשרי להפקיע ממון הלואה של גוי, מ"מ לא הוציאו ממך שלא כדין (ט"ז).

ע"י שו"ע (חור"מ סי' שסט ס"ח): וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצירו, אינו גזל ומותר ליהנות בה, והלוקחה מהמלך הרי היא שלו, ואין הבעלים מוציאין אותה מידו (וכ"כ לעיל ס"ס רלז). אבל מלך שלקח שדה או חצר של אחד מבני המדינה שלא בדינים שחקק, הרי זה גזלן והלוקח ממנו מוציאין הבעלים מידו. כללו של דבר: כל דין שיחוקק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל, וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידוע לכל אלא חמס את זה, הרי זה גזל. הגה: ואם חקק לבעל אומנות אחד כגון שחקק למלוה בריבית איזה דבר, יש אומרים דלא אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא הואיל ואינו חקוק לכל. יש אומרים דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלויים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים לא. ויש חולקין וסבירא להו שאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא, ולכן המלוה על המשכון יכול למכרו אחר שנה הואיל וכן דינא דמלכותא, וכן הוא עיקר וכמו שנתבאר לעיל סימן שנו סעיף ז:

וכן מלך שכעס כו' - עיין לקמן סי' שפ"ח ס"ג בש"ך סק" בשם הרשד"ם. אין דנין דינא דמלכותא אלא בדברי חקיי למלכות, אבל מי שתקפו את שלו לבטל זכותו של השני בדיני המלכות שלא יוכל לבטלו לא (ש"ך בשם הרמ"א).

וכל שיקח מאיש זה כו' - אם פקידי המלך עשו שלא כדין ושלא מחוק המלך, וגבו ממנו זה החוב ולקחו ממנו החצר הנז' ואינו נאמן לומר שלקחו החצר הנז' גבאי המלך שלא כדין ושלא כחוק המלך, כיון שאין הדבר ידוע, קנה. ואם צעקו ולא נענו נראה שהדין נעשה מה שנעשה ואם לא צעקו כנראה דאחילי אחילו (ש"ך בשם המהר"י בן לב), ואפילו אם המלך עצמו גובה את זה (ש"ך בשם האלשיך), מי שנתחייב ראשו למלך ממנו וביתו וכל קנינו למלך.

הפוסקים ואם תפס הבעל, אין מוציאין ממנו וא"צ להחזיר דמים, ודלא כח"מ (סק"מ?), ואם היא נושאת בבית ואין דרכה למכור, אז לכו"ע בחזקת שלו הוא וצריך להחזיר בלא דמים, ואם דרכה למכור אפילו אם בודאי משל בעל הוא המכר קיים (ב"ש).

⁶⁹ ע"י שו"ע (אה"ע סי' פה ס"ט):

⁷⁰ פטור הנפקד - אפי' אינה נושאת פטור הנפקד מ"מ דין נכסי מלוג יש להם אפי' היו מעות טמונים ובאינם טמונים הכל מודים שהם נכסי מלוג כנ"ל (סי' פה ס"ט) (ח"מ, ב"ש), לפי ? במעות טמונים אם הבעל רוצה יכול להחזיר בהם ויאמר "שלו הם לגמר", מיהו היא יכולה לתבוע את הנפקד והנפקד תובע את בעלה, מיהו י"ל אף על גב כשהמעות בידה י"ל במתנה ניתן לה והם בתורת נכסי מלוג מ"מ אם החזיר לו פטור מיהו במעות גלויים לשיטה זו אפי' אם תקף הוא יכול לומר שלי הם לגמרי (ב"ש).

⁷¹ והוא הדין אם נשתחרר העבד ואח"כ מת יחזיר לרבו שהרי עבד היה כשהפקיד לזה וסתם עבדים גזלנין הן אבל אם נתגרשה האשה ואחר כך מתה יחזיר ליורשיה ולא לבעלה דמשנתגרשה אין הבעל יורשה (רשב"ם).

⁷² ע"י שו"ע (חור"מ סי' שסט ס"ב): אסור ליהנות בדבר הגזול ואפילו לאחר יאוש, והוא שידע בודאי שדבר זה הוא הגזילה עצמה. כיצד: ידע שבהמה זו גזולה אסור לרכוב עליה או לחרוש בה, גזל בית או שדה אסור לעבור בתוכה או ליכנס בה בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים, ואם דר בה חייב להעלות שכר לבעלים אם היתה עשויה לשכר, גזל דקלים ועשה מהם גשר אסור לעבור עליו וכן כל כיוצא בזה, מיהו אם מסרו לרבים מותר ליהנות ממנו שהרי הוי יאוש עם שינוי רשות. אבל מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהם גשר, מותר לעבור עליו, אפילו שצוה המלך לעבדיו לכרות מכל אחד ואחד דבר ידוע והלכו הם וכרתו הכל מאחד מותר, וכן אם הרס בתים ועשה דרך או חומה מותר ליהנות בה, וכן כל כיוצא בזה שדין המלך דין, והוא שיהא מטבעו יוצא באותם הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתם שהוא אדוניהם והם לו עבדים, שאם לא כן הרי הוא כגזלן בעל זדוע:

חייב להעלות שכר לבעלים - דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכמ"ש בסימן שס"ג סעיף י' ושע"א סעיף א' (סמ"ע).

גזל דקלים כו' עד אסור לעבור עליו - כאן שייך הג"ה של הרמ"א ז"ל הנדפס בספרים ישנים אחר זה וז"ל, מיהו אם מסרו לרבים מותר כו', דבכי זה גוונא אף במקום דלית ביה דינא דמלכותא דינא מותר (סמ"ע).

יאוש עם שנוי רשות - משמע אפילו אם נודע הגזילה קודם שינוי רשות וכמ"ש סמ"ע ריש סימן שס"א ס"ה ד"ה אא"כ (ט"ז).

ע"י שו"ע (חור"מ סי' שסט ס"ז): וכן מלך ששם מס על בני העיר, או על כל איש ואיש דבר קצוב משנה לשנה, או על כל שדה ושדה דבר קצוב, או שגזר שכל מי שיעבור על דבר זה ילקחו כל נכסיו לבית המלך, או כל מי שימצא בשדה בשעת הגורן הוא יתן המס שעליה, בין שהיה הוא בעל

73 עי' שו"ע (ח"מ סי' קסג ס"ו): אדם שהוא בטל ואין לו שום משא ומתן בעיר, אם בני העיר פייסו בשבילו, כגון כשבא גובה המס לגבות חק הקצוב והוא מטילו על בני העיר לפי אומד דעתו עד כדי קצבתו, ואמרו לו בני העיר: אדם זה בטל הוא ואינו ראוי לפרוע מס, ומחמת זה פטרו וגבה מהם חלקו שנתמעט, צריך לשלם להם חלקו שהטיל עליהם. אבל אם מעצמו פטרו, אף על פי שהטיל חלקו על שאר בני העיר, פטור. הגה: הרי דאדם בטל חייב במס, היינו כשדר בעיר. אבל מי שבא דרך מקרה בעיר, אינו חייב כלום, מאחר שאינו מרויח שם. וכל זה שפטרוהו קודם שקבעו המס, אבל אם קבעו המס על בני העיר, ואחר כך פטרו אדם בטל, חייב ליתן חלקו. מי שמחל לו השר חלקו במסים, אם בא על ידי בקשתו, צריך ליתן להקהל חלקו. ואם פטרו מעצמו, הרי הוא שלו לבד. וי"א שקודם שנתפשו עם השר אין כח ביד השר לפטור אחד מהן, או להקל על אחד ולהכביד על אחרים, או להפרידן זה מזה. אבל אם כבר נתפשו עם השר, ומחל אחר כך לאחד חלקו, אפילו על ידי בקשתו, הוא שלו ואין צריך ליתן להקהל. ומי שפטרו המלך או השר ממסים וארנוניות, מכל מקום משאר צרכי העיר לא פטרו, וחייב ליתן לכל צרכי העיר. יחיד שנותן חק למלך, אפילו הכי צריך ליתן עם הקהל. הקהל שותפין זה עם זה במסים הקצובים, אבל בעלילות אין שותפין, ואם המושל מעליל על קצתן, אין האחרים חייבים ליתן. ואפילו העליל תחלה על כולן, וברחו קצתן, או נפטרו בחכמתן, פטורים ועיין לעיל סימן קכ"ח. ואם בא עלילה על עיר אחת, כל הקהלות אשר יש לחוש שגם עליהם יעבור, חייבין ליתן לזה. ובמס שאינו קצוב, יכול המלך או המושל להפריד או לחבר הנותנין כפי מה שירצה, ואין רשות לאיזה יחיד או קהל לגרום עם השר לחבר לאיזה קהל או להפרידן, אם הדבר מזיק לאחרים, ואם עשו, יש להם דין מסור לאנשים, אך רשאיין לומר: אנחנו מועטים, או כדומה לזה, והשר יעשה מה שירצה. ובני המדינה שהיו שותפין בנתינת מסים, ואחר כך נתן המלך קצת המדינה לבנו, אם המס בא ליד בן המלך, נתפרדו זה מזה, ואם המס בא עדיין ליד המלך, השותפות קיים כמו בראשונה. מי שתפסו השר, והוצרך לתת לו ממון הרבה וע"י כך פטרו ממסים, פטור לתת עם הקהל. אבל אם עובד לשר ועל ידי כך פטרו, חייב, וכמו שנתבאר. יש אומרים שאם הוצרכו להוציא הוצאות שיעזור להם השר עם שטרי חובותיהן, אותם שאינם נושאיין ונותנין בשטרות אין חייבין ליתן לזה. ועיין לעיל סוף סעיף ג' סימן זה. קהל שפטרו אחד ממסים, פטור. וכל דברי הקהל אינן צריכין קנין, מיהו יכולין לומר שלא פטרוהו רק לשנה. ועיין לקמן סוף סימן רל"א מדיני תקנות קהל ובני העיר. נמצא בתקנות קדומות שלא להוציא טלית או ספר מבית הכנסת בלי רשות בעלים, ומי שאינו נושא בעול עם הציבור יכול להכריח אחרים, אבל לא יהיה גבאי. אדם שהוא בטל - כל זה היינו דוקא באדם בטל ממלאכה ואינו מרויח כלל ועיקר במשא ומתן בעיר. אמנם אם נושא ונותן בעיר, יראה שהדין נותן שצריך לישא בעול העיר אפילו לא נתרבה המס בשבילו, ואפילו פטרוהו מצד המלך, דכיון דקא מפסיד לחיותיהו של אנשי אותה העיר, צריך שישא בעול עמהם (שו"ע מהרש"ך) ואפילו היו לו

ועוד, במדינה שכל הבתים של המלך, וכל א' יש לו רק חזקה בביתו, אז בודאי מותר מ"דינא דמלכותא" שהמלך יעביר את החזקה מא' לשני (שו"ע בשם האלשיך), בית יהודי שנלקח על ידי המדינה שלא בצדק, אפילו מכר לגוי ומשם ליהודי, והיהודי גר בו כמה שנים, אין ליהודי אלא מה שהראשון לקח, ואם זה גזל, אין שום חזקה, וחייב להחזיר את הבית לבעלים הראשונים בחינם, או ליורשיו (שו"ע בשם המהרש"ך), הרי דאינו גזל היינו דוקא כשכעס עליו, ומסתמא הוא מחמת איזה מרד וזהו חק המלך ליקח ממון המורד, וא"כ ה"ה להיפך אם אוהב לאחד ופטרו מן המס, בודאי אי לאו דעביד ליה נייחא לא היה פטור, זהו ג"כ מדין מלכות כו', ועי' רמ"א בסימן קס"ג סעיף ו' (פ"ת).

ואם חקק כו' - ענין המטבע הוא מחוקי המלכות שהמלך יש לו חק בנמוסי המלכו' לעשות המטבע כרצונו ולשום לו ערך קצוב וגורע ומוסיף ברצונו, ולכן אם המלך גזר על מלכותו שכל מלוה לחברו שיהיה פרעונו מן המטבע השני שעשה עכשיו אף על פי שפחת אותו מן הכסף שהיה בראשון ואם הלו' מנה ממטבע רביעי שיפרענו מן החדש מנה שהוא מטבע שנים או א' או שיתן לו מן השני אף על פי שהוסיפו עליו כמה וכמה בזה ודאם יש מ"ד דינא דמלכותא דינא ויכול הלוה להתנהג בפחת החזיר בלי חשש איסור (שו"ע בשם התורת אמת), מה שהמלך עושה לפי שעה או חק חדש שהוא עושה לקנוס את העם במה שלא נהגו האבות כרצונו, חמסנותא דמלכא הוא, ואין אנו דנין באותו הדין (שו"ע בשם מהר"י בן לב).

יכול למכרו אחר שנה כו' - וכ"כ לעיל בסימן ע"ג סעיף י"ד בהג"ה, והרי דהוצרך לכתוב דמשום דינא דמלכותא מותר למכרו אחר שנה, משום דלא תימא כיון דמשכנו משכון של גוי ונותן להמלוה ממנו ריבית אסור למכרו ולהביא להממשכן לידי היזק מגוי שיעליל עליו, משא"כ במשכן לו משכון של ישראל דמותר למוכרו בסוף שלשים להתראתו אם לא במקום שאין מוכרין משכונות של גוים תוך שנה וכמ"ש הרמ"א שם, ומש"ה כתב שם דבתוך השנה לא ימכרו, דמשמע דהסברא היא דאפילו בתוך השנה מותר למוכרו, וכאן הוצרך לכתוב דלאחר שנה מותר למוכרו (סמ"ע).

עי' שו"ע (ח"מ סי' שסט ס"ט): לפיכך גבאי המלך ושוטריו שמוכרים השדות במס הקצובה על השדות ממכרן ממכר, אבל מס שעל כל איש ואיש אינו גובה אלא מן האדם עצמו, ואם מכרו השדה במס שעל הראש, הרי זה אינו ממכר אלא אם כן היה דין המלך כך (וע"ל סימן סח מדינא דמלכותא גם בסימן קד סעיף ב מדין זה):

אבל מס - והאידינא לגבי מסים אפילו פרע מעצמו צריך לפרוע מה שפרע בשבילו כיון דכל בני מדינה (או עיר וכו') אחראים וערבים זה לזה, וגבי ערב ששילם אפילו מעצמו צריך הלוה לפרוע מה שפרע עבורו, ועוד דשותפי ניהו באותו מס וה"ל כשותפין שלוו ורשאי אחד לפרוע עבור חברו ומחויב להחזיר לו חלקו (קצה"ח). דברי הקצה"ח נכונים, דכיון דדינא דמלכותא הוא שא"צ לתבוע דווקא זה שחייב, אלא יכול לתבוע לכל אחד, וזה נחשב כתביעה בעד חברו החייב, דינו כקבלן שאם שילם שחייב להחזיר לו (נתה"מ).

לקחו ממנו דבר רק להבא יכול לעשות להשמט ממינו ושירות השר בלא היזק להקהל (פ"ת חוות יאיר).
אם בא ע"י בקשתו כו' - פירוש, אעפ"י שהשר לא יגבה מהקהל כשיעור מה שיגיע עליו, והיינו טעמא, משום דשותף מסתמא אינו חולק משותפין שלו, וכל הקהל שותפין במסין. ודומה לזה כתב לקמן ריש סימן קע"ח [?] לענין שותף שנפטר מהמוכס, ולקמן סימן קפ"א סעיף ב' שותף שהציל מהגייס כו' (סמ"ע), ועיקר דפוטרו מתחילה מעצמו אין חילוק בין אדם בטל או שכחו, ואפילו אם יטילו את חלקו על הקהל, שכן יש מח' מחבר ורמ"א והסמ"ע חשב להשוות דעתם יחד, ואינו (ט"ז).

ומ"ש צריך ליתן להקהל חלקו - פירוש, כל מה שהגיע עליו ליתן אם לא פטרו השר צריך ליתן להקהל, והן מוציאין אותו במס או בשאר טובות הכלל, וממילא יהנה גם הוא ממנו. וה"ל דמאחר דכבר הושם המס על הקהל והשר ינכה להן חלקו של זה מש"ה הוא שלו, משא"כ אם פטרו קודם שנתפטר עם הקהל ד"ל דיטיל על הקהל כשיעור שפטרו. ובאדם בטל הנ"ל הוא איפכא, דאם פטרו אחר שנתפטר חייב, משום שלא ינכה להקהל כפי מה שפטרו, שהרי אומר דלאו עליו היתה דעתו כיון שהוא אדם בטל, ומן הדין הוא חייב, משא"כ קודם שהושם עליהן המס ופטרו מעצמו (דסייעתא דשמיא) [דינא דמלכותא דינא - נתה"מ] הוא ופטור (סמ"ע), דהיינו שהשר יעשה כן ע"פ בקשת א' מהן אבל אם השר עושה כן מעצמו פטור (ש"ך), וי"א שדברי הש"ך בנויי על צד הסובר אף שאמר המושל מעצמו אפ"ה אין ביד המושל כח להקל מאחד ולהכביד על אחר (רע"א דוד אפענהיים), היכא ששותפים היו לגמרי שכל אחד מהם נותן לפי ממונו יכול להיות דאפילו אם אמר המלך מעצמו פלוני לא יתן כלום אעפ"כ חייב, לפי שמה שהוא מקל מעליו הוא מכביד על אחרים, ועוד דשותף אינו חולק שלא לדעת חבירו, אפילו אמר המלך מעצמו פלוני לא יתן כלום אעפ"כ חייב לפי שמה שהוא מקל מעליו מכביד לאחרים, כלומר והוי כעין גזלה ועולה דמלכותא. ועוד דאפילו נימא שמצד המלך לא הוי עולה מה שמקל ומכביד, מ"מ אותו פלוני מצד עצמו אינו נפטר כיון דהוי שותף ושותף אינו חולק שלא לדעת חבירו כיון שמקל מעליו ומכביד לאחרים (רע"א מהרח"ש).

ואם פטרו מעצמו הרי הוא שלו לבד - עיין מ"ש לקמן סימן שס"ט סעיף ח' סק"א [?] (פ"ת).

ומחל אח"כ לאחד חלקו כו' - ואינו מכביד בשביל זה יותר על הקהל (ש"ך).

יחיד שנותן חוק כו' - היינו או שהוצרך ליתן לשר מפני אומנתו והקהל הוצרכו ליתן מסים, אם הקהל נתנו להשר כדי שיהיה להן למגן ולמחסה, גם זה צריך ליתן חלקו. עשיר שהשר רוצה שיתן לבדו והקהל אינם רוצים להרשותו, ישים מס שלו בצרור וילך להשר ויאמר אין דיני ליפרד שלא לתת מס עם חבירי, ולא אוכל לתת לך דבר ולתת עמהם, ואם השר אומר אני רוצה שתפטרו אותו הרי הוא פטור, ובלבד שיקבל חרם שלא פתח לו לשר תחילה לא הוא ולא שלוחו (סמ"ע).

חייבין ליתן - המקרה מדובר שהשר נתן להם כתרו לשמרו, ושמרו כראוי, והוא חייב אותם אע"פ כן, ואפילו

אוצרות כסף וזהב כיון שאינו עושה ריוח בעיר אינו חייב להם כלום (ש"ך רשד"ם), היינו דוקא שהמלך פטר אותו קודם שעשה תביעתו או קודם שקבע המס על כלל העיר, אבל אם אחר שהטיל המס על בני העיר פטרו אין נפטר מחלקו, דכבר חל החיוב עליו, ואפילו אם פטרו מעצמו [דלא כפשטות דברי השר"ע] (ש"ך מהרש"ך ורשד"ם), אם כן כל מסים הקצובים משנה לשנה, אין פטור עוזר, היינו דוקא כשפטרו המלך בלי שום סיבה רק מחמת אהבה, כי כן מנהג המלך והשרים לפטור מן המס במי שנכנס בחצריהם ובטירותם ובמוצא חן בעיניהם, אמנם אם מה שפוטרו מהמסים הקצובים על כלל בני העיר הוי לסיבה שמטיל על האיש אותו שפוטרו ממסי הקהל עול מס מסוים אחר, היא סבה מספקת לפטור מהמסים הקצובים ולהטילם על אנשי הקהל בכל שנה ושנה. וזהו דינא דמלכותא הנהוג בכל העולם. ואפילו במקום ספק וטענה שאינה ברורה ליחיד לפוטרה מן המס, הוו הקהל מוחזקים נגד היחיד. מטעם דינא דמלכותא דינא, ואפילו במסים שאינם קצובים וכל אשר יעלה על לב המושל לתבוע, דכל המושלים רגילים בזה בפשיטות, להטיל אנגריא, ואדעתא דהכי אנו קובעים דירה תחתיהם ומקבלים עלינו עול שלהם. כמו שהמלך מוחזק במס של כל אחד ואחד, ואם כן דין הוא שיהו הקהל מוחזקים בכל מלתא דספיקא נגד היחיד (ש"ך מהרש"ך), חיוב המסים על האדם הוא לאחד משתי סיבות, לסיבת היותו תושב עיר אחת, ודר בה בקביעות וכתוב שם בפנקס המלך כשאר תושבי אותה העיר שכתובים בפנקס המלך. או לסיבת היותו מתעסק בסחורה ומרויח במקום אחר זולת מקום קביעות דירתו, כי גם מטעם זה חייב האדם לשאת בעול המסים במקום שמרויח שם לפי ערך הממון שנושא ונותן בו, כיון שמפסיד לאנשי המקום שמתעסק שם, וסובלים ההפסד שמפסידים על סמך שישא עמהם בעול המסים. ואם לא ישא עמהם בעול, מלתא דזה פשוט היא דמצי מעכבי עליה, ואם עקר דירתו מהמקום שהיה שם כתוב בפנקס המלך, והלך לקבוע דירה במקום אחר להשתקע שם, אעפ"י שחייב לשלם המסים והארנוניות דשייכי לאותו מקום שהלך שם לקבוע דירתו, כל שלא הוציא עצמו מפנקס המלך שהיה כתוב שם באותו מקום שיצא משם, חייב לפרוע המסים והארנוניות שהיה פורע קודם לכן בעיר ההיא. שכיון שכתוב שם עדיין בפנקס העיר שיצא משם, נמצא שבני אותה העיר שיצא משם פורעים בעדו על פי אותו סך הכתוב בפנקס המלך, ועל כן צריך שיפרע עמהם כבתחלה כל עוד שהוא כתוב עמהם בפנקס. ואם הלך ראובן הנזכר למקום שיצא משם להוציא את עצמו מפנקס המלך קודם זמן הטלת המס, והק"ק מיחו בידו ולא הניחוהו להוציא עצמו מהפנקס, עוול הוא ביד הקהל, ואין לאותו ק"ק דין עמו לחייבו בשום עול המסים שיבואו עליהם מהיום אותו והלאה (ש"ך מהרש"ך), במקום א' מס נגבה מכל יחיד ויחיד, וראובן עבד עבור המלך, והמלך פטרו בשכר טרחו מהמס, והקהילה נתפשו עם השר בסך כללי, ראובן חזר לחיובו, שיש כח ורשות ביד הקהל לתקן דבר אף על פי שממנו יגיע היזק ליחיד ואין ליחיד או יחידים לערער ולפקפק מה שהצבור משתדלים לצורכם ואסור לראובן לומר להשר או פקידו שהיהודים

אם חלק מהשומרים עצמם, ברחו, הם פטורים (ש"ך א"א), כשהשר תובע בדין, חייבים לעזור, כיון שהוא חייב שאומרים היום או למחר אתחייב גם כן אני וירחם עלי אבל עלילה מילתא דלא שכחא היא א"נ אפשר דכשהוא בדין לא אפשר ליה לחבריה בלי פרעון אבל בעלילה אומר שמא יפטר כיון שהיה עלילה, או משום דמזלו גרם (ש"ך תורת אמת), אם העלילה היתה על ראובן לבדו אבל היתה מחמת השותפות דרך משל בנדון דידן שלפי שלא רצה ראובן לקנות מהשר משי לשותפות העליל עליו מה שהעליל אם נאמר שחייבים השותפין או לא ונרא' לי דאינם חייבים השותפין דלא עדיף מנשבה שהרי הנשבה היה הולך בצרכי השותפות ובסחורת השותפות עצמה ועכ"ז פטור השותפים האחרים, דשמירת גופו כל א' עליו, וכדי לחייב השותפין בענין שהעלילה תהיה בסחורת השותפות עצמה (ש"ך התורת אמת).

כל הקהלות כו' חייבין ליתן זה - עי' רמ"א לקמן (סי' רסד ס"ד) [שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות, אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חבריו, אין חייב ליתן לחבירו כלום, הואיל ולא התנה עמו. ואם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר, לא יוכל לומר: לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה, אף על פי שהאמת אתו, מ"מ חייב ליתן לו לפי מה שנהנה, לפי ראות ב"ד, כן נראה לי. ואם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו, אינו חייב ליתן לו כלום, דזה נהנה וזה אינו חסר.], וי"א שיש לחלק בין יחיד לציבור, ויש אומרים שכאן עיקר ושם נדחה, וי"א שכאן נדחה ושם עיקר, וי"א דכאן מיירי שבתחילה אין בני עיר זו רוצים לעשות הוצאה משלהם אלא על אופן שגם אלו יתנו דהוי כיוור על דעת שניהם (פ"ת).

או להפרידן כו' - המלך או שר שמטיל איזה דבר על עשיר א' או ב' ויש ליהודי א' כח בהיכל המלך והשר להשתדל לפוטרום אם הדבר ברור ודאי שאם יפטרם לאלו יטיל על אחרים, אם כבר הטיל המלך על אנשים ידועים ופרט אותם ונלכדו ברשתו אזי אין יהודי רשאי להשתדל לפוטרו בשום ענין שיזיק לאחרים בודאי, אבל אם יצא גזרה להטיל על ב' אנשים בסתם יכול יהודי להשתדל על איזה אנשים שרוצה שלא יהיו בכלל הגזירה אף שבודאי יכנסו אחרים (ש"ך), [כהגה על דברי הש"ך "יכנסו אחרים"], עי' רמ"א לקמן (סי' שפ"ב) [היה רואה נזק בא עליו, מותר להציל עצמו אף על פי שע"י זה בא הנזק לאחר] (רע"א), וסמ"ע שם [ואם כבר בא עליו אסור לסלקו ממנו כשגורם בזה היזק לחבירו] (פ"ת). וקשה על הש"ך למה לא הביא הרמ"א והסמ"ע, ואפשר ליישב דמהרמ"א לקמן נשמע דאותו אדם עצמו כשרואה דהנזק בא עליו דמותר להציל עצמו אבל שיהיה לאחרים רשות להשתדל עבורו לא שמענו ולכן הביא הש"ך דגם אחרים יכולים להשתדל עבורו אם עדיין לא בא הנזק. ואפילו אם יש שם איזה נערים קלים ופרוצים ביותר. אין אנו יכולים לדון דיני נפשות דעכ"פ הנערים אינם בכלל מורידין אף שהם נוהגין בקלות קצת והרבה הילדות עושה וניתן להענישם בתפיסה ומכות מרדות וכדומה אבל חלילה למסור אותם בידים להדיחם לגמרי מקהל עדת ישראל ואף שיש ביד טובי העיר

והב"ד לדון בכל עונשים חמורים למגדר מלתא היינו אם העם פרוץ בו וגם לזה צריך שיהיה דוקא גדולי הדור או טובי העיר שהמחום רבים עליהם כמבואר בח"מ סימן ב' ועיין בהגהת רמ"א שם אבל היכא דליכא משום מגדר מלתא שאין העם פרוצים רק איזה נערים קלים מי ירים ראש לדון בזה. ואם היתה סיעה של נשים עוברות ואמרו להם עובדי כוכבים תנו לנו אחת מכם ונטמאה ואם לאו הרי אנו מטמאים כלכם, אפילו היתה אחת מחוללת י"א יטמאו את כולן ואל ימסרו אחת מהן, ועיקר שימסרו את המחוללת, ואין זה ענין לנדון דידן דשם העכו"ם אינם עושים בה כי אם דבר מה שכבר היא מורגלת בה, אבל בנדון דידן אף שיש נערים קלים ועוברים על איזה מצות אין אנו רשאים בשביל כן להעניש אותם כפלי כפלים ככל חטאותם ולסכן אותם בידיים ובפרט שלא נתברר בעדות ברורה אם עברו על עבירה חמורה בשאט נפש לכן שארית ישראל לא יעשו עולה כזו. אך את זה יכולים לעשות להשתדל דרך שלילה על אדם חשוב וכשר שלא יקחו את זה כל זמן שלא קראו לו בפירוש שאותו הם מבקשים אבל אם כבר בא הפקודה לאחד קשה להורות להתיר להשתדל עבורו אם ע"י שזה יוצא לחירות ילכד אחר במצודה זו ומאי חזית דדמי דהאי סומק טפי מדמי דאיש אחר אשר יבא אחריו (פ"ת נוב"י), וע"ד עם בני ישראל הנלקחי' לצבא המלחמה למלכיות השתיקה יפה מדבורינו בזה וגדולי ישראל ע"כ יעלימו עין והניחו להם להממונים מקהל לעשות כראות עיניהם לפי הזמן ועת לחשות ומ"מ אומר כי גוף ענין דינא דמלכותא להטיל מס על כל עמו להעמיד מהם אנשים לצבא מלחמתו וזה הוא מחק מלכותו ודינו דין וממילא מוטל אקרקפתא דכל מי שראוי לצאת ושאיין לו אשה ובנים כפי נימוס וחק מלכותו אך לא על בחורים למודי תורה שאפי' לא פטרום המלכות בפירוש מ"מ מדין תורה פטורים. ושאר הבחורים היה מהראוי שיעמדו עצמם כולם בשוה לפני העדה ויטילו גורל ועל מי שיפול עליו הגורל הוא ישתדל לעצמו במה שיכול לפטור בממון או להעמיד אחר במקומו או ילך בעצמו וכל ישראל מחויבים לסייעו ויקר פדיון נפשו אבל לאנוס אנשים בלי גורל ולומר שהם פוחזים ורקים אפי' מגלי עריות ומחללי שבת בעיני הוא כגונב נפש ומכרו כי מי נותן זה חליפי זה כיון שחייב המלכות ופקודתו על כולם בשוה והמוסרו כמוסר למיתה, אך מה שנמצאים עתה למאות המוכרים עצמם מרצונם וברצי כסף ולכן אף על גב דהמה גריעי מכולהי שהרי בשאט נפשם מתנים לחלל שבתות ולאכול איסורים מ"מ כיון דשכיחי טובא ולא הוה כתרי עיברא נהרי ואם אין קהלה זו קונהו ימכור עצמו במקום אחר א"כ קלקלתם בעו"ה תקנה קצת וכן עשו בכל גלילותינו והוא כעין בחירת הרע במיעוטו (פ"ת חת"ס).

יש אומרים שאם הוצרכו להוציא כו' - עיין סמ"ע לעיל סק"ל"ב?, ומשמע מדבריו דהכא גבי הוצאות שיעזור להם עם שט"ח, אפילו אם רוב אנשי העיר נושאים ונותנים בשטרות, אין המיעוט צריכין ליתן להם לסיוע כיון שאינו ענין כללי הנהוג בכל קהילות ישראל (פ"ת), ואפילו אם לא יפרעו להם השטרות יהא רוב המס מוטל עליהם אינה טענה. אטו אם ישנו בעיר עשיר אחד משופע בנכסים

והעליל המלך עליו ליטול מנכסיו יתנו האחרים עמו מטעם זה שיתרבה מס שלהם בהפסדו, אלא ודאי לאו טענה היא, ובעלי השטרות יתנו ולא אחרים (פ"ת רא"ש).

חייבים ליתן לזה - עיין לקמן (סי' רסד ס"ד ברמ"א) [הוב"ד לעיל סק"], אין לך נתפס על חברו ושיהיה חברו חייב לשלם לו אלא במסים וא"כ אפילו אמרו השודדים בפי' בשביל ראובן או שמעון שדדו פטורין ראובן ושמעון בין שהיו ראובן ושמעון חייבין מן הדין לאותו האנס ובין שלא היו חייבין כל שלא נשתתפו עמהם אף שניצולו בהשתדלותם ובהוצאת ממונם אין עליהם שום חוב (רע"א חכ"צ).

קהל שפטרו אחד כו' - אם הסכימו הציבור על אדם אחד שיפטרו אותו ממס זמן קצוב כדי שיבוא לדור אצלם, או משאר הנאה אחרת שעשה להם, אם מת בנתיים חייבין יורשים לפרוע מס מאותן נכסים שירשו. ואם נתנו הקהל לאחד רשות ליתן מס בפני עצמו ומת, אין יורשיו יכולין להיפרד, דלדידיה הרשוהו ולא ליורשיו (סמ"ע), עי' רשד"ם [הוב"ד לעיל סק"], אם עשו פשרה שא' יתן כך וכך, ויהיה פטור מכל המסים לג' שנים, ונתחדש חיוב באמצע הג' שנים, הוא פטור מזה, וכל שיש חרם בענין אין להם לערער מצד טענת שמא זה וכ"ש כיון ששתקו בה עד עכשיו שנר' שכך היו התנאים לפטור העתיד מלבד (ש"ך ראנ"ח), אם לא הזכירו ממה פטרוהו אלא כתבו סתם לבלתי תת אפילו פרוטה אחת הרי פטור הוא מהכל ואין לחלק בין המסים (פ"ת צ"צ), אמנם אם ראש הקהל הפריז ובזבז ממון הקהל, אע"פ שנתנו לו פטור על החיובו כלפי הקהל, זה לא כולל הפרזות ובזבזים (פ"ת חת"ס).

אין צריך קנין - אם שייך בהם טענת השטאה עיין לעיל (סי' פא ס"א) [לא אמרינן טענת משטה אלא ביחיד המודה, אבל לא בציבור המודים, דאין דרכן להשטות] וש"ך שם [יש לציבור זכות לטעות השטאה, ומקור דברי הרמ"א מדובר שיש כמה סיבות למה לא שייך לומר משטה, וזה רק סניף, וגם מקור דברי הרמ"א מזכיר השטה אצל ציבור במקום אחר] (רע"א).

מיהו יכולין לומר שלא פטרוהו רק לשנה כו' - אם גובין הרבה גביות מסים בשנה, דאפילו שנה אחת לא מפטר מכל הגביות, דכיון דהיחיד היה חייב ובא לפטור נפשו מכח שפטרוהו בסתם, יד הקהל על העליונה ויכולין לומר לא פטרנוך כי אם מגביה אחת (סמ"ע, ש"ך תורת אמת), וקצת קשה על הרמ"א שלא היה לו לסתום אלא לפרש, ועי' בסמ"ע רי"ב [סק"ד?] מ"ש עוד מזה (סמ"ע).

הקהל כו' - תקנה שכתוב בה שכל מי שיש לו ק' זהובים יתן מס, ה"ה אם יש לו שדה שוה כסף צריך ליתן, ואם יש תקנה שכל מי שיגבה מחובותיו ק' זהובים יתן מס, ה"ה אם מוכר מחובותיו לאחר מיקרי גבייה. גובי המס שבאו להחרים לראובן שלא נתן מס שלו, ובא שמעון ונתן משכון בעדו, ואחר כך רצה שמעון שיחזירו לו משכונו ויחרימו לראובן, אין הציבור צריכין לעשות כן (סמ"ע), צריך שיהיה המנהג קבוע ומיוסד על פי וותיקין וחכמי אותה העיר ואם אין יהודים בעיר צריך שיעידו העדים שמנהג חכמי אותה העיר שהיו מכשירין כך וכך (ש"ך מהריב"ל), אם עשו חכמי המדינה שהם כמו בית דין שום תקנה הכל לפי הצורך

והזמן יש כח בידם אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה אבל על פי המנהג לא ידעתי איך יתנו ממונו של זה לזה, לכן מאחר שזה הדבר שנהגו בו אינו כתוב בתוך תקנות טוליטולא שנעשה ע"פ ב"ד והדור שעמד אחריהם התחילו במנהג זה ודאי מנהג של טעות אף אם היה באותו הדור דין שדן לקיים זה הדבר ועל ידו נתפשט זה המנהג אין זה מנהג שראוי לסמוך עליו לענין הוצאת ממון דאי אפשר להוציא ממון אלא בתקנת ב"ד הילכך אפי' נהגו בו דור אחר דור, י"ל שע"פ הראשונים פשט [טעות] המנהג הזה ולזה צריך לבטלו כי הוא לעבור על דברי תורה (ש"ך מהריב"ל), אם יהיה מחלוקת במנהג קצתם אומרים שנוהגים להעלות על השווי לאו דוקא להוציא ממון צריך שיהיה המנהג פשוט בכל המדינה אלא אפילו להחזיק צריך יהיה המנהג קבוע ואין יוכל לומר המוחזק אדעתא דהכי קבלתי להשיב ההשבון ליורשים (ש"ך מהריב"ל), אם מנהג המקום לפסוק כרמב"ם צריכין ללכת אחריו (ש"ך מהריב"ל).

ומי שאינו נושא בעול עם הציבור יכול להכריח כו' - כצ"ל. ונראה דר"ל דיכול להכריח אחרים שיתנו מס ועולים או לצדקה, אבל הוא לא יהיה גבאי לגבות אותן מעות, להוציא נפשו מהחשד מאחר שאין לו (סמ"ע).

⁷⁴ עי' שר"ע (יר"ד סי' רכו ס"א): שנים שהם שותפים בחצר ונדרו הנאה זה מזה, אם יש בו דין חלוקה חל הנדר ואסורין ליכנס בו עד שיחלקו ויכנס כל אחד בשלו. וכ"ש אם אחד מהם הדיר לאחד מן השוק מנכסיו, שאסור ליכנס בו. ואם אין בו דין חלוקה, לא חל הנדר ומותרין ליכנס בו, בין אם הדירו זה את זה או שהדיר אחד מהם לאחד מן השוק מנכסיו. ודוקא כשאותו מן השוק שהוא מודר נכנס לצורך השותף, בין שהוא צריך לשותף בין שהשותף צריך לו, אבל ליכנס בו שלא לצורך השותף, אסור. הגה: וכן הדין בשנים שהיה להם יחד מקום בבית הכנסת, ואמר אחד לחבירו: חלקי יהא לך הקדש, דמאחר דקאמר לך הקדש, ודאי כוונתו לאסרו עליו. אבל אם אמר: יהא הקדש, ולא אמר: לך, לא כיון אלא שיהיה הקדש לעניים, ומותר חבירו ליהנות ולישב עליה (ב"י סימן רכ"א בשם תשובת רשב"א). והוא הדין בכל כיוצא בזה. וכן אם היו שותפין בדבר המטלטל, אם יש בו דין חלוקה אסורים בו. ואם אין בו דין חלוקה, מותרין בו.

ביאור: אם יש בו דין חלוקה. היינו ד' אמות על ד' אמות לכל אחד כמו שכתוב בחושן משפט סימן קע"א ס"ג (ש"ך).

חל הנדר. ולא שרי מטעם ברירה כיון שיש לתקן בחלוקה (ש"ך).

וכל שכן אם אחד מהם כו'. בטור כתב כאן אם לא לצורך א' מהשותפין בחצר ותמה בית יוסף על זה כיון דיש בו דין חלוקה חל הנדר וכי נכנס לצורך השותפין מאי הוה הרי מכל מקום נהנה מדריסת הרגל וכשאמרינן גבי מודר הנאה מחבירו נכנס לבקרו וצריך עיון עכ"ל מ"ה כתב כאן בשולחן ערוך סתם אסור והיינו אפילו לצורך אחד מהשותפין ובדין שבסיפא שאין בו דין חלוקה כתב הטור לא חל הנדר בין הדירו זה את זה ובין שהדיר אחד מהם לאחד מן השוק מנכסיו עכ"ל כתב בית יוסף אפשר

יש בו דין חלוקה ומה לי אין בו דין חלוקה וזה ברור לכל מבין ועכשיו אתי שפיר מה שיש לכאורה להקשות בדברי הרא"ש שהבאתי דפריך והרי דברי ראב"י במתני' כו' דהיה לו לתרץ דראב"י מיירי באין בו דין חלוקה ובוזה התיר דוקא לאחד מן השוק כמו ברישא דהשותפין שנדרו מיירי באין דין חלוקה כמו שזכרתי בסי' רכ"ד ובאמת לא קשיא דהרא"ש בא ללמדנו דהך בבא במתני' דהיה אחד מן השוק מודר הנאה מאחד מהם דראב"י מתיר מיירי בכל חצר אפי' ביש דין חלוקה כל שיש צורך לאחד מהשותפין דבזה הוה אפי' יש דין חלוקה כמו אין דין חלוקה דחד טעמא הוא שאין בידו לחלוק והחצר קנוי לו לזה. נמצאו דברי הטור מכוונים שפיר דביש בו דין חלוקה אסור לאחד מהשוק ליכנס לצורך עצמו שאין החצר קנוי לו לזה ואינו יכול לומר לתוך של חבירך אני נכנס דכשהוא נכנס לצורך עצמו יש לכל אחד מהם כח למחות מצד הדין עליו על כן יש לו גם כן כח לאסור עליו דהרי אין יכול לומר לתוך שלי אני נכנס משא"כ בלצורך אחד מהשותפין אין לו כח למחות על כן אין יכול גם כן לאסור עליו שהיה כאומר לתוך שלי אני נכנס משום הכי בנכנס לצורך אחד מהשותפין ויש בו דין חלוקה הוה דינו כאין בו דין חלוקה ונכנס לצורך עצמו ובתרווייהו אלו שרי דיכול לומר לשל חבירך אני נכנס כמו שאמרנו ונסתלקה קושית בית יוסף מאי שנא מנכנס לבקרו דכאן ההיתר משום דיכול לומר לשל חבירך אני נכנס אבל הרשב"א ודאי סבירא ליה דגם באין דין חלוקה אין היתר רק בצריך לשותפים כמבואר בתשובת הרמב"ן סימן רמ"ב והם דברי הרשב"א כמו שכתב בית יוסף בהקדמת ספרו על כן פסק כאן שפיר בש"ע דבאין בו דין חלוקה מותר דוקא בנכנס לצורך אחד מהשותפין. ועדיין צריכין אנו למודעי בהיתר זה דצריך אחד מן השוק לאחד מן השותפין דנראה ברור דהיינו שצריך לאחד מבני החצר זולת הנודר אבל כל שצריך לנודר ודאי איסור גמור הוא וכן משמעות הלשון של רשב"א שזכרנו שכתב שהוא צריך לשותף ורצה לומר השותף השני והוא מילתא בטעמא שהרי עיקר הטעם ברשב"א שהחצר קנוי לכל העולם שצריך להשותף בשבילו וזה לא שייך בנודר דנהי דהיה קנוי לו בשבילו מכל מקום הוא יכול לאסור את שלו על חבירו ומ"ח ז"ל ראיתי שכתב דאם נכנס לצורך המדירו דמותר דודאי מצרכו לא אדריה כו' איני רואה כלל דברים אלו דודאי המדיר חבירו מנכסיו מדירו אפילו מצרכיו באם יצטרך לו כמבואר בסימן רכ"א סעיף ד' חלה בנו אינו נכנס כלל כו' והרי אין לך צורך גדול מזה אלא דוקא מחיותיה של עצמו אמרינן שם דלא הדירו אבל לא משאר צרכיו ובדברי הטור האריך גם כן מו"ח ז"ל לפרש מה שכתב באין בו דין חלוקה שמותר בהדירו לאחד מן השוק היינו גם כן דוקא בצריך לאחד מהשותפין ואין זה במשמעות הלשון כלל שהרי כתב לא חל הנדר ואם כדבריו הרי חל הנדר לענין שאחד מהשוק אסור אם נכנס שלא לצורך אחד מהשותפין ואף ע"ג דכאן בש"ע כתב גם כן לא חל הנדר אין ראייה מזה שהוא נגרר אחר לשון הטור והוסיף אחר כך עליו והנלע"ד ברור בדברי הרא"ש והטור כתבתי ובמה שכתב תחילה ביש בה דין חלוקה בסתם לאיסור ולא מהני צריך לשותפין יש לסמוך להקל בצריך לאחד מהשותפין

שנתחלף לרבינו בין מקום למקום דכאן היה לו לכתוב שמותר דוקא שנכנס לצורך אחד מהשותפין שכן כתב הר"ן בשם הרשב"א ע"כ כתב בסיפא דוקא לצורך השותפין ולי נראין דברי רבינו הטור כמשמען והם נמשכין מדברי אביו הרא"ש שכתב וז"ל ורבינו שמשון כתב בשם ר"י דהלכתא בדאורייתא יש ברירה כדמוכח כאן כו' ולפום הך פיסקא שותפים שהדירו זה את זה מדריסת הרגל מותרין ליכנס לחצר ואם הדיר אחד מן השוק אסור ליכנס לחצר דויתור אסור ומשום ברירה אין להתיר בשותפין בשיש בה דין חלוקה דלא שרי ראב"י משום ברירה כיון שיש תקנה בחלוקה וכל שכן אינש דעלמא דלמה יכנס בחצר והרי דברי ראב"י במתני' לאינש דעלמא נ"ל דמיירי לצורך אחד מבני חצר עכ"ל. מבואר מדבריו דדוקא ביש בה דין חלוקה הצריך שיהיה לאותו הנכנס צורך לאחד מהשותפין שהרי כתבו דוקא אדין זה וממילא באין בה דין חלוקה מותר אפילו לצורך עצמו ומ"ש תחילה ואם הדיר אחד מן השוק אסור כו' זה לא קאי אשותפין אלא אינש דעלמא ובא לאפוקי מפ"י ר"ת שמביא לפני זה שהוי הפיסקא אם הדירו זה את זה מדריסת הרגל אסורים ליכנס בחצר ואם הדיר בעל החצר א' מן השוק מותר ליכנס לחצר דויתור מותר בהנאה ע"כ כ' דשני דברים הם להפך לפסק רבינו שמשון וזה מבואר למעיין שם. וכך הוא ברמזים שחיבר הטור וז"ל השותפין שנדרו הנאה זה מזה מותרים ליכנס לחצר דקיימא לן יש ברירה ודוקא אם אין בו דין חלוקה אבל יש בו לא וכ"ש אם היה אחד מן השוק מודר מהם שלא לכנס אלא לצורך אחד מבני החצר עכ"ל הרי שכתב האיסור לאחד מן השוק אחר דין שיש בו דין חלוקה דא"ל דקאו ארישא דהיאך שייך לומר על זה כ"ש דמה ק"ו יש כאן אלא ודאי דאסיפא קאי וכך הם דבריו כאן בטור ונראה טעם לדינים אלו דכל שאין בו דין חלוקה אין כאן נדר לגמרי על חצר זה אפילו הדיר אחד מן השוק דיכול לומר לו לא לתוך שלך אני נכנס אלא לתוך של חבירך וכן כתב הרמב"ם בפ"ד דהלכות נדרים והוא דברי ראב"י במתני' והיינו באין בה דין חלוקה ובוזה אמרינן יש ברירה אבל ביש דין חלוקה לא יכול לומר לתוך של חבירך אני נכנס כיון שיש מקום לחלוק אין הרשויות מעורבים וזה פשוט אלא דמ"מ כשהוא לצורך אחד מהשותפין יכול ליכנס מטעמא אחרינא שזכר הר"ן וז"ל כתב הרשב"א דוקא שנכנס לצורך השותף בין שהוא צריך להשותף או שהשותף צריך לו לפי שהחצר קנוי לכל א' מהם ולכל מי שצריך להם אבל ליכנס לתוכו אחד מן השוק לעצמו אסור שאם הקנו זה את זה החצר לדריסת רגליהם ולכל מה שצריך להם לא הקנו אותו לכל העולם עכ"ל. וקצת מדברים אלו הביא גם הרא"ש בשם ר"ש בר אברהם צרפתי והוא הרשב"א מזה מבואר דכל שצריך לחצר אפי' לטובת עצמו על ידי השותף יש היתר שהחצר קנוי לו לזה אם כן אפילו ביש בו דין חלוקה יש היתר זה שיאמר לתוך שלי אני נכנס דהיינו בחלק חבירך יש לי זכות כשאמרין דע"כ לא מחמרינן ביש דין חלוקה אלא מחמת שאפשר בתקנה אז לא אמרינן יש ברירה וזה דוקא בשותפין עצמן שנדרו זה מזה כיון שבידם לכופ כל אחד את חבירו משא"כ באחד מן השוק הברירה מועלת לו גם בזה כיון שהוא לאו בר חלוקה עם הנודר ממנו וא"כ מה לי

כיון שהרא"ש והטור כתבו כן בפירוש. ותימה גדולה על הבית יוסף שלא ראה אחרי דברי הרא"ש הללו ואלו ראה אותם לא היה כותב דנתחלף לרבינו בין מקום למקום כן נראה לע"ד וכן פסק מ"ח ז"ל להלכה (ט"ז).

שאסור ליכנס בו. משמע אפילו לצורך אחד מהשותפין אסור וכן משמע מדנקט בסיפא נכנס לצורך השותף כו' משמע דברי שא"כ בכל ענין אסור וכן כתב העט"ז והטור כתב וכ"ש אם אחד מהם הדיר לא' מן השוק מנכסיו שאסור ליכנס בו לצרכו אם לא לצורך אחד מהשותפין בחצר ואם אין בו דין חלוקה לא חל הנדר ומותרים ליכנס בו בין אם הדירו זה את זה או שהדיר אחד מהם לאחד מן השוק מנכסיו עכ"ל, ובבית יוסף תמה דכיון דיש בו דין חלוקה כי נכנס לצורך א' מהשותפין מאי הוה כו' וכן נראה מדברי ר' ירוחם עכ"ל והב"ח חלק על הבית יוסף עיין שם שהאריך וכל דבריו תמוהים לי גם מה שכתב לדעת רבינו ירוחם תימה גדולה עליו שעייין בתחלת דברי רבינו ירוחם ולא עייין בסופם עיין שם שדברי רבינו ירוחם ממש כדברי הב"י והכי מוכח דברי הרא"ש וכן דעת מהרש"ל פרק שור שנגח את הפרה סי' ל"ב כהמחבר וע"ש וכן מוכח דעת הרשב"א והר"ן שכתבו במתני' דמתיר רבי אליעזר באחד מן השוק דוקא כשנכנס לצורך השותף אלמא דכשיש בו דין חלוקה אפי' ר"א מודה ע"ש וכל זה ברור וחלילה להקל ולזוז מדברי המחבר (ש"ך).

לא חל הנדר. דיש ברירה ופי' הרא"ש והר"ן בשם הרשב"א דכיון דעל כרחק שלחבירו קנוי לו החצר ללכת בכלו אין כח בידו לאסרו עליו דהוי כאוסר על חבירו את של חבירו והיינו יש ברירה דקאמרינן דכל עידן דעיייל בחצר רואים כאלו מקום דריסתו קנוי לו לבדו דעל תנאי זה ניקנית להם החצר מתחלה כיון שאין חבירו יכול לכופו לחלוק וברירה זו מעיקרו קנייה היא דהוי כמי דזכי להיות קנוי לכל אחד בפני עצמו בשעה שידרוך בה כף רגלו בשעת דריסתו וכן הסכים מהרש"ל שם ובזה יישבו הרי שאמרינן בעלמא בכמה דוכתי דבדאורייתא אין ברירה אלא ודאי הך ברירה דהכא ל"ד לברירה דעלמא מטעמא שאמרן ומשמע דה"ה שאר כל תשמיש שאינו כמו תשמיש דרחיים ותנור וגידול תרנגולים מותר באין בו דין חלוקה מה"ט וכן כתב מהרש"ל שם (ש"ך), חלוקה [עש"ך] סק"ד ועייין בתשובת משכנות יעקב סימן מ"ז מ"ש בזה] (פ"ת).

בין שהוא צריך לשותף כו'. והב"ח כתב בח"מ סימן ק"פ דמדברי הטור והרא"ש משמע דלא שרי אלא כשנכנס לצורך השותף שהשותף צריך לו וכן משמע מדברי רבינו ירוחם (ש"ך).

וכן הדין בשנים כו'. סדר הג"ה הזאת אינה מדוקדקת דדין זה הוא מתשובת הרשב"א שהביא בית יוסף סוף סימן רכ"א ושם כתב דבשותפות מקומות אלו אין בו חלוקה וכיון שכן אינו יכול לאסור כלל על חבירו אלא דבמקום שאדם יכול לאסור על חבירו יש חילוק בין אומר הקדש לך או לאו וכמו שכתב כאן רמ"א ואם כן צריך לומר דרמ"א מיירי כאן במקומות שיש בהם דין חלוקה וכל זמן שלא חלקו ואחד מהם הקדיש הוה חילוק בין לך או לא ואם כן מה לו לתלות חילוק זה בשנים שיש להם בשותפות כו'

כיון שהרא"ש והטור כתבו כן בפירוש. ותימה גדולה על הבית יוסף שלא ראה אחרי דברי הרא"ש הללו ואלו ראה אותם לא היה כותב דנתחלף לרבינו בין מקום למקום כן נראה לע"ד וכן פסק מ"ח ז"ל להלכה (ט"ז).

שאסור ליכנס בו. משמע אפילו לצורך אחד מהשותפין אסור וכן משמע מדנקט בסיפא נכנס לצורך השותף כו' משמע דברי שא"כ בכל ענין אסור וכן כתב העט"ז והטור כתב וכ"ש אם אחד מהם הדיר לא' מן השוק מנכסיו שאסור ליכנס בו לצרכו אם לא לצורך אחד מהשותפין בחצר ואם אין בו דין חלוקה לא חל הנדר ומותרים ליכנס בו בין אם הדירו זה את זה או שהדיר אחד מהם לאחד מן השוק מנכסיו עכ"ל, ובבית יוסף תמה דכיון דיש בו דין חלוקה כי נכנס לצורך א' מהשותפין מאי הוה כו' וכן נראה מדברי ר' ירוחם עכ"ל והב"ח חלק על הבית יוסף עיין שם שהאריך וכל דבריו תמוהים לי גם מה שכתב לדעת רבינו ירוחם תימה גדולה עליו שעייין בתחלת דברי רבינו ירוחם ולא עייין בסופם עיין שם שדברי רבינו ירוחם ממש כדברי הב"י והכי מוכח דברי הרא"ש וכן דעת מהרש"ל פרק שור שנגח את הפרה סי' ל"ב כהמחבר וע"ש וכן מוכח דעת הרשב"א והר"ן שכתבו במתני' דמתיר רבי אליעזר באחד מן השוק דוקא כשנכנס לצורך השותף אלמא דכשיש בו דין חלוקה אפי' ר"א מודה ע"ש וכל זה ברור וחלילה להקל ולזוז מדברי המחבר (ש"ך).

לא חל הנדר. דיש ברירה ופי' הרא"ש והר"ן בשם הרשב"א דכיון דעל כרחק שלחבירו קנוי לו החצר ללכת בכלו אין כח בידו לאסרו עליו דהוי כאוסר על חבירו את של חבירו והיינו יש ברירה דקאמרינן דכל עידן דעיייל בחצר רואים כאלו מקום דריסתו קנוי לו לבדו דעל תנאי זה ניקנית להם החצר מתחלה כיון שאין חבירו יכול לכופו לחלוק וברירה זו מעיקרו קנייה היא דהוי כמי דזכי להיות קנוי לכל אחד בפני עצמו בשעה שידרוך בה כף רגלו בשעת דריסתו וכן הסכים מהרש"ל שם ובזה יישבו הרי שאמרינן בעלמא בכמה דוכתי דבדאורייתא אין ברירה אלא ודאי הך ברירה דהכא ל"ד לברירה דעלמא מטעמא שאמרן ומשמע דה"ה שאר כל תשמיש שאינו כמו תשמיש דרחיים ותנור וגידול תרנגולים מותר באין בו דין חלוקה מה"ט וכן כתב מהרש"ל שם (ש"ך), חלוקה [עש"ך] סק"ד ועייין בתשובת משכנות יעקב סימן מ"ז מ"ש בזה] (פ"ת).

בין שהוא צריך לשותף כו'. והב"ח כתב בח"מ סימן ק"פ דמדברי הטור והרא"ש משמע דלא שרי אלא כשנכנס לצורך השותף שהשותף צריך לו וכן משמע מדברי רבינו ירוחם (ש"ך).

וכן הדין בשנים כו'. סדר הג"ה הזאת אינה מדוקדקת דדין זה הוא מתשובת הרשב"א שהביא בית יוסף סוף סימן רכ"א ושם כתב דבשותפות מקומות אלו אין בו חלוקה וכיון שכן אינו יכול לאסור כלל על חבירו אלא דבמקום שאדם יכול לאסור על חבירו יש חילוק בין אומר הקדש לך או לאו וכמו שכתב כאן רמ"א ואם כן צריך לומר דרמ"א מיירי כאן במקומות שיש בהם דין חלוקה וכל זמן שלא חלקו ואחד מהם הקדיש הוה חילוק בין לך או לא ואם כן מה לו לתלות חילוק זה בשנים שיש להם בשותפות כו'

עצמו, שהרי כל הבריות נקראו אדם כמו אדם עצמו, וכאשר מעיין במין האדם שיצאו מן אדם הראשון הרי הוא עומד על מהות אדם הראשון. אבל שיהיה משיג בו במה שנברא מן ה' ית' כדכתיב ויברא את האדם בצלמו, והדמיון הזה שהוא נברא בצלם אלקים לגמרי, דמות דיוקני הוא, ובדבר זה אין להשיג, כי דבר זה אין שייך לאדם במה שהוא אדם. כי כבר אמר כי המערה החצונה כמו הפנימית וזהו אמיתית האדם, ודבר שאינו מצד האדם רק במה שהוא נברא ממנו הוא לו מן ה' ית', ובזה אין להסתכל. והבן הדברים האלו מאוד (מהר"ל).

⁷⁸ ביאור זה כי כאשר הוא מדריגה אחרונה לאדם אשר הוא בצלם אלקים, והיינו עקיביו, יש לו הזיו אשר הוא לגלגל חמה שהוא יותר על הכל בזיו והדר. ופי' הזיו האמור כאן, כי צלמו אלקי הוא ואינו גשמי, וכל דבר נבדל מן הגשמי מתיחס אליו הזיו, ולכך תקרא התורה אור דכתיב (משלי ו') ותורה אור, ודבר זה מבואר במקומות הרבה, והוא דבר ברור, כי הדבר שהוא בעל חומר גס כמו הארץ שיש לארץ חומר גס, הוא עכור, ואשר אין לו חומר גס אינו עכור, ומפני כי האדם נברא בצלם אלקים זיו שלו, דהיינו עקיביו, הם כמו גלגל חמה. וביאור זה כי אין בעולם דבר יותר זך מן הגלגל מכל הדברים הגשמיים, ומכל מקום עקיביו והם סוף מדריגתו צלם אלקים שלו הוא כמו גלגל חמה, שהוא עליון על כל הדברים הגשמיים כי הזיו של אדם הראשון הוא נבדל מן הגשם ואלו גלגל חמה אינו נבדל, ולפיכך סוף צלמו שהם עקיביו שהוא סוף צלמו כי עיקר צלמו הוא הפנים, הוא כמו גלגל חמה. ועיין במסכת אבות (פרק ג') אצל חביב האדם, שם בארנו באריכות (מהר"ל).

⁷⁹ אברהם ושרה בפרט יש להם שם אדם כמו שהתבאר, ולכך אמר הכל בפני (עצמה) שרה כקוף בפני אדם, כי יש לשרה הצלם האלקים ביתר, ולפיכך הכל בפני שרה כמו קוף בפני האדם. ושרה בפני חוה כמו קוף בפני אדם, כי הצלם הזה יותר לחוה כי הם נבראו בצלם אלקים לגמרי, ולפיכך שרה בפני חוה כמו קוף בפני אדם. וחוה בפני אדם כקוף בפני אדם, וזה מפני כי על האדם בלבד נאמר ויברא אלקים את האדם בצלמו בצלם אלקים ברא אותו. ואדם אשר נברא בצלם אלקים הוא כקוף בפני השכינה, כי אף על גב שצלם האדם צלם אלקי מ"מ אינו נבדל לגמרי, ולכך האדם בפני השכינה כמו קוף שהוא ב"ח, וכל ב"ח אין לו צלם אלקים כך האדם בפני השכינה שהוא יתברך נבדל מכל וכל. ואם יקשה לך דהוי לו לומר ג"כ שרה בפני אברהם כמו שאמר חוה בפני אדם, אבל דבר זה אין קשיא ורמזו רז"ל דבר זה במקום אחר במה שאמרו ז"ל כי אברהם היה טפל לשרה בנבואה, ודרשו (סנהדרין ס"ט ב') אבי מלכה ואבי יסכה זו שרה שסוכה ברוח הקודש, ונקרא ג"כ יסכה שהכל סוכין ביפיה, א"כ שני הדברים ענין אחד הוא ואין כאן מקום לזה לבאר יותר. ותוכל לומר ג"כ כי הדברים האלו מצד כי ר' ינאי היה מציין מערתא דרבנן כן שהיה מציין אותם בשביל שלא יכנסו לשם בשביל הטומאה או בשביל שלא יהיו נשכחים מן העולם, בשביל זה היה מוכן ג"כ להתחבר אל הצדיקים אחר שנפרדו מן העולם. ובא לומר כי היה מתחבר אל מהות אברהם אחר מותו כמו שאמר, וכן היה מגיע אל מערת אדם הראשון. והנה הוא

הצורה בפעל בודאי הצורה נסמכת אל הנושא, ואינה נבדלת מן הנושא, שאם היה הצורה נבדלת מן הנושא היה לה מציאת בפעל. משל זה השכל כאשר אינו בפעל הוא נמצא בנושא, הוא כח המדמה, או מה שהוא הנושא אל השכל, אבל כאשר הוא בפעל הוא עומד בעצמו. וכן כאשר צורת האדם בפעל אז נבדל מן הנושא. וז"ש כי אברהם גאני בכנפיה דשרה, ר"ל מסולק אברהם שהיה בעה"ז צורה זאת בפעל, כאשר אינו בפעל ימצא זאת הצורה אצל הנושא ואין הצורה נבדלת מכל וכל מן הנושא רק נסמכת אל הנושא המקבל. לכך אמר דגאני בכנפיה דשרה, כי מה שאמר דגאני היינו אברהם שהוא הצורה בפעל, כי הישן אינו בפעל. ואמר בכנפיה דשרה, דבר זה נתבאר למעלה כי האשה היא נחשבת כמו חומר שהוא הנושא והמקבל את הצורה, ואמר דמעין לו ברישיה לומר כי מה שאינו נמצא הצורה בפעל אין זה נחשב כמו שימצא לפעמים כי המקבל מתבטל ומתנגד אל אשר הוא מקבל, אבל דבר זה נחשב שינ' בכנפי דשרה ומעייני לו ברישא, שמי שמעין לו בראשו שנת' עינה עליו, וכך הביטול הזה אשר אין הצורה נמצאת בפעל, אין זה בטול והתנגדות אליו לגמרי מה שהוא נסמך אל הנושא ימצא מצד הנושא הנחה גמורה אליו, ולכך אמר דמעייני לו ברישיה. וכל ענין הזה שבא לומר כי מהות ומדריגת אברהם מצד עצמו, אף שלא מצד העולם הזה, אשר בו חבור איש ואשתו יש להם שייכות זה לזה. וכן אליעזר עבד אברהם לא היה העבד הזה לאברהם כמו שהוא בעולם הזה שקונה אדם עבד ואינו שלו מצד עצמו, אבל אליעזר עבד אברהם קמיה בבא כמו שמבואר למעלה. וכדי שלא תאמר כי איך אפשר דבר זה אחר הפרדס מן הגוף, ולכך אמר שאברהם אמר ליעול, כי אין (הדבור) [החבור] הזה פחיתות אליו כאשר אין יצר הרע כשהוא מופשט מן עולם הזה, והחבור הוא מצד עצמו ואין גנאי כאן כלל. ואם החבור הזה בעולם הזה יש בו גנאי אין החבור בעולם המופשט כך, ודבר זה מבואר למי שיש בו חכמה, כי אף שאין בעולם אותו ענין הגוף הנה במה שהיתה שרה שלימות מדריגת אברהם וכאלו היתה שרה עצם אברהם עד שהיו אחד כדכתיב, לכך נאמרו הדברים האלו, והבן זה (מהר"ל).

⁷⁷ כלומר שיש לי לעמוד על אמיתת מדריגות בני אדם בעולם, ואמר כמדת החצונה כך מדה הפנימית. וזה כי האבות היו נקברים במערת המכפלה כי אברהם יצחק ויעקב כלם הם אבות וכן אדם הראשון נקבר ג"כ שם שהוא היה אב לכל העולם, וכל אב יש לו כפל כי יש לו מדריגת (יותר) [עצמו] אחת (בלבד), ובמה שהוא סבה ואב לתולדת הוא מדריגה שניה. ולכן נקברו במערה שהיא כפולה, כי במה שהם כפולים צריך שיהיה המקום מתיחס להם. ופליגי במערה הזאת אי הוי מערה לפני ממערה או בית ועליה על גביו, והוא מבואר במקומו. וזה שאמר כי לא היה לו להסתכל, כי במה שהוא בריאה שנברא מן ה' ית', רק שאם רצה להשיג באדם הראשון מה שהוא יש להשיג במה שבא ממנו כל בני אדם, ובזה הוא עומד על אמתת אדם. ובאולי תאמר כי מה שבאו ממנו כל בני אדם אין זה אמיתתו של אדם, דבר זה אינו כי כמידת החצונה שהוא מורה שהיה סבה אל כל בני אדם, דבר זה גדר לגמרי אל האדם הראשון

אמר [שהיה] מתחבר אל אדם הראשון ג"כ עד שאמר נסתכלתי וכו' כלומר אף מצד שהיה מציין מערתא דרבנן ובשביל זה היה מוכן להתחבר אל מערתא דאדם הראשון מ"מ אין ראוי שיהיה מתחבר אליו כ"כ, כי אפשר שתהיה הציון למערה החיצונה שהיא בחוץ קרוב אל האדם, אבל שיהיה לו קירוב אל המערה הפנימית זה אינו. וכל הדברים נאמרו שכליים, לא במוחש. והכונה בזה להעמיד האדם על ענין אברהם וענין אדם הראשון כמו שאמרו בדרך חכמה, כמו שהוא ענין חכמים בכל מקום, אשר דבריהם בענין חכמה. ודי בזה (מהר"ל).

⁸⁰ פ' שהיה עושה כשוף בגוף מתים ואמר דתפסו בזקנו יראה דפירושו כי היה מגיעו לאמגושי חולי עד שקרוב היה אל המיתה ודבר זה נקרא שהיה אוחז אותו בזקנו ומחברו אל המתים עד דאייתי מספרתא וגזיא לדיקנא ר"ל כי היה מתמעט החולי דבר מגופו וזה הניח אצל המתים כך יראה. ואפשר לפרש כמשמעו כי כאשר היה עושה עם המתים (פעולת זכות) [פעולות זרות] נעשה לו ג"כ ענין זה שלא היה יכול לזוז משם שהיה אוחז אותו בזקנו עד שהוצרך לגזור זקנו (מהר"ל).

⁸¹ ויראה שלכך חלק בענין זה נכסיו, כי הנכסים מחולקים לשלשה חלקים, האחד דבר רך והוא צמר, והשני הפך זה דבר קשה לגמרי כמו עצמות, השלישי הוא ממוצע כמו עפר שאינו קשה כ"כ ואינו רך כ"כ ולפיכך אלו ג' דברים מחולקים אשר כל אחד בפני עצמו. ואמר כי יהיה לכל חלק הראוי לו, כי הקטון ורך לשנים יהיה לו דבר רך דהיינו הצמר, והדבר הקשה יהיה לגדול שהגדול אינו רך, והאמצעי בין הבנים יהיה לו האמצעי בין הרכות והקשה. כך יראה (מהר"ל).

⁸² ע'י שר"ע (ח"מ סי' קנ"ג ס"א): המבקש להוציא זיז, פירושו: כעין נסר או ראש קורה הבולט מן העלייה ולחוץ, מכותלו על אויר חצר חבירו כל שהוא, בעל החצר מעכב עליו, שהרי מזיקו בראייה בעת שתולה בו ומשתמש בו. הגה: וכל זמן שלא הסירו שהניחו בעל החצר מרצונו, אין בעל הזיז משתמש בו מפני שמזיק לבעל החצר בראייה, ובעל החצר משתמש בו:

להוציא זיז - זיז הוא כעין נסר או ראש קורה הבולט מן העלייה לחוץ, ואף אם הוא פחות מטפח ואינו ראוי לשמש עליו, מ"מ ראוי לתלות בו מידי ויש היזק ראייה. ולא יכול לומר אתלה בו דרך אחורנית ולא אראה בחצר חבירי, דחיישינן שיהפוך פניו ויראה בו בכיוון ויתנצל לומר דמש"ה הפך פניו דירא שמא יפול בעומדו בקצה העלייה ולא יתפס על הראיה כנגב (סמ"ע), במבוי מותר להוציא אפי' במקום שמזיק מדעת בני המבוי, של שפייסם ומחלו. משא"כ ברה"ה שאין לו בעלים מאן פייס ומאן מחיל. אבל למעלה מגמל ורוכבו או מסוס ורוכבו במקום שאין גמלים מצויין אחד מבוי ואחד ר"ה לא יכול מעכב (ש"ך מההר"ט), כל היכא דאין השכן יכול למחות אין לבעל הבית חזקה. ובמקום דאין לו חזקה מטעמא דאפשר דלא קפיד, ומשום הכי לא מיחה, ומ"מ יכול למחות אם רצה למחות שלא ישתמש בשלו, אפי' תשמיש מועט (ש"ך מהרש"ך), ואפילו אם כנס הכותל לתוך שלו ורצה להוציא הזיז על אויר שלא נגד אויר חצר חבירו, חבירו מעכב עליו, כיון דרצה

להוציא הזיז בצד כותל המעקה של ד' אמות שעשה בפני החצר לסתום בפני עין הרואה, וכשעושה הזיז בצידו ממילא כשירצה להשתמש על הזיז שהוא חוץ למעקה, ע"כ יראה לתוך חצר חבירו ואיכא היזק ראייה, ודמי לחלון שאסור לעשותו אפילו בכותל שכנס לתוך שלו נגד חצר חבירו בלי סתימה לפניו (נתה"מ), ועיין מש"כ? לקמן סעיף ג' סימן קנ"ד סק"ה? (פ"ת).

וכל זמן שלא הסירו כו' - ע'י לקמן ס"ב שיש מח' מחבר רמ"א שלפי המחבר אפילו לזיז כל שהוא יש לו חזקה מיד, ולרמ"א רק אחר ג' שנים ללא מחאה, ולכן למחבר מיירי כשמיחה בו מיד ואמר שאינו מוחל לו על קביעת הזיז אלא לכשירצה יסלקנו, ואחר מחאה זו קאמר דאין בעל הזיז משתמש בו, ולרמ"א אפילו לא מיחה (סמ"ע).

⁸³ ו"א שלא ישתמש בו, שבשעה שהוא משתמש בו, הוא רואה אותו.

⁸⁴ ע'י שר"ע (ח"מ סי' קנ"ד ס"ד): היה פתח אחד מהשותפין בחצר קטן, אינו יכול להרחיבו, שהרי שותפו אומר לו: בפתח קטן אני יכול להסתר ממך בשעת תשמיש, ואיני יכול להסתר ממך בפתח גדול. ואם היה הפתח גדול, לא יעשנו שנים, שהרי אומר לו: בפתח אחד אני יכול להסתר, בשנים איני יכול. אבל מי שהיה לו פתח קטן לרה"ה, ורצה להרחיבו, או היה רחב ורצה לעשותו שנים, אין חבירו שכנגדו מעכב עליו. ואצ"ל בני ר"ה שאינם יכולים לעכב עליו. (היה לו פתח גדול, יכול לעשות שם פתח קטן, אבל לא במקום אחר).

ה' פתח כו' - וה"ה חלון יש לו כל דין פתח בזה (ש"ך), ה"ה אם היה חלון של זכוכית קבוע במסמרים מסביב, אינו רשאי לעשות צירים שיוכל להפתח ולסגור, כי אינו דומה הראייה דרך זכוכית להראיה בעת שהחלון פתוח. ראובן שרצה לפתוח חלון על גינתו של שמעון ומניח לפניו שמשות של זכוכית, והלה מעכב עליו משום היזק ראייה, מפני שמחיצה של זכוכית ברוב הימים נשברת. ועוד טען שמעון שהיום או מחר ירצה לבנות בגינתו בעד החלון, וראובן יעכב עליו מפני שמאפיל על חלונו, ואף אם יכתוב לו שטר, אולי יאבד. הטענה דהיזק ראייה אינה טענה, מפני שמחיצה של זכוכית שאינה שקופה ורק מביאה אורה הוה מחיצה להיזק ראייה, שהרי מפסקת וחוצצת היא בפני העין, והוא שתהיה סתומה יפה ולא ישאר בה שום נקב שיהיה בו היזק ראייה, ואין לחוש שמא ברוב הימים ישברו, ונכון לעשות שבכה של ברזל שנקביה דקים, כדי שאף אם תשבר הזכוכית תחוץ השבכה בפני העין ולא יהיה שום היזק ראייה. אבל מה שטען לעכב עליו מפני שכשיבוא הוא לבנות יעכב עליו ראובן, טענה היא והדין עמו כו', אמנם אם ראובן כנס לתוך שלו ד' אמות לא שייך טענה השניה (פ"ת).

בפתח אחד אני יכול להסתר כו' - דבפתח אחד אף שהוא גדול, מ"מ אין מדרך בני אדם להניח פתוח תמיד, ויכול להשתמש שם כשהוא סתום, משא"כ בשני פתחים קטנים דדרך להניח אחד מהן פתוח (סמ"ע).

פתח קטן לרה"ר ורצה להרחיבו - אפילו אם לא היה לו פתח כלל מקודם יכול לפתוח פתח חדש לרה"ר, ואפילו אם הוא כנגד פתח של חבירו, כמבואר בסעיף ג' (נתה"מ).

יכול לעשות שם פתח קטן - נראה פשוט דדוקא בכהאי גוונא דהיה שם מתחילה פתח או חלון גדול, הוא דיכול לעשות ממנו שם פתח או חלון קטן, אבל כשהיה פתוח שם הכל והוא רואה משם לחצר חבירו, אינו יכול לסתום שם ולעשות שם במקומו פתח או חלון קטן, דעד הנה אף שראה בשל חבירו, מ"מ כשירצה יכול לעשות מחיצה לפניו שהרי לא אחזיק עליו, משא"כ כשירצה לעשות מחיצה ולהניח בו חלון או פתח קטן, דע"י מעשה זה יחזיק בו לבסוף ולא יהיה בו כח למחות בו מלראות עליו. ועוד, דבעי בעל החצר לאצטנועי מיניה טפי כשיהיה לו חלון, דאז אפילו כשהוא בביתו יכול לראות בו, משא"כ כשהוא פתוח לגמרי (סמ"ע).

⁸⁵ עי' שו"ע (ח"מ סי' תיז ס"א): לא יסקל אדם מרשותו לרשות הרבים, ואין עושין חלל תחת רשות הרבים, ולא בורות ולא שיחין ולא מערות, ואע"פ שהעגלה יכולה להלך על גביהן והיא טעונה אבנים, שמא תפחת מלמטה שלא מדעתו. הגה: ויש אומרים דאע"ג דהכי דינא הוא, מכל מקום כבר נהגו לעשות ביבין ומרתפות תחת חלל רשות הרבים וכן זיזין, וכולן מוחלין על כך מאחר שכן נהגו, ועוד שרשות הרבים הם של מושלי העיר, ולכל מה שנותנים רשות אזלינן בתריה ולפי ענין המנהג, והחופר בור לצורכי רבים מותר:

ולא מערות - פי' חלל היינו בורות שיחין ומערות המכוסות (סמ"ע).

שמא תפחת שלא מדעתו - ולא סגי במה שמקבל עליו אחריות הזקן דהעוברים עליו, דניחא לבני אדם בשלהן ולא שיזיקו בשלהן ולקבל עליו תשלומין וחילופיהן, וגם לא ניחא להו לירד בדינא ודיינא וכמ"ש לעיל סימן ת"ד סק" (סמ"ע).

וכולן מוחלין על כך - שהיום או מחר יצטרך גם הוא או בניו לעשות כן (סמ"ע).

של מושלי העיר - פירוש, של שר העיר, שהדבר ידוע שהדרכים עם היותם מסורים לרבים, של אדוני הארץ הם, והם רשאים לסתום דרכים ולפתחן במקום אחר לפי שהדרכים שלהם הן (סמ"ע), יש איסור לבנות תחת הבליטה מהגג על פני הבית לצד הרחוב, ועיין מ"ש לעיל סימן שע"ז ד"ה שהחזיקו בו רבים (פ"ת).

⁸⁶ עי' שו"ע (ח"מ סי' תיז ס"ב): הוב"ד לעיל הערה

Error! Bookmark not defined.

⁸⁷ עי' שו"ע (ח"מ סי' תיז ס"ג): הוב"ד לעיל הערה 223.

⁸⁸ רמב"ם הלכות ממרים פרק ב הלכה ה

בית דין שנראה להן לגזור גזירה או לתקן תקנה או להנהיג מנהג צריכין להתיישב בדבר ולידע תחלה אם רוב הצבור יכולין לעמוד בהן או אם אין יכולין לעמוד ולעולם אין גוזרין גזירה על הצבור אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה.