

חוסן משפט חלק ד'

124	דין בעל חוב עם הלוקח אם יכול לדהותו אצל הלוח	קיד
127	דין הפירות והשבה בטורף מלוקח ויתומים	קמו
136	כיצד כותבין לו הטירפא	קמו
אפותיקי		
138	דין העושה שדהו או עבדו אפותיקי	קיו
141	הכותב ללוקח שני: דין ודברים אין לי עמך	קיה
142	המוכר כל שדותיו, ולוח שהתנה שיגבה מן העידית	קיט
147	הזורק חובו סתם, או בתורת גיטין, וזרקו ונאבד	קב
העושה שליח לגבות חוב		
150	השולח חובו על ידי שליח	קבא
הרשאה		
163	אם מת המלוה או שביטל השליחות או ההרשאה	קבב
171	הרשאה, על מה נכתבת וכיצד נכתבת	קבג
179	נתבע, אם יכול לעשות מורשה	קכד
181	השולח חובו או פקדונו על ידי שליח	קכה
189	הפורע חובו במעמד שלשתן	קכו
208	דין איש שלוח מאשתו וגרשה, או עבדו ושחררו, והלוח מן עובד כוכבים שנתגייר	קכז
208	דין הפורע חוב של חברו או שמשכנו בשביל חברו	קכח
ערב		
215	דין הערב בשטר ועל פה, ומתי נפרעין מן הערב	קכט
229	דין ערב שפרע למלוה כיצד נפרע מן הלוח	קל
235	מי שחזר בו אחר שנתרצה להיות ערב	קלא
242	עבד ואשה וקטן שערבו, ושנים שנעשו ערבים בשביל אחד, ואחד בשביל שנים	קלב
חזקת מטלטלין		
245	מי שמוחזק במטלטלין הידועים לאחר	קלג
251	אומן שמוען בדבר שהוא אומן שקנאו מבעליו	קלד
253	דין המחזיק בבעלי חיים כגון בהמה ועבד	קלה
254	מי שנתחלפו כליו בבית האבל והמשתה	קלו
255	מי שלקט פירותיו של חברו	קלז
257	דין שנים אוחזין במלית וחולקים עליו	קלה
262	דין שנים חלוקין בדבר, ואם בא שלישי והטפה	קלט

חוסן משפט חלק ד'

פורע לו. ואם פרע הערב סתם אינו יכול לתבוע אחד מהם עד שיפרע גם החוב השני, או שיקח הרשאה מן המלוה (ט"ז), ואם ראובן חייב לשמעון ב' חובות א' מטעם חוב עצמו, וא' מטעם ערבות ללוי, אין המלוה יכול לומר שקבלתי הכסף עבור הערבות (רע"א * כנה"ג).

(ו) 764 שנים שנכנסו ערבים, ופטר המלוה את אחד מהם, יש אומרים שיכול המלוה לתבוע כל הממון מהערב השני(יא). ועיין בסימן ע"ז.

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

חזקת מטלטלין

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

(א) 765 כל דבר המטלטל(א) שהוא ביד האדם, בחזקת שהוא שלו. אפילו אם יביא המערער עדים שהוא שלו, ואמר למוחזק: הפקדתיו לך או השאלתיו לך, נאמן המוחזק לומר: אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה, וישבע היסת. 766 ואם טען: שלך הוא אבל משכון הוא בידי(ב), יכול לטעון עד כדי דמיו(ג), ונשבע בנקיטת חפץ, ונוטל. 767 ואם טוען נתחייב לי עד כדי דמיו מעסק משא ומתן שבינינו, נכון הדבר שיברר ממה נתחייב לו, שמא הוא סבור שנתחייב לו, וכשיברר דבריו שמא אינו חייב לו.

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

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

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

(ב) 768 אפילו אם מסר המערער החפץ למחזיק בעדים, אם אין עדים שהוא עתה בידו(ד), נאמן בשבועת היסת לומר: החזרתיו לך, וכן נאמן לומר: לקוח הוא (בידי), במגו דהחזרתיו לך(ה). ואם אמר ליה: אל תחזיר אלא בעדים, והוא אומר: החזרתיו לך, נאמן

חושן משפט חלק ד'

במגו דנאנסו(ו), וישבע שבועה דאורייתא(ז). ואם טוען: החזרתיו לך בפני פלוני ופלוני(ח), ומתו או הלכו להם למדינת הים, נשבע היסת ונפטר. ואם לא מסרו לו בעדים, אפילו אם ראו אותו עתה בידו, נאמן לומר: לקוח הוא בידי. אבל אם מסרו לו בעדים וגם ראוהו עתה בידו, אינו נאמן. ודוקא שהעדים מעידים שנתנו לו בתורת פקדון, אבל אם מעידים שנתנו לו סתם, יכול לומר: בתורת מכר או מתנה נתנו לי.

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

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

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

חושן משפט חלק ד'

בעיני העולם, ולכן העיקר כדברי הש"ך. ומש"כ בקצה"ח שנאמן בטענת לקוח, לא נכון, דמה לי שטוען החזרתי גוף חפץ או דמיהן (נתה"מ).

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

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

(ג) ⁷⁶⁹אם ראו עדים (ט) החפץ ביד המחזיק קודם שתבעו המערער לדין, אפילו אם אמר בפניהם קודם שהראהו: דעו כי הוא ממושכן לי בכדי דמיו, קרינן ביה שפיר עדים וראה (י), ויתרה בו בפני אותם עדים שלא יחזירה לו אלא בפני פלוני ופלוני (יא), כדי שלא יוכל לטעון: החזרתיו לך (יב) (ועיין לעיל סימן ע"ב סעיף י"ח).

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

(י) קרינן ביה שפיר עדים וראה - כיון דהוא עצמו הודה חוץ לב"ד בפני עדי הראיה שהוא משכון בידו, מקבלין דבריו שאמר לחובתו ולא מה שאמר שהוא משכון בידו (סמ"ע), קשה, כיון שראו העדים עכשיו ואמר שממושכן הוא בידו ואם כן אין לו מיגו, מה בכך שלא הפקידו בעדים, הרי זה מספיק שראו עדים החפץ ביד המחזיק קודם שירד לדין כשאמר אז שהוא ממושכן בידי דזהו הוי כ"עדים וראה", כלומר אף על פי דליכא עדים שהפקידו בידו מיחשב כעדים והא דמצרכינן בעלמ' עדים שהפקידו ולא סגי בראה לחוד היינו כשלא אמר בשעת ראה שהוא ממושכן בידו דנאמן לומר שבשעה שראהו היה לקוח כיון דליכא עדים שהפקידו בידו כדלעיל (סי' עב ס"ח) (ש"ך), [בפירוש דברי הסמ"ע] במשכון דעלמא שיש לו קנין בגופו נאמן מחמת תפיסתו והוי כטוען לקוח, משא"כ במלוגא דשטרא דאין בזה קנין משכון, דבשטרות אין קנין בלא כתיבה ומסירה, אלא דאם בא לידה במשכון הוא רק שאינה מחוייבת להחזיר השטרות עד שיופרע לה חובתה, וכיון שאין לה קנין בגוף המשכון, א"כ מחמת התפיסה לטעון ממושכן, הוי רק כטוען על דמיו ולא על גופו. גם יש לומר דאין התפיסה מוכחת אלא שממושכן בידה, אבל לא על איזה סך ואפשר רק על פרוטה אחת (פ"ת * רע"א), סברת הסמ"ע היא דדוקא היכי דאם היו רואים החפץ מעצמם היה המערער נאמן כגון דאיכא עידי פקדון. ובזה אף שהוא הראה החפץ לעדים ואומר "לקוח" או "ממושכן בידי" לא מהני מגו, דדבריו שחוץ לב"ד לא הוי דברים והוי "ראה", אבל בדליכא עידי פקדון, דראיית עדים לחוד אינו מזיק, דהא תפיסתו מוכחת דלקוח בידו, ואנו באים לדון רק מכח הודאתו, וממילא נאמן בכל דבריו. ולא מפלגינן דבורו לחצאין. ובזה ניחא גם סברת המבי"ט שהביא הש"ך בסק"ט (רע"א), ואפילו אם יש רק ע"א על מסירה כפקדון שוב אינו נאמן לומר ממושכן במגו דלקוח דהוי מגו להכחיש העד ומחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ואף אם הראה רק בפני ע"א ג"כ אינו נאמן מטעם זו (רע"א). י"א דלא כסמ"ע [מה שאמר שמקבלים חלק מדבריו] אלא עיקר הטעם כאן, דצריך שיהא לו מיגו בשעה שבא לפני ב"ד שפוסקים לו שבועה ולא בשעה שאמר חוץ לב"ד, דהוה זה מיגו למפרע (ט"ז), מה לי היסת או נק"ח, והא בש"ך לעיל (סי' פז ס"ג ד"ה הוי טעות) העלה בספיקא דדינא דגם היסת צריך נקיטת חפץ (קצה"ח), לפמ"ש הסמ"ע לעיל (סי' סד ס"א ד"ה שאם לא כן), וש"ך (שם) דכשטוען משכון הוא בידי מתחילה דנאמן בלא מיגו, וע"ש דברי, דהטעם הוא נאמן לומר ממושכן דמאי אולמא לקוח טפי מממושכן, והלא מקח היינו משכון, דכמו שנאמן לטעון לקוח מטעם חזקה שכל מה שתחת ידו אדם הוא שלו, והיינו משום דהיאך בא לידו, א"כ מהאי טעמא גופיה נאמן לטעון משכון, ועוד,

Commented [YL328]:
י' קצה"ח שכותב
שהט"ז והש"ך הם
אוו השיטה

Commented [YL329]:
ה הקצה"ח רצה
מזה?

חושן משפט חלק ד'

כיון דבעל חוב קונה משכון, הוא גופיה קנין הוא, והוי כטוען קניתי במקצת, או קניתי לפירות, דודאי נאמן מטעם חזקה זו. ולכך לעיל (סי' עב ס"ז) שכתב דבעינן מיגו, היינו כשבא ליטול, אבל כשאינו רוצה ליטול רק להחזיק המשכון בידו עד שישלם, אפילו בלא מיגו מהימן, ולכך הצריך הסמ"ע עדי פקדון, שלא יהיה נאמן אפילו להחזיק המשכון עד שישלם (נתה"מ).

(יא) ויתרה בו בפני עדים שלא יחזירוהו כו' - לשון "ויתרה בו כו'", משמע דמוטל עליו לעשות כן, דאל"כ יהא נאמן לומר "ממושכן הוא בידי" במיגו ד"החזרתיו", ובמקורם של דברים לא כתב אלא שטוב לעשות כן, דאף אם דעתו לתובעו מיד אחר הראיה, מ"מ טוב שיתרה בו כן, דשמא לא יזדמנו לו דיינים לתבעו מיד, והמחבר איירי באין דעתו לתובעו מיד דאז צריך שיתרה בו, ועיין לעיל בסעיף א' (סמ"ע), במקורם של דברים איתא שיתרה בו כדי שלא יטעון "החזרתיו". והיינו דע"י התראה יצטרך עכ"פ לישבע. ולפי מ"ש הש"ך (סי' פט ס"ה ד"ה נשבע בנקיטת חפץ) יש ליישב דברי הסמ"ע דבלא התראה אם ירצה לשתוק ולהחזיק בחפץ עד שיתן לו דמיו לא יצטרך לישבע (רע"א). איכא למידק כיון דאכתי מצי טען נאנסו וא"כ אכתי נאמן לומר ממושכן במיגו דנאנסו, ואפשר דכיון דחוץ לב"ד קרינן ביה עדים "וראה", ולא מהימן לומר למשכון, א"כ מחזיקין אותו בדין כופר בפקדון דחייב באונסין. ועיין מ"ש לקמן (סי' רצד ס"א ד"ה תבעו הפקדון) (קצה"ח), נהי דכשטוען לקוח אפשר דצדקו דבריו, כיון דאנן מחזיקין טענתו לשקר מכח חזקת מרא קמא, ממילא מחזיקין אותו ככופר בפקדון וחייב באונסין, אבל אם טוען מתחילה שמעכבו בשביל חוב שיש לו עליו, אין כאן כופר בפקדון כלל כיון שאינו כופר בגוף החפץ, ולא הוי רק כמעכב הפקדון דלא נתחייב באונסין [והוא דברי הקצה"ח בסי' רצד שצ"י להם]. ומלשון המחבר משמע דאפילו אם טען שמעכבו בשביל חוב ג"כ מהני התראה. אלא כשמתנה אל תחזיר אלא בפני פלוני ופלוני ודאי דלא מהימן במיגו, דעיקר אמירת בפני פלוני ופלוני כדי דלא לדחייה, והיינו שלא יהיה נאמן לטעון פרעתין בפני עדים ומתו, ואם נאמר דיהיה נאמן במיגו, הרי מצי לדחייה בפקדון דהא לעולם אית ליה מיגו דנאנסו, ובודאי היתה כונתו לפסול המיגו¹⁸⁵ (נתה"מ).

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

(ד) ⁷⁷⁰ אמר המערער להמחזיק: מה טיבו אצלך, ואמר לו: אתה מכרתו לי (יג) או נתתו לי במתנה, וטען המערער: לפלוני הפקדתו ואמרת לי: אל תחזירנהו (יד) לי אלא בעדים, ולא החזירו לי ונתנו לך שלא במצותי, ישבע המחזיק שהמערער מכרו או נתנו לו, ויפטר.

(יג) אתה מכרתו לי - וה"ה אם טוען "אתה צוית לפלוני למכרו לי", נאמן במגו שהיה טוען "אתה מכרתו לי" כדלקמן (סי' קלד ס"ד), עי' מבי"ט (הוב"ד לעיל סק"ט) (ש"ך), ואין מכאן סתירה לדברי לעיל (סי' עב ס"ז), דכאן שונה דהמפקיד התנה שלא יחזירוהו אלא בעדים וכיון שכן כשהוא אומר "החזרתו לך בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים" לא מהני א"כ נמצא דתפיסת המחזיק אינה תפיסה דהיאך נאמינהו למחזיק שהוא לקחו ממנו שהרי אף אם יודה לו הנפקד לא נאמינהו שהרי אנו חושדין לנפקד בטענה נכונה שלא החזירו לפי שהוא צריך להביא העדים שבפניהם החזירו אמנם בסי' עב, אם היה טוען שמעון אתה מכרתו לי וראובן היה אומר החזרתו אין שום טענה לשלא נאמין לראובן שהרי לא התנה עמו כלל והראיה שביד שמעון אינו ראייה שהרי הוא טוען ללוי "אתה מכרתו לי" לפיכך שמעון נאמן כשיאמר "חזרתי ומכרתו לי וכו'" במגו דאי בעי טוען "אתה מכרתו וכו'" אבל במקרה זה של סי' קלג אין שום מגו שהרי לא יכול לטעון מגו (ש"ך * תורת אמת), וי"א שהדין עם המערער. ומדובר דהנפקד הוא לפנינו והמפקיד תבעו והוא טוען החזרתו לך בלא עדים, וא"כ הדין נותן שהנפקד חייב מאחר שהתרה בו אל תפרעני כו', אלא שהמפקיד לא רצה לדון עם הנפקד מחמת שאינו בטוח ורוצה להוציא מיד המחזיק, ונראין הדברים שמיד הנפקד בא לידו של המחזיק דאנן סהדי שלא

Commented [YL330]:
ולי ר' יונה עי' טור
וב"י
בפנים @@@@
@@@@

¹⁸⁵ כנ"ל סק"ו(1).

חושן משפט חלק ד'

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

Commented [YL331]
כון הבנתי את הרע"א וט"ז בדרך הנכון?

(ה) ⁷⁷¹במה דברים אמורים שהמחזיק נאמן(טו), בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר¹⁸⁶. אבל בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ויש למערער עדים שהיה שלו, וראו אותו עתה ביד המחזיק, וזה אומר שהשאילו או שהשכירו, אף על פי שאין לו עדים היאך בא לידו, אינו נאמן לומר: לקוח הוא בידי ולא ממושכן הוא בידי, וצריך להחזירו(טז), אפילו ⁷⁷²אם היה ג' שנים(יז) ביד המחזיק, ⁷⁷³ואפילו מת המחזיק(יח), מוציאין(יט) אותו מיד היורש בלא שבועה, ⁷⁷⁴ויש אומרים לנכ"ח (המערער) לישבע וליטול וכנ"ל עיקר. ואם טען היורש טענת ודאי ואמר: בפני נתנו למורישי או מכרו לו, הרי המערער נשבע היסת¹⁸⁷.

Commented [YL332]
שאול לרב אם הלכה יצא מדברי הנתה"מ

(טו) בד"א שהמחזיק נאמן כו' - זה בנוי על דבריו 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)

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

(יז) 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"ה) (סמ"ע), וי"א דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר מועלת בהם חזקת ג' שנים כמו בגודרות שאין להם חזקה לאלתר אבל יש להם חזקת ג' שני' וכן כל דברים העשויין לאכילת פירות וה"נ אמרי' גבי אומן דאם מסר לו שלא בעדים מתוך שיכול לומר להד"מ כי אמר לקוחים הן בידי נאמן (ש"ך * תורת אמת).

(יח) ואפילו אם מת המחזיק כו' - המערער נוטל מיד היורשים בלא שבועה כלל, דלית כאן טענת ברי נגד המערער (עי' לקמן סי' קמט סכ"ב, ודברי שם סקל"ט, ובסי' קן ס"ו, וסי' רצז ס"ז), והרמ"א סובר דצריך לישבע היסת משום דאנן טענינן להו כל מאי דאבוהון הוי מצי למיטען, ר"ל שבועת היסת. אבל אינו ר"ל שבועה בנקיטת חפץ (סמ"ע), וי"א דכוונת הרמ"א דצריך לישבע בנק"ח, ועיקר דא"צ רק היסת (ש"ך).

(יט) מוציאין כו' - שכיון שאין לאביו לטעון שלקחו או שהוא משכון לכך אין זה יכול להשביעו, ועי' לעיל (סמ"ע סי' עב סל"ה ד"ה אבל אם הוא, ודברי שם) (ש"ך).
(כ) וי"א דצריך - צ"ע דלקמן (סי' רצז ס"ז) פסק דמוציאין מהיורשים בלא שבועה (ט"ז).

¹⁸⁶ חזקות שלנו, לא הוים דברים העשויים להשאיל, אפילו בין אב לבן (תורת אמת סי' קנה).
¹⁸⁷ היינו דווקא לענין להוציא החפץ עצמו, שאינו מוחזק בו, אבל אם נשרף החפץ, אף שהיו עדי פקדון וראה, והוא טוען שלקח ממנו, אינו יכול להוציא הדמים. רק כל זמן שהחפץ בעין לא הוי מוחזק והוא של התובע (נתה"מ חידושים סי' עב ס"ח ד"ה ואם אינו טוען).

חושן משפט חלק ד'

(ו) ⁷⁷⁵במה דברים אמורים שדברים העשויים להשאיל ולהשכיר נאמן המערער, כשטוען: השאלתים או השכרתים לך. אבל אם טוען: גנובים הם ממני, אינו נאמן, אלא אם כן יצא לו שם גניבה בעיר, כמו שיתבאר בסימן שני¹⁸⁸ (כא) ונתבאר לעיל סימן צ'.

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

(ז) ⁷⁷⁶מי שהיו בידו (כב) דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אף על פי שהודה ואמר לו: יודע אני שהיה שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי במתנה, והלה טוען שנגנבו (כג) ממנו, אין מוציאין אותם מידו, אפילו הביא זה עדים שהיו ידועים לו, שאדם עשוי למכור כליו. (⁷⁷⁷ויש חולקין וס"ל ללא עדיף (המחזיק) מאותו פלוני בעלמו, וכיון שאותו פלוני אינו נאמן, גם הוא אינו נאמן) (כד), וכנ"ל עיקר. ואם טוען זה עליו ואמר: אני השכרתים לך, או: השאלתים לך, מוציאין אותם מידו (כה). ואם היו מדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר, הרי זה נשבע היסת שלא השאיל לו ולא השכיר לו אלא מפלוני לקח, ויעמיד כליו בידו.

(כב) מי שהי' בידו כו' - כל סעי' זה מיירי בראו עדים עתה ביד זה האחרון ועיין מ"ש לעיל (סי' עב סי"ח ד"ה והא דאדם) (ש"ך), ואם הוא נכרי גם לכו"ע נאמן לומר השאלתים ליה (רע"א).

(כג) והלה טוען שנגנבו כו' - והוא מטעם הנ"ל (סעיף ו), דכל שטוען טענת גניבה ולא יצא לו שם גניבה בעיר אינו נאמן, וקשה על הרמ"א שאין חולק על זה (סמ"ע), וי"א דהרמ"א סובר דמ"ש המחבר "והלה טוען גנובים", לאו למימרא שאותו שמכרם גנבם ממנו אלא השאילם לו ומכרם והיינו גניבה. ואפי' טוען נגנבו ממש מביתו נאמן במגו דהשאלתיו או השכרתיו לך ולא הוי מגו להוציא מתרי טעמי' חדא דכיון שצריך להחזיר הדמי' להלוקח משום תקנת השוק וכמו שאכתוב לקמן לא הוי מגו להוציא, ועוד הכא כיון שהוא מכיר כליו ועדים מעידים שהיו שלו חשוב כמוחזק, וחילוק הראשון נראה עיקר (ש"ך), משמע מדברי השו"ע דדווקא טענת נגנבו לא זוכה המערער, שאין טענת של "גנובים" נחשב כטענה, אבל בטענת השאלתים היה נאמן להוציא מהמוחזק, עי' דברי לקמן (סי' קלד ס"ד), כיון שזה המחזיק לא קיבל מהמערער אלא מאותו אחר, וכיון שהערער תבעו לאדם האמצעי, זכה האחר, שהם שלו כל שאין שם עדי ראיה שראו אותו בידו של האמצעי, משום זה הלוקח הבא מחמתו יש לו זכותו, אף על גב דלגבי עצמו יש עדים שרואים את זה בידו, ואין לו מיגו שנאנסו וכדומה, משא"כ בסימן קל"ד דאותו שבא מכחו הוא עצמו אין לו זכות, דהיינו שראו אותו ביד האומן, אלא דמ"מ אם אומר בפני מכת נאמן במיגו דלקחתיו ממך והאומן נתנו לי, וממילא אפילו בטענת השאלתים לו, אינו נאמן (ט"ז), לפי דברי הש"ך היכא דטען המחזיק במתנה נתנו לי דאינו נוטל הדמים אינו נאמן במיגו משום דהוי מיגו להוציא. ועיין לעיל (סי' פב סקי"ב) די"א דהיכא דלא הו"ל למידע לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וכיון דשם דירושין לא עדיפא משמא דלא הו"ל למידע, א"כ כי היכי דאמרינן מיגו להוציא בברי ושם אפילו היכא דלא הו"ל למידע א"כ ה"ה נגד לוקח דטען שמא אף על גב דלא הו"ל למידע אמרינן מגו להוציא. אבל לדעת החולקים דס"ל דאפילו לא הו"ל למידע אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וטעמא דירושין פטירי משום דעדיפא שמא דילהון דטענינן להו טענתיה דאבוהן (עי' ש"ך סי' עה סט"ז, ד"ה לא שנה, ועיי"ש דברי) הו"ל נמי טענתיה דלוקח כמו טענת ברי דטענינן ללוקח ומש"ה לא מהני מיגו להוציא, ולכן הטוען גנובין נגד לוקח אינו נאמן במיגו. והצד הראשון סובר במכיר כליו וספריו ביד אחר דנאמן במיגו, משום דס"ל דהיכא דלא הו"ל למידע לא אמרינן מתוך והיינו טעמא דירושין פטירי, וא"כ לא עדיפא טענתיה דירושין ולוקח אלא משום דלא הו"ל למידע, וכה"ג אמרינן מיגו להוציא בברי ושם (קצה"ח), וי"א דדעת הרמ"א לחלק, דדוקא כשטוען המחזיק "אתה מכרתן לי" והוא טוען "נגנבו", אינו נאמן המערער, אבל כשטוען "פלוני מכר לי", נאמן המערער אפילו בטענת גנובים. והטעם

Commented [YL333]:
מרום הנכון

Commented [YL334]:
הרב יקרא את
זהבבקה

חושן משפט חלק ד'

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

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

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

סימן קלד - אומן שטוען בדבר שהוא אומן שקנאו מבעליו, וכו' ו' סעיפים.

(א) ⁷⁷⁸האומן, בדבר שהוא אומן(א), אין לו חזקה בכלים שתחת ידו, אחד כלים העשויים להשאיל ולהשכיר, ואחד שאר כלים. כיצד, ראה כליו ביד האומן(ב), והביא עדים שהם יודעים שהכלים שלו, הוא טוען ואומר: לתקן נתתיו לך(ג), והאומן אומר: לא בא לידי אלא במכירה, או מתנה, או שטען: אתה נתתו לי(ד), אתה מכרתו לי אחר שבא לידי לתקנו, אף על פי שמסרו לו שלא בפני עדים, ⁷⁷⁹ואפילו אם שהה ביד האומן כמה שנים(ה), בעל הכלי נאמן, ומוציאין אותו מיד האומן, וישבע בעל הכלי היסת על טענתו. ואם לא ראה הכלי ביד האומן(ו), אלא טען: כלי פלוגי נתתי לו לתקן, והאומן אומר: החזרתיו ומכרתו, או נתתו לי במתנה, (או לקוח הוא צליוז), האומן נשבע היסת, ונפטר, מתוך שיכול לומר: לא היו דברים מעולם.

(א) האומן בדבר שהוא כו' - עי' תורת אמת (הוב"ד לעיל סי' קלג סק"יז), ממונה מהמלכות, שהסוחרים שולחים סחורותיהם ראשונה לידו ועל פיהם הממונה שולחם דרך ים למקום היעד אלו הממונים הם אומנים גמורים בענין זה שעומדים שם ומקבלים שכר טרחם מכל סוחר ועושים מלאכתם לשלוח הנכסים במקום שרצון בעל המלאכה חפץ (ש"ך * רשד"ם).

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

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

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

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

(ו) לא ראה הכלי ביד אומן - י"א דאומן לעולם אינו נאמן במיגו דשקלוה לנאמנות ידידה אפילו במיגו, ועיי' מ"ש לעיל (סי' פט סק"ו ?) (קצה"ח).

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

Commented [YL335]

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

חושן משפט חלק ד'

(ב) ⁷⁸⁰ ואפילו מסרו לתקן בעדים, האומן נאמן, מתוך שיכול לומר: החזרתיו. לפיכך נשבע האומן היסת, ונפטר, ⁷⁸¹ ואין מהייבם אותו להוציא הכלי. ואם הוציאו, הואיל ונראה(ח), הרי בע"ה מביא עדים שהוא שלו, ונוטלו, אף ע"פ שמסרו לו שלא בעדים.

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

(ג) ⁷⁸² אף על פי שמסרו בעדים(ט), אם העדים שראו החפץ בידו אין מכירים בודאי שזוהו של המערער, אלא שנדמה להם בסימנים כמו שלו, אם טוען, לא נתתו לי מעולם, נאמן. אבל אם טוען, נתתו לי לתקן ושוב(י) לקחתיו ממך, אינו נאמן. הגה: ⁷⁸³ לאין כאן מיגו טוב, ש"כא לומניא(י): לא היו דברים מעולם, כיון שהעדים ראו כיוצא בזה זידו.

(ט) אף על פי שמסרו לו בעדים כו' - קשה הלשון "אם מסרו לו בעדים" איך מסיק המחבר וכתב על זה "אם טוען לא נתתו לי מעולם", וצ"ע, למה שיהא האומן נאמן, שיביא עדי מסירה (סמ"ע), אלא צ"ל שמירי שעדי המסירה ג"כ אין מכירין אותו או שהלכו להם (ש"ך) ¹⁸⁹, אפשר שכוונת הסמ"ע כשהעדי מסירה מכירין ויודעין שחפץ היה לו סימן מובהק, וגם העדי ראייה ראו אותו בסימן מובהק זה, דאז מצטרפין להוציא מידו, דסימן מובהק מהני להוציא עי' ש"ך (סי' רצו סק"?) (נתה"מ).

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

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

(ד) ⁷⁸⁴ אם הטלית יוצא מתחת ידי אחר, ואומר, בפני אמרת לאומן למוכרו לי ולקחתיו ממנו, נאמן במגו שהיה אומר, אתה מכרת לי. אבל כשטוען שהאומן מכרו לו, שאמר: אתה מכרת לוי(ב), אינו נאמן.

(יב) אתה מכרתו לו - מיירי בדאיכא עדי ראייה שראוהו ביד התובע מקודם לסיפור, ומשו"ה אף אם נאמין להאי שהאומן א"ל שקנהו, מ"מ האומן גופו אינו נאמן לומר שקנהו היכא דראוהו בידו, ולא הוצרך המחבר לפרש דבעדי ראייה מיירי, דפשוט הוא ממה שכתבו לפני זה, דבלא ראוהו בידו קודם לכן אפילו האומן עצמו נאמן נגד הבעה"ב, וכ"ש כשהוא ביד אחר (סמ"ע), עי' סמ"ע ואם הלוקח מודה שהיה של התובע, אף על פי שאין לתובע עדים, שהיה שלו מלפני כן, מוציאין מידו, דהוי כחד סהדא והוה האומן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכמ"ש לעיל (סי' עב סקצ"ז?) (ש"ך), וכן הדין כך באומן גוי, ועי' לקמן סי' קלו סק"א (א) (ש"ך * תורת אמת), עי' לעיל סי' קלג סק"כג) דמיירי כאן ביש עדי ראייה ביד האומן (ט"ז), עי' ש"ך שצייך לדבריו בסי' עב, ועיי"ש בש"ך שכתב דלוקח לא הוי כחד סהדא משום דנוגע בעדות הוא, שהרי אילו רצה היה טוען החזרתיו לתובע ומכרו לך, והוי נוגע שמוכרח הלוקח לומר שלא החזירו, שאילו היה טוען גם הלוקח החזרתיו לתובע היה צריך לישבע נגד התובע שיודע בכרי שלא החזירו, וכל עד הצריך שבועה לא הוי עד. וי"א דלא הוי נוגע בעדות בענין זה, כל שהאומן מודה שלא החזירו נסתלק הגורם שבועה והו"ל לוקח חד סהדא, ואע"ג שיש לו מיגו, אלא יש גזירת הכתוב או לישבע או לשלם. אמנם גזה"כ זו היא רק בין התובע והנתבע ולא בין היורשין וה"ה באי כחו של התובע דלא הוי גזירת הכתוב ושפיר נאמן במיגו. ועייין מ"ש לעיל (סי' צט סק"ה?) (קצה"ח), ועיקר כש"ך דהכא ודאי הוי נוגע, דהא האומן יכול לטעון שהחזיר להמערער, ואף דעתה רואין אותו ביד המחזיק אין ידוע אם מכר לו המערער או שנגנבו מידו, והלוקח המחזיק שמעיד שלא החזיר שהרי לקחו אותו מהאומן, בזה הוי נוגע, שאם לא יאמר כך יתבע אותו המערער ויאמר מה טיבו אצרך כיון שלא בא לידך בתורת לקיחה משום אדם, ויוציאו ממנו בלא דמים, ולכך טוען שלקחו מאומן, כדי שיקח דמים או מאומן, או מבעה"ב משום תקנת השוק, ואין לומר דיהיה הלוקח נאמן להעיד במיגו דהחזרתי, דלאחר שתיקנו רבנן שבועת היסת, הוי

Commented [YL336]:
א ראיתי דרך
להביא קושיית
רע"א

¹⁸⁹ מה שכתוב בש"ך כאן תורת אמת, העברתי לקמן לסק"י(ב).

חושן משפט חלק ד'

עד הצריך שבועה דאינו עד. ומש"כ הקצה"ח דלוקח דמי כיוורש, וכמו דהיורש לא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, הכי נמי לא הוי הלוקח מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, דגזה"כ היא "בין שניהם" ולא בין באי כחו. ואינו נכון, שתובע ללוקח או ליורש מטלטלין שלו שאין להם שום זכות וחזקה במטלטלין שלו, כגון אומן או דברים העשויין להשאל, דבטענת שמא לקוח הוא אינם יכולים לזכות במטלטלין, דטענת שמא דידיהו לאו כלום הוא, רק שטוענין להו מה שהמוכר יכול לטעון, וכיון שאם היה המוכר או המוריש טוען לקוח לא היה נאמן במיגו דהחזרתי משום דמחויב שבועה ואינו יכול לישבע, אף הלוקח והיורש הבאין מכחו ודאי דלא עדיפא מדידהו, וכיון שאין אנו מחייבין אותם מנכסיהם לא שייך כאן לומר "ולא בין היורשים", ולא עדיפא ממי שבאין מכחו, דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו (נתה"מ).

(ה) ⁷⁸⁵ירד האומן מאומנותו, הרי הוא כשאר כל אדם, ונאמן אפילו בכלי Error! Reference source not found. שבא לידו בעודו אומן. ⁷⁸⁶וי"א דדוקא שנשתהה בידו אחר שירד מאומנותו זמן שאין דרך להניח כל כך זמן כלים בבית האומן, אחר שנודע שירד מאומנותו. @NO MB@

(ו) ⁷⁸⁷בן האומן שאינו אומן, אם בא בטענת עצמו, שאומר שקנאו מבעליו, הרי הוא כשאר כל אדם. ⁷⁸⁸ואם אומר שירשו מאביו, הרי הוא כאביו. ואם אמר: בפני הודה לוניג), יש לו חזקה. ⁷⁸⁹ויש אומרים דהיינו דוקא כששהה(יד) אחר מות אביו זמן שאין דרך להניח כל כך זמן כלים בבית האומן, אחר שמת אביו. הגה: ונ"ל דוקא לאחר מות אביו, דיך לומר דירשו מאביו, ולכן אינו נאמן עליו, אפילו אמר: לקוחה בידי, אם לא שנסתהה בידו הזמן הנזכר, לאז הוי כאלו שירד מאומנותו. אבל בחיי האומן, אם הבן טען שלקחו, נאמן בכל ענין, דהוי כאיש אחר לגמרי, אם אינו סומך על שלחן אביו, וכמו שיתבאר לקמן סימן קמ"ט.

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

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

סימן קלה - דין המחזיק בבעלי חיים כגון בהמה ועבד, וכו' ב' סעיפים.
(א) ⁷⁹⁰אף 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(א). ואם אין לו עדים, נשבע המחזיק(ב) היסת, ועומד בשלו. ובמקום שדרך למסור בהמה לרועה, שחרית, ולקחה מיידו ערבית, בענין שאינה הולכת לבדה כלל, דינה כשאר מטלטלין ונאמן המחזיק בשבועת היסת לומר שקנויה לו. ⁷⁹¹ואם טען שהזיקה לו כדי דמיה, או שהוא חייב לו כך וכך(ג), ישבע בנקיטת חפץ(ד). הגה: ⁷⁹²וי"א לאס המחזיק בהם ג' שנים(ה), בכל ענין הוי חזקה(ו).

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

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

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

(ד) ישבע בנקיטת חפץ - פירוש, ונאמן אף שהלה יש לו עדים שהיא שלו, במיגו דטעין לקוחה היא בידי, בזה שדרך למסרה לשומר. ונראה, דאפילו למד"א דבטוען בשאר מטלטלים משכון הוא בידי דנאמן בהיסת וכאילו טען לקוח הוא בידי, מודה כאן בטוען

Commented [YL337]:
א הבאתי את דברי
הרע"א

Commented [YL338]:
י' סמ"ע סק"ד
וש"ך סק"ה, וט"ז,
ולא ראיתי הלכה
נ"מ

חוסן משפט חלק ד'

למכרו היינו כל זמן שהדבר ספק אבל כשכא בעל הטלית וטוען בריא נאמן, ואפילו באומן גוי (ש"ך * תורת אמת).

(ב) ואפילו אומן עצמו כו' - המחבר קיצר כאן ולא כתב כל חילוקי דין זה כאשר הן מבוארין במקורם: ואם היא שוה יותר על שלו, כשיבוא בעליה בשבילה יתן לו העודף או יחזיר לחבירו טליתו והוא יתן לזה דמי הטלית שלו שנמכרה, ר"ל והברירה ביד זה שנמסר לידו הטלית ליתן לו העודף כיון דזה ציוה לאומן למוכרו ולא ביקש להחזיק בטליתו או להחזיר לו טליתו. ואם יבוא בעל הטלית ויאמר "לא צויתי למכור טליתי ולא לקחתי ממנו שום דמים", נאמן ליקח טליתו מיד זה אם יש לו עדים שזה הטלית היתה שלו או יתן בה סימן, דנהי שאנו תולין לומר שציוה להאומן למוכרה, היינו כל זמן שהדבר ספק, אבל כשכא בעל הטלית וטוען ברי נאמן. ור"ל, דיקח את שלו מיד זה שנמסרה לו הטלית והוא יחזור אחר האומן, ואף אם נאבד מיד האומן עכ"פ יקח זה את שלו וכמ"ש הרמ"א בסעיף ב, ואותה הג"ה קאי גם על דין זה, אלא שבדין נתחלפו לו כליו בבית האבל ומשחה, כל אימת שבא צריך ליתן החפץ לבעליו, דשם מסתמא לא אמרינן דנתנו להאבל או לבעל המשתה למכרו, ומשו"ה הרמ"א סתם וכתב וכשיבוא יתן לו, משא"כ בזה דאין נותנין לבעה"ב אלא א"כ טוען ואומר לא צויתי למכרו וכו' (סמ"ע וש"ך), וכל דברי הסמ"ע הם אף על גב שלא ראו עתה בידו החפץ אלא הוא עצמו מודה שאינו שלו צריך לחזור ואף שאומן הי' נאמן לו' לקוח במגו דהחזרתי (ש"ך), מה שכתוב ברמ"א "שהברירה ביד זה שנמסר לידו וכו'" הוא טעות סופר, אלא הדין ביניהם, ולפעמים מחזיר העודף כגון באונאה שתות וכיוצא, ולפעמים מחזיר הטלית, ולפי הטענות כך הדין (נתה"מ).

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

(ב) נתחלפו לו כליו בבית האבל או בבית המשתה, לא ישתמש בהם. הגה: ⁷⁹⁷ וכפי"א זעל החפץ (נד) לריד ליתן החפץ לבעליו, אעפ"י שזו נאצל. וכן כונסת עוזלת כונסים (ה) המכנסת לרזים והביאה לאחד שאינו שלו(ו).

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

(ה) וכן כונסת עכו"ם - מי שנתנה לו הכונסת סדין אחר תחת שלו ואינו יודע של מי הוא, ועי' זה הוא מונח ימים רבים אצלו עד זמן שאי אפשר לבני אדם שלא יחקור אחר שלו, ודאי מתיאש ממנו, והכונסת סילקה אותן האחרים, ויכול להשתמש בו (ט"ז), לא מבעיא היכא דראובן ידע בודאי שהסדין אינו שלו, אלא אפילו אי הוי מספקא ליה ושמעון נותן סימנין מובהקין שהסדין שלו, נתברר הדבר שנתחלף ע"י טעות או גזילה ולא מצי מעכב, היינו דוקא היכא דמספקא ליה הוא דמהני סימן מובהק, אבל אם טוען ברי שהסדין ודאי שלו, אפילו נותן שמעון סימן מובהק אינו צריך להחזיר. ועיין מ"ש לקמן (סי' רצו סק"א?) דלא מהני סימן מובהק להוציא מיד המוחזק ואפילו מיד יתומים דטענו שמא אלא היכא דלא אמיד (קצה"ח).

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

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

חושן משפט חלק ד'

(א) ⁷⁹⁸היורד לתוך שדה חבירו(א) ולקט פירותיו, בעל השדה טוען: שבגזל לקחם, וזה אומר שמכרם לו, נאמן ⁷⁹⁹בשבועת היסת, אפילו יש עדים שליטמן.

(א) היורד לתוך שדה חבירו כו' - אפילו בלא אמר תחילה "אלך ואלקוט", דליכא כאן חזקה דאין אדם מעיז, אפ"ה כיון שכבר ליקטן והוא מוחזק בהן אין מוציאין מידו. ובסעיף שאחר זה מיירי כשאינו מוחזק בהן, שליטמן ועדיין הן מונחין בהשדה של בעל האילן, בזה לא היה נאמן אם לא מכח שאמר תחילה אלך ואלקוט, ואז נאמן נגד בעה"ב שבא לערער קודם שמוליכין לרשותו מטעם דאין אדם חצוף לומר אלך ואלקוט כשלא היה לו רשות ללקט. אבל אם בא ומערער עליו קודם שליטמן יכול לעכב עליו מלקוט, ולא מהני חזקת אמירה דאלך ואלקוט, דא"כ כל איש שהוא עזות מצח יסמוך ע"ז לומר כן משום דידע כשיאמר כן לא יוכל בעליו למחות בו. ובמקום שכבר ליקט פירות השדה זמן מרובה, הו"ל כאמר אלך ואלקוט לענין זה דאף דאין הפירות ברשותו ובחזקתו אין הבעלים יכולים להוציא מידו מה שכבר ליקט מטעם דאין אדם חצוף לקטוף פירות שאינם שלו בפרהסיא¹⁹⁰ (סמ"ע), כונת דברי הסמ"ע דבסעיף א' איירי שהלוקח לקח הפירות לביתו והוא מוחזק, דהוא נאמן מטעם מוחזק כמו בשאר מטלטלין שאינן עשויות להשאיל, ולכך אפילו לא אמר מקודם דלא שייך הסברא דאין אדם חצוף, מ"מ נאמן מטעם מוחזק. ועל כרחק מיירי שאין ידוע באיזה אופן באו הפירות לידו אם הבעה"ב בעצמו מסרם לידו או מעצמו לקחם, דאם יש עדים שלקחן בעצמו שלא בפני הבעה"ב אינו נאמן מטעם מוחזק, דהוי כמו גודרות (עי' לעיל סי' צ ס"ד), ובעיני דוקא שאמר מקודם אלך ואלקוט דאז נאמן מטעם סברא דאין אדם חצוף, ואז נאמן אחר לקיטה אפילו אינו מוחזק כמו בסעיף ב'. ובסעיף ב' מיירי שאמר אלך ואלקוט קודם לקיטה דשייך סברא דאין אדם חצוף, ולכך אפילו לקטן והניחן בשדה של בעה"ב, שאינו מוחזק, נאמן, בין כשהיה בעה"ב כאן ובין אינו כאן, והא דנקט המחבר בסעיף ב' אם אין בעל השדה כאן, משום הא דנקט דאין בית דין צריכין למונעו, שכן כאשר הבעה"ב כאן לא שייך הא דאין הבית דין צריכין למונעו, דהבעה"ב בעצמו ימנענו (נתה"מ).

(ב) ⁸⁰⁰אם אין בעל השדה והאילן כאן(ב), ואמר אחד: אלך ואלקוט פירות(ג) האילן והשדה של פלוני שמכרה לו, אין בית דין צריכין למונעו. ואם באו הבעלים קודם שליטמן(ד), מעכבים על ידו. ואפילו אם ליקטם כבר, אם טוען שמכר לו גוף השדה, אינו נאמן אף על הפירות שאכל, כיון שאין לו שטר ולא חזקת ג' שנים.

(ב) אם אין בעל השדה והאילן כאן - אילו הוה כאן הבעלים אין בית דין מוחזק בידו מלקוט, כיון דבעל השדה בעצמו כאן היה לו למחות בידו אם היה דלא מכרו לו (סמ"ע).

(ג) אלך ואלקוט פירות - יש בזה שתי דעות, אם צריך לומר כן בפרהסיא בפני קיבוץ אנשים, או אפילו אמירה בצנעה דהיינו בפני אנשים מעטים ג"כ סגי, אבל לדעת שניהן עכ"פ אמירה בעי (סמ"ע), ויש חולקים וב' הדעות הם: א', אפילו ללא אמירה כלל ומעשה עצמו בצנעה, ב', שתהא שם אמירה תחילה או המעשה בפרהסיא ואף שאין שם אמירה כלל, אבל אם היה הכל בצנעה כמו בגניבה, לא מהני. ומ"מ אם הוא עושה דרך גניבה ממש דהיינו שממתין לכנוס כל זמן שיש שם בני אדם עד שיצאו, בזה לכו"ע לא מהני (ט"ז), 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 גזולן ולא מהימן לומר בתחלה לקחתיו וזהו בכוונת השו"ע שבסעיף א' לא כתב שאמר "אלך ואלקוט", משום דבסעיף א' מיירי שבעל השדה היה שם, ולפיכך נאמן לומר לקוח בשבועת היסת כמו בשאר מטלטלין, דמסתמא הבעלים מסרו לו בתורת לקוח או מתנה, אבל בסעיף ב' כתב אם אין בעל האילן ושדה כאן, דזה לא מהימן בתורת מוחזק אלא משום שאומר אלך ואלקוט ודלא כסמ"ע (קצה"ח).

(ד) קודם שלקטם - היינו אם הם מונחים בקרקע השדה וה"ה אם הם בידיו או בכליו של הלוקט, ולא מיקרי מוחזק כיון שהוא עדיין עומד על השדה והכל רואין אותם שהם משדה זו (ט"ז).

¹⁹⁰ המשך דברי הסמ"ע שמתו במקומם בס"ב.

חושן משפט חלק ד'

(ג) ⁸⁰¹האומר: אלך ואכרות אילנות של פלוני, בית דין מוחים בידו(ה).

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

סימן קלח - דין שנים או חזין בטלית וחולקים עליו, ובו ח' סעיפים.

(א) ⁸⁰²שנים שהיו או חזים בכלי אחד, או שהיו רוכבים על גבי בהמה אחת, (ועיין לקמן סימן רע"א) איזה רוכב אינו קונה¹⁹¹, או שהיה אחד רוכב ואחד מנהיג(ב), או יושבים בצד ערימה של חטים(ג) המונחים בסימטא או בחצר של שניהם, ⁸⁰³מיהו אם הצית של אחד ולקח את חצונו אללוד(ד) וחלוקים על הנכסים שבצד(ה), הרי הם בחזקת המוחזק צדית(ו), זה אומר: הכל שלי, וזה אומר: הכל שלי, כל אחד מהם נשבע(ח) [בנקיטת חפ"ן]⁸⁰⁴ שיש לו בזה הרבר ושאיין לזו(ז) בה פחות מחציו, ויחלוקו(ט). ואם אמר אחד לחבירו: השבע וטול כולו(י), שומעין לו. ואם גם השני אינו רוצה לישבע, חולקין בלא שבועה(יא). הגה: ⁸⁰⁵קנים קהו חלוקין על גג שעל צית(יג), וכל אחד אומר: כולה שלי, הרי הוא כאלו שניהם תופסים בו, וחלוקין.

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

(ב) או שהי' אחד רוכב - רוכב לבד קונה אבל במקום מנהיג לא קנה אלא במנהיג מרגליו (רע"א).

(ג) או יושבין בצד ערימה של חטין כו' - כיון שהיא מונחת בסימטא שהיא מקום הראוי לקנות ושניהם יושבים בצדה חשוב כאלו שניהם מוחזקין בה, ודוקא שניהם יושבים בצדה דאל"כ אף על פי שהיא בסימטא לא חשיב כאלו שניהם מוחזקין בה (ש"ך), כל מה שהוא פקדון אצל א' נחשב כבשותו לגמרי, וקנה ללא שום קנין (ש"ך * מהרש"ך), וי"א דכיון דמיירי בסימטא דד' אמות של אדם קונין לו (סי' לקמן סי' רסח ס"ב) והווין שפיר מוחזקין, אבל אם א' קדם הוא זכה, וכאן כיון דבאין לפנינו והן שניהן שוין בד' אמות שניהם מוחזקין בשוה הן, אמנם נראה דבמקח וממכר שאין ד' אמות קונין¹⁹² לא הוי מוחזקין (נתה"מ).

(ד) ולקח את חבירו אצלו - אבל אם שניהם שולטים בבית בשוה יחלוקו, וכמ"ש אחר זה בהג"ה בדין גג שעל ביתם (סמ"ע), פי' ואסף את פלוני חברו לדור אצלו בבית, כיון שהוא עיקר הבית, הנכסים בחזקתו. וה"ה אפילו אין הבית שלו לחלוטין, רק שהוא שכר הבית ופורע השכירות, רק שאסף את חברו אצלו, הנכסים בחזקתו לבדו, כיון שהוא לבדו שכר הבית. לאפוקי כששניהם שוכרים הבית, ואין האחד עיקר בבית יותר מאחר, אז חולקים (ש"ך), היינו דוקא בחינם, אבל בשכירות כיון דשכירות ליומא ממכר הוא, שניהם מוחזקין בשוה, ועי' סמ"ע (סי' רס"ד ד"ה ?). ועיין מש"כ לקמן (סי' ר ס"ב), דכל שאין לו קנין בהחצר גוף להפירות דלא מיקרי חצירו, רק חצירו של בעה"ב נקרא לענין קנין, ובשכירות כיון דהוי קנין הוי מוחזק (נתה"מ).

(ה) וחלוקים על הנכסים - דוקא בחלוקים על הנכסים שבבית הבע"ה מיקרי מוחזק טפי, אבל בענין קניית דבר הפקר שנכנס לבית מעצמו או לענין קניית מציאה שם, שניהן שוים בו, וכמ"ש לקמן (סי' רס"ד) (סמ"ע).

(ו) בחזקת המוחזק בבית - אלמנה אחת ששילקו לה ב"ד כתובתה, והתפשרו עמה שתחזיק אצלה בניה היתומים ותדור בבית בעלה ותתעסק בנכסי בניה בתורת אפוטרופסית, אח"כ נשאת לאיש שמו שמעון והתנתה עמו שיהיה מחויב לפרנס להבנים

Commented [YL339]
י"ש שצ"ן לדברי התוס'
יו"ט שיש לו צד בדברי
הרמב"ם שתמיד צריך
מנהיג ברגליו, אבל לא
ראיתי ברור שיש אפילו קים
לי כזה.

Commented [YL340]
ע' שכן יש אריכות לגבי
לחלק לדמים או בחפץ
עצמו, אבל גם בפקדון, לא
הבנתי מה מוסף, הרי זה
לא כך אם הוא לא
ברשותו? ולכן מה מוסף
בזה שהוא פקדון

¹⁹¹ עי' ש"ך לקמן רע"א ס"ב שדווקא בהנהיג ברגליו.

¹⁹² עי' לקמן סי' ר ס"א, וסי' רמג ס"ב שכן יש קנין ד' אמות במשא ומתן, וצ"ע גדול, אם נאמר כדברי הנתה"מ סי' ר סק"א שכאשר המוכר קדם לד' אמות, אז אין קנין ד' אמות, וצ"ע.

חושן משפט חלק ד'

הנ"ל, ויתנו לו מדי שנה בשנה סך ידוע, גם ידור עם האשה ובניה בחנם בבית הנ"ל ששייך להיתומים, ואחר ב' שנים הלכה האשה הנ"ל לעולמה, ונפלו הפרשות בין אפוטרופסים של היתומים ובין שמעון הנ"ל, והאפוטרופסים טוענים כל מה שנמצא בבית שייך הכל להיתומים, ושמעון השיב שאדרבה הוא עיקר בבית. הדין עם היתומים, כי מה שטוען שמעון שהוא לבדו נקרא מוחזק מפני דשכירות ליומא ממכר הוא, זה אינו, א' הרבה סוברים דלא אמרינן ממכר הוא אלא לענין אונאה ולא לענין אחר, וכן סתם השו"ע לקמן (סי' שיג ס"ג), ועוד, שבנידון דידן כו"ע ס"ל שאין שכירות זה כממכר, די"ל דעד כאן לא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא, אלא היכא שהקנה המשכיר להשוכר את גוף הבית לדור בו, דאז אין המשכיר ולא השוכר יכולים לחזור בהם, ואפילו אם מוחל השוכר על השכירות אין מחילתו מחילה עד שיחזור ויקנה להמשכיר, אבל בנידון דידן שכתוב בשטר התנאים כנגד זה ידור הזוג בבית של היתומים הנ"ל בחנם, אין לשון זה מועיל כלל ויכולים היתומים או האפוטרופסים לחזור בהם אף על פי שדר בו כמה שנים, וכל שלא אמר אלא לשון "ידור פלוני", לא מהני שום קנין ויכולים לחזור בהם. ואף אם נאמר שכיון שדר בו אינן יכולין לחזור בהם מחמת שנעשה בחרם חמור כו', מ"מ לא אמרינן בזה שכירות ליומא ממכר הוא כי אין לו בגוף הקרקע כלום (פ"ת).
(ד) שיש לו בזה הדבר ושאינו לו כו' - איתא בגמ' שצריך לישבע שיש לו בה, שמא אין לו בה כלום, ומה שנשבע שאין לו בה פחות מחציו, אינו שקר, שכן אין לו בה כלום, ויש שלא כתבו שצריך לישבע שבועה שיש לו בה, משום דאנו משביעים על דעת המקום ועל דעת הבי"ד ותו ליכא למיחש לרמאות (סמ"ע).
(ה) כל אחד מהם נשבע - שונה לעיל (סי' צ"א ס"א בהגה) שכן כאן אין שבועת שוא דאפשר ששניהם הגביהוהו יחד (רע"א).
(ט) ויחלוקו - אפילו אם א' מהם ודאי רמאי (סמ"ע), עי' ש"ך (סי' ש סק"ה) דהיכא דליכא רמאי אפילו בהך דמנה שלישי נמי חולקין, וה"ה במכר יחלוקו (קצה"ח), וי"א שצריכים ב' תנאים, א' שאין החלוקה יכולה להיות אמת, וגם שיהיה אחד מהם רמאי, ובלא"ה חולקין, דהא במנה שלישית בשמא ושמא חולקין משום דליכא רמאי (נתה"מ).
(י) ואם אמר אחד לחבירו השבע וטול כולו כו' - פי' כיון שעליך לישבע שאין לך בה פחות מחציו השבע בנקיטת חפץ מצד גלגול שכולה שלך, אבל בלא"ה אינו יכול להפך עליו רק היסת כדלעיל (סי' פז ס"א-יב) (ש"ך).
(יא) חולקין בלא שבועה - עי' סי' עב סכ"ח מש"כ שם סק"מ? (נתה"מ).
(יב) על גג שעל ביתם - מדובר שהגג היה נסמך על כותל של אחד מצד אחד ועל הכותל השני מצד השני ורשות הרבים היתה באמצע מתחת לגג, ואז יחלוקו (סמ"ע).
(ב) ⁸⁰⁶ואם זה אומר: כולה שלי, וזה אומר: חציה שלי, האומר: כולה שלי, יושבע שיש לו בה ושאינו לו בה פחות משלישה חלקים(יג), והאומר: חציה שלי יושבע(יד) שיש לו בה ושאינו לו בה פחות מרביע, זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע. הגה: ⁸⁰⁷ואם הוא דבר הראוי לחלוק, יוכל ליטול החצי שמודה לו בלא שבועה, ונשבע כל אחד אחר כך שאין לו צנאכר פחות מחליו.
(יג) ושאינו לו בה פחות מג' חלקים - שאם היה נשבע שאין לו בהחציה שהוא אומר שהוא שלו פחות מרביעית, איכא למיחש לרמאות שתהא דעתו על החציה שהוא מודה לו (סמ"ע).
(יד) והאומר חציה שלי יושבע כו' - התוס' כותב שאינו נאמן לומר חצי שלי במיגו דהיה אומר כולה שלי, דמיגו להוציא לא אמרינן. אבל יש חולקים ע"ז עי' לעיל (רמ"א סי' פב סי"ב, ועיי"ש בסמ"ע סקמ"ד? - מ"ו? (סמ"ע).
(ג) ⁸⁰⁸במה דברים אמורים, כשאוחזין בשפת הטלית, שאין ביד שום אחד ממנה שלש [אצבעות] על שלש(טו), אז חולקין אותה, אפילו שהטלית מוזהבת והזהב לצד אחד מהם, ואינו יכול לומר: חלוק אותה לרחבה שיבא הזהב לחלקי, אלא חולקים אותה לארכה כדי שיבא לשניהם בשוה. ⁸⁰⁹אבל אם כל אחד קצתה בידו, וזה אומר: כולה שלי, וזה אומר: כולה שלי, זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת, והשאר

חושן משפט חלק ד'

חולקים בשוה ונשבעים(טז) על הדרך שנתבאר. ויש לכל אחד לגלגל על חבירו שכל מה שנמל כדין נמל.

(טו) "שלש על שלש" - כצ"ל. ופירושו, ג' אצבעות על ג' אצבעות ראויין לבגד (סמ"ע), פ"י וכיון שאינו דבר חשוב אין ראוי לומר עליו שיטלנו קודם חלוקה, אבל ודאי אם רוצה ליטלו קודם, אף שהוא פחות מג' על ג', הרשות בידו (ש"ך), וי"א דפחות מג' ע"ג יד שניהם שוה ואין רשות בידו לטלו קודם חלוקה (רע"א).

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

(ד) ⁸¹⁰כל חלוקה האמורה כאן, אם הוא דבר שיפסד(יז) אם יחלק ממש, חולקים אותו בדמים.

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

(ה) ⁸¹¹היה אוהו את כולה, וזה מתאבק עמו ונתלה בה, הרי זה בחזקת האוהו את כולה.
(ו) ⁸¹²באו שניהם אדוקים(יח), ושמטה האחד מיד חבירו בפנינו(יט), ושתק השני, אף על פי שחזר וצוח(כ) אין מוציאין אותה מידו, שכיון ששתק בתחלה הרי זה כמודה לו. הגה: ⁸¹³וי"א(כא) דלפילו מביא עדים אח"כ שהיא שלו לא מהני ליה, דהולדת בעל דין כמאה עדים דמי.

(יח) באו שניהם אדוקין - היינו דווקא קודם שנשבעו, דלא אמרינן שתיקה כהודאה אלא קודם שבועה דעדיין בספיקא הוא דמי יימר דמשתבע, והו"ל כאומר "איני נשבע" דאינו יכול לחזור, ועיין לעיל (סי' כב ס"ג), אבל אחר שנשבע דאז כבר זכה בחציו, תו לא אמרינן אודווי אודי, ואפילו שתק מתחלה ועד סוף לא אמרינן שתיקה כהודאה, ועיין לעיל (סי' פא סק"ו). היכא שהביא עדים שחציו שלו, מהני אפילו בשתק מתחלה ועד סוף, כיון דלא אמרינן שתיקה כהודאה בגוף הממון אלא דהו"ל כאומר איני נשבע, וכיון דאתו סהדי תו ליכא ספיקא ועדיף מנשבע דתו לא אמרינן שתיקה כהודאה (קצה"ח).
(יט) בפנינו כו' - כלו' בפני ב"ד ואם היה הדבר בפני עדים יש מחלוקת בין הפוסקים והעיקר נראה דדינו כאילו היה בפני ב"ד (ש"ך).

(כ) אף על פי שחזר וצוח כו' - דין זה דחזר וצוח הוא ספק בגמ' ולא נתפשט, אבל בשתק מתחלה ועד סוף חשיב כהודאה, ולפ"ז פשיטא דאפילו חזר הראשון ותקפו מוציאים אותו ממנו ונותנים אותו ליד התוקף הראשון כשהוא צוח¹⁹³ ומ"ש המחבר בסעיף שאח"ז יחלוקו כבתחילה לא קאי אלא אסיפא כשחזר וצוח (ש"ך), ואם הקדישה, כל שאין המקדיש יכול להוציאו בדיינים, אינו קדוש, ולכן הבן שהקדיש כל נכסיו, וטוען שחפץ זה שביד אביו הוא פקדון של הבן אצל האב, והאב שותק, אין שתיקתו ראייה לדברי הבן, ואינו קדוש (ש"ך * מהרש"ך), בית כנסת של רבים שהיו מעטים שולטים בבית הכנסת, והרבים שתקו, אין בשתיקתם כראיה להסכמה להנהגת המעטים, ואפילו אחרי שנים, אלא כולם שותפים שוה בשוה, והרוב קובע (ש"ך * מהר"י לבית לוי), ראובן ושמעון שהשלישו דבר אצל שלישי ואמרו שלא יתן לאחד מהם אם לא בריצוי שניהם, ואח"כ באו שניהם ואמר שמעון שהתפשרו יחד ששייך השלישות לו, וראובן שתק, אי שתיקתו הוי כהודאה או לא. זה דומה לסעיף שלנו שכיון ששתק בתחילה ה"ז כמודה לו, וכנ"ל סק"י(ט), אפילו עשה כן בפני עדים, וא"כ הכא כיון ששניהם האמינו לשליש דהוא מהימן כבי תרי, וכל זמן שהוא ביד שלישי הוי כתפסי תרווייהו, וכיון שזה אמר בפניו ששייך לו לבדו הוי כתקפה מידו והוא שותק, ודאי הוי כהודאה ואין לראובן שום טענה עוד כו' (פ"ת).

¹⁹³ ע"י לקמן סק"י(כב) בנתה"מ.

Commented [YL341]
ענין האם לא מובא בשו"ע
ההלכה של הקדישה??

Commented [YL342]
ו"ת מהרי"ט חלק א
סימן קו
ומיהו בפרק קמא
דמצינא גבי תקפה א'
בפנינו והלה שותק
אמרינן אף על גב
דצווח לבסוף לא
אמרינן הוכיח סופו על
תחילתו אלא אודוי
אודי ליה. ובפרק
השואל גבי המחליף
פרה בחמור זה אומר
עד שלא מכרתי והלה
שותק שתיקה
כהודאה דמיא התם
משום דלא הוחזק
הדבר בשלו אלא
עכשיו וכיון דשותק
אגלאי מלתא שלא
היה לו בה כלום אבל
אינו מאבד זכותו
בשתיקה. ויש עניינים
שנראין לתת לב להם
גם בדברים אלו
שהבאתי רק שאני
טרוד בענינים אחרים
נדרשתי כאן להפצת
השואל. נאם הצעיר
יוסף במה"רר משה
מטראני זלה"ה. - כך
מובא בש"ך ולא
הבנתי מה שנוסף?

חושן משפט חלק ד'

(כא) וי"א כו' - דברי רמ"א אלה הם גם בסיפא וגם בתחילת המחבר ובשניהם לא מהני עדים דכיון שהוא תופס יכול לומר, הוא הודה לי, א"כ מה שיביא עדים לא יועיל הודאת בע"ד כק' עדים דמי (ש"ך), כל זה בפני ב"ד, ומטעם ספק המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל שלא בפני ב"ד ובפני עדים יש מח' אם שתק ולבסוף צווח יש יותר הודאה או פחות, ואפשר שהמחבר סובר שזה הודאה גמורה, אבל קשה על הרמ"א שלא הביא דעת החולקים (ש"ך * א"א), וי"א דדוקא כששתק מתחילה ועד סוף הוא שלא עזר עדים אבל לא בחזר וצווח, ודלא כרמ"א, וה"ה אם היה הדבר בפני עדים לשיטת הפוסק דאמרינן גם כן אודויי אודי לי לא מהני עדים אח"כ כיון דודאי אודויי אודי וליכא למתלי בשום דבר (רע"א), ויש חולקים וס"ל דלא מהני עדים הוא רק בשתק לגמרי, אבל בשתק ולבסוף צוח מהני עדים (ט"ז ונתה"מ), ואף במודה בפירוש הודאה גמורה יכול אח"כ לומר טעיתי כשיש עדים, כ"ש כאן שאין הודאה גמורה שיכול לומר טעיתי בשעה ששתקתי (ט"ז), ויש חולקים, שמקור דברי הט"ז לגבי אמר "טעיתי" הרי שם במודה לפני עדים מיירי, אבל במודה לפני ב"ד עפ"י תביעת האחד ודאי דאינו יכול לטעון טעיתי, ודוקא אם אין טוען "טעיתי" רק "לא הודיתי בשתיקתי", אז אין בטענתו ממש דאנן סהדי דשתיקה כהודאה, אבל בודאי דיכול לטעון טעיתי כשמביא עדים כמבואר לעיל (סי' קכו סי"ג), דאפילו כשיש לו מיגו יכול לטעון טעיתי מכ"ש כשיש עדים. והטעם דבשתק לגמרי לא מהני עדים, ובשתק ולבסוף צוח מהני עדים ומוציאין מיד המוחזק, וכן הוא בקצה"ח סק"כ (נתה"מ).

(ז) ¹⁴חזר האחד ותקפה מיד זה התוקף, אף על פי שצווח מתחלה ועד סוף, יחלוקן כבתחלה (כב) (כג). הגה: ¹⁵ויש אומרים לכיון שזכה הראשון (כד) משום הולדתו של זה, אין האחר יכול לתקוף ממנו כלל ראייה.

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

(כג) כבתחילה - עיין סמ"ע ס"ק(יב), והטעם בהא דאם תקפה והקדישה דשוב לא מהני תקיפת השני, הטעם דהא דפסקינן כל דאלים גבר, הוא, דכל מי שאמת אתו ודאי יטרח להביא ראיה או ימסור נפשו עליו, משא"כ השני ודאי לא ימסור נפשו עליו דיוודע שלמחר יביא השני ראיה ויוציאנו מידו. ולפי זה אפשר לומר דהא דמהני תקיפת השני מיד הראשון ואין מוציאין מיד המוחזק, דאמרינן אילו היתה האמת עם התוקף הראשון היה טורח להביא ראיה, משא"כ בכבר מכר או הקדיש או מת והוריש, טענינן ללוקח וליוורש ואמרינן אילו היה קיים היה מביא ראיה, וכעין שמבואר לעיל (סי' סב ס"ז? וסי' קלג ס"ה) שטוענין כן ללוקח וליוורש. ועוד, דהתוקף הראשון יש לו כעין חזקת מרא קמא, רק שיש סברא להחזיק כח התוקף השני מחמת שרואין שהתוקף השני מוסר נפשו יותר מהראשון, ואמרינן אילו היתה האמת עם המערער היה גם הוא מוסר נפשו כיון שיוודע בברי, וזה לא שייך בלוקח ויוורש שטוענין בעצמן שמא רק שאנן טוענין עבורן ברי, לא שייך שימסור נפשו כיון שאינו יודע בברי, מש"ה מוקמינן לה בחזקת התוקף הראשון שהוא כעין מרא קמא. ובמטלטלין יש לומר עוד טעם פשוט בהא דמהני תוקף והקדש, דכשתקף לא גרע מגזלן, וסתם גזילה הוי יאוש בעלים כמבואר בסמ"ע ש"ח. ואפילו הש"ך דפליג שם, אפשר דבאין לו עדים וכבר פטרוהו ב"ד אף הש"ך מודה דהוי

Commented [YL343]

ב שנהג כרב בעיר כמה שנים, ועשה כל התקפידים של הרב, ולא קיבל שכר, וביקש לעזוב, והקהל שכנוע אותו לישאר וקצבו לו שכר לעתיד, זה נחשב כהודאת בעל דין שהוא מוותר על השכר העבר - מהר"ם פדואה מה קשר לכאן?

Commented [YL344]

ר"ת מהר"ט חלק א סימן קו ומיהו בפרק קמא דמציעא גבי תקפה א' בפניו והלה שותק אמרינן אף על גב דצווח לבסוף לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ולא אודוי אודי ליה. ובפרק השואל גבי המחליף פרה בחמור זה אומר עד שלא מכרתי והלה שותק שתיקה כהודאה דמיא התם משום דלא הוחזק הדבר בשלו אלא עכשיו וכיון דשותק אגלאי מלתא שלא היה לו בה כלום אבל אינו מאבד זכותו בשתיקה. ויש עניינים שנראין לתת לב להם גם בדברים אלו שהבאתי רק שאני טרוד בעניינים אחרים נדרשתי כאן להפצרת השואל. נאם הצעיר יוסף במה"רר משה מטראני זלה"ה. מי זה?

חושן משפט חלק ד'

יאוש רק שהגזלן לא קני ביאוש, אבל כשהקדיש או מכר דאיכא יאוש ושינוי רשות בודאי קנה, מש"ה לא מהני שוב תקיפת השני (נתה"מ).
(כד) דכיון שזכה הראשון - אם התוקף טוען ברי מהני התפיסה אפילו לאחר שנולד הספק, ומיהו הכא שאני דדנין אותו כהודה לו תחילה (סמ"ע), שתק מתחלה ועד סוף א"י לחזור ולתקוף ממנו ובשתק ולבסוף צוח יכול לחזור ולתקוף ממנו (ש"ך).
(ח) ⁸¹⁶באו שניהם אדוקים בטלית, ואמרו להם: צאו וחלקו את דמיה, יצאו וחזרו והרי היא תחת יד אחד מהם, זה טוען: (שכנגדו) הודה לי ונסתלק ממנה, וזה טוען: שכרתיה לו, או: נתגבר עלי וחטפה(כה), המוציא מחבירו עליו הראיה(כו), ואם לא הביא ראיה, ישבע זה(כז) שהיא שלו, ויפטר. הגה: ⁸¹⁷ויש אומרים לאס אמר שחטפה ממנו(כח), נאמן, ויחלוקו. ⁸¹⁸ולכן אם אמר: שכרתיה לו בפני פלוני ופלוני(כט) והלכו להם למדינת הים, נאמן, במיגו שהיה אומר: חטפה ממני(ל), וכן נראה לי עיקר.

(כה) שכרתיה לו או נתגבר עלי כו' - דאמרינן ליה עד השתא חשדת ליה בגזלנותא והשתא אוגרתה ליה בלא סהדי, מהאי טעמא דוקא לומר שכרתיה אינו נאמן אבל חטפה מידי נאמן, וזהו טעם די"א דכתב הרמ"א, והמחבר ס"ל דה"ה לומר חטפה מידי אינו נאמן, כיון דידע דהוא גזלן ה"ל להשמר ממנו וליקח עדים עמו (סמ"ע).
(כו) המע"ה - בש"ס משמע דכאן אנן סהדי דאודויי אודי ליה ולפ"ז אין חבירו יכול לחזור ולתקפו ממנו ועי' מהר"י לבית לוי הוב"ד לעיל סק"כ (ש"ך), ואפילו הן דברים העשויין להשאל או להשכיר, מ"מ כאן חשיב כדברים שאין עשויין להשאל נגד זה מטעם דאמרינן עד השתא חשדתו בגזלן והשתא מוגרת ליה בלא סהדי. אבל אם טען ואמר השכרתי לו בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י דשוב לא שייך סברא זו, פשיטא דנאמן בדברים העשויין להשאל, ודלא כקצה"ח סק"כ(ט) (נתה"מ).

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

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

(ל) במיגו שהיה אומר חטפה ממני - אבל בלא אמירה שכרתיה לו בפני פלוני אינו נאמן במיגו דחטפה ממני, דה"ל מיגו במקום חזקה (סמ"ע), עי' ש"ך לעיל (סי' קלג סק"ג?) בדיבור ועוד נראה. ובסמ"ע (סי' קלד סק"ב?). אמר מכרתי לו בפני פו"פ והלכו למדה"י יש לומר דאינו נאמן דהוי מגו להוציא. כיון דמודה דהחפץ אינו שלו ותובע רק דמים. ועיין שיטה מקובצת (ב"מ ו ע"א ד"ה ואמרינן להו) [קשה איך חולקים ללא שבועה, אלא צ"ל שמדובר שמחלו זה לזה השבועה]. ואפשר לחלק דאם טוען מכרתי והוא חייב לי במקום אחר. הוי מגו להוציא כיון דאין החפץ תחת ידו. אבל בטוען שמגיע לו דמי המכר לא הוי כ"כ להוציא, עי' קצה"ח (סי' עב סק"ב), אולם י"א דכה"ג הוי הוציא, ועיין ש"ך (סי' צא סק"ל?) ד"ה ועוד נראה דאפי' החנוני (רע"א), עי' סמ"ע "דהו"ל מיגו במקום חזקה", י"א דהוי מגו במקום עדים דאנן סהדי דלא אגרא אבל אם הוי מגו במקום חזקה אם טען אגרת ותפס מן התוקף נאמן במגו דמספק איבעי' מהני תפיסתו אבל אי הוי מגו במקום עדים לא מהני תפיסה (רע"א).

חוסן משפט חלק ד'

סימן קלט – דין שנים חלוקין בדבר, ואם בא שלישי וחטפה, ובו ד' סעיפים.
(א) ⁸¹⁹שנים שחלוקים בדבר, ואין שום אחד מהם מוחזק בו, כההיא ארבא דהו מינצו עליה בי תרי וכל חד אמר: דידי היא(א), כל דאלים גבר(ב), ⁸²⁰ואותו שתגבר ידו תחלה, הוא שלו, עד שיביא האחר ראיה. ומיהו שכנגדו יכול להשיבוע(ג), וצריך לישיבוע שהוא שלו(ד). וכל זמן שלא יביא האחר ראיה, אף אם תגבר ידו Error! Reference source not found, אין מניחין ליקח מזה שגברה ידו תחלה.

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

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

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

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

(ה) אף אם תגבר ידו - דלא רצו חז"ל לתקן דבר שיהיו כל ימיהם במריבה ומחלוקת, היום יגבר זה ולמחר יגבר זה וסמכו אחזקה וכנ"ל סק"ב (ב) (סמ"ע), וי"א דאם חזר ותקפה ממנו אין מוציאין אותו מידו, ועיין לקמן סי' רמ"ה סי"א [זיכה לו על ידי אחר, וכששמע המקבל שתק, ואחר כך צווח ואמר: איני מקבלה, הרי זה ספק אם זה ששתק כבר רצה וזה שצווח חזר בו, או ששתק מפני שעדיין לא הגיע לידו כלום וזה שצווח הוכיח סופו על תחלתו. לפיכך אם קדם אחר וזכה בה לעצמו, אין מוציאין מידו שמא המקבל זכה, וכיון שאמר: איני רוצה בה הרי הפקירה, וזה שקדם ולקחה מההפקר, זכה. ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפסוה מיד זה שקדם וזכה בה, אין מוציאין מידם, שמא המקבל לא זכה, שכיון שאמר: איני רוצה, הוכיח סופו על תחלתו ולא קנה אותה, וברשות הבעלים הראשונים היא קיימה עדיין] (ש"ך), ואם נפל מחלוקת בירושה אם זה של יורשי המת או של זה שהם נמצאים אצלו, אין מוציאין מידו ¹⁹⁴(ש"ך * רשד"ם).

(ב) ⁸²¹בא שלישי וחטפה(ו), 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 ⁸²²ואין לו תקנה עד ששייב(ז)(ח) לכל אחד ואחד, שהרי אינו יודע למי ישיב. ⁸²³ואם הוא קרקע והחזיק בו ואכל פירותיו, גוף הקרקע אינה נגזלת, אבל הפירות צריך לשלם לכל אחד ואחד.

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

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

(ח) עד ששייב לכל אחד כו' - ועיקר א"צ להחזיר לכל א' כו' (ש"ך), ועיין מ"ש בסימן מ"ט ס"ז ד"ה אלא בהרשאה (קצה"ח).

¹⁹⁴ משמע, שטעם הש"ך שזה לא בחזקת א' מהם, אבל כאן שהוא בחזקת א', אין כל דאלים גבר.

Commented [YL345]:
ערה

Commented [YL346]:
א הבנתי מההקצה"ח
רצה מדבריו שם,
ששם כתו בבתומים
שמוציאים מידו מכאן,
והביא ב' שיטות, א'
תוס' שסובר שלא
נזקקים לרשעים, שא'
ודאי רמאי, ושיטת
הרמב"ן שיניחו
במקום שלקחו,
ואפשר שכוונתו לומר
שאפשר להניחו
במקום שלקחו משם

חושן משפט חלק ד'

(ג) ⁸²⁴אם אחד מהשנים החלוקים על דבר זה בא לבית דין ואמר: תפסוהו עד שאביא ראיה, אין שומעין לו(ט). ואם תפסוהו ב"ד מדעת שניהם, או שעברו ותפסוהו, אין מוציאין אותו עד שיתברר של מי הוא.

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

(ד) ⁸²⁵אם 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 אס היו שניהם מוחזקים מאי לינס), ואם גבר האחד(י) ואכל פירותיו, ואחר כך הביא השני עדים שהוא קרוב, ואין העדים יודעים אם זה שגבר הוא קרוב או לא, מוציאין מזה שגבר, שהוא ספק קרוב והאחר קרוב ודאי.⁸²⁶ 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(יא). הגה: ⁸²⁷דבר שהפוסקים חולקים בו, ולא תפס חד מנייהו(יב), אס הוא דבר דשייך בו חלוקה, חולקין. ואס לא שייך ציה חלוקה, כל דאלים גבר(יג).

(י) ואם גבר הא' כו' - אם מדובר שהביא עדים, אז אינו נאמן לומר שלא אכל מיגו שאכל את שלו, שזה מיגו במקום עדים (ש"ך * רמב"ן), וי"א שמדובר שהמערער הביא עדים שהוא קרוב, ולא שהוא קרוב יותר, והשני לא הביא עדים כלל, ולא אמרינן מה לי לשקר מגו דאי בעי אמר לא אכלי מעולם יכול למימר ליה אין אכלי וידידי אכלי שאינו נאמן לומר כך כיון שהוא בחזקת רחוק (ש"ך * בעל המאור), וי"א שבמקרה זה הוא כן נאמן לומר מיגו, רק אנחנו לא טוענים עבורו המיגו (ש"ך * מלחמת ה').

(יא) אפילו אין ידוע שאכלה אלא על פיו שהודה בהם - ואפילו אכלם ג' שנים, שהרי לא טען שקנה השדה להיות אכילתו ראיה אטענתו, אלא טוען שירש הקרקע מקרובו שמת, וכיון שלהפירות שאכל אין לו זכות אלא מכח הקרקע והקרקע יוצאת מתחת ידו בעדים הללו ואין לו מיגו נגדו, ממילא צריך לשלם ג"כ הפירות (סמ"ע), ויש חולקים, שאין צריך להחזיר הפירות ועיין לקמן (סי' שיז ס"ב-ג, ש"ך ד"ה השוכר נאמן, ד"ה וקדם השוכר, ד"ה הפירות בחזקת) (ש"ך).

(יב) ולא תפיס חד מנייהו - ואם תפס חד מנייהו, עי' רמ"א לעיל (סי' כה ס"ב) [כל היכא דאיכא ספיקא דדינא אין מוציאין ממון מיד המוחזק] ולקמן (סי' קעה סמ"ה) [אפילו היה בדבר ספק, אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה שמביא בעל המצר וכו', הגה: וכן במקום שהפוסקים חולקין אין מוציאין מיד הלוקח הואיל ומוחזק] וסי' רנא ס"ב [בכל מקום שהוא פלוגתא דרבוותא אם זכה המקבל עליו להביא ראיה] (סמ"ע), אפילו למ"ד כל תיקן המוציא מחבירו עליו הראיה, מודה הכא דחולקין כיון שאין אחד מהם מוחזק, ועי' לקמן (סי' קסז ס"א וט"ז שם¹⁹⁵) (ט"ז), אפילו שאין מחלוקת השקול אלא רוב מנין ורוב בנין כצד א', עכ"ז כל דאלים גבר, וברגע שגבר שאין להוציא מידו (רע"א * כרם שלמה), עיין ש"ך סק"יג), בדורות אחרונים מוטב שלא להניח לכל דאלים, וכיון שאין שייך כאן חלוקה, ע"כ יחלוקן בגורל לגמרי (פ"ת * שבו"י).

(יג) כל דאלים גבר - י"א שבמחלוקת בהלכה ללא הכרעה כל דאלים גבר, וי"א דלא אמרינן כל דאלים גבר כי אם בדבר שנוכל לעמוד על הדבר של מי הוא, ומטעם שנתברר לעיל סק"ב), וכדי לישב דבריהם שלא יהיה סתירה ס"ל לרמ"א דחלוקה עדיף במקום שאין אפשרות לעמוד על אמיתת הדבר, אבל במקום שלא שייך חלוקה או לכו"ע כל דאלים גבר (סמ"ע), ויש חולקים על הסמ"ע וס"ל דבספק, שאם לא יפשטוהו, הכל ילך לאיבוד, לא מצאו להם שום תקנה בעולם רק כל דאלים גבר, מה שאין שייך לומר כן

:Commented [YL347]
כון?

:Commented [YL348]
י' הערה וצ"ע

:Commented [YL349]
י' כנה"ג סי' קנ"ו
בהגה ב"י מן אות
מ"ד ואילך. -
רע"א? הרי שם
מדובר בשיטת
מהרי"ק שיש ביד
בני העיר שלא
להכניס אנשים
לתוך העיר גם על
ידי שר, הכרם
שלמה מדבר
בשנים שבאו לעיר
בקביעות למכור,
ובני העיר רוצים
למונעם, והכרם
שלמה חולק
מטעם שהם
משלמים מסים,
וגם טוען שהם זכו
בכל דאלים גבר,
וברגע שזכו אין
להוציא מידם

:Commented [YL350]
ז לכו"ע כל דאלים
גבר - לא כתוב
ברמ"א והיא
תוספת שלי

¹⁹⁵ שם איתא שבמקום ספק לא לוקחים, ואם לקח לא מוציאים מידו, אבל אפשר שיש לחלק ששם יש ג' שיטות בתנאים, ונפסק הלכה כר"ש, אבל הכלל הוא שהלכה כר"י במקום ר"ש, אבל כאן שהוא ספק אם זה שיטת ר"ש, אז התופס יכול לטעון קים לי כתנא זו [כך הוא לשונו אבל נראה שכוונתו שיכול לומר קים לי שכך כוונת ר"ש, ולכן בזה ההלכה כר"י].

חושן משפט חלק ד'

בשאר עניינים שהפוסקים חולקים בהם יש לתופסו בב"ד והב"ד ימכרוהו ויחלוקו בדמים או בדין גוד איגוד דהא ע"כ לא אמרי' בריש סימן זה כל דאלים גבר אלא מטעמא שמי שהוא שלו ימסור נפשו עליו כו' וזה לא שייך אלא בדבר שהתובע בעצמו יודע האמת ואין הב"ד יודעים, אבל הכא מה שייך לומר שזה התובע ימסור נפשו יותר מחברו, במה ברור הדין יותר לתובע מלדיין או מלחברו דנימא ימסור נפשו כו', מיהו כל זה לענין לכתחלה אבל אי תפס חד מנייהו לא מפקינן מיניה דאפילו תפס מרשות חברו לא מפקינן מיניה בפלוגתא דרבוותא ועיין בספרי תקפו כהן (סי' עט – קיג) הארכתי בדינים אלו (ש"ך).

סימן קמ – דין החזיק בקרקע של חברו, ודין חזקת הבתים והחנויות, ובו טו סעיפים:

(א) ⁸²⁸קרקע בחזקת בעליה עומדת(א)¹⁹⁶, שקרקע הידועה לראובן בעדים שיודעים(ב) שהיתה בחזקתו אפילו יום אחד, והוא עתה בחזקת שמעון, ומחזיק בו¹⁹⁷ ואוכל פירותיו וטוען שלקחו, וראובן מערער לומר שהיא גזולה בידו. נאמן, וישבע שבועת היסת ונוטל את שלו¹⁹⁸, אלא אם כן החזיק בו שמעון כראוי ובטענה, או אין מוציאין אותה מידו, אלא נשבע [היסת] ועומד בשלו(ג). ואם אין עדים לראובן שהיתה שלו, אין צריך שמעון חזקה, אלא נשבע ועומד בשלו אע"פ שלא החזיק בה¹⁹⁹. ועיין לעיל ריש סי' לה לאין נשבעים על קרקעות רק היסת(ד)²⁰⁰.

(א) קרקע בחזקת בעליה עומדת כו' – חזקות שלנו יש ספק אם נידון כקרקע או כמטלטלין, ולכן במקום מחלוקת (לדוגמא כמ"כ לקמן סי' קנ"ג) הוי ספק ספיקא, וכל הדין חזקות יש להם דין חרם, וכל ספק חרם להחמיר, אבל זה רק אם יש ספק בטענת התובע, אבל ספק בחרם עצמו, בזה הוי לקולא לנתבע (ש"ך * תורת אמת), הנה בחזקות יש ב' דברים: א' ההסכמה, שכל מי שיש לו חזקת בית או חנות כו' שלא יהיה שום אדם רשאי לגרום שום נזק כלל, לא בחזקה עצמה ולא בהעלאת השכירות. ב', המנהג, שכל מי שלוקח איזו חזקה יכריזו בבית הכנסת ולא יכריזו ולא יעלה לו לחזקה עד שיקח המפתח ויפתח ויסגור, ואם יש מקום שהמנהג לא כתוב בהסכמת הקהל, אז אפילו אם נהגו דבר, אין כח במנהג כל שלא נכתב ולא פורש בהסכמות החזקות, היינו דווקא מנהג שסותר את ההסכמה, לדוגמא שכל המוכר בית לגוי, אין אחר יכול לקנות חזקה שלו, לא רשות המוכר, אבל מנהג שהוא לא סותר את ההסכמה אלא פירוש ההסכמה, כמו במסירת מפתח הנ"ל, אז הוא כן מחייב, כיון שהחזקות שלנו אינן מדין תורה רק מביאת התקנה והתקנה אין בה שום סתירה (ש"ך * תורת אמת), ראובן היה לו חזקה א' מכח התקנות של הקהל, שהשכירה מגוי ואח"כ קנה שמעון הבית עצמו, ומכח

ובשו"ת פני משה ח"ב סימן ע"ז כתב דאע"ג

דליכא תפיסה בקרקע, מ"מ הרישום

בטאבו מהווה מוחזקות.

196

197 היינו ג' שנים כדלקמן.

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

199 היינו אפילו אם אמר שלקחה מראובן, ואין לו שטר, שיש לו מיגו שהיה יכול לומר שלא היה לו מעולם (ערוה"ש א)

כתב בכנה"ג בשם הרשב"א שאם ידוע שמכר כדין והחזיק הלוקח כדין אלא שהמוכר טוען שהיה תנאי שלא נתקיים, הלוקח שהוא מוחזק עתה בקרקע הוא המוחזק.

עוד כתב בכנה"ג שבפלוגתא דרבוותא לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא, אלא המחזיק עתה בקרקע הוא המוחזק, אבל בשכירות גם כה"ג קרקע בחזקת משכיר קיימא.

200