

סיכומים מתומצתים לחזרה מהירה

חושן משפט חלק ב'

עה - קפט

- פנימי בלתי מוגה -

החיבור עדיין אינו שלם..

אברהם אחיטוב
כולל פסגות, תשע"ה

**הציטוטים בחוברת זו נלקחו מתוך 'פרוייקט השו"ת',
ותודתי נתונה להם על כך!**

תוכן העניינים :

1.....	טוען ונטען
1.....	סימן עה
17.....	סימן עו
19.....	סימן עז
25.....	סימן עח
29.....	סימן עט
35.....	סימן פ
36.....	סימן פא
48.....	סימן פב
55.....	כללי מיגו לש"ך ולגתיבות
60.....	סימן פג
62.....	סימן פד
65.....	סימן פה
72.....	סימן פו
75.....	דיני שבועה בב"ד
75.....	סימן פז
91.....	סימן פח
102.....	סימן פט
107.....	סימן צ
112.....	סימן צב
115.....	סימן צג
119.....	סימן צד
121.....	סימן צה
123.....	סימן צו
127.....	גביית מלוה
127.....	סימן צז
133.....	סימן צח
135.....	סימן צט
139.....	סימן ק
140.....	סימן קא
144.....	סימן קב
145.....	סימן קג
150.....	סימן קד
157.....	סימן קה
161.....	סימן קו

163	גביית חוב מיתומים
163	סימן קז
169	סימן קח
178	סימן קט
181	סימן קי
187	גביית חוב ממשועבדים
187	סימן קיא
194	סימן קיב
197	סימן קיג
199	סימן קיד
201	סימן קיז
205	סימן קכ
207	הלכות הרשאה
207	סימן קכב
213	סימן קכג
218	סימן קכד
219	סימן קכה
225	מעמד שלשתן
225	סימן קכו
239	הלכות ערב
239	סימן קכט
254	סימן קל
258	סימן קלא
262	סימן קלב
264	חזקת מטלטלין
264	סימן קלג
271	סימן קלד
276	סימן קלה
278	סימן קלו
279	סימן קלז
281	חזקת קרקעות
281	סימן קמ
285	נזקי שכנים
285	סימן קנג
297	סימן קנד
316	סימן קנה

341.....	סימן קנו
347	חלוקת שותפות.....
347.....	סימן קעא
358.....	סימן קעה
359	הלכות מצרנות.....
377	שותפין.....
377.....	סימן קעו
406.....	סימן קעז
410.....	סימן קפא
412	שלוחין.....
412.....	סימן קפב
418.....	סימן קפג
423.....	סימן קפד
424.....	סימן קפה
428.....	סימן קפו
429.....	סימן קפז
430.....	סימן קפח

טוען ונטען

סימן עה

אם המלוה והלוה צריכין לברר הטענות (וכל דיני המחוייב שבועה מן התורה או מדרבנן, ומי שאינו יכול לישבע, וכל שטוען התובע והנתבע ברי ושמה) ובו כ"ה סעיפים.

סעיף א

התובע את חבירו בבית דין: מנה לי בידך, בית דין אומרים לו: ברר דבריך ממה חייב לך, הלוית אותו או הפקדת בידו או הזיק ממנו, שאפשר שהוא חושב שחייב לו ואינו חייב לו. וכן הנתבע, אם משיב: אין לך בידי כלום, או: איני חייב לך כלום, צריך לברר דבריו, דשמה טועה וסובר שאינו חייב לו, והוא חייב לו. ואפילו היה חכם גדול, אומרים לו: אין לך הפסד שתשיב על טענתו ותודיענו כיצד אין אתה חייב לו. הגה: ואם אינו רוצה לברר דבריו, אם נראה לדיין שיש רמאות בדבר, יפסיד. ואם לאו, אלא שנראה לדיין שאינו יכול לברר, וכיוצא בזה, אין מחייבים אותו משום שאינו מברר דבריו, דאין אומרים לו: ברר דברך, אלא משום כדי להוציא הדין לאמיתו, משום דנפיש רמאים (מרדכי פ"ק דב"מ והרא"ש בתשובה כלל ק"ז). וע"ל מה שכתבתי סי' ע"ב סי' י"ז.

1. האם צריך לברר טענות? רמב"ם - צריך, אולי הוא טועה וחושב שחייבים לו, או שתובעו סתם (סמ"ע). רא"ש ור"ת - לא צריך, אך מודה הרא"ש שהאידנא דנפיש רמאי - צריך. ולכן פסקו השו"ע והרמ"א שצריך.

הטור כתב שיש מח' בין הרא"ש לרמב"ם, וכתב המ"מ שהרמב"ם למד כן בק"ו מעדים שצריכים לברר דבריהם שמה טעו, וכן מ'קניא דרבא' שאנו חוששים שאדם אומר דבר א' ומתכוין לדבר אחר. אולם, הרא"ש חלק והוכיח דבריו משבועות מא: 'קיצותא דתרעא מדכר דכירי אינשי' שמוכח ממנה שאדם לא אמור לזכור כיצד פרע והיאך פרע. וכן הוכיח כן ר"ת מבי"מ ה. 'חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו ולא שואלים אותו, א"כ מוכח שאדם אינו חייב לברר דבריו. (אמנם, היו שרצו לומר שאין מח' והרמב"ם סובר שאדם חייב לברר את עיקרי טענותיו, האם זו הלואה או מתנה וכדו', והרא"ש מודה לזה אלא שאמר שאינו צריך לברר את פרטי הטענה, כגון באיזה מקום ובאיזה שעה. כן משמע בסמ"ע ד, וכ"כ בשו"ת מהריט"ץ קנ. אך בשו"ת הרשב"א (ח"ג צ"ח) מבואר שאדם חייב לברר אף את פרטי טענותיו, וכן מבואר בטור ובבי"י שהבינו שהרמב"ם והרא"ש חולקים בדבר).

2. אם לא בירר טענותיו - מה דינו? הרמ"א כתב שאם לא נראה לנו שיש פה צד רמאות - לא יפסיד. וכתב הסמ"ע שזה נכון אליבא דש"י הרא"ש, ומדוע לא כתב זה בלשון י"א? כיון שהוא סובר שאף הרמב"ם לא חלק על הרא"ש, ודלא כבי"י. אולם, לדעת השו"ע שפסק כרמב"ם משמע שמפסיד בכל ענין. אולם, השאלה האם נוציא מהנתבע ממון כשאנו מפרש דבריו!! לכאורה לא, כיון שאין פה סיבת חיוב להוציא ממון, אולם הב"ח כתב שכן, וטעמו שטענה שאינה מפורשת כאילו לא נטענה כלל, וא"כ אתה חייב לשלם שהרי יש נגדך תביעה שלא השבת לה.

3. אם התובע תובע בסתם והנתבע משיב בסתם - אומרים להם פרו דבריהם, ואם אינם רוצים לפרש - פוסקים להם כאילו פירשו. אא"כ א' הצדדים מפרש, והשני לא. כ"כ הבי"ח והביאו הש"ך (ד).

4. אין משיביעין היסת אלא בטענה מבוררת, כ"כ הרא"ש (עא, ה). וכתב הש"ך (ו) דמייירי שבי"ד מסופקין אם יש רמאות, ולכן דווקא היסת אין משיביעין בכה"ג, אך שבועה דאוי משיביעין. אולם, כשנראה להם שיש רמאות אף שבועה דאוי אין משיביעין. וכשארין רמאות אף היסת משיביעין.

5. לא דייקנין בדבריו של אדם שיהיו נגדו, אא"כ אמרן במפורש. כ"כ הנמוק"י והביאו הסמ"ע.

6. אסור לטעון שקר כדי לעוות הדין או לעכבו, אע"פ שהוא זכאי, ש"ך. כגון שתובעו מאתיים והוא יודע שהוא חייב מנה, ורוצה לכפור בכל כדי לא להישבע סתם, ואח"כ ישלם לו מנה מהצד. או לתובעו מאתיים כשחייב לו מנה, כדי להשביעו ולגלגל עליו ממקום אחר.

7. אין מוציאין ממון מיד הנתבע להניחו ביד שלישי, ואח"כ ידונו הדין. ש"ך בשם מהרד"ך.

סעיף ב

מנה לי בידך, אין לך בידי אלא חמשים, חייב לישבע מן התורה שאינו חייב לו אלא חמשים, ונותן החמשים שהודה. ואם יש אחר שמסייעו, יש אומרים שפוטר משבועה, ויש אומרים שאינו פוטר (וע"ל סימן פ"ז סעיף ו').

1. מודה במקצת - חייב לשלם מה שהודה, ולישבע שבועת התורה על השאר. כן מבואר בש"ס בהרבה מקומות, ובב"מ ה. למדו כן מהפסוק "אשר יאמר כי הוא זה עד האלוקים יבוא דבר שניהם" (שמות כב, ח), שכיון שהודה במקצת חייב שבועה. ובב"ק קז. אמרינן שעירוב פרשיות כתיב כאן, ואע"פ שזה נאמר לגבי שומרין זה נכון גם לגבי מלוה ולוה.

עוד איתא בש"ס¹: "אמר רבה: מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע? חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, והאי בכולי בעי דליכפריה, והאי דלא כפריה - משום דאינו מעיז פניו בפני בעל חובו, ובכוליה בעי דלודי ליה, והאי דלא אודי ליה - אישתמוטי הוא דקא משתמיט מיניה, סבר: עד דהוי לי זוזי ופרענא ליה, ורחמנא אמר: רמי שבועה עילויה כי היכי דלודי ליה בכוליה". והוסיפה הגמ' בב"ק: "וגבי מלוה הוא דאיכא למימר הכי, אבל גבי פקדון מעיז ומעיז".

שיטת רש"י שדין מודה במקצת נכון רק בהלואה, שכיון שעשה לו טובה אינו מעיז פניו לכפור בכל, אולם בפקדון שלא עשה לו טובה מעיז ומעיז, ולכן חייב שבועה אף בכופר בכל. **והקשו עליו** שמוכח בכתובות שכופר בכל בהלואה פטור משבועה אף כשיכול להעיז פניו כגון בבנו! **ולכן חלקו ואמרו שדין זה נכון אף בפקדון, וכופר בכל פטור מגזה"כ**. ושאלת רבה אינה מהו טעם החיוב של מודה במקצת, אלא מדוע שלא יפטר במיגו שיכל לכפור בכל? ועל כך עונה הגמ' שהוא משתמט ולכן אין לו מיגו.

הרב מרדכי יישב שיטת רש"י, שאין כוונתו שהחזקה היא סיבת הפטור, אלא שכיון שיש חזקה כזאת אז טענת הכפירה מוגדרת כטענה טובה, ולכן היא פוטרת משבועה גם כאשר נמצא מקרה פרטי בו אין חזקה (כמו בבנו). אולם, בפקדון שבו הטענה אינה מוגדרת כטענה טובה, שהרי אין שם חזקה, נמצא שטענת כפירה בכל בפקדון אינה טענה טובה ואינה פוטרת משבועת התורה.

בדומה לזה אפשר ליישב דברי הסמ"ע אצלנו, כיון שהסמ"ע הזכיר שטעם הפטור בכופר בכל הוא בגלל החזקה, והעירו האמרי ברוך והנתיבות שכל זה נכון רק לרש"י אך לא לשאר הראשונים. ועל פי דברינו נראה שגם הסמ"ע לא התכוון לומר שזה סיבת הפטור, אלא לומר שכיון שיש לנו חזקה אז תמיד טענת הכפירה מוגדרת כטענה טובה. וה' יאיר עינינו.

2. עד אחד המסייע לנתבע: שו"ע - אינו פוטר משבועה (הלכה כ"א בתרא). רמ"א - פוטר (כן פסק בסימן פז כדעת הרא"ש).

נחלקו בדיון זה הראשונים: מהר"ם, תוס' והרא"ש סברו שעד המסייע פוטר משבועה מג' טעמים: א. אם מחייב שבועה ק"ו שפוטר. ב. אם מועיל כשמסייע לתובע שאינו מוחזק, ק"ו שיועיל כדי לפטור את הנתבע המוחזק. ג. כך דרשו חז"ל 'אבל קם הוא לשבועה' היינו לכל מילי דשבועה. אולם, הרמב"ן והרשב"א והרמב"ם סברו שאינו מועיל אלא לחייב שבועה ולא לפטור ממנה. (הרב מרדכי ביאר שמח' היא האם עד א' הוא מדיני עדות, דהיינו שזו עדות חלושה שמספיקה כדי לחייב שבועה, אך לא תועיל לפטור ממנה. או שזה מדיני שבועה, שעד א' הוא עדות מצויינת לכל דיני שבועה, וממילא יועיל אף לפטור).

סעיף ג

אם לא תבעו אדם, אלא הוא מעצמו אומר: מנה היה לאביך בידי ונתתי לו חמשים ונשאר לו חמשים, פטור אף משבועת היסת (בעה"ת שער ז' ושער ל"ח ורמב"ם פ"ד מהל' טוען דין זה).

1. הודה במקצת בלא תביעה - פטור אף משבועת היסת. מפני שהוא משיב אבידה, (כמו שמבואר בכתובות יח.).

2. מה הדין אם חברו תובעו ואומר ידעתי מזה ולא פרעת כלל? סמ"ע - תלוי אם המודה נראה כמעררים או לא. השו"ע לא הזכיר דין זה, כיון שדיבר על 'מנה לאביך' שבד"כ הבן לא יודע ולא תובע חזרה. ש"ך - פטור משבועת התורה שבעיני שתקדם תביעה להודאה וכאן לא תבעו. אולם לגבי היסת תלוי אם נראה כמעררים או לא. וקשה מדברי הש"ך לקמן סי' פח ס"ק לד שכתב כסמ"ע שאם נראה כמעררים חייב שבועה אף כשלא

¹ כתובות יח., גיטין נא., ב"ק קז., ב"מ ג., שבועות מב.:

קדמה תביעה להודאה? וצ"ע וה' יאיר עינינו. לשיטת הסמ"ע נראה שכאשר נראה כמערים, חשיב כקדמה תביעה, שהוא הודה כיון שהוא פחד שתתבע אותו, א"כ התביעה הפוטנציאלית שלך גרמה לו לבוא ולהודות.

סעיף ד

כפר בכל, ועדים מעידים שחייב לו חמשים, ישלם חמשים וישבע מן התורה על השאר, שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים. הגה: ויש אומרים דוקא שהעדים מעידים על פה ובלא קנין, אבל אם כתבו שטר, או שיש כאן קנין, אין עדים מחייבין אותו שבועה, דשטר הוא כהילך (מרדכי פ' הנשבעין). ויש מי שחולק (ב"י בשם הר"ן פ' הדיינים). ועיין לקמן ריש סימן פ"ז. במה דברים אמורים, כשתבע מלוה. אבל אם תבעו חפצים שוה מנה, פקדון, והלה אומר: אין לך בידי כלום, ועדים מעידים שראו בידו, כשנתבע, מאותם חפצים, שוה חמשים, הוחזק כפרן, והתובע נשבע ונוטל.

1. כופר בכל ועדים מעידים שחייב מחצה - משלם מה שהעידו, וישבע שבועת התורה על השאר, שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים. ב"מ ג. ולמסקנא זה נלמד מהצד השוה מפיו ועד א', ששניהם על טענה וכפירה הם באים ונשבע (ולשיטת הרמב"ן מגלגול שבועה דעד א').

2. באיזה עדים מדובר? י"א דוקא שמעידים בעל פה ובלא קנין. דאם כתבו שטר או שעשו קנין (וסתם קנין לכתובה עומד) הוא כהילך ופטור משבועה. כ"כ המרדכי, וכן הסכימו הדרכי משה והסמ"ע. וי"א שבכל ענין חייב שבועה. כ"כ הב"י והר"ן, הסמ"ע ביאר שמדובר שיש כאן שעבוד קרקעות, ואפי' הכי החולקים ס"ל ששטר עם שעבוד קרקע אינו חשוב כהילך. הש"ך דחה דבריו, וכתב ששטר עם שעבוד קרקע לכו"ע הוא הילך, או שפטור מטעם שחשוב כתביעת קרקע שאין נשבעין עליה. אולם, כאן מדובר שאין שעבוד, ואפי' הכי אם היה מודה בשטר היה חשוב כהילך (שהרי המלוה רגוע ובטוח בשטרו), אך כשהלוה כופר בשטר לא חשיב כהילך, שהרי המלוה אינו רגוע וצריך לתבוע את שטרו. וכדעה זו פסקו הש"ך והגר"א והנתיבות.

3. דין זה נכון דווקא בתביעת מלוה, שאע"פ שהוכחש ע"י עדים לא הוחזק כפרן, כיון שתלין שאין לו כסף לפרוע ולכן הוא משתמט עד שיהיה לו ויפרע חובו. אולם, בכפירת חפץ פקדון, שהעדים מעידים שראוהו בידו בשעה שתבעוהו - הוחזק כפרן על אותו חפץ, והתובע נשבע על השאר ונוטל כדין החשוד על השבועה ששכנגדו נשבע ונוטל (אך בלא שבועה אינו נוטל, דאע"פ שהוחזק כפרן על מה שראו בידו, לא הוחזק כפרן על השאר; סמ"ע).

ודוקא שראוהו בידו בשעה שנתבע, דאין לו התנצלות מדוע כפר ולא החזיר; משא"כ שראו בידו קודם התביעה, לא הוחזק כפרן כיון שיכול לומר שנאבדו מידו ולכן אשתמט עד שימצאם.

4. מה הדין בתביעת מעות של פקדון? דעת הסמ"ע שהוא הדין מעות פקדון, אלא אורחא דמילתא נקט חפצים של פקדון, כיון שבמעות פקדון בד"כ מדובר במעוה שניתנו להשיבם ואז הדין שונה. אולם, הש"ך כתב שהשו"ע בכוונה שינה לשונו לגבי פקדון (וכמו שמבואר בבדק הבית), מפני שבמעוה של פקדון העדים לא יכולים לדעת שהמעוה הללו ניתנו בתור פקדון שהרי אין בהם סימן, ועוד שאף אם הם מזהים אותם דינם כהלואה שהרי הוא יכול להוציאם וליתן לו מעות אחרים (אא"כ הם צוררים וחתומים שדמי לחפצים). ולכן במעוה פקדון הדין הוא כמו במעוה מלוה, שלא הוחזק כפרן.

5. מה הדין בתביעת מעות פקדון שניתנו להוציאם בעיסקא? דעת הסמ"ע - שבכה"ג הוחזק כפרן תמיד, אפי' ראום בידו קודם שנתבע, דבכה"ג אין לו התנצלות מדוע כפר, שהרי ניתנו בידו ע"מ להוציאם, וא"כ יכל לומר שאינם בידו כיון שהשקיעם (ע"פ תשובת הרא"ש). וכן הסכימו הנתיבות והתומים. דעת הש"ך - לא הוחזק כפרן אא"כ ראום בידו, כיון שאף בכה"ג אולי נאבדו מידו ולכן השתמט ואמר להדי"ם. ונדחק בדברי הרא"ש, והתומים תירץ קושיתו שאם אבדו היה צריך לטעון שנאנסו ולא להעזי פניו ולומר להדי"ם, והנתיבות תירץ באופן דומה שהיה יכול לטעון נאנסו בליסטים מזוין, ולא להעזי פניו.

סעיף ה

מנה לי בידך מהלואה פלונית ומנה מהלואה אחרת שהלוייתך בזמן אחר כך וכך, והנתבע משיבו: אין לך בידי כלום לפי שמהלואה ראשונה פרעתיך כך וכך ומהלואה שניה פרעתיך כך וכך, ומתוך טענתם הכירו הבית דין שעדיין חייב לו מאותם שתי הלואות עשרים דינרים, הוה ליה כשנים מעידים אותו שיש בידו חמשים, שהרי הבית דין עדים במה שהודה שנשאר עליו, וישבע שבועה מן התורה על השאר. הגה: ודוקא

שהכירו הבית דין שהודה עדיין במקצת, לפי חשבונו, אבל אם נתחייב במקצת לפי שאינו נאמן בדבריו, לא מקרי הודאה במקצת (ב"י בשם רשב"א). ועיין לקמן סימן פ"ז סעיף ה'.

1. הכופר בכל, ומתוך דבריו הכירו ב"ד שהוא עדיין חייב - ישלם המקצת וישבע שבועת התורה על השאר, דלא גרע מהעדאת עדים, שהרי הבי"ד עדים בדבר, כ"כ בעל התרומות.

2. באיזה אופן מדובר? סמ"ע, קצות, תומים - דווקא כאשר האדם טועה בחשבונו, אך אם הוא טועה בדיון כגון שאומר פרעתי עבורך ריבית וכדו' שאין זה נחשב כפירעון - לא מיקרי העדאת עדים. (סמ"ע וקצות - כיון שלא מתחייב אלא א"כ העדים מעידים על הכל, או שהוא הודה הכל בעצמו, אך א"א לחבר הודאת פיו והעדאת עדים יחד. תומים - כיון שיש לו חזקה אין אדם מעיז פניו, שהרי הוא העיז). ש"ך ונתיבות - כאשר טעה בחשבון פשיטא שחייב, החידוש הוא שאפי' כאשר טועה בדיון - חייב שבועה מכח ב"ד שלא גרעו מעדים. ודווקא כאשר ב"ד מחייבים אותו לשלם המקצת שלא מכח ידיעתם, כגון מדין משואיל"מ וכדו', אינו חייב שבועה.

סעיף ו

המודה במקצת ונתנו מיד, ואמר: אין לך בידי אלא כך והילך, פטור משבועת התורה אבל נשבע היסת (וע"ל סימן פ"ז כל זה).

הודה במקצת ונתנו מיד - פטור משבועה דאורייתא אך חייב היסת. דכיון שנתנו מיד, הרי זה כב' תביעות: תביעה ראשונה נסגרה מיד, ובשניה כפר בכל. דין זה מתבאר בס"י פז.

סעיף ז

מנה לי בידך, אין לך בידי כלום; או שטען: יש לי בידך כנגדו כסות או כלים, או שאמר: אמת היה לך בידי אבל אתה מחלתו או נתתו לי במתנה, כיון שכופר בכל, פטור משבועת התורה ונשבע היסת. ואפילו שנים מעידים שהלוהו, ואינם יודעים שפרעו, נאמן בשבועת היסת לומר: יש לי בידך כנגדן או מחלת לי (ועיין לקמן סימן פ"ז כל חלוקי שבועת היסת).

1. הכופר בכל פטור משבועת התורה, אך חייב שבועת היסת. שבועות מ: וכלישנא קמא שאע"פ שאין דררא דממונא משביעים, וכן פסקו כל הראשונים שלישנא קמא עיקר, ושכן מוכח בההוא רעיא (ב"מ ה.); מלבד ר"ת שחשש ללישנא בתרא ולא השביע א"כ יש דררא. והמהר"ם העיד שאף ר"ת חזר בו בסוף ימיו.

2. אם טוען 'יש לי בידך כנגדו כסות או כלים' - נאמן בהיסת. תוספתא שבועות פ"ה ה"ה; כדעת רוב הראשונים, ולא כמרדכי הסובר שאינו נאמן מטעם שנוקקין לתובע תחילה; ואין בזה משום מיגו ממון לממון כיון שאף הממון הזה יכול להיות פרעון על החוב והוא כממון אחד (ודלא כהג' מרדכי). ולא כבעל המאור שרק במלוה יכול לתפוס, ולא בפקדון שהרי מוציאו מרשות חברו. אלא שבפקדון אינו יכול להשבע היסת, אא"כ כפר בו חברו שהרי יכול לטעון נאנסו ולהיפטר.

וכן אם טוען 'מחלת לי' או 'נתת לי במתנה' - נאמן בהיסת.

3. טענות 'יש לי בידך כנגדו', 'מחלת לי' או 'נתת לי במתנה' - בעינן מיגו דלהד"מ או פרעתי, כ"כ הש"ך ודלא כמהרנא"ח הסובר שלא בעינן מיגו. אמנם, גם הש"ך מודה שנאמן לטעון מחלת או פרעתי כדי לחייב שבועת 'אשתבע לי דלא פרעתיך' כנגד שטר - אף בלא מיגו, משום שבכה"ג מספיקה אף טענה גרועה.

סעיף ח

(ע"ל ס' שו"ד ס"ה) מנה לי בידך שגזלתני, והלה אומר: לא היו דברים מעולם, משביעים אותו היסת. ואם הודה מקצתו, או שעד אחד מעיד שגזלו, משביעין אותו שבועת התורה.

1. שבועת היסת נתקנה אף כשתובעו שעשה דבר איסור, כגון גזלתני. כדעת רבינו מאיר, ודלא כרבינו שמחה שהובא במרדכי.

כמו כן לא אמרינן שאין בכה"ג טעם להשביעו, שהרי לדברי התובע הוא חשוד, כיון שאנו תולים שתפס מחברו בגלל יספק מלוה ישנה'. כ"כ תלמידי הרשב"א, ודלא כמיוחסות לרמב"ן.

2. אם טענו 'לקחת ממני ריבית' והוא כופר - משביעין אותו היסת, דאף בכה"ג תלינן שמשום ספק מלוה ישנה לקח ממנו ריבית. ואע"פ שלא מתקן הלאו בהחזרת הריבית, אך זה לא משמע לאינשי. כן הסתפקו תלמידי הרשב"א, וכתב הש"ך שכן הכריעו האחרונים.

סעיף ט

מנה לי בידך שהלויתך או שהפקדתי בידך, והלה אומר: איני יודע אם הלויתני או אם הפקדתי בידך, ישבע היסת שאינו יודע, ופטור. ואם בא לצאת ידי שמים, ישלם. ואפילו אם טען תחלה טענת ברי אין לך בידך, וכשחיבוהו לי שבע היסת חזר וטען: איני יודע אם הלויתני או אם הפקדתי אצלי, נשבע היסת שאינו יודע, ופטור.

מנה לי בידך שהלויתך או שהפקדתי בידך, והלה אומר: יודע אני שהלויתני מנה או שהפקדתי אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לאו, חייב לשלם, ואין התובע צריך לישוב אפילו שבועת היסת. אבל אם ירצה, יחריס חרם סתם על כל מי שנוטל ממונו שלא כדין. (ואם חזר אחר כך ואמר: נזכרתי שפרעתיך, נאמן בשבועה) (מרדכי פ"ק דכתובות משערי רב אלפס).

1. **אם תבעו בברי 'מנה לי בידך', והלה השיב 'איני יודע אם הלויתני' - נשבע היסת ונפטור, ואם בא לצאת ידי שמים ישלם.**

ב"ק קיח. במשנה: "האומר לחבירו גולתך, הלויתני, הפקדתי אצלי, ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך - חייב לשלם; אבל אם אמר לו איני יודע אם גולתך, אם הלויתני, אם הפקדתי אצלי - פטור מלשלם". ובגמ': "איתמר: מנה לי בידך, והלה אומר איני יודע - רב הונא ורב יהודה אמרי: חייב, ור"נ ור' יוחנן אמרי: פטור. רב הונא ורב יהודה אמרי: חייב, ברי ושמא - ברי עדיף; ר"נ ור' יוחנן אמרי: פטור, אוקי ממונא בחזקת מריה. תנן: אבל אם אמר לו איני יודע אם הלויתני - פטור; ה"ד? אילמא דלא קא תבע ליה, ורישא נמי דלא קא תבע ליה, אמאי חייב? אלא דקתבע ליה, וקתני סיפא: פטור מלשלם! לא, לעולם דלא קא תבע ליה, ורישא בבא לצאת ידי שמים. איתמר נמי, א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן: האומר לחבירו מנה לי בידך, והלה אומר איני יודע - חייב בבא לצאת ידי שמים". **וכתבו הראשונים שכיון שקי"ל כרב נחמן ור' יוחנן** שלא אמרינן ברי עדיף, א"כ המשנה מדברת כשתבעו ולכן רק כאשר אומר 'איני יודע אם פרעתיך' חייב לשלם. אמנם, גם הם מודים שבבא לצאת ידי שמים חייב לשלם דווקא באיני יודע אם פרעתיך, אך באיני יודע אם התחייבתי - פטור אף בבא לצאת ידי שמים (כ"כ הרא"ש).

2. **אפי' אם טען בתחילה בברי אני פטור, כשבא לישוב יכול לשנות דבריו ולומר שאינו יודע אם התחייב, וישבע שאינו יודע ויפטור.** כמובן, דווקא כאשר הוא באמת לא בטוח לגמרי, אך אם הוא יודע בוודאות, ונשבע שאינו יודע לכאן זה שבועה על שקר.

3. **האם מועילה תפיסה בעדים בבא לצאת ידי שמים?** הש"ך כתב בשם הריב"ש שלא, והעירו רעק"א והבית מאיר שזה תלוי במח' הפוסקים בכל הספיקות אם מהני תפיסה בטענת ברי.

4. **מה הדין כשחשב שחייב בדיני אדם ושלם, והתברר שחייב לצאת ידי שמים - האם מיקרי מחילה בטעות?** שו"ת בית יעקב - כן, קצות - לא, דניחא ליה דליקו בהימנותיה כלפי שמיא; וכ"ש לשיטת הריב"ש שטעות בדן לא מיקרי מחילה בטעות.

5. **אם תבעו 'מנה לי בידך', והלה משיב 'איני יודע אם פרעתי' - חייב לשלם.**

והתובע פטור אפי' מהיסת שהרי הנתבע טוען בשמא, ואין נשבעין על טענת שמא; כדעת הרמב"ם, התרומות והרשב"א בתשובה, **ודלא כשערי שבועות שפסק שנשבעין היסת אף בטענת שמא.** אך יכול הנתבע להחריס בסתם על הנוטל ממנו שלא כדין.

ד' טעמים מדוע איני יודע אם פרעתיך חייב: א. מדין ברי, כשמצטרפת אליו חזקת חיוב הוא נהיה נקודת המוצא שלנו (כעין ברי עם מיגו וחזקה). **ב. מדין חזקת חיוב,** כעין חזקה דמעיקרא (ט"ז). **ג. מדין חזקת חיוב,** שהמלוה מוחזק בעצם החוב, ולא מיקרי להוציא. ולכן יועיל אף בשמא ושמא (רשב"א). **ד. טענת שמא היא גרועה,** שהרי אדם צריך לדעת ואיננו מאמינים לו שאינו יודע (משנה למלך ונתיבות); ולכן בשמא טוב, דלא הוה ליה למידע - פטור מלשלם. וכן אם יהיה לו מיגו טוב (כגון הפה שאסר) - יפטור מלשלם.

6. אם אמר 'איני יודע אם פרעתיך', **וחזר ואמר 'נזכרתי שפרעתי' - פטור מלשלם,** כן פסק הרמ"א. **מדוע אינו חשוב כחוזר מחיוב לפטור?** הרי כשאמר שאינו יודע נתחייב לשלם!! דעת המהרש"ל שדין זה נכון רק אליבא דשערי שבועות שאף בהיסת נשבעין שמא, וא"כ מיירי כשחזר בו קודם שנשבע, שעדיין לא נתחייב לשלם; אך לדין אינו יכול לחזור בו. אולם, הגר"א (כאן) והש"ך (לקמן עט סעיף ט) ביארו שאף לדין פטור ואינו חשוב כחוזר מחיוב לפטור, כיון שאינו סותר טענתו הראשונה שאמר שאינו יודע ועכשיו נזכר, גר"א וש"ך. הקצות הביא ראייה לדבריהם

מדברי הרמ"ה (שנפסקו בסי' נט) שמלוה בשטר שטען שאינו יודע אם נפרע אינו גובה, אך אם אמר נזכרתי חוזר וגובה. אך התקשה מאי שנא מעדים שאמרו שאינם זוכרים שאינם יכולים לחזור ולטעון נזכרנו?! אך בטענו מתחילה 'אינו זוכרים עכשיו' כיון שיכולים לחזור ולומר נזכרנו, אף כאן פשיטא שבכה"ג יכול לומר נזכרתי. (ואולי יש לחלק בין עדות לטענה, שבעדות אנו מפרשים את דבריהם לחומרא, ולכן אם אמרו שאינם זוכרים אנו מפרשים שמעולם לא זכרו וכשאומרים נזכרנו הרי הם סותרים דבריהם הראשונים, אולם בטענה כיון שאפשר להעמיס באמירתו הראשונה שהוא לא זוכר עכשיו, ואין זה סותר דבריו, זה מועיל. וה' יאיר עינינו).

מה הדין כשנתחייב מדין 'מתוך' ואמר 'נזכרתי שפרעתי'? הקצות הסתפק בדין זה, וכתב שאולי דוקא ב'איני יודע אם פרעתי' יכול לטעון נזכרתי, כיון שחיובו אינו אלא כדי לצאת מספק גזל, אך כשמתחייב מדין 'מתוך' שחיובו מן הדין שוב אינו יכול לטעון נזכרתי!! ולא הכריע.

אולם, כשעד א' מעיד שחייב ואמר שאינו זוכר, ונתחייב מדין 'מתוך', אינו יכול לומר אח"כ נזכרתי; כיון שעד א' שלא הכחישוהו הרי הוא כשניים, ושוב א"א להכחישו אח"כ ע"י שבועה או ע"י עד אחר.

7. מה הדין כשספק הפרעון קודם להלוואה? הש"ך כתב שאף בכה"ג אמרינן שחייב לשלם, כיון נשברי ושמא ברי עדיף. הקצות הבין מדבריו שבשמא ושמא יהיה פטור, כיון שלא שייך כאן ברי עדיף; וחלק ואמר שאף בכה"ג חייב לשלם, כיון שכדי להיפטר בטענת יש לי בידך כנגדו - צריך מיגו (כמבואר בסעי' ז), וכיון שטוען שמא אין לו מיגו! וא"כ הוי איני יודע אם פרעתיך וחייב לשלם, והמלוה הוי איני יודע אם התחייבתי ופטור מלשלם. והנתיבות חלק וכתב שבשמא ושמא פטור מלשלם.

8. מה הדין כשהתעורר ספק במעשה הפרעון? דעת הט"ז? שפטור, כ'איני יודע אם התחייבתי'. **הבנת הקצות** - דווקא כשהספק התעורר לאחר הפרעון, כגון שנמצא מטבע מזויף, אולם אם התעורר הספק בשעת הפרעון, כגון ספק קרוב ללוה או למלוה (גיטין עח). חייב. דחזקת חיוב היא כעין חזקה דמעיקרא, ולכן ברישא כבר אין לה מה לומר, אולם בסיפא היא עדיין רלבנטית. **הבנת התומים** - לעולם פטור, אף כשהספק התעורר בשעת הפרעון, כיון שודאי לנו שנעשה מעשה פרעון, שוב אנו מסופקים אם יש משמעות לח"ח. **ברשב"א גיטין עח. מבואר כקצות**, שבסיפא יש לח"ח מה לומר, אלא שלשיטתו בכה"ג יחלוקו, כיון שח"ח היא כעין חזקת ממון, וממילא יש לנו ספק מי המוחזק. **דעת המהרשד"ם** (שו"ת סי' פ) שחייב, כמו כל 'איני יודע אם פרעתי', והסכים עמו הש"ך בסי' רלב (ס"ק טו).

סעיף י

לא תבעו אדם, אלא מעצמו אמר לחבירו: הלוינני, או: הפקדת אצלי, או: גזלתך ואיני יודע אם החזרתי לך, פטור. ואם בא לצאת ידי שמים, חייב לשלם. אבל אם אמר: איני יודע אם הלוינני או אם הפקדת אצלי או אם גזלתך, הואיל ובלא תביעת אדם אמר כן, פטור אף לצאת ידי שמים.

1. אם לא תבעו, ואמר איני יודע אם פרעתי - פטור מלשלם, אך חייב לצאת ידי שמים. ואם אמר איני יודע אם נתחייבתי - פטור אף לצאת ידי שמים. כן מבואר בגמ' ב"ק קח. שהובאה בסעיף הקודם.

2. באיזה אופן מדובר? ט"ז - דוקא כשהשני טוען 'ברי לי שלא פרעת מעולם, אך איני יודע אם נתחייבתי', אך כשהשני ג"כ טוען שמא - פטור אף לצאת ידי שמים. **והש"ך** לקמן בסעיף יח הביא שיש חולקים ואומרים שאף כשהשני ג"כ שמא - חייב לצאת ידי שמים. וכן מסתבר לענ"ד.

3. מה הדין כשהשני טוען 'ברי לי שלא פרעת, אך איני יודע אם נתחייבתי'? ט"ז, ש"ך ונתיבות - פטור מלשלם. **תומים** - חייב לשלם, דהוי כטוענו ברי ע"פ אחר, וברי ושמא פרעתי - חייב. והנתיבות תירץ שלא דמי להתם, דטענת שמא היא טובה אלא שחיישין למשקר ולכן חייב, אך כאן שהוא מעצמו הודה וחברו אינו זוכר יש לו הפה שאסר ונאמן ופטור. ואפשר לתרץ עוד (ע"פ הנתיבות ס"ק ח) שברי ע"פ אחר מהני רק לחייב שבועה אך לא לחייב ממון, דהוי טענה גרועה.

סעיף יא

אמר ליה: חייב אני לך מנה, והלה אומר: ודאי לי שאינך חייב לי כלום, פטור, אף על פי שיודע בודאי שהוא חייב, דהוי כאילו מחל לו.

1. אמר לחברו חייב אני לך מנה, והלה משיב ודאי לי שאינך חייב לי כלום - פטור אף לצאת ידי שמים, ואע"פ שיודע בודאות שהוא חייב לו - שהרי זה כאילו מחל לו. כ"כ הטור בשם המהר"ם, והב"י בשם המרדכי. ומקורם מב"ב קלה. שאם האחים אמרו על אחד שאינו אחיהם, אינם יורשים אותו. וכן כתב רש"י לגבי טענו חיטים והודה לו בשעורים שפטור מדמי שעורים מדין מחילה.

2. **האם צריך לומר 'ודאי לי' סמ"ע** - כן, דדוקא בכה"ג תלינן שמחל לו. **ש"ך, ט"ז** - לא, אלא בכל ענין תלינן שמחל לו.

3. **האם מועילה טענת טעות? סמ"ע, ש"ך וט"ז** - לא. **ב"ח** - כן.

סעיף יב

מנה לי בידך שהליתך, והלה אומר: איני יודע אם הליתני, ועד אחד מעיד שהלוהו, או שאמר (הנתבע): איני יודע אם פרעתך, הוה ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם.

1. **התובע לחברו 'מנה לי בידך' והלה משיב איני יודע, והביא עד א' שהלוהו - חייב לשלם.**

א. **כאשר טען איני יודע אם לויתי - חייב מדין 'מתוך שאינו יכול לישבע משלם'**, שהרי הוא מחוייב לישבע להכחיש העד שלא לוה, אך כיון שאינו יודע אינו יכול להשבע להכחישו, וישלם.

דין זה נלמד מ'נסכא דר' אבא' (ב"ב לג:): "דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה, אתא לקמיה דרבי אמי, הוה יתיב ר' אבא קמיה, אייתי חד סהדא דמיחטף חטפא מיניה, אמר ליה: אין, חטפי ודידי חטפי; אמר רבי אמי: היכי נדייננה דייני להאי דינא? לישלם, ליכא תרי סהדי! ליפטריה, איכא חד סהדא! לישתבע, הא אמר מיחטף חטפה, וכיון דאמר דחטפה - הוה ליה כגזלן! אמר ליה רבי אבא: הוי מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע, וכל המחוייב שבועה שאינו יכול לישבע - משלם". ואע"ג שרב ושמואל חולקים על דין זה וסוברים שפטור משלם (כמבואר בשבועות מז.), פסקו הר"ף והרמב"ם ורוב הראשונים הלכה כר' אבא, חוץ מרב האי גאון שפסק כרב ושמואל.

ב. **כאשר טען איני יודע אם פרעתי - חייב**, שהרי לעולם באיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם וכמו שנתבאר לעיל בסעיף ט, ואף אם לא היה כאן עד. וקשה מדוע השו"ע והטור כתבו שאף במקרה זה חייב מדין מתוך? א. **תירוץ הש"ך** - מייירי כשטוענו ברי ע"פ העד, ולכן החיוב הוא רק מדין מתוך ולא מדין ברי עדיף. ב. **תירוץ הכנה"ג** - לולי העד היה חייב לשלם, אך היה יכול לחזור בו ולומר 'נזכרתי שפרעתי'. אך עתה שיש עד א', יתחייב לשלם מדין 'מתוך' אף אם יאמר 'נזכרתי שפרעתי', דכיון שהעד העיד בתחילה ולא הכחישו התקבלה עדותו כשניים, ושוב אינו יכול להכחישו. ג. **תירוץ הקצות** - מדובר במקרה בו טוען 'איני יודע אם לויתי, ואף אם לויתי אולי פרעתי', בכה"ג א"א לחייבו מדין 'שמא פרעתיך', אך כיון שיש עד א' שלוח חייב לשלם 'ממה נפשך': על הצד שלא לוה - חייב לשלם שהרי יש עד א' שלוח ואינו יכול להשבע נגדו; ועל הצד שאולי פרע - חייב לשלם מדין 'שמא פרעתיך'. (אמנם, הכנה"ג חולק בזה וס"ל שבכה"ג פטור משלם. וטעמו נראה שעל הצד שלא לוה, אע"פ שיש עד א' שלוח, אך סו"ס הוא טוען אולי פרעתי והעד לא רלוונטי נגדי. ומאידך אין לחייבו מדין 'שמא פרעתיך' כיון שאין כאן חזקת חיוב, שהרי עד א' לא יוצר ח"ח).

סעיף יג

מנה הליתך 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 זזה 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: לויתי ופרעתי, בכל אלו הוה ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם. הגה: אבל במקום שיכול לומר: פרעתי, או: החזרתי, לא אמרינן הוה ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, דנאמן במגו. כן הסכימו האחרונים ז"ל (המגיד פ"ד דטוען וריב"ש סוף סימן שצ"ב).

1. **טענו 'מנה הליתך' והביא עד אחד שהעיד שלוח ולא פרע - והלה טוען פרעתיך - נאמן בשבועה.**

אך אם **טוען טענת פרעון שאינו נאמן בה אלא מכח מיגו**, והעד מעיד שלא פרעו, **חייב לשלם מדין מתוך**, דהוי מיגו דהעזה שאינו רוצה לישבע להכחיש העד.

התקשו האחרונים, שמפשט השו"ע משמע שאף כשטוען פרעתיך ממש חייב לשלם, ומדוע? הרי אם העד אינו יודע בפרעון נאמן לטעון פרעתי בלא שבועה, ואם מעיד שלא פרע - נאמן בשבועה נגד העד? **לכן העמידו שמיירי בטענת פרעון שאינו נאמן בה בלא מיגו**; כגון: יש לי בידך כנגדו, מחלת לי, נתת לי במתנה, או פרעתי בתוך זמני דבכל אלו בעינן מיגו דפרעתי, וכיון שהעד מעיד שלא פרע - הוי מיגו דהעזה, שהרי אינו רוצה להעזיז פניו להכחיש העד, ולכן טוען טענות אחרות - ואינו נאמן (כ"כ הש"ך והסמ"ע). או דמיירי באופן שהוחזק כפרן, כמו בסמוך.

אם אין העד מעיד שלא פרעו, נאמן בטענת יש לי בידך כנגדו או מחלת **במיגו דפרעתי**. ואע"ג דק"ל שאין מועיל מיגו נגד עד א', וכאן הלא בעינן מיגו? כבר ביארו האחרונים שמיגו דפרעתי או החזרתי מועיל נגד עד, כיון שהוא אומר שבעצם העד לא רלוונטי, שהרי אף נגד ב' עדים נאמן לטעון פרעתי, ונמצא שהעד כלל אינו מחייבו שבועה. ודווקא

מיגו להכחיש את העד לא אמרין, כמו בנסכא. והסמ"ע כתב שדין זה אינו נכון אליבא דסוברים שאינו נאמן במיגו נגד ע"א, ותמה עליו הש"ך שהרי מבואר בדבריהם שאף הם מודים לדין זה וכמו שביארנו.

2. כפר בכל, ובא עד א' שלוח, וחזר וטען לויתני ופרעתי - חייב לשלם, כ"כ הרמב"ם (מלוה ולוה פ"ד הי"א, טו"ז פ"ד ה"ט). וטעמו מפני שכאשר טען בתחילה 'לא לויתני' ובא עד א' הרי הוא כאומר 'לא פרעתי', ושוב אינו נאמן נגד העד בטענת 'פרעתי'. ומאידך אינו יכול להשבע נגדו להכחישו בטענת 'לא לויתני', שהרי חזר בו והודה שפרע, ונמצא שהוא מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם. **אולם, הרשב"א** בתשובה (ח"ב סימן רו) חלק עליו **וכתב שבכה"ג אם חזר וטען לויתני ופרעתי נאמן**, כיון שאין העד מחייבו שבועה בכה"ג, שהרי אף ב' עדים אינו חייב לשלם מכח עדותן שהרי אינם יודעים אם פרע, אלא מחמת שהחזק כפרן על ידי עצמו, וכיון שבעד א' לא הוחזק כפרן, א"כ הרי זה כמי שטוען פרעתי נגד עד שאינו מחייבו שבועה. וצ"ל שנחלקו בשאלה מדוע אדם אינו יכול לחזור ולטעון, שלדעת הרשב"א רק מכיון שהחזק כפרן אינו יכול לשנות טענותיו, וכאן שלא הוחזק כפרן יכול לשנות טענותיו. אולם, לדעת הרמב"ם אינו יכול לשנות טענותיו, כיון שהטענה הראשונה חייבה אותו בדיון, ונמצא שאע"פ שלא הוחזק כפרן אינו יכול לחזור ולטעון פרעתי, ונמצא שהעד מחייבו שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם.

3. מה הדין כשטוען פרעתי והעד מעיד שהוא תוך הזמן וחזקה אין אדם פורע תוך זמנו ואינו נאמן שפרע, **והלה מכחישו? סמ"ע - חייב לשבע להכחיש העד. קצות - נאמן בלא שבועה**, דבכה"ג לא חשיב דררא דממונא, שהרי העד אינו יודע אם פרע אם לאו, אלא שטוען שיש ראייה שהוא לא פרע שהרי זה תוך הזמן.

ממילא, נפק"מ מה הדין כשמודה לעד שהוא תוך זמנו, אלא טוען פרעתי תוך זמני, האם נאמן במיגו שהיה מכחיש את העד? לשיטת הקצות כן, שהרי אם היה מכחישו לא היה חייב שבועה, א"כ גם כשמודה לו אין כאן דין מתוך. לשיטת הסמ"ע חייב לשלם, שהרי מחויב לישבע להכחישו ואינו יכול לשבע שהרי מודה לו שהוא תוך זמנו. ומדברי השו"ע משמע כסמ"ע, שכתב "או שהוא מעיד שהוא תוך זמנו".

טענו: חטפת חפץ, ויש לו עד אחד שחטפו, והוא אומר: ודאי חטפתי אבל שלי הוא, הוה ליה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם. הגה: י"א דוקא כהאי גוונא, שהעד מעיד שלא בא לידו בתורת משכון. אבל אם מעיד שבא בידו בתורת משכון, ואינו זוכר כמה הלוח עליו, המלוה נאמן בשבועתו לומר כמה הלוח עליו, ולא אמרין הוה ליה מחויב שבועה וכו', הואיל ובא לידו בדיון (הרשב"א בתשובה סי' אלף מ', וסי' תתקצ"ח). ויש חולקין (הרמב"ן בתשובה סי' פ"ד), וכמ"ש לעיל סי' ע"ב סי"ח.

4. נסכא דר' אבא: טענו חטפת חפץ ויש לו ע"א שחטפו, והלה טוען 'אין חטפי ודידי חטפי' - חייב לשלם מדין מתוך.

מדוע אינו נאמן בשבועה, במיגו שהיה טוען לא חטפתי והיה נשבע להכחישו? ג' תירוצים: א. תירוצ' ר"י - אין כאן מיגו, דהוי מיגו דהעזה, דאינו מעיז להכחיש העד בשבועה. **ב. תירוצ' ריב"ם - אע"פ שיש לו מיגו**, אך התורה אמרה שכאשר יש ע"א צריך או להשבע או לשלם, וכיון שלא נשבע חייב לשלם. (משא"כ במיגו דנאנסו, דכיון שטוען החזרתי לא חל עליו חיוב שבועה, אך כאן החיוב כבר רובץ עליו מכח העד). וכן מבואר בשטמ"ק בשם תוס' הרא"ש, וברבינו יונה. **ג. תירוצ' הר"ן והרמב"ן - עד אחד הרי הוא כשניים** (כל זמן שלא נשבע להכחישו), ומיגו במקום עדים לא אמרין. (הש"ך הבין את ריב"ם כר"ן והרמב"ן). **הקצות תירץ** שכיון שהעד ראה החטיפה, א"כ מול העד אין לו מיגו, שהרי מבחינתו הוא גזלן גמור, ונמצא שהעד מעיד לבי"ד שהוא גזלן וליכא מיגו.

אמנם, גם לשיטת הסוברים שמיגו לא מועיל נגד עד א', היינו רק כשהטענה המיגויית מכחישה את העד; אולם, כשיש לו מיגו דפרעתי או החזרתי, דהיינו שאינו מכחיש העד, אלא טוען שהעד אינו רלוונטי, מהני מיגו לטעון טענה אחרת שאף היא אינה מכחישה את העד (כגון דידי חטפי במיגו דהחזרתי) וכן מפורש בדברי הר"ן והרמב"ן.

אמנם, בדברי הש"ך לעיל בסעיף יב (סי"ק לד) מבואר שמועיל מיגו אף להכחיש את העד, כגון בטענת 'לא לויתני' מיגו דפרעתי, וכן הביא שם בשם המב"ט והמהרש"ם. אולם, הקצות שם דחה דבריו וכתב שלהכחיש עד לא מהני מיגו כלל. את דבריהם אפשר להסביר ע"פ שיטת ר"י שעקרונית מועיל מיגו נגד עד, אלא שזה מיגו דהעזה, ובכה"ג לא הוי העזה שהרי הוא מעיז ומעיז. ונראה שהש"ך חושש לשיטת ר"י לכל הפחות שלא להוציא ממוחזק, ולכן אצלנו הוא הביא את ב' השיטות, ושם משמע ממנו שמהני.

מנה לי בידך, אין לך בידי אלא חמשים והשאר איני יודע, מתוך שאינו יכול לישבע, משלם; והתובע אינו צריך לישבע, אלא אם ירצה הלוח יחרים סתם על מי שנוטל ממונו שלא כדין. אבל אם השיבו: חמשים לויתני ממך ופרעתיך וחמשים האחרים איני יודע אם לויתני אם לאו, ישבע היסת שפרע החמשים ושאינו יודע מהחמשים שתבעו בהם.

5. מודה במקצת, שאינו יכול לשבע כגון שאינו יודע - משלם.

דווקא במקרה שאומר חמישים אני חייב וחמישים אני יודע, אולם אם טען חמישים אני חייב וחמישים אני יודע אם התחייבתי- בכה"ג לא הוי מודה במקצת, ונשבע היסת ונפטר.

סעיף יד

לא אמרינן מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע משלם, אלא בשבועה דאורייתא. אבל אם מן התורה הוא פטור משבועה, אף על פי שמדברנן חייב, לא מקרי מחוייב שבועה.

1. דין מתוך שיך רק בשבועה דאורייתא, אך לא כשחייב שבועה דרבנן. כ"כ הטור בשם הרמ"ה, וכגון כשמודה במקצת שכפר בפחות מבי' כסף, או שאין שם דבר שבמידה במשקל ובמנין, או שלא הודה ממין הטענה, או שאמר הילך. וכן בדברים שאין נשבעין עליהם, כגון עבדים, שטרות וקרקות.

הגר"א הפנה לתוס' ב"מ ג' ד"ה בכלי שכתבו כן, והביא ראיה מב"מ צז': שהביאה את דברי רב נחמן האומר שכופר בכל פטור מלשלם אף בטענת איני יודע, ואע"פ שבזמן רב נחמן כבר נתקנה שבועת היסת, ולא אמרינן כיון שאינו יכול לישבע היסת - ישלם. מוכח שאין משויל"מ בשבועה דרבנן.

2. עד אחד אינו מחייב שבועה, במקרה שאם היו שניים לא היו מחייבים אותו ממון. כ"כ הטור בשם הרמ"ה והביאוהו הש"ך והקצות כאן.

וקשה הרי לגבי דין 'שכיר', כשיש ע"א ששכרו ובע"ה אומר פרעתי - חייב לישבע שבועת התורה, והרי אם היו שניים לא היו מחייבים אותו ממון אלא היה דין השכיר נשבע ונוטל! **א. תירוצ' הש"ך** - הכוונה שחייב שבועה חמורה כעין של תורה דהיינו בנק"ח, דכיון שאם היה כופר בעד היה חייב שבועת התורה, תיקנו חכמים שאף כשמודה שפרע - ישבע בעה"ב כעין של תורה (דהיינו בנק"ח) ויפטר. ולא פטרו אלא כשיש לו מיגו דלהד"מ. **תירוצ' הקצות ורעק"א** - חייב שבועה כדי שיהיה לו מיגו. דחכמים אמרו שטענת פרעתי בשכיר אינה טענה אלא במגו דלהד"מ, וכדי שיהיה לו מיגו חייב לישבע שבועת התורה, שהרי בטענת להד"מ היה חייב שבועה להכחיש העד מדאורייתא.

סעיף טו

יש אומרים דלא אמרינן בשבועה הבאה על ידי גלגול מתוך שאינו יכול לישבע משלם, בין שלא היה יכול לישבע על עיקר שבועה הבאה עליה גלגול וצריך לשלם, (אלא ישבע כו' על הגלגול או מהפכה על שכנגדו) (טור), בין שיכול לישבע על עיקר השבועה ושעל ידי גלגול אינו יכול לישבע. וי"א שכיון שנתחייב שבועה מן התורה על הכפירה, והוא טוען על הגלגולים: איני יודע, קרינן ביה שפיר מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע, ומשלם.

1. **האם יש דין 'מתוך' בשבועה שבאה ע"י גלגול?** י"א שלא שאע"פ שגלגול שבועה דאורייתא (נלמד מסוטה), אך אינו חמור ממש כמו עיקר השבועה. כן דעת הרא"ש, הרמ"ה, הראב"ד ובעל המאור. וי"א שכן שהרי גלגול שבועה דאורייתא, ובדאורייתא אמרינן מתוך שאינו יכול להשבע משלם. כ"כ התוס', והרמב"ן והרב המגיד, וכתב הנמוק"י שכן הסכימו האחרונים. **ומשמע שכן פסק השו"ע דהוי י"א בתרא, אולם לקמן בסי' צד משמע שפסק שלא אמרינן מתוך.**

משנה ב"מ צז. "השואל את הפרה, שאלה חצי יום ושכרה חצי יום וכו' המשאיל אומר: שאולה מתה וכו' והלה אומר: איני יודע - חייב". והקשו בגמ' על רב נחמן הסובר שלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף להוציא ממוחזק!! ואוקמינן שמדובר שיש עסק שבועה ביניהם (כגון שמסר לו ב' פרות וכו'). **והקשו הראשונים מדוע לא העמדנו בפשטות שמירי שטוענו 'אשתבע לי מיהת דכדרכה מתה', ואגב זה מגלגל עליו שבועה שהשכורה מתה וכיון שאינו יכול לשבע על הגלגול - ישלם!! תירוצ' התוס'** שאין מגלגלין אלא כשהנתבע טוען ברי ולא שמא (ובמציעתא שהנתבע טוען שמא מייר שמאמינו). **ובנמוק"י תירוצ' שמירי** כשידוע שמתה כדרכה כגון שיש עדים או שהמשכיר היה שם. **אולם, הרא"ש תירוצ'** שאין דין מתוך בשבועה הבאה ע"י גלגול, ולכן לא העמידה הגמ' את המשנה בגלגול.

הנמוק"י הביא ראיה לשיטתו מהמשנה בדף ק. "היו לו שני עבדים, אחד גדול ואחד קטן וכו' הלוקח אומר: גדול לקחתי, והלה אומר: איני יודע - זכה בגדול". והקשינו בגמ': "אמאי ישבע? מה שטענו - לא הודה לו, ומה שהודה לו - לא טענו! ועוד: הילך הוא! ועוד: אין נשבעין על העבדים! - אמר רב: בטוענו דמי וכו'. ושמואל אמר: בטוענו כסות וכו'". וביארה הגמ' שהכוונה שטוענו עבד בכסותו, שנשבע על הכסות מדין מוב"מ ומגלגל שבועה על העבד. וקשה, הרי אין דין מתוך בגלגול! אי"כ אע"פ שאת דמי הכסות יצטרך לשלם שהרי טוען איני יודע והוי מתוך, אך את דמי העבד לא!! אלא מוכח שאף על הגלגול אמרינן מתוך! **הפנ"י כתב שהראשונים החולקים יתרוצו** שבכה"ג שאף על עיקר השבועה טוען שמא ויש דין מתוך אמרינן מתוך אף בגלגול, אך כשעל עיקר השבועה טוען ברי אין דין מתוך על הגלגול². **אולם, לשיטת**

² צ"ע, הרי הרא"ש כתב "אבל בשבועה הבאה על עיקר גלגול ולא על עיקר טענתו לא החמירו כולי האי וכו' ואע"ג דגלגול שבועה דאורייתא, מחויב שבועה ואינו יכול לשבע משלם ילפינן מ"שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין וכו' הלכך אין

הסמ"ע והש"ך לקמן (בסעיף 2) נצטרך לומר שאין הכי נמי אינו חייב לשלם דמי העבד, והמשנה דיברה רק על הכסות (כ"כ הגר"א).

2. מה הדין כשעל עיקר השבועה אינו יכול לישבע, ועל הגלגול טוען ברי או שמא?

שו"ע (סי' צד סעי' ז) - מח' ראשונים: דעת הרא"ש - בכה"ג אין שבועה כלל, שהרי לא חייב לו שבועה אלא תשלומים. **דעת בעל התרומות** - יש דין גלגול, וחייב לישבע שבועת התורה על הגלגול, ולשלם על עיקר השבועה. וחלקו עליו הסמ"ע והש"ך וכתבו שלא פליגי, אלא כולם מודים לרא"ש שאין בכה"ג שבועה כלל.

וכתב הגר"א - שדעת התרומות היא מפני שסובר שלא אמרינן מתוך על הגלגול, ולכן ישבע ויפטר. **אולם, לדעת החולקים** וסוברים שאמרינן מתוך על הגלגול, **א"כ בכה"ג דין הגלגול כדין עיקר השבועה, ולכן אע"פ שטוען ברי על הגלגול ויכול לישבע עליו - ישלם מדין מתוך, כיון שאת עיקר השבועה אינו יכול לישבע.** וזהו חידוש עצום!! שהרי הוא יכול לישבע על הגלגול, וא"כ מדוע שישלם!! וצריך לומר שהגלגול אינו דבר נוסף חוץ מהשבועה הראשונית, אלא הרי הוא מצטרף לשבועה הראשונה ונהיה חלק ממנה, וא"כ כיון שאינו יכול לישבע חצי מהשבועה אינו יכול לישבע גם את שאר השבועה! **(הקצות כתב בשם הפנ"י שהבאנו לעיל, שכאשר טוען שמא על עיקר השבועה ועל הגלגול - יש דין מתוך אף על הגלגול לכו"ע, והגר"א לא כתב כן אלא לדעת הי"א שיש דין מתוך בגלגול תמיד. ויש להסתפק האם אמר זאת רק כשטוען שמא על טענת הגלגול, אך אם טוען ברי ישבע על הגלגול ויפטר ודלא כגר"א, או שמא יודה לו שהרי נראה שטעמו הוא מפני שהגלגול הולך אחר העיקר, ולכן כיון שהעיקר דינו מתוך כך גם יהיה דינו של הגלגול בכל ענין כגר"א, וצ"ע).**

סמ"ע, ש"ך, ב"ח - בכה"ג אין כלל דין גלגול, אלא דינו כדין תביעה חדשה, דכיון שאינו נשבע לא שייך לגלגל; וישבע היסטר ויפטר, וכן הסכים הקצות. **ולכן בכה"ג לא שייכת מח' הראשונים הנ"ל.**

סעיף טז

התובע ליורש הלוה מלוה על פה, לא שנא אם אמר היורש: איני יודע אם לוח אם לאו, ויש עדים שלוה; לא שנא אמר: איני יודע אם פרע אם לא; לא שנא אמר: חמשים ידענא וחמשים לא ידענא; פטור אפילו בלא שבועת היורשים, אלא שמחרים סתם על כל מי שיודע שמורישו חייב לו כלום. אבל אם הודה בחמשים וכפר בחמשים, שאמר: חמשים חייב לך ולא יותר, הרי הוא כשאר מודה במקצת, ונשבע שבועה דאורייתא.

1. התובע ליורשים מלוה על פה - אם אמרו איננו יודעים בין אם טענו 'איננו יודעים אם לוח', ובין אם 'איננו יודעים אם פרע' - **פטורים** שהרי אין כאן חזקת חיוב כיון שעל הצד שאביהם פרע - מעולם לא התחייבו לשלם, אמרי ברוך; או משום שיש להם שמא טוב שהרי לא הוה להו למידע, גר"א וסמ"ע.

2. ואינם צריכים לישבע שאינם יודעים. נחלקו בדבר הראשונים, **דעת הרא"ש ובעל העיטור**, ששבועה שלא פקדנו אבא' ניתקנה רק כשבאים היורשים ליטול, אך כשטוענים להיפטר אף היסטר אינם צריכים, וכן **פסק השו"ע**. אך **דעת הרי"ף והר"י ברצלוני** שצריכים לישבע שבועת היורשים: 'שלא פקדנו אבא'.

2. אין ביורשים דין 'מתוך', ולכן אם אמרו חמישים ידענא וחמישים לא ידענא - פטורים.

שבועות מז. "דתני רבי אמי: שבועת ה' תהיה בין שניהם - **ולא בין היורשים**; היכי דמי? אילימא דאמר ליה: מנה לאבא ביד אביך, ואמר ליה: חמשין אית ליה וחמשין לית ליה, מה לי הוה ומה לי אבוהא! אלא לאו דאמר ליה: מנה לאבא ביד אביך, אמר ליה: חמשין ידענא וחמשין לא ידענא וכו'".

נחלקו הראשונים בשאלה האם דין זה נכון גם בשאר מצבים בהם 'לא הוה ליה למידע'? **תוס' (ב"ק מו.) והרא"ש (ב"ק פ"ו סי' טז)** כתבו שהטעם של דין זה הוא מפני שלא הוה להו למידע ולכן הם פטורים, ודוקא האב שהיה לו לדעת אם הוא חייב או פטור, ממילא הטענה שלו נראית כרמאות ולכן הוא חייב לשלם. נמצא שדין זה נאמר לגבי יורשים, אבל הוא בא ללמדנו יסוד לכל אדם שלא הוה ליה למידע. **אולם, הרמב"ם** חלק וסבר שדין זה נאמר רק לגבי יורשים, אבל שאר אדם אע"פ שלא הוה ליה למידע - חייב לשלם מדין 'מתוך'. וטעם הפטור ביורשים, ביאר הקצות מפני שטענינן להו כל מה דמצי טעין אבוהון, וכיון שאביהם יכל לטעון פרוע, הרי זה כאילו הוא טוען ברי וממילא אין כלל חיוב שבועה. ועיין בהרחבה בדין זה בסימן עב סעי' יב, בש"ך שם באורך.

לנו אלא כיוצא בזה שנחייב שבועה על עיקר טענתו. ומשמע שזהו דין מוחלט, ששבועה הבאה ע"י גלגול היא חלשה יותר מהשבועה העיקרית, וא"כ מה זה משנה האם טוען ברי או שמא על עיקר השבועה!!

3. אם היורש טוען ברי - חמישים אית לך וחמישים לית לך - חייב לישבע שבועה דאורייתא לי הוא מה לא אבוה. ואם פיקח הוא - יטען איני יודע ויפטר אף מהיסת, וליכא בזה משום 'מדבר שקר תרחק'; ש"ך.

כתב הר"ן שדווקא כאשר התובע טוען: ברי לי שאתה יודע שאביך חייב לי, אך בלאו הכי פטור משבועה דמשיב אבידה הוא. **אולם, הש"ך חלק וכתב** שמסתמת הטושי' נראה **שבכל ענין חייב** שבועת מוב"מ, ואינו חשוב כמשיב אבידה, כיון שהוא לא רוצה לטעון 'איני יודע' כדי לא להיראות לא טוב (וכמו שכתב הר"ן עצמו שאין מיגו דאיני יודע). ויותר מזה היה נראה לו, שכאשר היורש תובע ברי לי שאתה יודע שאביך חייב, והלה משיב 'חמישים ידענא' וחמישים לא ידענא' חייב לשלם מדין מתוך, והפטור של יורשים ממתוך לא נאמר אלא כשתובעו בשמא. אלא, שלדינא כתב שמדברי הראשונים לא נראה שחילקו בכך, אלא שבכל ענין שהיורש טוען שמא לא אמרין בו 'מתוך', אך לכל הפחות חייב היסת. (וקשה דלקמן בסעי' כ ס"ק עה סתם דברי עצמו, וכתב לדינא דבכה"ג נשבע שבועת התורה!! וכתבו שם האחרונים שהעיקר לדינא כמו שכתב כאן).

סעיף יז

כל טענת ספק אין משביעין עליה כלל.

כיצד, אמר לו: כמדומה לי שיש לי אצלך מנה, או: מנה שהלוייתי לך כמדומה לי שלא פרעתני, פטור אף משבועת היסת, ואפילו לצאת ידי שמים אינו מחוייב, כיון שתובע אומר: שמא, והנתבע אינו מודה לו, ואומר: ברי. (כלומר כיון שתובע שמא - אין חיוב שבועה, וכיון שהלה כופר בבירי אין חיוב לצאת ידי"ש, כך ביארו הסמ"ע, ש"ך, גר"א).

וכן אם אמר לחבירו: נתחייבת לי מנה מפני שהודית לי שלקחת משלי אבל לא היתה ההודאה בעדים, אין זה טענת ברי, שאין זה יודע שחייב לו אלא בהודאת פיו, והודאה שלא בעדים או אפילו בעדים ולא אמר: אתם עדי, אינו כלום, שיכול לומר: משטה אני בך. אבל אם טען לחבירו: הודית לי מעצמך שאתה חייב לי כך וכך ואמרתי לעדים: אתם עדי או אתה אמרת: אתם עדי, ואין העדים כאן, זהו טענת ברי ויכול להשביעו היסת שלא אמר לעדים: אתם עדי. ואם יהפכנה עליו, ישבע הטוען שהודה לו באתם עדי ויטול.

הגה: וי"א דמשביעין היסת על טענת שמא כשיש רגלים לדבר, כגון שהיה שמעון בבית ראובן ומצא ראובן תיבתו פרוצה וניטל ממנה מה שהיה בתוכה, והוא חושד שמעון, יכול להשביעו היסת (מרדכי פ' הדיינים ותשובת מיימוני סוף קנין ס"ו); וכן נראה לי להורות (צ"ע דבתשו' מיימוני שם קאי אבא ליטול וכדלקמן ס' צ"א ס"ג בהג"ה ואין עניינו לכאן ע"ש).

1. **אין משביעין על טענת ספק.** כ"כ הרמב"ם (טו"כ פ"א ה"ז), וכתב ה"ה שלמדו כן מטעמו של רב נחמן בשבועת היסת 'חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו עליו', דזה לא שייך אלא בטוען ברי, ונמצא שבשמא לא נתקנה היסת. **הגר"א הפנה** לרש"י בב"מ כו: שלמד **מהמשנה בשבועות מו**. "ואלו נשבעין שלא בטענה (היינו בטענת שמא כמפורש בגמ' שם) השותפין, והאריסין, והאפוטרופין, והאשה הנושאת והנותנת בתוך הבית, ובן הבית", שדווקא אלו נשבעין בטענת שמא ולא אחרים; ולמד משם רש"י הנ"ל שאפי' היסת אין נשבעין בשמא.

2. **האם משביעים היסת בטענת שמא, כשיש לתובע רגלים לדבר?** מסתימת השו"ע משמע שאף בכה"ג אין משביעין, אולם הרמ"א פסק שבכה"ג משביעין היסת דחשיב כטענת ברי. וכתב הסמ"ע שבכה"ג אין יכול הנתבע להפך השבועה על התובע, כיון שהתובע לא יכול להישבע (שהרי אינו ברי) ודמי לחשוד. ועיין בזה עוד בסעיף 6.

נחלקו בדבר הראשונים: דעת הרא"ש - שכאשר יש רגלים לדבר, ונראה בעיניו כטענה ודאית - מיקרי טענת ברי, ומשביעין עליה היסת. כן הוכיחו מהסוגיא של יראה סלע שנפל משנים' (ב"מ כו. -), שאין המאבד מתייאש כיון שהוא חושב בליבו שיתבע את חברו וישביעו היסת על כך שלקח ממנו את הסלע, אע"פ שהוא לא יודע בודאות שחברו מצא. **וכן פשט דברי רש"י** שם בפירוש הסוגיא. אולם, התוס' שם פירשו שאין הכוונה שיתבעו לדיו, אלא שיביישו ברבים עד שיחזיר לו, אך אינו יכול להשביעו כיון שזה טענת שמא. (אמנם כתבו שאפשר ליישב שכיון שהוא בטוח שזה חברו, חשיב כטענת ברי; אך דחו פירושו מסיבה אחרת, כיון שבימי בר קפרא עדיין לא נתקנה שבועת היסת). **אך בעל התרומות בשם הרב אברהם ב"ר יצחק, והמרדכי בשם רבינו ברוך, וכן פשט הרמב"ם**, כתבו שאין זה מוגדר כטענת ברי אלא כטענת שמא, שהרי הוא לא יודע זאת בודאות. **הש"ך נקט לדינא** שאין זה מוגדר כברי, **אך כתב שאף החולקים מודים שכשהבי"ד רואים את הרגלים לדבר - יכולים להשביע**. ודווקא כשהוא טוען שיש לו רגלים לדבר אין משביעין. **והפתי"ש הביא בשם הרדב"ז** שכאשר הבעל דין טוען שיש לו רגלים לדבר בכה"ג לא חשיב טענת ברי, **אולם אם הוא טוען בבירי** כיון שיש לו רגלים לדבר - משביעין אותו; וכך רצה לבאר דברי הרמב"ם ליישב קושיית הש"ך על הבי"י.

3. אם טען 'כמדומה לי שהלוייתך' והלה טוען פרעתי, והתובע אומר ברי לי שלא פרעת - חייב לישבע היסת. כ"כ הש"ך בשם המבי"ט, ואינו חשוב כמשיב אבידה, כיון שהלה תובעו בשמא (ודלא כסי' פח סעי' לב דפטר מהיסת, כיון שהלה אינו זכור כלל בחוב).

4. כשטוען התובע בשמא 'מנה לי בידך שהודית לי עליו', טענין ליה משטה. ודוקא כשטוען בברי לא טענין משטה אם לא טען הוא; ש"ך.

5. כתב הפת"ש בשם ה'פנים מאירות' שאם הדבר ברור ע"פ חקירת אנשים יראים שיש מקום לחשדו שגנב, רשאים לייסרו קצת כדי שיודה על האמת, אבל לא נכון למסרו לערכאות. ובלבד שיסכימו ע"כ ג' בעלי תורה, יראי ה' ושונאי בצע.

6. האם מועילה תפיסה שלא בעדים, כשיש רגלים לדבר? סמ"ע - כן, והביא ראייה מהרא"ש לגבי ראה חפץ שנפל משנים. ש"ך - לא, דאיך יעלה על הדעת להוציא ממון מספק?! ואין ראייה מהרא"ש, דהוא לא כתב שמותר לעשות כן, אלא שמחמת כן המאבד לא מתייאש.

חילוקים בדעת הסמ"ע:

הפת"ש הביא שה'עטרת צבי' פסק כסמ"ע, מטעם שיכול התופס לומר 'קים לי' כסמ"ע, ושכן נראית דעת הרא"ש. וכתב הפת"ש שיש מח' בין המשנה למלך והמהרי"ט הסוברים שכשיש מח' אם מהני תפיסה א"א לומר קים לי, ובין הש"ך, התומים והנתיבות הסוברים שאף בכה"ג יכול לומר 'קים לי'. אך הסכים לדינא עמו כיון שמצא בשו"ת 'שבות יעקב' שהסכים לדינא עם הסמ"ע שמהני תפיסה, והקשה הרי הסמ"ע כתב שכשיש רגלים אין הנתבע יכול להפך ההיסת על התובע, שהרי התובע לא יוכל להישבע שהרי אינו יודע בודאות; א"כ כיצד כתב אח"כ שמהני תפיסה, הרי יצטרך להישבע על כך!! ולכן חילק שאם הוא טוען שמא עם רגלים, הוא יכול לחייב שבועה ואין מהפכים אותה (ונמצא שהוא חולק על הרדב"ז שהביא לעיל, שביאר ברמב"ם שאם טוען שמא עם רגלים אין משביעים כלל), אך אינו יכול לתפוס. ואם טוען ברי ע"פ רגלים בכה"ג יכולים להפך עליו השבועה, וכמו כן יכול לתפוס. וכתב עוד שהתומים הסכים עם הסמ"ע שמהני תפיסה, אך רק כאשר לא מברר לבי"ד מדוע תופס אלא טוען בסתמא יש לי בידך כנגדו. אולם, אם יפרש מדוע תופס, כיון שיש רגלים לדבר - נוציא מידו. ובשו"ת 'ברית אברהם' חלק עליו עיי"ש.

7. כאשר היו ב' משרתים, והוא חושד בא' כיון שהוא הוחזק לגנב ולא בשני: כתב ב'ברית אברהם' שלא דמי לתיבה פרוצה, ולא חשיב ברי בגלל שסומך על השני. שהרי אם הוחזק לגנב בדבר א', לא הוחזק לגנוב פעמים אחרות.

סעיף יח

טענו שניהם ספק, כגון שטענו: הלוייתך ואינו יודע כמה, והשיבו: אמת שהלוייתני ואיני יודע כמה, אין הנתבע נשבע אפילו היסת, ומשלם לו מה שברור לו ויוצא בו אף ידי שמים. ויש אומרים שכיון שזוכר שלוה, אינו יוצא ידי שמים עד שיתפשר עם המלוה במה שיוכל. ובין כך ובין כך יכול המלוה להחרים סתם על כל מי שיודע שהוא חייב לו ואינו פורעו.

טענו שניהם בספק,

1. אם טענו: הלוייתך ואיני יודע כמה, והלה משיב ג"כ איני יודע כמה - חייב לשלם כמה שברור לו, ואין התובע נשבע היסת שהרי שניהם טוענים שמא, אך יכול התובע להחרים סתם.

2. האם חייב בכה"ג לצאת ידי שמים? לא, וי"א שחייב להתפשר עם המלוה במה שיוכל. ב' דיעות אלו הובאו בטור, וכתב הבי"י שמקורו הוא מספר התרומות. מסתימת השו"ע נראה שפסק כדעה ראשונה, וכן כתב הש"ך והביא ראייה מהירושלמי.

בעל התרומות נימק שאין חייב לצאת ידי"ש, מפני ששניהם טוענים שמא, ולכן לא אמרינן לנתבע היה לך לדקדק, שהרי אפשר לומר שדקדק ושכח, שהרי אף התובע שכח, ומאי הוה ליה למעבד. נראה שהוא הבין שטעם החיוב לצאת ידי"ש הוא מפני שאתה קצת לא בסדר בכך שאינך זוכר. וא"כ כאן ששניהם אינם זוכרים, הלוה לא יותר לא בסדר מהמלוה, והוא פטור לצאת ידי"ש. אולם, החולקים סוברים שכיון ששני"ס הוא יודע בודאות שהוא חייב ואינו זוכר כמה, מוטל עליו להתפשר עם המלוה כמה שיוכל.

3. אם טענו: איני יודע אם פרעתי, והלה משיב ג"כ איני יודע - כתב המהרשד"ם בשם חכם אחד שפטור אף לצי"ש. ונחלק עליו שאם הוא מלוה בשטר - חייב לשלם, ובמלוה ע"פ - חייב לצאת ידי שמים. והש"ך הסכים במלוה בשטר, אך במלוה ע"פ כתב שזו אותה מח' כמו במקרה הקודם.

סעיף יט

טענו : איני יודע כמה הלוייתך אבל לפחות הלוייתך שתי כסף ופרוטה, או שטענו מנה והלוה אומר : אמת לויתי ממך ואיני יודע כמה יש לבית דין לחקור ולשאול לו : אף על פי שאינך יודע הסכום אתה יודע לכל הפחות שאתה חייב לו פרוטה, ואם הודה הרי הודה במקצת ומתוך שאינו יכול לישבע, משלם. ודוקא שטענו דבר שהוא אמוד בו. ומחרים סתם על מי שלקח מה שאינו חייב לו. ואם אומר : אפילו בפחות משהו פרוטה איני יודע בודאי, הרי זה נשבע היסת ונפטר מדיני אדם. ויש אומרים שאפילו לא שאלוהו בית דין חייב לשלם, שהרי אין הודאתו פחות משהו פרוטה.

1. אם טענו איני יודע כמה הלוייתך אך לכל הפחות ב' כסף ופרוטה (כדי שתהיה כאן שבועת מוב"מ), והלה משיב אמת לויתי אך איני יודע כמה : יש אומרים שאין זה חשוב כהודאה במקצת, אך ב"ד צריכים לחקרו ולשאול אותו האם הוא מודה שלכל הפחות הוא חייב פרוטה, וא"כ חשיב כמודה במקצת וחייב לשלם השאר מדין מתוך. ואין זה בכלל יצאה הודאתו בפטור, כיון שבשעה שאמר איני יודע כמה לא חשיב כהודאה. ויש חולקים ואומרים שזה חשוב כהודאה במקצת, ואין צריך שיאמר בפירוש שחייב פרוטה, דכיון שהודה שהוא חייב, לכל הפחות חייב פרוטה, דפחות מזה אינו חשוב ממון כלל, ואין זה בכלל חייב. **מסתימת השו"ע נראה שפסק כדעה הראשונה, והש"ך חלק ופסק כדעה השניה**, וכתב שכן מוכח מדברי השו"ע לקמן בכמה מקומות, ותמה עליו שהביא את הדיעה הראשונה.

הש"ך כתב שהרא"ש, הרמב"ן, הר"ן והריב"ש כתבו כדעה השניה, וכן כתב הרמב"ם.

דווקא כאן שטוען התובע בברי, ב"ד שואלים לנתבע שיפרש דבריו, אולם בסעי' הקודם ששניהם טוענים שמא, אין אומרים לנתבע שיפרש דבריו, שהרי אפי' יודה שחייב לפחות פרוטה לא יתחייב שבועת התורה שהרי אין כאן כפירת ב' כסף, ולא שבועת היסת שהרי אין היסת בשמא ; סמ"ע ושו"ך.

כמו כן, לא אמרינן אולי הוא מודה ביותר מפרוטה, ונמצא שאין כאן כפירת ב' כסף ואין שבועה, דאין לנו לתלות שיודה יותר מן ההכרח ; סמ"ע ושו"ך.

2. הא דאמרינן דחייב לשלם לו מדין מתוך, דווקא כשטוענו דבר שהוא אמוד בו.

אם אינו אמוד - חייב לשלם לו מדין מתוך על מה שהוא אמוד, ועל השאר נפטר. ולא אמרינן שהוחזק כפרן כיון שאינו אמוד, ויפטר מהכל, כיון שיכול להיות שהלוה לו מנה אע"פ שאינו אמוד בכך, אך אין לא מהמינינן ליה. הש"ך הסתפק בכך, וכתב שכך נראה לו לדינא ; והתומים כתב שפשיטא שדינו אמת, ואין בזה מקום ספק כלל.

סעיף כ

טענו : סבור אני שיש לאבא בידך מנה, בין שתובע ללוה עצמו בין שתובע ליורשיו, אין לו עליהם שבועה כלל, אלא חרם סתם. אבל אם טענו : ברי לי שמנה לאבא בידך, אם הודה מקצת, נשבע שבועת התורה, ואם כפר הכל, נשבע היסת (בין תבעו ללוה עצמו בין תבעו ליורשיו) (טור).

1. אין הבדל בין תביעה בשמא של הלוה עצמו, לתביעה של יורשיו, שבכל ענין אין נשבעין על טענת שמא. דדוקא לענין הנתבע יש חילוק בין טענת שמא שלו, לטענת שמא של יורשיו לענין דין ימתוך'.

2. וכן לענין תביעה בברי, שאם תבע היורש בברי, אם כפר בכל נשבע היסת, ואם הודה במקצת - נשבע שבועת התורה.

3. אם טען ליורש : אתה יודע בודאי שאביך חייב לי - חייב היורש לישבע היסת, דהרי הוא טוען לו בברי. ואם כפר בכל נשבע היסת, ואם הודה במקצת : הש"ך כאן כתב שנשבע שבועת התורה שאינו יודע על השאר, ואין זה בכלל שאין נשבעין שבועת התורה באיני יודע, כיון שכאן על זה הויכוח האם הוא יודע או לא, ולא הוה ליה למידע ; **אולם לעיל בסעי' טז כתב שכן היה נראה לו מסברא, אך מדברי הראשונים נראה שבכל ענין שהיורש טוען שמא פטור, כיון שלא מוטל עליו לזכור, ולכן לדינא הסכים שם שאף בכה"ג נשבע היסת ונפטר**.

וכתבו התומים והנתיבות שהעיקר כמו שכתב הש"ך שם, אולם הדגול מרבבה כתב שהעיקר כמו שכתב כאן ; פת"ש.

סעיף כא

האומר לחבירו: אמר לי אבא שיש לו בידך מנה, והלה אומר: אין לו בידי אלא חמשים, יש אומרים שפטור אף משבועת היסט; ויש אומרים שחייב לישבע שבועת התורה. (ועיין לקמן סימן זה סעיף כ"ג).

1. מה הדין כשתובע הירוש 'אמר לי אבא', האם זה חשיב כברי או כשמא? י"א שחשיב כשמא, ואין נשבעין אפי' היסט כן דעת הרמב"ם. וי"א דחשיב כברי, וממילא חייב לישבע שבועת התורה כשהודה במקצת כן דעת הראב"ד. וכתב הש"ך שהסכמת האחרונים כרמב"ם וסייעתו.

שבועות לח: במשנה: "מנה לאבא בידך, אין לך בידי אלא נ' דינר - פטור, מפני שהוא כמשיב אבידה וכו'. אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן, ואין משביעין את הקטן, אבל נשבעין לקטן ולהקדש". והקשמה הגמ' בדף מב. סתירה בסיפא ותירצה: "אמר רב: בבא בטענת אביו, ור' אליעזר בן יעקב היא; דתניא, רבי אליעזר בן יעקב אומר: פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו, כיצד? אמר לו מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס - הרי זה נשבע, וזהו שנשבע על טענת עצמו; וחכ"א: אינו אלא כמשיב אבידה ופטור. וכו' לעולם גדול, ואמאי קרו ליה קטן? דלגבי מילי דאבוה קטן הוא. וכו' אלא בדבריה קמיפלגי, דאמר רבה: מפני מה אמרה תורה וכו' ר' אליעזר בן יעקב סבר: לא שנא בו ולא שנא בבנו אינו מעיז, והלכך לאו משיב אבידה הוא; ורבנן סברי: בפניו הוא דאינו מעיז, אבל בפני בנו מעיז, ומדלא מעיז - משיב אבידה הוא. מי מצית מוקמת לה כרבי אליעזר בן יעקב? הא קתני רישא: מנה לאבא בידך, אין לך בידי אלא חמשים דינר - פטור, מפני שמשביב אבידה הוא; התם דלא אמר ברי לך, הכא דאמר ברי לך".

מבואר בגמ' שנחלקו ראב"י וחכמים רק כשהקטן טוען בברי, שלראב"י חייב שבועת מוב"מ ולרבנן פטור מפני שהוא כמשיב אבידה; **אולם אם הבן טוען שמא - אף ראב"י מודה שפטור משבועה,** כיון שהוא משיב אבידה (שהרי הבן אינו יודע). נחלקו הרמב"ם והראב"ד (טוען ונטען פ"א ה"ז) בביאור מחלוקתם:

שיטת הרמב"ם: כשהקטן טוען ברי, הכוונה אני ראיתי בעיני שלית מאבא או שהודית לו, ולכן אומר ראב"י שבכה"ג אינו מעיז בבנו, שהרי הבן יודע בודאות; ואילו חכמים סוברים שאף בכה"ג מעיז, כיון שאע"פ שראית בעיניך, אך אולי היו דברים נוספים שלא ראית! ולכן מעיז ומדלא העיז משיב אבידה הוא. וטוען שמא - היינו כשטוען אבא אמר לי, שבכה"ג אף לראב"י מעיז בו, שהרי הבן לא יודע באמת מה קרה.

שיטת הראב"ד: אם הוא טוען אני ראיתי בעיני, לא נחלקו חכמים בזה, ד"מה לי הוא מה לי אבוה", שהרי זה כאילו הוא עצמו הלוח, וודאי שאינו מעיז לכפור ואינו חשוב כמשיב אבידה. ולכן מה שאמרו בטוען ברי, היינו כשטוען 'אמר לי אבא' דחשיב כטענת ברי כיון שהוא משוכנע במה שאמר לו אביו, ובכה"ג כיון שהוא לא ראה בעצמו אלא רק מאמין לאביו, אמרו חכמים שאדם מעיז לכפור בבנו, וראב"י חלק. וטוען שמא היינו 'סבור אני שיש לאבא בידך מנה', שהוא עצמו אינו יודע בודאות, ולכן בכה"ג אף ראב"י מודה שחשיב כמשיב אבידה.

הש"ך הביא שדעת רבינו ברוך, שבכה"ג חייב שבועת היסט ופטור משבועת התורה. (דהיינו אין זה חשוב כטענת ברי, כרמב"ם; אך זה מספיק כדי שנטיל עליו היסט).

סעיף כב

אמר: מצאתי כתוב בפנקסו של אבא שאתה חייב לו מנה וברור לי שהוא כתב ידו, יש מי שאומר שמשביעין אותו היסט.

1. מצאתי כתוב בפנקסו של אבא - י"א שמשביעים על כך היסט. כ"כ רבינו האי. הסמ"ע כתב שהיינו כדעת הראב"ד לעיל, אך לדעת הרמב"ם ודאי שאין משביעים על כך היסט. הש"ך כתב שאולי זה נכון אף לדעת רבינו ברוך, שאע"פ שזה לא חשיב כברי - אך זה מספיק כדי להשביע היסט.

סעיף כג

טענו בספק על פי העד, כגון: פלוני אמר לי שנטלת משלי מנה, והוא כופר, והביא העד, משביעו שבועה דאורייתא כאלו היה טוענו טענת ברי. הגה: אבל אם אין העד לפנינו להעיד, לא מקרי טענת ברי מה שאמר ששמע מפי אחרים, ואין משביעין על טענה זו, דהוי טענת ספק (טור בשם הראב"ד). ויש אומרים דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן, אפילו קרוב שלו, משביעין אותו היסט (טור בשם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וב"ש בשם הרמב"ן והר"ן ונ"י פ' הדיינים), וכן נראה לי להורות. ודוקא שאותו שאומר מפיו אין נוגע בעדות (ת"ה ס' ש"מ).

1. **משביעין שבועת עד א' כאשר העד לפנינו, ואפי' כשהתובע אינו יודע אלא מכח העד.** נחלקו בדבר הראשונים: **רבינו אפרים והר"י מיגש - אין ע"א מחייב שבועה אלא בטענת ברי,** והביאו ראייה משבועות מ. "אמר רב נחמן בר יצחק אמר שמואל: לא שנו אלא בטענת מלוה והודאת לזה, אבל טענת מלוה והעדאת עד אחד, אפילו לא טענו

אלא בפרוטה - חייב; מאי טעמא? דכתיב: לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת, לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, אבל קם הוא לשבועה, ותניא: כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון, עד אחד מחייבו שבועה". מוכח שאף בע"א צריך טענה, וטענת שמא לאו טענה היא. ועוד מב"מ ד. "הצד השוה שבהן - שעל ידי טענה וכפירה הן באין ונשבע", מוכח שבעינן טענה. הרי"ף - ע"א מחייב שבועה אפי' כשהתובע טוען שמא, כדמוכח מדבריו לגבי 'עסק חד גברא', וטעמו שמה שאמרינן טענה היינו תביעה, ואף טענת שמא היא טענה. (שהרי בב"מ מדובר אף בגלגול שבועה לחלק מהמפרשים, וגלגול הוא על טענת שמא). **וכן הסכימו הרא"ש, הרמב"ן והר"ן**. ולמדו כן מהפסוק שע"א קם לשבועה כב' עדים, וכן מהמשנה שאמרה שע"א הוא כשניים, וכמו ששנים מחייבים ממון אף כשהתובע טוען שמא כך גם ע"א מחייב שבועה. וכן פסק השו"ע, **וכתב הש"ך שכן הסכימו רוב הפוסקים ראשונים ואחרונים, וכן הלכה רווחת בישראל, ואין המוחזק יכול לטעון 'קים לי'**.

2. האם מועילה טענת 'ברי ע"פ אחר'? הרמ"א הביא שיש הסוברים שלא מהני, אך כתב שהעיקר שמהני כאשר האחר הוא איש נאמן ואע"פ שהוא קרוב, ובלבד שלא יהא נוגע בדבר. **הש"ך התקשה בדבריו**, וכתב שלא יעלה על הדעת לחייב היסת בכה"ג, דא"כ כל אחד יטען ברי ע"פ אחר ויחייב חברו היסת, וחברו לא יוכל להפך עליו השבועה, שהרי הוא לא יכול להשבע. ועוד, שהש"ך טען שאף הראב"ד שסובר כן בפשטות, לא אמר כן אלא מחמת שזה חשיב כטענת שמא עם רגלים לדבר שמשביעים עליה היסת (ואף שם הש"ך חלק), **ולכן הסיק הש"ך שאף החולקים לא חלקו אלא דווקא כשטוען ברי מפי אביו וכה"ג**, ולא כל ברי מפי אחר (כמו שכתב הטור בשם הראב"ד). ולדינא הסיק שאף ברי מפי אביו לא מהני, כמו שכתב השו"ע בסעיף כא, ודלא כרמ"א כאן. **אולם, רעק"א כתב** שמהרב המגיד משמע שטעמו של הראב"ד הוא כמו שכתב הרמ"א מפני שברי ע"פ אחר חשיב כברי, ולכן זה נכון בכל אחר שהוא מהימן עליו. ומה שכתב הטור בשם הראב"ד שלא מהני אלא באביו ולא באחר, צ"ל שהכוונה לר"א אב ב"ד שהוא מישחו אחר. ונמצא שזו אותה מח' כמו בסעיף כא לגבי ברי מפי אביו, ונמצא שאע"פ שהרמ"א לא השיג שם על השו"ע, זה מחמת שסמך על מה שכתב כאן.

גם הש"ך מודה שאם אותו אחד לפנינו, אלא שאינו יכול לחייב שבועה (כגון שהוא קרוב או פסול), הרי זה חשוב כרגלים לדבר ובי"ד יכולים לחייב היסת על פיו. אלא שכתב שצ"ע לו על דין זה, כיון שהוא לא מצא מקור לדין זה בשאר פוסקים (מלבד ברבינו שמחה במדכ"ל), ושאדרבא מדברי ר"ת בתשו' מיימוניות נראה להיפך.

סעיף כד

האומר לחבירו: מנה לי בידך, והלוה אומר: אין לך בידי כלום, או: פרעתך, ואמר התובע: השבע לי היסת, והשיב הנתבע: הלא יש לך שטר עלי ואתה רוצה להשביעני תחלה ואחר כך תוציא השטר הפרוע ותגבה בו, אומרים לו: הבא השטר;

ואם אמר התובע: לא היה לי שטר מעולם, או: היה לי שטר ואבד, אומרים למלוה: בטל כל שטר שיש לך עליו קודם לזמן הזה ואחר כך תשביעוהו היסת או תחרים סתם ואחר כך צא ובקש השטר.

1. התובע לחברו והלה כופר בכל או טוען פרעתי, ובא לישבע היסת ואמר: בטל כל שטרות שיש לך עלי, כדי שלא תוציאנו אח"כ ונמצא שבועתי לבטלה, אומרים לו ב"ד הבא השטר, או בטל כל שטרות שיש לך עליו קודם לזה הזמן, וישבע לך. או תחרים חרם סתם, ולך וחפש השטר.

כ"כ הרמב"ם (מלוה ולוה פי"ד, טו) בשם רבותיו, וכעין ראייה לזה משבועות מג. "ומי נשבע? מי שהפקדון אצלו, שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון".

2. לעולם אומרים למלוה לבטל שטרו, ובסי' פז סעיף לא מיירי שקפץ ונשבע קודם שטען בטל שטרך; ש"ך. ודלא כשארית יוסף, שדוקא כשלא הזכיר המלוה שטר שנראה כמשקר, אומרים לו בטל שטרך.

סעיף כה

אמר הנתבע: איני נשבע עד שתבטל כל עדים שיש לך עלי מתביעה זו, אין שומעין לו.

1. דוקא לבטל שטר שומעין לו, אך לא לדרישה לבטל עדיו, שאדם יודע אם יש לו שטר בבית, אך אינו יודע אם יש לו עדים במדינת הים, ואינו צריך לאבד זכויותיו. כ"כ הר"י מיגש ובעל התרומות.

וכתב הש"ך: דווקא בכה"ג שאף כשיבואו עדים לא יפסל משום שבועתו, כגון שטוען איני אם הלוייתי ויבואו עדים שלוה, דחייב לשלם משום שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, או שטוען פרעתי ביני לבינך וחושש שיבואו עדים שהתנה עמו אל תפרעני אלא בעדים. אך אם חושש שיבואו עדים ויכחישוהו - פשיטא שאין שומעין לו, דודאי משקר.

כמו כן אם אמר 'פלוני ופלוני עדיו' - צריך להביאם או לבטלם.

ב"ה יום ד' י"ט חשון ה'תשע"ה

סימן עו

אחד שלוח משנים בעל פה מזה ק' ומזה ר' וכל אחר תובע ר', ובו ג' סעיפים.

פתיחה לסימן:

משנה ב"מ לו. "אמר לשנים: גזלתי לאחד מכם מנה, ואיני יודע איזה מכם. או: אביו של אחד מכם הפקיד לי מנה ואיני יודע איזה הוא - נותן לזה מנה ולזה מנה, שהודה מפי עצמו. שנים שהפקידו אצל אחד, זה מנה וזה מאתים, זה אומר שלי מאתים וזה אומר שלי מאתים - נותן לזה מנה ולזה מנה, והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו". והקשנה הגמ' סתירה בין הרישא לסיפא, ותיצא: "אמר רבא: רישא נעשה כמי שהפקידו לו בשני כריכות, דהוה ליה למידק. סיפא - נעשה כמי שהפקידו לו בכרך אחד, דלא הוה ליה למידק, כגון דאפקידו תרוייהו בהדי הדדי בחד זימנא, דאמר להו: אנת גופייכו לא קפדיתו אהדדי".

ובהמשך: "ורמי גזל אגזל - קתני הכא: אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזה מכם, או אביו של אחד מכם הפקיד לי מנה ואיני יודע איזה הוא - נותן לזה מנה ולזה מנה. ורמינהי: גזל אחד מחמשה ואינו יודע איזה מהן גזל, זה אומר אותי גזל וזה אומר אותי גזל - מניח גזילה ביניהם ומסתלק, דברי רבי טרפון. אלמא: מספקא לא מפקינן ממונא, ואמרין: אוקים ממונא בחזקת מריה. וממאי דמתניתין דהכא רבי טרפון היא - דקתני עלה דההיא: מודה רבי טרפון באומר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה, ואיני יודע איזה מכם - שנותן לזה מנה ולזה מנה. - **התם דקא תבעי ליה, הכא - בבא לצאת ידי שמים.** דיקא נמי, דקתני שהודה מפי עצמו - שמע מינה". וכתבו הראשונים (תוס' ורא"ש) שאע"ג שלמסקנת הגמ' שמשנתנו מדברת בבא לצאת ידי שמים, אפשר לתרץ כך את הסתירה בין הרישא לסיפא לגבי פקדון, שברישא דבא לצ"ש - חייב לשניהם, ובסיפא דתבעוהו בדיני אדם - פטור. אולם, מוכח מהגמ' כאן ובהמשך שלא חזרנו בנו מתירוצו של רבא.

למסקנא כתבו הראשונים (הרי"ף והרא"ש) **שק"ל כר"ע** מחבירו, **ולכן אם פשע** (כגון גזל, או הוה ליה למידק) **חייב אף בדיני אדם** לשלם לכל אחד ואחד, **ודווקא כשתבעוהו**, דקנסוהו חכמים כיון שפשע. אולם, **אם לא תבעוהו** לא קנסנו ופטור מדיני אדם, אלא שכיון שפשע **חייב לצ"ש**. אולם, **אם לא פשע** (כגון מקח, או לא הוה ליה למידק) **פטור בדיני אדם, ולגבי דיני שמים נחלקו**: רוב הראשונים סוברים שפטור אף בדיני שמים בכל ענין, שהרי לא פשע (כ"כ התוס' והנמוק"י, שהרי המשנה דיברה לצ"ש וכתבה בסיפא שפטור אע"פ שתבעוהו). אולם, הרא"ש כתב שאם תבעוהו - חייב לצ"ש, ואם לא תבעוהו - פטור (וע"פ זה הסיפא מדברת בדיני אדם, והרישא בדיני שמים).

כמו כן, נחלקו בשאלה מה מוגדר כ'כרך א': רש"י, תוס' והרא"ש פירשו דהיינו שהפקידו זה בפני זה, דגילו דעתן שאינן חושדין א' את השני, ולא הוה ליה למידק. אולם, דעת הרי"ף הרמב"ם והגאונים שדווקא כשהפקידו בצרור א' חשוב ככרך אחד, ורק בכ"ג לא הוה ליה למידק, אולם אם הפקידו זה בפני זה - הוה ליה למידק.

הסימן שלנו עוסק בשאלה: מה הדין בהלוואה? האם זה אותו דבר כמו פקדון או לא?

סעיף א

אחד שלוח משנים בבת אחת, מזה מנה ומזה ר', והודיעוהו משל מי היה המנה ומשל מי היה הר', וכשבאים לתובעו אומר כל אחד: שלי הם הר', והוא אינו יודע איזהו בעל המנה ואיזהו בעל הר', צריך ליתן לכל אחד ר' (טור לדעת הרא"ש), אחר שישבע כל אחד.

אבל אם היה מלוה בשטר, שעשו שטר עליו מחזיק ש', והודיעוהו שלאחד מנה ולאחר ר', נותן לזה מנה ולזה מנה, והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו. הגה: דכיון שנעשו שותפין בהלוואה אחת, ויכול אותו שהשטר יוצא מתחת ידו לגבות בו בלא הרשאה, הרי לא פשע הלוה בכלום, דלא הוי ליה למידק (טור). ועיין לקמן ס' ע"ז סעיף ט' מאלו הדינין.

ויש מי שאומר דבמלוה ע"פ אי לא תבעי ליה חייב בבא לצאת ידי שמים.

1. א' שלוח משנים בבת אחת, מא' מנה ומהשני מאתיים, והודיעוהו של מי שייך כל אחד, דאם לא הודיעוהו חשיב ככרך א' ופטור; ועכשיו תובע כל א' המאתיים והוא שכתב: חייב לשלם לכל אחד מאתיים, אחר שישבע התובע שבועת הנוטלין בנק"ח. ואינו חשוב כמודה במקצת שאינו יכול לשבע, כיון שהוא כופר בכל שהרי טוען שאינו חייב אלא ג' מאות, כ"כ הנמוק"י והרמב"ן.

דין זה כתבו בעה"ת בשם הרמב"ן, וכתב הטור שכן דעת הרא"ש. **הקושיא הגדולה היא: הרי בפקדון כשהפקידו בבת אחת, חשיב ככרך א' ופטור מלשלם לשניהם, א"כ מדוע במלוה הדין שונה**, שאע"פ שהפקידו בבת אחת חייב! (שהרי לדעת הטור והרא"ש כשמפקידים בבת אחת חשיב ככרך א'). **הסמ"ע כתב** שפקדון לא עומד להוציא ולכן סמך שכל א'

יטול את שלו, משא"כ במלוה שלהוצאה ניתנה. והש"ך תמה מה הסברא לחלק ביניהם?! ה^נתיבות תירץ שבפקדון אין חובה להשיבו לידו, אלא רק להניחו לפניו ולומר 'הרי שלך לפניך'; משא"כ במלוה שחייב להשיבו לידו. לכן, בפקדון אינו צריך לזכור מיהו בעל המנה ומיהו בעל המאיתיים כשהפקידו יחד, שהרי די שיניח לפני שניהם וכ"א יטול שלו. משא"כ בהלוואה שצריך לזכור מי נתן מה כדי להשיבו לידו.

2. אם אינם תובעים אותו - חייב לשלם לצאת ידי שמים. שהרי פשע כיון שהיה לו לדקדק. ודין זה מוסכם לכונ"ע, כמו בפקדון, וכתבו בשם י"א כיון שלא מצאו מפורש אלא במקום אחד; סמ"ע וש"ך, ודלא כב"ח.

3. אם לזה משניהם בשטר אחד, נותן לכל א' מנה והשאר יהא מונח בידו עד שיבוא אליהו. שכיון שעשו שטר א', מוכח שסמכו א' על השני, ולא פשע הלוה; ש"ך. וממילא מה שכתב הרמ"א שכ"א יכול לגבות כל השטר בלא הרשאה הוא לאו דווקא. והנתיבות כתב שדווקא בגלל שכ"א יכול לגבות כל החוב, ונמצא שלא התחייב הלוה להשיב לידי כל אחד בנפרד, ולכן הוא פטור; וכמו שביאר בסעיף 1.

4. בשטר, כששניהם תובעים כל א' מאיתיים - אמרינן יהא מונח, כיון דאיכא ודאי רמאי; ש"ך. מה הדין כששניהם אומרים שמא? ש"ך - יחלוקו, שהרי אין רמאי. נתיבות - יהא מונח, שהרי הלוה לא נפטר מחובת ההשבה למלוה האמיתי בייחלוקו, שהרי נמצא שהוא חייב לו עוד חצי מהחוב. ודוקא בפקדון אמרינן 'יהא מונח', כיון שאינו חייב להשיבו לידו, אלא מספיק להניחו לפניו ולומר לו: הרי שלך לפניך.

5. בשטר, אם אינם תובעים אותו, האם חייב לצאת ידי"ש? רוב הפוסקים - לא, כמו בפקדון שהזכרנו בהקדמה. רא"ש - כן, כנ"ל. וכתב הש"ך שהסכימו רוב הפוסקים שאינו חייב לצאת ידי"ש.

סעיף ב

היו שנים תובעים אותו, כל אחד אומר: הלוייתך מנה, והוא אומר: לויתי מנה מאחד מכם ואיני יודע מאיזה מכם, צריך ליתן לכל אחד מאה.

סעיף ג

ואי לא תבעי ליה, אלא הוא מעצמו אומר: אחד מכם הלוה לי מנה ואיני יודע איזהו, פטור אף מלצאת ידי שמים. וי"א שלצאת ידי שמים צריך לתת לכל אחד (וכן נראה מדברי התוס' פ' המפקיד דף ל"ז ע"א ע"ש ודו"ק).

1. תבעוהו שנים, כל א' טוען שהלוהו מנה, והלה אומר לויתי רק מא' מכם, ואיני יודע ממי - חייב לשלם לשניהם, אחר שישבעו. כמו לגבי פקדון. דכיון שלוה היה לו לזכור ממי לוה, וכיון שפשע חייב לשלם.

2. אך אם לא תבעוהו - פטור בדיני אדם. ולגבי דיני שמים: פטור, דכיון שאף המלוה לא זוכר שהלוהו, אי"כ המלוה פשע בכך. כ"כ הרא"ש והרמב"ן, ודייקו כן שהגמ' נקטה 'אביו של א' מכם הפקיד', דלא פשע הבן במה שלא יודע חוב אביו, אך אם הוא עצמו הפקיד ושכח - פטור הלוה אף לצי"ש. וי"א - חייב. שהרי פשע במה שאינו זוכר ממי לוה, כמו בסעיף ב. כן משמע מהתוס' בב"מ, שכתבו שנקט התנא אביו, משום אורחא דמילתא, דאין דרך לשכוח חוב שחייבים לו. וכתב הש"ך שהרמ"א הסכים לדינא בסימן ש' כדעה הראשונה.

(לעומת סעיף א' במלוה ע"פ שהלוהו שניהם ולא תבעוהו, שחייב כיון ששם הם לא פשעו שהרי הם זוכרים שהוא חייב להם, ועליו מוטל לזכור כמה; אך אצלנו הם לא זוכרים כלל מההלוואה; נתיבות.).

ב"ה יום ה' י"ט חשוון ה'תשע"ה

סימן עז

דין ב' שלו מאחד, ודין שותפין שלו אחד לבדו, ובו י"א סעיפים.

סעיף א

שנים שלו כאחד, או שלקחו מקח אחד, (או שקבלו פקדון ביחד (המגיד פכ"ה), בין בשטר בין בעל פה) (ב"י), שניהם ערבים זה לזה אף על פי שלא פירשו; ואם אין נכסים לאחד מהם, גובה מחבירו הכל. אבל אם יש לו נכסים, לא יתבע הערב תחלה, (כי יש לו דין ערב בכל דבר) (ב"י וכן משמע בפוסקים), וגובה מכל אחד החצי שהוא מוטל עליו (הרא"ש בתשובה כלל ע"ד סי' י'). (אלא אם כן פירשו בהדיא שהן ערבים קבלנים זה בזה שאז תובע איזה מהם שירצה) (תשובת הרא"ש כלל ע"ג סי' י"ב ומהרי"ק שורש קפ"ב). ואם פרע אחד מהם כל החוב, חוזר וגובה מחבירו חלקו. (ולכן שנים שלו ופרע אחד מהן, ודאי פרע בעד חבירו) (מרדכי ריש פ' מי שהיה נשוי ומהרי"ק שורש ק"ך).

שניים שלו כאחד

1. שניים שלו כאחד, או קנו יחד, או קיבלו פקדון יחד - שניהם ערבים זה לזה, ולכן אם אין לאחד מהם נכסים גובה הכל מחברו. אולם, אם יש לו נכסים - גובה מכל אחד מהם החצי, כנגד חלקו. וא"כ פירשו שהם קבלנים. כן איתא בירושלמי שבועות (פ"ה ה"א), והביאוהו הרי"ף, הרא"ש והרמב"ן בשבועות פרק ה'.

פשוט הירושלמי, וכן הבינו הרא"ש והטור, וכן איתא בחידושי הרמב"ן (שבועות לו, אולם בב"מ לג: כתב להיפך) ששנים שלו כאחד שניהם חייבים את כל ההלואה, ולכן אפשר לבוא לאחד ולתבוע ממנו הכל ואע"פ שיש לחברו נכסים. אולם, בעל העיטור כתב שכוונת הירושלמי שכל א' חייב הכל, חצי בתור לזה וחצי בתור ערב, ולכן רק כאשר אין לשני נכסים אפשר לתבוע מהראשון את הכל. וכן כתב הרמב"ן בחידושו לב"מ ובתשובה בבעה"ת, וכן כתב הנמוק"י בשבועות, והרשב"א בתשובה ומהרי"י קולון. בדעת הרמב"ם כתב הטור בשמו שדעתו כרא"ש, אולם הבי"ה הביא שבנסחאות שלנו מבואר שדעתו להפך וכן עיקר; דדוקא שנים שערבו לאחד נוטל מאיזה שירצה, דכל אחד מהם ערב לכל ההלואה, אך שנים שלו כאחד כ"א לזה חצי וערב בחצי השני. וכן פסקו השו"ע והרמ"א.

2. מה הדין בפקדון? רמ"א כאן וש"ך - כל א' ערב בעד חלקו של חברו. רמ"א בתשובה - ב' שקיבלו פקדון יחד לא אמרין שכל א' ערב בעד חברו. ראייתו ממסר שורו לה' בני"א והסתלק א' מהם הנשארין חייבים, ולא חייבו למסתלק מדין ערב! ודחה הש"ך ששם מיידי מדין מזיק, אבל אין הכי נמי שמתחייב מדין ערבות.

3. מה הדין בהלואה בע"פ? רמ"א - אותו דין, וכן כתב הבי"ה. ש"ך - לא אמרין שנעשו שותפין, דדוקא בהלואה נעשו שותפין דהשטר מחברם יחד, אך בסתם הלואה יכולים לחלק המעות ביניהם וזווי כמאן דפליגי דמו. וא"כ ניכר מהענין שלו בשותפות.

4. אם פרע האחד כל החוב - חוזר וגובה מחברו חלקו, אע"פ שלא ציוהו לשלם במפורש. והש"ך חולק וסובר שדינו כדין כל פורע חובו של חברו, שפטור כל זמן שלא ציוהו במפורש. והתומים והנתיבות הסכימו עם השו"ע שחייב, מטעם שכך דרך השותפין.

סעיף ב

שותפין שלו אחד מהם מאחר לצורך השותפות, השני משועבד אף על פי שלא היה עמו בקנין בשעת הלואה. ודוקא שהוא מודה שמה שלוה שותפו היה לצורך השותפות, או שיתברר הדבר בעדים, אז דינם כשנים שלו כאחד. הגה: ו"א דאם לא נתברר הדבר בעדים, רק שהשותף מודה, אין צריך לשלם, אלא אם כן היה ממון בשותפות, שאז המלוה גובה מחלק (השני). (ב"י בשם הר"י בי רב לדעת הרא"ש בתשובה כלל ל"ח סי' י"ג שהביאו הטור); וכן נראה לי להורות.

שותף שלוח

1. שותף שלוח לצורך השותפות, האם חברו נשתעבד? שו"ע – כן, אם יש עדים שלוח לשותפות, או שהשותף מודה שחברו לוח לצורך שניהם; כדעת הרמב"ן והרמב"ם. רמ"א – לא, אלא אם יש עדים על ההלואה דכיון שאינו יכול להכחיש ההלואה, גם הוא משתעבד; כמהר"י בירב בדעת הרא"ש, וכן ביאר הסמ"ע. אך הלבוש נקט שהרמ"א זו שיטה שלישית ואינה כדברי הרא"ש ולא ראה דברי המהר"י בירב. ש"ך – לא משתעבד, אלא אם שלחו השותף בפירוש, כפשט הרא"ש ולא כהבנת המהר"י בירב.

נחלקו הראשונים בשאלה האם שותף שלוח לצורך השותפות, נשתעבד גם שותפו בהלואה? דעת הרא"ש שאין האחד יכול לשעבד חברו, ולכן אם רק א' מהם לוח לבדו, אין חברו משועבד לפרוע. כמובן שאם הוא מודה שחברו הביא סך זה לשותפות הוא צריך לשלם לחברו, אך אין המלוה יכול לבוא ולתבוע זאת ממנו. אולם, הרמב"ן כתב שאם השותף מודה ששותפו לוח לצורך שניהם, נכנס גם הוא בשעבוד זה החוב, ויכול המלוה לבוא ולתבוע זאת ממנו ישירות, אע"פ שהוא בעצמו לא לוח, כיון שחברו הוא כשלוחו בכל ענייני השותפות. הב"י כתב שכך גם דעת הרמב"ם ולכן פסק כרמב"ן. אולם, הרמ"א הבין שהרמב"ם הוא כהבנת המהר"י בירב בדעת הרא"ש, שכתב שאף הרא"ש לא אמר אלא כאשר השותף יכול לכפור ולומר שחברו כלל לא לוח לצורך שניהם, ולכן לא שייך לומר שהוא השתעבד בהלואה זו. אולם, כאשר ידוע בשעה ראשונה שהוא לוח לשותפות, וכגון שיש עדים וכדו' א"כ כיון שהשותף אינו יכול לכפור בזה – נשתעבד גם הוא לפרוע למלוה, ואע"פ שהוא בעצמו לא לוח. ולכן פסק הרמ"א כשיטה זו. הש"ך נקט שהבנה זו קשה מעצמה, דחילוק זה אינו מובן, ולכן ביאר שדעת הרא"ש היא כפשוטו – שלעולם אין שותף אחד יכול לשעבד לחברו, ולכן פסק כרא"ש, וביאר שגם הרמב"ם לא דיבר אלא כאשר לוח האחד במעמד שותפו, אך בלאו הכי אף הוא מודה לרא"ש, ועוד שיכול המוחזק לומר קים לי כרא"ש.

הנתיבות ביאר שלא נחלקו אלא בגלל שלא הבינו על מה השני דיבר, אך לדינא כו"ע מודים שאם לוח אחד לצורך השותפות והכניס את הכסף לשותפות – חברו משתעבד, דלא גרע מיורד שלא ברשות. אך אם השותף טוען יש לי בידך כנגדו, דהיינו שאתה לווית לצורך עצמך ואח"כ הכנסת את הכסף הזה לשותפות – ולכן איני חייב לפרוע לך, שהרי כנגד זה יש בידך משלי, אינו נאמן אלא אם יש עדים על ההלואה, או שאינו מודה לו שלוח לשותפות. אך כאשר יש עדים – אינו נאמן וחייב לפרוע.

סעיף ג

שנים שעברו לאחד, כשיבוא המלוה ליפרע מן הערב, יפרע מאיזה מהם שירצה. ואם לא היה לאחד מהם כדי החוב, חוזר ותובע לשני משאר החוב. ובסימן קל"ב כתוב שיש חולקים בזה. ואחד שעבר לשנים, כשיפרע למלוה יודיעו על חוב איזה משניהם פורע, כדי שיחזור עליו (טור שם ס"ה).

שנים שעברו לאחד

1. שנים שעברו לאחד – יכול המלוה ליפרע מאיזה שירצה. קצות – דוקא כשנכנסו ערבים לאחר ההלואה, אך נכנסו בשעת ההלואה גובה מכל אחד חצי.

נחלקו בדיון זה הרמב"ם והרמב"ן: דעת הרמב"ם כמו שפסק השו"ע, ולא דמי לשנים שלוח כאחד כיון שיעבוד לחצאין, ולכן כל אחד השתעבד לגמרי עבור ההלואה של הלוח; משא"כ כשלוו כאחד אמרינן שכל אחד לוח רק חצי. אולם, הרמב"ן סובר שדינם כשני לווין, שכל אחד ערב רק כנגד חצי מהחוב, ואינו יכול לגבות מהאחד כשיש לחברו לפרוע חלקו. הקצות עשה פשרה, שאם נכנסו ערבים בשעת ההלואה – הדיון כרמב"ן דכיון שע"פ שניהם נתן מעותיו, נמצא שע"פ כ"א הוציא רק חצי מעותיו. אולם אם נכנסו כערבים לאחר מכן ובקנין – כל אחד ערב על הכל, שהרי אין שעבוד לחצאין ושעבודו עצמו כנגד כל ההלואה.

2. אחד שעבר בשביל שני לווים – כשיפרע למלוה יודיענו על איזה חוב הוא פורע.

סעיף ד

ראובן שהוצרך ללוות מנה משמעון, ולא רצה ללוותו עד שיכנסו יהודה ולוי ערבים, והעני ראובן, וגבה שמעון כל חובו מלוי, וחזר לוי לתבוע מחצית המנה מיהודה, וטען יהודה לא נכנסתי ערב לך אלא לראובן, ואיני חייב לך אלא השליש, אין בדבריו כלום וצריך לפרוע החצי.

ערב שפרע הכל

1. ערב שפרע למלוה כל החוב, חוזר וגובה מהערב השני חלקו – ואינו יכול לומר לו לא נכנסתי ערב עבורך אלא עבור ראובן. דכיון שנכנסו שניהם ערבים יחד, אע"פ שכלפי המלוה כל אחד ערב על כל החוב; אך א' כלפי השני הם כשני לווים שכ"א ערב רק על מחצה, ולכן חברו צריך לפרוע לו מחצית החוב. (התרומות הסתפק בזה, והטור הכריע כך).
2. כך גם כששלשה נכנסו ערבים לאחד, ופרע אחד מהם כל החוב ואין השלישי כאן או שהעני – חייב הערב השני לפרוע לו מחצה. סמ"ע, ש"ך.

סעיף ה

ראובן תבע משנים שלוו ממנו כאחד, וכפר אחד והודה אחד, אין עדותו מחייב את חבריו (שבועה). ואם היו הנתבעים שלשה, והודו השנים עליו ועל עצמן, אין האחד מתחייב ממון על פיהם. אבל אם הוציא שטר על שלשה שיש לו אצלם כך וכך ממון, וטענו כולם ואמרו: פרענו זה בפני זה, אם כל אחד כתב סך ידוע בפני עצמם, ואין ביניהם שותפות, מעידים זה על זה ואין חוששין לגומלין (ועיין לעיל סימן ל"ז סעיף ד' ה' ו').

לווים שמעידים זה לזה

1. שנים שלוו כאחד כאחד, והאחד מודה וחברו כופר – אין עדותו מחייבת את חברו לא שבועה, ולא ממון (אם הם שנים), לפי שהוא נוגע בעדותו, שהרי ע"י עדותו הוא מחייב את חברו לשלם חצי והוא נפטר, ואפי' לדעת.

הב"ח הקשה מדוע לדעת הרא"ש הם נוגעים, הרי בלאו הכי יכול המלוה לגבות כל חובו מאחד הערבים? ותיירץ שמיירי שאין למודה נכסים ואפי' הכי הוא נוגע דשמא יתעשר ויצטרך לפרוע, ולכן רוצה שיגבו מחברו. והוכיח נגד השו"ע בסי' לו שאינו נוגע בעדות כשהחשש הוא שמא יתעשר. והש"ך תירץ שהכא מיירי שיש למודה נכסים במקום אחר ולחברו כאן, או שיש לאחד בינונית ולשני זיבורית, שהיו נוגע שהרי המלוה יעדיף להוציא מחברו. והקצות תירץ שכאשר מעיד על ממון אחרים אלא שהוא לטובתו בענין אחר, לא אמרינן נוגע שמא יתעשר. אך כשהוא בע"ד ממש, בהכי אמרינן שמא יתעשר לענין נגיעה, וזה המקרה שמדובר כאן. ובלאו הכי כאן הוי נוגע שהרי הוא לא רוצה להיות 'לוה רשע ולא ישלם', ולכן מעדיף שחברו יפרע כשאין לו נכסים, ולא בשביל להציל אותו בעתיד.

2. במקרה זה – חייב המודה לשלם כל החוב לכו"ע, לדעת הרא"ש פשיטא, ואף לדעת החולקים מודים כאן שהרי א"א לגבות החוב מחברו, שהרי הוא כופר; ש"ך.
3. שלשה שלוו בנפרד, וכתבו שטר יחד – יכולים להעיד אחד לחברו ואין חוששים לגומלים. וכ"ש אם לוו בנפרד בע"פ, ובשטר הרבועא דהו"א שכיון שלוו בשטר אחד – יש להם שייכות אהדדי, קמ"ל; סמ"ע.
4. שלשה שהלוו לאחד וכפר, וא' תובע וב' מעידים והוציאו ממנו הכסף, ואח"כ מודים ששיקרו: מהרש"ל – צריכים להחזיר ואין להם מיגו, דומיא שטרא זייפא. ש"ך וקצות – נאמנים במיגו ואינם צריכים להחזיר. וע"י בסי' לב.

סעיף ו

שנים שלוו מאחד בשטר אחד, ומחל לאחד מהם, לא מחל אלא חלקו, וגובה מחבירו חצי החוב. הגה: ויש חולקים ואומרים דכל החוב מחול ואין יכול לתבוע לחבירו כלום (טור בשם הרא"ש). ולענין הלכה אם היו אלו הב' ערבים קבלנים, שאז היה יכול לגבות כל החוב מאחד מהן, ומחל לאחד מהן, כל החוב מחול וגם השני פטור. אבל אם אינם ערבים קבלנים, שאז צריך לתבוע כל אחד, ומחל אחד מהם, אינו מחול אלא החצי, וגובה מחבירו חצי החוב (דעת עצמו).

שנים שלוו מאד ומחל לאחד מהם

1. שנים שלוו מאחד ומחל לאחד מהם – מחל רק חלקו, וגובה מחברו חצי החוב. שהרי אינו חייב אלא חצי, ובחצי השני יש לו רק דין ערב. אולם, לדעת הרא"ש שכל א' חייב הכל – כשמחל לא' הרי כל החוב מחול.
2. אם היו ערבים קבלנים ומחל לאחד מהם – הרי כל החוב מחול.

הרא"ש כתב בתשובה (כלל עג, יג) שאם מחל המלוה לאח' מהלווים מחל גם לחברו, ואמנם כתב הב"י שדין זה לשיטתו ששניהם לוים בהכל, אך לדידן דק"ל כרמב"ם שכל א' לוח בחצי וערב בחצי, א"כ לא מחל לחברו, **אך יש נפק"מ בזה לדידן בערב קבלו**, ולכן האריכו הסמ"ע והש"ך בביאור דין זה.

מקורו של הרא"ש הוא מהתוספתא ב"מ פ"ח הכ"ה: "השותפין שמחלו להם מוכסין מה שמחלו מחלו לאמצע, ואם אמרו בשביל פלני מחלנו מה שמחלו מחלו לו". מבואר שאע"פ שמחלו לאחד מהם – המחילה היא לשניהם. הרא"ש כתב שרבינו שמחה הקשה פשיטא!! וביאר שכוונת התוספתא שאם מחלו לא' ע"י שבא ופייסם – המחילה לאמצע, שהרי כל מה שעושה השותף – עושה בשליחות שניהם. אולם, אם מחלו מעצמם – מחלו רק לו. וכתב שזה נכון רק כשמחלו על חלק מהחוב, אך כשמחלו על כל החוב – בכל ענין המחילה לשניהם, ואין לפרש כוונת המחילה רק שלא יגבו מהאחד חלקו דא"כ אין צורך במחילה זו, פשוט שלא ילכו ויגבו! אלא פשוט שכיוונו למחול כל החוב, וממילא כיון שכל אחד חייב בכל החוב, כשמחלו לו מחלו על הכל, ונפטר גם השני. (אמנם, הב"י והדרכי משה הבינו שרק כאשר מחל על הכל ע"י פיוס – מחלו לשניהם). עוד הקשו מסתירת הרא"ש בתשובה אחרת שכתב שאם מחל לא' מהלווים כל תביעות שיש לו עליו – שאר הלווים יפרעו חלקם! הב"י תירץ שאם מחל כל תביעות בשטר זה – אז מחל לכולם, אך אם מחל כל תביעות שיש לו עליו – לא מחל אלא לו.

העולה לדינא:

א. **סמ"ע, ש"ך** (וכן פשט הרא"ש בתשובה): אם מחלו לא' על כל החוב – גם השני פטור, אם מחלו חלק מהחוב ע"י פיוס – מחלו לאמצע. אם מחלו חלק לא ע"י פיוס – מחלו רק לו. **ב"י ודרכי משה**: אם מחלו על כל החוב ע"י פיוס – מחלו לשניהם. אך אם מחלו הכל מעצמם, או מחלו חלק אפי' ע"י פיוס – מחלו רק לו.

ב. **כמו כן**, רק כאשר מחל כל תביעות שיש לו בשטר – מחל לשניהם, דהוי כשליח. אך אם מחל כל תביעות שיש לו עליו – לא מחל אלא לו, שהרי המחילה היא אקרקפתא דגברא. (הסמ"ע כתב שדוקא כשהזכיר כל תביעות בזה השטר, אך אם אמר אני מוחל לך מה שהלויתי לך עם חבירך – לא נפטר חברו. והש"ך תמה מניין לו זה).

ג. כאשר פרע חלקו ואמר לו אני מוחל לך כל תביעות שיש לי עליך – אין כוונתו למחול לחברו, שהרי גם לו לא היה מוחל אם לא היה פורע לו.

סעיף ז

אחד שלוח משנים, ומחל אחד מהם כל החוב, אין חלק חבירו מחול. הגה: אפילו שניהם כתובים בשטר אחד (תשובת הרשב"א אלף פ"ז). נתפשר הלוח עם אחד מהם, לא יוכל השני לומר: כבר הודית שאתה חייב לנו ותתפשר עמי גם כן, כי יוכל הנתבע לטעון: לזה ויתרתי, ונגדך איני מוותר (ת"ה סימן שנ"א) (ע' לקמן סי' קע"ו סעיף ל"א).

מחל א' מהמלוים

1. לוח משנים ומחל לו אחד מהם – אין חלקו של חברו מחול, דאין לאחד כח למחול חלקו של חברו, סמ"ע.

2. לוח משנים בשטר אחד: רמ"א – אין יכול למחול, כנ"ל. ש"ך – אם השטר גם על שמו – יכול למחול, דדוקא שליח אינו יכול למחול ד'לתקוני שדרתיך ולא לעיוותיך, אך בשותפים לכל א' יש כח לעשות מה שרוצה, והרי זה כאילו התנו בין לתקן בין לעוות. ונשאר בצ"ע אולי כל זה כלפי אחרים, אך כלפי שותפו צריך לשלם לו שהרי הזיקו. **הנתיבות כתב שהעיקר כרמ"א, וכן הסכים האמרי ברוך** שאין כח לשותף להזיק לשותפות, ורק אם מחל ונראה לעיניי שנגרר בזה טוב לשותפות מהני. **וכסף הקדשים כתב שמנהג העולם כש"ך שיכול למחול, אלא שחברו יכול לתבוע ממנו חלקו**.

3. תבעוהו שנים ונתפשר עם אחד מהם, אין השני יכול לומר לו 'הודית שטענתנו אמת' ותשלם גם לי, כיון שיכול לומר לזה ויתרתי ולך איני רוצה לוותר. רמ"א בשם תרוה"ד.

סעיף ח

שנים שהם ערבים בשביל אחד, ופטר המלוה את אחד מהן מהערבות, י"א שיכול לגבות כל החוב מהערב השני. (ועיין לקמן סוף סימן קל"ב).

מחל לאחד מהערכים

1. שנים שעברו בשביל אחד, ומחל לאחד מהם – לא מחל לחברו, ולא דמי לשני לוויים דשם מחל ללוה עצמו, אך כאן לא הלוה נשאר חייב אלא שמחל לערב את ערבותו, ולזה שמחל מחל ולא לחברו; כ"כ הרא"ש בתשובה הקודמת (עג, יג).

2. כשמחל לערב אחד - יכול לגבות מהערב השני את כל החוב, לשיטת הרמב"ם שבב' ערבים אפשר לגבות מכל אחד את כל החוב. וכמו שפסק השו"ע. אולם, לדעת הראב"ד והרמב"ן החולקים שאף בב' ערבים אינו יכול לגבות מכל א' אלא מחצית החוב, גם בכה"ג לא יגבה אלא מחצה.

אם לערב שמחל לו אין נכסים? דעת הש"ך שבהכ"ג אף הראב"ד מודה שגובה מחברו הכל. ודעת רעק"א – שאינו גובה אלא מחצה, שהרי כל א' נכנס כערב על חצי, ומחל לו ערבות זאת.

סעיף ט

שנים שהלוו או הפקידו לאחד, ובא אחד מהם ליטול חלקו, אין שומעין לו עד שיבא חברו. אבל אם חברו בעיר, ושמע ולא בא, צריך ליתן לזה התובע הכל. ואם טען שאינו רוצה לתת לו אלא חלקו, אבל חלק שותפו יתן ביד בית דין, הרשות בידו. הגה: וכל זה בשנים שהפקידו ביחד, אבל מי שהפקיד ביד אחד, ומת, והיו לו ב' בנים, ובא אחד מהם, נותנין לו חלקו (תשובת הרשב"א סי' אלף ק"ב). (ועיין לקמן סימן רצ"ט מאלו הדינים).

א' מהשותפין שבא לתבוע חלקו

1. שנים שהלוו או הפקידו לאחד, ובא אחד לבדו ליטול חלקו – אין שומעין לו. כן למדו הרא"ש והר"ן מהירושלמי בשבועות (פ"ה, ה"א) "בשבועה פרט למכחש באחד השותפין וכו' אמר רבי יוסי הדא אמרה שנים שלוו מאחד אף על גב דלא כתבין אחראין וערבאין זה לזה אחראין וערבאין זה לזה ולא עבדין כן. שנים שהפקידו כאחד וביקש האחד ליטול שלו אין שומעין לו". ופירשו שהמכחש בא' מהשותפין שבא ליטול פקדונו ונשבע - פטור מקרבן שבועה, שהרי אף אם היה מודה לו היה אסור לו לתת לו לבדו. הש"ך הביא שהרשב"א חולק על דין זה, וסובר שאף כשבא לבדו נוטל חלקו, וביאר הירושלמי כשיטת הר"א אב ב"ד שאפי' כשבא א' לבדו שומעין לו ונותנים לו הכל. והש"ך כתב שדין זה נכון רק כשאין חלקו של כל א' ידוע, אך כשידוע חלקו נותנים לו.

2. אם שותפו בעיר ושמע ולא בא לתבוע – שומעין לו, דכיון דשמע חברו ולא בא, מסתמא בשליחותו תובע את הפקדון. ונותן לו אף חלק חברו, או שיתן לו חלקו וחלק חברו יפקיד בב"ד. אך אם לא שמע אין נותנין לו, ואף בסתמא אין נותנין לו עד שנדע ששמע שתבע חלקו; ש"ך. וכן מוכח מכתובות צד. "אמר רב הונא: הני תרי אחי ותרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד, ואזל חד מיניהו בהדיה לדינא, לא מצי אידך למימר ליה את לאו בעל דברים ידידי את, אלא שליחותיה עבד וכו' הכא אמר: אילו אנא הואי, טעינא טפי. ולא אמרן אלא דלא איתיה במתא, אבל איתיה במתא איבעי ליה למיתיי".

3. אף כשאין שומעין לו היינו דווקא ליתן לו הממון, אך לירד עמו לדין – שומעין לו. כ"כ הסמ"ע, והש"ך חולק שאף לירד עמו אין שומעין לו.

4. דין זה נכון רק בשנים שהפקידו כאחד, אך אחד שהפקיד ומת והניח יתומים – כל א' נוטל חלקו, כ"כ הרמ"א בשם הרשב"א. הש"ך חלק וכתב שטעמו של הרשב"א מפני שאף בב' שהפקידו סובר שכ"א יכול ליטול חלקו, ולא כשו"ע. אולם, הנהיבות ביאר שטעם הדבר מפני שדוקא שנים שהפקידו יחד אדעתא דהכי התחייב הנפקד שלא להחזיר אלא לשניהם יחד, משא"כ כשא' הפקיד ואח"כ נולד החיוב לשנים, שיכול ליתן לכל אחד חלקו. אולם, הש"ך חלק וסבר שאין הבדל בין יורשים למפקדים עצמם, אלא החילוק הוא בשאלה האם ידוע חלקו של כל אחד או לא? ולכן גם שנים שהפקידו כא' אם ידוע חלקו של כל א' – נותן לו אפי' שבא לבדו.

סעיף י

לוה משנים, ונכתב השטר בשם אחד מהם, אם תבעו אותו שלא נכתב השטר על שמו, יכול לדחותו ולומר: לא נתחייבתי לך כלום. הגה: וצריך הרשאה מן השני, אבל זה שכתוב בשטר יכול לגבות כולו בלא הרשאה (תשובת רשב"א סימן אלף קל"ז). והוא הדין אם שניהם כתובים בשטר, כל אחד יכול לגבות כולו (תשובת הרשב"א אלף פ"ב וסימן אלף פ"ו).

איש ואשתו שלוו מאחד, היא חייבת לפרוע החצי מכתובתה. ואם הבעל או יורשיו פרעו כל החוב, חוזרים ונפרעים ממנה החצי. ואם הבעל קיים והיא טוענת: אתה לקחת כל המעות אלא שאני נכנסתי עמך בשטר, אינה נאמנת, אלא במיגו דפרעתיה. הגה: והרי

הם בטענות הללו כב' לוויין שלוו ביחד (טור). ראובן שכתב לבנו ולאשתו בית, וכתב דלא יגבו אלא שתיהן ביחד, ומת הבן, יכולה אשתו לגבות כתובתה ממתנה זו; דלשון יחד שכתב לא בא למעט אם מת האחד, אלא שלא יגבה כל אחד המחצה (ריב"ש סימן קפ"ה). ועיין בא"ה סי' ק"ב סעיף ז'.

1. אחד שלוו משנים ונכתב השטר על א' מהמלוים – יכול לתבעו רק ההוא שהשטר על שמו. אם השני רוצה לתבעו, צריך הרשאה מחברו.

2. אם השטר על שניהם – כל אחד יכול לגבות כולו. כ"כ הרשב"א, וכתב הגר"א שלטעמיה אזיל שאף שנים שהלוו בע"פ יכול לכ"א לתבוע ההלוואה לבדו. אלא שהוסיף שאף הרמב"ן מודה הכא דכיון שהשטר יוצא מתחת ידו מוכח ששותפו מאמינו.

3. איש ואשה שלוו כאחד הרי הם כשני לוויים, וחייבת לפרוע החצי מכתובתה לאחר שתאלמן או שתגרש, סמ"ע וש"ך. ובמקום שהנשים נושאות ונותנות בפני עצמן – אינה נאמנת לומר שהבעל לקח הכל לעצמו. אולם, במקום שאינן נז"נ לעצמן – נאמנת לומר שנכנסה בעל כרחיה, ובעלה לקח הכל לעצמו, כ"כ הע"ש והביאוהו הסמ"ע והש"ך.

4. מי שנתן לבנו ולאשתו בית במתנה, וכתב שלא יגבוהו אלא שניהם יחד, אין כוונתו אלא בעוד שניהם חיים, אבל אם מת האחד השני יכול לגבותו כולו לבדו. וכן בעוד בנו חי יכולה לגבות ממנו כתובתה, סמ"ע.

סעיף יא

ראובן היה חייב לשמעון מנה, ואח"כ בא הוא ואשתו ולוו מלוי מנה, ונפטר ראובן, ואחר שהגבו כתובת אשתו שהיתה מוקדמת לא נשאר כלום לבעלי חובות, והרי לוי גובה מהאלמנה המנה, אין שמעון יכול לחזור על לוי ולגבות ממנו, לפי שלוי לא גבה מנכסי ראובן כלום אלא מנכסי אשתו.

אם האשה גבתה כתובתה מבעלה, ובא בעל חובה וגבה ממנה – אין בעל חובו של הבעל יכול לגבות מלוי, דלוי לא גבה מנכסי הבעל אלא מנכסי האשה.

ב"ה יום א' ט"ז חשוון ה'תשע"ה

סימן עח

הטוען שפרע תוך הזמן, ובו ח' סעיפים

סעיף א

הקובע זמן לחבירו, ותבעו תוך הזמן, ואמר ליה: פרעתיך, אינו נאמן, דחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו. (והוא הדין דלא יכול לומר: מחלת לי) (מרדכי ריש ב"ב). ואפילו מיתמי, שמת הלוח בתוך הזמן והניח יתומים, אפילו קטנים, נפרעים מהם בלא שבועה, אם היה מלוה בשטר, או אפילו מלוה על פה והעמיד אביהם בדין ונתקבל העדות בפניו, דבמלוה ע"פ נמי איתא להאי דינא, ובלבד שיש עדים בהלואה ובקביעות הזמן, שאם אין עדים, נאמן בשבועת היסת, במיגו דלא היו דברים מעולם, או לא קבעת לי זמן, או כבר עבר הזמן ופרעתיך בזמנו. אם תבעו תוך זמנו ואמר ליה: פרעתיך, וחזר ותבעו אחר זמנו ואמר ליה: השתא פרעתיך, הוחזק כפרן ואינו נאמן. הגה: (הגהת אשר"י ס"פ השואל ובמהרי"ק שורש פ"ט) י"א דלא אמרינן חזקה זו אלא במלוה, אבל אם היו מעות מופקדין בידו ועוסק בהן לצורך אחרים, הוי כשאר פקדון ויכול לומר דהחזירן, אפילו תוך הזמן שקבע (מהרי"ו סימן פ"ט). ושכירות, דינו כהלואה, ואינה משתלמת אלא בסופה, ואינו נאמן לומר שפרע תוך הזמן (טור ריש סימן שי"ז ונ"י ריש ב"ב). מיהו אם שכרו לכתוב לו ספר, כמה קונטרסים, כל קונטרס מיד זמנו הוא. וה"ה בכל מלאכה המתפרדת בכיוצא בזה (מרדכי ריש ב"ב).

1. הקובע זמן לחברו ואמר לו פרעתיך בתוך זמני – אינו נאמן, חזקה אין אדם פורע תוך זמנו. ב"ב ה. "אמר ריש לקיש: הקובע זמן לחבירו, ואמר לו פרעתיך בתוך זמני - אינו נאמן, ולואי שיפרע בזמנו. אביי ורבא דאמרי תרוייהו: עביד איניש דפרע בגו זימניה, זימנין דמתרמו ליה זוזי, אמר: איזיל איפרעיה כי היכי דלא ליטרדן. וכו' רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע עבדי כאביי ורבא. מר בר רב אשי עבד כר"ל. **והלכתא כר"ל, ואפילו מיתמי**; ואף על גב דאמר מר: הבא ליפרע מנכסי יתומים - לא יפרע אלא בשבועה, חזקה לא עביד איניש דפרע בגו זימניה".

דווקא כשקבע זמן אמרינן הכי, אך לא בסתם הלוואה: ע"י בסעיף ח.

2. אפי מיתומים קטנים גובים אם מת אביהם בתוך הזמן, ודוקא במלוה בשטר, או במלוה ע"פ שנתקבלה העדות בפני אביהם (דאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד, וקטנים כשלא בפניו דמי). כמבואר בגמ' הנ"ל, וכתב הרא"ש שיתומים שאמרו אפי קטנים, ולא חיישינן לצררי דאין אדם מתפס צררי בתוך הזמן. ולא כתוס' ורבינו יונה שכתבו שהגמ' מיירי דווקא בגדולים, דבקטנים חיישינן לצררי. אולם, הרמב"ן והרשב"א והר"ן והתורמות והרמב"ם הסכימו עם הרא"ש, והכי נקטינן; ב"י. ולא מצי למימר קים לי; ש"ך.

3. מה הדין אם הגיע הזמן בחיי אביהם והמלוה האריך לו הזמן? מהרשד"ם – אין גובין, הסתפק אם שייכת בכה"ג החזקה. ש"ך (ב), קצות (ח) – גובין, דאף בכה"ג שייכת החזקה, וכן מפורש בנמוק"י שאף אם קבע זמן לאחר ההלואה אמרינן חזקה.

4. דין זה נכון רק כאשר יש עדים על ההלואה, ועל קביעות הזמן, אך בלאו הכי נאמן במיגו דלהד"מ או לא קבעת לי זמן. בעיא בגמ' שם: "איבעיא להו: תבעו לאחר זמן, ואמר לו פרעתיך בתוך זמני, מהו? מי אמרינן: במקום חזקה אמרינן מה לי לשקר, או דילמא במקום חזקה לא אמרינן מה לי לשקר?", ולא איפשיטא וכתבו הפוסקים שאזלינן לקולא ומהני מיגו.

מה הדין בעד א' על קביעות הזמן? ש"ך וסמ"ע – משואיל"מ, שהרי הוא טוען פרעתי תוך זמני ואינו מכחיש העד, והעד מחייבו שבועה שאין זה תוך זמנו, וכיון שמודה לו אלא שטוען שפרע – משלם. קצות – פטור, דעדות על הזמן אין בה דררא דממונא ואינה מחייבת שבועה, ואין כאן דין משויל"מ. וכמו שנתבאר בסי' עה סעי' יג. **ומדברי השו"ע שם משמע כש"ך וסמ"ע.**

5. דווקא בהלואה אמרינן חזקה זו, אך לא בפקדון ונאמן לומר שהחזירו תוך זמנו. דדוקא מלוה שהיא להנאתו של הלוה, ולואי שיפרענו בזמנו. אולם, בפקדון שאסור לו להשתמש ממנו, א"כ הוא מעדיף להיפטר ממנו כמה שיותר מהר. כ"כ הגהות אשר"י (פרק השואל) בשם ר"ת, וכ"כ מהרי"י וי"ל מהטעם שאין לו הנאה מהפקדון.

מה הדין במעות של עסקא? א. מחצה מלוה ומחצה פקדון – אמרינן חזקה בהכל, או מפני שכיון שאינו נאמן על החצי מלוה לומר שהחזירו תוך זמנו, אינו נאמן גם על המחצה פקדון – דמאן פלג לך? או מפני שדוקא בפקדון שאין לו הנאה ממנו לא אמרינן חזקה, אך כשיש לו הנאה ממנו, שהרי הוא משועבד למלוה להשלים החסרון אמרינן

חזקה; ש"ד וסמ"ע. ב. עסקא של אחרים, שאין לו הנאה ממנה – לא אמרינן חזקה, אף על המחצה מלוה, דאע"פ שלהוצאה ניתנה – אך אין לו הנאה ממנה.

פרעון סחורה: מהר"א ששון - כפקדון. ש"ד - כהלואה, שהרי יש לו הנאה ממנה.

שכירות דינה כהלואה, ואמרינן בה חזקה. כן מוכח בב"מ קב: דבשכירות ופדיון הבן אמרינן חזקה זו, והטעם כיון שאינה משתלמת אלא לבסוף.

6. האם הוחזק כפרן כשטוען שפרע בתוך זמנו? מרדכי כתב שכן והביאו השו"ע, ונחלקו האחרונים בהבנת דבריו:

הבנה א' – מיירי כשטוען פרעתי בתוך הזמן, וכיון שאינו נאמן הוחזק כפרן. **כן הבינו הסמ"ע, הקצות והגר"א,** והגר"א כתב שצ"ע שהרי הגמ' מסתפקת האם חזקה זו היא ברמה של אגן סהדי ולא מועיל מיגו או לא, וכיון דלא איפשיטא א"כ לא הוחזק כפרן, שהרי אולי הוא באמת פרע בתוך זמנו!! ואע"פ שאינו נאמן אך זה לא מכח שיש לנו ידיעה שהוא משקר, אלא שעליו חובת הראיה. אולם, הקצות ב'משובב' כתב במפורש שטעם הדבר מפני שהחזקה היא 'אגן סהדי' וא"כ ודאי לנו שלא פרעת והוחזק כפרן. אולם, הוסיף שהיינו דווקא בב"ד, אך אם טען כן בפני עדים ואח"כ אומר פרעתי פעם שניה כיון שלא הייתי נאמן – נאמן, דלא אמרינן הוחזק כפרן אלא בב"ד, כמבואר בסי' עט.

הבנה ב' – מיירי כשטוען פרעתי פעם נוספת מכיון שחייבוני ב"ד לשלם. **כן הבינו הש"ד והנתיבות.** דבמקרה של הבנה א', פשיטא שלא הוחזק כפרן כמו שאמר הגר"א. אלא שכאן הוחזק כפרן שהרי מדוע שילמת פעם שניה? **הש"ד תמה** מדוע אינו יכול לומר שפרע פעם נוספת שהרי לא היה נאמן על הפרעון הראשון!! **והנתיבות ביאר** שמייירי שבפעם הראשונה תבעו בפני עדים ואמר פרעתי תוך זמני, ועכשיו תובעו בב"ד וטוען פרעתיך פעם שניה, ולכן אינו נאמן שהרי בפעם הראשונה לא התחייב לשלם ע"פ ב"ד וא"כ מדוע פרע בשנית!! אולם, אם בראשונה תבעו בב"ד וחייבוהו לשלם – ודאי שנאמן לומר שפרע בשנית.

7. מה הדין כשתובע בשמא? סמ"ע – לא אמרינן חזקה. ש"ד – ביתומים אמרינן, וכן הסכים הקצות דטענינן שאביהם היה טוען שמא. אך בו עצמו הקצות מסתפק דלטעם הב"י שמלוה הטוען שמא על שטר חייב שבועה וכיון שאינו יכול לשבע מפסיד – א"כ תוך זמנו אין שבועה וצריך לגבות, אך אם הטעם מדין ברי ושמא א"כ גם כאן אמרינן, או דילמא כיון שיש חזקה היא תועיל אפי' כשטוען שמא!!

אם טוענינן שניהם שמא: קצות ותומים – אמרינן חזקה, דלא גרע משטר שכששניהם טוענים שמא נוטל המלוה בלא שבועה. נתיבות – לא אמרינן, דאיתרע חזקה, כמו בחזקת ג"ש דבעינן טענה (וצ"ע מה הקשר!! ותו דבחזקת ג"ש אינה מדין חזקה אלא מדין מוחזקות!!), ודווקא בשטר מהני בשמא ושמא דלא ריע טענתיה דמלוה דסמך על שטרו.

8. מה הדין בתרי ותרי? רעק"א מסתפק האם אמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקמיה אחזקה, או דילמא החזקה כאן היא בגדר אגן סהדי, ותרי כמאה. וכ"כ החת"ס שלא תועיל חזקה בתרי ותרי.

9. מלאכה המתפרדת לכמה שלבים: כל שלב ושלב נחשב כהגיע זמנו, ונאמן לומר שפרע את אותו שלב; כגון השוכר סופר לכתוב לו כמה קונטרסים, כל קונטרס זמנו הוא. דעת הש"ד שנאמן לומר שפרע בשלב הראשון גם את השלבים הבאים כדי שלא יטריד אותו. והנתיבות חלק וכתב שאין ראיה לדברי הש"ד, ואף הוא לא אמר זאת בהלואה עם כמה זמני פרעון, אלא במלאכה שאין ידוע בכמה זמן יגמור אותה, דרך בה שייך הטעם דלא ליטרידן.

סעיף ב

אם מת בתוך זמן, ובא לטרוף [מלקוחות] במלוה בשטר, להרמב"ם אינו צריך שבועה, וי"א שצריך. ואם הלוח ח' ואמר שפרעו, י"א דצריך המלוה לישבע שלא פרעו, וגובה. וי"א דאינו צריך שבועה (בטור שתי הדעות), וכן עיקר (נ"י פ"ק דב"ב וב"י).

1. מת הלוח בתוך הזמן, האם גובים מהלקוחות בשבועה? דעת הרמב"ם - לא. כמו שמיתומים אין צריך שבועה בכה"ג, שהרי יש חזקה ולא חיישינן לצררי תוך זמנו. רב האי גאון והרא"ש - צריך ואע"פ שביתומים לא חיישינן, אך שאני לקוחות שאולי האבא פקד לפני מותו והם אינם יודעים מזה, סמ"ע. והש"ד והלבוש כתבו שהטעם מפני שהאב אינו חש לטובת הלקוחות, ולכן אולי הפקיד צררי אך לא ציוה על כך קודם מותו. (שהרי אפי' הלוח מודה שלא פרע תוך זמנו - צריך שבועה מהלקוחות; ש"ד).

2. אם הלוח חי וטוען שפרע, האם צריך לישבע? י"א שכן כ"כ הרא"ש, וטעמו שאע"פ שביתומים א"צ לישבע, שאני התם שלא חיישינן להכי, אך כשטוען ברי שפרע - צריך לישבע. וי"א שלא כ"כ הרי"ף בתשובה והר"י

מיגש, כיון שיחזקה אין אדם פורע תוך זמנו. וכתב הרמ"א שכן עיקר. והש"ך הכריע שלכו"ע צריך לישבע היסת לאחר הפרעון, וא"צ לישבע קודם הפרעון, ולא נחלקו בהכי וכמו שיתבאר בסמוך.

מהי דעת הרמב"ם? הבי"ב כתב שדעתו כדעת רבותיו הר"ף והר"י מיגש שא"צ לישבע, שהרי פסק שאפי' כשיש עד אחד שפרע תוך זמנו אינו צריך לישבע שבועת התורה, ובפשוטו מייירי אף כשהתובע טוען ברי; א"כ מוכח שדעתו שא"צ המלוה לישבע. **אולם, הש"ך דחה דבריו**, שהרמב"ם דיבר לגבי שבועת התורה של ע"א, אך לא לגבי שבועת היסת שלאחר הפרעון, שודאי צריך לישבע אם תובעו בברי. וראייתו של הש"ך, מלקמן סימן שז שהשו"ע והרמב"ם פסקו שאע"פ שטוען פרעתי השכירות תוך הזמן וצריך לשלם, אך יכול להשביעו היסת, וא"כ מאי שנא מהכא?! ואין לחלק בין שכירות להלוואה או בין שטר למלוה ע"פ, ולכן הוכיח הש"ך שודאי לכו"ע יכול להשביעו היסת לאחר הפרעון, שהרי זה כמו תביעה חדשה! ורצה לומר שאף הר"ף לא חלק על זה. **וכן הסכים הגר"א עם הש"ך.**

הנתיבות תירץ שלכו"ע יכול להשביעו היסת לאחר הפרעון, אם יתבענו בתביעה חדשה ובהכי מייירי בסימן שז, אולם הכא **נחלקו בשאלה** האם ביי"ד כשפוסקים אומרים 'צא תן לו', או שאומרים לו 'צא תן לו', ותישבע אח"כ היסת שלא פרע פעמיים'.

סעיף ג

(כן משמע מרמב"ם פ"ז משכירות) תבעו ביום שנשלם בו הזמן, ואמר ליה: פרעתיך היום, אם היא מלוה על פה נאמן, בשבועת היסת, דעביד איניש דפרע ביום משלם זמניה. ואם היא מלוה בשטר, דינו כמלוה בשטר שלא קבע לו זמן.

ב"מ קב. 'בעו מיניה מרבי ינאי: שוכר אמר נתתי, ומשכיר אמר לא נטלתי, על מי להביא ראיה? - אימת? אי בתוך זמנו - תנינא, אי לאחר זמנו - תנינא וכו' לא צריכא, ביומא דמשלם זמניה. **מי עביד איניש דפרע ביומא דמשלם זמניה, או לא? -** אמר להו רבי יוחנן: תניתוה, שכיר בזמנו נשבע ונוטל. שכיר הוא דרמו רבנן שבועה עליה, משום דבעל הבית טרוד בפועלו. אבל הכא - שוכר מהימן בשבועה'.

אע"פ שחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו, אך ביומא דמישלם זימניה עשוי לפרוע, ולכן נאמן לטעון פרעתי היום.

סעיף ד

וי"א דהא דאמרינן בתבעו ביום שנשלם הזמן וא"ל: פרעתיך היום, דנאמן, הני מילי כשתבעו בסוף היום; אבל קודם לכן, אינו נאמן. וכי אמר בסוף היום: פרעתיך תוך זמני, נאמן, במגו דפרעתיך היום. (ו"א דוקא דטעין איהו, אבל ליתמי ידיה לא טענין) (נ"י פ' השואל).

1. דעת השו"ע: אף ביומא דמישלם זימניה, אינו נאמן לטעון פרעתי היום - רק בסוף היום; וממילא נאמן אז לומר גם פרעתי תוך זמני במיגו דפרעתי היום. **דעת הסמ"ע:** כל היום נאמן לטעון פרעתי היום, אולם לטעון 'פרעתי תוך זמני במיגו דפרעתי היום' נאמן רק בסוף היום. **דעת הש"ך:** כל היום נאמן לומר פרעתי היום, אך לומר פרעתי תוך זמני במיגו דפרעתי היום - הוי ספיקא דדינא (לדעת התוס' - הוי מיגו דהעזה, ולדעת הרמב"ן הוי מיגו טוב), והמע"ה.

ב"ב ה. "אמר ריש לקיש: הקובע זמן לחבירו, ואמר לו פרעתיך בתוך זמני - אינו נאמן". תוס' גרסו 'ובא בזמנו ואמר לו וכו'', נמצא שריש לקיש מדבר כשתובעו ביומא דמישלם זימניה ואפי"ה אינו נאמן לומר 'פרעתיך תוך זמני', ואע"פ שבהמשך הסתפקה הגמ' האם אמרינן 'מיגו' ולכא"ו אפשר לפשוט מכאן דלא אמרינן? **תירצו התוס'** דביומא דמישלם זימניה אין זה מיגו טוב דלא חציף איניש למימר פרעתיך היום, אלא לומר פרעתי אתמול ושכחת. מבואר בתוס' שאע"פ שכל היום יש לו נאמנות - אך אין לו מיגו באותו היום. **אולם, הרמב"ן חלק** וכתב שמייירי כשבא ותבעו בתוך זמנו, ולכן אין לו מיגו שהרי אינו נאמן לומר פרעתי עכשיו דהוא תוך זמנו. אולם, ביומא דמישלם זימניה נאמן לטעון פרעתי תוך הזמן במיגו דפרעתי היום. **הקצות** הקשה על התוס' הרי קי"ל שבממון אמרינן מיגו דהעזה?! ותירץ שיש חילוק בין הפה שאסר למיגו, וספק הגמ' האם מועיל מיגו נגד חזקת אאפתי"ז הוא רק כשיש לו 'הפה שאסר' שמפיו אנו חיים, ולכן בכה"ג אמרינן שנאמן לומר שפרע תוך זמנו. אולם, כשידוע שהוא עומד בתוך הזמן אלא שיש לו מיגו אחר - פשיטא שאינו נאמן במיגו. ולכן, ביומא דמישלם זימניה שהחזקה ידועה לפנינו בלא דיבור - אע"פ שיש לו מיגו שפרע היום אינו נאמן, כיון שאין כאן 'הפה שאסר'. ובהכי יישב עוד כמה קושיות מיתומים בסי' קח. והש"ך לא הסכים לחילוק זה, ולכן התקשה בסברת התוס'.

בדברי הטור ישנה סתירה כיון שבתחילת דבריו משמע שביומא דמישלם זימניה נאמן לומר פרעתי היום, אלא שאינו נאמן לטעון פרעתי מיד בתחילת היום, כיון שבכה"ג פירוש דבריו פרעתי בתוך הזמן. אולם, בסוף דבריו כתב שרק בסוף היום נאמן לטעון פרעתי היום, אך באמצע היום אינו נאמן, והגמ' בב"מ דיברה בסוף היום!! **הב"י נקט** שהעיקר כסוף דבריו, שרק בסוף היום נאמן לטעון פרעתי, אך באמצע היום לא. **הש"ך כתב** שאם כבר צריך לדחוק ולומר שחלק מדבריו

הטור אינם בדווקא, עדיף לומר שהסיפא אינה בדווקא, והעיקר שכל היום נאמן לומר פרעתיך היום, ונאמן אף במיגו. אלא שלדינא כיון שבמיגו יש מח' הוי ספיקא דדינא והמע"ה. אולם, **הסמ"ע נקט** ליישב דברי הטור, שברישא מיירי בטענת פרעתי היום, שבוה נאמן כל היום. אולם, בסיפא מיירי בטענת פרעתיך בתוך זמני שאינו נאמן אלא במיגו, וזה לא מועיל ביומא דמישלם זימניה כשיטת התוס', אלא רק בסוף היום נאמן במיגו.

סעיף ה

תבעו אחר זמנו, או בסוף יום שנשלם זמנו, וטען שפרעו בזמנו, נשבע הלוח היסט, ונפטר.

1. תבעו אחר זמנו, או בסוף היום שנשלם זמנו לגבי מקרה זה עיין בסעי' הקודם וטען שפרעו בתוך זמנו – נשבע היסט ונפטר, דנאמן במיגו.

ב"ב ה: "איבעיא להו: תבעו לאחר זמן, ואמר לו פרעתיך בתוך זמני, מהו? מי אמרינן: במקום חזקה אמרינן מה לי לשקר, או דילמא במקום חזקה לא אמרינן מה לי לשקר?" ולא איפשיטא ואזלינן לקולא לנתבע, ונאמן בהיסת ואין מוציאין ממון מידו. הקצות כתב דהיינו דווקא כשיש לו 'הפה שאסר' אך בסתם מיגו אינו נאמן. אולם, הש"ך לא קיבל חילוק זה, וסובר שבכל מיגו נאמן.

2. אם תפס המלוה בעדים – אין מוציאין מידו, דהוא בעיא דלא איפשיטא; ש"ך.

3. אם תפס שלא בעדים – א"צ לישבע.

סעיף ו

נפטר הלוח תוך זמן, והוציאו יורשיו כתב פרעון, סתם, שפרע כל חובו לראובן קודם מותו, נתבאר בס"י ע"א. (וע"ל בס"י פ"ד סעיף ב' וסימן פ"ה ס"א).

סעיף ז

מי שיש לו שטר על חבירו לפרועו לזמן פלוני, ואבד ממנו, ותבעו תוך זמנו; וכן אם השטר יוצא מתחת ידי אחר, וזה תובעו תוך זמנו, והלה טוען: ממני נפל ופרעתי, לא אמרינן בכי הא אין אדם פורע תוך זמנו בסימן מ"א.

סעיף ח

הא דאמרינן חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו, היינו דוקא בקובע זמן; אבל בסתם הלואה אף על פי שזמנה שלשים יום, נאמן לומר: פרעתיך בתוך שלשים יום.

1. דווקא בקובע זמן אמרינן חזקה, אך בסתם הלואה שזמנה ל' יום – לא. כ"כ התוס' הרא"ש והרמב"ן.

מה החילוק בין קובע זמן לסתם הלואה? סמ"ע (א) – הטעם הוא מפני שביקש זמן גילה דעתו שצריך למעות עד סוף הזמן, משא"כ בסתם הלואה. קצות (ח) – קשה משכירות ופדיון הבן וכדו' שלא גילה דעתו ואפ"ה אמרינן חזקה!! אלא הטעם מפני שכך הוא מנהג העולם. נתיבות (י) – אין ראייה משכירות ופדיון הבן וכדו' דהתם הטעם הוא מפני שעדיין לא מטי זמן חיוביהו, משא"כ במלוה דאע"פ שמתחילה חייב המעות, אך מכך שקבע זמן מוכח שהיה צריך למעות עד אותו זמן ואינו נאמן לומר שפרע.

2. מה הדין בקביעות זמן של ב"ד? רמב"ן – נאמן לומר פרעתי בתוך זמני; וכן הסכימו הקצות, התומים והנתיבות. ש"ך – אינו נאמן, דמדוע שיהיה חילוק ביניהם!! והקצות והתומים ביארו טעמו של הרמב"ן, שזמן ב"ד הוא רק כדי שהאדם ישיג כסף לפרוע, אך אם יש לו מעות – אין נותנים לו זמן. ונמצא שכאשר השיג מעות – חייב לפרוע מיד, ולכן נאמן לומר שפרע ברגע שהשיג כסף. משא"כ בהלואה שאינו מחויב לפרוע עד שיגיע הזמן.

3. בפדיון הבן אמרינן שאין אדם פורע תוך זמנו, דכל ל' יום לא הגיע זמן חיובו כלל. ב"מ קב: "דתנן: מת האב בתוך שלשים יום – בחזקת שלא נפדה עד שיביא ראייה שנפדה, לאחר שלשים יום – בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה".

ב"ה מוצ"ש וארא כ"ו טבת התשע"ה

סימן עט

דין האומר: לא לויתני, והחילוק שבין צא תן לו או חייב אתה ליתן לו, ובו י"ד סעיפים.

סעיף א

טענו: מנה הלויתניך, וכפר בב"ד ואמר: לא היו דברים מעולם, ובאו שני עדים שלוח ממנו מנה ופרעו, והמלוה אומר: לא נתפרעתי, הרי זה חייב לשלם. הגה: דכל האומר: לא לויתני, כאלו אומר: לא פרעתי דמי, ונאמן על עצמו יותר מק' עדים, ומה שאומר לא לזה, הרי הוכחש בעדים (טור), ואין המלוה חייב שבועה, שהרי הוחזק זה כפרן. ואם לאחר שפרעו חזר ותבעו, ואמר: פרעתיך 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 ידי, אם הוחזק כתב ידו בבית דין או שבאו עדים שהוא כתב ידו, הרי זה הוחזק כפרן, ומשלם.

1. התובע לחברו בב"ד ואמר להד"מ, ובאו עדים שלוח ופרע – חייב לשלם, דכל האומר לא לויתני כאומר לא פרעתי דמי, ונמצא שהודה שלא פרע. והמלוה פטור אף מהיסת, שהרי הנתבע הודה שהוא חייב. וכיון שהוכחש בעדים בב"ד – הוחזק כפרן, ואינו נאמן לומר אח"כ חזרתי ופרעתיך, אלא צריך להביא עדים שפרע לו זה החוב.

שבועות מא: "ההוא דאמר ליה לחבריה: הב לי מאה זוזי דאזיפתך, אמר ליה: לא היו דברים מעולם, אזל אייתי סהדי דאזיפיה ופרעיה; אמר אביי: מאי ניעבוד? אינהו אמרי אוזיפיה, אינהו אמרי פרעיה. **רבא אמר: כל האומר לא לויתני, כאומר לא פרעתי דמי**"; וק"ל כרבא.

המבי"ט כתב שדין זה הוא רק כאשר הלוח עומד בטענה לא לויתני גם לאחר שבאו עדים והכחישוהו, אולם אם חזר בו וטען נזכרתי שפרעתי – נאמן, שהרי עדים מסייעים לדבריו. אולם, כתב הש"ך שמסתימת כל הפוסקים לא נראה הכי, אלא שאף אם חזר בו אינו נאמן, אלא חייב לשלם דכיון שטען לא לויתני הרי הודה שלא פרע, והודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

מדוע כתב הרמ"א "הודאת בע"ד יותר ממאה עדים"? סמ"ע – דאי לאו הכי אמרינן אוקי תרי להדי תרי וסלק עדותן, וא"כ נשארת תביעת התובע וצריך לישבע היסת. חת"ס – בא לאשמועינן שאף אינו יכול לגלגל עליו עוד שבועה. ט"ז – דאי לאו הכי אמרינן סלק עדותן, ומעמידים לגברא על חזקת כשרות.

2. אף אם כפר בכתב ידו – הוחזק כפרן, וכגון שבאו עדים שזה כתב ידו, או שהוחזק בב"ד.

סעיף ב

התובע מחבירו מנה, והשיב לו: יתכן שאתה חייב לי כמו כן המעות שאתה תובע ממני, יש מי שאומר דהוי כאומר: יתכן שאתה חייב לי ואיני חייב לך, והרי כפר, וכאומר: לא פרעתי, דמי. הגה: ועיין לקמן סימן פ"א סעיף כ"ג, אם יוכל לומר: טעיתי בהודאה, במקום מיגו.

אם תבעו מנה, והשיב לו: יתכן שאתה חייב לי מנה כנגדם – אם באו עדים שאינו חייב לו כנגדם – חייב לשלם המנה, שהרי הודה שלא פרעו, אלא טען יש לי בידך כנגדם. כ"כ הרשב"א בתשובה.

סעיף ג

מי שהודה בבית דין שחייב לזה התובע מנה, ואחר כך אמר: נזכרתי שפרעתי לו חובו זה שהודיתי בו, והרי עדים, הרי זה עדות מועלת ועושים על פיהם, שהרי לא הכחיש עדות, ואינו כאומר: לא לויתני מעולם. הגה: ודוקא שטען שפרעו קודם שבאו העדים, אבל אם באו העדים תחלה, אינו נאמן (נ"י פרק קמא דב"מ).

1. **המודה בב"ד שחייב לחברו מנה, האם יכול לומר נזכרתי שפרעתי?** כן, ודוקא שיש לו עדים על שטעה, פסק כרמב"ם, ולא כר"י מיגש שאינו יכול לומר נזכרתי שפרעתי. אך אם טען בתחילה להד"מ – אינו נאמן לומר טעיתי ונזכרתי שלויתני, כ"כ הנמוק"י. הרמ"א הוסיף שדוקא אם חזר בו קודם שבאו

עדים שפרע, כ"כ הנמוק"י, וטעמו דאי לאו הכי חיישינן שמא אינו זכור בפרעון, אלא שאומר כן מחמת עדותם. והש"ך כתב שמדברי הרב המגיד מוכח שנאמן בכל ענין.

נחלקו בדין זה הרמב"ם והר"י מיגש, דעת הר"י מיגש שהמודה בבי"ד אינו נאמן לומר נזכרתי שפרעתי; אולם דעת הרמב"ם שנאמן (ט"ו פ"ז, ה"ז). הנמוק"י בריש מציעא (ב. מדפי הרי"ף) כתב שבגמ' מוכח שאם באו עדים שפרע אינו יכול לחזור בו ולומר נזכרתי שפרעתי, **וכתב שהרשב"א והר"ן תמהו על דברי הרמב"ם הללו, כיון שהבינו שהוא מדבר אף אם חוזר בו אחר שבאו עדים** שהוא פטור. אולם, הוא העמיד שאף הרמב"ם לא דיבר אלא כשחוזר בו קודם שבאו עדים, והוא מביא את העדים לסייע לדבריו. אך אם באו עדים ואח"כ חוזר בו – אינו נאמן, כיון שסמכין טפי על הודאתו ודילמא חזר בו מחמת העדים ולא מחמת שזכר בו.

סעיף ד

אמר לו: מנה הלוייתך בפני פלוני ופלוני, ואמר לו: לא היו דברים מעולם, ובאו עדים שמנה לו, אף על פי שלא ידעו אם דרך הלואה נתנם לו או דרך מתנה, הוחזק כפרן. ואם יטעון אח"כ: דרך מתנה נתנם לי או פרעון היו, אינו נאמן. אבל אם טען תחלה: אמת שקבלתי ממך מנה אבל במתנה היו או בפרעון חובי – נאמן, כיון שאינו מכחיש העדים, ונשבע היסת, ונפטר.

ואם הכמין לו עדים מבחוץ ושמעו שנתנם לו דרך הלואה, וטען זה: לא היו דברים מעולם, ודאי הוחזק כפרן על פי העדים. אבל אם טען: אני לא קבלתי ממנו אלא בפרעון שלי ומפני שלא הייתי יכול להוציא ממנו הודיתי לו כל מה שאומר כדי להוציא חובי ולא חששתי להודות לו שהיה דרך הלואה כיון שלא ראיתי עדים, טענתו טענה, ונשבע היסת, ונפטר.

1. טענו מנה הלוייתך בפני פו"פ ואמר להד"מ, ובאו עדים שמנה לו מנה ולא ידעו אם היה זה מתנה או הלואה – הוחזק כפרן, ואינו נאמן לטעון שהיה זה דרך מתנה. אך אם מתחילה טען: אמת שנתת לי מנה, אך היה זה במתנה או בפרעון חובי – נאמן, ונשבע היסת ונפטר. שבועות לד. בסופו: "תיב רב המנונא קמיה דרב יהודה, ויתיב רב יהודה וקא מיבעיא ליה: מנה מניתיך בפני פלוני ופלוני ועדים רואין אותו מבחוץ, מאי? א"ל רב המנונא: והלה מה טוען? אי אמר לא היו דברים מעולם, הוחזק כפרן! אי אמר אין, שקלי ודידי שקלי, כי אתו עדים מאי הוי? א"ל: המנונא, את עול תא". וכתב הרא"ש שכיון שהוחזק כפרן, אינו נאמן לחזור ולטעון שבאמת נתן לו דרך מתנה.

הקצות הקשה מדוע שלא נאמר שכיון שמטבע עומד להלואה, א"כ כשראו בסתם נתינה הרי זו נתינה להלואה; דומיא דדברים העשויים להשאיל ולהשכיר!! ותירץ שבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אמרינן שלא יצאו מחזקת מ"ק, ולכן אין משמעות למחזקות בהם, כיון שאנו יודעים איך הם הגיעו לידך. משא"כ במלוה שלהוצאה ניתנה, א"כ גם לדברי המלוה המעות יצאו מרשותו, אלא שהוא טוען שחברו חייב לו את שוים ועל כך אין הוא נאמן.

לדעת המהרש"ל והסמ"ע מיירי דווקא כשטוענו 'בפני פלוני ופלוני', דכיון שהזכיר לו את שמותם היה לו להיזכר במה שנעשה בפניהם. אולם, לדעת הב"ח והש"ך מיירי דווקא כשתובעו 'מנה מניתיך' ולא 'מנה הלוייתך' דאם תובעו מנה הלוייתך וטען להד"מ לא הוחזק כפרן, שהרי הוא טוען שמעולם לא לוו ממנו, ומה שנתן לו מעות במתנה אין זה ענין לתביעתו.

כתב ב"י בשם בעה"ת דאפי' בעדות מיוחדת (דהיינו אחד ראה מחלון זה וחברו מחלון אחר) הוחזק כפרן.

2. עדים בהכמנה:

א. אם הכמין לו עדים מבחוץ ושמעו שנתן לו דרך הלואה: אם טען להד"מ – הוחזק כפרן, ואינו נאמן לומר אח"כ שהיה זה דרך מתנה. אך אם טען שקיבל ממנו בפרעון חובו, וכדי להוציא ממנו הוצרך להודות שמקבלם בהלואה, ולא חשש להודות לו כיון שלא ראה שיש עדים – נאמן ואפי' כשאין לו מיגו, קצות. כיון שאינם יודעים מההלואה אלא מכח ששמעו הודאתו, ונאמן לתת אמתלא על הודאתו.

ב. אם הכמין לו עדים מבחוץ וראו שמקבלם דרך הלואה: ש"ך – בכה"ג בכל ענין אינו נאמן, וחייב לשלם, דדוקא כשלא ראו ההלואה אלא שמעו שהודה לו, א"כ כיון שהם סומכים על דיבורו – יכול ליתן אמתלא לדבריו שהוכרח להודות לו, משא"כ הכא שראו מעשה ההלואה והוחזק בעיניהם דהוא הלואה – אינו יכול לטעון שום דבר. וכשהוחזק בעיניהם הלואה – יכולים להעיד בסתם שהוא חייב לו מנה; ש"ך. **וכן הסכים הקצות. תומים, כנה"ג** – אף כשראו נתינת המעות יכול לטעון לא קיבלתיים אלא בחובי, והוצרכתי להודות לו שהיה זה הלואה

כיון שאחרת לא היה נותן לי המעות, ודווקא כשיש לו מיגו דפרעתי, אך אם אין לו מיגו אינו נאמן שהרי מודה שחברו נתן לו מעות, ואינו נאמן לומר שחברו חייב לו כנגדם ולתופסם בחובו. כן ביאר הנהיבות, ורצה לומר שכך גם דעת הש"ך.

סעיף ה

טענו: מנה לי בידך, ואמר: לא היו דברים מעולם, ועדים מעידים שהלוהו, וחזר ואמר: פרעתיך, הוחזק כפרן לאותו ממון, וחייב לשלם, ואין המלוה צריך לישבע. ודוקא לאותו ממון הוחזק כפרן, אבל לא לממון אחר, ונאמן עליו בשבועתו, כשאר כל אדם.

1. טען מנה לי בידך, ואמר להד"מ ובאו עדים שהלוהו – הוחזק כפרן לאותו ממון, ושוב אינו נאמן לומר שפרעו אח"כ עד שיביא ראיה. ונוטל המלוה בלא שבועה. ב"מ יז. "אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: מנה לי בידך, והלה אומר: אין לך בידי כלום, והעדים מעידים אותו שיש לו, וחזר ואמר: פרעתי – הוחזק כפרן לאותו ממון". וכתב רש"י: "שאין נאמן עוד עליו לומר החזרתי ופרעתי, עד שיפרע בעדים".

2. אע"פ שהוחזק כפרן לממון זה – לא הוחזק כפרן לממון אחר. וכמו שכתוב בגמ' שם בהמשך "הוחזק כפרן לאותה איצלא" דווקא. וכן מוכח מהעדאת עדים, שאע"פ שהוחזק כפרן על הני הראשונים, נשבע שבועת התורה על הני האחרים ונפטר; ש"ך.

כשהוחזק כפרן לממון אחד, אע"פ שלא הוחזק לממון אחר – אך גרע חזקת נאמנות שלו, ואם יש לו שטר עם נאמנות אפ"ה אינו גובה אלא בשבועה; סמ"ע.

3. כתב הרשב"א: א' שהעידו שפרץ לבית פלוני וגנב שטרותיו, אם אח"כ הוציא עליו שט"ח – אינו גובה בהם, דהוחזק כפרן. ודעת הש"ך דלא הוחזק כפרן, וגובה שטרותיו. דהוחזק כפרן לממון זה, לא הוחזק לממון אחר. ואע"פ שביררו שגנב כמה שטרות מראובן, אין זה אומר שגנב שטר זה. וכתב שהרשב"א סובר שחשוד שהוציא שטר אינו גובה בו כיון שאינו יכול לישבע, אך לדין דק"ל שגובה בו, כיון שמדאורי' היה גובה בלא שבועה, א"כ הכא נמי יגבה בו שהרי מדאורי' השטר כשר. והקצות כתב שאף לדין הפסיד שטרותיו, דאם הלוה חי וטוען שנגנבו ממנו עוד שטרות – נאמן מדין תקנת גזול ונשבע בנק"ח ונפטר, ואם הלוה מת הרי הוא כחשוד שמוציא שטר על היתומים דמפסיד, כיון שהחמירו בשבועת היתומים (כמבואר בס"י צב, יב). ודעת הנהיבות שנפטר בלא שבועה, דכיון שגנב מביתו שטרות – לית ליה יחזקה שטרך בידי מאי בעי?.

4. הוחזק כפרן היינו דווקא בפני ביי"ד, ולא בפני עדים. לכן הגזול את חברו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים, ולא אמרינן שהוחזק כפרן אע"פ שודאי גזל, כיון שלא גזלו בפני ביי"ד אלא בפני עדים, אך אם חטף בפני ביי"ד – הוחזק כפרן; קצות.

סעיף ו

וכן אם טען: לא היו דברים מעולם, והוציא המלוה שטר בעדים שהלוהו, הוחזק כפרן, ואין המלוה צריך לישבע, אפילו אם אין נאמנות בשטר.

הוחזק כפרן אף כשלא הביא עדים שהלוהו, אלא שהוציא עליו שטר שהלוהו, כיון שעדי השטר מכחישים אותו.

סעיף ז

וכן אם הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו, ואמר: לא היו דברים מעולם וזה אינו כתב ידי, אם הוחזק כתב ידו בבית דין, או שראו עדים שהוא כתב ידו, הוחזק כפרן, ומשלם, ואינו נאמן לומר: פרעתי, עד שיודה לו בעל דינו, או יביא עדים שפרע בפניהם. הגה: מי שהודה בבית דין שחייב לחבירו, ואחר כך אמר: נזכרתי שפרעתי לו והרי עדים שפרעתי לו, נאמן.

1. אף ע"י כתב ידו שהוחזק בביי"ד – הוחזק כפרן, ואינו נאמן לומר פרעתיך אח"כ. כבר כתבו המחבר בסעיף א, ושם בא ללמדנו שאינו נאמן לומר שפרע בתחילה, וכאן שאינו נאמן לומר פרעתיך אח"כ שוב; סמ"ע.

2. הודה בביי"ד שחייב לחברו, ואמר נזכרתי שפרעתי והביא עדים – נאמן. הסמ"ע הקשה הרי כבר כתב המחבר דין זה בסעי' ג? והש"ך תירץ שהכא מיירי כשהודה על שטר שביד חברו, והו"א שהכא גרע טפי – קמ"ל שנאמן כשיש לו עדים שפרעו.

סעיף ח

כל מי שהוחזק כפרן, שכנגדו נוטל בלא שבועה, ואם ירצה, יחרים סתם על מי שנוטל ממונו שלא כדין.

הוחזק כפרן – שכנגדו נוטל בלא שבועה, ולא דמי לחשוד שתיקנו לו דין 'שכנגדו', דשאני הכא שיש לו ריעותא בממון זה; סמ"ע. אך יכול להחרים סתם על הנוטל ממונו שלא כדין. ולאחר שפרעו יכול להשביעו היסט שפרעו פעמיים.

סעיף ט

אינו מוחזק כפרן, אא"כ כפר בבית דין ובאו שני עדים והכחישוהו. אבל הטוען: לא היו דברים מעולם, וחייבוהו שבועה, וכשבא לישבע חזר וטען: פרעתי, או: איני יודע, או שטען הלוא: איני יודע, וחזר וטען: לויתי ופרעתי, הואיל ולא הכחישוהו עדים, אלא שמדקדק בשבועתו לעשותה כתקנה, כיון ששתי הטענות באות לפוטרו, ישבע שאינו יודע, ויפטר. הגה: ואפילו במקום דאיכא למימר דמה שהודה משום שראה עדים שבאו, מכל מקום הואיל והודה קודם שבאו העדים, לא הוחזק כפרן (בית יוסף מ"כ ומרדכי פרק הנשבעין). וכן אם היה קול בעיר שלוה, אם לא שהקול מפורסם דאז הוי כאלו כבר באו עדים דמי (הג"א ס"פ המקבל ומרדכי פרק ח"ה), כמו שנתבאר לעיל סימן ע"ב סעיף י"ח. וכן אפילו הכחישוהו עדים, אם לא היתה הכפירה בבית דין, לא הוחזק כפרן. אבל אם התובע אמר לעדים שכפר בפניהם: אתם עדי שטען לא לויתי, ושתק הלה, אם חזר ואמר: פרעתיך קודם לכן, אינו נאמן. אבל אם אמר: פרעתיך אחר כך, נאמן.

1. דווקא כשהכחישוהו עדים – הוחזק כפרן.

אם הוכחש ע"י עד א' אינו מוחזק כפרן. אך נחלקו הרמב"ם והרשב"א האם כשטען לא לויתי ובא ע"א שלוה וחזר וטען פרעתי מה דינו? רמב"ם – משויל"מ, רשב"א – פטור. ועיין בהרחבה בס"י עה סעיף יג, מס' 2.

חוזר מפטור לפטור

2. אך אם לא הכחישוהו, אלא שהוא מעצמו חוזר בו מטענת פטור אחת לטענת פטור אחרת – נאמן, וישבע שכדבריו כן הוא ויפטר. כגון שטען להדי"מ וחייבוהו שבועה, וחזר וטען פרעתי או איני יודע, כיון שמדקדק בשבועתו לעשותה כתיקנה – נאמן.

3. טען איני יודע אם פרעתי האם יכול לחזור בו לטענת פרעתי? ש"ך בשם מהרש"ל – לא, דכיון שטען איני יודע אם פרעתיך חייב לשלם, והוי מחויב לפטור. אולם, ברמ"א בס"י עה מבואר שיכול לחזור בו, וצ"ל שהטעם מפני שלא הוי 'חוזר מפטור לפטור' אלא שהוא מפרש דבריו הראשונים, ששכח ועכשיו נזכר. כ"כ הש"ך, והגר"א שם. וחוזר מפטור לפטור היינו כשטוען שטענתו הראשונה הייתה שקר.

4. אפי' אם ראה עדים ממשמשים ובאים, וחזר בו מפטור לפטור – נאמן; רמ"א. והש"ך מפקפק בזה. הבי"כ בשם מצאתי כתוב (תשובת מהר"ם). הסמ"ע תמה הלא הטור כתב כן במפורש בס"י פ בשם הר"י מיגש והרמב"ם!! והש"ך דחה דבריו דשם מיירי שבאו העדים אחר שחזר בו, אך הכא מיירי שראה עדים ממשמשים ובאים. והש"ך תמה על דין זה, וכתב שהרא"ש ורבינו ירוחם חולקים עליו, וכתב שצ"ע לדינא.

5. אם היה קול מפורסם כנגד טענתו הראשונה, אינו יכול לחזור ולטעון טענה אחרת; רמ"א. והש"ך והקצות פקפקו בזה. הדרכי משה כתב כן בשם הגה' אשר"י ומרדכי, שאם חזר בו אפי' יש קול כנגדו נאמן, אך לא במקום שהקול מפורסם. והש"ך והקצות הקשו מה בכך שהקול מפורסם, הניחא לענין מיגו כאשר יש קול נגד הטענה השניה, אמרינן שלית ליה מיגו כיון שלא רצה לטעון כן, שהרי היא טענה גרועה; אך הכא כבר טען את הטענה הזאת אע"פ שיש קול כנגדה! אלא שכתבו שאם טעם הדין של חוזר מפטור לפטור הוא מדין מיגו, אז אמרינן שאין לו מיגו כיון שלא רצה לעמוד בטענתו הראשונה, שהרי יש קול כנגדה. אלא שהקצות כתב שהטעם אינו מדין מיגו, אלא שכל זמן שלא נתחייב יכול לחזור בו, ולכן דחה דין זה וכתב שאין להוציא ממון. והש"ך כתב שאף יש לו מיגו, שהרי כיון שאין מוציאין ממון ע"פ קול, אם היה עומד בטענתו הראשונה לא היה מתחייב.

6. אם הכחישוהו עדים, אך לא טען כן בבי"ד – חייב לשלם, אך לא הוחזק כפרן ונאמן לומר שפרעו לאחר מכן.

סעיף י

מנה לי בידך, אמר לו בפני עדים: הן, למחר אמר ליה בפני בית דין: תנהו לי, אמר לו: נתתיו לך, נשבע היסת, ונפטר. אבל אם אמר ליה: מעולם לא היה לך בידי, והעידו עדים שהודה לו, הוחזק כפרן, שכבר הודה שהיה לו בידו, והודאתו כמאה עדים דמי. אם אמר ליה: אין לך בידי, סתם, לא הוחזק כפרן, שיכול לתקן דבריו הראשונים ולומר: אין לך בידי שאמרתי היינו לומר שפרעתי לך. וה"ה אם אמר: איני חייב לך, או: שקר אתה טוען, (או שאומר: איני יודע מה אתה אומר) (מרדכי פ"ק דכתובות), שיכול לתקן דבריו.

אם הודה לו בפני עדים שחייב לו, ולמחרת תבעו בב"ד ואמר פרעתי – נאמן. דהמלוה את חברו בעדים וכ"ש המודה בעדים – א"צ לפרעו בעדים. אך אם אמר – להד"מ – הוחזק כפרן. שהרי הודה לעדים שחייב לו. ואם אמר – אין לך בידי, או איני חייב לך, או שקר אתה טוען, או איני יודע מה אתה אומר – לא הוחזק כפרן, כיון שיכול לבאר דבריו שכוונתו שפרע לו. משנה שבועות לח: "מנה לי בידך, אמר לו: הן, למחר אמר לו: תנהו לי, נתתיו לך – פטור, אין לך בידי – חייב".

סעיף יא

אמר לו: מנה הלוייתך בצד עמוד פלוני, השיבו: לא עברתי בצד עמוד פלוני מעולם, ובאו עדים שעבר בצדו, אבל לא ראו שהלוהו, לא הוחזק כפרן, דמלתא דלא רמיא עליה אמר ולא אדעתיה. אמר: פרעתיך בפני פלוני ופלוני, ובאו אותם פלוני ופלוני ואמרו: לא היו דברים מעולם, נתבאר בסי' ע'.

כל מלתא דלא רמיא עליה דאיניש – לאו אדעתיה. ולכן אם טענו מנה הלוייתך ליד עמוד פלוני, וכפר ואמר לא עברתי שם מעולם, לא הוחזק כפרן אע"פ שבאו עדים שעבר שם – כיון שאין זה דבר חשוב אינו אמור לזכור אותו.

שבועות לד: "ההוא דא"ל לחבריה: מנה מנתי לך בצד עמוד זה, א"ל: לא עברתי בצד עמוד זה, אתו תרי סהדי אסהידו ביה דהשתין מים בצד עמוד זה, אמר ר"ל: הוחזק כפרן. מתקיף לה ר"נ: האי דינא פרסאה הוא! מי קאמר מעולם? בעסק זה קא"ל. איכא דאמר, ההוא דא"ל לחבריה: מנה מנתי לך בצד עמוד זה, א"ל: לא עברתי בצד עמוד זה מעולם, נפקו ביה סהדי דהשתין מים בצד עמוד זה, אמר ר"נ: הוחזק כפרן. א"ל רבא לר"נ: כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש, עביד לה ולא אדעתיה". וכן מא: "ההוא דאמר ליה לחבריה: הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך, א"ל: לא פרעתיך בפני פלוני ופלוני? אתו פלוני ופלוני אמרי: לא היו דברים מעולם; סבר רב ששת למימר: הוחזק כפרן, אמר ליה רבא: כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש – לאו אדעתיה". ונתבאר בסי' ע'.

סעיף יב

אמר ליה: פרעתיך מנה בסחורה פלונית שהיה השער שלה כך וכך, והביא הלה עדים שלא היתה שוה כל כך, ותובע ממנו המותר, וחוזר וטוען: פרעתיך או באותה סחורה או בדבר אחר, הוחזק כפרן, שבני אדם נותנים דעתם לזכור סכום השער; לפיכך גובה ממנו המלוה מה שנשאר מהחוב בלא שבועה.

הודאה בב"ד או עדות בב"ד, כמלוה בשטר דמי; ולפיכך כותבים ונותנים לבעל דינו. בד"א, כשלא קבל הדין עד ששלחו ב"ד של ג' שהיו יושבים מעצמם במקום הקבוע להם והביאוהו כמו שנתבאר בסי' ל"ט. אבל ב' שבאו לדין, ותבע א' מהם את חברו ואמר לו: מנה לי בידך, ואמר לו: הן, בין שאמרו: חייב אתה ליתן לו, בין שאמרו: צא תן לו, ויצא ואמר: פרעתי, נאמן, וישבע היסת שפרעו. לפיכך אם חזר התובע לדיינים ואמר: כתבו לי הודאתו, אין כותבים לו, שמא פרעו ויבא לגבות ממנו פעם שנית (ועיי' לעיל ס"ו ל"ט סעי' ט').

1. אם הוכחש בעדים לגבי סכום השער – הוחזק כפרן, דסכום השער אנשים זוכרים. שבועות מא: "ההוא דאמר ליה לחבריה: הב לי שית מאה זוזי דמסיקנא בך, א"ל: ולא פרעתיך מאה קבי עפצי דקיימי בשיתא שיתא? א"ל: לאו בארבעה ארבעה הוו קיימי? אתו תרי סהדי ואמרו: אין, בארבעה ארבעה הוו קיימי, אמר רבא: הוחזק כפרן. אמר רמי בר חמא, הא אמרת: כל מילתא דלא רמיא עליה דאיניש – לאו אדעתיה! א"ל רבא: קצותא דתרעא מידכר דכרי אינשי".

2. אם סירב לבוא לדין, עד ששלחו אחריו ביי"ד של ג' שיושבים במקום קבוע ונתחייב בדין, הרי ביי"ד כותבין ונותנים הפסק לבעל דינו, כיון שהודאה או עדות בביי"ד בכה"ג הרי היא כמלוה בשטר, ואינו נאמן לומר פרעתי.

3. אולם, אם בא מעצמו לדין ונתחייב – אין כותבין ונותנים לבעל דינו, דנאמן לומר אח"כ פרעתי, וישבע על כך היסת. ולכן, אפי' אם ביקש הבע"ד שיכתבו לו – אין כותבין לו.

סעיף יג

שנים שבאו לדין, ונתחייב האחד לשני, ואמרו לו: צא תן לו, ויצא, וחזר ואמר: פרעתי, ועדים מעידים אותו שלא פרעו, כגון שלא זזה ידם מתוך ידו, הוחזק כפרן לאותו ממון. הגה: אבל אם לא אמרו כן, אלא אמרו שתבעו לפניו ולא פרעו, לא הוחזק כפרן, דדלמא פרעו אח"כ (הרא"ש פ"ק דמציעא); אבל אם אמרו לו: חייב אתה ליתן (לו), ויצא, וחזר ואמר: פרעתי, ועדים מעידים שלא פרעו, כגון שלא זזה ידם מתוך ידו, לא הוחזק כפרן, שזה נשמט מהם עד שיחקרו דינו. לפיכך אם חזר פעם אחרת וטען שפרעו, ולא היו שם עדים שמכחישים אותו פעם שניה, הרי זה נשבע היסת שפרעו, ונפטר. לפיכך היו בקיאי הדעת שבספרד, כשיודה הלוח או כשיתחייב שבועה בבית דין, אומר לו בבית דין: הוו עלי עדים שלא יפרעני או שלא ישבע לי אלא בפני עדים.

1. אם נתחייב בדין ואמרו לו: "צא תן לו", ויצא ואמר פרעתי והוכחש בעדים דוקא שהעידו שלא זזה ידם מתוך ידו, לאפוקי אם העידו שתבעו ולא נתן לו דדילמא נתן לו אח"כ, רמ"א בשם הרא"ש ודלא כרש"י. – הוחזק כפרן.

2. אם אמרו לו: "חייב אתה ליתן לו", ויצא ואמר פרעתי והוכחש בעדים – חייב לשלם שוב, אך לא הוחזק כפרן, דלשון זה אינו משמע חיוב גמור, ולכן הוא משתמט מהם. ונאמן לטעון אח"כ פרעתי.

המקור לסעיפים יב-יג: ב"מ טז: "וכפרן, הואיל ואתא לידן נימא ביה מלתא. דאמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן: אמרו לו צא תן לו ואמר: פרעתי – נאמן. בא מלוה לכתוב – אין כותבין ונותנין לו. חייב אתה ליתן לו, ואמר: פרעתי – אינו נאמן. בא מלוה לכתוב – כותבין ונותנין לו. **רב זביד משמיה דרב נחמן אמר:** בין צא תן לו בין חייב אתה ליתן לו ואמר פרעתי – נאמן. בא מלוה לכתוב – אין כותבין ונותנין לו. אלא, אי איכא לפלוגי – הכי הוא דאיכא לפלוגי. אמרו לו צא תן לו ואמר פרעתי, והעדים מעידין אותו שלא פרעו, (וחזר ואמר פרעתי) – הוחזק כפרן לאותו ממון. חייב אתה ליתן לו ואמר פרעתי, והעדים מעידין אותו שלא פרעו, וחזר ואמר פרעתי – לא הוחזק כפרן לאותו ממון. **מאי טעמא – אשתמוטי הוא קא משתמיט מיניה, סבר: עד דמעיינו בי רבנן בדיני.** ופסקו הרי"ף והרא"ש כרב זביד, כיון "שאין המון העם מפרשים ומבדילים בין צא תן לו ובין חייב אתה ליתן לו, הכל נראה להם פסק דין ועביד דפרע".

וכתב הרי"ף "ואע"ג דקיי"ל דעדות בביי"ד או הודאה בביי"ד כמלוה הכתובה בשטר דמי, הני מילי דלא ציית דינא, אי נמי ציית דינא ואתברר דלא פרע, אבל היכא דציית דינא ונפיק ליה מבי דינא אדעתא דקבליה עליה לדינא ואמר פרעתי נאמן".

3. לכן, כשמודה הלוח או שמתחייב בביי"ד, אומר התובע 'אל תפרעני או תשבע לי אלא בפני עדים', ושוב אינו נאמן לומר פרעתיך.

סעיף יד

במה דברים אמורים, דציית דינא. אבל אם יצא מלפני בית דין בסרבנות, ושמתוהו, אינו נאמן לומר: פרעתי, וגובה אפילו ממשעבדי; לפיכך כותבים למלוה, אפילו בלא דעת הלוח. הגה: מי שקיבל לפני ב"ד לפרוע לחבירו, ואחר כך בא ואמר: כבר חייב לי, אינו נאמן, דודאי אלו היה כך לא קבל עליו בבית דין לפרוע; אף על גב דיש לו מיגו דיכול לומר: פרעתי, במקום חזקה אלימתא כי האי, לא אמרינן מיגו (ב"י סימן ע"ה בשם הרשב"א).

1. אם יצא מביי"ד בסרבנות ונידוהו, אינו נאמן לומר פרעתי, וגובה התובע אפי' ממשעבדי דכל מעשה ביי"ד יש לו קול, סמ"ע. והלכך כותבין ביי"ד למלוה אף בלא דעת הלוח. כ"כ התרומות בשם הראב"ד.

2. מי שקיבל על עצמו לפני ביי"ד לפרוע לחברו, ויצא ואמר יש לי בידו כנגדו – אינו נאמן, דאילו היה חייב לו – לא היה מקבל על עצמו לפרוע. ואפי' במיגו דפרעתי אינו נאמן, דבמקום חזקה אלימתא כי האי לא אמרינן מיגו.

ב"ה

סימן פ

באיזו ענין טוען וחוזר וטוען, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

מי שטוען בב"ד טענה אחת ונתחייב בה, אינו יכול לטעון טענה אחרת שסותרת הראשונה. (ואפילו יש עדים על טענה שניה לא מהני) (נ"י פ' ח"ה) (כדלעיל ריש סי' ע"ט). אבל אם בא לתקן טענה ראשונה ולומר: כך נתכוונתי, ויש במשמעותה לשון שסובל זה התיקון, שומעין לו. במה דברים אמורים, שלא יצא מבית דין. אבל אם יצא מבית דין, אין שומעין לו, דשמא למדוהו לטעון שקר. אבל כל מה שטוען חוץ לבית דין, יכול לחזור ולטעון, אפילו לסתור טענתו הראשונה, לפי שאין אדם מגלה טענותיו אלא לבית דין. במה דברים אמורים שאינו טוען וחוזר וטוען לסתור טענתו הראשונה, כשנתחייב בדין בטענה ראשונה. אבל אם יכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה, יכול לחזור ולטעון ולזכות בטענה האחרת ואף על פי שלא נתן אמתלאה לטענה הראשונה (טור בשם ר"י מג"ש ורמב"ם והוא בסוף פ"ז מהלכות טוען), ואף ע"פ שיצא מבית דין וחזר, יש לו לחזור ולטעון ולהפך כל הטענות שירצה, מפטור לפיטור, עד שיבואו עדים (ועיין לעיל סי' ע"ט ס"ט). אבל מאחר שיבואו עדים ויכחישו טענתו (הראשונה) שסמך עליה, אינו יכול להשיאו לטענה אחרת אלא אם כן נתן אמתלא לטענה שסמך עליה ויש במשמעה כמו שהשיא בזאת הטענה האחרת, והוא שלא יצא מבית דין. הגה: וכל זה דוקא לאחר כדי דבור; אבל תוך כדי דבור, יוכל לחזור ולסתור טענתו הראשונה (טור) (ד"מ בשם מהרי"ו סי' ט"ו). ובכל זה אין חלוק בין אם טען בראשונה ובא אחר כך לטעון טענה אחרת, או אם שתק תחלה ובא לטעון אחר כך, אלא אם כן נתן טעם למה שתק בתחלה (תשובת הרא"ש כלל ס"ד סי' ג' ומהרי"ו סימן ע"ז). ודלא כיש חולקין דאם שתק יכול לחזור ולטעון (הגהות מיימוני פ"ז דטוען בשם מוהר"ם).

סעיף ב

יש אומרים שלאחר שכתב טענתו בשטר אינו יכול לחזור ולטעון, ואפילו בנותן אמתלא, ואפילו לא הוכחש. (וי"א דהבית דין יכתבו הטענות, כדי שלא יוכלו לחזור ולטעון) (ריב"ש סי' רצ"ח) וע"ל סי' י"ג סעיף ג'.

ב"ה יום א' כ' טבת ה'תשע"ה

סימן פא

אם הודה מעצמו מתי יכול לומר משטה אני בך, ובו לב סעיפים.

סעיף א

אמר לחבירו: מנה לי בידך, אמר ליה בפני עדים: הן, למחר אמר ליה: תנהו לי, והשיב: משטה הייתי בך, נאמן, וצריך לישבע שהוא כדבריו שכוונתו להשטות בו. ואפילו לא טען: משטה הייתי בך, אלא: לא היו דברים מעולם, פטור, דמילי דכדי (פ"י דברים שאין בהם ממש) לא דכירי אינשי. הגה: ולא אמרין טענת משטה אלא ביחיד המודה, אבל לא בציבור המודים, דאין דרכן להשטות (ריב"ש ש"ס' שע"ו/תע"ו). מי שאמר לחתנו העשיר: תלמד עם בנך ואני משלם לך, פטור, כיון דלא עני הוא ובלאו הכי חייב ללמד עם בנו, יכול לומר: משטה הייתי בך, ואף על גב דלא טעין, טענין ליה, אף על גב דלא טענין ליה בשאר משטה (מרדכי פ' זה בורר ואגודה בתשובת מהר"ם).

1. תבעו חברו מנה והודה לו בפני עדים – אם טען משטה הייתי בך נאמן, וצריך לישבע היסת שכוונתו לשטות. סנהדרין ל'. "אם אמר הוא אמר לי כו' עד שיאמרו בפנינו הודה לו שהוא חייב לו מאתים זוז. מסייע ליה לרב יהודה, דאמר רב יהודה אמר רב: צריך שיאמר אתם עדיי. איתמר נמי, אמר רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן: מנה לי בידך? אמר לו: הן. למחר אמר לו: תנהו לי! אמר: משטה אני בך – פטור. וכו' חסורי מיחסרה והכי קתני: אם לא טען – אין טענין לו".

לגבי השבועה – כ"כ הרא"ש בשם רב סעדיה גאון, שלא גרע מכל כופר בכל שנשבע היסת. אלא שהוסיף שדין זה נכון דווקא כשתבעו שחייב לו בלא ההודאה, אך אם חברו אינו יודע על החוב אלא מכח הודאת חברו – אינו חייב אף היסת, שהרי אין נשבעין היסת בשמא. **וכתבו הסמ"ע והש"ך שישבע שאינו חייב לו ושכוונתו הייתה להשטות בו.**

2. אם טען להד"מ נאמן, דמילי דכדי לא דכירי אינשי. "אמר אביי: לא שנו אלא דאמר משטה אני בך, אבל אמר: לא היו דברים מעולם – הוחזק כפרן. אמר ליה רב פפא בריה דרב אחא בר אדא, הכי אמרין משמיה דרבא: כל מילי דכדי לא דכירי אינשי". הנמוק"י כתב שלדעת רש"י ור"ח אם טען להד"מ ובאו עדים שהודה אינו נאמן, אא"כ יבאר דבריו בפירוש שאמר להד"מ כיון שההודאה הייתה בהשטאה. אולם, דעת הרי"ף והרמב"ם שאף כשטוען להד"מ ובאו עדים ולא ביאר דבריו נאמן, דאנו מבארים שכיון שהתכוין לשטות לא זכר שהודה, ולא הוכחש מהעדים. הב"י הבין שאין מח' בדבר ואף רש"י ור"ח מודים לרי"ף והרמב"ם, וכן הבין הש"ך. אולם, הקצות ביאר דברי רש"י והר"ח כמו שכתבנו, שלדעתם אם טען להד"מ ובאו עדים אינו נאמן אא"כ יבאר דבריו שכוונתו הייתה לשטות. אמנם, לכו"ע הרמב"ם והרי"ף פסקו שבכל ענין אנו מבארים שכוונתו הייתה לשטות, **ולכן לדינא בכל ענין שטען להד"מ אינו מתחייב אפי' באו עדים.**

3. לא אמרין 'משטה' בציבור. שאין דרכם לשטות; כ"כ הרמ"א בשם הריב"ש, והש"ך תמה שאף הריב"ש לא אמר כן אלא בתור סניף לטעמים אחרים אבל בלא זה אמרין משטה אף בציבור. התומים ביאר טעם הדבר, מפני שלגבי ציבור באמירה בעלמא חלה ההתחייבות וא"צ בקנין, וא"כ כמו שיחיד שעשה קנין אינו יכול לטעון משטה, כך גם בציבור. והש"ך כתב שאע"פ שא"צ בקנין, אך אולי יכולים לטעון משטה.

4. מה הדין אם טוען טעית? ש"ך – נאמן, דעדיף ממשטה. תומים – אינו נאמן.

5. האומר לחתנו העשיר תלמד עם בנך ואני אשלם – פטור, שיכול לומר משטה ואף אם לא טען – טענין ליה אע"פ שבשאר משטה לא טענין; כ"כ הרמ"א בשם המרדכי.

כתב הסמ"ע שגם לקמן בסי' שלו צריך להגיה 'חתנו העשיר', דדוקא מכיון שהוא עשיר ומחויב ללמוד עם בנו אמרין שהסבא התכוון להשטות, ולכן טענין ליה אע"פ שלא תבעו והודה. הש"ך כתב שא"צ שיהיה דווקא עשיר, אלא כל שאינו עני ומחויב ללמוד עם בנו. הקצות דחה דבריהם שאף אם האבא עני הוא מחויב ללמוד עם בנו, אלא שהטעם הוא מפני שאם האב עני ההתחייבות חלה מדין 'אמירה לצדקה' שנחשבת כנדר, וכיון שיש כאן מצות צדקה לא אמרין שכוונתו להשטות.

הסמ"ע ביאר שאע"פ שלא טענין משטה, כאן טענין כיון שברור שכוונתו הייתה לשטות. אולם, הש"ך כתב שטעם הדבר מפני שכל הדין של משטה הוא כשמודה על העבר, אולם כאשר הוא מודה להבא, דהיינו הוא מתחייב בכל ענין יכול לטעון משטה אף כשלא קדמה תביעה. ובכה"ג גם ההתחייבות לא מועילה שהרי לא היה מעשה קנין, ואף לדעת הרמב"ם שאמירה בעלמא מחייבת בלא קנין – אך זה דווקא בהתחייבות גמורה בלא תנאי. הקצות דחה דבריו, דכאן החיוב חל מדין שכירות שמחייבת באמירה בלבד, ולכן אם לא היה כאן טעם השטאה – היה חייב מדין שכירות, ואע"פ

שהשליח מחויב בכך מדין מצות ת"ת, אפי"ה חלה שכירות. והנתיבות חלק וסבר שכאשר הוא מחויב בדבר מדין מצוה, לא חלה עליו תורת שכירות.

סעיף ב

בד"א, בבריא. אבל שכיב מרע שתבעו חבירו, והודה, אינו יכול לומר: משטה הייתי בך, שאין אדם משטה בשעת מיתה. הגה: וה"ה אחרים שהודו לו או שתקו לצוואתו, הוי כהודאה, ולא יכולין למימר שעשו שלא להכעיס השכיב מרע (מרדכי פ' זה בורר).

1. אין אדם משטה בשעת מיתה, ולכן שכ"מ שתבעוהו והודה – חייב. ב"ב קעה. "בעי רבא: שכיב מרע שהודה, מהו? צריך לומר אתם עדי, או אין צריך לומר אתם עדי? צריך שיאמר כתובו, או אין צריך לומר כתובו? אדם משטה בשעת מיתה, או אין אדם משטה בשעת מיתה? **בת דבעיא הדר פשטה: אין אדם משטה בשעת מיתה**, ודברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו".

מהו שכ"מ? כל חולה מושכב על מיטתו, וכן חולה מסוכן שעומד על רגליו.

2. מה הדין אם הבריא וטען משטה הייתי? ב"י – אינו נאמן, דבשעה שהודה היה שכ"מ. ש"ך – נאמן, דהגמ' אמרה שבסתמא אינו משטה ולכן לא חיישינן לכך, אך אם טען בבריא ששיטה – נאמן. והקצות והנתיבות הסכימו עם הב"י, והוכיחו מאחרים שאינם משטים לשכ"מ, אע"פ שהם בחיים וטוענים בברי.

3. וכן אין משטים לאדם בשעת מיתתו, ולכן אחרים שהודו לו או שתקו לציווי – אינם יכולים לטעון השטאה; מרדכי בשם הראב"ה. **הט"ז דחה דין זה**, שהרי מבואר בסעי' ז ששתיקה מתחילה ועד סוף אינה משמשת כהודאה, וכן **הסכים הקצות. אולם, הנתיבות תירץ** דשם מיירי ששתק לאמירת חברו, ולכן השתיקה אינה הודאה, אולם כששתק למעשה חברו – בכה"ג השתיקה בכל ענין הוי כהודאה, ולכן כאן דברי שכ"מ ככתובים וכמסורין דמי, וחשיב כמעשה.

אימתי אמרינן דין זה? ש"ך – דווקא כשהשתיקה מהוה כהודאה, דהיינו שיכול להיות שהשכ"מ אומר אמת, אך לא אמרינן שהשתיקה תהא כמחילה ולכן כשידוע אחרת ממה שאמר אין השתיקה כלום; ש"ך.

אם מודה שהודה באתם עדי, אע"פ שיש לו מיגו אינו נאמן לטעון משטה, דהוי כמיגו במקום עדים; כ"כ הש"ך.

סעיף ג

בבריא נמי, דוקא איהו גופיה מצי למטען: משטה הייתי בך, אבל אי לא טעין, לא טענינן ליה אן. אבל ליורשיו, טענינן שמא לא כוון אביהם אלא להשטות.

1. טענת משטה לא טענינן ליה. סנהדרין כט. "חסורי מיחסרה והכי קתני: אם לא טען – אין טענינן לוי". ופירשו הראשונים שאם לא טען משטה אני – אין טוענים לו, והיינו כגון שלא טען מתחילה להד"מ, אלא מודה שהודה בפני העדים אך טוען שפטור; סמ"ע. והש"ך כתב שאין ראיה מהש"ס, דאולי כוונת הגמ' שאם אינו טוען שהוא פטור, אין טוענים לו אך אם טוען שפטור טוענים לו השטאה. ולכן כתב שהמקור הוא מדברי ר"י במרדכי, ולא כב"י שפירש דברי ר"י במרדכי דמיירי לענין שבועה, והגיה בדבריו 'דאי לא טעין טענינן ליה' והיינו שישבע.

2. ליורשיו טענינן משטה.

סעיף ד

יש מי שאומר שאם התובע תופס ממון הנתבע בשעת הודאתו כנגד המנה שהוא מודה לו בו, אף על פי שיש עדים שהוא ממונו של זה הנתבע, שוב אינו יכול לטעון טענת השטאה.

1. אם התובע תפס ממון הנתבע בשעת הודאתו – אינו יכול לטעון משטה.

האם מדובר כשתופס במיוחד בשביל תביעה זו? סמ"ע – לא, אלא אף אם היה לתבוע ממון הנתבע בידו מחמת חוב אחר וכדו'. לבוש, ש"ך – כן, דאין סיבה לומר שבגלל שמחזיק ממון חברו בידו לא יטעה בו, שהרי הוא יודע שיוכל להוציא ממנו.

האם מועילה תפיסה לאחר ההודאה? תרומות וב"ח – לא, דדוקא כשתופס בשעה שמודה מוכח שלא כיוון להשטות. ש"ך – כן, דאף אם תפס לאחר מכן, וחברו שותק מוכח שהודאתו הייתה באמת ולא בהשטאה.

סעיף ה

לא מהניא טענת השטאה אלא כשתבעו והודה; אבל אם לא תבעו, והוא הודה מעצמו, אינו יכול לטעון: משטה הייתי בד' (וע"ל סימן זה סעיף י"ד).

רק כאשר הודה לתביעה – יכול לטעון 'משטה הייתי בד' דיכשם שאתה שיטית בי לשאול מה שאינו, כך אני שיטיתי בד'. כן פסקו הטור והשו"ע, וכ"כ הרא"ש והנמוק"י, וכן משמע דעת התוס' ורש"י וכן הסכים הקצות לדינא. ודעת הש"ך שאף כשהודה מעצמו יכול לטעון משטה.

הראשונים הוכיחו זאת מב"ב קעה. בדברי רבא לגבי שכיב מרע שאינו משטה בשעת מיתה, ומוכח שם שאם אמר 'מנה לפלוני בידי' ולא טענו היתומים שחזר ואמר פרעתי – נותנים, ומדוע שלא נטען לבניו שכיוון להשביע את בניו (כמו שאמרו רב ושמואל לפני זה!! תירצו שיש חילוק בין הטענות, שטענת השבעה שייכת רק כאשר הודה מעצמו, ואילו בב"ב מדובר שהודה לתביעה ולכן לא שייכת רק טענת השטאה. הרא"ש והנמוק"י הוסיפו שטענת השטאה אינה שייכת אלא כשתבעו והודה ומהטעם שכתבנו. (הגר"א הוכיח דין זה מהגמ' בסנהדרין שנחלקו האם טוענים ליתומים השבעה, אך לכו"ע לא טענין להו משטה!! מוכח שכאשר הודה מעצמו לא טענין משטה).

אולם, הרי"ף תירץ שרבא דיבר כשהודה ב'תורת הודאה' ולכן לא טענין השבעה, אולם רב ושמואל דיברו כשהודה לא בתורת הודאה ולכן טענין השבאה. הרא"ש בב"ב ביאר שהכוונה האם הייתה תביעה או לא, אולם אין זה פשוט הרי"ף. אלא נראה שכוונתו כמו שכתב הרמב"ם שהשאלה האם זה דרך הודאה או דרך שיחה. דהיינו שכאשר ההודאה נראית רצינית מדי לא שייך לומר כאן השבעה. ונמצא שאין לנו מקור לחלק בין הודה לתביעה או לא. וכן האריך הש"ך להוכיח שאף כאשר הודה מעצמו יכול לטעון טענת משטה, וכתב שכן דעת הרמב"ם שלא הזכיר חילוק זה בשום מקום, אלא חילק בין דרך הודאה לדרך שיחה. אף כשהודה מעצמו יכול לטעון משטה. וכתב שכן דעת הרבה ראשונים. (לאפוקי מהב"י שהבין שאין חולק על דין זה, ולכו"ע השטאה שייכת רק כשהודה לתביעה, והשבעה כשהודה מעצמו).

הקצות דחה דברי הש"ך, שאדם אינו נאמן לחזור בו מדבריו הראשונים אא"כ נתן אתלא לדבריו, כמו שמוכח לגבי איסורים. ולכן אינו יכול לטעון משטה, אא"כ יש לו אתמלא מדוע שיטה, ולכן רק כשתבעו ויש לו אתמלא – יכול לטעון משטה.

אע"פ שאינו יכול לטעון משטה, הרי יכול לטעון השבעה וא"כ מה נפק"מ? א. אי טען משטה אינו נאמן. ב. למ"ד שבפני התובע אינו יכול לטעון השבעה, אם הודה מעצמו גם אינו יכול לטעון השטאה. ג. אם טען להד"מ, הוחזק כפרן דהשבעה אינה מילי דכדי ודכירי לה, לאפוקי השטאה. כ"כ הש"ך. והקצות חלק שאף כשטען השבעה הוי מילי דכדי, ואם טען להד"מ לא הוחזק כפרן. ודוקא כשהודה בדרך שיחה.

סעיף ו

אם כשתבעו הודה בפני ב"ד, או שהודה בפני עדים וייחדום לעדים, בין שאמר להם הנתבע: אתם עדי בהודאה זו, או שאמר התובע: אתם עדים, ואמר הנתבע: כן תהיו עדים, או ששתק הנתבע, שוב אינו יכול לומר: משטה אני בד', אבל יכול לטעון: פרעתי.

1. אינו יכול לטעון משטה:

א. כשהודה בפני ב"ד.

ב. כשהודה בפני עדים שייחדום לעדים (בין אם הנתבע אמר אתם עדי, ובין אם התובע אמר אתם עדי והסכים הנתבע או ששתק).

2. ואפי' הכי יכול לטעון פרעתי, דלא גרע מעדי הלואה שנאמן לומר פרעתי.

3. כל תנאי שבממון אינו יכול לומר משטה; סמ"ע וש"ך בשם המרדכי. וכתב המרדכי הטעם שרק כאשר רוצה להשתיק את חברו מעליו שלא יטרדנו שייך לומר משטה, אך לא כשעושה מעשה ומתחייב בתנאי.

4. בהלואה ידועה ואמר המלוה לעדים כתובו ושתק הלואה – כותבין.

סעיף ז

הא דמהני אתם עדי, דוקא כשתבעו מנה ואמר ליה: הן, ואחר כך אמר: אתם עדי, ושתק ליה. אבל אם אמר לו: מנה לי בידך, והלה שתק, ואמר התובע לעדים: אתם עדי, ושתק הנתבע, אין שתיקתו כלום, דלא הוי שתיקה כהודאה אלא כשהודה לו תחלה ואמר ליה: הן, וכשאמר התובע: אתם עדי, שתק; אבל כששתק מתחלה ועד

סוף, יכול לומר: לא חששתי להשיבך. הגה: מי שהתנה עם בחור ללמוד עם בן חבירו, בפני אבי הבן, ואבי הבן שתק, שתיקה כהודאה דמיא; ואף על פי שלא דבר האב כלום, דהוי ליה לאב לאסוקי אדעתיה ולמחות (מרדכי פ' זה בורר ע"ל ר"ס של"ו), וכמו שיתבאר בסמוך סעיף י"ג.

1. כשאמר התובע אתם עדי ושתק הנתבע – מהני רק אם בתחילה השיב הנתבע כן ואח"כ שתק, אך אם שתק מתחילה ועד סוף – לא, דיכול לומר לא חששתי להשיבך.

הש"ך כתב בשם מהר"ם גלאנטי דכל מקום שיש לתלות שתיקתו בעבור שחשב בליבו מה לומר – לא אמרינן שתיקה כהודאה, והכל כפי שבי"ד יכולים לאמוד דעתו של השותק.

2. אם ראובן התנה עם בחור ללמוד עם בן שמעון בפני שמעון ושתק, שתיקה כהודאה דמי דהוה לי למחות, ואע"פ ששתק מתחילה ועד סוף; כ"כ הרמ"א. והתומים הקשה דהוי שתיקה מתחילה ועד סוף! ותיירץ הנהיבות שכיון שעשה מעשה בשלו ע"פ דיבורו ושתק – לכו"ע הוי הודאה, ולכן צ"ל שהבחור התחיל ללמוד עם בנו בפניו ושתק.

סעיף ח

אמר בפני שנים: הריני מודה לפניכם שיש לפלוני אצלי מנה, ואמר כן דרך הודאה גמורה ולא דרך שיחה, אעפ"י שלא אמר: אתם עדי, ואף על פי שאין התובע עמו, הרי זה עדות גמורה, ומשלם על פיהם.

1. אם הודה בפני שנים שחייב לחברו מנה, בדרך הודאה אע"פ שלא אמר 'אתם עדי' – הרי זו עדות גמורה וחייב לשלם.

כ"כ הרמב"ם, וכתב המ"מ שמקורו הוא דברי הרי"ף בב"ב קעה. שהזכרנו בסעי' ה. ושם מוכח שאע"פ שטענינן ליתמי השבעה, אך כשהודה בדרך הודאה לא טענינן השבעה. מכאן למד הרמב"ם שהודאה בדרך הודאה היא משמעותית, ולכן כתב שאף אינו יכול לטעון משטה, אך טענת שלא להשביע יכול לטעון גם בדרך הודאה. אלא שקשה, שהרי שם מבואר שאינו יכול לטעון גם השבעה!! תירץ הלח"מ שדווקא שלא להשביע את בניו איננו טוענים בכה"ג, כיון שהיא טענה גרועה, אולם שלא להשביע את עצמו אמרינן אף בכה"ג. ודוחק קצת.

הכס"מ כתב שמקורו של הרמב"ם הוא מהירושלמי בסנהדרין "אם היה מתכוין למסור לו עדות עדותו מתקיימת", דהיינו שאם נראה שהאדם מדבר ברצינות – הרי זו עדות טובה אף בלא אמירת אתם עדי. ואפ"ה השבעה אפשר לטעון כיון שכאשר אדם רוצה שלא להשביע את עצמו הוא עושה זאת בצורה רצינית כדי שאנשים ישתכנעו בדבר.

2. מהי דרך הודאה? פשט השו"ע חוץ מהלשון 'הריני מודה' צריך שיראה כאמירה רצינית. הש"ך ביאר ש'הריני מודה' זה בעצמו נראה רציני ומספיק, או שקיבץ את העדים לשם הודאה.

3. האם יש הבדל בין הודאה בדרך הודאה ל'אתם עדי'? מהר"י בן לב – אותו דבר, ויש להם אותם דינים. נמצא שגם לאחר אתם עדי יכול לטעון טענת השבעה. ש"ך – לא, בדרך הודאה מהני לסלק טענת השטאה, וכשהיא בפני התובע גם טענת השבעה. אולם, לאחר 'אתם עדי' אינו יכול לטעון כלום, ואף אם הודה שלא לפני התובע (שלא כטור הסובר שאתם עדי שלא בפני התובע אינו כלום).

4. אמירת 'אתם עדי' שלא בפני התובע? דעת הש"ך – מועילה, שלא כטור והאריך להוכיח לסתור דעת הטור, וכתב שלא נמצא כן בשום פוסק. והקצות האריך למצוא מקור לטור מדברי ר"י בעל התוס' בב"ק קח. לגבי גנב שהודה לשומר, שהגמ' מסתפקת האם נפטר מקנס בהודאתו לפני השומר או לא. ר"י מבין שהוא הדין גם לגבי הקרן, כיון שהשאלה היא האם להודאת בע"ד שלא בפני התובע יש תוקף או לא. וא"כ אולי גם הרא"ש וההג"מ סברי הכי. ושאר הראשונים יבארו שספק הגמ' הוא רק לגבי הודאה בקנס שבלאו הכי יש לה דינים מיוחדים.

סעיף ט

הודה בפני עדים הודאה גמורה, וחזו ליה סהדי אחריני, אף על גב דליתנהו לעדי הודאה, כי אתו עדי ראיא ומסהדי דאודי קמי הנך, חייב.

עדים שראו אדם שהודה הודאה גמורה בפני עדים – יכולים להעיד על כך. דהרי זה כאילו ראו ההלואה עצמה.

סעיף י

הודאה בפני עד אחד, היא הודאה, בין לישבע על פיו אם כפר, בין לפרוע, אם הודה שהודה בפניו.

1. הודאה בפני עד א' – שו"ע: הרי היא הודאה גמורה, בין לחייב שבועה אם כופר, ובין לשלם אם מודה. ש"ך: יכול לטעון קים לי כבעל המאור שאינה הודאה.

בעל המאור, הראב"ד ורבינו אפרים גאון כתבו שהודאה בפני ע"א אינה כלום ואפי' אמר לו אתה עד. ראייתם מהמשנה בסנהדרין שהתחילה בלשון יחיד וסיימה עד שיאמר בפנינו הודה, ומשמע שצריך להודות בפני שנים. וכן מב"ב מב' הודאה בפני שנים. **אולם, הרמב"ן במלחמות דחה דבריהם**, וכתב שהודאה בפני ע"א היא הודאה גמורה, **וכן הסכימו הרא"ש, הר"ן והרשב"א. וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע**. וטעמם שהיה למשנה להשמיענו רבותא שאפי' אמר לו אתה עד אינו כלום, ועוד ש'הודאה בפני שנים' בא להשמיענו שא"צ בג'. והביאו ראיה מסנהדרין ל: "הודאה אחר הודאה מצטרפין" מוכח שאפשר לצרף ב' עדים שכי"א הודה בפניו בנפרד. וכן מהכלל שכל מקום ששנים מחייבים ממון א' מחייב שבועה. **הש"ך כתב** שנראה לו כדבריהם, אלא שאינו כדאי לחלוק על כל הראשונים, אך יכול לומר קים לי כבעל המאור.

2. האם אפשר לצרף ב' עדים שכל א' מעיד שהודה בפניו לעדות אחת? הש"ך כתב שנחלקו בזה בעל המאור והראב"ד: דעת הראב"ד שלא, ואת הגמ' בסנהדרין העמיד שהודה כל פעם בפני ב', אלא שרק א' מהם בפניו. דעת בעל המאור שכן, וטעמו שכיון שהודה פעמיים מוכח שלא כיון לשטות. **אולם, הקצות כתב** שלכו"ע לא מהני, דומיא דא' מעיד א' בגבה וא' מעיד א' בכריסה דלא מצטרפים. דצריך שהעדים יעידו לנו על המציאות הדינית, ולא על המציאות העובדתית. ולכן אם כל א' בפני עצמו מעיד על מציאות שאינה מחילה דין בפני עצמה, אין בי"ד מצרפין את ב' העדויות כדי לבנות מזה מציאות דינית.

3. האם כשמודה שהודה בפני ע"א יכול לטעון משטה? גדו"ת – הסתפק בזה, ש"ך וקצות – לא מהני.

סעיף יא

החביא לו עדים אחורי הגדר, ואמר ליה: מנה לי בידך, אמר ליה: הן, אמר ליה: רצונך שתודה לי בפני עדים, והשיב לו: הייתי מודה לך בפני עדים אלא שאני מתיירא שמא תכפני שאשלם לך מיד, והעדים שומעין לו כל זה, פטור.

1. החביא לו עדים אחורי הגדר, ושמעו שהודה שחייב לו אלא שאמר שאינו רוצה להודות בפני עדים כדי שלא יכפנו לדין – אינה הודאה. כן מבואר בסנהדרין כט.

2. מה הדין אם שמעו שאמר לו שהוא מוכן להודות בפני עדים? רמ"ה – חייב, אע"פ שלמחרת כופר. רא"ש – פטור, דלא ידע שיש שם עדים, ולא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה. והש"ך הוסיף שאע"פ שזה דרך הודאה, כיון שלא ידע שיש שם עדים יכול לטעון שכיון להשטו. ולכן פסק כרא"ש.

3. האם צריך לטעון משטה? כן, דאי לא טען לא טענין ליה; ש"ך.

4. אם ידע שיש שם עדים מאחורי הגדר, ואמר שאינו רוצה להודות בפניהם כדי שלא יכפנו לדין – חייב לשלם, דהרי זה הודאה גמורה; כן הוכיח הש"ך.

סעיף יב

כל שראו ההלואה, אפי' בהכמנה (פ' תרגום וארב (דברים יט, יא) וכמן), מעידים עליה.

עדים שראו ההלואה, אפי' אם הלואה לא ראה אותם – יכולים להעיד; דדוקא בהודאה לא מהני דיכול לטעון משטה, משא"כ בהלואה דלא איברו סהדי אלא לשיקרי.

סעיף יג

החביא לו עדים בכילה, ואמר ליה: מנה לי בידך, אמר ליה: הן, אמר ליה: ערי ושכבי להו סהדי עלך, אמר ליה: לא, אינה הודאה. אבל אם שתק, היא הודאה. ודוקא כי האי גוונא, דאיבעי ליה לאסוקי אדעתיה שיש שם עדים, דלמה אמר: ערי ושכבי להו סהדי עלך, אם לא שהיו שם; אבל אי לא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה, כגון שאמר: אתם עדי, וזה אינו יודע שיש שם עדים, ושתק, אין הודאתו הודאה.

1. החביא לו עדים בכילה, ואמר לו 'עירי ושכבי להו סהדי עלך' - אם אמר לו לא אינה הודאה, אך אם אמר כן או ששתק הוי הודאה דאיבעי ליה לאסוקי אדעתיה שיש שם עדים, מכך שאמר לו 'עירי ושכבי', כ"כ הרא"ש על דברי הגמ' בסנהדרין כט. אך אם לא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה - לא, כמבאר בסעי' יא.
2. באיזה אופן אמר לו? ב"י - דווקא כשאמר לו בניחותא. ש"ך - אפי' כשאמר לו בלשון שאלה, שהרי בתחילה אמר לו הן, א"כ כששתק אח"כ מוכח שהודה.
3. האם עדים בהכמנה צריכים לראותו או מספיק שישמעו קולו? קצות - לא מהני טביעות עינא דקלא אע"פ שמהני באיסורין כמבואר בחולין ובגיטין, אך לא מהני בדיני נפשות כמבואר לגבי מסית. ודוקא באיסורין מהני כמו שסומכין על סימנים באיסור. נתיבות - מספיק ט"ע דקלא, דחמירא איסורא מממונא, ואי מהני באיסורין כ"ש בממונות. ודוקא לגבי דיני נפשות לא מהני דבעינן עדות של ראייה וידיעה, מה שא"כ בממון דסגי בידיעה שלא בראיה.

סעיף יד

לא תבעו שום אדם, אלא הוא בעצמו הודה דרך הודאה בפני עדים: מנה לפלוני בידי, וכשתבעו, אמר ליה: אין לך בידי כלום שלא הודיתי אלא שלא להשביע (פי' שלא להראות שבע ועשיר) את עצמי הודיתי, נאמן. (ואין חילוק בזה בין עני בין עשיר) (נ"י פרק מי שמת), בין שהיה בריא כשהודה בין שהיה שכיב מרע. ואם כשהודה בפניהם היה התובע עמו, אינו נאמן לטעון: לא הודיתי אלא שלא להשביע את עצמי. ויש מי שאומר שאפילו היתה ההודאה בפני התובע, נאמן לטעון: לא הודיתי אלא כדי שלא להשביע את עצמי. ולענין שבועה, אם טען: תן לי מנה שאתה חייב לי ואם תרצה לכפור הרי פלוני ופלוני שאמרת בפניהם שאתה חייב לי, אף על פי שהוא אומר טענת: שלא להשביע את עצמי, צריך לישבע היסת, דדל מהכא עדים, חייב לישבע על תביעתו. אבל אם אמר ליה: תן לי ק' שאמרת בפני פלוני ופלוני שאתה חייב לי, והוא טוען טענת: שלא להשביע, אף שבועה אינו צריך. הגה: טענת שלא להשביע טוענין לו אף על פי שהוא אינו טוען. וע"ל סי' זה סוף סעיף כ"א. ב"ד שהכריזו על כל מי שבידו של יתומים יודיע לבית דין הוא או שלוחו, והודה אחד (על ידי) שליח, לא יוכל אח"כ לומר: שלא להשביע הודיתי, מאחר שלא הודה מעצמו, שהרי היתה שם קצת תביעה. גם לא יוכל לומר: משטה הייתי, שהרי לא היתה שם תביעה מבעל דבר עצמו (ריב"ש שצ"ב).

1. אם הודה לחברו בלא תביעה בדרך הודאה - יכול לטעון אח"כ איני חייב לך כלום, ומה שהודיתי 'שלא להשביע את עצמי הודיתי', כלומר שלא אראה כעשיר ושבע.

לשיטת הש"ך: אם הודה מעצמו - יכול לטעון משטה אע"פ שלא הודה מחמת תביעה (לא כשו"ע). אם הודה בדרך הודאה - אינו יכול לטעון משטה, אך יכול לטעון שלא להשביע אח"כ הוא שכי"מ שאינו יכול לטעון השבעה בכה"ג. אם הודה בפני התובע - אינו יכול לטעון השבעה בכל ענין, אך יכול לטעון השטאה כאשר לא הודה בדרך הודאה. אם הודה באמירת 'אתם עדי' - אינו יכול לטעון כלום.

2. אף עני נאמן לטעון שלא להשביע את עצמי הודיתי, אע"פ שלכא"ו גם ככה א"א לא חושב שהוא עשיר, וכן מוכח מ"קב רש"י שאנשים החזיקוהו כעני ואפ"ה היה נאמן לטעון שלא להשביע. הש"ך כתב שדין זה נכון רק בהלואה, שהרי לטענתו יש לו הלואה ביד והוא עשיר, אך לא בפקדון שזה לא שייך ובמיוחד שבלאו הכי יש הסוברים שלא אמרינן השבעה בפקדון.

3. אף שכי"מ נאמן לטעון שלא להשביע, דשלא להשביע את בניו עשה כן. ודוקא כשהודה שלא בדרך הודאה, אך אם הודה בדרך הודאה אינו יכול לטעון שלא להשביע את בניו, אע"פ שאדם רגיל יכל לטעון כך אפי' אם הודה בדרך הודאה.

4. האם מועילה טענת השבעה בפקדון? רשב"ם - לא, לכן בעובדא דאיסור גיורא (ב"ב קמט). לא טענינן ליה השבעה. דדוקא במלוה שעבד ליה לאיש מלוה אמרינן שהוא לא התכוון לכך באמת, אולם בפקדון שאין לנו טעם זה לא אמרינן הכי. בהג' אשר"י מפורש שמועיל אף בפקדון וכן לפירוש שאר הראשונים בסוגיא אין ראייה לרשב"ם, שהרי שם התכוון לזכותו שבנו יזכה בפקדון, ולכן לא שייך לומר שם השבעה. וכן דעת הרמב"ם, ואולי אף הרשב"ם לא אמר כן אלא בשלא להשביע את בניו, אך שלא להשביע עצמו אמרינן אף בפקדון.

5. אם הודה בפני התובע: אינו יכול לטעון שלא להשביע כן דעת הרמב"ם, וי"א שיכול לומר כן דעת הרא"ש.

6. האם טענין טענת השבעה? רמ"א – כן, שו"ע (לקמן סעי' כא) – כתב בסתם שלא, כדעת הרמב"ם, והביא ב"א שכן כדעת הרא"ש. **ודעת הש"ך תתבאר בסעי' כא.**

7. אם טען אתה חייב לי מנה והרי עדים שהודית וטען השבעה – חייב היסת. שהרי טוענו בברי על החוב, ואף בלא עדי הודאה היה חייב לישבע לו. אך אם טען אתה חייב לי מנה שהרי הודית בפני עדים והלה טוען השבעה – פטור אף מהיסת, שהרי לטענתו אין כאן הודאה מחייבת כלל.

8. ב"ד שהכריזו שמי שיש בידו ממון יתומים שיודה לבי"ד, והודה אי' ע"י שלוחו – אינו יכול לטעון לא השטאה ולא השבעה, כ"כ הרמ"א בשם הריב"ש. מה הטעם? רמ"א – השבעה אי"א שהרי הודה לתביעה, והשטאה אי"א כיון שלא תבעו בע"ד עצמו אלא ב"ד. ש"ך – אע"פ שאפשר לטעון משטה גם כשהודה מעצמו, אך כיון שהודה לבי"ד אינו יכול לטעון משטה. הש"ך הוסיף שהרמ"א כתב טעמו מפני שהודה לשליח ב"ד, אך כשמודה לבי"ד עצמו בלאו הכי אינו יכול לטעון אף השבעה שהרי הודה לבי"ד.

סעיף טו

לדעת האומר שאפילו היה התובע בפניהם יכול לטעון טענת שלא להשביע, אפילו אמר: אתם עדי, ושתק, יכול לטעון: שלא להשביע הודיתי, כיון שמעצמו הודה. הגה: ויש חולקין, מאחר שאמר: אתם עדי, לא יוכל לומר: כדי שלא להשביע הודיתי (טור).

לדעת הרא"ש שגם כשהודה בפניו יכול לטעון השבעה: מה הדין כשאמר אתם עדי? שו"ע – יכול לומר השבעה, רמ"א – אינו יכול לומר השבעה.

במה מדובר? סמ"ע – כשאמר הנתבע 'אתם עדי' והתובע שתק, וס"ל לשו"ע שכיון שהנתבע לבדו אמר אתם עדי יכול לומר כוונתי לשטות, אך אם התובע אמר אתם עדי ושתק הנתבע לכו"ע הויה הודאה גמורה. ש"ך – **מדובר כשאמר התובע 'אתם עדי' ושתק הנתבע, ומיירי שהנתבע הודה ואח"כ אמר התובע ושתק הנתבע ולא הגיב, והרי זה כאילו שתק מתחילה ועד סוף, ולכן יכול לומר אח"כ טענת השבעה. וכמו שביאר הב"י את דברי הראב"ד וכן פירשו הב"ח והלבוש. לדינא הש"ך פוסק שלעולם אם אמר אחד מהם אתם עדי ושתק חברו – אינו יכול לטעון כלום. (חוץ משתיקה מתחילה ועד סוף, שהנתבע לא אמר כלום).**

סעיף טז

יש מי שאומר שטענת שלא להשביע אינה מועלת אלא כשמודה מעצמו, אבל אם תבעו והודה, אינו יכול ליפטר בטענת שלא להשביע.

רק כשהודה מעצמו יכול לטעון שלא להשביע. **הסמ"ע** כתב שהשו"ע כתב בלשון יש מי שאומר' כיון שהרמב"ם חולק וסובר שלעולם אם הודה בפני התובע אינו יכול לטעון השבעה, ואפי' כשלא תבעו. **והש"ך** כתב שבא לאפוקי מדעת התרומות שסובר שאפי' אם תבעו יכול לטעון השבעה. אך לדינא פסק כרמב"ם שכל שהודה בפניו אינו יכול לטעון השבעה, ואף כשלא תבעו.

סעיף יז

אם הודה בכתב ידו שחייב לפלוני מנה, או שהודה בקנין או במעמד שלשתן, אינו יכול ליפטר בטענת השטאה ולא בטענת שלא להשביע. הגה: (ע' ד"מ ס' כ"ג) ודוקא כתב ידו שביד חברו; אבל אם נמצא כתוב אצלו ששטר זה של פלוני (מרדכי פ' ז"ב), או שכתב שם פלוני על חפץ פלוני, אפשר לומר שלא להשביע עצמו עשה כן, וכמו שנתבאר לעיל סוף סימן ס"ה סעיף כ"ב.

מצבים בהם אי"א לטעון השטאה או השבעה:

1. הודה בכתב ידו כ"כ הרא"ש בתשובה וטעמו 'דכולי האי לא עביד איניש שלא להשביע'. טעם נוסף כתב הש"ך בשם הרא"ש: שכיון שכתב כן בפני עצמו ואין אדם מכיר ויודע בדבר – לא שייך לומר שלא להשביע עשה כן.

הרמ"א כתב דווקא כשכתב ידו יוצא מתחת ידי אחר, אך כשהוא תחת יד המודה יכול לטעון. כ"כ כדי ליישב ב' תשובות הרא"ש הסותרות אחת את השניה, וכפי שמוכח בסעי' יח. **אולם, הסמ"ע** כתב שמדובר אף כשכתב היד תחת ידו, ומיירי שהודה בע"פ בפני עדים, וגם נתן לו כתב ידו. וכך תירץ סתירת הרא"ש, שאצלנו מדובר שיש עדים על ההודאה בע"פ, ואילו בסעי' יח מיירי שרק יש כתב יד. **הש"ך** הסכים עם הסמ"ע שמייירי אף כשכתב ידו תחת ידו, דאף בכה"ג שייך הטעם של 'כולי האי לא עביד איניש', אך החילוק הוא האם

זה כתוב על פנקסו או שבנוסף הודה בפני עדים, דאי לאו הכי אמרינן שאולי כתב ללות ולא לוח, אך בפנקס לא אמרינן הכי. משא"כ שכההודאה כתובה על סתם שטר או נייר, דבכה"ג מיירי בסעי' יח דלא הוי הודאה דשמא כתב ללות ולא לוח וכדו', וכן מכך שלא נכתבה על פנקסו מוכח שאין היא הודאה רצינית. **הקצות – חילוק בין מקרה בו יכל להשביע עצמו בלא כתיבה, למקרה בו היה מוכרח לכתוב.** בסעי' יח מיירי שהיה מוכרח לכתוב, שהרי רצה שיחשבו שהשטר אינו שלו, ולכן היה מוכרח דוקא לכתוב על גבו, ולכן יכול לטעון השבעה. אולם, כשרוצה שיחשבו שחייב לפלוני מדוע צריך לכתוב? סגי שיוודה בפני עדים, ולכן בכה"ג אמרינן שמכך שכתב מוכח שהודאתו היא הודאה גמורה. (כ"כ הדברי ריבות ודומיא דדין אמתלא באשה וטבח).

2. הודה בקנין. 3. הודה במעמ"ש. הטעם דומה, דכדי לא להשביע את עצמו היה מספיק להודות, ומכך שעש גם קנין, או שעשה זאת במעמ"ש שהוי קנין – מוכח שכוונתו הייתה להודאה רצינית.

סעיף יח

מי שמת, ונמצא כתוב באחד משטרותיו: שטר זה חציו לפלוני, לא זכה אותו פלוני בחצי השטר. הודה בפני עדים, בלא קנין (עס"ק מ"ז), אף על פי שאמר להם: כתבו שטר, אם לא אמר: אתם עדי, לאו הודאה היא.

1. מי שמת, ונמצא בעזבונו שטר שכתוב עליו 'חציו לפלוני' – לא זכה בחצי השטר. נתבאר בסעיף הקודם טעמו, לשיטת הרמ"א כיון שזה אצל המודה, לשיטת הסמ"ע והש"ך כיון שאולי התכוון לתת לו ולא נתן, ויש ריעותא מדוע לא כתב זאת על פנקסו. לשיטת הקצות כיון שלא יכל להודות באופן אחר, שייך גם כאן השבעה.

2. האם אמירה לעדים כתובו מספיקה, או שצריך בנוסף גם שיאמר 'אתם עדי'! שו"ע – לא מספיקה. ש"ך – מספיקה. פשט דברי הרא"ש בתשובה שאע"פ שאמר כתובו צריך גם שיאמר אתם עדי, כיון שבלא זה יכול לחזור בו מהודאתו; כשו"ע. אולם, הש"ך טוען שאין זו כוונת הרא"ש, אלא שכוונתו לשני עניינים שצריך אתם עדי כדי שתהיה כאן הודאה, וצריך אמירת כתובו כדי שיוכלו לכתוב שטר; אך ודאי שכתובו לבד מספיק גם בלא אתם עדי.

סעיף יט

המוסר לחבירו שטר שכתוב בו שהוא חייב לו מנה, אף על פי שלא אמר: אתם עדי, הויא הודאה.

1. מסירת שטר בפני עדים שכתוב בו שחייב לו מנה הרי היא כהודאה בחוב. כן דעת רש"י בכתובות ר"פ הנושא, ואף הראשונים לא חלקו עליו לדינא אלא בפירוש הסוגיא; ש"ך.

2. אמירת 'חייב אני לך מנה בשטר': ש"ך – הוי הודאה, בין לדעת הרמב"ם והשו"ע בסי' מ שאמירה זאת מוגדרת כהתחייבות, ובין לדעת הרמב"ן והרשב"א שאינה התחייבות, אך מהני בתור הודאה. קצות – לא מוציאים ממון בהודאה כזאת, כיון שהרמב"ן במלחמות אומר במפורש שלא חשיבא כהודאה, ונראה שגם הרשב"א יודה לו, ולכן מספיקא לא מפיקין ממונא.

סעיף כ

המודה לחבירו בחזקת שהוא חייב לו, או מסר לו שטר בעדים, ועדים חתומים עליו, ואחר כך נתברר הדבר שטעה, לאו הודאה היא.

1. אם הודה לחבירו הודאה גמורה 'בחזקת שהוא חייב לו' דהיינו לא בסתם אלא בתנאי שהוא באמת חייב, ונתברר שטעה ואינו חייב לו – לא הוי הודאה.

2. אם הודה ב'אתם עדי' בסתם ונתברר שטעה – אפ"ה חייב לו, דכיון שהודה בסתם הרי הודאתו מחייבת אותו, לשי' הרמב"ם והשו"ע, ולא לשיטת הרמב"ן והרשב"א שחולקים בסי' מ.

3. אם הודה בדרך הודאה בסתם ונתברר שטעה: סמ"ע – לדעת הרמב"ם והשו"ע חייב, לדעת הרא"ש פטור. ש"ך וקצות – לכו"ע פטור, דאף לשיטת הרמב"ם בכה"ג יכול לטעון השבעה, ואינה הודאה גמורה.

סעיף כא

אף על פי שהמטמין עדים, אינו עדות. וכן המודה מעצמו ועדים שומעין אותו. וכן האומר לחבירו בפני עדים: מנה לי בידך, ואמר לו: הן, בכל אלו הדברים וכיוצא בהן, אומרים בית דין לנתבע: למה לא תתן מה שיש לו אצלך; אם אמר: אין לו אצלי כלום, אומרים לו: והלא אתה אמרת בפני אלו כך וכך, או: הודית מעצמך, אם עמד ושלם, מוטב, ואם לא טען, אין טוענים לו. אבל אם טען: משטה הייתי בך, או: לא היו דברים מעולם, או: שלא להשביע את עצמי נתכוונתי, פטור, ונשבע היסת, כמו שנתבאר (רמב"ם). וי"א שאפילו לא אמר אלא: איני חייב לך כלום, פוטרו הדיין, ותולה הודאתו במה שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו, אעפ"י שהוא לא טען כן. (רא"ש וראב"ד). הגה: טענת שלא להשביע לא שייכא אלא כשהודה מעצמו; וטענת משטה לא שייכא אלא כשתבעו בעל דבר (טור).

1. האם טענין טענת השבעה? רמב"ם ונמוק"י וכן פסק השו"ע בסתם – לא. תוס' ורא"ש – כן. סנהדרין כט. "אם לא טען אין טוענין לו" לגבי טענת השטאה, ובעמוד ב' בעובדא דקב רשו פסק רב נחמן שאדם עשוי שלא להשביע את עצמו, אע"פ שהגמ' לא הזכירה שהוא טען זאת. הרא"ש ודעימיה למדו מכאן שטענת שלא להשביע טענין ליה אע"פ שלא טען. אולם, הנמוק"י כתב שהסכימו האחרונים שאין חילוק בין הטענות, ובכל ענין לא טענין ליה וכן פסק הרמב"ם. את עובדא דקב רשו פירשו שמיירי שטען זאת, אלא שהגמ' לא חשה להזכיר זאת. השו"ע פסק כרמב"ם, הרמ"א בסעיף יד פסק כרא"ש. הש"ך פסק כרמב"ם שלא טענין ליה, אולם הוסיף שדוקא כאשר חברו תובע במפורש 'והלא הודית לי' והלה שותק לא טענין; אך אם תובע בסתם והלה שותק – טענין, וכך הסביר את עובדא דקב רשו שלא טען, אך כיון שחברו לא טענו והלא הודית – פטור.

2. למ"ד שטענין השבעה, האם צריך לטעון איני חייב כלום? טור בשם י"א – אף כששותק טענין ליה. ראב"ד – רק כשטוען איני חייב, דאז אנו מפרשים דבריו שכוונתו שלא להשביע, אך אם באו עדים שהודה והוא שותק לא טענין ליה.

3. החילוק בין טענת השבעה להשטאה נתבאר לעיל בסעי' ה.

4. הערה לשונית: פשט לשון השו"ע מורה שאין חילוק בין טענת השטאה להשבעה, וזה קשה שהרי לעיל בסעי' ז' וי"ד כתב להיפך!! לכן תירץ הסמ"ע שנקט לשון הרמב"ם, והכוונה שכל דבר לפי דינו, וזו כוונת הרמ"א בהגהתו. וכן הסכים הש"ך שלשונו אינה מדוקדקת.

סעיף כב

הודה בפני ב"ד של שלשה, בין שהודה מעצמו בין שתבעו אחר והודה, אינו יכול לחזור אלא תוך כדי דבור.

1. מה הדין כשמודה בפני ב"ד של ג'? שו"ע – הוי הודאה גמורה. כ"כ הטור בשם הגאון, והב"י בשם התרומות. ש"ך – כשהודה בדרך הודאה אינו יכול לחזור בו. כשהודה בסתם – יכול לטעון טעיתי אך לא משטה דאין דרך לשטות בפני ב"ד. אמנם, כשהודה בדבר אחר כגון טענו חטים והודה בשעורים – יכול לטעון אף משטה.

2. מה הדין בפני יחיד מומחה? טור בשם הגאון – לא הוי הודאה בלא 'אתם עדי'. טור – כאילו הודה בפני ב"ד. פשט השו"ע מורה כגאון, וכתב הש"ך שכן כתב במפורש בס"י ג,ב.

סעיף כג

תבעו בחפץ פלוני, והשיב: אינו שלך אלא של פלוני, אפילו אמר כן בפני בית דין, אינה הודאה להוציא אותו פלוני מידו. הגה: ויש חולקין וס"ל דהוי הודאה. מיהו יוכל אח"כ לומר: טעיתי בהודאתי ושל אחרים הם, במגו דהחזרתים לאותו פלוני. אבל לא יוכל לומר: טעיתי בהודאתי ושל לי הם, ואף על פי שיש לו מיגו, דהודאת פיו הוי עליו כעדים ולא יוכל לומר אחר כך: טעיתי, אף על גב דיש לו מיגו (מרדכי פ' ח"ה). מיהו בחשבון שכתב על פנקסו, יוכל לומר: טעיתי, אף על גב דליכא מגו (מהרי"ק שורש פ"ה) וע"ל ס' קכ"ו סעיף י"ג.

1. תבעו בחפץ פלוני ואמר אינו שלך אלא של פלוני, האם חשיב כהודאה: רבינו האי, שו"ע – לא, כיון שהיה מספיק לומר אינו שלך, והרבות דברים שיחה בעלמא הם ולא הוי הודאה. רמ"א – הוי הודאה, כ"כ בשם

המרדכי. ש"ך – לא נחלקו, אלא המרדכי דיבר כשאותו פלוני היה בפני בי"ד, ולכן הוי הודאה. ורבינו האי דיבר כשלא היה בפני בי"ד, ולכן אינו הודאה.

2. האם נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי? **תוס' והרא"ש והר"ן** – לעולם אינו נאמן לטעון טעיתי במיגו דפרעתי דאדם מדקדק בחשבונו קודם שמודה. **רשב"א, רמב"ן, בעה"ת** – כשמודה בפני עדים נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי, אך כשמעבד עצמו בהודאתו, כגון עדים וקנין או שמודה בפני בי"ד – לכו"ע אינו נאמן דלא היה מעבד עצמו אם לא היה ברור לו שהוא חייב. **מהרי"ק** – כשהודה בפני עדים נאמן לומר טעיתי אף כשאין לו מיגו. תוס' בגיטין יד. נקטו שאינו נאמן במיגו לומר טעיתי, אא"כ יש לו עדות ברורה, והוכיחו כן משבועות לח. "מנה לי בידך, אמר לו: הן, למחר אמר לו: תנהו לי, נתתיו לך – פטור, אין לך בידי – חייב". ואינו נאמן לומר אין לך בידי במיגו דטעיתי. וכן כתבו הרא"ש והר"ן. אולם, הרשב"א והרמב"ן ביארו שנאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי, אלא שבגיטין מדובר שהודה לו בקנין ולכן אינו נאמן לומר טעיתי.

פסיקת ההלכה: בסי' קכו, יג הביא השו"ע את ב' הדיעות ולא הכריע (אע"פ שבב"י הכריע כדעת התוס' והרא"ש, כתב הש"ך שחזר בו מזה בשו"ע), **והרמ"א הכריע כדעת הרא"ש. הש"ך אמר שדווקא שם הרמ"א הכריע** כיון שמייירי שהודה במעמ"ש, ולכן אינו יכול לומר טעיתי. אולם, בלא מעמ"ש אין ראיה מה שיטתו. **הש"ך נקט לדינא כדעת הרשב"א והרמב"ן**, וכתב שאף כשמודה במעמ"ש צריך תרתי, גם עדים וגם מעמ"ש. **והוסיף שאין ראיה מדברי הרמ"א אצלנו**, כיון שמייירי בפני בי"ד, ולזה כו"ע מודו.

3. האם נאמן לומר טעיתי בחשבון שעל פנקסו? **רמ"א** – כן, אף בלא מיגו. וביאר הש"ך כיון שאדם כותב זאת בינו לבין עצמו אינו מדקדק כ"כ. אך אם הפנקס אצל אחר – אינו נאמן, דבכה"ג אדם מדקדק.

סעיף כד

ראובן שאמר לשמעון: חייב אתה מנה ללוי, ואמר שמעון: כן, ואמר ראובן: אתם עדי, הוי הודאה; וכשיבא לוי לתובעו, אינו יכול לטעון לא טענת השטאה ולא טענת שלא להשביע, אעפ"י שלא בא ראובן בהרשאת לוי. ולא עוד אלא אפילו לא אמר ראובן: אתם עדי, אינו יכול לומר ללוי: משטה אני בך.

תבעו אחר והודה לו כגון שתבע ראובן לשמעון שחייב ללוי:

1. **אם אמר אתם עדי: שו"ע** – אינו יכול לטעון כלום, אע"פ שהודה לאחר שאינו בע"ד, ואע"פ שלא בא בהרשאת חברו; כ"כ התרומות בשם תשובה לקמאי. וכן הסכימו הש"ך והסמ"ע. קצות – יכול לומר 'קים לי' כתוס' שלא הוי הודאה, דהודאה שאינה בפני בע"ד אינה כלום; תוס' בב"ק קח.

2. **אם לא אמר אתם עדי: שו"ע** – אינו יכול לומר השטאה, שהרי לוי לא תבעו שיוכל לומר 'כשם ששיטית בי כך אני שיטיתי בך', וכן אינו יכול לומר השבעה שהרי הודה לתביעה אע"פ שאינה של בע"ד. כ"כ התרומות בשם **תשובה לקמאי, והביאו הסמ"ע**. בעל התרומות, ש"ך – יכול לומר השטאה, לשיטתו שאף כשהודה מעצמו יכול לומר משטה, וכן יכול לומר השבעה לשיטתו שגם כשמודה לתביעה יכול לומר השבעה. וכאן הרי לא הודה בפני התובע עצמו. **ונראה לש"ך שכאן אף החולקים יודו שיוכל לומר השבעה**, שהרי לא תבעו הבע"ד עצמו (וכן פשט לשון השו"ע שדוקא השטאה אינו יכול לטעון). הש"ך עשה אוקימתא שמייירי כשתבעו שמעון במעמד לוי, ובכה"ג אף הרא"ש (שסובר שגם כשהודה בפני התובע יכול לומר השבעה) מודה כיון שתביעת האחר בפני לוי חשיבה כאילו תבעו לוי עצמו, ולשיטתו כשתבעו אינו יכול לומר השבעה; ולדעת החולקים כיון שהודה בפני לוי – אינו יכול לומר השבעה.

סעיף כה

ראובן שאמר לשמעון ולוי: מנה לי בידכם, ואמר שמעון: הן, ולוי שתק, אם אמר ראובן לעדים: אתם עדי, ושתק שמעון, הוי הודאה לגבי שמעון, אבל לגבי לוי לא הויא הודאה; ואפילו היו שמעון ולוי שותפים, אין האחד מתחייב בהודאת חברו.

1. תבע לשנים מנה והודה האחד – הוי הודאה לגבי עצמו ולא לגבי חברו, ואפ"י שניהם שותפים, דאין האחד מתחייב בהודאת חברו.

2. כשמתחייב האחד: אם הם שותפים – חייב לשלם הכל, שהרי מודה שלוו הכל לצורך השותפות. אם אינם שותפים – אינו חייב אלא בחצי, שהרי החצי השני לא הגיע אליו אלא לחברו. ש"ך בשם הב"ח, ונראה שגם הסמ"ע מודה לזה.

סעיף כו

האומר לחבירו: מנה לך בידי הילך מהם חמשים, ולא אמר: אתם עדי, יכול לומר: משטה אני בך לגבי החמשים שעדיין לא נתן לו, לשיטת השו"ע מיירי כשהודה ע"י תביעה, ולכן יכול לומר משטה. ולשיטת הש"ך מיירי בכל ענין; אבל מה שנתן, נתון הב"י כתב שהראב"ד סובר שאף מה שנתן אינו נתון, והש"ך כתב שאף הראב"ד אינו חולק בזה.

סעיף כז

אם הודה מעצמו לפני שכיב מרע שחייב לו מנה, אינו יכול לטעון טענת שלא להשביע.

המודה מעצמו לשכיב מרע – אינו יכול לטעון השבעה. כ"כ הב"י בשם המרדכי, והסמ"ע כתב שהטעם מפני שאין דרך להשביע עצמו לפני שכ"מ כיון שהיורשים אינם יודעים מזה ויבואו לתבעו. הש"ך כתב שבמרדכי מצא כן רק לענין השטאה שכמו שהשכ"מ אינו משטה, כך אין דרך לשטות עם הנוטים למות, ולפי זה כתב שכמו שהשכ"מ עשוי להשביע את בניו, כך עשויים להשביע לפניו. אולם, הסכים לדינא מטעם אחר, מפני שפסק שהמודה בפני התובע אינו יכול לומר השבעה (כרמב"ם ולא כרא"ש).

סעיף כח

אמר: מנה לפלוני בידי, ולא אמר: אתם עדי, וקפץ ונשבע על הודאתו, ובא הלה ותבעו, והשיב: שלא להשביע את עצמי נתכוונתי והשבעה היתה לשקר, אין שומעין לו. וכן אם יטעון: שכחתי ונשבעתי והייתי סבור שהייתי חייב לו ועכשיו נזכרתי שאיני חייב לו כלום, אין שומעין לו. הגה: ותקיעת כף הוי כשבועה. ודוקא כשמודה בדבר או איכא עדים, אבל אם כופר, או אומר: על תנאי כך וכך, נאמן (ר"י סוף נ"ג).

1. הודה ונשבע על הודאתו – הוי הודאה גמורה, כאילו אמר אתם עדי דחזקה אין אדם נשבע אלא באמת ובבירור; טור.

2. האם יכול לומר טעיתי ולכן נשבעתי, אך עכשיו נזכרתי שאיני חייב לו? לא כחזקה הנ"ל.

3. מה הדין כשיש לו מיגו כגון שאין עדים שנשבע, או שהגיע זמן הפרעון? מהרשד"ם – נאמן, ש"ך – אינו נאמן בכל ענין, וכן פשט הטוש"ע.

4. תקיעת כף הרי היא כשבועה.

5. אם כופר שלא נשבע, או שאומר שנשבע על תנאי – נאמן.

סעיף כט

המודה לחבירו בפני עדים: קבלתי ממך כך וכך מחוב שיש לי עליך, אין צריך לומר: אתם עדי, בין שהיא מלוה בשטר בין שהיא מלוה על פה, שאין שייך כאן לא טענת השטאה ולא טענת שלא להשביע. והוא הדין למוחל חובו בפני עדים שאין צריך לומר: אתם עדי, וכן אצ"ל: כתובו (וכ"כ מור"ם לעיל סי' נ"ט ס"ג).

1. המודה בעדים שקיבל חובו, או שמחל לו בעדים – אצ"ל אתם עדי, ואצ"ל כתובו. הטור והסמ"ע כתבו הטעם: מפני שהענין נגמר באמירתו, שהרי הממון כבר בידו של חברו. והב"י והש"ך כתבו טעם נוסף: שלא אמרינן השטאה והשבעה אלא בנתבע ולא בתובע. הגר"א הביא כמקור לדין את הגמ' בגיטין עח: "דאמר ליה זרוק לי חובי ותיפטור. אי הכי, מאי למימרא? וכי מהו דתימא, מצי אמר ליה משטה אני בך, קמ"ל".

הש"ך הוסיף שדוקא כשמודה על שטר שבידו שהוא פרוע – הכל נגמר בהודאתו, שהרי מסתמא דבריו אמת שקיבל החוב. אך כשמחל על שטר שבידו – צריך קנין, כדי שמחילתו תהיה מחילה.

סעיף ל

המתעסק בשל חבירו, ונותן לו ריוח בכל שנה, ולבסוף טען שלא היה שם ריוח ורוצה לחשוב מה שנתן לו בשביל קרן, אי יהיב ליה ריוחא באפי סהדי, א"נ מודה ליה דכי

יהיב ליה בשם רווחא א"ל, לאו כל כמיניה למיחשב ליה השתא לשם קרנא, וגבי ליה כוליה אף על גב דלא אמר: אתם עדי. (מיהו אם יוכל לברר שטעה טענתו טענה) (ב"י בשם התרומות). אבל אי יהיב ליה בסתמא, משתבע דלא הוה ביה רווחא, ויחשוב מה שנתן לו בקרן. ויש מי שאומר אפילו נתן הריוח בפני עדים, אם לא אמר: אתם עדי, אפילו נתנם לשם ריוח, ישבע עכשיו שלא היה ריוח, וכל מה שנתן יעלה לו לשם קרן.

המתעסק בשל חברו ונתן לו ריוח כל שנה, ולבסוף טען שלא היו ריוחים ורוצה לחשוב את מה שנתן לו כחלק מתשלום הקרן:

1. אם נתן לו בסתם – יכול לומר שלא היה ריוח ולחשוב זאת על הקרן, לאחר שישבע שבועת השותפין.

2. אם נתן לו לשם ריוח – ויש עדים על כך, או שמודה לסמ"ע אין לו מיגו דהוי העזה, לש"ך מיגו דהעזה אמרינן בממון, אך אנו סהדי שכיון ששילם לו הממון לא טעה, והוי מיגו במקום עדים: דעת בעל העיטור – אינו נאמן לחשבם עכשיו בתור קרן ולומר שטעה, ואע"פ שלא אמר באותה שעה 'אתם עדי'. אף למ"ד שנאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי אפי' כשמודה ב'אתם עדי' – הכא שאני שכיון שנתן המעות, ודאי שהיה ברור לו שזה ריוח דאלייך לא היה נותנם. דעת הראב"ד – אפי' נתן בפני עדים אם לא אמר 'אתם עדי' – נאמן לומר שטעה, וישבע שלא הריוח כנ"ל, ויחשוב את המעות על הקרן. אך אם אמר אתם עדי – אינו נאמן, דדמי לסעיף כו שאע"פ שעשה מעשה נתינה כל זמן שלא אמר אתם עדי – יכול לטעון משטה אני בד על מה שעדיין לא נתן, והכא נמי נאמן על מה שבידו.

3. אם יש לו שטר על חיוב הקרן – אף הראב"ד מודה דאינו יכול לטעון כלום, שהרי הוא יכול להוציא ממנו הקרן עתה בשטר שבידו, ולא דמי לסעי' כו.

סעיף לא

ראובן נתן מנה לשמעון ולוי להתעסק, ועשו עליהם שטר, ונשבעו לתת לו חצי הריוח; שאל ראובן מעותיו, ונתנו לו מנה; שאל מהם הריוח, אמרו ליה: כך וכך הרווחנו ולא יותר, אמר ראובן לשמעון: אתה אמרת לי שהרווחתם נ', אמר ליה שמעון: לא אמרתי לך כלום, ומפני כח השטר שהיה לו עליהם ולא היה כתוב בו שום פרעון, הוצרכו לתת לו מה שאמר; ועתה בא לוי ותבע לראובן מה שלקח מהם ריוח שלא כדין, שלא הריוחו, הדין עם ראובן.

סעיף לב

ראובן תבע לשמעון ריוח החוב שהיה עליו מכמה שנים, ואומר שהתנה עמו לתת לו ריוח, ושמעון אומר שלא התנה, שמעון פטור אפילו משבועה, שאף לדברי ראובן לא היה תנאי זה בשעה שנתחייב שמעון, ואף אם אמר שמעון אח"כ: אני אתן לך ריוח, דברים בעלמא הם בלא קנין, ויכול לחזור בו.

דינים הללו הם מתשובות הרא"ש.

ב"ה יום ה' א' אייר ה'תשע"ד

סימן פב

דין שטר שאינו מקויים, או מקויים שהלוח טוען: אמנה או פרוע או רבית, ודין תנאי השטר והשבועה, ובו י"ג סעיפים.

סעיף א

מלוח שהוציא שטר שאינו מקויים, ואינו מוציא עדים לקיימו, והלוח מודה שכתבו, אלא שטוען: פרעתי, נאמן. ואפילו אם כתוב בו נאמנות, אינו מועיל. והוא הדין לכל מה שיטעון בו דבר שמבטל השטר, כגון אמנה או כתבתי ללות ולא לויתי, או על תנאי נעשה ולא נתקיים התנאי, (או שאמר: קטן הייתי כשנכתב השטר נאמן) (נ"י פ' מי שמת). ואם אחר כך מצא המלוח עדים לקיים השטר בבית דין, הרי הוא כשאר השטרות, וגובה בו. הגה: אמר תחילה: מזויף השטר, ואחר שהביא עדים לקיימו אמר הלוח: פרוע, י"א דהוחזק כפרן ואינו נאמן, מאחר שאמר מזויף כאילו אמר: לא לויתי ואינו נאמן אחר כך לומר: פרעתי (נ"י סוף ב"ב). ויש חולקין ואומרים דנאמן הוא, דהא לא כפר בהלואה, רק שאומר שהשטר מזויף, ורצה לומר שיקיימו ואחר כך ידון עמו (הרשב"א).

1. מודה בשטר שכתבו - צריך לקיימו. כתובות יט. "גופא, אמר רב הונא אמר רב: מודה בשטר שכתבו - אין צריך לקיימו. א"ל רב נחמן: גנובא גנובי למה לך? אי סבירא לך כר"מ, אימא: הלכה כר"מ! אמר ליה: ומר היכי סבירא ליה? אמר ליה: כי אתו לקמן לדינא, אמרינן לה: זילו קיימו שטריכו וחותר לדינא". כלומר רב הונא פסק כר"מ, שמודה בשטר שאינו מקויים אינו נאמן לומר פרוע, ואילו רב נחמן פסק שנאמן לומר פרוע, דשטר שאינו מקויים הוא חספא בעלמא. וכן פסקו הרמב"ם, הטור והשו"ע.

ולכן שטר שאינו מקויים, נאמן הלוח לטעון כנגדו פרוע או אמנה או כתבתי ללות ולא לויתי, או שנעשה על תנאי ולא נתקיים.

ואפי' אם יש בו נאמנות - לא מהני, שהרי מבחינתנו שטר שאינו מקויים הרי הוא חספא בעלמא, כ"כ הטור בשם התרומות, ודאל כבעל העיטור שהסתפק בזה.

2. טענת אמנה: השו"ע פסק שנאמן לטעון אמנה, והגדו"ת פקפק בזה, והשו"ך הסכים עם השו"ע. בב"י הוכיח כן מהמשך הגמ' הנ"ל: "א"ר יהודה אמר רב: האומר שטר אמנה הוא זה - אינו נאמן. דקאמר מאן? אילמא דקאמר לוח, פשיטא, כל כמיניה? ואלא דקאמר מלוח, תבוא עליו ברכה! אלא דקאמרי עדים; אי דכתב ידם יוצא ממקום אחר, פשיטא דלא מהימני! ואי דאין כתב ידם יוצא ממקום אחר, אמאי לא מהימני? אמר רבא: לעולם דקאמר לוח, וכדבר הונא, דא"ר הונא אמר רב: מודה בשטר שכתבו - אין צריך לקיימו". מוכח שלרבנן החולקים על ר"מ ומצריכים קיום, אף באמנה מצריכים קיום! ולכן כתב השו"ך שזהו דין פשוט שאין עליו חולק, ודברי הגדו"ת כשגגה הם. אולם, בתוס' שם (ד"ה ואימא, ובע"ב ד"ה אמר רב נחמן) מוכח לכאוי' לא כשו"ך אלא כגדו"ת, כיון שכתבו שלרב נחמן אף הלוח אינו נאמן בטענת אמנה, ואפי' לרבנן, והטעם אינו מפני שאמנה הוא 'עולה', אלא מפני שילא אתי ע"פ ומרע לשטרא! אלא שתיירץ הקצות בסי' מו ס"ק כד שלא קי"ל כרב נחמן בהא, אלא קי"ל ששטר אמנה הוא 'עולה' ואינו שטר כלל, וממילא לא שייך בכח"ל לומר לא אתי ע"פ ומרע לשטרא, ולכן דווקא עדים אינם נאמנים לומר אמנה על שטר, כיון שאין אדם משים עצמו רשע, ופלגין דיבורא (וכמו שכתב כאן השו"ך); אך הלוח עצמו נאמן לומר אמנה.

3. טענת קטן הייתי: דעת השו"ך, תומים ונתיבות - אפי' טוען שהעדים ידעו שהוא קטן - נאמן; אע"ג שיחזקה אין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול, אך יש לו מיגו דמזויף (ולא כל החזקות שוות), או שיש לו חזקת ממון, כ"כ בשם הנמוק"י. קצות - דוקא כשאומר שהעדים לא בדקוהו ולא ידעו שהוא קטן, דבכה"ג זה נגד החזקה שעדים בודקים, אך לא אומר שהעדים רשעים. אך אם טוען שהעדים ידעו שהוא קטן - אינו נאמן, כיון שאומר שהעדים היו רשעים, ואחזוקי סהדי ברשיעי לא מחזקינן, והו"ל כמיגו במקום עדים שהרי הם מעידים שהיו כשרים באותה שעה!

4. אם אח"כ מצא המלוח עדים וקיים השטר - גובה בו כשאר שטרות, ואע"פ שהלוח נשבע קודם היסת ונפטר, ש"ך וגר"א דלא כב"ח.

5. טען מזויף נגד שטר, ומצא עדים וקיימו: י"א שהוחזק כפרן, דכיון שאמר מזויף הודה שלא פרע, וכיון שבאו עדים חייב לשלם, ואינו נאמן לומר שפרע שוב לאחר שנתקיים, סמ"ע. וכן אם הביא עדים שפרע קודם לא מהני,

ש"ד. כן דעת הנמוקי"י. וי"א שנאמן, שהרי לא כפר בהלואה, אלא כפר בשטר שהוא מזויף, וכוונתו שקודם יקיים השטר ואח"כ ידון עמו. כן דעת הרשב"א בתשובה, וכתב הגר"א שחשיב כמתרץ דיבוריה שאינו מוגדר כחוזר וטוען.

סעיף ב

ואם השטר מקויים וטוען הלוה: פרעתי כולו, או מקצתו, והמלוה אומר: לא נפרעתי כלום, אם יש בו נאמנות, אינו נאמן. ואפילו אם אמר: השבע לי, אין שומעין לו, וגובה בלא שבועה (וכ"כ בס"ע"א סי"ט). ומיהו אם יש ב"ח מאוחר ממנו, לא יגבה אלא בשבועה שישבע לבעל חוב המאוחר שלא נפרע מחובו כלום. ואין המוקדם יכול לומר למאוחר: לא אשבע עד שתשבע שלא נפרעת מחובך, אבל מחרים סתם על מי שיודע שהוא פרוע ומשביעו בחנם. ואפילו אם יש בו נאמנות מפורש לראשון, שהוא מאמינו כנגד בעל חוב מאוחר, אף על פי כן צריך לישיב.

ואם אין בו נאמנות, כל זמן שלא יטעון: השבע לי שלא פרעתיך, אין משביעים למלוה, אלא אומרים ללוה: שלם. ואם טען: השבע לי שלא פרעתיך, משביעין אותו בנקיטת חפץ, ויטול. והוא שיטעון הלוה: ברי שהוא פרוע, אבל אם בא בטענת שמא, לא משביעין ליה כלל, אפילו אם גם המלוה משיב: איני יודע אם הוא פרוע.

הגה: היה השטר על זמנים, ולאחר שעברו מקצת זמנים אמר הלוה: פרעתיך הזמנים שעברו והנחתי לך השטר משום הזמנים העתידיים, והמלוה אומר שלא נפרע כלום, המלוה נשבע ונוטל, דהוה ליה לכתוב שובר (תשובת רשב"א אלף פ"ה ס"ה/).

1. בשטר מקויים אינו נאמן לטעון פרעתי, ולכן אם יש נאמנות בשטר גובה המלוה בלא שבועה. אך אם אין בו נאמנות: אם לא טען הלוה כלום - גובה בלא שבועה. אך אם טען 'אשתבע לי דלא פרעתיך' נשבע המלוה בנקיטת חפץ ונוטל. ודוקא אם טוען הלוה ברי, אך בטענת שמא אין משביעין אפי' גם המלוה טוען שמא.

שבועות מא. "אמר רב פפא: האי מאן דאפיק שטרא על חבריה, ואמר ליה שטרא פרוע הוא, אמרינן ליה: לאו כל כמינך, זיל שלים; ואם אמר לשתבע לי, אמרינן ליה: אשתבע ליה. א"ל רב אחא בריה דרבא לרב אשי: ומה בין זה לפוגם את שטרו? א"ל: התם אף על גב דלא טעין איהו - טענינן ליה אגן, הכא אמרינן ליה: זיל שלים ליה, ואי טעין ואמר אשתבע לי, אמרינן ליה: זיל אשתבע ליה, ואי צורבא מרבנן הוא - לא משביעין ליה. א"ל רב יימר לרב אשי: צורבא מרבנן משלח גלימא דאינשי? אלא, לא מזדקקין ליה לדיניה."

2. שטר מקויים שיש בו נאמנות, הנאמנות מועילה רק נגד המלוה, אך לא כנגד בעלי חובות אחרים, ואפי' כשיש נאמנות מפורשת כנגד בעלי חובות, דלאו כל כמיניה להאמינו כנגדם, ועוד האידנא דנפיש רמאי חיישינן. אע"פ שדעת התרומות שנאמנות מפורשת מועילה כנגד בעל חוב מאוחר.

3. לכן, אע"פ שגובה המלוה מהלוה בלא שבועה, אך אם יש בעל חוב מאוחר - יכול להשביע למלוה שלא נפרע כבר מחובו כלום. ואינו יכול לומר למאוחר 'השבע לי אתה קודם שלא נפרעת מחובך', אלא מחרים סתם על מי שיודע שהוא פרוע ומשביעו בחינם. כלומר, על מי שיודע שהמאוחר פרוע, או שהמוקדם אינו פרוע ואע"פ כן משביע אותו בחינם.

4. שטר שיש בו כמה זמני פרעון: אין הלוה נאמן לומר שפרעו, והניחו ביד המלוה בגלל הזמנים שעדיין לא הגיעו, אלא המלוה נשבע ונוטל, שהיה ללוה לכתוב שובר או לכתוב שטר חדש. כ"כ הרשב"א בתשובה.

סעיף ג

כשטוען שפרע השטר, ואמר: ישבע לי המלוה ויטול, אומרים לו: הבא מעותיו ואחר כך ישבע ויטול. ואם טען הלוה שאין לו מה לפרוע, ישבע הלוה שאין לו, וכשתשיג ידו ישביע למלוה שלא פרעו, ואז יתן לו.

טען הלוה 'אשתבע לי דלא פרעתיך' - אומרים לו הבא מעותיך ואח"כ ישבע ויטול. בי"ד מעצמם אומרים כן, בי"י וכן פסק בשו"ע. ודעת הסמ"ע שרק כאשר הלוה תבע את המלוה הדין כן, אך כשהמלוה תובע את כספו - לא טענינן ליה.

טען שאין לו מה לפרוע - ישבע הלוח שאין לו, וכשתשיג ידו ישבע המלוה ויטול. כדעת הרמב"ם ולא כגאונים, שאין הלוח צריך לישבע. והש"ך כתב שלא פליגי, דכו"ע מודו הכא שמדאורי' נוטל בלא שבועה, ודוקא בנגזל ונחבל שמתקנת חכמים נוטל בשבועה, אמרו הגאונים שאין הנתבע צריך לישבע שאין לו, קודם שישבע התובע. וכן הסכימו הנהניבות והתומים.

סעיף ד

אם הוחזק הלוח כפרן באותו השטר, כגון שאמר: לא היו דברים מעולם, ובאו עדים, ונתקיים השטר, וחייבוהו בית דין לפרוע, שוב אינו יכול לומר: השבע לי שלא פרעתיך, אף על פי שאין בו נאמנות, שכבר הודה שלא פרעו, שכל האומר: לא לויתי, כאומר: לא פרעתי, דמי. אבל אם יחרים סתם על מי שנטל ממנו ממון שלא כדין, אין מוחין בידו.

אם טען להד"מ נגד שטר, והוחזק כפרן ע"י עדים שקיימו השטר - שוב אינו יכול לטעון 'אשתבע לי דלא פרעתיך': בין אם טוען פרעתי קודם שתבעתני - ד'כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי'. ובין אם טוען פרעתי שוב - דהוחזק כפרן. ונפק"מ האם יכול להשביעו היסת שוב לאחר הפרעון, בטענה שפרעו פעמיים - שאם טען פרעתי קודם שתבעתני - אין יכול להשביעו, שהרי הודה שלא פרעו. אך אם טען שפרעו אחר שחייבוהו ב"ד, אע"פ שאינו נאמן - יכול להשביעו היסת לאחר הפרעון. ש"ך.

ודוקא כשטען להד"מ, אך אם טען מזויף נגד שטר - הובאה בסעי' א מחלוקת אי הוחזק כפרן בכה"ג.

אך אם יחרים על הנוטל ממנו ממון שלא כדין - אין מוחין בידו.

האחרונים התקשו מה החידוש?! הרי כבר כתב זאת בסי' עט!! הב"ח רצה לומר שבשטר לא הוחזק כפרן, דאע"פ שנתקיים אולי התובע זייף את חתימתם יפה עד שהם לא הבחינו בזיוף. ולכן ביאר שיכול להחרים **קודם** הפרעון, וכ"ש שיכול להשביעו היסת לאחר הפרעון שפרעו פעמיים. אולם, הש"ך והסמ"ע חלקו וכתבו שהרבותא שהיה מקום לחלק בין טענת להד"מ מול תביעה בע"פ לטענת להד"מ מול שטר, שכאשר טוען מול שטר אולי כוונתו לומר 'להד"מ שיש לך שטר עלי' אך לא לכפור בעצם ההלוואה, וא"כ כשבאו עדים אין פה הודאה שהוא לא פרע, והו"א שיכול לחייבו שבועה - קמ"ל שאין חילוק ואף כשטוען מול שטר כוונתו שלא הייתה הלוואה, וא"כ הודה שלא פרע.

סעיף ה

אם כשאמרו בית דין ללוח: שלם לו, ולא טען: השבע לי, אלא אמר הלוח לבית דין: מה חייב לי, אומרים: מה אתה רוצה שיתחייב לך, אם אמר: רוצה אני שישבע לי, משביעין אותו. ואם לאו, אין פותחין לו.

אם טען 'אשתבע לי דלא פרעתיך' - משביעין אותו, ואם לא טען - לא טענין ליה, ואע"פ ששואל אותנו מה אני יכול לחייב אותו.

וכן שאר טענות לא טענין ליה, אבל ליתומים טענין פרוע (משנה) ואף מזויף (נמוק"י), ש"ך וסמ"ע.

סעיף ו

היה המלוה תלמיד חכם, אין משביעין אותו ואין מגבין אותו. אבל אם תפס משל לוח, אין מוציאין מידו. ואם לא תפס, והוא מעצמו רוצה לישבע כדי לגבות את שלו, שומעין לו.

אם המלוה ת"ח לא משביעין אותו שלא לזלזל בכבודו לחשוד בו שגובה בשטר פרוע. אך גם אין מגבין בו, ואם רוצה לישבע כדי לגבות - משביעין אותו. ואם תפס לא מפקינן מיניה ולא מנדין אותו. שבועות מא. " ואי צורבא מרבנן הוא - לא משביעין ליה. א"ל רב יימר לרב אשי: צורבא מרבנן משלח גלימא דאינשי? אלא, לא מזדקקין ליה לדיניה". וכתבו האחרונים שאם רוצה לישבע כדי לגבות - משביעין ליה. כמו כן כתבו שאם תפס לא מפקינן מיניה. והתקשו הרי גם באיניש דעלמא לא מפקינן אי תפס, שהרי בשבועה דרבנן לא נחתין לנכסיה? כתב הר"ן בשבועות שבאיניש דעלמא מפקינן מיניה אי תפס כיון שעשה שלא כהוגן, ורק מת"ח לא מפקינן. אולם, שאר הראשונים, והר"ן בכתובות כתבו שאף באיניש דעלמא אי תפס לא מפקינן, וא"כ מה החילוק ביניהם? כתב הרא"ש בפרק חזקת שבאיניש דעלמא מנדינן ליה ובת"ח לא מנדינן ליה.

מה הדין באיניש דעלמא דתפס ולא רצה לשבע? לכו"ע לא מפקינן מיניה, דבשבועה דרבנן לא נחתין לנכסיה. לגבי נידוי: דעת הסמ"ע - שאין מנדין אותו, ודעת הש"ך - מנדין אותו. (דעת הסמ"ע שהחילוק

בין ת"ח לאחר, שבאחר יכול הלוח לתבוע מבי"ד שיוציאו מידו השטר אם לא נשבע, ושוב לא יוכל לתפוס. אך בת"ח אין מוציאין מידו השטר; וכבר נתבאר זה בסמוך).

סעיף ז

אם המלוה והלוה שניהם תלמידי חכמים, יש מי שאומר שחוזר הדבר לכמות שהיה, ואי טעין: אשתבע לי, אמרינן ליה: זיל אשתבע ליה.

כאשר המלוה והלוה תלמידי חכמים - חזר הדין לכמות שהיה, ומשביעין אותו. כ"כ הטור, שהרי אי מהם ודאי משקר.

סעיף ח

אם מת המלוה, ויורשיו מוציאין השטר, והלוה טוען שהוא פרוע, נשבעים שבועת היורשים, ונוטלים. היה המלוה חשוד, יש אומרים שהנתבע נשבע היסת, ונפטר; ויש אומרים שהמלוה נוטל בלא שבועה, והכי מסתברא.

מת המלוה וטען הלוה ליורשיו 'אשתבעו לי' - נשבעין שבועת היורשין (שלא פקדנו אבא, ושלא אמר לנו, ושלא מצאנו בין שטרותיו) ונוטלים. בדין זה נחלקו הגאונים: היו שכתבו שנשבע הלוה היסת ונפטר (רב שר שלום), והיו שכתבו שנוטלים היורשים בלא שבועה, כיון שזו שבועה קלה, והיו שכתבו שנשבעים היורשים שבועה 'שלא פקדנו אבא' ונוטלים (ר"ף בתשובה והרמב"ם). והסכימו עמהם בעל התרומות ורב האי גאון, שנשבעין שלא פקדנו ונוטלים.

היה המלוה חשוד: י"א רמב"ם שנשבע הלוה ונפטר כדין חשוד ששכנגדו נשבע, סמ"ע; קצות - משום קנס. וי"א רמ"ה וראב"ד שנוטל החשוד בלא שבועה שהרי מדאי' נוטל בלא שבועה, והכי מסתברא.

הקשו האחרונים מסתירת דברי המחבר באה"ע סי' צ"ו (ס"ק י"ב) לגבי אשה החשודה שבעלה נשבע ונפטר, והרי כאן הכריע שחשוד נוטל בלא שבועה!! הסמ"ע (בדרישה באה"ע) והט"ז כאן - דוקא בשבועה זו שהיא קלה שהרי לא טענינן ליה - הקלו בחשוד, משא"כ בשאר שבועות דרבנן. הסמ"ע (כאן) - בכל שבועות דרבנן הדין כן, אך שאני התם לגבי אשה שממון בעלה בידה חיישינן יותר ולכן אינה נוטלת בלא שבועה. הש"ך (כאן) והט"ז (באה"ע) - דוקא בכתובה פסקנו שאינה גובה, כיון שכתובה דרבנן ומדאי' אין לה כלום.

אם המלוה נשתטה והלוה טוען פרוע - דעת הט"ז שזה דומה לחשוד, דלהרמב"ם מפסיד ולשו"ע גובה בלא שבועה. והקצות הסתפק אם חשיב כטענת שמה, וגרע מחשוד ולכו"ע אינו גובה; או דילמא חשיב כברי וגובה אף לרמב"ם דדוקא לגבי חשוד מפסיד משום קנס, אך בשוטה לא שייך לקונסו.

סעיף ט

לא היה חשוד, ורוצה להפך השבועה על הלוה, אין שומעין לו. ואם אמר: אי אפשי לישבע בתקנה זו, אלא תהא תביעתי כמלוה על פה, וישבע הלוה היסת, ואמר הלוה: מאחר שחזרת אותה היסת, הריני מהפכה עליך, הדין עמו. ואם אמר התובע: איני נשבע ואיני נוטל, אלא מחריס, סתם, הרשות בידו, ואין יכול לומר: או השבע וטול, או: הוציאני מן הכלל. ואם יצא הלוה ולא רצה לשמוע החרס, אין מנדין אותו בכך, ומחרימין שלא בפניו.

אין המלוה יכול להפך השבועה על הלוה דבשבועה כעין של תורה לא מהפכין, או מפני שהנוטלים לא מהפכים, סמ"ע.

אך יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים, והריני תובע כמלוה ע"פ ואז יתחייב הלוה היסת. כמו שכתבו רבותיו של הרמב"ם בס"י פז סעי' יב. אך הלוה יכול בחזרה להפך השבועה על המלוה דבהיסת אפשר להפך. ואז יכול המלוה לומר איני נשבע ואיני נוטל - אלא מחריס חרס סתם, ואין הלוה יכול לעכב עליו.

ואם יצא הלוה ולא רצה לשמוע החרס - אין מנדין אותו, אלא מחרימין שלא בפניו.

האם כשאדם מהפך היסת על חברו יכול הלה להחרים עליו קודם שישבע? סמ"ע - כן, ט"ז - לא. והוכיח הט"ז דבריו שכאן השו"ע כתב שיכול להחרים ואין המהפך יכול לעכב עליו, ומה ההו"א שיוכל לעכב עליו שלא להחרים!! אלא מוכח שתמיד יכול לעכב עליו, שהרי הוא אומר לו אתה התחלת ותבעת ממני שבועה ואני החזרתי אותה עליך, ולכן אינך יכול להחרים. משא"כ הכא, שהלוה התחיל ותבע 'אשתבע לי' ולכן יכול המלוה להחרים עליו, והוא לא יוכל לעכב. (נחלקו בדין זה גם בס"י פז סעי' כב, ועיי' בפתי"ש שם שכתב שמנהג העולם כסמ"ע שתמיד יכול להחרים).

סעיף י

הוציא עליו שטר מקויים, והלוח אומר: שטר מזויף הוא, או שטען: חוב זה רבית הוא, או: שטר אמנה הוא, או: כתבתי ללוות ולא לויתתי, והמלוה עומד בשטרו ואומר שזה טוען שקר, ואמר הלוח: ישבע ויטול, אין שומעין לו להשביעו, אלא ישלם ואחר כך יטעון על המלוה במה שירצה, ואם יודה יחזיר לו, ואם כפר, ישבע היסט.

אין הלוח יכול להשביע למלוה בשטר מקויים אלא בטענת פרעון, אך לא בשאר טענות כגון מזויף / אמנה / ריבית / כתבתי ללוות ולא לויתתי ומידי נפל. אלא ישלם ואח"כ יוכל להשביעו היסט ודוקא בטענות אמנה או ריבית או לא לויתתי, אך לא בטענת מזויף, ש"ך.

כשטענו השטר היה ריבית:

קודם פרעון: אם המלוה כופר - אינו צריך לישבע דיש בידו שטר מקויים; אך אם טוען שבהיתר נעשה - חייב שבועה בנק"ח שהוא מגרע לשטר בטענתו.

לאחר פרעון: אם המלוה כופר - ישבע היסט דחזקה אין אדם טוען ולא לו; אך אם טוען שבהיתר נעשה - נאמן בלא היסט דחזקה לא שביק היתרא ועביד איסורא. כ"כ הסמ"ע והש"ך ע"פ הרמ"א ביו"ד קסט.

אם טענו 'יש לי בידך כנגדו', האם יכול להשביעו? הקצות הסתפק, והביא בשם השלטי גיבורים' שאם טוען 'מנה לי בידך' חשיב כטענת פרעון, אך אם טוען 'חפץ לי בידך' לא הוי כטענת פרעון דדינו דבע"ח בזווי ואין יכול להשביעו.

סעיף יא

אם טען הלוח: מחלת לי חוב שבשטר זה, יש מי שאומר שדינו כמי שטוען: פרעתינו. הגה: ויכול לטעון: מחלת לי, אף על פי שיש בו נאמנות, שהנאמנות לא קאי אלא על הפרעון, (טור והתרומות בשם הרמב"ן). והמדקדקים כותבים: והאמנתיו לומר שלא נפרעתי ובכל ענייני חוב זה. ויש מי שאומר (דמחילה), כמו שטוען: אמנה או רבית הוא.

אם טען 'מחלת לי השטר':

י"א שדינו כטענת פרוע, ויכול להשביעו. כ"כ הרמב"ן וטעמו שאין זה דומה לאמנה כיון שאינו מבטל את השטר בטענתו. ועדיף מטענת פרוע, כיון שאף כשיש בו נאמנות סתם, יכול לטעון מחלת לי; כיון שהנאמנות היא רק על טענת פרעון. ולכן צריך לכתוב 'והאמנתיו בכל ענייני חוב זה' או 'והאמנתיו לומר שלא נפרע'. והטור מפקפק שאולי אפי' נאמנות מפורשת לא תועיל, אא"כ יכתוב במפורש שהנאמנות היא גם נגד טענת מחילה; סמ"ע.

וי"א שדינו כטענת אמנה או ריבית ואין יכול להשביעו. בעל העיטור, רשב"א, ר"י מייגש ורמב"ם וטעמם שאין שטר עומד למחילה, והוי טענה גרועה.

האם טענת מחילה טובה בפני עצמה או רק מכח מייגו דפרעתי? הש"ך בסי' עה כתב שבטענת מחילה אינו נאמן אלא מכח מייגו דפרעתי, וכן כתב הקצות (ז) כאן; וטעמם שאף לדעת הרמב"ן זו טענה גרועה אלא שמועיל לה מייגו. וקשה, הרי נאמן אפי' כשאין לו מייגו, כגון שיש נאמנות בשטר שאינו נאמן לטעון פרוע!! ומכח זה דחה המהרש"ל את דברי הש"ך.

אולם, רעק"א כתב שהש"ך כתב זאת דוקא בסי' עה לגבי נאמנות על הממון, שבכה"ג טענת מחילה לא מועילה אלא במייגו דפרוע; אבל כאן שעל גוף הממון אינו נאמן, אלא שיכול להשביע למלוה, בכה"ג מועילה טענת מחילה בפני עצמה כדי לחייב שבועה. וטעמו שכדי לחייב שבועה מספיק לנו טענה חלשה כמו מחילה. וכתב שלפי זה אף תוך זמנו נאמן בטענת מחילה, אך בטענת פרוע מייגו דמחילה אינו נאמן - דמייגו להשביע לא אמרינן. ונשאר בצ"ע בדעת הרמב"ן דא"כ מדוע נפרעין מיתומים כשמת תוך זמנו?! הרי נטען שמא מחל לו, ואע"פ דלא שכיחא לדעת הרמב"ן טענין אף היכא דלא שכיחא?! וצ"ע.

אך הקצות הבין שאף אצלנו נאמן רק מכח מייגו דפרוע, וכתב שהמח' היא בשאלה האם מייגו להשביע אמרינן או לא? דלדעת הרמב"ן אמרינן מייגו להשביע, ולדעת הרשב"א ודעימיה לא אמרינן. אך בתוך זמנו פשיטא שאינו נאמן בטענת מחילה, כיון שאין לו מייגו דפרוע. וקשה, א"כ מדוע כשיש נאמנות נגד טענת פרעון, יכול להשביעו בטענת מחילה, הרי אין לו מייגו!! וצריך לומר שהנאמנות היא רק על עצם טענת 'פרוע' שבה הוא לא יהא נאמן, אולם הוא לא קיבל על עצמו שאף במייגו דפרוע לא יהא נאמן.

סעיף יב

טען הלוה שהשטר נעשה על תנאי שאם אקיימנו אפטר, וקיימתיו, ומלוה אומר שלא היה שום תנאי בדבר, אם כתוב בו שנעשה בלא שום תנאי, או בלא שום שיור בעולם, אין הלוה נאמן. ואם אין כתוב בו כן, נשבע המלוה ונוטל; ואפילו אם כתוב בו נאמנות. ואם הודה המלוה שנעשה על תנאי, אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוה, על המלוה להביא ראיה, ואם אין לו ראיה נשבע הלוה היסת, ונפטר. הגה: ואין המלוה נאמן במיגו, דאין (אומרים) מיגו להוציא (טור סי"ט וב"י ותוספות פרק חזקת הבתים ורמב"ם סוף שביעית ומרדכי ריש ב"מ ואשירי פרק הכותב). ויש חולקין וס"ל דאמרינן מיגו להוציא. (ריב"ש סימן של"ו). ואם יש ללוה עדים שבתנאי נעשה, מקבלים עדותן. ואפילו עדי השטר עצמם נאמנים לומר שנעשה על תנאי, אפילו אם כתב ידם יוצא ממקום אחר, ונפטר הלוה אפילו בלא שבועה. ואם עד אחד אומר: על תנאי היה, ועד אחד אומר: לא היה תנאי, נשבע הלוה היסת, ונפטר.

1. אם טען הלוה שהשטר נעשה על תנאי שאם אקיימנו אפטר, והמלוה כופר:

א. אם כתוב בשטר שנעשה בלא שום תנאי, או בלא שום שיור בעולם - אין הלוה נאמן.

ב. אך אם אין כתוב בו כן, נשבע המלוה ונוטל ואפי' אם כתוב בו נאמנות סתם, דסתם נאמנות אינה אלא על טענת פרעתני.

2. אם מודה המלוה שהיה תנאי, אלא שטוען שעדיין לא קיימו הלוה: שו"ע - על המלוה להביא ראיה, ואם אין לו ראיה - נשבע הלוה היסת ונפטר. ש"ך - על הלוה להביא ראיה, ואם אין לו ראיה נאמן המלוה. דמה בכך שהיה תנאי, סו"ס הוא טוען שהשטר עכשיו כשר.

לדעת השו"ע אין המלוה נאמן אע"פ שיש לו מיגו שהיה טוען להד"מ, כיון שמיגו להוציא לא אמרינן. (ואע"פ שכשיש שטר אמרינן מיגו להוציא (כמו בסיטרא), אך זה דוקא כשהוא לא מגרע את השטר בטענתו, אך כאן שטוען שהיה תנאי, נמצא שהרע את השטר בטענתו, דכיון שהיה תנאי אין בשטר שום ראיה על החוב, דשמא נתקיים התנאי?! אולם, הש"ך סובר שתנאי לא מרע את השטר, דכיון שיש שטר א"כ יש לנו חזקת חיוב ודאית, והלוה שטוען שנפטר בקיום תנאו עליו הראיה). אע"פ שיש החולקים וסוברים שאמרינן מיגו אף להוציא.

3. אם יש ללוה עדים שהיה תנאי, מקבלים עדותן. ולדעת הש"ך דווקא בתנאי שעל בעל השטר לקיימו בקום עשה, וא"כ עליו הראיה שקיימו כדי לחייב ללוה. אולם, בתנאי שעל הלוה לקיימו, דעת הש"ך שהלוה צריך להביא ראיה. לעומת זאת, דעת השו"ע שאף בתנאי שעל הלוה לקיימו, על בעל השטר להביא ראיה שלא קיימו, דכיון שאנו יודעים שהיה תנאי ואיננו יודעים אם נתקיים אם לאו, שוב אין השטר ראיה לחוב. ולא דמי לפרעון שעל הלוה להוכיח, דשטרך בידי מאי בעי'.

אפי' עידי השטר עצמם נאמנים לומר שנעשה על תנאי, אע"פ שכתב ידם יוצא ממקום אחר. דתנאי מילתא אחריתי היא, והרי זה כמפרשים עדותם ואינם חוזרים ומגידים, סמ"ע. והש"ך פסק שאינם נאמנים כשכתב ידם יוצא ממקום אחר, כדעת הרמב"ם והרשב"א.

4. עד אומר תנאי ועד אומר שלא היה תנאי - נשבע הלוה היסת ונפטר. דעד המסייע פוטר משבועה, ונמצא שהעד האומר שלא היה תנאי מחייב את הלוה שבועה, והעד האומר שהיה תנאי פוטר. והרמ"ה חולק וסובר שאין עד המסייע פוטר משבועה.

ודווקא כשטוען העד תנאי כיון שלדבריו אין כאן שטר, אך עד א' שאומר פרוע ושכנגדו אומר שלא פרוע והשטר מקוים - לכו"ע אין משמעות לטוען פרוע, דכיון שאף לדבריו השטר כשר אלא שטוען שנפרע, אין דבריו של אחד במקום שנים; ש"ך בשם הר"ן בפ"ב דכתובות.

סעיף יג

טען הלוח על השטר מקויים שחציו פרוע, והמלוה אומר: שלא נפרע ממנו כלום, ועדים מעידים שכולו פרוע, נשבע (הלוח) וגובה מחצה מבני חרי, ואם כתוב בו שהאמינו על עצמו כשני עדים, גובה כל השטר מבני חרי, בלא שבועה.

אם טען הלוח שחציו שטר פרוע, והמלוה טען שלא פרע כלום, ועדים מעידים שפרעו כולו - נשבע הלוח שבועת התורה של מודה במקצת, וגובה המלוה החצי השני. ודוקא מבני חרי ולא ממשעבדי דאמרי און אעדים סמכין. ואם יש בו נאמנות - גובה המלוה הכל בלא שבועה.

ב"ב קכח: "שלח ליה רבי אבא לרב יוסף בר חמא: המוציא שטר חוב על חבירו, מלוה אומר לא נפרעתי כלום ולוח אומר פרעתי מחצה, והעדים מעידין שפרעו כולו - הרי זה נשבע וגובה מחצה מנכסים בני חורין, אבל ממשעבדין לא, דאמרי: און אעדים סמכין. ואפי' לר' עקיבא דאמר: משיב אבדה הוי, הני מילי היכא דליכא עדים, אבל היכא דאיכא עדים - אירתותי אירתת".

וכתב הר"ן "נשבע וגובה מחצה מנכסי בני חורין - וא"ת וכיון דאיכא עדים שמעידין שפרעו כולו הרי עדים מעידי' כדבריו דיש בכלל מאתים מנה ולמה צריך לישבע? י"ל **דשאני הכא שהוא פסלם** שמכחיש דבריהם וכו', **ומי' לאו למימר' דפסלינהו לגמרי**, דא"כ אפי' בשבועה לא מהימן, דהא איכא שטרא, **אלא לאו הכחשה היא לגמרי**, דאיפשר שהוא אינו זכור אלא מן המקצת והעדי' זוכרי' יותר, **וכיון דהכחשה לאו הכחשה היא אין סומכין לא על עדותן לגמרי ולא על השטר לגמרי**, אלא עדותן מהניא לבטולי שטרא בלחוד, והויא תביעתו של מלוה כתביעה על פה שאין עליה עדים שכל שהנתבע מודה מקצת נשבע".

ודוקא שבאו העדים לאחר שהודה שחייב מחצית, ולכן אינו נאמן דירא שמא יבואו עדים ויכחישוהו שהרי יש נגדו שטר. אולם, אם באו קודם שהודה, הרי הוא משיב אבידה ונאמן, דתו לא מירתת שהרי יש לו עדים שפטור. סמ"ע וש"ך ורעק"א, ודלא כב"ח שכתב שבכל ענין חייב שבועה.

ואם טען הלוח נזכרתי שפרעתי הכל, נאמן שהרי עדים מעידים כדבריו, ש"ך.

ב"ה יום ה' ט"ו אייר ה'תשע"ד

כללי מיגו לש"ך ולנתיבות

מיגו להוציא

א. מיגו להוציא - לא אמרינן, אך בברי ושמא אמרינן מיגו אף להוציא, כדמוכח בכתובות (יב) שנאמנת לומר 'משארסתי נאנסתי' כשיש לה מיגו, מפני שהבעל טוען שמא. וכן במקום שטר מקוים אמרינן מיגו להוציא אפשר לומר שזה מטעם שהשטר כבר גבוי ולא הוי להוציא, אך מדבריו משמע שחשיב להוציא, ואפי' הכי אמרינן. הנתיבות הוסיף שאף כשהחזקה מסייעת לברי אמרינן.

כדעת התוס' והרא"ש, וכן פסקו השו"ע (בסי' פב, פג, פד) והנתיבות והר"ש מקינון. אולם, הרמב"ן והרשב"א חולקים בזה וכתב השו"ע בסי' פג ופד דהוי ספיקא דדינא ואי תפס לא מפקינן מיניה.

כשמשלם דמי החפץ: ש"ך - אמרינן עיי' בסי' קלג, יג. נתיבות - לא אמרינן.

בקרעק אמרינן מיגו להוציא מחזקת מ"ק ולהעמידה ביד המוחזק. וכן להיפך, אם למ"ק יש מיגו מוציאים מהמוחזק. כן מבואר בתוס' ב"ב לה. 'אי דלי ליה צנא דפירי'.

כשתפס שלא בעדים אמרינן מיגו, דהוי מיגו להחזיק.

נתיבות: נפקד שיודע שהחפץ אינו של המפקיד - חייב ליתנו לבעליו, ואם לא נתנו ובא לבי"ד - נאמן במיגו ליתנו לו. אך אינו נאמן לומר שהמפקיד חייב כסף לפלוני במיגו שהיה נותן לפלוני החפץ - דאינו נאמן ליתן חפץ של אחרים כמשכון.

אם החפץ ביד שלישי, ושניהם טוענים ברי והשליש מסופק למי החפץ: אם לא' יש מיגו, ורק השני השליש החפץ - מוציאים מיד השליש, דכיון שהמשליש האמין לשליש הרי עשאו כבע"ד, והרי זה כאילו המשליש טוען שמא, ובכה"ג אמרינן מיגו להוציא. אך אם שניהם השלישוהו בידו - אין מוציאים, דהוי כשמא ושמא שבכה"ג אין מוציאים.

ב. מיגו נגד מנהג המדינה - לא אמרינן. דהוי כמיגו נגד עדים. נ"י סוף פרק המקבל (ב"מ קי.), ובמרדכי שם, ובהג' אשרי פרק הפועלים. ותוס' והגה' אשרי ריש בבא בתרא. וכ"כ הנתיבות דמיגו במקום מנהג קבוע - לא אמרינן.

ג. מיגו שיכל לומר איני יודע - לא אמרינן. ר"ן פ' כל הנשבעים, תוס' ב"מ צז. "דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק, כי אז נראה שהתובע אומר אמת שטוענו ברי והוא טוען איני יודע". וכ"כ הנתיבות.

מיגו בשנים

ד. לא אמרינן מיגו בשנים. תוס' ב"ב לא: ובנמוק"י שם, וכן תוס' בכתובות יט.: והטעם משום דאין האחד יודע מה בלב חברו.

ועיין לקמן באות יט דמיגו דאי בעי שתקי - אמרינן. ובאות כ ביאר שכשטוענים כדי להיפטר אמרינן מיגו, דבכה"ג בטוחים הם זה על זה לומר דבר אחד. וכ"כ הנתיבות.

מיגו במקום עדים

ה. מגו במקום עדים - לא אמרינן. בין אם העדים נגד גוף טענתו, ובין אם העדים נגד הטענה המיגויית. ב"מ פא: בעובדא דנהר פקוד.

מה הדין כשהעדים פסולים? הרא"ש (כלל סו, ח) כתב דליכא מיגו, ומהר"י בן לב ומהרשד"ם פקפקו בדבריו.

ואע"ג שליכא עדים שחייב, רק בצירוף טענתו והעדאת עדים - מתחייב.

מיגו דהעזה

ו. **מיגו דהעזה** - בר"ן פ' יחזקת' איתא דלא אמרינן, והש"ך מקשה דמוכח בהרבה מקומות שאמרינן, והעיקרי שבהם הוא 'הני עיזי דאכלי חושלי' דנאמן שהזיקוהו דלא הוי העזה שאין הבעלים יודע אם זה נכון במיגו דלקוחים דהוי העזה שמכיר בשקרו. ומתרג' ב' תירוצים :

1. מיגו דהעזה דלא אמרינן, היינו דוקא כשהאמינו מתחילה ושוב אין לו עסק עמו, דבזה יש העזה גדולה, שאע"פ שחברו הלוח לו הוא כופר בו עכשיו לגמרי. וזה שייך רק במודה במקצת ושומרים. אך סתם העזה שחברו מכיר בשקרו, הוי מיגו אף בהעזה.

2. מיגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן, אך לזכות בממון אמרינן. וכן מבואר להדיא בריב"ש (שצ"ב), ובר"ן כל השנבעין. וכן עיקר, וכן הסכים הנתיבות.

מיגו דהעזה כשמסייע לו שטר אמרינן, נתיבות.

ז. **לא אמרינן מיגו אלא בטענה שהיא גלויה**. וכתב הש"ך - "ודבר זה סתום".

ח. **מיגו למפרע לא אמרינן**.

מיגו בדדמי

ט. **לא אמרינן מיגו כשסובר שטוען אמת**. כ"כ תוס' ומרדכי, וביאר הש"ך שהכוונה שלא אמרינן מיגו כשאנו אומרים שהוא לא דייק ואמר בדדמי, וממילא לא מועיל מיגו בכה"ג. דגם עכשיו אנו מאמינים לו שהוא לא משקר, אך אמרינן שהוא מדמה ואינו מדייק.

מיגו במקום חזקה

י. **מיגו במקום חזקה** :

הגמ' בב"ב ה' : נשארה בתיקו האם אמרינן מיגו במקום 'חזקה אין אדם פורע תוך זמנו'. אך אין החזקות שוות זו לזו, ולכן לפעמים לא אמרינן מיגו במקום חזקה (כגון חזקה מה שתחת ידי אדם שלו הוא), ולפעמים אמרינן.

מיגו במקום שטר

יא. **אמרינן מיגו במקום שטר**, ונאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ולא אמרינן שטרך בידי מאי בעי.

יב. שייך לאות ה'.

מיגו מממון לממון

יג. **מגו מממון לממון אחר** - דעת הר"ש מקינון דלא אמרינן, ודעת הש"ך שאם הוא תחת ידו - אמרינן, ואם הוא תחת ידי חברו, אפי' באותו ממון הוי מיגו להוציא ותלוי בדיני מיגו להוציא. וכן כתבו הנתיבות והגר"א שקי"ל דאמרינן. ב"מ ב. "זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי" דמ"ד חציה שלי לא מהימן במיגו דכולה שלי, כיון דהוי מממון לממון. כן דעת המרדכי ור"ת, והתוס' שם כתבו בשם ריב"ש משום דהוי מיגו להוציא (וכן דעת ריצב"א).

טז. שייך לאות י'.

יז. **מגו לא מהני רק תוך כדי דיבור**. וכ"כ הנתיבות.

יח. אבל מיגו שהוא רק פירוש לדבריו הראשונים, אמרינן אפי' לאחר כמה ימים. כגון "את בתי נתתי לאיש הזה", שיאת בתי נתתי לאיש' - אסרה, 'הזה' - שריא. כ"כ הש"ך.

מיגו דאי בעי שתיק

יט. מיגו דאי בעי שתיק - אמרינן אפי' לגבי עדים.

כ. שייך לאות ד.

כא. מיגו דאי בעי שתיק לא אמרינן, כשיש לנו חשש שיש לו אינטרס לטעון את טענתו. כגון בכתובות כג. "עד אומר נתגרשה ועד אומר לא נתגרשה, תרוויחו באשת איש קמסהדי" וזה שאומר לא נתגרשה אינו נאמן, ואע"ג שיש לו מיגו דאי בעי שתיק, שהרי היא בחזקת פנויה!! כתב הר"ן שאינו נאמן, דחיישין שרוצה לפוסלה לכהונה ולכן לא יכל לשתוק. ולא הבנתי דבריהם, שהרי כיון שאתה לא מאמין לו אתה גם פוסלה לכהונה, שהרי אתה מחזיק אותה בחזקת נשואה!! ועוד, שהרי אתה אוסרה לכל העולם בתורת אשת איש!! וצ"ל שכיון שיש עוד עד שאומר שהיא הייתה נשואה, א"כ יש לנו שני עדים שהיא נשואה, ואילו אני חושש שאולי היא התאלמנה ולא התגרשה, ועוד שאולי היא עדיין נשואה!!

כב. האם אמרינן מיגו כשהטענה המיגויית איננה שכיחה? רבינו שמשון, נתיבות - לא אמרינן. ש"ך - אמרינן. רבינו שמשון כתב שכן מוכח מרבן גמליאל (ונראה שצריך להגיה בדבריו: ר' יהושע, דלר"ג מהימנא) בפ"ק דכתובות, שאינה נאמנת לומר משארסתני נאנסתי ואע"פ שיש לה מיגו דמוכת עץ, כיון שמוכת עץ לא שכיחה. ודחה הש"ך דבריו, דמוכת שם דאין לו מיגו מכיון שישור שחוט לפניך (רש"י: שיש תובע, תוס': לא מצא לה בתולים). והוכיח הש"ך שאמרינן מיגו אף כשלא שכיח, מ'החזרתי מיגו דנאנסו' אע"פ שנאנסו לא שכיחא. ואף אם נאמר שנאנסו שכיח, אך מוכח ששואל נאמן ב'החזרתי מיגו דמתה מחמת מלאכה', ומוכח בריש המפקיד שמתה מחמת מלאכה לא שכיחא. הנתיבות באות יד חולק על הש"ך ומסכים לרבינו שמשון, וכתב ש'החזרתי מיגו דנאנסו' אינו מטעם מיגו, אלא מטעם שטענת החזרתי עצמה טענה טובה, אע"פ שלא לקחתי השטר דאיני חושש להניחו בידו שהרי אני יכול לפטור עצמי בטענת נאנסו.

כג. שייך לאות ו.

כד. לא אמרינן מיגו היכא דמשים עצמו רשע. בין אם בטענת המיגו משים עצמו רשע, ובין אם בטענה הנוכחית משים עצמו רשע. כן מוכח בכריתות (יא) שאינו נאמן לומר 'לא אכלתי' במיגו ד'מזיד הייתי' (ואע"ג דלרבנן נאמן, דוקא שם שתלינן שעשה תשובה ואינו רוצה להביא חולין לעזרה); וכן אינו נאמן לומר: 'פלוגי רבעי לרצוני' במיגו ד'רבעני לאונסי'. והנתיבות כתב שאם משים עצמו רשע בטענה העכשווית - מח' הפוסקים ביו"ד סי' סט סעי' כה.

כה. היכא שבטענת המיגו היה צריך להישבע - בפשטות יש לו מיגו וצריך לישבע. וכ"כ הגר"א. ורבינו שמשון והש"ך כתבו שאינו מיגו והוכיחו זאת מקידושין מג: 'הן הן שלוחיו הן הן עדיי', והשתא דתקון רבנן היסת אינם נאמנים להעיד שפרעו למלוה, שהרי אין להם 'מיגו דהחזרתי'. והקשה ה'אמרי' ברוך' שהרי מבואר שם בתוס' שהטעם הוא משום שעד הצריך שבועה אינו עד, ולכן אע"פ שיש להם מיגו - אך אין להם גדר של עדים!! וצ"ע. ואדרבא מבואר שנאמן בהחזרתי מיגו דנאנסו (ובשבועה), אע"ג דנאנסו שבועה בעי. והש"ך תירץ זאת לקמן באות כה.

כו. שייך לאות ט.

מיגו נגד ע"א

כז. כשיש עד א' נגד טענת המיגו - לא אמרינן. כגון נסכא דר' אבא, שיש עד א' שחטף וטוען 'אין חטפי ודידי חטפתי'. ואע"פ שאם היה טוען 'לא חטפתי' היה נאמן בשבועה להכחיש העד, אין לו מיגו שהרי הוא מחויב שבועה ואינו יכול להישבע. ועיין בס"י עה סעי' יג.

אם העד אינו מחייבו שבועה כלל - אמרינן. אך אם מחייבו שבועת המשנה - מח' הפוסקים בס"י נח. (נתיבות).

מיגו כשמחויב שבועה

כח. אע"פ שבטענת המיגו היה צריך לישבע ש"ך, ועכשיו נשבע שבועה דרבנן - הוי מיגו. כדמוכח ב'החזרתי מיגו דנאנסו'. ולא דמי לקידושין מג: שלא הוי מיגו, דשאני התם שבטענת 'פרענו למלוה' ליכא שבועה כלל, והוי מיגו גרוע. וצ"ע דאי משום הא נחייב אותם לישבע שבועה דרבנן בטענת פרענו, כדי שיהיה להם מיגו!! כמו שאנו מחייבים אותו לישבע בהחזרתי כדי שיהיה לו מיגו דנאנסו!! וה' יאיר עינינו.

מיגו לאפטורי משבועה - מח' הפוסקים.

מיגו לאפטורי משבועת הנוטלים - לכו"ע לא אמרינן, כ"כ הנתיבות.

כט. שייך לאות ו.

ל. **האם אמרינן מיגו דטעיתי?** רבינו שמשון והתוס' בגיטין (יד.) לגבי עובדא ד'הנהו גינאי' - לא. ש"ך - כן. והנתיבות הפנה לסימן קכו.

לא. לא אומרים מיגו כשהיה צריך לטעון 'קים לי' כדי לזכות.

לב. **"גם תדע דמצינו בכמה מקומות שדוחין המיגו בסברא מועטת - לכן צ"ע לדון דין מיגו, וכ"ש שאין להוציא ממון משום מיגו אם לא בדבר שהוא דומה ממש, כי בקל יש לחלק ביניהם דוק ותשכח".**

הוספות מהנתיבות:

מיגו במקום קול

לג. **מיגו במקום קול** - לא אמרינן. לכן, אפי' בשטר פסול שיש עליו עדים קרובים, לא אמרינן מיגו שיכל להכחיש השטר, שהרי הוציאו קול בעדותן. משא"כ בעדים פסולים שאינם מוציאים קול. וכן עדים קרובים בלא שטר, או עדים גויים - אין קול, ואמרינן מיגו.

מיגו במקום קול - לא אמרינן דווקא נגד הטענה המיגויית. אך אם הקול נגד הטענה שלו עכשיו - אמרינן.

לד. **מיגו ל'עם הארץ'** - מסקנת הש"ך דאמרינן, והעיקר כדבריו. אע"פ שאינו יודע את כל הטענות.

לה. **מיגו לחצי טענה לא אמרינן.** לכן כשטוען על הפירות אכלתי ודידי אכלתי - אינו נאמן במיגו דלא אכלתי, שהרי רוצה לזכות בקרקע ובטענה זו לא היה זוכה בה. ב"ב לג.

לו. **מיגו במקום רוב - אמרינן,** דאין הולכין בממון אחר הרוב.

לז. **מיגו במקום נאמנות** כגון אל תפרעני אלא בעדים, או שהאמינו בטענותיו - לא אמרינן.

לח. **מיגו כשנראה לעיניים שמשקר - לא אמרינן.** כגון פרעתי בפני פו"פ ומתו - דהרוצה לשקר ירחיק עדין.

לט. **מיגו במידי דלאו אורח ארעא - לא אמרינן,** ולכן אינו נאמן לומר נתת לי רשות לקוץ האילן, דאין דרך לקוץ אילנות. כן מבואר בתוס' שבועות מו

מ. **מיגו במקום שהיה לו לזהר בשטרו - מח' הפוסקים בסי' קמו.**

מיגו לאורועי שטר או עדים

מא. מיגו לאורועי שטר או עדים :

אם העדים אומרים 'אמנה' וידעו מזה - אין נאמנים, דמשוי נפשיהו רשעים.

אם אומרים שלא ידעו מזה - נאמנים במיגו דמזויף, דאינם רשעים בכך. ולדעת הש"ך נאמנים בלא מיגו דהוי כטענת פרוע, אך אם היו צריכים מיגו לא היו נאמנים דמיגו בבי' לא אמרינן.

אם הבע"ד אומר 'אמנה' והעדים ידעו מזה : ש"ך ונתיבות - נאמן במיגו דמזויף, אע"פ שעושה העדים רשעים. קצות - אינו נאמן אא"כ אומר שלא ידעו מזה, דאינו נאמן לעשות העדים רשעים.

אם המלוה אומר - נאמן בכל ענין, ואפי' כשחב לאחרני, דכיון שיש לו מיגו ליכא חשש קנוניא.

מב. **גנובים במיגו דשאלים - לא אמרינן,** ועיין בסי' צ ובסי' קלג, דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן.

מיגו במקום מח' הפוסקים

מג. מיגו במקום שיש מח' הפוסקים - לא אמרינן. דוקא היכא שלא איפסיקא הלכתא כמאן, אך כשרוב הפוסקים ס"ל כאותה דעה - אמרינן.

מיגו מגברא לגברא

מד. מיגו מגברא לגברא לא אמרינן. ועיי' בסימן צב ס"ק ב בנתיבות בסופו. (דהיינו שבטענה שטוען עכשיו גוזל ממון של איש זה, ובטענה שיכל לטעון היה גוזל ממון של איש אחר. אך אם בטענתו זאת מכחיש לאיש אחד, ובטענה השניה היה מכחיש איש אחר, אך הכל אותו ממון בכה"ג אמרינן, והיינו עובדא דגינאי, גיטין יג.).

ב"ה יום ו' ח' סיון ה'תשע"ד

סימן פג

דין מלוה שהודה בשטר שהוא מזויף, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

אם המלוה מודה שקבל ממנו דמי השטר, אלא שאמר שקבלם בשביל מלוה על פה שהיה לו עליו, ואין הלוה מודה באותה מלוה, נתבאר בסימן נ"ח.

אם המלוה מודה שהלוה פרע את דמי השטר, אך טוען שזה היה עבור חוב אחר שהיה בע"פ, והלוה כופר באותו חוב - נאמן המלוה אם יש לו מיגו. זהו דין 'סטרואי', עיין בסימן נח בביאור כל פרטי הדין.

סעיף ב

אם הלוה מודה בשתי הלוואות, ושתייהן עבר זמנו, ונתן לו מנה, סתם, ולא פירש והמלוה אומר שרוצה לחשוב אותם בפרעון החוב שאין לו כח על הלוה כל כך, ובאחרת יש לו כח יותר, כגון שיש לו ערב, והלוה רוצה לחשוב אותם בפרעון המלוה שיש לו בה ערב, כי אומר שלאותה נתכון, אין שומעין לו (טור ס"ג בשם בעה"ת).

ואפילו אומר בפירוש: לא אפרע לך אלא מחוב פלוני, והמלוה אומר: לא אקבלם אלא מחוב אחר, הדין עם המלוה. הגה: ואפילו שתק כשקבלם, יכול אחר כך לומר: מה ששתקתי כדי שתתן לי המעות, ולא אקבלם רק על חוב אחר (ר"ן פ' הכותב).

וכן אם שלח עם המלוה מעות לאחרים, וקבלם בשתיקה, יכול לומר אחר כך: אקבלם לעצמי, ומה ששתקתי, כדי שתתן לי המעות. (בית יוסף סימן נ"ח בשם הרשב"א).

1. אם הלוה רוצה לפרוע בעד מלוה ע"פ שיש עליה ערב, והמלוה רוצה שזה יעלה כפרעון עבור החוב שאין עליו ערב - הדין עם המלוה דעבד לזה לאיש מלוה. וכ"ש כשנתן לו הלוה מנה בסתם ולא פירש, ואח"כ טוען שהתכוון שזה יהיה עבור ההלוואה עם הערב, והמלוה טוען שזה עבור ההלוואה בלי הערב - הדין עם המלוה. דין זה כתב בעל התרומות, ולמדו מדין 'סטרואי' (כתובות פה.), ששם המלוה צריך מיגו כיון שהלוה כופר בהלוואה הנוספת. אולם, אם היה מודה שיש עוד חוב, המלוה נאמן לטעון 'סטרואי' ניהו גם בלא מיגו. וכן מעובדא דקטינא דארעא (כתובות צא:) שהמלוה רשאי לומר שהוא מקבל את המעות שנתנו לו על חוב אחר.

2. אם אמר הלוה: אני נותן לך המעות כפרעון עבור חוב פלוני, וקיבלם המלוה בשתיקה. יכול לומר אח"כ לא קיבלתים אלא על החוב האחר, ומה ששתקתי כדי שתתן לי המעות. דעת הסמ"ע שהטור חולק על דין זה, והש"ך כתב שאף הטור מודה.

3. אם שלח הלוה עם המלוה מעותיו, כדי שיפרעם למלוה אחרים שלו - יכול השליח כלומר המלוה לעכבם לעצמו, ואע"פ ששתק בשעה שקיבלם דיכול לומר לא שתקתי אלא כדי שתתן לי המעות.

מה הדין כשעשאו שליח בעדים? הש"ך כתב שנאמן, ודוקא כשאומר שכבר בשעה ראשונה שקיבל, לא קיבל על דעת לזכות עבור האחרים. אולם, אם מודה שקיבל עבורם, אלא שרוצה עכשיו להתחרט ולתפוס לעצמו - לא מהני, דכבר זכו הם במעות ושוב אין זה ממונו של הלוה כלל. ודוקא כשידוע שחייב לו בעדים, אך אם לא ידוע אינו יכול לעכב לעצמו אלא א"כ יש לו מיגו דהחזרתי או שקיבל שלא בעדים. אולם התומים כתב שאינו נאמן, כיון דק"ל 'תן כזכה', וכשאמר לו 'זכה בחפץ זה עבורי' אינו נאמן אח"כ לומר שהגביהו לעצמו. הקצות והנתיבות דחו דבריו: הקצות כתב שדוקא ב'זכה' אינו נאמן לומר כן, אך בשאר לשונות נאמן, והוי כ'זכה' רק לגבי ההקנאה ולא לגבי הנאמנות. והנתיבות כתב ששאני הכא, שיש לו טעם טוב מדוע שתק בשעה שקיבל, כיון שאחרת הלוה לא היה נותן לו המעות.

הנתיבות הוסיף, שדוקא אם הלוה עשאו שליח, נאמן השליח לעכבם לעצמו. אולם אם המלוה עשאו שליח - אינו נאמן, דבהכ"ג נפטר הלוה מהחוב בשעה ששילם, דמסר לשלוחו של המלוה ע"פ ציוויו; והפטר חובותיו של חברו - חייב לשלם לו.

אולם, אם השליח אינו מלוה בעצמו, אין הוא יכול לתת את המעות רק לאחד מהמלוים האחרים. וכן אין אחד מהמלוים יכול לתפוס ממנו כנגד כל חובו. והטעם שבשעה שקיבל השליח המעות, זכה בהם עבור כל המלוים, כיון שקיבל יתן - זכאי דמי. ושוב אין יכול מלוה אחד לתפוס יותר ממה שזיכו עבורו.

סעיף ג

אם הלוה אומר: מחוב פלוני שפלוני ערב בו נתתים לך, ועל מנת כן קבלתם, והמלוה אומר: לא נתרציתי לקבלם אלא מחוב פלוני שאין לי בו ערב, אם החוב שאמר הלוה שפרעו הוא מלוה על פה, נאמן הלוה בשבועת היסת, ונפטר הערב, אפילו היה קבלן.

ואם שני החובות יש לו עליהם שני שטרות, אם לא פרעו בעדים, נאמן המלוה, במגו דלא היו דברים מעולם, ונשבע ונוטל. ואם יש בו נאמנות, נוטל בלא שבועה.

ואפילו אם פרעו בעדים, ומעידים שבתורת פרעון נתנם לו, ואינם יודעים מאיזה שטר, נאמן לומר שקבלם בשביל החוב שאין לו בו ערב, ונשבע, וגובה חובו מהלוה או מהערב; ואם יש בו נאמנות, גובה בלא שבועה.

1. אם הלוה טוען שפרעו עבור החוב עם הערב, ובשעה שפרעו המלוה הסכים לקבל עבור זה החוב; והמלוה מכחיש - אם מדובר במלוה ע"פ - נאמן הלוה בהיסת, שהרי יש לו מיגו, ואפי' אם יש עדים על החוב. ונפטר הערב מערבותו, ואפי' אם הוא קבלן. והש"ך התקשה בקבלן, שהרי בסי' קכט מבואר שקבלן חייב בכח"ג?! ונשאר בצ"ע.

אך אם שני החובות הם בשטר: אם פרעו בלא עדים - נאמן המלוה שהרי יש לו מיגו דלהד"מ, ונשבע כדין 'אשתבע לי' ונוטל. ואם יש נאמנות נוטל בלא שבועה. (בכה"ג מספיק שיש לו שטר על חוב א').

ואם פרעו בעדים, אע"פ שמעידים שנתנו בתורת פרעון, אך אינם יודעים על איזה חוב פרעו - נאמן המלוה, ונשבע ונוטל כשאין בו נאמנות, ואם יש נאמנות נוטל בלא שבועה.

סעיף ד

הוציא עליו שטר מקויים, ואמר הלוה: מזוייף, או: אמנה, ואמר המלוה: כן הדבר, אבל שטר כשר היה לי ואבד, נשבע הלוה היסת, ונפטר.

ב"ה יום ב' י"א סיון תשע"ד

סימן פד

הפוגם או פוחת שטרו, או עד אחד מעיד שהוא פרוע, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

הפוגם שטרו, לא יפרע אלא בשבועה, אף על פי שלא טען הלוה: השבע לי. כיצד, הרי ששטרו אלף זוז, וטען הלוה: פרוע כולו, והמלוה אומר: לא נפרעתי אלא מקצתו, לא יפרע את השאר, אלא בשבועה כעין של תורה. אפילו היו עדים בשעת הפרעון, או שכתב לו שובר במה שפרע. ולא אמרינן: אם איתא דפרע טפי, בעדים הוה פרע ליה, כדפרעיה מעיקרא, או היה כותב לו שובר. ואפילו דקדק לצרף בחשבונו אפילו פחות משה פרוטה, לא אמרינן כיון שדקדק כל כך, קושטא קאמר. ואם יש בו נאמנות, אף על פי שלא פירש בין בכולו בין במקצתו, נוטל בלא שבועה.

1. הפוגם שטרו שהודה שנפרע חלק מהשטר לא יפרע אלא בשבועה כעין של תורה, ואף אם לא טען הלוה - 'השבע לי' - ב"ד משביעין אותו. טעם הדין: כיון שמודה שהיה פרעון חלקי של השטר, והלוה טוען שפרע יותר, חיישין שמא לא דקדק המלוה ולא זוכר שהיה פרעון נוסף. ודוקא בכ"ג שמודה המלוה במקצת הפרעון ומרע לשטר, משא"כ כשכופר בפרעון לא משביעין ליה אא"כ טען 'אשתבע לי'.

משנה כתובות פז. "הפוגמת כתובתה - לא תפרע אלא בשבועה". ובגמ' "סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא, דקא טעין מאתים וקא מודה ליה במאה, הויא ליה הודאה במקצת הטענה, וכל המודה במקצת הטענה ישבע; אמר רבא, שתי תשובות בדבר: חדא, דכל הנשבעין שבתורה - נשבעין ולא משלמין, והיא נשבעת ונוטלת: ועוד, אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות! אלא אמר רבא: מדרבנן, דפרע דייק, דמיפרע לא דייק, ורמו רבנן שבועה עלה כי היכי דתידוק".

שבועות מא. "א"ל רב אחא בריה דרבא לרב אשי: ומה בין זה (הטוען אשתבע לי) לפוגם את שטרו? א"ל: התם אף על גב דלא טעין איהו - טענינן ליה אנן. הכא אמרינן ליה: זיל שלים ליה, ואי טעין ואמר אשתבע לי, אמרינן ליה: זיל אשתבע ליה".

2. אפי' אם יש עדים על הפרעון, או שכתב לו שובר - צריך לישבע שלא נפרע יותר. כתובות פז: "איבעיא להו: פוגמת כתובתה בעדים, מהו? אם איתא דפרעה - בעדים הוה פרע לה, או דלמא איתרמויי איתרמי ליה? ת"ש וכו' לא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא בעדים - דודאי צריכה שבועה, אבל שלא בעדים - אימא תיהוי כמשיב אבידה ותשקול בלא שבועה, קמ"ל". הרא"ש כתב דבעיא דלא איפשיטא והלכך לא תפרע אלא בשבועה; אולם הרי"ף כתב שמסקנת הגמ' שבכל עין בעינן שבועה. ובעל התרומות כתב שהוא הדין כשיש שובר.

3. אפי' דקדק המלוה לצרף בחשבונו כמה פרעונות, ובתוכם אף פחות משה פרוטה - חייב שבועה. שם, "איבעיא להו: הפוגמת כתובתה פחות משה פרוטה, מהו? מי אמרינן כיון דקא דייקא כולי האי קושטא קא אמרה, או דלמא איערומי קא מערמא? תיקו".

4. אם יש בו נאמנות, בין בכולו ובין במקצתו - נוטל בלא שבועה.

5. מה הדין כשפגמו בנו שטוען שאביו אמר לו שנפרע מקצת? ב"י בשם התרומות והביאו הסמ"ע - לא ישבע, דהתקנה שהתקינו - בו התקינו ולא בבנו. ש"ך - ישבע שלא פקדנו ויטול. ואף בעל התרומות לא התכוון למה שהבין הב"י, אלא שאם האבא פגם ומת - לא הפסידו הבנים, אלא נוטלים בלא שבועה.

סעיף ב

במה דברים אמורים, כשעבר זמנו. אבל אם הוא תוך זמנו, אף על פי שפגם שטרו, יפרע שלא בשבועה; אלא א"כ טען הלוה: ישבע לי.

1. הפוגם שטרו בתוך זמנו - נוטל בלא שבועה, דין זה כתבו הרמב"ם (מלוה ולוה פ"ד, ה"א). הטור הביא שרב האי חולק על דין זה. וכתב הרב המגיד שהוא חוכך בדין זה, שהרי כיון שהודה המלוה שנפרע תוך זמנו, התבטלה החזקה של 'אאפת"ז'. הסמ"ע תמה מדוע הרמ"א לא כתב שיש חולקים שהרי זהו חידוש. אולם, הש"ך תמה אנה מצא הטור שרב האי חולק בדין זה. נראה שטעמו של הרמב"ם שהחזקה אינה אומדנא וכדו', אלא היא המבט שלנו על המציאות, והיא אינה מתעררת בגלל שאדם לפעמים פורע, וגם אם האדם הזה ודאי פרע פעם. לכן סובר הרמב"ם שחז"ל לא נזקקו לתקן שבועה בכאלה מקרים שאינם שכיחים. (בשם הרב מרדכי שליט"א).

אא"כ טען הלוח - 'אשתבע לי'. הרמב"ם לא כתב דין זה, ותמחו הסמ"ע והש"ך על השו"ע אנה מצא דין זה: שהרי קי"ל שבטוען פרעתיך תוך זמני ותובע 'אשתבע לי' לא משביעין ליה: ועוד שתוך זמנו גובה אף מיתמי, ומדוע לא טענין להו! ולכן הש"ך דחה דברי השו"ע, אולם הסמ"ע כתב ליישב בדוחק שכיון שהוא מודה שנפרע במקצת תוך הזמן בצירוף טענת 'אשתבע לי' - משביעין ליה.

סעיף ג

כתוב בו פרעון ביני שיטי, לא חשיב כפוגם שטרו לחייבו שבועה (ועי"ל סי' מ"ד ס"ו וסוף סי' מ"ה). שטר שכתוב בו פרעון ביני שיטי ת' זהובים על הגרד, וטוען הלוח שפרע יותר, והמלוה גרד מקום הפרעון וחזר וכתב מה שרצה, אם כתב הפרעון הוא כתב יד הלוח, הדין עם המלוה.

1. אם כתוב הפרעון ביני שיטי - אין זה קרוי פוגם שטרו. שו"ת הרא"ש (כלל פז, ה). דהוי כאילו נכתב השטר משעה ראשונה על סכום זה, ואין זה פגימה; סמ"ע. והש"ך מפקפק בדין זה, וכתב שלא אמרו הרא"ש אלא כשהודה הלוח שבידיעתו נכתב, דבכה"ג לא שייך לומר 'איתרמוי איתרמי' דבקל אפשר לכתוב על השטר; ואין חילוק בין 'ביני שיטי' או מאחורי השטר או אחר חיתום השטר.

2. אם כתוב הפרעון על מקום הגרר כלומר ע"ג מחיקה, וטען הלוח שפרע יותר והמלוה מחק, אם כתוב בכתב יד הלוח - הדין עם המלוה.

סעיף ד

(כפול לעיל סי' מ"ז ס"ב) הפוחת שטרו, נפרע שלא בשבועה. כיצד, היה שטרו אלף זוז, וטוען הלוח: פרעתיך כולו, והמלוה אומר: לא נפרעתי כלום אבל אינך חייב לי אלא ת"ק, ומה שנכתב אלף אמנה היתה בינינו, אף על פי שאין בו נאמנות, נפרע שלא בשבועה, אא"כ יאמר הלוח: השבע לי. טען המלוה: לא נפרעתי כלום אבל אין החוב אלא ת"ק והעדים טעו וכתבו אלף זוז, הרי מודה שהעדים העידו שקר, ונשבע הלוח היסת, ונפטר.

1. הפוחת שטרו - נפרע בלא שבועה. כלומר, אם טוען שאע"פ שהשטר כתוב על אלף זוז, אינו חייב לו אלא ה' מאות זוז; ואע"פ שהשטר נכתב על אלף, אמנה הייתה ביניהם שלא יתבענו אלא ה' מאות. דדוקא עדים שאמרו אמנה אינם נאמנים, דאמנה לא ניתנה לכתב; אך כאן טוען המלוה שהעדים לא ידעו שזה אמנה; סמ"ע.

כתובות פז: "איבעיא להו: פוחתת כתובתה, מהו? מי אמרינן היינו פוגמת, או דלמא פוגמת מודיא במקצת, הא לא קא מודיא במקצת? ת"ש: פוחתת תפרע שלא בשבועה, כיצד? היתה כתובתה אלף זוז, ואמר לה התקבלת כתובתיך והיא אומרת לא התקבלתי ואינה אלא מנה - נפרעת שלא בשבועה. במאי גביא? בהאי שטרא, האי שטרא חספא בעלמא הוא! אמר רבא בריה דרבה: באומרת אמנה היתה לי ביני לבינו".

2. אולם, אם טוען שמלכתחילה לא היה חוב אלא על ה' מאות, והעדים טעו וכתבו אלף - אינו גובה כלום דמודה שהשטר חספא בעלמא; ונשבע הלוח היסת ונפטר.

סעיף ה

עד אחד מעיד בשטר שהוא פרוע, לא יפרע אלא בשבועה. במה דברים אמורים, כשעבר זמנו. אבל אם הוא תוך זמנו, נפרע שלא בשבועה, אלא אם כן טען הלוח: ישבע לי. עד אחד מעיד על שטר שהוא פרוע, ומת המלוה עד שלא נשבע, אין יורשיו גובין אותו; והוא הדין לפוגם שטרו, ומת עד שלא נשבע.

1. עד אחד מעיד שהשטר פרוע - לא יפרע אלא בשבועה כעין של תורה.

האם נאמנות סתם מועילה נגד עד א' סמ"ע - כן, ולכן אם יש נאמנות בשטר גובה בלא שבועה. ש"ך - לא.

2. ודוקא לאחר זמנו, אך בתוך זמנו - גובה שלא בשבועה; אא"כ טען הלוח 'אשתבע לי'. אותו דין כמו בסעיף ב.

3. עד א' מעיד שהשטר פרוע, ומת המלוה קודם שנשבע - אין היורשים גובים; וה"ה לפוגם שטרו ומת. דאין אדם מוריש לבניו ממון שלא היה יכול לגבותו אלא בשבועה. שו"ת הרא"ש כלל סח, יט. ותמהו עליו כולם, שהרי דין זה לא נאמר אלא ב'מת לוח בחיי מלוה' שהאבא התחייב שבועה ליורשי הלוח, דבכה"ג פסקנו כרב ושמואל; אך בשאר שבועות 'הבו דלא לוסיף עלה'?

וכן אמרו בגמ' (שבועות מח:) במפורש על שבועת פוגם שטרו: "איכלע רב נחמן לסורא, עול לגביה רב חסדא ורבה בר רב הונא; אמרו ליה: ליתי מר נעקרא להא דרב ושמואל, אמר להו: איכפלי ואתאי כל הני פרסי למעקרא להא דרב ושמואל!! **אלא הבו דלא לוסיף עלה**. כגון מאי? דאמר רב פפא: הפוגם את שטרו ומת - יורשין נשבעין שבועת יורשין ונוטלין". וכתב הש"ך: "ויותר נכון שישארו דברי הרא"ש והמחבר בקושיא, משנמצא סברות זרות שאינן אליבא דהלכתא".

ב"ה יום ב' י"ח סיון ה'תשע"ד

סימן פה

הוציא שטר חוב והלה טוען שמכר לו שדהו, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

ראובן שהוציא שטר חוב על שמעון, ושמעון הוציא שטר שראובן מכר לו שדהו אחר שהגיע זמן שטרו, ואומר: אלו חייב הייתי לך היה לך ליפרע ממני ולא למכור לי שדך, אם הוא במקום שנוהגין שמי שקונה שדה נותן מעות ואחר כך כותבין לו שטר, טענתו טענה, שלא היה לו לכתוב שטר המכירה אחר שקבל המעות, ונאמן הלוה לומר: פרעתי ושובר היה לי ואבד. ואפילו שיש בו נאמנות. ואם אומר: מזויף הוא, יש מי שאומר שאינו נאמן, כיון שהוא מקויים. ויש אומרים שהוא נאמן. ואם עדיין לא הגיע זמן שטרו, אין טענתו טענה. ואם הוא במקום שכותבין שטר ואחר כך נותנים מעות, אף על פי שהגיע זמנו, אין טענתו טענה, שזה יאמר: לא מכרתי לך השדה אלא כדי שיהיה לי ממה לגבות חובי.

1. המוציא שט"ח על חברו, וחברו מוציא שטר שמכר לו שדהו, וטוען: אם הייתי חייב לך כסף, לא היה לך למכור לי שדך כדי לקבל ממני כסף, אלא היה לך לגבות חובך. הדין עם מי?

א. במקום שנוהגין שהקונה נותן מעות ורק אח"כ כותבים לו שטר - נאמן הלוה, שהרי היה למוכר לעכב הכסף בידו - לאחר שקיבלו - בפרעון חובו, ולא היה לו לכתוב לו שטר. ואם כשמכר לו השדה - עדיין לא הגיע זמנו - נאמן המלוה שהרי לא יכל לגבות חובו באותה שעה; סמ"ע ושי"ך.

מה טוען הלוה? **אם טוען: שטרך פרוע, ושובר היה לי ואבד** - לכו"ע נאמן שהרי הוא לא מכחיש את השטר המקויים של המלוה.

אם טוען שטרך מזויף - י"א שאינו נאמן, שהרי שטרו של המלוה מקויים. וי"א שהוא נאמן, כ"כ רש"י והר"ן. והש"ך כתב שלכו"ע אינו נאמן, ואף הם לא נתכוונו לומר שטוען מזויף ומעולם לא לויתי, אלא שטוען יאיני חייב לך ושטרך מזויף, כלומר פרעתי לך השטר וזייפת שטר חדש. והיו שכתבו שרש"י דיבר במקום ששטרו של המלוה אינו מקויים, ונאמן הלוה דהיינו שקורעים השטר. והש"ך חלק וכתב שלא נקרע השטר. והתומים כתב שלדעת רש"י נאמן כשהשטר מקויים משטר אחר, דכיון שיש ריעותא צריך קיום מדאו', ולא מהני אלא ע"י עדות של עדים, ולא ע"י דימוי החתימות משטר אחר. **והסכים עמו הנהיבות. והגר"א ביאר** שמייירי בטענת מזויף כפשוטו.

מה הדין בשטר שיש בו נאמנות? כתבו הסמ"ע והש"ך שנאמן הלוה, ואפי' האמינו כבי תרי, דאנן שהדי שאם היה חייב לו לא היה כותב לו שטר, אלא מעכב המעות בידו.

מה הדין כשאין לו שטר מכירה, אך המלוה מודה שמכר לו השדה? כתב הש"ך שנאמן המלוה במיגו דלהד"מ. ולעני"ד צ"ע מדוע צריך מיגו, הרי כיון שהמלוה לא כתב שטר מכירה, אין לנו ריעותא. דעצם מכירת השדה אינה יוצרת ריעותא, כיון שעשה זאת כדי שיהיה לו מה למשכן בחובו. ואין קושיא מדוע כתבת שטר ולא עכבת המעות בחובך? שהרי הוא לא כתב לו שטר. וא"כ קשה, מדוע כותב הש"ך שנאמן המוכר במיגו, הרי בלא מיגו הוא נאמן כיון שאין כאן כלל ריעותא? וצ"ע.

ב. אולם, במקום שקודם כותבין שטר ורק אח"כ נותנין מעות - נאמן המלוה, ויכול לטעון לא מכרתי לך השדה, אלא כדי שיהיה לי מהיכן לגבות את חובי. (שהרי הוא מוכרח לכתוב שטר קודם שיקבל הכסף, וא"כ שוב לא יוכל לעכב את הכסף עצמו בפרעון חובו). ואין יכול הלוה לומר: היה לך לכתוב מודעא, כיון 'חברך - חבא אית ליה', וממילא שמה ישמא הלוה ושוב לא יתרצה לקנות ממנו השדה.

משנה בכתובות קי. "המוציא שטר חוב על חברו, והלה הוציא שמכר לו את השדה, אדמון אומר: יכול הוא שיאמר אילו הייתי חייב לך, היה לך להפרע את שלך כשמכרת לי את השדה, וחכ"א: זה היה פקח שמכר לו את הקרקע, מפני שהוא יכול למשכנו". ובגמ' "מ"ט דרבנן? שפיר קאמר אדמון! באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא - כ"ע לא פליגי דמצאי א"ל היה לך לפרוע את שלך כשמכרת לי את השדה, **כי פליגי - באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי**, אדמון סבר: איבעי ליה למימסר מודעא, ורבנן סברי: חברך חבא אית ליה, וחברא דחברך חבא אית ליה".

מהי הברחה? ט"ז הבין שאפי' מכירה, והקשה מדוע לא חיישינן שיבירח גם הקרקע שימכרנה לאחר! שהרי השו"ע סתם ומשמע שמייירי אפי' כשלא כתוב בשטר דאיכני? ולכן חידש שכאן גם בלא דאיכני משתעבד, דהוי כמו מכירה על

תנאי שהשדה תהיה משועבדת לחוב. **הקצות הקשה** מב"ב קנז. שם מפורש שהשיעבוד אינו מדין תנאי אלא מחמת 'דאיכני', ולכן **תירץ שהברחה הינה החבאה של החפץ** וזה שייך רק במטלטלין ולא בקרקע. ולמכירה לא חיישינן ולכן אע"פ שלא כתב דאיכני ואינו משתעבד – א"א להברחה.

סעיף ב

אם הלוח מכר קרקע למלוה אחר שהגיע זמן פריעת שטרו, אפילו במקום שנותנים מעות ואחר כך כותבים שטר, יכול לומר לו: אלו חייב הייתי לך היה לך לטרוף השדה כשמכרתיו לך. הגה: אבל אם מכר לו מטלטלין, לא יכול לומר: אלו הייתי חייב למה לא תבעת ממני בחובך, דזה יכול לומר: אילו תבעתי יראתי שלא תמכור לי כלל. (תשובת מ"מוני ספר משפטים).

אם הלוח מכר את קרקעו למלוה, אחר שהגיע זמן הפרעון:

1. במקום שכותבין שטר ואח"כ משלמים - פטור הלוח, שאם היה חייב למלוה, היה לו לעכב הקרקע בחובו ולא לשלם את מעותיה.

2. ואף במקום שנותנים המעות ואח"כ כותבין השטר - פטור הלוח, דאם היה חפץ בקרקע זו דווקא, לא היה לו לקנותה אלא לטרוף אותה בחובו. כ"כ הטור וכן פסקו השו"ע והרמ"א בלא חולק. והש"ך פקפק בדין זה, וכתב שלא נהירא, שהרי אין הלוח חייב לפרוע חובו דווקא בקרקע זו, והיה יכול לסלקו במעות. וא"כ יכול המלוה לומר כיון שהייתי חפץ דווקא בקרקע זו, הייתי מוכרח לקנותה ממך, שהרי לא יכלתי להכריחך להגבותה לי. ושוב אין לנו ריעותא בשטר!! והט"ז תירץ, שטעמו של השו"ע מפני שאם היה חייב לך, לא היית קונה ממנו את השדה, שהרי אתה רוצה שהיא תשתמש כבטחון גבייה עבור חובך. ולכן לא היה לך לקנותה, אלא לגבותה בחובך. ורעק"א כתב שלפי טעמו של הט"ז, דין זה נכון רק כשיש ללוח קרקע אי בלבד, אולם כשיש לו הרבה קרקעות - יכול המלוה לומר סמכתי על שאר קרקעותי לגביית חובי, ולכן קניתי קרקע זו. וכ"כ הגדו"ת.

3. כשהלוח מכר את מטלטליו למלוה, בכל ענין אין בכך שום ריעותא בשטרו של המלוה. שהרי המלוה לא יכל לגבותם בחובו, כיון שיכול הלוח להברישם. ולכן אין טענה כנגדו מדוע שילמת כסף ולא גבית בחובך; סמ"ע. והט"ז כתב שהטעם מפני שיכול המלוה לומר חפצתי דווקא בחפץ זה, וכיון שלא יכלתי להכריחך להגבותו לי, שהרי אתה יכול לסלקני בזו"ז, הייתי מוכרח לקנותו.

סעיף ג

ראובן הוציא שטר על שמעון, ושמעון על ראובן מאוחר לשטרו של ראובן, והגיע זמן הפרעון של ראובן קודם שלוח שמעון, יכול שמעון לומר לראובן: אלו חייב הייתי לך לא היה לך ללות ממני, אלא היה לך ליפרע מחובך. הגה: ודוקא שהשטר ברור. אבל אם יש טענה על השטר, כגון שיש בו חשש אסמכתא או כדומה, יכול לומר: הייתי מתיירא שא"ל לי לגבות בשטרי מכח אסמכתא, על כן הוצרכתי ללות, כי לא היה לי פנאי לדון לנגוש אותך (תשובת הרא"ש כלל ע"ב סימן ב').

ויש מי שאומר דלא שנא באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא, לא שנא באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי.

ויש אומרים דה"מ באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא. ואפילו אם יש לראובן זבורית ולשמעון עידית, אינו יכול לומר: לויתי ממך כדי שאגבה ממך העידית ואגבה אותך הזבורית. ואם הוא באתרא דכתבי שטרא והדר יהבי זוזי, אינו יכול לומר לו: היה לך ליפרע מחובך, אלא כל אחד גובה חובו.

ומיהו אם יש לשניהם עידית או בינונית או זבורית, או שיש לאחד עידית או בינונית ולשני זבורית, עומד כל אחד בשלו. וכן אם יש לזה בינונית וזבורית ולזה זבורית, עומד כל אחד בשלו. אבל אם יש לזה עידית ובינונית, ולזה זבורית, זה גובה וזה גובה.

ואם זמן השטר שמוציא שמעון על ראובן היה קודם שהגיע זמנו של שטר של ראובן, אז בכל ענין יעמוד כל אחד בשלו, שאין יכול לומר: היה לך ליפרע מחובך, שהרי עדיין לא הגיע זמנו. אפילו היה ביום אחרון, כגון שראובן הלוח לשמעון בשטר לחמש שנים, וביום שנשלמו הה' שנים בא ראובן ולוח שמעון לעשר שנים, אין שמעון יכול לומר

לראובן : אילו חייב הייתי לך למה שעבדת עצמך בשביל יום אחד, וגובה זה שלו לסוף חמש שנים וזה שלו לסוף י' שנים.

הגה: ראובן שתובע משמעון לשלם לו, והשיב לו שמעון: הלא אתה פרעת לי זה השבוע, ולמה לא עכבת בחובך, וראובן אומר: האמנתיך נאמן, במיגו דיוכל לומר: לא פרעתיך, או: עדיין לא הגיע זמני אז שתפרעני (מרדכי פ' דייני גזירות). אשה שהקדישה נכסיה וצותה שידורו בנותיה בבתים ויתנו שכירות, ואחר כך הביאה בת אחת שטר ממנה מוקדם לשטר מתנה של הקדש, ושאר הירשים אומרים: אילו היה שטרך אמת למה נתת שכירות, אם הבת נותנת אמתלא על השכירות, הדין עמה; ואם לאו, הדין עם הירשין (תשובות הרא"ש כלל ע' סימן ב).

ראובן הוציא שט"ח על שמעון, ושמעון מוציא שט"ח על ראובן שהוא מאוחר לשטרו של ראובן:

1. אם זמן פרעון שטרו של ראובן, קדם לזמן בו לוח משמעון - נאמן שמעון לטעון פרוע, שהרי 'אילו הייתי חייב לך - היה לך ליפרע ממני ולא ללוות ממני'.

י"א שדין זה נכון בין באתרא דיהבי זווי ואח"כ כתבי שטרא, ובין באתרא דכתבי ואח"כ יהבי. כ"כ הטור בשם הרמ"ה. **וי"א שדין זה נכון** רק באתרא דיהבי זווי ואח"כ כתבי שטרא, אך להיפך לא, שהרי יכול לומר לא יכולתי לתובעך לדין, כיון שהייתי זקוק למעות באותו יום. כ"כ הרמב"ן והר"ן, וכן הסכימו הטור והשו"ע (י"א בתרא) לדינא.

לדעת הש"ך דין זה אינו נכון, אלא בכל ענין כל א' יכול לגבות את שטרו, ואין חברו יכול לומר לו 'היה לך ליפרע ממני ולא לגבות שטרי', שיכול לומר 'לא רציתי להפסיד את שעבודי על הבינונית שלך' וכמו שיתבאר בסמוך במקור הדין. אולם הנתיבות והקצות דחו דבריו, והסכימו עם פסק השו"ע.

2. אך אם זמן פרעון שטרו של ראובן מאוחר לזמן בו לוח משמעון, ואפי' אם זמן פרעונו הגיע באותו יום בו לוח משמעון - בכל ענין כלומר אפי' במקום בו יהבי זווי והדר כתבי אין חברו יכול לומר לו כלום, דכיון שלא יכל להכריחו לפרוע חובו, שהרי אפי' ביומא דמשלם זימניה אינו יכול לכופו רק בסוף היום, **שהרי עביד איניש דיזיף ליומיה**, דכיון שהיה זקוק לכסף באותו היום, היה מוכרח ללוות ממנו. ואפי' אם לוח באותו יום לעשר שנים, והרי מחר משתחרר לו הכסף, א"כ מדוע הוא לוח לזמן כזה ארוך? אין בזה ריעותא כלל, שכיון שהיה זקוק למעות, הוצרך לשעבד עצמו כפי מה שהסכים המלוה להלוות לו, סמ"ע.

3. **מהו אופן הגבייה כאשר כל א' מוציא שט"ח כנגד חברו?** במקרים בהם אמרנו שהשטר השני אינו מהווה ריעותא נגד השטר הראשון, ושני השטרות הגיע זמן פרעונם, כיצד יגבו?

אם לשניהם יש רק עידית, או רק בינונית או רק זיבורית - כל א' עומד בשלו, ואינו גובה שטרו. שהרי 'הפוכי מטרתא למה לי?', דכיון ששני החובות שווים, א"כ מדוע שאני אגבה ממך את הקרקע הזאת ואתה תגבה לי כנגדה בדיוק אותה קרקע? וכן אם לאחד יש עידית אין בינונית ולחברו זיבורית, ואע"פ שקי"ל 'בשלו הן שמין' ונמצא שאם יגבה בעל הזיבורית ראשון הוא יגבה עידית או בינונית, ואח"כ הוא יגבה לחברו זיבורית, וא"כ אין כאן הפוכי מטרתא? אך כיון שהגבייה נעשית ע"י ב"ד לשניהם כאחד, א"כ מדוע שנגבה לבעל הזיבורית ראשון? אדרבא נגבה קודם את בעל הבינונית בזיבורית חברו, והוא יחזור ויגבה אותה לו, ונמצא שהוי הפוכי מטרתא. וכן אם לאחד יש בינונית וזיבורית ולחברו זיבורית ע"פ אותו עיקרון שביארנו.

אולם כאשר לאחד יש עידית וגם בינונית, ולחברו יש זיבורית - זה גובה וזה גובה, שהרי יש כאן נפק"מ בגבייה, שבעל הזיבורית גובה בינונית, ובעל העידית גובה זיבורית. הטעם הוא שכיון ש'בשלו הן שמין' א"כ כאשר בעל הזיבורית גובה את הבינונית, ונמצא שיש לו בינונית וזיבורית, הבינונית שלו נחשבת כעידית שהרי היא הקרקע הכי טובה שלו, ונמצא שכאשר יבוא חברו לגבות ממנו הוא יגבה את הזיבורית, שהרי אין לו בינונית! ויוצא שזה לא משנה מי בא לגבות ראשון לעולם בעל העידית והבינונית יקבל זיבורית, ובעל הזיבורית יקבל עידית!

מקור הדין: כתובות קי'. במשנה ובגמ': **"מתני'.** שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה, אדמון אומר: אילו הייתי חייב לך כיצד אתה לוח ממני? וחכ"א: זה גובה שטר חובו, וזה גובה שטר חובו. **גמ'.** אתמר: שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה, רב נחמן אמר: זה גובה וזה גובה; רב ששת אמר: הפוכי מטרתא למה לי? אלא זה עומד בשלו וזה עומד בשלו. וכו' אלא לא צריכא, דאית ליה לחד עידית ובינונית ואית ליה לחד זיבורית, מר סבר: בשלו הן שמין, ומר סבר: בשל כל אדם הן שמין. תנן: וחכ"א: זה גובה וזה גובה! תרגמה רב נחמן אליבא דרב ששת: כגון שלוח זה לעשר וזה לחמש. ה"ד וכו' לא צריכא, דאתא בההוא יומא דמשלם חמש, מר סבר: עביד איניש דיזיף ליומיה, ומ"ס: לא עביד איניש דיזיף ליומיה". **בגמ' מבואר כיצד רב ששת מעמיד את המשנה**, שמדובר ביומא דמשלם זימניה, אך אם מטא זימניה גם רבנן מודים לאדמון (כיון שמדובר שיהבי זווי ואח"כ כתבי), ואם לא מטא זימניה גם אדמון מודה לחכמים. אך לא מבואר כיצד רב נחמן העמיד, ואנן הרי קי"ל כרב נחמן שבשלו הן שמין, וא"כ צריכים אנו לידע האם הוא חולק על רב ששת או לא. בי שיטות מצאנו בראשונים:

שיטת הרמב"ן במלחמות והר"ן, וכך נקטו הטור והשו"ע - שלרב נחמן אפשר להעמיד את המשנה במקום בו כותבים את השטר ורק אח"כ יחייב זוי, וכמו שהעמדנו את המשנה הקודמת. ומוח' חכמים ואדמו"ן היא אותה מח' כמו שם, אלא שהמשנה השמיעתנו רבוצתא שבשלו הן שמין ולא בשל כל אדם. אולם, רב ששת לא יכול להעמיד כך, שהרי א"כ מה הרבוצתא של משנתנו? ולכן הוכרח לתרץ דמייירי ביומא דמישלם זימניה; אולם לרב נחמן מבואר כיון שהרבוצתא היא שיבשלו הן שמין ולא בשל כל אדם, כפי הסברה הפשוטה יותר! ונמצא שלדינא אין מח' בין רב נחמן ורב ששת בדין המשנה, ולכו"ע אם מדובר במקום שכותבים שטר ואח"כ יחייב זוי לעולם שתי השטרות כשרים, ואם מדובר במקום שקודם יחייב זוי ואח"כ כתבי שטר - אם הוא ביומא דמישלם זימניה או שלא הגיע זמן פרעונו - שניהם כשרים, ואם הגיע זמן פרעונו קודם שלוח - הראשון פסול.

אולם, בעל המאור חלק, וכתב שלרב נחמן לעולם לא הפסיד המלוה הראשון שטרו, דכיון שבשלו הן שמין וזה גובה וזה גובה, א"כ לעולם יש לו טענה מדוע הוא לוח מחברו כסף במקום לגבות את חובו, שהרי לא רצה להפסיד את דינו לגבות מהבינונית של חברו, אם לא יהיה לחברו מה לפרוע לו; ועוד שרצה להגבות לו את הזיבורית שלו. ועל זה תמה הרמב"ן הרבה תמיהות, **והש"ך האריך להוכיח את שיטת בעל המאור, ושכן ההלכה ושרוב הראשונים מסכימים לה**. העיקרון של הש"ך הוא שאע"פ שאדם לא לוח כדי למכור את קרקעותיו, אך כאן הכוונה היא שכיון שעכשיו יש לי שעבוד עליך, אני לא רוצה להפסיד את שיעבודי, דשמא היום או למחר אתה תקנה קרקע טובה ולי יהיה קרקע דפוקה, ונמצא שאני ארויח מהסיפור הזה, ולכן לא לחוץ לי עכשיו להיפרע ממך, אלא עדיף לי ללות ממך ואתה תשאר לוח שלי, שהרי ממ"נ אני יכול רק להרויח מהסיפור ולא להפסיד. וראיית הש"ך שרוב הראשונים מסכימים לדרכו של בעל המאור היא מכך שהר"ף והרמב"ם השמיטו דין זה, מדוע? על כרחך מפני שפסקנו כרב נחמן, ורב נחמן סובר שלעולם לא הפסיד המלוה הראשון שטרו! (הרמב"ן תירץ שהר"ף השמיט דין זה כיון שלרב נחמן זה תלוי בשאלה האם מדובר במקום שכותבין שטר ואח"כ נותנים מעות או להיפך, וכיון שהוא כבר כתב את זה במשנה הקודמת, לכן הוא השמיט את זה כאן).

הנתיבות תירץ שהר"ף והרמב"ם סוברים כדעת הרמ"ה, שכאשר לוח לאחר שהגיע זמן פרעון חובו אפי' באתרא דכתבי שטרא והדר יחייב זוי - איבד שטרו, שהרי היה לך לפרע מחובך ולא ללות ממני כסף. ואינו נאמן לומר שהיה מוכרח לכסף בדחיפות, ולא היה לו זמן לירד עמו לדין ולריב עמו עד שישלם לו חובו, ולכן העדיף ללות ממנו, ואח"כ להתחשבן עמו. וטעמו מפני שאין דרך אדם ללות מעות מחברו, כשהוא יכול לגבות את חובו. ועוד, שאין חברו עשוי להלוות לו כסף, אם עדיין לא פרע לו חובו, שהרי כשהוא מלווה לו כאילו הוא נותן לו את הכסף הזה במתנה לזמן (עד זמן הפרעון), והרי אין אדם נותן מתנות קודם שיפרע חובותיו. ולכן בכל ענין אינו נאמן לטעון שלוח קודם שנפרע מחובו, אלא רק במקרה בו עדיין לא יכל לתבוע חובו. ולכן השמיטו הרמב"ם והר"ף דין זה, ולא כמו שכתב הש"ך שהשמיטוהו מפני שסוברים שבכל ענין לא הפסיד זכותו.

הקצות תירץ, שיומא דמישלם זימניה זה אותו עיקרון כמו כתבי והדר יחייב, שהצד השווה בשניהם שאין לנו טענה עליו מדוע לא עיכב את ממון חברו בידו, ומדוע הוצרך ללות ממנו. דכיון שעדיין לא הגיע זמנו - לא יכל לתבוע ממנו עדיין את כספו, ולכן הוכרח ללות ממנו. ולכן השמיטו הרמב"ם והר"ף דין זה, דכיון שכתבוהו ברישא, א"כ זה אותו עיקרון ממש! ויותר מזה, זה אפי' עדיפא מכתבי והדר יחייב, שהרי דעת הרמ"ה שבלוח ממנו אפי' בכתבי והדר יחייב מפסיד, שהיה לו לגבות חובו ולא להיות 'עבד לוח לאיש מלוה'. וזה שייך דוקא בכח"ג; אולם ביומא דמישלם זימניה לכו"ע לא הפסיד חובו, שהרי היה מוכרח ללות ממנו, כיון שלא יכל להכריח אותו לפרוע חובו באותה שעה!

סעיף ד

אם מת אחד מהם והניח יתומים קטנים, כל אחד עומד בשלו; אפילו לא הניח להם אביהם כלום, שאם יגבו מזה, אפילו מעות, חוזר וגובה אותם מהם, אחר תקנת הגאונים שגובים מטלטלי דיתמי.

מת א' מבעלי השטרות ויורשיו קטנים, כל א' עומד בשלו. שהרי אם יגבו ממנו אפי' מטלטלין, יחזור ויגבה אותם מהם בחובו. ואע"פ שמדאורי' מטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ואם יגבו מטלטלי לא יוכל לחזור ולגבותם. מ"מ לאחר תקנת הגאונים אפי' מטלטלי משתעבדי, ולכן בכל ענין אינם גובים כלום, דאטרוחי בי דינא למה לי?

גמ' הנ"ל: **"רמי בר חמא אמר: הכא ביתמי עסקינן**, דיתמי מיגבא גבי, אגבויי לא מגבינן מינייהו. והא זה גובה וזה גובה קתני! זה גובה, וזה ראוי לגבות ואין לו. אמר רבא, שתי תשובות בדבר: חדא, דזה גובה וזה גובה קתני! ועוד, לגבינהו ארעא ליתמי וליהדר וליגבינהו מינייהו, כדבר נחמן, דאמר ר"ג אמר רבה בר אבוח: יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן, בעל חוב חוזר וגובה אותן מהן! קשיא. ולוקמה דאית להו ליתמי זיבורית, ואית ליה לדידיה עידית ובינונית, דאזלי יתמי גבו בינונית ומגבו ליה זיבורית, דאי נמי בשל כל אדם הן שמין, הא אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מזיבורית! הני מילי היכא דלא תפס, אבל היכא דתפס - תפס". וכתב הטור דהאידינא לאחר תקנת הגאונים, חזר דין מטלטלין להיות כדון קרקע, דבכל ענין חוזר וגובה מהן, ונמצא שכל א' עומד בשלו, ולא מטרחינן בי"ד בכדי.

סעיף ה

אפילו היתומים קטנים, אין אומרים שהם יגבו מיד ולא יגבה מהם עד שיגדלו, כיון שתפס בחיי אביהם.

אפי' היתומים קטנים דינא הכי, ולא אמרינן שהם יגבו עכשיו, והוא יחכה ויגבה רק לאחר שיגדלו. כ"כ הרמב"ן, וטעמו מפני שהדין שאין נזקקין לנכסי יתומים, הוא מפני שאנו חוששים שמא אביהם התפיס את המלוה צררי. וזה נכון דוקא כשאנו באים להוציא מהם, אך כאן שבא המלוה להחזיק במה שבידו עבור שטר חובו - אין מוציאין ממנו; דדמי לדין ש'אם תפס תפס'.

סעיף ו

שנים שיש לכל אחד מהם שטר חוב על חברו במנה, והיה בענין שהדין הוא שיעמוד כל אחד בשלו, ומכר אחד מהם חובו לאחר, הלוקח גובה מהלוה, וחוזר הלוח גובה מהמוכר מבני חרי. ואם אין למוכר נכסים, אם גבה הלוקח קרקע מזה, חוזר וגובה ממנו, שהרי הוא משועבד לו לחובו; ואם גבה ממנו מטלטלים, אם שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי שקנה ושיקנה, חוזר וגובה אותם ממנו; ואם לאו, אינו טורף ממנו כלום.

1. אם מכר אחד מהמלוים שטרו לאחר, אע"פ שקודם שמכר היה הדין שכל א' עומד בשלו, כיון שמכר יכול הלוקח לגבות שטרו, ואח"כ יחזור המלוה השני ויגבה חובו מהמוכר. ולא אמרינן 'מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו', וכיון שקודם המכירה אף אחד לא יכל לגבות, גם הלוקח לא יוכל לגבות; כיון שאף קודם המכירה אינו גובה רק משום 'אפוכי מטרתא למה לי' ולא משום שאין לו זכות ממונית לגבות. והראיה שאם לאחר זמן היה נפק"מ בגבייה, כגון שלאחד יהיה עידית ובינונית ולחברו זיבורית, יגבו שניהם חובם. כ"כ בעל התרומות (שער לד ח"ב) בשם הרמב"ן.

ודווקא כשמכר שט"ח לאחר שלוה השני, אך הלוה ראובן לשמעון ומכר שטרו, ואח"כ הלך ראובן ולוה משמעון בשטר, אין יכול שמעון להוציא מהלוקח, דהלוקח הרי הוא בעל חוב מוקדם, והמלוה השני הוא בע"ח מאוחר. כ"כ הב"י בשם הר"ן.

2. כאשר אין למוכר נכסים:

אם גבה הלוקח קרקע בחובו - יכול לחזור ולגבותה ממנו, שהרי היא משועבדת לו.

האם מכח דינא דר' נתן יכול הראשון להוציא מהשלישי גם כשלא כתב לשני דאקני או לא? דעת הסמ"ע והחכ"צ והט"ז - לא. דעת הש"ך והקצות - כן. ומח' זו עומדת בביאור דינו זה של השו"ע.

הסמ"ע וה'חכם צבי' ביארו שמדובר רק כאשר מכר המלוה המוקדם שטרו, או שהיה כתוב בשטר 'דאקני', או למי"ד ש'דאקני' טעות סופר הוא (דאע"פ שלא נכתב בשטר, כאילו נכתב). אך כאשר מכר המאוחר שטרו, ולא היה כתוב בשטרו של הראשון 'דאקני' - אינו יכול לחזור ולגבות מהלוקח בחובו, דדמי ללוה וקנה ומכר שאין המלוה גובה ממנו. דכיון שלא כתב דאקני לא נשתעבדו לו נכסיו של שמעון, אלא מה שהיה בידו באותה שעה, אך השיעבודים שנוצרו לשמעון לאחר מכן, לא נשתעבדו לראובן המלוה שלו. **אולם, פשט השו"ע משמע דמייירי בכל עניין. ולכן נקטו הב"ח והש"ך והקצות** שאף אם מכר המאוחר שטרו, וגבה הלוקח קרקע בחובו, יכול הראשון להוציאה מידו. וטעמם שאע"פ שלא השתעבדה לו מדין 'דאקני' אך מדין שיעבודא דר' נתן השתעבדה לראובן אף בלא דאקני, ולכן יכול ראובן להוציאה מיד הלוקח, דשיעבודו קדם.

ונחלקו בהבנת דינא דר' נתן³, שהסמ"ע והח"צ והט"ז הבינו שדינא דר' נתן הוא שעבוד שנוצר רק בגביה, וכיון שקודם שבא ראובן לגבות כבר מכר שמעון שטרו - פקע שעבודו, ולכן בלא 'דאקני' אינו יכול להוציא מהלוקח. אולם, הב"ח

³ הש"ך הוכיח את דינו מהגמ' בפסחים לא. שאומרת: "והאמר רמי בר חמא: ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות, וזקפן עליו במלוה ומת ראובן. ואתא בעל חוב דראובן וטרף ליה משמעון, ואתא שמעון ופייסיה בזוזי - דינא הוא דאתו בני ראובן ואמרי ליה לשמעון: אן מטלטלי שבק אבון גבך, ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי. ואמר רבא: **אי פיקח שמעון - מגבי להו ארעא, והדר גבי לה מינייהו.** דאמר רב נחמן: יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם - בעל חוב חוזר וגובה אותה מהן. אי אמרת בשלמא למפרע הוא גובה - אמטו להכי חוזר וגובה אותה מהן, דכמאן דגבו מחיים דאבוהון דמי. אלא אי אמרת מכאן ולהבא הוא גובה אמאי חוזר וגובה אותה מהן? הא הוי כמאן דזבין יתמי נכסי דמי, ואילו קני יתמי נכסי, מי קא משתעבדי לבעל חוב? - **שאני התם, דאמר להו: כי היכי דמשתעבדנא ליה לאבוכון - משתעבדנא נמי לבעל חוב דאבוכון, מדרבי נתן.**"

מבואר בגמ' שולוי דינא דר' נתן לא יכל לגבות את הקרקע, שהרי אינה משועבדת לו, כיון שהיתומים קנו אותה לאחר מיתת אביהם. אולם, מדינא דר' נתן הקרקע משועבדת לו בחובו, כמו שהייתה משועבדת לאביהם, ולכן הוא יכול לגבותה ישירות בלי להזדקק ליתומים. למדו מכאן הש"ך והקצות שכאשר יש לנו דינא דר' נתן אין צורך לכתוב 'דאקני', כיון שבשעה ששמעון מלוה ללוי, הרי זה כאילו גם ראובן נהיה מלוה שלו מדרי נתן, ולכן ראובן יכול לילך ולתבוע את לוי ישירות, כיון שללוי יש שני מלווים. א"כ ראובן לא בא ללוי מחמת שחוב לוי הוא אחד מנכסי שמעון המשועבדים

והשי"ך והקצות הבינו שמדרי' נתן הלוח השני חייב לראשון, וזה קורה בשעה ראשונה, ולכן אין שמעון יכול לסלק שעבודו של ראובן מהלוח שלו; ונמצא שאף בלא דאקני יכול ראובן להוציא הקרקע מהלוח, שהרי היא השתעבדה לו מדרי'נ. **הט"ז הבין כסמ"ע והחכ"צ את דינא דר' נתן, אך לדינא הודה כאן לשי"ך** שדין זה נכון אף כשמכר המאוחר, ואע"י דלא כתב לו דאקני, וטעמו שכיון שמדובר כאן שהמלוה הראשון הלך ולוה מהלוה שלו, אגן סהדי דכוונתו הייתה שהשעבוד שנוצר לחברו עליו, יהיה תחת השעבוד שיש לו על חברו. ולכן בכה"ג הרי זה כאילו כתב לו דאקני.

אך אם גבה ממנו מטלטלין - אין יכול לחזור ולגבותם, וא"כ שיעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי, דקנאי ודעתיד אנא למיקני.

מי שיעבד מטלטלי אגב מקרקעי? סמ"ע - המוכר שיעבד, דהיינו בשטר שלא נמכר יש שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי וכו'. **ש"ך - מי שגבו ממנו שעבד,** כלומר בשטר הנמכר יש שעבוד מטלטלי אגב מקרקעי וכו'. אע"פ שהמוכר לא שעבד. (וכאשר המוכר שעבד ולא השני, מודה השי"ך לסמ"ע שגובה. אלא שבכה"ג אם המוקדם מכר שטר, גובה את השטר אף כשלא כתב דאקני, ודוקא כשמכר המאוחר צריך שיהיה כתוב דאקני⁴).

לו, שאם כך היה צריך לכתוב דאקני; אלא ראובן בא ללוי מכח עצמו, שאף הוא חשוב כמלוה שלו! ולכן, אע"פ שלא כתב לו שמעון דאקני, וממילא אם יקנה שמעון קרקעות - הם לא ישתעבדו לראובן; אך אם הוא ילוה כסף לאנשים אחרים - ראובן יוכל להוציא מהם.

אולם, החכ"צ דחה ראייתו של השי"ך משם, כיון שביאר את הגמ' באופן אחר. החכ"צ למד שהגמ' בפסחים היא **דין מיוחד שנאמר רק ביתומים**. שהרי לגבי יתומים יש לנו דין מיוחד שגובין מהם נכסים שירשו מאביהם, אע"פ שלא היה עליהם שיעבוד. כגון שלוח אביהם ולא כתב דאקני, שאם היה חי - היו גובים ממנו מדין מיניה. הוא הדין אם מת והוריש לבניו קרקעות - גובים מהם בעלי חובותיו, אע"פ שהם לא משועבדים להם (ובכה"ג אם היה מוכר אותם ללקוחות - לא היו גובים מהם); כיון שהם כהמשך של אביהם, והרי זה כאילו גבו ממנו. על בסיס זה מבאר החכ"צ את דברי הגמ' בפסחים, שגם נכסים שגבו היתומים לאחר מות אביהם, אע"פ שמכאן ולהבא הוא גובה וא"כ מעיקר הדין אין זה כנכסים שירשו מאביהם, ואין בע"ח גובה מהם. אך כיון שיש לנו דינא דר' נתן, הרי זה כאילו גבאם אביהם בחייו והורישם להם, וממילא בע"ח גובה מהם כדין כל שאר הקרקעות שירשו מאביהם.

אך מה הקשר? מדוע מדרי' נתן אנו לומדים שהרי זה כגבוי? נראה שהחכ"צ הבין שזהו טעמו של ר' נתן. שראובן יכול לגבות ישירות מלוי, ולא לעבור דרך שמעון, כיון שכביכול הממון של לוי כבר נמצא אצל שמעון. וממילא גם ביתומים זה כך, שאנו רואים כאילו הממון שלו כבר הגיע לאביהם בחייו, וכביכול הם ירשו אותו מאביהם. וממילא דינו כדין כל קרקע שירשו מאביהם, אע"פ שהיא לא הייתה משועבדת בפירוש לבעלי חובותיהם. אך ממילא א"א ללמוד מדין זה ללקוחות שלא כתבו דאקני, שהרי אם האבא היה מוכר לאחרים את הקרקע שאינה משועבדת - לא היו בע"ח יכולים לגבותה מהם.

אולם, הקצות הוכיח מהתוס' בפסחים שהבינו כשי"ך, כיון שהם הקשו מדוע דינו של רבא נכון רק כאשר גבו קרקע ולא כאשר גבו מעות? הרי לכאן דינא דר' נתן שייך גם בכה"ג!! ויתרצו שבמעות לא שייך שעבודא דר' נתן, שכיון שהלוח יכול להבריחם ואינם בטוחות בידו, לא נשתעבדו למלוה הראשון. מבואר שלא הבינו את הסוגיא כחכ"צ, שהרי לשיטתו הקושיא כלל לא מתחילה! שהרי אפי' אם נאמר שדינא דר' נתן שייך גם במטלטלין, ואנו רואים אותם כאילו אביהם זכה בהם בחייו והורישם לבניו - אין בע"ח יכול לגבותם, שהרי מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם זה נכון רק כאשר ירשו מאביהם קרקע! וא"כ מדוע תוס' מתקשה?! אלא מוכח שתוס' הבינו שמכר שעבודא דר' נתן אנו רואים את המלוה הראשון כאילו הוא נכנס תחת המלוה השני, ונמצא שהשלישי משועבד לו ישירות; ולכן התקשו א"כ מדוע שלא יגבה ממנו גם מטלטלין!! ועל כך תירצו לחלק בין קרקע למטלטלין. (וצריך לי עיון כיצד הבין הקצות את תירוץ התוס', והי' יאיר עיינינו).

⁴ **מח' הסמ"ע והשי"ך בדין זה, נובעת ממח' בדין הקודם.** לדעת הסמ"ע כיון שלא שייך כאן דינא דר' נתן, א"כ כדי שהטורף יוכל לגבות מטלטלין, מדובר שהמוכר שעבד מטלטלין לחברו, ולכן הוא יכול לבוא ולטרוף מהלוח את המטלטלין שהוא גבה. אולם, השי"ך מבין ששייך כאן דינא דר' נתן, ונמצא שאע"פ שהמוכר לא שעבד מטלטלין לחברו, אך כיון שלמוכר היה שעבוד מטלטלין בשטר, א"כ הכח של המוכר עובר אל המלוה שלו מדינא דר' נתן, וכמו שלו היה כח לגבות מטלטלין כך גם לחברו יש את הכח הזה, ולכן הוא יכול להוציא מהלוח את המטלטלין שגבה.

השי"ך הקשה על הסמ"ע ב' קושיות: א. מה בכך שהמוכר שעבד מטלטלין לחברו, הרי סו"ס המטלטלין שגבה הלוח לא הגיעו אל המוכר, וא"כ לא חל עליהם השעבוד!! שהרי השעבוד הוא שכאשר הוא יקנה מטלטלין, יחול עליהם שעבוד באותה שעה. אך כאן הוא לא קנה מטלטלין ולא גבה אותם מעולם! ואע"פ שמחמת השעבוד מטלטלין השתעבד גם השטר, א"כ הוא יכול לגבות את השטר ולא את המטלטלין שגבו מכוחו!! (והסמ"ע הבין שכיון שהשטר הומר במטלטלין א"כ השעבוד שהיה על השטר התרוקן למטלטלין).

ב. הסמ"ע כתב שבכל ענין צריך לכתוב 'אגב' ודאקני, וכן פשט השו"ע, אך לפי דבריו קשה: אם מכר המוקדם את שטר, א"כ מדוע צריך שלחברו יהיה כתוב דאקני!! שהרי מספיק שכתוב לו בשטר 'מטלטלי אגב מקרקעי', וזה כולל

3. גם בקרקע, אם לא כתב לו 'דאקני', והלוה השני קנה אותה לאחר שלוח, וגבאה הלוקח בחובו - אין יכול הראשון להוציאה ממנו, דלא נשתעבדה לראשון מדרי נתן, שהרי גם לא הייתה משועבדת למלוה השני כלל. וכל מה שאמרנו בקרקע שאין צורך לכתוב 'דאקני' היינו רק כשהלוה השני קנאה קודם שלוח, ולכן נשתעבדה למלוה שלו בשעת ההלואה, ולמלוה הראשון מדרי נתן. ש"ד.

4. אם א' הלוה בשטר והשני בע"פ, ומכר את המלוה ע"פ במעמ"ש, וגבה הלוקח קרקע בחובו : **דעת הקצות -** לכו"ע (בין לדעת הש"ך ובין לדעת הסמ"ע) אם הראשון לא שעבד 'מטלטלי אגב מקרקעי' וכתב 'דאקני' - אינו יכול להוציא מהלוקח. דבמלוה ע"פ הקרקע כמטלטלין דמי, דלא חל עליה שעבוד, שהרי אין מוציאים אותה מהלקוחות. וכיון שללוה הראשון אין שעבוד על הלוה שלו, א"כ גם למלוה הראשון לא יהיה; שהרי בשעבודא דר"נ יש למלוה הראשון על השלישי כפי מה שיש לשני. ולשיטת הסמ"ע בלאו הכי לא שייך בכה"ג דינא דר"נ. **דעת הנתיבות -** לדעת הש"ך אף בכה"ג יכול הראשון להוציא מהלוקח הקרקע דמדאורי יש שיעבוד אף במלוה ע"פ, וכשחכמים הפקיעוהו, לא הפקיעו את השעבוד דר"נ. ודייק כן מדברי התוס' בפסחים לא. שכתבו שדוקא בקרקע שתורת שעבוד עליה, והבין שכוונתם לחלק בין קרקע שהיא משועבדת מהתורה, למטלטלין שאינם בני שעבוד כלל מהתורה.

5. אם ידוע שאין למוכר נכסים, אין הלוקח יכול לגבות מהשני, דאטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן; סמ"ע.

סעיף ז

ראובן נתחייב לשמעון ק"ק, ושמעון לראובן מנה; ושמעון עמד כבר בדין עם ראובן על המנה, ונתחייב בבית דין, ואמר שמעון: אתה חייב לי ק"ק, תחסר מהם המנה כנגד מנה זה, השיב ראובן: אני לא עמדתי עמד בדין על הק"ק, וכמדומה לי שיש לי ראיות שאני פטור מהם, אם שטרו של שמעון מקוים, הדין עמו.

ראובן חייב לשמעון מאתיים, ושמעון התחייב לראובן מנה בדין, וטוען שמעון שכיון שיש לו בידו כנגדו מאתיים, שיקזז מהם מנה; וראובן מסרב בטענה שהוא פטור מהמאתיים: אם יש לשמעון שטר מקוים בידו - הדין עמו. כ"כ הרשב"א בתשובה, וטעמו שבכה"ג נזקקין לנתבע תחילה.

גם שטרות חוב שנקנים באגב (כדעת השו"ע), ונמצא שבשטרו של השני נשתעבד שטרו של הראשון המוקדם ממנו, וא"כ הוא יכול לטרוף מהלוקח את השטר שקנה!!

הקצות הסכים עם הש"ך, אלא שכתב שקי"ל שאע"פ ששעבד מטלטלי אגב מקרקעי, אין מוציאים אותם מהלקוחות משום תקנת השוק, וא"כ א"א להעמיד את השו"ע כפי שהעמיד הש"ך. אלא, מוכרחים להסביר כמו שהסביר הסמ"ע, שמדובר שהמוכר שעבד, ונמצא שהשעבוד הוא על גוף השטר, ולגבי שטרות אין את תקנת השוק. אלא, שקשה על זה קושיית הש"ך, שבכה"ג אין צורך שיכתוב לו 'דאקני'.

ב"ה יום ב' י"ג שבט ה'תשע"ה

סימן פו

ראובן נושה בשמעון ושמעון בלוי, מוציאין מלוי ונותנין לראובן, ובו ט' סעיפים.

סעיף א

ראובן שנושה ק' בשמעון, ושמעון בלוי, מוציאין מלוי ונותנין לראובן, לא שנא אם נתחייב לו כבר לשמעון בשעה שלוח מראובן, לא שנא נתחייב לו אחר כך. ואין חלוק בזה בין מלוה בשטר למלוה על פה, כיון ששני הלווים מודים כל אחד למלוה שלו, מוציאין מלוי ונותנים לראובן בכל ענין שיתחייב לוי לשמעון, בין דרך הלואה שהלוח לו בין דרך מקח וממכר, בין דרך שכירות. הגה: ראובן שיש לו משכון מן העובד כוכבים, והעובד כוכבים חייב לשמעון, י"א דיכול שמעון לפדות המשכון מראובן, ונותן לו קרן ורביית שעלה עליו, וגובה חובו מן המותר (תשובת מהרי"ל סימן קפ"ח). וכן נראה לי, מאחר שאין לעובד כוכבים לפרוע בענין אחר, שמעון יש לו כל זכות העובד כוכבים, ואף על פי שיש מי שחולק בזה (ב"י סימן ע"ב), נראה לדון כמו שכתבתי.

סעיף ב

במה דברים אמורים, כשאין לשמעון נכסים ליפרע ממנו, שסידרו לו בית דין והשביעוהו ולא מצאו לו אלא חוב זה. (אף על פי שיש לו נכסים במדינה אחרת) (ריב"ש סימן שנ"ג), אבל אם יש לו במדינה זו נכסים, אין בית דין נזקקים להוציא מזה ולתת לזה.

סעיף ג

אף בזמן שאין לשמעון נכסים, אין ראובן יכול לכופו שיתבע מלוי ויפרענו, שאין מוטל עליו זה הטורח, אלא על ראובן לטרוח ולהוציא מלוי.

כ"כ הב"י בשם התרומות, מב' טעמים: א. 'מוציאין מזה ונותנים לזה' אלמא זה מוטל על ב"ד. ב. כמו שאינו חייב למכור נכסיו כדי לשלם, כך אין חייב לטרוח ולהוציא מלוי. והש"ך חולק וסובר שודאי שחייב להוציא מלוי ולשלם, ואם אינו עושה כן – הוי לוח רשע ולא ישלם. וכשנותן מטלטלין שוה כסף הרי הוא ככסף, ואולי גם התרומות דיבר כשמגבה לו שטרות בשוויים.

סעיף ד

יש מי שאומר שאם מה שיש ביד לוי הם מעות בפקדון, יכולים ב"ד להתפישם ולנגוש שיפרע לראובן, דכל שיש לו מעות אינו יכול לומר לו: טול קרקע.

אם יש אצל לוי מעות של שמעון בפקדון, מוציאין ממנו אע"פ שלשמעון יש נכסים כדי לפרוע. דין זה נכון לכונ"ע: לשיטת השו"ע מטעם שאע"פ שאין כאן דינא דר' נתן שהרי ללוח יש נכסים, אך כיון שמעות פקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמאריה איתא, א"כ יכול המלוה לכופו ללוח שיפרענו במעות דווקא, ואע"פ שהם ביד לוי אין לזה משמעות. ולדעת הש"ך זה מדינא דר"נ, שאף שיש נכסים ללוח שייך דינא דר"נ, אלא שכיון שיש לו פסידא אין נפרעין ממנו, ובפקדון – אין לו פסידא.

סעיף ה

אין שמעון יכול למחול ללוי, ולא להרויח לו זמן, (שהרי) פקע השעבוד שיש לשמעון על לוי, ונשתעבד לראובן. וכן אם אמר: שטר אמנה, או: פרוע הוא, אינו נאמן להפסיד לראובן. ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בבית דין הלך ופרע לשמעון, חייב לפרוע לראובן פעם אחרת. המסרב שלא לירד לדין, או ירד לדין ונתחייב ואינו רוצה לעשות צווי בית דין, ועכבו ב"ד ממונו שביד אחר ועבר על מצותן והחזירו למסרב, אם לא ימצא ממה לגבות, חייב הנפקד ליתן למלוה הממון שהחזיר למסרב.

1. אין שמעון יכול למחול ללוי חובו, או להרויח לו זמן, כיון שהוא משועבד מדרי' נתן לראובן. מחי' ראשונים האם יכול למחול או לא. כתובות יט: מבואר שאינו נאמן לומר שטר פרוע הוא, כיון שהוא חב לאחרני שהרי

זה משועבד למלוה שלו מר' נתן. הקשו הראשונים שיהא נאמן במיגו שהיה מוחל שטרו! תירצו ב' תירוצים עיקריים: א. אין זה מיגו טוב, שאינו רוצה למחול ולהפסיד השטר; אלא מעדיף לומר אמנה ואח"כ ביני וביני יוציא חובו מהלוח. ב. אינו יכול למחול, דכיון שמשועבד מהתורה מדרי' נתן, לא מועילה מחילה (ואין זה דומה למוכר שט"ח דמהני רק מדרבנן, או שמוכר רק את שעבוד הנכסים). דעת הרא"ש, רמב"ן, רבינו ירוחם, נמוק"י שיכול למחול. אולם, דעת התוס', הראב"ד, ריטב"א רשב"א שאינו יכול למחול. השו"ע פסק שאינו יכול למחול, והסכים עמו הש"ך.

מ"ד שאינו יכול למחול התקשה בסוגיא בהחובל (ב"ק פט:): שמבואר בה שאשה שחבלה באחרים יכולה למחול כתובתה לבעלה, ואע"פ שהיא משועבדת מדרי' נתן לנחבל! הר"ן תירץ שכיון שעדיין לא הגיע זמן פרעון הכתובה יכול למחול, וזה מסתדר עם ההבנה שר' נתן לא חל אלא רק בשעת הגבייה, וקודם לכן יכול למחול. וכן הבינו הסמ"ע (בסי' מז) והב"ח. היו שהבינו שכתובה שאני כיון שאולי לעולם לא תגיע לידי גוביינא, אך חוב שלא הגיע זמנו אינו יכול למחול. הרשב"א (כתובות יט.) והש"ך תירצו שאף בכתובה א"א למחול, ובסוגיא מיירי שכיון שהיא מגבה את הכתובה בטובת הנאה, א"כ היא פרעה לנחבל בשווי הכתובה ושוב אינה חייבת לו כלום; ולכן היא יכולה למחול, שהרי לא שייך כאן שעבודא דר"נ. הרמב"ן הוכיח מהסוגיא הנ"ל שתמיד אפשר למחול.

2. כמו כן, אין שמעון נאמן לומר על שטרו: אמנה או פרוע. שהרי הוא חב לאחרני; כתובות יט. "א"ר יהודה אמר רב: האומר שטר אמנה הוא זה - אינו נאמן. דקאמר מאן? וכו' אביי אמר: לעולם דאמר מלוה, וכגון שחב לאחרים, וכדרכי נתן; דתניא, רבי נתן אומר: מנין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו, מנין שמוציאין מזה ונותנין לזה? תלמוד לומר: ונתן לאשר אשם לו".

האם מדובר בכל ענין? סמ"ע - רק בשטר שיש בו נאמנות, דאי לאו הכי יכול הלוה לדרוש 'אשתבע לי דלא פרעתיך', וכיון שלא יוכל לשבע לא יגבו לו בי"ד שטרו. וכן פסקו הטור והמחבר בסי' מז, א. ש"ך - בכל שטר ואע"פ שאין בו נאמנות. והסכימו עמו הנהניבות והגר"א בסימן מז.

3. אם פרע לוי לשמעון, האם חייב לפרוע לראובן פעם נוספת? פשט שו"ע - כן, רק אם חייבוהו בי"ד לפרוע לראובן. דאם לא חייבוהו בי"ד לא חל שעבודא דר"נ, וממילא אינו חייב אלא לשמעון. ש"ך - בכל ענין חייב, ואפי' לא עמד בדין. דשעבודא דר"נ חל משעה ראשונה, שראובן נכנס תחת שמעון. והשו"ע אורחא דמילתא נקט, דאי לאו הכי יוכל לטעון לא ידעתי שאני חייב לשלם לך, ואע"פ שלא ידע אינו נפטר בכך. אמנם, בגר"א נראה שהחיוב לשלם אינו מדינא, אלא מדין מזיק שעבודו של חברו, אך מדינא נפטר מחובו כשפרעו לשמעון.

4. מי שסירב לבוא לדין, או לעשות ציווי הבי"ד, ועיכבו בי"ד ממנו שביד אחר, ועבר האחר והחזיר לו ממנו - אם התובע לא ימצא ממה לגבות חייב לשלם לו שהרי הזיק שיעבודו של חברו בידיים.

סעיף ו

אף על פי שראובן מוחה בלוי שלא יפרע לשמעון, לא מקרי ראובן בהכי מוחזק, דלא משתעבד לוי לראובן מדרבי נתן, עד שיתברר בבית דין ששמעון חייב לו.

שעבודא דר' נתן הוא רק משעה שעמד בדין ונתחייב לשלם לו, ולכן אין ראובן יכול למחות בלוי שלא יפרע לשמעון קודם לכן. כן פשט לשון השו"ע, וכ"כ הגר"א. אולם הש"ך ביאר שכוונת השו"ע רק שקודם שעמד שמעון בדין יכול לוי לפרוע לשמעון, כיון שהוא אומר לראובן אינני יודע שהוא חייב לך כלל.

סעיף ז

מת שמעון, ונשארו יורשיו, וטוען לוי: פרוע הוא, נשבעים היורשים שבועת היורשים וגובים מלוי; ואם היה חוב ראובן בשטר, חוזר וגובה מהם בשבועה. ואם לא רצו לישבע, חוזר זה עליהם (לשון בעה"ת שער נ"א סוף ח"ב) אם יש להם נכסים אחרים. ואם אין להם נכסים אחרים, וטוענים שאין יכולים לישבע שבועה זו, הרי אלו נשבעים היסת שאין בידם במה לפרוע חוב מורישם.

1. מת שמעון וטען לוי ליורשיו 'אשתבעו לי דלא נפרע אביכם שטרו' - נשבעים שבועת היורשים שלא פקדנו אבא וגובים מלוי. ואם היה חובו של ראובן בשטר - חוזר וגובה מהם מה שגבו מלוי. אך מלוה ע"פ אינו נפרע מהיתומים אלא בא' מג' דרכים כדלעיל סימן קח.

2. אם טען לוי 'אשתבעו לי' ולא רצו לישבע כיון שטענו שהוא פרוע:

דעת השו"ע: ע"פ הסמ"ע - אם ירשו נכסים אחרים וכגון שאינם כאן, או שלא הגיע זמנם עדיין (דאי לאו הכי היה גובה מהם, דאין נפרעין מדרי' נתן כשיש בני חרין), גובה אותם בחובו.

אם לא ירשו נכסים אחרים – נפטרים היורשים בשבועת היסת שיודעים שהחוב פרוע, ואע"פ שהוא תובע להם בשמא, אך כיון שהשטר מסייעו ריע טענתייהו. ומגלגלים עליהם שלא ירשו נכסים אחרים, אך שבועת הגאונים עצמה אין כאן שלא תיקנו אלא ליורשיו.

ע"פ הש"ך – אם יש להם נכסים משלהם – גובה מהם, דכיון שלא רצו לישבע הזיקו שיעבודו, וחייבים מדינא דגרמי שבדיבורם הפסידו לשטר. ודלא כסמ"ע שלכו"ע אין כאן משום מזיק שעבודו, אף לחולקים בסימן קז, ז' לגבי קרקע שמשועבדת במטלטלין מודו ושטר כמטלטלין. והש"ך דחה דבריו שהרי השטר מדרי"ג שייך למלוה שלהם, והפסידו ממנו בידים. ואם אין להם – נשבעים היסת ונפטרים.

דעת הש"ך: אינם נאמנים לומר שפרוע, דכיון שחל שעבודא דר' נתן על אביהם, הרי ראובן עומד במקום שמעון; חולק על השו"ע, הטור והתרומות (כה"ג חלק לעיל הש"ך על השו"ע בסעי' ה ואמר שבכל ענין אין שמעון יכול להודות ללוי שהשטר פרוע, אפי' כשאין נאמנות בשטר) ונשבע ראובן שלא פקדו שמעון קודם שלוה מלוי, ושאינו יודע ששטרו של שמעון פרוע וגובה מלוי. ראובן צריך לישבע כיון שללוי יש פסידא אם באמת פרע לשמעון, ולכן יש כאן כעין תקנת לקוחות שצריך לישבע כשבא לטרוף מהם.

סעיף ח

ראובן הלוח לשמעון על פה, ושמעון הלוח ללוי בשטר, ומכר לוי כל נכסיו ובא לטרוף מלקוחות של לוי בכח השטר שיש לשמעון על לוי, אם שמעון מודה לראובן שאינו פרוע, אינם יכולים לדחותו ולומר: פרוע אתה משמעון ואינו נאמן עלינו הודאתו, אלא הרי הוא טורף מהם מאחר ששמעון מודה לו.

סעיף ט

ראובן יש לו שטר חוב על שמעון, ושמעון על לוי אחיו, ובא ראובן לגבות מלוי, וטוען לוי: אחי גמלני חסד והלוני להחזיק ידי, והתנה עמי שלא יכפני לפרוע אלא לכשארצה, אף על פי שב"ד מכירים קצת שטענתו אמת, אם אין תנאי זה מפורש בשטר, גובה ראובן ממנו. הגה: מי שיש לו בידו פקדון של עובד כוכבים או של מומר, והם חייבים לאחרים, ובאים להוציא מיד המחזיק בנכסיהם, והמחזיק אומר שמתירא להוציא הנכסים מידו פן יבא העובד כוכבים והמומר לחזור ולגבות ממנו, הדין עמו (ב"י סימן ק"ה בשם תשובת מ"מוני השייכים לנזיקין, סימן ז').

ב"ה

דיני שבועה בבי"ד

סימן פז

א-ד שבועת התורה, שבועת היסת ודין הילך.

סעיף א

התובע לחבירו ממון או חפץ שהיה יכול להחזיק בו בטענת: לא היו דברים מעולם, או: החזרתיו לך, או: לקוח הוא בידי, אם הוא מודה מקצת, חייב שבועה מן התורה; וכן אם הוא כופר בכל, ועד אחד מכחישו, חייב שבועה מן התורה, אפילו אינו יודע שחייב לו אלא על פי העד; אבל הכופר בכל, ואין עד אחד מכחישו, פטור משבועת התורה (טור ס"י בשם הרמב"ם והרא"ש), בין במלוה בין בפקדון, אבל חייב שבועת היסת, אפילו אמר ליה: מנה לי בידך, והלה אומר: לא היו דברים מעולם, נשבע היסת (טור ס"י ט') (ובלבד שיתבענו ודאי, כמו שנתבאר לעיל ס"י ע"ה). ואפילו מודה מקצת, אם אמר לו: הילך המקצת שאני מודה, אינו חייב אלא היסת. ואינו נקרא הילך אלא אם כן יהא המקצת שהוא מודה לו מוכן בידו בפני בית דין ליתנו לו מיד, אבל אם אמר: הרי הוא בביתי ואתננו לך, לא. ואפי' אם יתן לו משכון על מה שמודה בו, לא חשיב הילך. (ו"א דמשכון חשוב הילך, דהא אפילו שטר חשוב הילך) (טור ובעל העיטור).

א. כופר בכל שפטור משבועה דאורייתא – חייב היסת, אפי' בפקדון (דלא כרש"י). ואף אם ליכא דררא דממונא (כסתמא דגמ' בשבועות, ודלא כר"ת; אמנם כשטענתו גרועה וליכא דררא סמכין על ר"ת – לקמן סעיף לח).

סמ"ע ג – מוב"מ משתמט ולכן אינו חשוד, ורמי שבועה כדי שיודה ויפרוש (ולא כע"ש שאע"פ שחשוד על ממון לא נחשד לשבועה). אך כופר בכל יש לו חזקה ולכן פטור. ורבנן חששו שכופר בגלל מלוה ישנה ולכן חייבו שבועת היסת.

ב. מודה במקצת שאמר הילך – פטור משבועה וחייב היסת, כיון שהוא ככופר בכל. הילך הוי כשהמעות מזומנים בידו ליתנם לו. והיינו במלוה, אך בפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמריה איתא, אפי' בבית הנתבע (ש"ך ס"ק ג). ובפקדון שאינו מסוים – דינו כמלוה (קצות ס"ק ב). וגזילה דינה כמלוה, כיון שאינה ברשות הבעלים (נתיבות ס"ק א).

כאשר תובע ממנו דבר שאין לו חובת הגוף לשלם או להשיב, אין זה בגדר תביעה כלל וממילא אף כשמודה לו בו אין זה בגדר מוב"מ. (נתיבות הנ"ל).

ג. דיני משכון:

כשנותן לו משכון בבי"ד: שו"ע לא הוי הילך, (ר"י מיגש והר"ן). רמ"א – י"א דהוי הילך ק"ו משטר, (בעל העיטור). וביאר הסמ"ע (ס"ק ט) ששטר מועיל דהוי כפרעון בגלל השעבוד, א"כ כ"ש משכון שנותן לו את הממון ממש. ולכן אף אם יכתוב לו שטר עם אחריות וימסרנו בבי"ד – הוי הילך. והחולקים סוברים ששטר מועיל מכיון שסמך עליו מתחילה, מה שאין כן כשנותן לו עכשיו בבי"ד לא הוי שטר או משכון הילך. והש"ך כתב שטעם החולקים (ע"פ הריטב"א) כיון שלא הוי הילך אא"כ פרע לו ממש, או שבשעת התביעה לא יכל לכפור בו (ונמצא שהוי כתביעה בטעות), אך כשנותן לו משכון בבי"ד כיון שיכל לכפור בו לא הוי הילך.

כשנותן לו בבי"ד והרשה לו לפרע ממנו: הסמ"ע והש"ך (ס"ק ד) כתבו שבכה"ג אף השו"ע יודה, אך הצריכו ג' תנאים: א. שיתן לו רשות לפרע ממנו בלא רשות ביי"ד. ב. דמיו קצובין. ג. ידוע שאין ללוה מעות לשלם. אולם, הקצות (ס"ק ג) חלק ואמר שאף בכה"ג לא הוי הילך, כיון שקי"ל שאף כשאין לו מעות אינו יכול לפרעו בדבר אחר בע"כ; אולם בשומרים הוי הילך כיון שיכול לפרעו בכל מילי בע"כ (קצות ס"ק ו).

משכון שניתן בשעת הלואה: נמוק"י והר"ן והריטב"א והראב"ד – הוי הילך, כיון שקנאו מעיקרא בקנין דרב יצחק (לסמ"ע אולי אף בלא האי טעמא, אלא כיון שסמך עליו). הרמב"ם וכן הסכים הש"ך – אינו הילך, כיון שלא נאמר בו קנין דרב יצחק.

משכון שניתן לאחר ההלואה קודם התביעה: הש"ך (ס"ק ה) כתב שאם משכון ע"י ב"ד שקנאו מרב יצחק, הוי משכון הילך כיון שהוא כפרעון. אך אם נתנו הלואה מדעתו – לא קנאו ולא הוי הילך. אולם הקצות לקמן (ס"ק ו) חלק עליו וכתב שבכל ענין לא הוי הילך, אע"פ שקנאו מרב יצחק (אפי' אם נתן לו מדעתו קנאו).

סעיף ב

תבעו שני כלים, והודה לו באחד מהם, ואמר לו: הילך, וטען התובע שנשתמש בזה שהוא מודה לו ונפחת מדמיו, והוא מודה לו (או שהוא ידוע), אין זה הילך. תבעו מאתיים, והודה לו במנה, והוא בענין שלא היה יכול לכפור באותו מנה, כגון שאותו מנה הוא מעשה בית דין, לא מקרי הודאה במקצת.

א. הודה במקצת ואמר הילך על חלק – חייב שבועה. (מדוע אין לו מיגו? השטמ"ק סובר שיש לו מיגו ונאמן, ולשאר מוב"מ אין מיגו כיון שאולי אין לו מעות לעשותם הילך. אולם, לדעת תוס' הוי מיגו דהעזה, כיון שהילך זה העזה וכשיטתם פסק השו"ע).

ב. הודה במקצת בדבר שאינו יכול לכפור בו (כגון מעשה ב"ד) – אין זה בגדר הודאה במקצת. (הרא"ש כתב שדבר שאינו יכול לכפור בו – פטור מדין הילך, כיון שפטור הילך הוא מטעם שהתביעה מיותרת. והב"י חלק ואמר שאין זה הודאה כלל, וטעמו שהחויב של מוב"מ הוא מחמת שהודה).

סעיף ג

אם נראה לדיין שהוא מערים לומר הילך לדחות שבועת התורה מעליו, חייב לישבע שבועת התורה.

אם נראה לדיין שהוא מערים לומר הילך – חייב שבועה.

ספק אם להשביע: כשיש ב' דעות אם לחייב שבועה – פטור, וכן כשיש פלוגתא דרבוותא הנתבע יכול לומר קים לי כפוטור (ש"ך ס"ק י). רעק"א והחת"ס כתבו שמדברי הר"ן בשבועות משמע שזה נכון רק בשבועת היסט, אולם בשבועה דא' משביעים מספק; וכן נקט החת"ס לדינא, אם לא כשהדיין עצמו מסופק בדבר. אולם, רעק"א כתב שמדברי תוס' משמע שאף בדא' לא משביעים מספק.

סעיף ד

אמר ליה: מנה וכלי יש לי בידך, אין לך בידי אלא הכלי והילך, ואמר התובע: אין זה הכלי שלי, הרי זה נשבע היסט וכולל בשבועתו שזה כליו. ואם הודה הנתבע שאין זה כליו, אלא שנתחלף לו, אף על פי ששונה כמו כליו, צריך לשבע שבועה דאורייתא. (ולמ"ד דמשכון מקרי הילך, לא גרע זה ממשכון) (טור). ונראה לי דווקא אם שוויו כמו הכלי שתובע אותו.

כאשר מחזיר לו הכלי בהילך, והתובע טוען שאינו כליו – נשבע היסט שזה כליו.

אם מודה לו שאינו כליו, אך טוען שהכלי שלו אבד ורוצה ליתנו תחתיו: לדעת השו"ע – לא הוי הילך. אולם הרמ"א פוסק שהוי הילך, דלא גרע ממשכון. והסמ"ע כתב (ס"ק יג) שגרע ממשכון, כיון שרוצה ליתן לו כלי שאינו שלו, ואינו עתיד לפדותו.

ה' – מתחייב מתוך טענותיו.

סעיף ה

אין שבועה למודה מקצת בכופר בכל ומחוייב מתוך טענתו, כגון שתבעו מנה והוא אומר: לא לויתי [ובאו עדים ואמרו שלוח חמשים] וחזר ואמר: לויתי חמשים ופרעתיך, שהוחזק כפרן לאותו ממון. וכן אין המתחייב במקצת מתוך טענת הכפירה מחוייב שבועת התורה (וע"ל סימן ע"ה סעיף ה').

אין שבועת מוב"מ לאדם שמתחייב מתוך טענותיו. דין זה נתבאר גם בסימן ע"ה סעיף ה, ועיי"ש כי שם נתבאר בהרחבה.

א. באיזה מקרה עדים מחייבים שבועת ר' חייא קמיתא? סמ"ע – כאשר מעידים שלא פרע, אך אם רק מעידים שפרע ומתחייב לשלם מכיון שהוחזק כפרן, פטור משבועה. **ש"ך** – כשמעידים שלוח ואינם יודעים אם פרע אלא שמתחייב מתוך טענתו שהוחזק כפרן, אך אם מעידים שלא פרע – פטור כיון שהיו שעבוד קרקעות (וכן מפורש בראשונים לא כסמ"ע).

לכן, הסמ"ע העמיד שבסעיף מדובר שבאו עדים והחזיקוהו כפרן, ואפ"ה פטור משבועה. והש"ך חלק שבעדים היה חייב שבועה, אלא שמדובר שבא עד א' ולכן פטור; אולם בב' עדים חייב מדרי"ח קמיתא.

ב. נתחייב מתוך טענתו: הסמ"ע כתב שדוקא כשטעה בחשבון, חייב שבועה כיון שזה כאילו הודה במפורש וצריך הודאת פיו כדי להתחייב. אולם, אם טעה בדין – פטור משבועה.

אולם, הש"ך חלק וכתב שטועה בחשבון פשיטא שחייב, כיון שזה ממש מודה במקצת. אולם טועה בדין (כגון נתתי עבורך ריבית) חייב שבועה מדין העדאת עדים (בי"ד מעידים על הודאת בע"ד שלו). ואינו פטור אלא כשמתחייב מכח בי"ד, כגון מדין 'מתוך' או שהוחזק כפרן בעד א' וכדו' שמתחייב אע"פ שלדבריו הוא פטור.

ג. נ' להד"מ ונ' איני יודע אם פרעתיך – חייב כדין מוב"מ (ש"ך סי"ק יג). וצ"ל שכיון שיש ח"ח הרי זה כאילו אנו יודעים בבירור שהוא חייב לו, וזה כמו העדאת עדים.

ד. נ' הלואה ונ' חבלה – אם ישבע על חבלתו יתחייב שבועת מוב"מ. דכיון שנשבע אנו עדים שהוא חייב לו, והרי זה חיוב שמבורר ע"פ עדים. הש"ך כתב שדוקא אם נשבע לפני שתבעו, וכגון שהנתבע מודה לו או שיש לו עדים שנשבע. והקצות והנתיבות הוכיחו מדברי הר"ן, שאף אם לא נשבע עדיין, כאשר ישבע הלה יתחייב שבועה ודלא כש"ך.

ו – עד המסייע לפטור משבועה.

סעיף ו

הודה במקצת, ועד אחד מסייעו, י"א שפוטר משבועה (טור סי"א בשם הרא"ש), וי"א שאינו פוטר. הגה: והעיקר כסברא הראשונה, וכן ראוי להורות (טור סי' פ"ד בשם בעל התרומות). (והוא הדין כשכתיבת יד התובע מסייע לנתבע, שפטור משבועה) (מהרי"ק שורש קצ"ד /קצ"ג/). וי"א דה"ה בנשבע ונטל, אם יש לו עד המסייע, נטל בלא שבועה. מי שנתחייב שבועה והפכה על שכנגדו, ויש לו עד המסייע, פטור מן השבועה (תשובת מיימוני ספר משפטים סימן פ"א). והא דאמרין עד אחד המסייע פוטר מן השבועה, היינו דוקא שטוען הנתבע טענה שאפשר להאמינו בלא מיגו. אבל אם אין מאמינין אותו אלא מכח מיגו דטוען טענה אחרת, צריך לישבע כאילו טען הטענה האחרת (מרדכי פרק ח"ה).

א. עד המסייע לפטור משבועה: שו"ע – י"א וי"א הלכה כבתרא (שאינו פוטר); רמ"א – פוטר.

ב. עד המסייע בהכחשה: תרוה"ד (סי' שלד) – פוטר משבועה. **הש"ך** – אינו פוטר כיון שסלק עדותו. **הקצות** – לא אמרין סלק אלא הוי ספק בשבועה ולכאוי היה צריך ליפטר; אלא שחייב שבועה מטעם שע"א בהכחשה אינו כלום.

ג. **תרי מול תרי (כשיש חיוב שבועה)** – לדעת התורה"ד, נראה שאף הכא פטור. הש"ך חייב שבועה דכמאן דליתא. **הקצות והנתיבות** – לא אמרינן כמאן דליתא (כדמוכח מתרי ותרי בשטר שלא גובים אותו), וא"כ יש לנו ספק, אך כיון שהספק הוא בממון ולא בעצם השבועה, חייב לישבע. (הקצות כתב שבחד מול חד הספק הוא בעצם השבועה, אך פטור מטעם ע"א בהכחשה).

ד. **עד המסייע לפטור מ'מתוך': ש"ך** – אינו פוטר דע"א אינו קם לממון (למד זאת מדברי הרא"ש משומר שמסר לשומר). **הקצות** – פוטר ולא מיקרי קם לממון, אלא מפקיע את חיוב השבועה. (טעמו של הרא"ש משום ששומר הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, ולא מחמת השבועה).

ה. **כתב יד של התובע מסייע לנתבע** – פוטר משבועה, אפי' כשאינו מסייע במפורש (כגון סלעים דינרים).

ו. **עד המסייע פוטר אף בנשבע ונוטל** – פת"ש (ז) בשם חוט השני והתומים שדוקא באלה שדינם מדאוי ליטול בלא שבועה. אמנם, כשהנתבע חשוד אין עד המסייע פוטר את התובע.

ז. **עד המסייע פוטר אף בהיפוך**: כאשר אינו מחייב שבועה דאוי – כגון בעבדים שטרות וקרקעות. או אף בשבועה דאוי אם התובע נתרצה לישבע וליטול (בסמ"ע משמע ששאף כאשר היה ידוע שיש לו עד. אולם, הנתיבות כתב שבכה"ג אינו פוטר שהרי קיבל עליו לשבע. אלא מדובר שלא ידע שיש לו עד, ונתרצה לשבע שבועת מוב"מ וליטול, ואח"כ בא העד).

ח. **כאשר לא ידע שיש לשני עד והיפך, האם יכול לחזור בו מההיפוך בטענה לא היפכתי אלא ע"ד שתשבע?** – סמ"ע ונתיבות: אינו יכול שהרי אפי' שבועה דרבנן לא היה מוכן לשבע וכ"ש דאוי. אולם, הש"ך תמה מדוע שלא יוכל לחזור בו, והעמיד שעשו קנין, ועדיין תמה הרי זה קנין בטעות. וכן תמה בהג' אמרי ברוך. **והקצות** הסכים עם הסמ"ע אך מטעם אחר, שכיון שיש לו עד המסייע הרי זה כאילו נשבע ונפטר מיד.

ט. **עד המסייע כשנאמן מכח מיגו: רמ"א בשם מרדכי** – אינו פוטר בכה"ג. והסכימו עמו הסמ"ע והט"ז **והנתיבות** – שהרי העד אינו פוטר מחיוב השבועה של הטענה המיגוית. ועוד שאם יפטרנו, ערומי קמערס וליכא מיגו. **והש"ך** חלק ואמר שעד המסייע פוטר בכל ענין, שהרי הוא נאמן כשנים לגמרי. (בש"ך נראה כל הדרך שעד המסייע, זה עדות גמורה כשנים לדיני שבועה; אמנם בקצות נראה שזה לא מדין עדות אלא כאילו נשבע).

אך קשה מהחזרתי מיגו דנאנסו, וכן מאדם שתופס בלא עדים שנאמן לטעון על חברו עד כדי דמיהם בשבועה, במיגו דהחזרתי או להד"מ. ובב' המצבים הללו מפורש שעד המסייע פוטר משבועה! מכאן הביא הש"ך ראיות לדבריו. **אך התומים** דחה שברישא אין זה מיגו, אלא זה סימן שטענת 'שטרך בידי מאי בעי' אינה טענה. ובמקרה השני תירץ **הנתיבות**, שהצורך בשבועה הוא לא מחמת טענת המיגו, אלא מחמת הטענה שלו עכשיו שהוא בא להוציא, וא"כ על כך יש לו עד.

ז-ח שבועת הדיינים.

סעיף ז

שבועה שמחייבים למי שנתחייב שבועה, היא נקראת שבועת הדיינים, בין שהוא חייב שבועה מן התורה, בין מדברי סופרים. ג' מיני שבועות חייבים מן התורה: מודה מקצת, וכופר בכל שעד אחד מכחישו, ושבועת השומרים שטען שאבד הדבר שהפקידו אצלו או נגנב או מת או כיוצא בו, הרי זה נשבע מספק, אף על פי שאין בעל הפקדון יודע אם טוען אמת אם לאו.

שבועת הדיינים, היינו שבועה שמחייבים בבי"ד בין מדאוי או מדרבנן.

ג' שבועות מדאוי: א. מוב"מ. ב. כופר בכל שיש נגדו עד א'. ג. שבועת שומרים שטוען אבד נגנב או מת וכדו', ובכה"ג משביעים אע"פ שהתובע טוען שמא. (הש"ך דוקא כשטוען שמא, אך בברי אין שבועה. והתומים והנתיבות כתבו שאף כשטוען ברי משביעים).

סעיף ח

כל שבועה, חוץ מאלו השלשה, הם מדברי סופרים, ומ"מ הם נקראים שבועת הדיינים. ובשל דבריהם יש שני מיני שבועות, יש מהם ע"י טענת ודאי וכפירה, כגון שבועת שכיר ופוגם שטרו וכיוצא בהם, ויש מהם על ידי טענת ספק, כגון טענת שותפים ואריסים וכיוצא בהם. ויש שבועה אחרת שנתקנה בדורות אחרונים מחכמי הגמרא, והיא שבועת היסט; ואף על פי שבית דין משביעים אותה, אינה נקראת שבועת הדיינים.

שבועות המשנה יש ב' סוגים: הבאות על הודאי כגון שכיר. ויש הבאות על הספק, כגון שותפין ואריסין. והם נקראות שבועת הדיינים.

אולם, שבועת היסט נתקנה בדורות המאוחרים (בימי רב נחמן), ואינה נקראת שבועת הדיינים, אע"פ שמשביעים אותה בבי"ד.

ט-י הבדלים בין דא' לדרבנן: ירידה לנכסים ותפיסה.

סעיף ט

אלו דברים שבין שבועה דאורייתא לשל דבריהם: מי שנתחייב שבועה דאורייתא ולא רצה לישבע, בית דין יורדים לנכסיו ונותנים לתובע מה שתבע; ומי שנתחייב שבועה מדבריהם ולא רצה לישבע, אם הוא מהנשבעים ונפטרים, כגון הנשבעים על טענת שמא או שבועת היסט, מנדין אותו ל' יום. לא בא ולא תבע נידוי, מכין אותו מכת מרדות, ומתירין לו נידויו, ואין יורדין לנכסיו (ומותר לקראו עבריין, שהרי עובר על דברי חכמים) (מהר"י מין סימן ט"ו).

מחוייב שבועה שאינו רוצה לישבע: שבועה דא' – יורדים לנכסיו.

שבועה דרבנן – לא יורדים לנכסיו. אולם, מנדים אותו למשך ל' יום, ומלקין אותו ומתירין לו נידויו. (ומותר לקוראו עבריין).

סעיף י

י"א מי שחייב שבועה דרבנן, אם קדם ותפס ולא רצה לישבע, לא מפקינן מיניה.

א. אע"פ שאין יורדים לנכסים, **אם תפס לא מפקינן מיניה**. (היינו בנשבע ונוטל כשדינו מדא' ליטול בלא שבועה. ש"ד).

ב. תפיסת מטלטלין: כתב הרמב"ן והביאוהו הסמ"ע והש"ך שתפיסה מועילה רק בתפיסת מעות, אך לא בתפיסת מטלטלין כיון שמחסרי שומא וגוביינא. והקצות תמה עליו והסיק שמדברי הר"י והרא"ש מוכח שאף תפיסת מטלטלין מועילה.

ו' מקרים בתפיסה:

א. אם היפך היסט, והתובע אינו רוצה לשבע ותפס – לכו"ע מפקינן מיניה.

ב. שבועת היסט בחשוד – והתובע תפס מוציאים מידו. (כיון שחשוד אינו מחויב בשבועה (קצות ורעק"א).

ג. שבועה דרבנן, כאשר לא רצה הנתבע לישבע, ולא היפך ותפס התובע – מהר"ם רקנטי הסתפק, והקצות פשט שמוציאים מידו. (הקצות לשיטתו שתפיסה מועילה מדין 'עביד איניש דינא לנפשיה' וכיון שבי"ד לא היו יורדים לנכסיו כשלא רוצה לישבע, כך גם הוא אינו יכול לתפוס).

אולם, הרדב"ז כתב שאין מוציאים מידו, כיון שכך הייתה התקנה שאם לא ישבע יוכל לתפוס ממנו. והסכים עמו התומים. וכן משמע מהש"ך לקמן ס"ק לח, שאף בשבועת היסט יכול לתפוס.

ד. נשבע ונוטל מדרבנן (כגון שכיר וכדו') – ותפס התובע מוציאים מידו.

ה. נשבע ונוטל מדאורייתא (כגון פוגם שטרו וכדו') – ותפס התובע בלא שבועה – אין מוציאים מידו. (שו"ע כרי"ף בהכותב ולא כרי"ף). והסמ"ע נקט שלא מנדים אותו, כיון שיש לו שטר שמסייע לו (ודוקא בסי' קח לגבי יתומים החמרנו לנדות). אולם הש"ך נקט שתמיד מנדים אותו.

ו. נשבע ונוטל, והיפך ולא רצה הנתבע לישבע ותפס התובע – יכול לומר קים לי כרש"י ותוס', ובכה"ג לא מנדים אותו. (הקצות והנתיבות כתבו שזה נכון דוקא באלו שדינם מדאורייתא ליטול, אולם הש"ך כתב שאפי' אלו שדינם ליטול מדרבנן – לא מפקינן מיניהו) (בסעיף יא).

יא-יב דין היפוך שבועה.

סעיף יא

ועוד יש ביניהם, שבועה דאורייתא אם הפכה על שכנגדו ואמר ליה: השבע וטול, אין שומעין לו, אם אין הלה רוצה, וכן הנשבעים ונוטלים אף על פי שהוא מדבריהם, אינו יכול להפכה על שכנגדו שלא מדעת הנתבע, וכן שבועת השותפים וכיוצא בה שבאות על הספק, אין מהפכין, שהרי זה טוענו ספק. ומיהו יש מי שאומר דאי טעין: לישבע לי דחשיד לי בכך, הדין עמו. הגה: מיהו יכול התובע לומר: איני חפץ ממך רק שבועת היסת, ולא שבועת השותפין, כדי שלא יהפך עליו רק שבועת היסת (פסקי מהרא"י סי' ל"ב) (ובדרך שיתבאר סעיף י"ב). אבל אם הוא מהנשבעים ונפטרים, דהיינו שבועת היסת, יכול להפכה על שכנגדו; נמצא דאין שבועה מתהפכת אלא של היסת בלבד. ואף היסת אין מהפכים, אלא כשאין בה גלגול אצל הנתבע; אבל אם יש בה גלגול, אין מהפכים.

א. **היפוך בשבועה דאורייתא**: דעת מר בר רב אשי שאפשר להפך, אך לרבנן א"א. ופסקו רוב הראשונים שא"א להפך. הב"ח כתב שיש לעשות פשרה לחשוש לדעתו. אולם, הש"ך כתב שהמנהג פשוט להקל כדעת חכמים שאין להפך. (ואפ"ה יכול להשביעו היסת לאחר הפרעון, ש"ך).

ב. מתי אפשר להפך בדרבנן?

דעת רש"י ותוס' – כל שבועה דרבנן אפשר להפך (ע"פ הש"ך).

דעת הרי"ף, הרמב"ם והשו"ע – רק נשבעים ונפטרים יכולים להפך.

דעת הרא"ש – רק שבועת היסת אפשר להפך.

ג. **אין מהפכים שבועה שיש בה גלגול**, אא"כ יהפך גם את הגלגולים או שיהפך את עיקר השבועה וישבע הוא על הגלגול או הפוך.

סעיף י"ב

אף על פי שהנשבעים ונוטלים אינם יכולים להפך שבועה על שכנגדן שלא מדעת הנתבע, אם יאמר התובע: אי אפשרי בתקנה זו שתקנו לי חכמים, אלא הריני כשאר התובעים וישבע לי הנתבע היסת, שומעין לו. ואם יחזור הנתבע ויהפך השבועה על התובע, שומעין לו. ואם לא ירצה להשבע, נפטר הנתבע.

נשבע ונוטל שרוצה להפך – יכול לומר א"א בתק"ח ולוותר על דין נשבע ונוטל שלו, ולתבוע שבועת היסת מחברו. אלא, שהנתבע יכול לחזור ולהפכה בחזרה על התובע, מדין היפוך ואם לא ירצה לשבע – ילך לו. (תרוה"ד נקט שהרא"ש חולק על כך, הש"ך דחה דבריו וכתב שלית מאן דפליג; והקצות הסכים עם התרוה"ד).

עד שמחייב שבועה האם יכול לפטור את התובע מאותה השבועה? הש"ך נוקט שלא, כיון שאין ע"א יכול לעשות ב' שליחויות. אולם, המהר"ם סובר שיכול לפטור מאותה שבועה שהוא מחייב, וכן נקט הקצות לדינא.

שילם ולא רצה להשבע, האם יכול להשביעו אח"כ היסט? הש"ך כתב שכן. הקצות חילק שרק בשבועת מוב"מ יכול, אולם בשבועת עד אחד אינו יכול להשביעו, כיון שהעד כל הזמן קיים ומעיד לטובתו שכדין נטל.

יג שכנגדו ונקיטת חפץ.

סעיף י"ג

ועוד יש ביניהם, דבשל תורה (אם) היה הנתבע חשוד על השבועה, שכנגדו נשבע ונוטל; ובשל דבריהם, אם היה הנתבע חשוד, פטור בלא שבועה, כמו שיתבאר בסימן צ"ב. אבל אם רצה התובע מחריס סתם. ועוד יש ביניהם, דבשל תורה צריך נקיטת חפץ, והוא הדין לכל שבועה של דבריהם (רשב"ם ומהרא"י סימן ל"ב), חוץ משבועת היסט שאין צריך נקיטת חפץ. הגה: ואם השביעוהו בשבועה שצריכה נקיטת חפץ, בלא חפץ, (ר"ן פ' השולח ומרדכי ותשובת רשב"א סימן תתקכ"ד/תתקס"ד) או שפסקו לו בשבועת היסט לישבע בנקיטת חפץ, ולא רצה לישבע ושלם, הוי טעות בדבר משנה, וחוזר (ד"ע בפ"י מהרי"ק שורש י').

דין שכנגדו: בשבועה דאוי שכנגדו נשבע ונוטל. בשבועה דרבנן – אין דין שכנגדו 'דתקנתא לתקנתא לא עבדינן', אבל יכול להחרים סתם.

נקיטת חפץ: שבועת התורה והמשנה – צריך נק"ח. שבועת היסט – אין צריך נקיטת חפץ.

טועה בדבר משנה וחוזר – אם השביעוהו בלא נק"ח כשצריך, או שחייבוהו היסט בנק"ח, ושילם ולא רצה לשבע. (רמ"א). הש"ך (ס"ק לח) חלק ואמר שיש הרבה ראשונים הסוברים שאף בהיסת צריך נק"ח, ולכן לא הוי טועה בדבר משנה ואינו חוזר. והקצות (ס"ק יח) אמר שאפי' הכי חוזר כיון שהוי כפשרה בטעות, שאילו ידע שאין בכוחו להכריחו בנק"ח לא היה משלם.

תפיסה בהיסת: הש"ך כתב עוד שיכול התובע לתפוס ולומר שקים לו כפוסקים שצריך נק"ח בהיסת, ולכן לא יחזיר עד שהלה ישבע לו היסט בנק"ח. (מכאן מוכח שהש"ך סובר שבהיסת מועילה תפיסה, ואע"פ שבס"ק כה הביא את דברי המהר"ם רקנטי שהסתפק בכך ולא השיג שם כלום, מוכח מכאן שפשיטא לו שיכול לתפוס). והקצות השיג שלא מהניא תפיסתו כלום.

סעיף יד

כפר הכל ונשבע היסט בלא נקיטת חפץ, ואחר כך חזר והביא עד אחד, חוזר ונשבע שבועה דאורייתא בנקיטת חפץ. הגה: וכן אם נשבע שבועה דאורייתא (הגהות מרדכי סוף שבועות), ונודע אחר כך שהיה חשוד, אין שבועתו כלום, וישלם. ועיין לקמן סוף סימן צ"ב.

נשבע בלא נק"ח ואח"כ התחייב שבועה בנק"ח – חוזר ונשבע. (כרי"ף, ולא כראב"ד שאף אם נשבע בראשונה בנק"ח חוזר ונשבע).

נשבע שבועת התורה ונמצא שהיה חשוד – אין שבועתו כלום וישלם כשישבע שכנגדו. הרמ"א בשם הג' מרדכי שזה מתקנת הגאונים. הש"ך תמה מדוע הרמ"א כתב דין זה כאן הרי כתבוהו לקמן בסי' צב? ועוד, שאין זה מתקנת הגאונים אלא מעיקר הדין של טועה בדבר משנה וחוזר.

הגר"א כתב שהמקור של ב' דינים הללו הוא מסוגיית ההוא רעיא (ב"מ ה.), ולכן ב' דינים אלו נכתבו כאן יחד.

סעיף טו

חפץ זה צריך שיהיה ספר תורה. ולא יאמר: אני נשבע בספר תורה זה, אלא יאחוז הספר תורה בידו ויאמר: אני נשבע בה'. ואם לא אחז בידו אלא תפילין, א"צ לחזור ולהשביעו. ותלמיד חכם, אף לכתחלה אין צריך לאחוז בידו אלא תפילין. ויש מי שאומר דהני מילי בפעם ראשונה, אבל מכאן ואילך הרי הוא כשאר כל אדם ובספר תורה. הגה: ו"א דספר תורה לאו דווקא, אלא הוא הדין שאר ספרים שיש בהן שמות (מהרי"ו

סימן קע"א). ו"א דנוהגין להשביע שבועת הדיינים שהספר תורה מונח לפניו. ומניח ידו עליה, אבל אינו נוטלו בזרועו. וכן עושין כשנשבעים בענייני מסים, אבל בשאר שבועה, כגון אשה שנשבעת על כתובתה, נשבעת על ספר אחר (פסקי מהרא"י סימן ל"ו).

צריך לכתחילה לישבע בשם כשאוחז ס"ת בידו, ובדיעבד גם בתפילין, ות"ח לכתחילה בתפילין (דוקא בפעם הראשונה, הרמ"ה).

רמ"א: י"א דהוא הדין לשאר ספרים שיש בהן שמות, וכך נהגו להשביע מלבד בשבועה בענייני מיסים וכדו' שהם בטענת שמא ורגילים להורות בהם היתר. הסמ"ע למד מכאן ששאר ספרים חמירי מתפילין, הש"ך דחה דבריו ותמה על דין זה והסכים עמו הטי"ז. אלא שכתבו הטי"ז והגר"א שזה לא מעיקר הדין, אלא מחמת **שהקלו בדורות האחרונים בשבועה**.

גם כשמשביעים בס"ת נהגו שלא לאחזו בידו, אלא רק להניח ידו עליו. וכתב הגר"א מפני שהקלו בשבועה בדורותינו.

גדר ת"ח – הש"ך בשם רב האי שזה מי שמניח תפילין. והחת"ס כתב בשם התומים דהיינו מי שמניח תפילין כל היום.

סעיף טז

צריך לישבע בשם או באחד מכל הכינויים, ומעומד. ואם נשבע מיושב, אינו חוזר ונשבע. ותלמיד חכם, אפילו לכתחלה מיושב, בין של תורה בין של דבריהם, בין על טענת ודאי בין על טענת ספק. שנים שנתעצמו בדין, ונשבעו שלא יטענו אלא האמת, ואחר כך נתחייב אחד מהם שבועה לחבירו, יש אומרים שאינו נפטר בשבועה הראשונה. הגה: ו"א דאם נשבעו תחלה בנקיטת חפץ וכדן שבועה, אין צריך לחזור ולישבע, אלא מזכירין לו אותה שבועה (מרדכי ריש פ' הדיינים). ועיין לקמן סעיף ל"ד.

צריך לישבע בשם או בכינוי. כדעת רבנן.

צריך לישבע לכתחילה מעומד, ות"ח לכתחילה מיושב.

מי שנשבע לטעון האמת, ואח"כ נתחייב לחברו שבועה? מח' רא"ש ורשב"א:

הרא"ש כתב שאם שבועה ראשונה הייתה בנק"ח הרי היא עולה לו, ורק יזהירוהו באותה שבועה. וכן פסק הרמ"א. השו"ע פסק כרשב"א שאפי' הכי אינה עולה לו, וצריך לישבע שוב.

טעם מחלוקתם: הרשב"א סובר כרש"י ששבועת ביטוי להבא אינה פוסלתו, וא"כ אינה חמורה כשבועה לשעבר. אך הרא"ש סובר כר"ת ששבועה להבא גם פוסלת, וא"כ הם באותה חומרה. (גר"א וכנה"ג).

סעיף יז

סדר שבועת הדיינים כך, הנשבע אוחז ס"ת בזרועו, ועומד ונשבע בשם או בכינוי, בשבועה או באלה, מפיו או מפי הדיינים. כיצד מפיו, אומר: הריני נשבע בשם אלהי ישראל, או: הריני נשבע במי ששמו רחום או: במי ששמו חנון שאיני חייב לזה כלום. וכן אם אמר: הרי הוא ארור לה' אלהי ישראל, או: הרי הוא ארור למי ששמו רחום, או: למי ששמו חנון אם יש לזה אצלי כלום. כיצד מפי הדיינים, משביעין אנו אותך בשם אלהי ישראל או: במי ששמו חנון שאין לזה בידך כלום, והוא עונה: אמן, או שיאמרו: הרי פלוני בן פלוני ארור לה' אלהי ישראל, או: למי ששמו חנון אם יש לפלוני אצלו ממון ולא יודה לו, והוא עונה: אמן. הגה: ו"א דשבועת הדיינים צריכה להיות לפני מנין (מהר"ו סימן קפ"ד/קס"ז/ז"ב בשם רשב"א), או ביום הכניסה (כל בו), ולא ראיתי נוהגין כן.

סדר השבועה: אוחז ס"ת בזרועו, עומד ונשבע בשם או בכינוי, בשבועה או באלה, מפיו או מפי הדיינים. מעיקר הדין צריך לישבע בי, אך לא נהגו כן (רמ"א).

גם כשנשבע באלה אומר 'הריני' בלשון נוכח (סמ"ע).

סעיף יח

להרמב"ם, אף שבועת היסת בשם או בכינוי או בשבועה או באלה, ואין בינה לשבועת הדיינים אלא ששבועת (היסת) אינה בנקיטת חפץ. ולא הודו לו, ואמרו דשבועת היסת אינה לא בשם ולא בכינוי, אלא בשבועת סתם או בארור.

שבועת היסת: לדעת הרמב"ם ההבדל היחיד בינה לשאר שבועות – נקיטת חפץ. לא הודו לו ואמרו שאף אינה בשם או בכינוי. (והמיישרים כתב שאינה אלא בחרם בשמו סתם, סמ"ע. והש"ך כתב שנהגו להשביע היסת בשבועה).

כתב הפת"ש (יט) שדוקא בעם הארץ כדי לאיים, אך בת"ח אין להשביע אלא די בקבלת חרם מפני כבודו. וכן המנהג בכל מדינות פולין.

עד המסייע פוטר ת"ח אף מקבלת חרם כשליכא דררא דממונא (מצרפים את דעת ר"ת). אך עליו להיות נקי מה' ומישראל ולקבל עליו חרם בצינעא.

סעיף יט

יש אומרים שבדורות אחרונים ביטלו שבועה בשם, לפי שענשה גדול, ונהגו להשביע בארור.

בדורותינו ביטלו שבועה בשם לפי שענשה חמור, וכן כתבו רש"י והרמ"ה. ודלא כר"ן שכתב שמשמע שהרמב"ם והר"ף חולקים.

הסמ"ע כתב שדוקא שבועה בשם ביטלו, אך ארור בשם לא, כיון שדוקא שבועה בשם חמורה, משא"כ כשמקלל בשם שפחות חמור. והסכים עמו התומים. אולם, החת"ס כתב שארור ושבועה היינו הך, ובשניהם ביטלו שם, אולם ארור צריך להיות ב"י כיון שאין מזכירים בו שם.

סעיף כ

משביעין אותו בכל לשון שהוא מבין. ויאיימו עליו (פי' ענין אימה) קודם שישביעוהו ואומרים לו: הוי יודע שכל העולם נזדעזע בשעה שאמר הקדוש ברוך הוא לא תשא (שמות כ, ז; דברים ה, יא), ובכל העבירות שבתורה נאמר ונקא וכאן נאמר לא ינקה (שמות כ, ז; דברים ה, יא); וכל העבירות שבתורה נפרעים ממנו, וכאן ממנו וממשפחתו; ולא עוד אלא שגורם ליפרע משונאיהם של ישראל, שכל ישראל ערבים זה לזה; כל עבירות שבתורה תולים לו שנים ושלשה דורות, אם יש לו זכות, וכאן נפרעים מיד; דברים שאין אש ומים מכלים אותם, שבועת שקר מכלה אותם. אמר: איני נשבע, פוטרם אותו ונותן מה שטענו חבירו. אם אמר: הריני נשבע, וחבירו תובע העומדים שם אומרים זה לזה סורו נא מעל אהלי הרשעים האלה (במדבר טז, כו); ואומרים: לא על דעתך אנו משביעים אותך, אלא על דעתנו ועל דעת בית דין. הגה: ואם יש צד רמאות, יש לדיין לומר לו לפרש בשבועתו כל צד רמאות שיש לחשוב בלבו (הרא"ש ו"י ריש ב"מ). וכן יש רשות לדיין להשביע בנקיטת חפץ במקום שאינו צריך (מהר"ו סימן קנ"ד), או לאיים עוד בדברים אחרים, אם יראה לו שיש צורך בדבר (ר"נ פ' הדיינים).

משביעין אותו בכל לשון, כרמב"ם ולא כר"י מיגש שדוקא בלשון הקודש. (ואף לר"י מיגש צריך שיבין מה הוא אומר).

אומרים לו את חומרת השבועה: כל העולם נזדעזע בשעה שאמר הקב"ה לא תשא, בכל עבירות אם חזר בתשובה – ונקא, וכאן לא ינקה. גורם ליפרע משונאיהם של ישראל. נפרעים ממנו מיד אע"פ שיש לו זכות. שבועת שקר מכלה אף עצים ואבנים.

נפרעין ממנו וממשפחתו באותו עונש הבא עליו. (ב"י – דוקא משפחתו שמחפין עליו, סמ"ע – אף כשאין מחפין וזה רק טעם מדוע נענשים).

אמר איני נשבע – פוטרין אותו מיד ומשלם. (רש"י ור"ת נחלקו בדבר, האם פוטרים אותו כדי שלא יוכל לחזור, רש"י. או שתמיד יכול לחזור, אך משיצא לא יהיה נעים לו לחזור בו, ר"ת. הב"י דקדק מלשון הרמב"ם "פוטרים אותו ונותן" שדעתו כר"ת, וכן כתב הוא ומשמע שסובר לא כרש"י. אולם, הסמ"ע כתב שכוונתו כרש"י וכן רצה לבאר דברי השו"ע. אולם, רעק"א כתב שכוונתו כפשוטו, וכוונתו שאינו יכול להפך השבועה.

אמר אני נשבע – אומרים 'סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים האלה'. והגמ' אמרה שהשבועה חלה על שניהם: רש"י – כיון שלא דקדק למסור ממנו ביד נאמן. סמ"ע – כיון שהיה לו לוותר על ממנו ולא להשביע. וכ"כ החת"ס (הובא בפת"ש כא) שיש איסור להשבע אף על אמת מדברי קבלה (מטעם כבוד ה', או כדי שלא ירגיל בכך ויבוא למעול בשבועה). הג"מ – הכונה שהשבועה חלה ממה נפשך על אחד מהם, אך רק על השקרן.

משביעים אותו על דעת ב"ד ולא על דעתו, ואם יש צד רמאות אומרים לו לפרש בשבועתו כמה שיותר.

יכולים להשביעו בנק"ח כשיש צורך בדבר, אף במקום שאינו צריך. וכן יכול לאיים עליו בדברים נוספים.

סעיף כא

אין מאיימין אלא בשבועת הדיינים שהיא ע"י טענת ודאי וכפירה, בין שהיתה מן התורה בין מדבריהם. אבל על שבועה שנתחייב בה בטענת ספק, בין מן התורה בין מדבריהם, וכן בשבועת היסת, אינו צריך איום; ואעפ"כ צריכים הדיינים לפצור בבעלי דינים, אולי יחזרו בהם עד שלא תהיה שם שבועה כלל.

אין מאיימין אלא בשבועה שבאה ע"י טענת ודאי, אך לא בבאה ע"י טענת ספק. (סמ"ע – רק כשיש רגלים לדבר שישבע לשקר, שהרי א' מהם ודאי משקר. גר"א – הצורך באיום רק מפני עונש השבועה, וא"כ זה רק בשבועה הבאה בטענת ודאי שודאי א' נענש כדעת ההג"מ הנ"ל).

בשבועת היסת אף בטענת ודאי – א"צ לאיים.

ואפי' הכי צריכים לפצור בבעלי הדין שלא תהיה שם שבועה.

סעיף כב

כל מי שנתחייב שבועה, בין של תורה בין של דבריהם, אפילו היסת, יש לו להחרים סתם, קודם שישבע, על כל מי שטוען עליו דבר שאינו חייב בו כדי להשביעו חנם, ויענה המשביעו: אמן.

מי שנתחייב שבועה יכול להחרים סתם על מי שטוען עליו דבר שאינו חייב לו. הסמ"ע – דין זה נכון בכל השבועות. ט"ז – דוקא בנשבע ונפטר, ואפי' בטענת שמא. וטעם הדבר כדי שלא יתבענו סתם. אך בנשבע ונוטל או בהיפוך שבועה אין מחרימין. ונהגו העולם כסמ"ע (פת"ש כג).

וכשמחרים צריך המשביע לענות אמן. סמ"ע – היינו לכתחילה כדי שיאויים ביותר. ט"ז – רק אם יענה אמן יוכל לכוף חברו לשבועה, כיון שצריך לדעת שהבין שהוא בכלל החרם. התומים – נהגו שמקבל על עצמו חרם לנוכח, ושוב אין צריך לענות אמן.

סעיף כג

כל שבועה, מן הדין בפני הלה שכנגדו (או) בפני העד (ה"ה פ"ז ממלוה), אם אין התובע יודע האמת רק על פי העד, (ואז) אין צריך לישבע בפני התובע (ב"י בשם תשובה אשכנזית) (רשב"א). ואם השביעוהו שלא בפניו, אם נשבע כתקונו ועל דעת בית דין, נפטר. הגה: ואף על פי שלא נשבע במקומו שהוא מקום רבים, ואיכא למימר שיתבייש לפניהם; מיהו לכתחלה יכול לומר שישבע לו במקום שנעשה שם העסק שידעין שם בני אדם, או שהוא מקום רבים (ב"י בשם

הרשב"א). מיהו אם אין הנתבע הולך לשם עכשיו, צריך להמתין עד שיבא שם, ואז צריך לישבע שם, ולא יכול לומר: לא אשבע אלא בעירי (ב"י בשם תשובה אשכנזית).

שבועה צריכה להיות בפני התובע, וכאשר תובע מכח העד צריך לישבע בפני העד ולא בפני התובע. המקור הוא מהגמ' בשבועות (מז:): שחונני צריך לישבע לבעה"ב בפני הפועלים כדי שיתבייש מהם. אולם בדיעבד אין זה מעכב.

והש"ך כתב שלא ראה שנוהגים לישבע בפני העד.

האם יכול התובע לכופ את הנתבע לבוא לישבע בעירו? הגמ' בכתובות פה. "ההיא איתתא דאחייבא שבועה בי דינא דרב ביבי בר אביי, אמר להו ההוא בע"ד: תיתי ותישבע במתא, אפשר דמיכספא ומודיא". הרשב"א כתב שכך הדין בכל תובע. הר"ן כתב שדוקא במלוה, שעבד לזה לאיש מלוה. רבינו פרץ והתשובות אשכנזיות חלקו וכתבו שכלל אינו יכול לכופ, ששבועה כממון וכמו שאינו יכול לכופו לפורעו דוקא במקום מסוים כך גם בשבועה. אך הרא"ש כתב שדוקא כששניהם גרים בעיר אחת יכול לכופו לישבע בעירו, משמע שקיבל את הטענה הזאת אך סבר שא"א לכפות עליה.

רבינו ירוחם כתב שאף לדעת הרשב"א נראה שזה דוקא כשהעסק היה בעירו של המשביע, שיש טעם לכך שרוצה להשביעו בעירו כדי שיתבייש מבני העיר.

הרמ"א פוסק כדעת הרא"ש.

סעיף כד

הטוען את חבריו טענות הרבה, אין משביעין אותו אלא שבועה אחת על הכל. נתחייב שתי שבועות על שתי טענות, קלה וחמורה, משביעין אותו בחמורה, ומגלגלין בה השאר דברים. הגה: (ב"י מסכ"ו בשם הרשב"א) מי שטוען על חבריו שהוא חייב לו, ואומר שיש לו עוד תביעות אחרות עליו שאינו רוצה לתובעו עתה, אומרים לו שטוען עליו הכל ביחד, ואם אינו רוצה, והנתבע אומר שאינו חייב לו כלום, נשבע ונפטר ממנו מכל תביעות שיש לו עליו עד אותו היום (תשובת מ"מוני ספר משפטים סימן ל"ד וב"י מ"כ).

א. הטוען הרבה טענות משביעין אותו שבועה אחת: המקור הוא בדברי הרמב"ם (טוען ונטען פ"א הלכה י"ד), וכתב הרב המגיד שדין זה כתבו רבינו האי בשערי שבועות ויש לו סמך במקצת מקומות, ולא כתב איהו. הגר"א ציין לדברי הירושלמי (כתובות פרק שני דייני גזירות ה"ד) שהביאם הב"י בסוף הסימן (מחודש כו): "חד בר נש וכו' א"ל המתן עד שיגלגל עליך כל דבעי ובסיפא אשתבע על כולך".

מי שתבע בהרשאת חברו: הפת"ש (אות כה) הביא משו"ת הרדב"ז שאם ראובן תובע את שמעון מכח לוי, וגם מכח עצמו ורוצה להשביעו פעמיים הדין עמו, אלא שמלמדים אותו שאין בכך צורך ומספיק להשביעו שבועה אחת, אך אם מתעקש הדין עמו. והברכי יוסף כתב שהפנים מאירות חלק עליו וכתב שאף לשני בני אדם מספיק שישבע שבועה אחת, כמשביעים אותו בב"א. וכתב הברכ"י שדברי הרדב"ז מפוקפקים אצלו.

ב. נתחייב ב' שבועות – משביעין אותו בחמורה ומגלגלין עליו את השאר. וגם זה מדברי רב האי והביא סמך מדברי הגמ' שמי שנתחייב ב' מיתות נידון בחמורה. והגר"א כתב הטעם שבחמורה נתחייב גם על כל השאר משום גלגול.

ג. הטוען שיש לו עוד תביעות ואינו רוצה לתובע אותם עכשיו: כתב הרמ"א שאומרים שטוען עכשיו הכל, ואם לא יטען לא יוכל לטעון שוב אח"כ, כיון שבשבועה שנשבע עכשיו יפטר הנתבע מכל התביעות שיתבענו על מה שנתחייב לו קודם לכן. ומקורו הוא משו"ת המהר"ם שלמד זאת מהירושלמי הני"ל. והגר"א כתב שהטעם הוא שעצם השבועה פוטרנו, ואין זה תלוי בתביעתו, כמו שמוכח מהגמ' (ב"ק קו) שאם קפץ קודם שחייבוהו ב"ד שנפטר בשבועתו.

מי שאמר בפני ב"ד שאין לו עוד תביעות על חברו, האם יכול לומר אח"כ טעיתי או שכחתי? השב"י מסיק שאינו נאמן לטעון שכחתי כיון שהיו כחוזר וטוען. (פת"ש אות כו).

ד. האם יש סתירה בין סעיף זה לסימן כ"ד?

הרמ"א בסימן כ"ד פסק "כגון שאומר שיש לו הרבה טענות על זה ואינו רוצה לטעון עכשיו, שומעין לתובע, אם לא שזיילי נכסי הנתבע (ב"י בשם הרשב"י), או שיש לנתבע היזק בזה כפי ראות עיני הדיינים". אולם, בסעיף שלנו פסק הרמ"א שאינו יכול לומר שאינו רוצה לטעון את כל טענותיו עליו, וא"כ לכאורה יש סתירה?!

באר הגולה אצלנו כתב שמדובר שיש היזק לנתבע, ולכן אינו יכול לומר שאינו רוצה לטעון את כל טענותיו עכשיו. והפת"ש כתב שהדין שלנו הוא כשניכר לדין שהתובע רמאי ורוצה להשביע את חברו הרבה פעמים, ולכן אומרים לו שאינו יכול. אולם, בסתם התובע יכול לומר איני רוצה לטעון עתה את כל טענותי.

סעיף כה

כל הטוען לחבירו טענה שאפילו אם הודה לא יתחייב ממון, אף על פי שכפר אין מחייבים אותו היסט. כיצד, אמרת לי ליתן לי מנה, להדי"מ, אין משביעין אותו לא היסט ולא חרם, שאף אם הודה, אינו חייב לו כלום. (והוא הדין אם אין לו לפרוע, אין משביעין על כפירתו) (תשובת הרא"ש גבי אשת איש, והטור הביאו סימן צ"ז ובית יוסף בשם ר"י נ"ג ח"ו). אתה קללת אותי, אתה הוצאת עלי שם רע, לא היו דברים מעולם, אין מחרימין על זה; וכן כל כיוצא בזה. הגה: ו"א דמחרימין על זה, דהרי אם יתברר שהוא אמת קונסין אותו (טור). טוען על חבירו: גזלתני, או: גנבת ממני, והוא כופר, אף על פי שלפי טענות התובע פסול לישבע, אפילו הכי נשבע לו (מרדכי פ"ק דמציעא). ודווקא שתבעו הממון, שיעקר התביעה הוא משום ממון, אבל אם עיקר התביעה הוא משום האיסור, אין משביעין (פסקי מהרא"י סימן ל"ד /ל"ז/). מי שתובעת א' שנדר לה דבר באתננה, והוא כופר, חייב לישבע (ריב"ש סימן ש"ע /מ"א/).

א. אין משביעים אפי' היסט על כפירת טענה שאינה מחייבת ממון אלא שבועה או קנס – המקור הוא מדברי הרמב"ם, והגר"א ציין שהמקור מירושלמי שבועות (פ"ו ה"ו) שלמד זאת מהפסוק "או נפש כי תשבע" בכלל ופרט וכלל. (השו"ע נקט היסט, וכתב הש"ך שכוונתו אפי' היסט וכ"ש שבועה דאורי').

האם מחרימים? כאשר היה מתחייב ממון מדין קנס, השו"ע פסק כרמב"ם שאף אין מחרימין על כך, אך הרמ"א כתב שמחרימים כדעת הטור. מכאן מוכח שברישא לכו"ע אין מחרימים.

אמירה לעני: הש"ך (נא) כתב בשם תשובת מהר"ם שהאומר שיתן מנה לעני, משביעים על כך, דכיון שיש בכך מצוות צדקה, הרי בצדקה למדנו 'בפיך זו צדקה' שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, וא"כ העני זכה בממון וחייב לשלם לו מדינא. התומים השיג על הש"ך, שהרי אם הטעם של אמירתו לגבוה הוא מדין נדר, ודאי שאין נשבעין על כך שהרי אין כאן חיוב ממוני ממשי, אלא רק חיוב שלי מול קוני לקיים דיבורי. והוכיח מכך שאין משביעים על אדם שנתחייב ממון בתקיעת כף. ואף למ"ד שאמריה לגבוה מחילה קנין, הרי זה דוקא בחפץ מסוים אך לא כשמתחייב לתת לו מנה סתם.

הקצות (כא) הסכים עם הש"ך כיון שאם זה מדין קנין, זה מועיל גם בחפץ שאינו מסוים כיון שזה החיל שעבוד נכסים והוי חוב גמור. ואף למ"ד שזה מועיל מדין נדר, הרי סו"ס הוא מחויב לשלם ואפשר לתובעו על כך ולהשביעו. ואף לדברי המהרי"ט שכל זמן שלא בא ליד הגבאי יכול לשנותו, היינו רק לשנות את המטבע אך לא לשנות מעני לעי. ובדגול מרבבה הכריע כדברי הש"ך והקצות.

תירוץ לקושית התומים מתקיעת כף: הנתיבות (יב) תירץ ששם אין כח לבי"ד לרדת לנכסים ולכן אין משביעים. משא"כ בצדקה שכופין עליה ויורדים לנכסיו – שמשביעים. והקצות תירץ (לקמן ל) שדוקא שם אין משביעים כיון שתק"כ הראשונה היא כשבועה וא"כ מה תועלת בשבועה השניה, אך כאן זה לא שייך. הדגול מרבבה כתב שתק"כ אינה קנין גמור, ונדר הוי קנין גמור. ואע"פ שיכול להתיר נדרו זה לא מפריע, כמו שגם בהקדש יכול להתיר נדרו ואפ"ה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי.

מה הדין כאשר אם היה מודה היה מתחייב מי שפרע? הכנה"ג הסתפק בזה, דכיון שאינו יכול להשטט ממנו אלא באיסור צריך לישבע. לש"ך (סי רד) פשיטא שאין משביעים. והקצות (כב) כתב שכיון שב"ד אוררים בלשון נסתר "הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו", אף הכא יאמרו כך כדי לצאת מהספק.

ב. אין משביעין כאשר אין לאדם לפרוע, ונמצא שאין תועלת בשבועתו. **הדרכי משה** (אות יג) כתב בשם הרא"ש שמי שאין לו ממון לפרוע אין משביעים על כפירתו. ולמד כן מתשובת הרא"ש שהביא הב"י לקמן בסימן צו (אות כ בטור) שאין משביעים אשת איש כיון שאין לה ממון לפרוע. אמנם, **הב"י** כתב שם שתשובה זו שהובאה ברבינו ירוחם סותרת לתשובה שהביא בשמו הטור שאף אשת איש שאין לה לפרוע משביעים, ולכן בסי' צו נקט **השו"ע** **לדינא שמשביעים** אשת איש. **אולם, הרמ"א** כאן נקט כתשובת הרא"ש הנ"ל **שאין משביעים** מי שאין בידו לפרוע. הש"ך הסכים לדינא עם דין זה בסי' צ"ו, אלא שכאן תמה על הרמ"א שהרי לקמן לא השיג על השו"ע, וא"כ לדינא הוא פוסק שמשביעים א"א ודלא כרא"ש הנ"ל; ונשאר בצי"ע.

ג. אע"פ שלדברי התובע הנתבע פסול לעדות, כגון שטוען גנבתני או גזלתני, משביעין אותו על כך (הרמ"א). בדין זה יש מח' ראשונים: רבינו שמחה והרשב"א סוברים שאין משביעים בכה"ג. **אולם,** תלמידי הרשב"א סוברים שמשביעים כיון שאפשר לתלות במלוה ישנה גם במצבים הנ"ל, ואפי' בלקיחת ריבית. ואילו המהר"ם חלק ואמר שאינו נקרא חשוד עד שיפסל לכו"ע. הסמ"ע כאן נקט כטעם תלמידי הרשב"א, ואילו הש"ך בסי' עה כתב כטעמו של המהר"ם.

ד. אין משביעים כשעיקר התביעה היא משום איסור, אע"פ שיש גם נפק"מ ממונית. כ"כ תרוה"ד והסכים עמו הרמ"א. והש"ך כתב שדין זה צ"ע.

ה. משביעים על תביעת אתנן. כך פסק הריב"ש והובא ברמ"א. והב"ח תמה שהרי כיון שסתם מזנות אינם טובלות, א"כ היא חייבי כריתות ויש כאן דין 'קים ליה' ואינו חייב בדיני אדם!! והש"ך והגר"א תירצו שרק בחייבי מיתות בי"ד אמרינן קים ליה, אך לא בחייבי כריתות ולכן חייב לשלם בדיני אדם. ונמצא שאם היא אשת איש שתובעת אתנן, אין כאן שבועה.

גדר חיוב 'קים ליה': הקצות (כג) כתב שחיוב של קים ליה, הוא חיוב גמור אלא שאין כח ביד בי"ד להוציאו, (כמו אדם אלים שאין כח לעונשו) מה שאין כן בשאר חיוב לצאת ידי שמים. לכן, בקם ליה מועילה תפיסה, ולכן המודה בחיוב של קים ליה וכופר בשאר, דינו כמודה במקצת.

סעיף כו

טענו שעשה לו דבר שאינו חייב עליו אלא קנס, אינו נשבע היסת, שאילו הודה היה פטור. אבל אם טענו שהעמידו בדין על הקנס והביא עדים וחייבוהו ב"ד לשלם, והלה אומר: להד"מ, צריך לישבע היסת.

א. אם טוען שעשה לו דבר שמתחייבים על כך רק מכח קנס והלה כופר – אין שבועה, שהרי אם יודה פטור מלשלם (מודה בקנס פטור), ונמצא שאין פה תביעת ממון. אולם אם טוען שב"ד חייבוהו לשלם לו קנס – חייב שבועה, שהרי תובעו ממון גמור.

ב. אם טוען שנתחייב לשלם לו בדין והלה כופר – המבי"ט פסק שנשבע היסת ונפטר, והש"ך חולק וסובר שבמקום שאפשר דנים את הדין מחדש ורואים אם באמת חייב לו ממון.

ג. תביעת ממון שאין דנים בזה"ז: הקצות (כד) כתב שאע"פ שאין דנים בזה"ז דבר שלא שכיח, אך כיון שמנדין על כך הרי זה כאילו דנים וחשיב תביעת ממון. ואע"פ שהטור כתב שאין נשבעין על תביעת מוציא ש"ר כיון שחייב רק מדין קנס, זה בגלל שאין זה קנס קצוב אלא לפי ראות עיני הדיינים. אולם, ממון קצוב שחייב מדין קנס או מתקנות חכמים ודאי שנשבעים עליו.

סעיף כז

מי שנתחייב שבועה בב"ד, ויצא מב"ד, ואחר זמן תבעו חבריו שישבע לו, ואמר: נשבעתי, אם הוא מהנשבעים ונפטרים, נאמן. הגה: אבל צריך לקבל עליו חרם, סתם,

שנשבע (ר"י נ"ג ח"ד). מיהו בזמן הזה דנוהגין לישבע בבית הכנסת לפני שמש או עדים, אינו נאמן לומר שנשבע, עד שיביא ראיה לדבריו (מרדכי פ"ק דב"מ ור"י הנ"ל), אא"כ התרה בו: לא תשבע אלא בפני עדים. ואם עדים מעידים שלא נשבע באותו יום שאומר שנשבע, כגון שאומרים: שלא זה ידם מתוך ידו, הוחזק כפרן לאותה שבועה, ואינו נאמן לומר: נשבעתי אחר כך.

סעיף כח

נשבע היסת, ואח"כ הודה מעצמו במקצת, אם דרך תשובה הודה, שמתחרט על מה שנשבע לשקר, נפטר מהשאר, ואם הודה שלא על דרך תשובה, אינו נפסל לשבועה על פי עצמו.

סעיף כט

מי שכפר בכל, ועד אחד מכחישו, ונשבע להכחיש העד, ואחר כך הביא התובע עד אחר, מצטרף עם הראשון ומשלם לו זה, אף על פי שנשבע עליו, ונעשה עוד חשוד על פי שנים עדים.

סעיף ל

אף על פי שנשבע הנתבע ונפטר על פי בית דין, אם תפס התובע אחר כך משלו בלא עדים, וטוען שתופס על אותה תביעה שנשבע לו עליה, שלא נשבע לו באמת, הדין עם התופס, ונאמן במגו שלא תפסתי משלך כלום, ונשבע היסת, ונפטר. ואין צריך לומר שאם הביא התובע עדים אחר שנשבע, בין שבועה דאורייתא בין שבועת היסת, שמוציאין מידו ונותנין לזה, ונעשה חשוד על פי העדים.

אע"פ שנשבע ונפטר, אם תפס שלא בעדים אין מוציאין מידו. וכן אם יבואו עדים ויכחישוהו – מוציאין ממנו ונעשה חשוד ע"פ עדים.

א. האם תפיסה מועילה גם לאחר שהיפך? הצמח צדק כתב שלא, כיון שבכך שהיפך קיבל עליו לשלם לו אם ישבע, אולם אם יבואו אח"כ עדים לא ישלם, כיון שלא קיבל לשלם אף נגד עדים. והמקור ברוך חולק וסובר שמהניא תפיסה אם יש לו מיגו (כגון שיכול לומר שפרע).

ב. תפיסה מועילה גם נגד עד המסייע לשני – עבודת הגרשוני, ושבות יעקב.

ג. שנים התובעים זה לזה, וא' נתחייב שבועה דאו' והשני היסת, ראוי להקדים שבועה דאו', אך הדבר מסור לבי"ד. תומים הובא בפת"ש.

סעיף לא

טען שיש לו אצלו חוב בקנין או בשטר, ואבד, והוא אומר: פרעתי, או: איני חייב לך כלום, ונשבע, ואח"כ באו עידי הקנין או שהוציא השטר ונתקיים, הרי זה משלם אחר השבועה שישבע המלוה, ואינו חשוד, שהרי לא העידו שלא פרע, ולא טען הנתבע להד"מ. ואם יש נאמנות בשטר או בקנין, נוטל בלא שבועה.

תבעו בחוב בקנין או בשטר שאבד, והלה הכחיש ונשבע על כך, ואח"כ באו עדי קנין או שהוציא השטר: חייב לשלם לאחר שישבע התובע (ואם יש נאמנות בשטר או בקנין – נוטל בלא שבועה), אך לא נעשה חשוד לשבועה, כיון שלא הוכח שלא פרע. אך אם טען במפורש שלא לזה, או להד"מ שמשמעותו לא לויתי, נעשה חשוד.

א. מדובר כשלא ביטל שטרותיו קודם שנשבע. ש"ך וסמ"ע דלא כשארית יוסף.

ב. עדי קנין – הש"ך הוכיח מדסתם ברמ"א כאן ולא השיג על המחבר, שאף הוא מודה לשו"ע שעדי קנין הרי הם כשטר. ודלא כמשמע בסי' ע. אולם, הסמ"ע ביאר שאין ראיה, כיון שלצדדים קתני, קנין או שטר, לכל מר כדאית ליה.

ג. 'איני חייב לך' – יכולה להתפרש כאמירת פרעתי, ואינו חשוד. ש"ך.

ד. 'שטרך בידי מאי בעי' – הקצות הבין שזו ידיעה גמורה שלא פרע, ואפי"ה לא נפסל לשבועה, כיון שנשבע על דעתו, והוא חושב שהוא פרע. אולם הגר"א כתב שאין זה בירור שלא פרע, אלא שיד בעל השטר על העליונה ולכן גובה, אע"פ שלא ברור לנו שלא פרע לו.

סעיף לב

ראובן הוציא פסק דין על יורשי שמעון שאביהם נתחייב לו בב"ד שבועה, ואומר שלא נשבע, יחרימו במעמד היורשים שכל מי שידוע בממון זה אם הוא פרוע, שיודה. התובע את היורשים שאביהם התחייב לו שבועה ולא נשבע לו - אינו יכול לחייבם שבועה, אלא יחרימו סתם במעמד היורשים. (סמ"ע החרם הוא הן על התובע והן על היורשים).

ואפי' כשיודעים שלא נשבע, אינם חייבים שבועה, שהרי אינם יודעים אם חייב לו.

סעיף לג

אין להשביע היכא דאיכא למיחש שיתברר הדבר.

אין להשביע כאשר יש חשש שיתברר הדבר לאחר מכן. רש"י כתב שהחשש שמא יפסלנו לעדות ולשבועה, ולפי"ז כתב הסמ"ע שאם פוסל את כל העדים שיש לו עליו, יכול להשביעו גם קודם שיתברר הדבר.

אולם, הש"ך חלק ונקט כטעם התוס', שהחשש הוא מפני חילול ה' בכך שתימצא שבועתו לבטלה, ולכן כאשר העדים יכולים לפוסלו בעדותם, אפשר להשביע שהרי אם הוא משקר אדרבא שיתברר שקרו. אלא שהחשש הוא שמא יתברר הדבר לאחר מכן ותימצא שבועתו לבטלה, והיינו במקרים בהם העדים לא יפסלו אותו. וכגון שטוען איני יודע שאין להשביעו שמא אח"כ יבואו עדים.

סעיף לד

התוקע כפו לחבירו, לא נפטר משבועה. הגה: ודוקא שחייב לו שבועה בלאו הכי, כגון (שאמר) שתקע לו כפו לפרוע לו מה שחייב לו, והוא כופר. אבל אם אמר שנתן לו כפו ליתן לו מתנה, והוא כופר, פטור מן השבועה (הגהת מ"י פ"א מהלכות שבועות), אלא יזהירו אותו ב"ד על שבועתו (מרדכי פ"ק דמציעא). והוא הדין אם אמר שנשבע לו שבועה לתת לו איזה דבר, וזה אמר שמחל לו (תשובת הרא"ש כלל י' סי' ב'), או שהיה על תנאי כך וכך, או שנתן תקיעת כף על תנאי כך וכך, נאמן, במיגו שהיה יכול לכפור (מרדכי פ"ק דמציעא ופ' הזהב), וע"ל סעיף ט"ז.

סעיף לה

אין נשבעין היסט על תביעת טובת הנאה. הגה: ולכן מי שתבעו חבירו שיחזיר לו ממון צדקה שהפקיד בידו והוא יחלקם לעניים, וזה משיב שכבר החזיר לו, פטור בלא שבועה, שהרי אין לתובע בזה אלא טובת הנאה (מרדכי פ' הדיינים).

סעיף לו

שנים או שלשה שיש להם תביעה על אחד, ונשבע לאחד מהם, פטור מהאחרים.

סעיף לז

אין מוסרין שבועה למי שרץ אחר שבועה.

סעיף לח

אם נראה לדיינים שהטענה מרומה, אין להשביעו. הגה: וכן אם נראה לו הטענה גרועה (מהר"ו סי' צ'). אין משביעין היסט במקום דליכא דררא דממונא (שם סימן קנ"ד).

סעיף לט

יש מי שאומר שהמזכיר שם שמים לבטלה, שכנגדו נשבע ונוטל. הגה: תבעו בשכר השדכנות, וזה כופר ואמר שלא היה שדכן שלו, או שאר טענות שבינייהו, דינו כבשאר תביעות ממון, ונשבעין על כך (פסקי מהרא"י פ"ה).

ב"ה יום ה' י"ב כסלו ה'תשע"ה

סימן פח

דיני כפירה והודאה, ושתהא ממין הטענה, ובו ל"ג סעיפים.

סעיף א

אין מודה מקצת הטענה חייב לישבע, עד שיודה לפחות בפרוטה, ותהיה הכפירה לפחות שתי מעין כסף. לפיכך אינו חייב עד שיתבענו שתי מעין ופרוטה, והוא מודה בפרוטה וכופר בשתי מעין. אבל תבעו שתי מעין ופרוטה, והודה בשתי פרוטות, כיון שאין בכפירה שתי מעין, או אם הודה בחצי פרוטה, פטור, כיון שאין בהודאה פרוטה. שיעור הפרוטה, משקל חצי שעורה של כסף נקי; ושיעור שתי מעין, משקל ל"ב שעורים כסף נקי.

1. כדי להתחייב שבועת מוב"מ, צריך שהתביעה תהיה לפחות על ב' מעין כסף ופרוטה, ומתוכם תהיה כפירה על ב' מעין והודאה בפרוטה. אך אם הייתה ההודאה על פחות מפרוטה, או שהכפירה על פחות מב' מעין כסף - אינו מתחייב שבועת התורה.

שבועות לח: במשנה "שבועת הדיינין. הטענה שתי כסף, וההודאה בשוה פרוטה". ובדף לט: "הטענה שתי כסף. אמר רב: כפירת טענה שתי כסף; ושמואל אמר: טענה עצמה שתי כסף, אפי' לא כפר אלא בפרוטה ולא הודה אלא בפרוטה - חייב". וכתבו הראשונים שלהלכה קי"ל כרב כיון ש"תני רבי חייא לסיועיה לרב", ועוד שבדף מ: רב פפא פסק כמותו.

למסקנה רב לומד זאת מהפסוק "כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור", מ'כלים' למדנו שצריך שהתביעה תהיה על שני חפצים ושיהיו חשובים, והמילה 'כסף' מיותרת ובאה ללמדנו שאף בסוף הטענה (דהיינו בכפירה) בעינין שיכפור בשנים חשובים ולכן בעינין ב' מעין כסף. וכתב הב"י: "ובירושלמי (שבועות פ"ו ה"א) נתנו טעם למה הטענה שתי כסף אמרו בירושלמי 'סוף מטבע כסף מעה', כלומר שכיון שאמרה תורה כסף כדכתיב (שמות כב ו) כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים ואי אתה מוצא מטבע כסף מוזכר בתורה פחות ממעה שהוא גרה כדמתרגמינן עשרים גרה (שם ל יג) עשרין מעין אין לך לחייב בפחות ממטבע זה".

2. שיעור פרוטה: משקל חצי שעורה כסף נקי (1/40 גרם כסף, כ7 אג').

שיעור ב' מעין: משקל 32 שעורים כסף נקי (1.6 גרם כסף, כ4.4 טה).

3. ב' מעין פחות פחות משו"פ: הקצות הביא בשם תוס' (שבועות מ.) שמשביעין על כך, ותמה מדוע הרי כל שיעורי התורה הם מדויקים!!

4. פת"ש בשם שער המשפט: אף בשבועת ר' חייא קמייאת בעינין כפירת ב' מעין כסף.

סעיף ב

וכן אם לא תבעו כסף, אלא מיני סחורות, והודה לו מקצת, שמין הכפירה וההודאה, אם יש בכפירה שוה שתי מעין ובהודאה פרוטה אחת, חייב.

1. אף אם תבעו בשווה כסף (דהיינו מיני סחורות), בעינין שיכפור בשווי ב' מעין כסף ויודה בפרוטה.

סעיף ג

בד"א, כשתבעו פירות או מיני סחורות. אבל תבעו שני כלים, והודה לו באחד מהם, אין צריך שיעור, אלא אפילו היו עשרה מחטין בפרוטה, תבעו שנים והודה לו באחת מהם, חייב. טענו כסף וכלים, הודה בכלים וכפר בכסף, אם יש בכפירה שתי מעין, חייב: ואם לאו, פטור. הודה בכסף וכפר בכלים, אם הודה בפרוטה, חייב.

1. אם תבעו כלים, מספיק שיתבענו ב' כלים ויודה לו באחד מהם, ואפי' אם שניהם יחד אינם שווים אף פרוטה. שבועות מ: "ואמר רב ענן אמר שמואל: טענו שתי מחטין והודה לו באחת מהן - חייב, לפיכך יצאו כלים למה שהן (פירש"י: "להתחייב עליהם בכל שהן"). וכתבו הראשונים שטעם הדבר שכלי כל שהוא הוא חשוב, שהרי ראוי לעשות בו מלאכה גדולה. אלא שנחלקו בשאלה האם אף בכלים בעינין שיהיו לא פחות משו"פ או לא? **דעת התוס',**

הרא"ש, הרמב"ן והטור שבעין שוה פרוטה, והוכיחו כן מהירושלמי ומכך שאין ב"ד נזקקין לפחות משו"פ. אולם, **רבי האי גאון והרמב"ם והסכימו עמהם הר"ן והרשב"א** שלא בעין שוה פרוטה, ואמרו שגמ' דילן פליג על הירושלמי (כיון שבב' מחטין אין שו"פ, ועוד שאף בירושלמי הדין לא ברור), וכן דווקא בכסף אין ב"ד נזקקין פחות משו"פ אך בכלים נזקקים: **וכן פסק השו"ע**.

2. אם תבעו כלי וכסף, אם הודה בכלי צריך שיכפור בשווה ב' מעין כסף, ואם כפר בכלי צריך שיוודה בשווה פרוטה כדי להתחייב שבועה. שבועות מ: "אמר רב פפא: טענו כלים ופרוטה, והודה בכלים וכפר בפרוטה - פטור, הודה בפרוטה וכפר בכלים - חייב. חזא כרב וחזא כשמואל, חזא כרב, דאמר: כפירת טענה שתי כסף; חזא כשמואל, דאמר: טענו חטין ושעורין והודה לו באחת מהן - חייב".

3. איך יש מציאות של הודאה בכלים, הרי אם הוא בעין הילך ואין כאן שבועה כלל! ואם אינו בעין כגון שנגנב או אבד הרי זה תביעת ממון! אפשר לתרץ ע"פ דבריו בסימן פז, ב שבתביעת פקדון שאינו מסוים לא הוי הילך, וא"כ גם כאן אפשר להעמיד כך. אולם כאן לא תירץ כך. הקצות תירץ שאף כשאבד ותבעו דמים, כיון שהתביעה נובעת מכך שהפקיד אצלו כלי דינה כתביעת כלים ודומיא דקרקע שחפר בה בורות שאין משביעין עליה (וכן תירץ הנה"י), ולכן אע"פ שעכשיו התביעה על פחות משו"פ ב"ד יזדקקו לה ואף ישביעו עליה.

4. האם אשה מתקדשת בכלי פחות משו"פ? הרשב"א הסתפק בזה, שאולי כמו שמהני לגבי שבועה, כך מהני לקידושין. הקצות כתב שפשיטא שאינה מקודשת, שהרי זו גמ' מפורשת שחליפין אינם קונים באשה כיון שיאשה בפחות משו"פ לא מקניא נפשא. והנהיבות כתב שלא דמי כלי של קנין סודר לכלי דהודאה וקידושין אשה, ולכן אין ראייה משם לדחות ספיקו של הרשב"א.

סעיף ד

הא דבעינן כפירה שתי מעין, דוקא במודה מקצת. אבל כופר בכל ועד אחד מכחישו, אפי' לא כפר אלא בפרוטה, חייב.

1. בשבועות עד אחד, אין צורך בכפירת ב' כסף. שבועות מ. "אמר רב נחמן בר יצחק אמר שמואל: לא שנו אלא בטענת מלוה והודאת לווה, אבל טענת מלוה והעדאת עד אחד, אפילו לא טענו אלא בפרוטה - חייב; מאי טעמא? דכתיב: לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת, לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם, אבל קם הוא לשבועה, ותניא: כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון, עד אחד מחייבו שבועה".

תוס' הקשו מדוע את הדין של אין נשבעין על הקרקעות כן לומדים ממוב"מ לע"א, ולא אמרינן שכיון ששנים מחייבים אף בקרקע א"כ גם ע"א יחייב שבועה על קרקע! ותירצו שדין זה נכון אליבא דשמואל הסובר שבמוב"מ בעינן תביעת ב' כסף, אך הכפירה וההודאה יכולות להיות רק בפרוטה, וא"כ ע"כ בע"א כיון שאין צורך בהודאה, נמצא שמספיקה לנו כפירת פרוטה. אולם לרב הסובר שבעין אף כפירה של ב' כסף, א"כ גם בע"א נצריך כפירת ב' כסף. **ונמצא שלשיתנו לדינא שפסקנו כרב, אף בע"א בעינן ב' כסף!** אולם, בכתובות כתבו תירוצ' נוסף, והוא נראה עיקר שדין זה נכון אליבא דכו"ע, ויש הבדל מהותי בין ב' הדינים: קרקע זה דבר שאין במינו שבועה כלל, מה שאין כן כסף שיש במינו שבועה. דהיינו, החסרון של קרקע הוא מדיני שבועה - אין נשבעין על הקרקעות שום שבועה. אולם, הצורך בב' כסף זהו דין מקומי של שבועת מוב"מ ולכן אין להרחיב אותו גם לשבועת ע"א. נראה שכל שאר הראשונים שלא הקשו קושיא זאת, היה להם פשוט כתירוצ' זה, וכן נראה עיקר.

2. מה דין כפירת כלים בע"א? סמ"ע וש"ך - אף על כלי פחות משוה פרוטה נשבעין, שהרי הם חשובים. ב"ח וטי"ז - הכא לכו"ע בעינן שיהיה בכלי שו"פ, דדוקא במוב"מ התורה ריבתה כלי פחות משו"פ. והש"ך דחה דבריהם שהרי טעמם של הראשונים שכלים אף פחות משו"פ הם חשובים, ועוד מכך שבמוב"מ נשבע מוכח שאם היו באים עדים היה מתחייב לשלם, וא"כ ע"א מחייב שבועה!

סעיף ה

שבועת השומרים נמי אינה צריכה שתי כסף, אלא אפילו הפקיד אצלו פרוטה או שוה פרוטה, וטען שאבדה, נשבע. וכל פחות משוה פרוטה אינו ממון, ואין בית דין נזקקין לו. (וי"א דבשבועת שומרין נמי בעינן שתי כסף) (טור בשם הרא"ש והמגיד פר"ג דטוען ור"ן פ' הדיינים), וכן נראה לי עיקר.

מה הדין בשבועת השומרים? י"א שלא בעינן בה ב' כסף, וכן פסק כאן השו"ע. והרמ"א פסק שאף בה בעינן ב' כסף כדעת החולקים. נחלקו בדבר הראשונים: **דעת הרמב"ן, הרא"ש והר"ן** שאף בה בעינן ב' כסף, כיון שיכסף או כלים נאמר בשומרים, ואע"פ שעירוב פרשיות כתיב אך 'עירוב' ולא 'עיקור', וא"כ זה קאי גם על שומרים. ועוד, שאם בשומרים לא בעינן, היה לרב נחמן בר יצחק להשמיענו רבותא טפי בשומרין מבעד אחד, שהרי פסוק זה נאמר בשומרין. ועוד ראייה משבועת השותפין שבעינן בה ב' כסף (כמבואר בשבועות מח.), דדמו לשומרים ותקנו להם רבנן כעין דאוי, אך אם בשומרים לא בעינן - א"כ לא היו מתקנים להם רבנן שבועה בב' כסף. **אולם, הרמב"ם והר"י**

מיגש, וכן הסכים הרשב"א בחידושו שאף בשומרים לא בעינן ב' כסף, וכתב הרשב"א שהטעם הוא מפני שאע"פ שהפסוק נאמר בשבועת השומרים, אך הצורך בב' כסף הוא מדיני הכפירה ואין לנו ללמוד ממנו לדיני שומרים. דהיינו שטעמו מפני שדווקא במוב"מ השבועה נובעת מחמת הכפירה, ולכן בעינן כפירה חשובה, משא"כ בשומרים. השו"ע כאן הביא רק את דעת הרמב"ם ודעימיה. **והרמ"א הביא את דעת החולקים ופסק כמותם.**

הסמ"ע הקשה מסימן רצ"ה סעיף ג שהזכיר את דעת הרמב"ם, וכתב 'ורבו החולקים עליו' ומשמע שאין דעתו לפסוק כמותו!! **ולכן נקט הסמ"ע לדינא שאף השו"ע מודה לרמ"א**, וכאן כיון שאין זה עיקר הדין לא הביא את דעת החולקים. אך לעני"ד צ"ע כיון ששמענו כאן שכוונתו לפסוק כרמ"א.

סעיף ו

שבועת היסת נמי משביעין אותו אפילו על שוה פרוטה.

נחלקו בדבר הגאונים: רבינו ישעיה סובר שאף בהיסת בעינן ב' כסף, דכל דתקון רבנן כעין דאוי תקון. **ורב האי סובר** שלא בעינן ב' כסף, וכתב הר"ן שהעיקר כרב האי שהרי יש הסוברים שבשומרים לא בעינן ב' כסף, ועוד שהיסת נתקנה כדי להציל עשוק מיד עושקו, וזה שייך אף בפחות מב' מעין. **וכן פסקו הטור והשו"ע.**

סעיף ז

אין מודה מקצת חייב, עד שיוודה ממין הטענה. כיצד, תבעו כור חטים או כור תבואה, והודה לו בלתך (פירוש חצי כור שהוא ט"ו סאים) קטנית, פטור. אבל אם תבעו בכור פירות והודה לו בלתך קטנית, חייב, שהקטנית בכלל פירות.

1. מודה במקצת, צריך שתהא ההודאה ממין הטענה. משנה שבועות לח: "ואם אין ההודאה ממין הטענה - פטור, כיצד? וכו' כור תבואה לי בידך, אין לך בידי אלא לתך קטנית - פטור; כור פירות לי בידך, אין לך בידי אלא לתך קטנית - חייב, שהקטנית בכלל פירות".

2. קטנית אינה בכלל תבואה, אבל הרי היא בכלל פירות.

3. יין וחומץ יין - מין אחד הם, ש"ך בשם הרשב"ם.

ח-יא תביעה בדווקא או בשווה

שבועות לט: נחלקו רב ושמואל כיצד להעמיד את דברי המשנה, רב ביאר שהמשנה מדברת כשתובע שווה כסף והלה מודה לו בשווה והפטור במשנה הוא מפני שלא הייתה הכפירה ב' כסף. אולם שמואל חולק וסובר שלא בעינן כפירת ב' כסף, ולכן טעם הפטור מפני שתובע בדווקא והלה משיב לו חפץ אחר, ונמצא שאין ההודאה ממין הטענה. הראשונים הבינו שזו מח' עקרונית, כיצד להתייחס לאדם שתובע מטבע היוצא בהוצאה? האם אנו אומרים שבסתמא כוונתו לתבוע בשווה (כרב) או בדווקא מטבע זה (כשמואל). וכתבו רוב הראשונים (הרמב"ן, הרא"ש, הר"ן) שכיון שבמח' הקודמת שלהם פסקנו כרב, א"כ גם בדין זה אנו פוסקים כרב, אולם הרשב"א כתב שאע"פ ששם פסקנו כרב, הכא אנו פוסקים כשמואל, כיון שדינים אלו אינם תלויים אחד בשני, והלכתא כשמואל בדיני. ופסקו הטור והשו"ע הלכה כרב גם בזה.

סעיף ח

לא תבעו בדבר מסויים, אלא אמר ליה: שוה מנה יש לי בידך, מכל מה שיוודה לו חשיב שפיר ממין הטענה, שכל דבר הוא בכלל שוה. אבל אם תבעו מנה מדבר מסויים, והודה לו בשוה (חצי) מנה, לא חשיב ממין הטענה.

1. אם תבעו בשווה כסף, אפי' אם הודה לו בדבר מסויים - חשוב כהודאה ממין הטענה, שכל דבר הוא בכלל שוה כסף. כ"כ הרמב"ן והרא"ש בשבועות לט: הרמב"ן נקט שהטעם הוא מפני שכאשר הוא תובע בשווה הוא בעצם תובע את הכל, ונמצא שבכלל התביעה גם ההודאה. והביא ראיה מהמשנה שאם תבעו פירות והודה לו בקטנית חייב, שהקטנית בכלל פירות. אולם, הרא"ש דחה ראייתו, שדווקא שם הקטנית היא בכלל פירות אך בשאר דברים לא, אך הסכים עמו מטעם אחר שכאשר אדם תובע שווה כסף, א"כ כל דבר הרי הוא בכלל שווה כסף.

2. אם תבעו דבר מסויים, אע"פ שהודה לו בשווה כסף - אינו חשוב כהודאה ממין הטענה. כ"כ שם גם כן, והוכיחו זאת מהדין של הברייתא (ע"פ גירסתם ולא כג"י רש"י): "תא שמע דינר זהב זהב לי בידך אין לך בידי אלא דינר כסף פטור", שכיון שתבעו בדווקא (זהב) אע"פ שהודה לו בשווה (דינר כסף) - פטור, כיון שלא הודה לו במה שתבעו, שהרי הוא תובע בדווקא דבר מסויים, והלה טוען שלא היה דבר מסויים אלא היה שווי כללי.

מהש"ך משמע שדווקא כשגם הלה משיב לו בדווקא דבר אחר, אולם הקצות העיר על דבריו שמפורש בדבריהם שאף כשהלה משיב לו בשווה - פטור, וכמו שביארנו.

3. מה הדין כשטוענו דבר אחד והלה מודה לו באותו דבר אך מטעם אחר? הקצות אצלנו - חשיב כאין ההודאה ממין הטענה ופטור. התקשה בקידושין סה: לגבי ב' שבאו ממדה"י ואשה עמהם וחבילה עמהם, שאם יתנו שניהם גט נוטלת את החבילה 'ממה נפשך'; מדוע לא נאמר שהיא תובעת בדווקא (חבילה שלי), והם משיבים לה שווה (זו אשתי, ומחמת חוב הכתובה גובה החבילה) וממילא הם פטורים!! תירץ: א. מחילה לא מועילה בכתובה, ואם טעם הפטור מדין מחילה - לא מהני. ב. מדובר שבשעת תביעה טוענת שהחבילה שלה ממ"נ, ולכן היא לא מוחלת עליה. הנתיות (ס"ק ג בסופו) תירץ שכיון שממ"נ היא שלה, א"כ ב"ד יכולים להזדקק לדין זה, וכשאין ההודאה ממין הטענה פטור רק מחמת שאין ב"ד נזקקין לדין. אולם, באבני מילואים (לו, כ) תירץ בשם הרשב"א (ב"מ צח) שכאשר מודים על אותו חפץ אלא שמחולקים בטענותיהם, לא שייך כאן דין זה שהרי הוא מודה לו במה שתבעו, ולכן פשיטא שבכה"ג חייב.

סעיף ט

תבעו דינר כסף או דינר זהב, כאילו תבעו שוה דינר כסף או שוה דינר זהב, ובכל מה שיודה לו חשיב ממין הטענה, ודוקא כשתבעו מטבע היוצא בהוצאה, בהא אמרינן בסתמא שוה דינר קאמר, לפי שאדם עשוי לשום כל דבר במטבע. אבל תבעו ליטרא זהב, או מטבע שנפסל ואינו יוצא בהוצאה, לא חשיב כאילו תבעו שוה. וכן אם תבעו דינר זהב זהוב, כלומר טבועה, יש לי בידך, לא חשיב שוה דינר, אף על פי שיוצא בהוצאה, אלא דינר דוקא קאמר ואפילו הודה במטבע של חצי דינר, לא חשיב ממין הטענה.

1. התובע מטבע היוצא בהוצאה, הרי זה כאילו תובע שווה כסף ואינו תובע בדווקא. דהלכתא כרב שתביעת מטבע בסתם הוי כתביעת שווה כסף, וכמו שביארנו בהקדמה לסעיף ח.

2. אולם אם תובע משקל כסף או זהב, או שתובע מטבע שאינו יוצא בהוצאה, הרי זה כתובע בדווקא.

3. אם תבע 'דינר זהב זהוב' כוונתו לטבוע בדווקא ולא בשווה. שבועות מ. "תא שמע דינר זהב זהוב לי בידך אין לך בידי אלא דינר כסף חייב טעמא דאמר ליה זהב זהוב הא סתמא שוה קאמר ליה אמר רב אשי הכי קאמר כל האומר דינר זהב כאומר דינר זהב זהוב דמי". רש"י גרס בברייתא 'חייב', וטעמו שכל המטבעות הרי הם מין אחד וכמו שיתבאר בסעיף יא. אולם שאר הראשונים גרסו כר"ח 'פטור' וביארו שכיון שאומר 'זהב' כוונתו לתבוע בדווקא ולכן כיון שתבעו דווקא והלה מודה לו בשווה - פטור, אולם בסתמא כשלא אמר 'זהב' כוונתו לתבוע בשווה. וכן פסק השו"ע.

סעיף י

הא דאמרינן שאם תבעו דינר כסף או דינר זהב כאילו תבעו שוה דינר כסף או שוה דינר זהב, יש אומרים דהני מילי במלוה; אבל בפקדון, דוקא קאמר דינר זהב ולא שוה דינר. ויש מי שחולק ואומר שדין הפקדון שוה לדין המלוה.

האם יש הבדל בין הלואה לפקדון בדין זה של תביעת מטבע? הרמב"ן והרא"ש - כן, דין זה נכון דווקא במלוה. הרשב"א (מיוחסות סב) והר"ן - לא, דין זה נכון גם בפקדון, אך לא בנותן מתנה.

הראשונים התקשו מהגמ' בגיטין יג. "דאמר רב שכ"מ שאמר תנו מנה לפלוני מנכסי: מנה זה נותנין, מנה סתם אין נותנין, חיישינן שמא מנה קבור קאמר". מוכח שאף כאשר אדם מדבר על מנה, אין כוונתו לדבר על שווה מנה, אלא על מנה מסויים, שאל"כ מדוע חיישינן למנה קבור הרי הוא לא דיבר על מנה ספציפי!! **מכאן למדו הרמב"ן והרא"ש** שדווקא בהלואה אמרינן שכשאומר מנה סתם כוונתו לשווה, כיון שמלוה להוצאה ניתנה ודרך מטבע לשום בו כל דבר. אולם, בפקדון ומתנה כוונתו לדבר על חפץ מסוים, וממילא כוונתו לתבוע בדווקא אף כאשר תובע בסתם. **אולם, הר"ן כתב** שדווקא במתנה אמרינן הכי, אך פקדון דינו כהלואה, דאע"פ שנתן לו חפץ מסוים, כאשר הוא תובע כוונתו לתבוע בכל ענין שתועיל תביעתו, ונמצא שכוונתו לתבוע בשווה. **הרשב"א הסכים עמו** מטעם אחר, שדווקא כאשר אדם מודה מעצמו אמרינן שהוא מדבר בדווקא, אולם כאשר אדם תובע מחברו והלה מודה לו, כוונתו לתבוע בשווה כיון שדרך האנשים לשום תביעתם במטבע, ואע"פ שהפקיד בידו כור חיטים הרי הוא תובעו בשווים, ונמצא שגם בנתבע משיב לו כדרך שתבעו.

תביעת מטבע הרי היא כתביעת שווה דווקא במלוה, דכיון שלהוצאה ניתנה א"כ כוונתו לתבוע שווה, אך בפקדון דווקא קאמר, שהרי הוא תובעו חפץ מסוים שהפקיד בידו. כן דעת הרמב"ן והרא"ש. אולם, הר"ן סובר שאף בפקדון כוונתו לתבוע בשווה, כיון שכוונתו לתבוע באופן בו הוא ישיג את תביעתו.

סעיף יא

תבעו מאה דינרים ממטבע פלונית, והשיב: אין לך בידי אלא חמשים ממטבע אחר, לא חשיב ממין הטענה, אלא א"כ יאמר לו: נתתי לך דינר זהב להחליפו במטבעות, (או מכרתי לך סחורה בעד מעות) (ב"י בשם התרומות שער ז'), והוא אומר: נתת לי לך חוץ ממטבע אחת, אבל בענין אחר לא מחייב, אפילו תבעו דינר זהב (זהוב) והודה לו במטבע של חצי דינר זהב (זהוב).

1. התובע מטבע ממין מסוים, אין שאר מטבעות בכלל. כדעת הראשונים, ולא כרש"י שכתב שכל המטבעות בכלל דבר אחד הם, ולכן אף כשתובעו בדווקא מטבע אחד והלה מודה לו באחר - חייב.

הגמ' בדף מ. מקשה על שמואל מהמשנה: "דינר זהב לי בידך אין לך בידי אלא דינר כסף וטריסית ופונדיון ופרוטה חייב שהכל מין מטבע [אחת] הן א"א בשלמא שוה משום הכי חייב אלא אי אמרת דוקא אמאי חייב? אמר רבי אלעזר בשטענו בדינר מטבעות וקא משמע לן דפרוטה בכלל מטבע איתא דיקא נמי דקתני שהכל מין מטבע אחת". נחלקו הראשונים בפירוש דבריו: דעת רש"י שהחידוש הוא שכל המטבעות בכלל דבר אחד הם, ולכן אע"פ שהוא תובעו בדווקא דינר והלה מודה לו בפרוטה, חשיב כהודאה ממין הטענה שכולם בכלל מטבע. אולם, שאר הראשונים דחו פירושו ופירשו כפירוש ר"ח שמדובר שנתן לו דינר זהב לפרוטו למטבעות ולא החזיר לו, והלה טוענו שהשיב לו את כולם חוץ מפרוטה, שבכה"ג הודאתו ממין הטענה. אולם אם תובעו דינר זהב בדווקא והלה משיב לו בפרוטה - פטור שאין ההודאה ממין הטענה. וכן פסק כאן השו"ע.

2. התובע דינר זהב זהוב והלה מודה לו בשווה ב' כסף זהב זהוב: דעת הרמב"ן - חייב, ודעת הרא"ש - פטור, ופסק השו"ע כרא"ש. הרא"ש דייק מדברי הרמב"ן שבכה"ג חשיב כהודאה ממין הטענה, שהרי הוא מודה לו בזהב רק בסכום יותר נמוך בזהב. אולם, הרא"ש חלק וכתב שבכה"ג פטור, דכיון שהוא תובעו מטבע של דינר בדווקא, והלה לא מודה לו, אלא מודה במטבע אחר אע"פ שגם הוא מזהב, הרי זה כתביעה של דבר אחד והודאה בדבר אחר. והרי זה דומה לתובע מנורה גדולה והלה מודה לו בקטנה שפטור, כיון שאלו ב' מינים שונים. ואין זה דומה לתובע מנורה בת י' ליטרים והלה מודה לו בבית ה' ליטרים שחייב, דשאני התם שיכול לגררה ולהעמידה על ה' ליטרים, ונמצא שבעצם הם דנים על אותו חפץ, משא"כ מטבע שא"א לגוררו ולהעמידו על חצי שהרי הוא טבוע ואם יגררנו תאבד צורתו. ופסק השו"ע כרא"ש שהרי כתב: "אפילו תבעו דינר זהב זהוב, והודה לו במטבע של חצי דינר זהב זהוב".

אמנם נראה שגם הרא"ש מודה שאם תובע ממנו ק' דינרי זהב, והלה מודה לו בנ' חייב, ולא נחלקו אלא כשתובעו דינר והלה מודה לו בחצי דינר, שאלו ב' סוגי מטבעות שונים.

סעיף יב

תבעו שני דברים, כגון חטים ושעורים, והודה לו באחד מהם, חייב ליתן לו מה שהודה לו, ונשבע על השאר.

אבל תבעו חטים והודה לו בשעורים, פטור אף מדמי שעורים.

ויש מי שאומר שהטעם משום דחשיב כאילו הודה לו התובע שאינו חייב לו שעורים, ולפיכך אפילו יש עדים על השעורים, פטור, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. הגה: ואפילו יודע הנתבע שחייב לו השעורים, פטור לשלם לו, דהוי כאילו מחל לו התובע, וכמו שנתבאר לעיל סימן ע"ה ס' י"א, כן נראה לי, ודלא כיש מי שחולק. ויש מי שאומר דדוקא כשא"ל: חטים הלוייתך ביום פלוני ובשעה פלונית, והלה אומר: שעורים היו, דאם איתא שהלוהו שניהם, היה טוען על שניהם, כיון דבבת אחת הלוהו, אלא ודאי הודה שלא הלוה לו שעורים. (אבל בלאו הכי, ודאי חייב, דאין אדם מוחל על שאר תביעות אם לא תבע אלא אחת) (טור).

ואם תפס התובע דמי השעורים, אין מוציאין מידו. הגה: וי"א דוקא אם תפס קודם שתבעו בדיון, אבל אם תפס לאחר שעמדו בדיון, מפקינן מיניה (טור); וכן נראה לי עיקר.

1. טענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהם - חייב לשלם מה שהודה, ולישבע שבועת מוב"מ על השאר. כדעת שמואל (שבועות מ:): שטענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהן - חייב, שכיון שתבע שניהם כאחד עשאו כתביעה אחת.

שבועות מ. "ואמר רב נחמן אמר שמואל: טענו חטין ושעורין והודה לו באחד מהן - חייב. אמר לו רבי יצחק: יישר, וכן א"ר יוחנן. מכלל דפליג עליה ר"ל? איכא דאמרי: מישתא הוה שהי ליה ושתיק ליה; איכא דאמרי: מישתא הוה שתי ליה ושתיק ליה".

2. טענו חייטים והודה לו בשעורים – פטור אף מדמי שעורים. ב"ק לה: "גופא, אמר רבה בר נתן: טענו חטין והודה לו בשעורים - פטור. מאי קמ"ל? תנינא: טענו חטין והודה לו בשעורים - פטור! אי מהתם, הוה אמינא פטור מדמי חטין וחייב בדמי שעורים, קמ"ל דפטור לגמרי".

3. מדוע פטור? א. הודאה. ב. מחילה. ג. השטאה.

דנו הראשונים בשאלה מדוע פטור אף מדמי שעורים: **הרא"ש הבין ברש"י ותוס' שהטעם הוא משום מחילה**, דכיון שהתובע לא תבע שעורים מוכח שמחל לו השעורים. והקשה על כך שאין אדם עשוי לתבוע כל תביעותיו בפעם אחת!! **לכן, ביאר שטעם הפטור הוא משום הודאת בע"ד** שאינו חייב לו שעורים אלא חייטים, ולכן העמיד שמדובר **דווקא כשמתוכחים על אותו מקרה**, שהתובע טוען שבאותו פעם הללווהו חייטים, והנתבע כופר ואומר שבאותו פעם היו שעורים, ונמצא שהתובע הודה שבאותו מקרה לא היו שעורים, והנתבע כפר בחיוב החייטים ולכן פטור. **אמנם, מרש"י ותוס' משמע גם טעם של מחילה וגם של הודאה**, ונראה שהבינו שמדובר שלאחר שהנתבע הודה בשעורים התובע ממשיך לתבוע את החייטים ואינו תובע את השעורים, ומכך מוכח שהודה או מחל על תביעת השעורים. **הרמ"ה כתב שטעם הפטור הוא משום השטאה**, שאע"פ שהודה בפני בי"ד יכול לטעון 'משטה הייתי בד' כיון שתבעת ממני דבר שאינו, ולכן דווקא כשטוען הנתבע משטה הייתי בד' פטור מדמי שעורים, אולם אם עומד בהודאתו חייב בשעורים. וכך נקט הנימוקי יוסף בב"ק.

השו"ע הביא שטעם הפטור משום הודאה, וכתב שיש מי שאומר שדוקא כשחולקים על אירוע מסוים (דעת הרא"ש), בדעת הרמ"א נראה שהבין שטעם ההודאה היינו מחילה, ולכן הוסיף שאף אם יודע שחייב לו שעורים – פטור מלשלם לו. וכן כתב הסמ"ע שאף השו"ע מודה לטעם מחילה, דהודאה דממילא מחילה היא.

הש"ך האריך לבאר שהעיקר לדינא כדעת הרמ"ה שהטעם הוא משום השטאה, ורצה לומר שאף רש"י ותוס' והרמב"ם שהזכירו הודאה כיוונו לטעם השטאה. **אולם, הקצות והנתיבות חלקו על דבריו** וכתבו שודאי רוב הראשונים חלקו על הרמ"ה, ולכן ביאר הקצות שדעת השו"ע להודאה בלא מחילה, ואילו הנתיבות ביאר שצריך גם את הטעם של הודאה וגם את הטעם של מחילה (כשמתוכחים על אירוע מסוים – הטעם הוא משום הודאה, ואילו כשמתוכחים על אירועים שונים – הטעם משום מחילה; ונפק"מ לגבי אם יודע שחייב לו).

4. **במה מדובר? י"א תמיד**, כן דעת רוב הראשונים, וזוהי השיטה שכתבו השו"ע והרמ"א בסתמא. וכן דעת הש"ך. י"א רק כשמדברים על מקרה מסוים, כ"כ הרא"ש והביאו בשו"ע. וכבר נתבאר טעמו לעיל.

5. **מה הדין אם יש עדים על השעורים? שו"ע – פטור, ש"ך – חייב**. הרא"ש כתב שאף כשיש עדים שחייב לו שעורים פטור, שכן מוכח מהסוגיא בב"ק לה: שמיירי שיש עדים שחייב לו ואפי' הכי פטור. שהרי הגמ' מדברת על שור תם שנגח וקי"ל 'פלגא נזקא קנסא' ו'מודה בקנס פטור', וא"כ על כרחך מיירי שיש עדים שראו את הנגיחה אלא שאינם יודעים איזה נגח, ולכן לא חשיב כהודאה בקנס שהרי הוא מתחייב מכח העדים. ומוכח שאפי' הכי פטור מחמת שטענו חייטים והודה לו בשעורים! אמנם, לשיטת הרמ"ה מדובר שאין עדים, כיון שאם היו שם עדים לא היה יכול לטעון משטה! ולכן מוכרחים לומר שהסוגיא אזלא למ"ד 'פלגא נזקא ממונא' ואע"פ שזה לא אליבא דהלכתא, אך היא באה ללמדנו את העיקרון שהוא נכון להלכה בחייטים ושעורים, ולא בשוורים תמים (כ"כ הנמוקי"י והרב המגיד). וא"כ לשיטתו ודאי שכאשר יש עדים חייב לשלם. וכן פסק הש"ך. הש"ך תמה על שיטת הרא"ש 'איה השכל שיגזור כן?!!' שיש עדים שהוא חייב לו כסף, אלא כיון שאינם יודעים האם חייב לו חייטים או שעורים, והוא תובע א' והלה מודה לו באחר ויפטר מלשלם!! עיקר קושייתו שהרי הוא לא מכחיש את העדים, כיון שהעדים אינם יודעים מה נתחייב לו, והוא תובע א' וחברו השני. שאם היה מכחיש העדים גם הש"ך מודה שכיון שהכחיש אותם א"כ הם לא יכולים לסייע לו, אלא שכאשר הוא לא מכחיש אותם, כיון שהם עצמם אינם יודעים א"כ מדוע שלא יתחייב ממה נפשך בשעורים!! אך לא קשה מידי, כיון שאם זה מחמת מחילה, אז פשיטא. ואף אם זה מחמת הודאת בע"ד, אז כיון שמבחינה דינית הוא הודה שאינו חייב לו אלא חייטים, א"כ עדות העדים על השעורים אינה מחייבת כלל, ולגבי החייטים חברו מכחיש וא"א להוציא ממנו חייטים, שהרי העדות אינה ברורה בחייטים, וא"כ א"א להוציא ממנו. ואת דמי השעורים פטור מלשלם, כיון שחברו הודה לו שלא נתחייב לו מעולם שעורים.

בדעת הרמב"ם התקשו האחרונים, כיון שהרמב"ם בהלכות נזקי ממון פרק ט' (ט-ל) כתב: "היו שני השוורים הרודפין אחד גדול ואחד קטן, הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק, היה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק, המוציא מחבירו עליו הראיה. **לא היתה שם ראיה ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים** שאחד משני אלו הזיק **משלם המזיק כמו שאמר**, ואם טען הניזק שאתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק נשבע שבועת התורה ומשלם כמו שהודה שהרי הודה במקצת". וקשה מדוע משלם המזיק? הרי טענו חייטים והלה הודה לו בשעורים והגמ' במפורש אמרה שבכה"ג פטור!!

ובהלכה יא כתב: "היו הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן והמזיקין שנים אחד גדול ואחד קטן, הניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא קטן הזיק את הגדול וגדול הזיק את הקטן, או שהיה אחד תם ואחד מועד, הניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם הזיק את הקטן והמזיק אומר תם הזיק את הגדול ומועד את הקטן, המוציא מחבירו עליו הראיה. **לא היתה שם ראיה ברורה המזיק פטור, למה זה דומה לטוען את חברו חייטים והודה לו בשעורים שהוא נשבע הסת ונפטור אף מדמי שעורים** כמו שיתבאר בהלכות טוען, ואם תפס הניזק הרי זה משתלם לקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן כמו שהודה המזיק, אבל אם לא תפס אין מוציאין מן המזיק כלום". וקשה א"כ מדוע בהלכה הקודמת כתב שחייב לשלם, וכאן כתב שפטור!!

א. הש"ך טוען שדעת הרמב"ם כרמ"ה שטעם הפטור הוא משום השטאה, ולכן כתב שכאשר יש עדים חייב לשלם שהרי אינו יכול לטעון משטה. אולם, קשה שהרי בהלכות טוען ונטען פ"ג (י): "כור חטים יש לי בידך אין לך בידי אלא כור שעורים פטור אף מדמי שעורים, שהרי אומר לו אין לי בידך שעורים ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו בבית דין מנה לך בידי ואומר לו האחר אין לי בידך שאין בית דין מחייבין אותו ליתן לו כלום, ואם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאין מידו". מבואר בדבריו שטעם הפטור מפני שהתובע מודה שאין הנתבע חייב לו שעורים, ולא משום שיכול לטעון השטאה!?

ב. הה"מ ביאר שדעת הרמב"ם שהפטור הוא משום הודאת בע"ד, אך שיטתו שכשיש עדים לא אמרין שפטור, וצ"ל שטעמו שזה רק ספק הודאת בע"ד, ולכן כשיש עדים אמרין שודאי לא התכוון להודות לו שפטור, אלא שרצה לתבוע ממנו יותר. ולכן אמר שבהלכה י מיירי כשיש עדים ולכן חייב לשלם כפי הודאת הנתבע, אך בהלכה יא מיירי כשאין עדים ולכן פטור מלשלם. אלא שא"כ קשה מדוע מועילה תפיסה, הרי כיון שאין לו עדים, א"כ גם אם חברו יודה לתביעתו הוא יפטור מלשלם, שהרי מודה בקנס פטור, וא"כ מהיכא תיתי יוכל לתפוס! תירץ הה"מ שהרמב"ם מודה לראב"ד שבפלא נזקא קנסא אינו קנס רגיל, ולכן מועילה בו תפיסה.

ג. הגר"א ביאר הודה למגיד משנה כשאשר יש עדים חייב, ולא אמרין בכה"ג שפטור משום טענו חטים. אלא, שחלק עליו שמוכח מהרמב"ם שחלק על הראב"ד וס"ל מודה בקנס פטור אף בפלא נזקא, וא"כ כיצד מועילה תפיסה! ולכן ביאר שאף בהלכה יא מיירי כשיש עדים, אלא שהעדים לא ראו אלא הנגיחה אבל אינם יודעים מי נגח, ואפשר שהקטן נגח שניהם, ולכן הוי כטענו חטים והודה לו בשעורים לגבי דמי הגדול שהרי על זה אין עדים ובכה"ג פטור מלשלם, אך את דמי הקטן ודאי שחייב לשלם.

6. אם יודע הנתבע שחייב לו השעורים האם חייב לצאת ידי שמים? הטור כתב בשם בעל התרומות שאף בכה"ג פטור, דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, והוכיח כן מהגמ' בב"ק שמדובר שיש עדים שודאי א' מהשעורים נגח, ואפי' הכי אומרת הגמ' שפטור הנתבע לגמרי. וכן הסכים בדרכי משה, והביא שרבינו ירוחם חולק וסובר שחייב לשלם לו שעורים.

אמנם, פשוט שדין זה תלוי במח' הקודמת בטעם הפטור: לדעת הרמ"ה שהפטור משום השטאה, פשיטא שצודק רבינו ירוחם שאם הנתבע עומד בהודאתו שחייב לו שעורים – חייב לשלם שעורים. לדעת הסוברים שהפטור משום מחילה – א"כ פשיטא שפטור מלשלם, שהרי אע"פ שהיה חייב לו, כרגע הוא מחל לו. אולם לטעמא דהודאת בע"ד כמאה עדים – יש להסתפק: ה"ב"י נקט שאף לשיטתם פטור, דכיון שהודה שאינו חייב לו, הרי זה כאילו מחל לו, דהודאה דממילא מחילה היא. אולם, הקצות כתב שאם נאמר שהטעם משום הודאה – א"כ זהו ספק הודאה, שהרי גם הנתבע הודה בהודאת בע"ד שהוא חייב לו, וא"כ איזה הודאה עדיפא? ונמצא שהרי זה כתרי ותרי, ואינו יכולים להוציא מהנתבע אך לצאת ידי שמים – חייב לשלם. וכן הסכים גם התיבנות שכאשר הטעם משום הודאה – חייב לשלם.

לסיכום: לשיטת הרמ"ה והש"ך – חייב לשלם. לשיטת מחילה – פטור מלשלם. וכן פסק הרמ"א והסמ"ע. לשיטת הודאה – י"א שחייב לשלם (קצות, נתיבות), והקצות כתב שזוהי דעת השו"ע. אך י"א שאף בהודאה פטור מלשלם, דהודאה דממילא מחילה היא (סמ"ע, וכן משמע בב"י).

7. מה הדין אם תפס התובע השעורים? שו"ע: אין מוציאין מידו, ואפי' תפס לאחר שתבעו. רמ"א: אם תפס קודם התביעה – מהני, אך לאחר התביעה – מוציאין מידו. ואף שלא בעדים אינו יכול לתפוס שהרי מחל לו, אא"כ יתפוס שעורים בדמי החטים, סמ"ע.

ב"ק לה: "תנן: היו הניזקין שנים, אחד גדול ואחד קטן וכו'; הא לא מייתי ראייה – שקיל כדקאמר מזיק, אמאי? חטים ושעורים ניהו! ראוי ליטול ואין לו. והתניא: הרי זה משתלם על הקטן מן הגדול, ולגדול מן הקטן! דתפס". מבואר שאע"פ שפטור מדמי שעורים מהניא תפיסה. ונחלקו הראשונים אימתי מועילה תפיסה: התוס' והרא"ש כתבו שרק כאשר יש לו תביעה על שניהם (כגון בסיפא של המשנה שתובע גם את הגדול וגם את הקטן) מועילה תפיסה, אך בסתמא לא מהניא תפיסה; ונמצא שבתובע חטים והודה לו בשעורים אינו יכול לתפוס. אולם, הרי"ף למד מכאן שתמיד מועילה תפיסה.

לטעם של הודאה או מחילה מדובר כשתפס את השעורים בשעה שתבעו חטים, ונמצא שאין כאן הודאה או מחילה, דמה שלא תבעו שעורים היינו משום שהיה מוחזק בהם באותה שעה. אולם, תפיסה לאחר מכן לא תועיל, שהרי כבר מחל לו השעורים, או הודה שאינו חייב לו אותם, וכך כתב הרמ"א. וכך הסכים הש"ך שמוכרחים לומר לטעמא דהודאה. **אולם מפשט השו"ע משמע שמהניא תפיסה אף לאחר שתבעו**, והטעם כתב הקצות מפני שהוי ספק הודאה, שהרי כמו שהוא מודה לחברו שאין לו שעורים גם חברו מודה לו שיש לו שעורים, והוי ספק כמו תרי ותרי ולכן אם תפס לא נוציא מידו, אך מטעם מחילה לא מהני. אולם, הסמ"ע והנתיבות כתבו שאף מטעם מחילה מהני תפיסה לאחר שתבעו, דכיון שהוא מוחזק נאמן לומר יודע אני בעצמי שלא מחלתי ולא הודיתי.

לשיטת הש"ך שפסק שהטעם משום השטאה, תפיסה בשעת תביעה מהני דכיון שתפס אינו יכול לומר שיטיתי בד, שהרי ראית שאני רציני ותופס ממך עבור זה, וממילא לא היה לך להשטות. (נדוקא כשתפס בע"כ, אך אם היה בידו ממון חברו שהפקיד בידו וכדו' אינו יכול לתפוס עבור זה, שבכה"ג יכול לטעון השטיתי בד, ואע"פ שממוני בידך ידעתי שתחייב לשלם לי ולא חששתי להודות לך). ותפיסה לאחר שתבעו מועילה קודם שיחזור בו ויטען משטה ושוב אינו יכול לטעון השטאה שהרי חברו כבר מוחזק. אולם, אם 'טען משטה אני בד' נאמן, ושוב אין חברו יכול לתפוס מידו ואם תפס – נוציא ממנו.

סעיף יג

הטוען לחבירו: מנה הלוייתך, והלה אומר: אין לך בידי אלא נ' וזו שנתת אותם דמים בחפץ פלוני והרי הוא קיים, או: שהלוייתני עליו על מנת שלא להשתלם אלא מגופו, וה"ה איפכא היכא דטעין ליה דאית ליה גביה חפץ פלוני דשווייה אפותיקי ניהליה במנה, והלה מודה בחמשים וזו דאזפיה בהלואה גרידתא, יש מי שאומר דמה שטענו לא הודה לו, דפטור בין מתשלומין בין משבועה דאורייתא, אלא משבועה היסט, ונפטור.

1. הטוען לחבירו חוב בשווה, והלה מודה לו במקצת בדבר מסוים שאינו חוב (דהיינו שאינו חייב באחריותו אם יאבד, ונמצא שאין עליו חיוב הגוף להשיבו), וכן להיפך אם טוענו דבר מסוים שאינו חוב והלה מודה לו במקצת בשווה – **פטור משבועת התורה** דאין זה חשוב כהודאה במקצת, שהרי כפר לגמרי ואינו מודה שיש לו עליו חוב, ומהתשלומים שהרי טענו חיטים והודה לו בשעורים, ונשבע היסט ונפטור.

כ"כ הנמוק"י בסוגיא בב"ק, והוכיח כן מדברי המשנה שאם תבעו מועד הזיק את הגדול, והלה טוען שהתם הזיק את הגדול, ואמרה הגמ' שפטור מדין טענו חיטים והודה לו בשעורים, ואע"פ שהלה תובעו בשווה (שהרי בשור מועד נשתעבדו כל נכסיו) והמזיק מודה לו בדווקא (שור תם שאינו גובה אלא מגופו) ואמרין לעיל בסעי' ח שכשאר תובע בשווה והודה לו בדווקא חייב, כיון שההודאה ממין הטענה!! **תירצו הקצות (טו) והש"ך (כה) שכאן מדובר בדווקא שאין עליו חיוב אחריות** (שהרי תם אינו משתלם אלא מגופו), ונמצא שהלה תובעו חוב והלה כופר לגמרי בחוב, אלא שמודה שיש אצלו חפץ של חברו, ולכן חשיב כחיטים ושעורים. אולם, שם מדובר שמודה לו בדווקא שיש עליו חיוב אחריות, ונמצא שהוא מודה לו בחוב, אלא שטוען שחייב לו דבר מסוים.

אמנם, הראב"ד (הובא בחידושי הרשב"א) התקשה מדוע בכה"ג אינו חשוב כמודה במקצת, ותיירץ שמיירי שהמזיק הוא אדם אחד, והניזקים הם ב' אנשים, ולכן חשיב כחיטים ושעורים. אולם, במקרה שלנו לשיטתו באמת יתחייב מדין מודה במקצת ואינו חשוב כחיטים ושעורים.

הקצות הקשה מדוע כשתובע מאה הלואה והלה מודה לו בנ' פקדון חשיב מודה במקצת (לקמן סעי' יט), הרי פקדון אינו חוב אלא רק חיוב שמירה מגניבה ואבידה!! ותיירץ שטעי אינשי בין פקדון להלואה, ולכן חשיב כמין הטענה. אולם, הנתביבות (פז ס"ק א) חולק וסובר שאף בפקדון יש חיוב הגוף להשיב החפץ או לשלם דמיו, וא"כ זהו חוב כעין הלואה ושייך בו מודה במקצת.

2. האם הרמב"ם מודה לדין זה? הגר"א נקט שהרמב"ם חולק וסובר שאף בכה"ג חשוב כחיטים ושעורים, ואולי לכן השו"ע הביא כאן דין זה בשם יש מי שאומר. אולם, הש"ך נקט שאף הרמב"ם מודה לדין זה, ומיירי כשטוען 'משטה הייתי בך', אך אם עומד בהודאתו חייב שבועת התורה.

הרמב"ם שהזכרנו לעיל פסק שכאשר יש עדים שהשוררים נגחו אך אינם יודעים איזה נגחו – חייב לשלם כדברי המזיק, ואם תובעו הניזק בברי שהוא יודע איזה הזיק – חייב בשבועת מוב"מ, ואף כשתובעו שהמועד הזיק והלה מודה לו בתם. ולכאור' מוכח משם שחולק על הנמוק"י, כיון שחייב בכה"ג שבועת התורה!! וכן כתב הגר"א. הש"ך חילק וכתב שדווקא לענין השטאה חשיב כחיטים ושעורים, דכיון שיש הבדל קל בין מה שתובעו למה שמודה לו – יכול לטעון משטה הייתי בך; אולם לענין שבועה לא חשיב כב' דברים, וחשיב כהודאה ממין הטענה. וא"כ גם בסעי' שלנו פטור רק כאשר חוזר בו וטוען משטה הייתי בך, אך אם יעמוד בהודאתו יתחייב לשלם ולישבע שבועת מוב"מ.

סעיף יד

תבעו כור חטים, וקודם שישלם דבריו לומר: וגם כור שעורים, מיהר הנתבע ואמר: אין לך בידי אלא כור שעורים, ואמר התובע: גם שעורים היה רצוני לשאול ממך, אם כמערים, שמיהר להשיב קודם שיגמור זה טענתו, חייב, דחשבינן ליה כאלו תבעו כבר שניהם. ואם עשה כן לפי תומו, פטור משבועת התורה (ומהתשלומין), אפילו אם מיד תוך כדי דבור אחר הודאתו אמר: גם אני היה רצוני לבקש ממך השעורים. אבל אם לאחר שהודה לו בשעורים אמר התובע: ודאי כדברך כך הוא שיש לי בידך שעורים אבל איני שואלם עתה, חייב לשלם לו דמי שעורים.

סעיף טו

קדם הנתבע ואמר: שעורים יש לך בידי, ואחר כך תבע התובע חטים, וכפר, הואיל והודה בשעורים קודם שיתבע החטים, אין כאן הודאה מקצת הטענה, ומשלם השעורים ונשבע היסט על החטים.

סעיף טז

וכן אם תבעו חטים והודה בהם, ואחר כך תבעו שעורים, וכפר, כיון שהודה בתביעת החטים קודם שתבעו שעורים, אינה מקצת הטענה, ומשלם החטים ונשבע היסת על השעורים. הגה: וי"א דבהנך נמי, רואין אם הנתבע מיהר להודות קודם שיספיק התובע לתובעו, חייב (טור).

סעיף יז

תבעו חטים, והשיב שאינו יודע אם חטים חייב לו או שעורים, נשבע היסת שאינו יודע, ומשלם לו שעורים. הגה: וי"א דאפילו בכי האי גוונא, פטור מן השעורים, אלא בבא לצאת ידי שמים (טור בשם עיטור וב"ש הראב"ד ונ"ס סוף פ' הכונס והתרומות); וכן נראה לי עיקר.

סעיף יח

מלא עשר כדים שמן יש לי בידך, אין לך בידי אלא עשר כדים בלא שמן, פטור, שהרי טענו (בשמן) והודה לו בחרסים. עשר כדים שמן יש לי בידך (או שאמר לו: י' כדים מלאים שמן יש לי בידך) (טור), אין לך בידי אלא עשר כדים ריקנים, (או שהודה לו בשמן לחוד) (טור), חייב שבועת התורה, שהרי טענו הכדים והשמן. הגה: אבל אם אמר לו: י' כדי שמן יש לי בידך, לא טענו אלא הכדים, ואם הודה לו בשמן לא הוי ממין הטענה (טור).

סעיף יט

מנה לי בידך הלואה, לא היו דברים מעולם ולא לוית ממך אבל חמשים דינרים יש לך בידי פקדון, וכיוצא, הרי זה מודה מקצת וישבע שבועת התורה. (והוא הדין שאלה ושכירות) (בית יוסף בשם הרמב"ן).

1. תבעו מנה הלואה, והודה לו בחמישים פקדון הרי זה הודאה ממין הטענה וישבע שבועת מודה במקצת. כדעת הרמב"ם והריטב"א, ודלא כראב"ד והרמב"ן שמלוה ופקדון הם ב' דברים שונים.

2. כמו כן אם תבעו ב' פרות שאולות מסרתי לך, והלה כופר וטוען שלא מסר לו אלא אחת בשכירות – הרי ההודאה ממין הטענה וחייב שבועת התורה. כן כתב הרמ"א, כדעת הרמב"ן ודלא כראב"ד והריטב"א שהיו כב' דברים שונים.

בתר השתא או בתר מעיקרא? דעת הריטב"א (מובא בנמוק"י בב"מ צח:) – אזלינן בתר השתא, ולכן מלוה ופקדון ונזק הוי ממין הטענה, דאינו אלא מראה מקום. אולם, בשאלה ושכירות הוי כחיטים ושעורים לענין שבועה, כיון שיש הבדל בדינים אף השתא, אלא שלא הוי ממש כחיטים ושעורים לענין פטור ממון.

דעת הרמב"ן – שאלה ושכירות הוי מין אחד, אולם פקדון והלואה הוי כב' מינים ופטור כדין חיטים ושעורים.

דעת הראב"ד -

סעיף כ

תבעו בחוב אביו, והודה לו בחוב עצמו, פורע חוב עצמו שהודה בו, ונשבע היסת על חוב אביו, אם טענו ודאי שהוא יודע שאביו חייב לו.

סעיף כא

ב' בעלי דינים שכל אי תובע לחבירו, ואין תביעתו של זה כתביעתו של זה, אלא אחד אומר: מנה הלוייתך, וזה מודה לו בדינר, והשני טוען: כור חטים יש לי בידך, וזה הודה במקצת וכפר לו בשאר, אם הודאתו של שני שוה כמו שהודה הראשון, פטור משבועה דאורייתא, דהא הילך הוא. אבל אם הודאתו יותר מהודאת הראשון, (אז גם הוא) חייב שבועה דאורייתא, כיון שלא אמר לו בשעה שתבעו: לא היו דברים מעולם שהרי יש לך משלי כנגדו ובשבילו אני רוצה לתפסו, אלא הודה לו בדרך הודאה גמורה, מודה מקצת הוא.

סעיף כב

מי שתבעוהו מנה, והודה בחמשים, וכשבא לישבע, טען: איני רוצה לישבע אלא אשלם כל המנה וישבע לי שיש לו בידי מנה, וזה אומר: לא אשבע עד שיפרעני תחלה, הדין עם התובע שזה צריך לישבע שבועת התורה או ישלם, אך אם ירצה, יחרים סתם על מי שטוען עליו דבר שאינו כן, ומשלם, ואחר שישלם יוכל להשביעו היסת אם נטל ממנו ממון שלא כדין.

סעיף כג

אין מודה מקצת חייב עד שיטענו דבר שבמדה ובמשקל ובמנין, ויודה לו דבר שבמדה ובמשקל ובמנין. כיצד, אמר ליה: עשרה דינרין, או: כור תבואה או שני ליטראות משי יש לי בידך, והלה משיבו: אין לך בידי אלא דינר, או לתך או ליטרא, אבל אמר ליה: כיס מלא מעות יש לי בידך, וזה משיבו: אין לך בידי אלא ג' דינרים, או שתבעו מאה דינרים וזה אומר: אין לך בידי אלא צרור שמסרת לי ואיני יודע כמה הם כי לא מניתים ומה שהנחת אתה נוטל, פטור משבועה דאורייתא.

סעיף כד

אמר ליה: בית מלא פירות יש לי בידך, וזה אומר: אין לך בידי אלא עשרה כורין, או שטענו עשרה כורין וזה משיבו: איני יודע כמה הם כי לא מדדתיים ומה שהנחת אתה נוטל, פטור, אפילו תבעו בית זה מלא פירות. אבל תבעו בית זה שהיו בו פירות עד הזיז מסרתי לך, והלה משיבו: לא היו אלא עד החלון, חייב, וכגון שהרקיבו בפשיעתו שחייב לשלם, דאם לא כן הוה ליה הילך, ופטור.

סעיף כה

תבעו מנורה גדולה והודה לו בקטנה, פטור. אבל תבעו מנורה בת עשרה ליטרין והודה לו בשל חמשה ליטרין, חייב. ואם תבעו מנורה של פרקים, הרי זה חייב בכל ענין.

סעיף כו

תבעו אזור גדול והודה לו בקטן, פטור. ואם תבעו אזור של פרקים, חייב.

סעיף כז

תבעו יריעה של עשר מדות, והודה לו בשל חמש, חייב.

סעיף כח

אין הודאה בשטר חשובה הודאה להתחייב שבועה מן התורה על הכפירה. כיצד, תבעו מנה, חמשים בשטר ונ' בעל פה, לא מיבעיא אם הודה בחמשים שבעל פה וכפר בחמשים שבשטר שאין כאן שבועה כלל אלא משלם חמשים שהודה ושל השטר שכפר ישבע בעל השטר ויטול, אלא אפילו אם הודה בנ' שבשטר וכפר בחמשים שבעל פה, אינו נשבע שבועת התורה, דשטר הוי כמו קרקע, כיון שהוא על שעבוד קרקעות, וכשם

שאינן נשבעין על (כפירת) שעבוד קרקעות כך אין הודאתן מחייבה שבועה. במה דברים אמורים, בשטר שהוא יכול לקיימו. אבל אם אינו יכול לקיימו, הרי הוא כהודאה על פה, ונשבע על הכפירה שעמה. ואין צריך לומר למלוה בשטר וטוען: שטר היה לי ואבד, והודה הלוח ששטר עשה לו, וכפר במקצת, או שהודה בכל השטר, אלא שאומר שקצתו פרוע, שנשבע שבועת התורה כשאר מודה מקצת.

סעיף כט

במה דברים אמורים, בשטר שטורפים בו מהמשועבדים. אבל כתב ידו, אפילו יש בו נאמנות, כיון שאינו טורף בו ממשועבדים, דינו כחייב שבועה דאורייתא, כמו במלוה על פה.

סעיף ל

ואם מסר לוח למלוה כתב ידו בפני עדים, נתבאר בסי' (מ' וס"ט) שדינו כשטר שחתומים בו עדים.

סעיף לא

תבעו: מנה הלוייתך בניסן ומנה בתשרי, והודה לו באחד מהם, חשיב שפיר ממין דטענה, אף על פי שלא הלוחו כאחד.

סעיף לב

שטר חוב שכתוב בו סלעים או דינרים, סתם, מלוה אומר: חמש ולוח אומר: שנים, פטור משבועה דאורייתא, שאין כאן הודאה, דבלאו הודאתו מיעוט סלעים שנים, ונמצא שלא הודה אלא מה שבשטר, ואין כאן הודאה. ואפילו אמר הלוח ג', שהודה לו באחד יתר על משמעות השטר, אפילו הכי פטור, משום דהוי כמשיב אבידה, דאם רצה היה אומר: שנים. לפיכך, אמר ליה: מנה לך, או לאביך, בידי ופרעתוך מחצה, והשיב זה: לא הייתי זכור אך אתה הזכרתני יודע אני שלא פרעת כלום, פטור, ואפילו משבועת היסת, שאינו אלא כמשיב אבידה.

סעיף לג

כשם שהודאת מלוה בשטר אינה הודאה, כך הודאת מלוה בקנין, ויש כאן עדי הקנין, אינה הודאה, דסתם קנין לכתיבה עומד ודינו כשטר. לפיכך אמר ליה: חמשים דינר יש לי בידך בקנין וחמשים בלא קנין, והודה לו באותם של קנין וכפר באחרים, נשבע היסת, ונפטר.

ב"ה יום ב' ל' כסלו ה'תשע"ה

סימן פט

שהשכיר נשבע ונוטל, ובו ו' סעיפים.

סעיף א

כל הנשבעין שבתורה, נשבעין ולא משלמין. ואלו נשבעין ונוטלים: השכיר, והנגזל, והנחבל, והחונני על פנקסו, ושכנגדו חשוד על השבועה.

1. כל הנשבעין שבתורה נשבעין ונפטרים. משנה שבועות מד:, ובגמ' מה. "מנלן? דאמר קרא: 'ולקח בעליו ולא ישלם', מי שעליו לשלם לו שבועה". וכתבו הראשונים שילפינן משומרים לשאר שבועות משום שבשומרים הפסוק מיותר, או משום שכיון שגילתה התורה כאן הוא הדין לשאר.

2. מתקנת חכמים שהשכיר, הנגזל, הנחבל, חונני על פנקסו ואם שכנגדו חשוד – **ישבעו ויטלו**. משנה שם.

3. האם אפשר להפך שבועת שכיר? מרדכי בשם ר"י מיגש – אפשר, כיון שלטובת השכיר נתקנה. רמב"ם ורי"ף – אי אפשר, אלא יכול לומר א"א בתק"ח, ולהשביעו היסת. והש"ך כתב שאף הר"י מיגש לא פליג, אלא כוונתו שיכול להשביעו היסת בטענת א"א בתק"ח.

4. אם נשבע וחברו לא רוצה לשלם? ש"ך ב'תקפו כהן' – אין יורדין לנכסיו. קצות - יורדין, דאע"פ שבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה, שאני הכא שהאמינוהו חכמים בשבועה, וממילא הממון מגיע לו מדינא.

סעיף ב

השכיר כיצד, השכיר שעושה מלאכה אצל בעל הבית ותבע שכרו, ואמר ליה בעל הבית: פרעתיך כל שכרך, או קצתו, אפילו היה שכרו פרוטה ובעל הבית אומר: נתתים, נשבע השכיר בנקיטת חפץ, כעין של תורה, ונוטל. אפילו היה השכיר תובע את הקטן, הרי זה נשבע, ונוטל. הגה: היה השכיר קטן או עבד או חשוד, נשבע בעל הבית, ונפטר (טור בשם הראב"ד ור"ן פרק הנשבעים). השכיר נשבע ונוטל מיורשי בעל הבית, אם תבעו בזמנו. אבל אין יורשי השכיר נשבעין ונוטלין (בית יוסף בשם הרשב"א).

1. שכיר כיצד? כגון שעשה מלאכה לבעה"ב ותובעו שכרו, ובעה"ב טוען שפרע – נשבע השכיר בנק"ח ונוטל.

שבועות מה. "מאי שנא שכיר דתקינן ליה רבנן דמשתבע ושקיל? אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכות גדולות שנו כאן. הלכות, הני הלכתא נינהו? אלא אימא: תקנות גדולות שנו כאן. גדולות, מכלל דאיכא קטנות! אלא אמר רב נחמן אמר שמואל: תקנות קבועות שנו כאן, **עקרוה רבנן לשבועה מבעל הבית ושדויה אשכיר, משום כדי חייו**. משום כדי חייו דשכיר קנסינן ליה לבעל הבית; בעל הבית גופיה נחיא ליה דמשתבע שכיר ושקיל, כי היכי דאיתגרין ליה פועלין. אדרבה, שכיר נחיא ליה דלשתבע בעל הבית ונפקע, כי היכי דליגריה בעל הבית! בעה"ב על כורחיה אגר. שכיר נמי על כורחיה מיתגר! **אלא, בעה"ב טרוד בפועליו הוא. וליתב ליה בלא שבועה! כדי להפיס דעתו של בעה"ב**. וליתב ליה בעדים! טריחא ליה מילתא. וליתב ליה מעיקרא! שניהן רוצין בהקפה. **אי הכי, אפילו קצץ נמי?** אלמה תניא: אומן אומר שתיים קצצת לי, והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת - המוציא מחבירו עליו הראיה! **קציצה ודאי מידכר דכיר ליה. אי הכי, אפי' עבר זמנו נמי?** אלמה תניא: עבר זמנו ולא נתן לו - הרי זה אינו נשבע ונוטל! **חזקה אין בעל הבית עובר בבל תלין. והאמרת: בעל הבית טרוד בפועליו הוא! הני מילי - מקמי דלימטי זמן חיובא הוא, כי מטי זמן חיובא - רמי אנפשיה ומידכר**. וכי שכיר עובר משום בל תגזול? גבי בעל הבית איכא תרי חזקי: חדא, דאין בעל הבית עובר בבל תלין, וחדא, דאין שכיר משהא שכרו".

נחלקו הראשונים בהבנת התקנה: שיטת התוס' ודעימיה שחכמים תיקנו שטענת הברי של בעה"ב תיחשב כטענת שמא, ולכן חשבה הגמ' לומר שהשכיר נוטל בלא שבועה (שהרי בעה"ב טוען שמא פרעתיך), אלא שכדי להפיס דעתו של בעה"ב שטוען ברי – נשבע השכיר ונוטל. נמצא שדווקא כשנחלקו על הפרעון שייכת שבועה, אך לא כשחלוקים על הקציצה שבכה"ג אין שום תקנה שהרי בעה"ב זוכר. כמו כן, במקרים בהם השכיר אינו יכול להישבע – אין סיבה להשביע את בעה"ב שהרי התקנה הייתה מראש רק על השכיר.

אולם, שיטת הר"ן ודעימיה שלעולם במח' בין בעה"ב לשכיר תיקנו חכמים שתהיה שבועה כדי שלא ילך השכיר בפחי נפש אחרי שטרח כל היום, אלא שכיון שבעה"ב טרוד בפועליו הטילו את השבועה על השכיר. נמצא שבדברים שבעה"ב

לא טרוד – כגון כשחולקים בקציעה – השבועה מוטלת על בעה"ב, וכן כאשר אין השכיר יכול להשבע – השבועה מוטלת על בעה"ב.

נמצא שלתוס' זו תקנה מקומית שנכונה רק כשחולקים על הפרעון, אולם לר"ן זו תקנה רחבה יותר, שנכונה בכל מח' בין בעה"ב לשכיר, אלא שיש פעמים שהשבועה מוטלת על בעה"ב ופעמים על השכיר.

2. אף כשבעה"ב טוען שפרע הכל – נשבע השכיר ונוטל. ודלא כר' יהודה (במשנה שם) הסובר שרק כשבעה"ב מוב"מ נשבע השכיר ונוטל, וטעמו שתקנת שכיר היא רק כשיש שבועה דאוי, אך לא בדברבן דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. וטעמם של חכמים שאף בדברבן עשינו תקנה לשכיר, וכולא חדא תקנה היא, שישבע השכיר ויטול.

3. אף כאשר בעה"ב קטן – נשבע השכיר ונוטל. כיון שזה לתועלת הקטן שימצא לשכור פועלים, סמ"ע.

2. האם יש צורך בתביעה של ב' כסף? השו"ע פסק שאין צורך, הש"ך פסק שיש צורך. הראב"ד ורבותיו של הרמב"ם כתבו שאין צורך, שהרי הטעם הוא משום כדי חייו ואף בפחות מב' כסף שייך טעם זה, והר"ן (יט. מדפי הר"ף) כתב שאם האמינוהו במרובה כ"ש במועט (וטעם זה נכון לכל הנשבעין ונוטלין). בדעת הרמב"ם יש סתירה, כיון שבמקום אחד (טו"נ פ"ג, ז) כתב שחולק על רבותיו ומצריך ב' כסף, ובמקום אחר (שכירות י"א, ט) משמע שאין צורך.

ביישוב הסתירה נאמרו ו' תירוצים: א. פסק כרבותיו אע"פ שחולק עליהם (כס"מ). ב. חלק עליהם בשאר נשבעים ונוטלים, אך בשכיר מודה להם (מ"מ). ג. צריך שהתביעה תהיה על ב' כסף, אך השבועה יכולה להיות אף על פחות (ש"ך). ד. בעינן ב' כסף, אך כשכל שכרו פחות מכך לא בעינן (תומים ונתיבות). ה. כאשר מעיקר הדין יש לו ממון – לא בעינן. כאשר הממון מגיע רק מהתקנה – בעינן. (אבן האזל). ו. כאשר מעיקר הדין יש לו ממון – בעינן, דבפחות מכן נוטל בלא שבועה. אך כאשר הממון הוא רק מכח התקנה – לא בעינן. (חזו"א).

3. כשהשכיר קטן: לפי גירסת הה"מ ברמב"ם – נשבע ונוטל, כיון שהשבועה נועדה רק כדי להפיס, ואף בקטן שייך טעם זה שהרי הוא מיוחד מהשבועה אע"פ שאינו נענש עליה. לגירסתנו ברמב"ם, וכן דעת הראב"ד והר"ן – אינו נשבע, כיון שאין תועלת בשבועתו שהרי הוא לא בר עונשין; והרמב"ם דיבר כשהשוכר קטן. וכן פסק השו"ע.

4. כשהשכיר אינו יכול להשבע: רמ"א – בעה"ב נשבע שבועת המשנה ונפטר. ש"ך – בעה"ב נשבע היסת ונפטר. דעת הר"ן והרמב"ן, הרמ"ה ובעל העיטור שחזרה שבועה אל בעה"ב, מפני שיש כביכול ב' תקנות האחת עצם השבועה משום כדי חייו דשכיר, והשניה להחשיב את בעה"ב כשמא ולהפכה על השכיר. וכן פסק הרמ"א. **אולם, בעל המאור** סובר שאם השכיר אינו יכול להשבע – אין שבועה כלל, כיון שהתקנה הייתה להשביע את השכיר, ואם אינו יכול להשבע בטלה התקנה. וכן נראית דעת התוס' שאין כאן אלא תקנה אחת. אלא שכמובן יכול להשביעו היסת. **וכן פסק הש"ך, וכתב שכן דעת הרמב"ם והשו"ע** (לקמן סי' צב, ט).

5. מה דין היורשים? בירושלמי מבואר שהשכיר נשבע אף ליורשי בעה"ב. אולם, אין יורשי השכיר נוטלים מיורשי בעה"ב, כיון שטעם התקנה משום כדי חייו שלו. **וכן פסק הרמ"א. והסמ"ע הוכיח שדין זה נכון גם כשהם תובעים מבעה"ב עצמו.**

הש"ך תמה על הסמ"ע, שהרי פשיטא שאינם נוטלים שהרי אין אדם מוריש שבועה לבניו!! ותיצו (קצות, נתיבות, תומים) שהכלל של אין אדם מוריש שבועה, הוא רק כשהיורשים באים בטענת שמא. אולם, כשהם טוענים ברי, צריך את טעמו של הירושלמי שבכה"ג אין את טעם התקנה.

סעיף ג

במה דברים אמורים, כשיש עדים ששכרו ושעשה עמו מלאכה. אבל אם לא היו שם שני עדים, מתוך שיכול לומר לא שכרתיך, נאמן לומר: שכרתיך ונתתי לך שכרך, וישבע בעל הבית היסת, ואם הודה מקצת ישבע שבועת התורה. (רמב"ם מביאו הטור). הגה: וי"א דאפילו כופר כולו ושכרו בעד אחד, בעל הבית ישבע שבועה דאורייתא (טור והרמ"ה).

וכן אם תבעו אחר זמנו, אף על פי ששכרו בעדים, המוציא מחבירו עליו הראיה; ואם לא הביא ראיה, ישבע בעל הבית היסת. וכמה הוא זמנו, שכיר יום כל הלילה שלאחריו; ושכיר לילה, כל היום שלאחריו. הביא ראיה שתבעו כל זמנו, הרי זה נשבע ונוטל כל אותו יום של תביעה. כיצד, היה עושה עמו ביום שני עד הערב, זמנו כל ליל שלישי, וביום שלישי אינו נשבע ונוטל; ואם הביא עדים שהיה תובע כל ליל שלישי, הרי זה נשבע ונוטל כל יום שלישי, אבל מליל רביעי ואילך, המוציא מחבירו עליו הראיה (שם)

ברמב"ם ומביאו הטור). וכן אם הביא עדים שהיה תובע והולך עד יום חמישי, הרי זה נשבע ונוטל כל יום חמישי.

1. שכיר נשבע ונוטל דוקא כשיש ב' עדים ששכרו, ושעשה עמו מלאכה, דאולי התנו ביניהם אך הפועל לא בא. אך כשאין עדים נאמן בעה"ב לומר ששילם, במיגו דלא שכרו.

שבועות מה: "אמר רב נחמן אמר שמואל: לא שנו אלא ששכרו בעדים, אבל שכרו שלא בעדים, מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך מעולם, יכול לומר לו שכרתיך ונתתי לך שכר. א"ל רבי יצחק: יישר, וכן אמר רבי יוחנן. מכלל דפליג עליה ר"ל! איכא דאמרי: מישתא הוה שתי ליה ושתיק ליה: ואיכא דאמרי: מישתא הוה שהי ליה ושתיק ליה. **איתמר נמי, אמר רב מנשיא בר זבד אמר רב:** לא שנו אלא ששכרו בעדים, אבל שכרו שלא בעדים, מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך מעולם, יכול לומר לו שכרתיך ונתתי לך שכר. **אמר רמי בר חמא:** כמה מעליא הא שמעתא. **אמר ליה רבא:** מאי מעליותא? א"כ, שבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה? מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם, יכול לומר לו נאנסו! דאפקיד ליה בעדים. מתוך שיכול לומר לו החזרתיו לך, יכול לומר לו נאנסו! דאפקיד ליה בשטרא".

הראשונים התקשו וכי רבא לא מודה לדין מיגו, א"כ מדוע הוא מקשה?! ועוד שהרי קי"ל ששבועת השומרים איתא אף כשהפקיד אצלו בלא עדים, ומאידך קי"ל כרב שמואל ששכיר אינו נשבע אלא בדאיכא עדים ששכרו, וא"כ היכא מזכין שטרא לבי תרי?!

לכן ביארו הראשונים שרבא מודה שאמרינן מיגו, אלא שכאן מדובר ב'מיגו דהעזה', שהרי בטענת פרעתי השכיר יודע שבעה"ב אינו זוכר ולכן אין העזה לטעון אותה, משא"כ בטענת 'לא שכרתיך' שהשכיר יודע שהוא משקר. תוס' והרא"ש ביארו שרבא סבר שאף בשכיר לא אמרינן מיגו דהעזה לאפטורי משבועה, אולם רב שמואל סבר שאע"פ שבכל התורה לא אמרינן מיגו דהעזה לאפטורי משבועה, ולכן בשומרים אף כשאין עדים חייב שבועה; אולם בשכיר שזו שבועה מתק"ח במיגו קל אוקמה אדינא, ולכן בה מועיל מיגו דהעזה. והר"ן ביאר שאף רבא מודה שבשכיר מיגו דהעזה מועיל, כמו שביארנו; אלא שהקשה על לשונו של רמי בר חמא 'כמה מעליא הא שמעתא' שמשמע ממנו שהבין שזה מיגו טוב שמועיל תמיד, ולכן הקשה עליו משבועת השומרים.

כמו כן, הקשו הראשונים מדוע מועיל לו מיגו, הרי קי"ל שלא אמרינן מיגו כשחיישינן שטוען 'בדדמי'!! ואף כאן אנו מאמינים לו שהוא חושב שפרע, אלא שאנו אומרים שהוא לא זכור!! תירצו תוס' והר"ן שאיננו בטוחים שבעה"ב שוכח, אלא אנו תולים שהוא מסופק ואפי' הכי טוען ברי. אך כשיש לו מיגו, אנו אומרים שמכך שטוען בברי א"כ כנראה שהוא זוכר, שהרי אם היה מסופק היה לו לטעון להד"מ ולא לטעון בברי שפרע.

2. מה הדין כשאין עדים ובעה"ב טוען שפרע חצי? נשבע שבועת התורה של מוב"מ ונפטר. נחלקו בדין זה הראשונים, **התוס' (ב"מ קיב:)** כתבו בשם ר"י שנשבע השכיר ונוטל, שהרי בלא עדים אין בעה"ב נאמן אלא במיגו, וכיון שהודה במקצת אין לו מיגו, שהרי זה מיגו דהעזה דאי בעי היה כופר בכל, וכמו שכל מוב"מ אינו נאמן במיגו דלהד"מ. ונמצא שנשבע השכיר ונוטל. אך קשה שהרי בבעה"ב לעולם הוי מיגו דהעזה ואפ"ה נאמן? ועוד, שהרי מיגו דהעזה אמרינן לאפטורי מממון, וא"כ מדוע שישבע השכיר ויטול?! **אולם, הרמב"ם והטור** חלקו וכתבו שנאמן בעה"ב במיגו דלהד"מ, אלא שנשבע שבועת התורה כדין כל מוב"מ. ואע"פ שזה מיגו דהעזה, אך אמרינן הכא מיגו דהעזה לאפטורי אף משבועה.

3. מה הדין כשיש ע"א ששכרו? שו"ע – נשבע בעה"ב היסת ונפטר. רמ"א – נשבע בעה"ב כעין של תורה ונפטר, שהרי אינו נאמן אלא במיגו דלא שכרתיך, ובטענת לא שכרתיך היה חייב שבועת התורה להכחיש העד.

נחלקו בדין זה הראשונים: דעת הרמב"ם – נשבע בעה"ב היסת, כיון ששבועת שכיר תק"ח היא, ולא תיקנו אלא כשיש ב' עדים. דעת רבינו ישעיה – נשבע השכיר ונוטל, דעת הרמ"ה – נשבע כעין של תורה ונפטר.

רבינו ישעיה הוכיח את דינו מנסכא דר' אבא, שאע"פ שטוען ידי חטפי כיון שאינו נאמן אלא במיגו דלהד"מ, ובלהד"מ היה צריך לישבע להכחיש העד, א"כ לא יפטר מהעד אלא בשבועת דלא חטף, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. א"כ גם כאן, כיון שחכמים אמרו שטענת פרעתי אינה טענה אלא במיגו דלא שכרתי, א"כ לא יפטר מהעד אלא בשבועה שלא שכרו. אולם, הרמ"ה דוחה דבריו, שאין זה דומה לנסכא דשם אילו באו ב' עדים שחטף לא היה נאמן בטענת ידי חטפי והיה חייב לשלם בלא שבועה. אולם, אצלנו אילו היו באים ב' עדים ששכרו ובעה"ב טוען שפרע, לא היה גובה השכיר אלא בשבועה; וא"כ בכח"ג עד א' שמעיד ששכר לא מחייב שבועה, שהרי אף שנים לא היו מחייבים ממון אלא מכח שבועה וכמו שנתבאר בסימן עה סעיף יד, ולכן ודאי שאין כאן שבועת התורה של ע"א, אלא שבעה"ב נשבע כעין של תורה כדי שיהיה לו מיגו, שהרי אינו נאמן בטענת פרעתי אלא מכח מיגו דלהד"מ, ובטענת להד"מ היה חייב שבועת התורה של ע"א, ולכן צריך לישבע בנק"ח כדי שיהיה לו מיגו. **השו"ע כתב שרק כשיש עדים ששכרו נשבע השכיר ונוטל, וכתב הש"ך שמוכח שפסק הרמב"ם שבע"א נשבע רק היסת. אולם, הרמ"א הביא את דעת הרמ"ה.**

4. האם ביורד שלא ברשות יש תקנת שכיר? הנתיבות והחמדת שלמה פסקו שלא, או מטעם שלא שייך בו כדי חייו, או משום שיוכל לבוא נזק לבעה"ב שירדו אנשים שאינם מהוגנים. התומים הסתפק, והפני יהושע הבין שיש לו דין שכיר.

הפני יהושע הקשה מדוע צריך עדים ששכרו ושעשה עמו מלאכה, מדוע לא נסתפק בעדים שעשה עמו מלאכה? שהרי אע"פ שאולי לא שכרו אך חייב לשלם לו מדין יורד שלא ברשות, וא"כ אין לו מיגו דלא שכרתיך, שהרי אף אם לא שכרו היה חייב לשלם לו? הקצות והנתיבות תירצו שאע"פ שחייב לשלם לו בכה"ג, אך אין בזה תקנת שכיר ולכן צריך עדים ששכרו. הקצות הקשה שאפי' הכי צריך להיות לו מיגו, שהרי אם יטען לא שכרתיך אלא ירדת שלא ברשות, לא יהא נאמן לטעון פרעתי שהרי ימי יימר דמחייבו לי רבנן? וא"כ מדוע צריך עדים ששכרו? ונשאר בצ"ע. הנתיבות תירץ שדין זה שאינו נאמן לטעון פרעתי נכון רק בשדה שאינה עשויה ליטע, אך בשדה העשויה ליטע נאמן לטעון פרעתי, ולא שייך בה הטעם של ימי יימר ולכן בעינן עדים ששכרו.

5. תבעו לאחר זמנו – המוציא מחברו עליו הראיה, ונשבע בעה"ב היסת ונפטר.

שבועות מה: שהבאנו בסעיף ב, הטעם מפני שחזקה אין שכיר משהה שכרו ואין בעה"ב עובר בבל תלין. לדעת התוס' צריך את ב' החזקות יחד כדי להחשיב את טענת בעה"ב כברי, ולפוטרו. אולם, לדעת הר"ן החזקה של אין שכיר משהה שכרו – היא סיבה מדוע לא תיקנו חז"ל שבועה לאחר הזמן, כיון שזה לא שכיח. והטעם של בל תלין בא ללמדנו, שאף לאחר הזמן כאשר יש שבועת התורה, בעה"ב יכול להשבע שהרי רמי אנפשיה ומידכר.

6. תבעו לאחר זמנו והודה במקצת ויש עדים שעבר על בל תלין: לדברי הר"ן – ישבע השכיר ויטול, וכך פסק הנתיבות. אולם, לדעת התוס' – ישבע בעה"ב ויפטר.

7. הביא ראיה שתבעו בזמנו ולא פרעו – נשבע ונוטל כל העונה שלמחרתו. (כדעת הרמב"ם, ולא כרש"י שביאר שכל היום למחרתו).

סעיף ד

בעל הבית אומר: שתיים קצצתי לך, והשכיר אומר: שלשה קצצת לי, המוציא מחבירו עליו הראיה; ואם לא הביא ראיה, אף על פי שכבר נתן לו שתיים 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.

כשחלוקים בקציצה – המע"ה, ואם אין לו ראיה:

א. אם שכרו בעדים, ותבעו בזמנו – נשבע בעה"ב בנק"ח ונפטר, ואפי' שילם לו מה שהודה לו או שאמר לו הילך. ודעת הש"ך שדוקא במוב"מ אך בכופר בכל פטור.

ב. אבל אם שכרו שלא בעדים, או שתבעו לאחר זמנו – נשבע בעה"ב היסת ונפטר.

שבועות מו. "א"ר ירמיה בר אבא, שלחו ליה מבי רב לשמואל: ילמדנו רבינו, אומן אומר שתיים קצצת לי, והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת, מי נשבע? אמר להן: בזו ישבע בעל הבית ויפסיד אומן, קציצה ודאי מידכר דכירי אינשי. איני? והא תני רבה בר שמואל: קצץ – המע"ה, ואי לא מייתי ראיה – פקע, אמאי? ישבע בעל הבית ויפסיד אומן! אמר רב נחמן: לצדדין קתני, או מביא ראיה ויטול, או ישבע בעל הבית ויפסיד אומן. מיתיבי: הנותן טליתו לאומן, אומן אומר קצצת לי שתיים, והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת, כל זמן שטלית ביד אומן – על בעה"ב להביא ראיה, נתנה לו, בזמנו – נשבע ונוטל, עבר זמנו – המע"ה; בזמנו מיהא נשבע ונוטל, אמאי? ישבע בעה"ב ויפסיד אומן! אמר רב נחמן בר יצחק: הא מני? ר' יהודה היא, דאמר: כל זמן ששבועה נוטה אצל בעה"ב, שכיר נשבע ונוטל. הי' ר' יהודה? אילמא ר' יהודה דמתניתינן, אחמורי קא מחמיר! דתנן, רבי יהודה אומר: עד שתהא שם מקצת הודאה! אלא רבי יהודה דברייתא, דתניא: שכיר כל זמן שלא עבר עליו זמנו – הרי זה נשבע ונוטל, ואם לאו – אינו נשבע ונוטל; ואמר ר' יהודה: אימתי? בזמן שאמר לו תן לי שכרי חמשים דינר שיש לי בידך והוא אומר התקבלת מהן דינר זהב, או שאמר לו שתיים קצצת והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת, אבל אמר לו לא שכרתיך מעולם, או שאמר לו שכרתיך ונתתי לך שכר – המוציא מחבירו עליו הראיה. מתקיף לה רב שישא בריה דרב אידי: אלא קצץ, רבי יהודה היא ולא רבנן? השתא היכי דמחמיר רבי יהודה – מקילי רבנן, היכא דמקיל רבי יהודה – מחמירי רבנן? ואלא מאי? רבנן, ואלא הא דתני רבה בר שמואל: קצץ – המוציא מחבירו עליו הראיה, מני? לא רבי יהודה ולא רבנן! אלא אמר רבא: בהא קמיפלגי, רבי יהודה סבר: בדאורייתא עבדו ליה תקנתא לשכיר, ובדרבנן הואי תקנתא, ותקנתא לתקנתא לא עבדינן; ורבנן סברי: בדרבנן נמי עבדינן תקנתא לשכיר, וקציצה מידכר דכיר".

מבואר בגמ' שנחלקו ר' יהודה ורבנן בשאלה האם שבועת שכיר היא גם כאשר חלוקים בקציצה, דר' יהודה סובר שאף כאשר חלוקים בקציצה נשבע השכיר ונוטל (אמנם רק כאשר בעה"ב מוב"מ), ואילו חכמים סוברים שכאשר חלוקים בקציצה לא תיקנו, כיון שבעל הבית זוכר.

נחלקו הראשונים בביאור הגמ': דעת התוס', הרי"ף והרמב"ן שבקציצה לא תיקנו כלל, ולכן אם טוען ב' קצצתי לך ויטלמי או הילך – פטור, ורק אם מודה שאותם שנים עדיין חייב לו – חייב שבועת התורה. **אולם, הר"ן** לשיטתו שתקנת שבועה נכונה תמיד כדי שלא ילך השכיר בפחי נפש, אלא שכיון שבעה"ב טרוד בפועלו הפכוה על השכיר, נמצא

שאף בקציצה בכל גווני ישבע בעה"ב שבועה כעין של תורה ויפטר. וכן הסכימו עמו הרא"ש, הרשב"א הר"י מיגש והרמב"ם.

הר"ן וסייעתו הוכיחו דבריהם מקושיית הגמ': "ואי לא מייתי ראייה פקע!!" ואם מדובר רק כאשר בעה"ב מוב"מ א"כ מה ההו"א שיפקע לגמרי בלא שבועה!! אלא מוכח שמדובר אף כאשר הוא כופר בכל. אולם, הרמב"ן יישב שהייתה הו"א שבכה"ג אין שבועת מוב"מ כיון שאף בקציצה בעה"ב לא זוכר וממילא הוא אינו יכול לישבע, והשכיר אינו נשבע כיון שאין כאן כדי חייו אין צורך לתקן לו. הר"ן דחה דבריו שהרי בכה"ג בעה"ב צריך להתחייב מדין מתוך: אך הביא שבעל המאור תירץ שההו"א הייתה שמוב"מ חייב שבועה רק במלוה או בפקדון ולא בשאר דברים. הרמב"ם פסק כר"י מיגש והר"ן, וכן פסק השו"ע, אולם הש"ך הכריע כשיטת התוס', הר"ן והרמב"ן.

סעיף ה

הנותן טליתו לאומן, אומן אומר: ב' קצצת לי, והלה אומר: לא קצצתי אלא אחד, אם הטלית ביד האומן, והוא בענין שיכול לטעון: לקוחה היא בידי, הרי האומן נשבע בנקיטת חפץ, ונוטל. ויכול לטעון שקצץ בשכרו עד כדי דמיה. ואם אין הטלית בידו, או שאינו יכול לטעון: לקוחה היא בידי, המוציא מחבירו עליו הראיה; ואם לא הביא ראייה, נשבע בעל הבית בנקיטת חפץ.

דין האומן כשחלוקים בקציצה:

1. אם האומן מוחזק – נשבע ונוטל עד כדי דמיו. כדעת הגאונים, אולם הרמב"ן חולק וסובר שא"צ לישבע למי"ד שקונה בשבח כלי, וכן הר"ן חולק אך הסכים שאין לשנות מדעת הגאונים שקבלתם תורה היא. הש"ך ביאר שאין קושיא מהברייתא 'הנותן טליתו לאומן' (המדברת בקציצה) דהיא אליבא דר"י הסובר שהאומן נשבע ונוטל כשאינו מוחזק, ולכן כשמוחזק נוטל בלא שבועה. ממילא נפק"מ לדידן כשחלוקין על הפרעון שנוטל בלא שבועה.

2. אם בעה"ב מוחזק – נשבע בעה"ב ונפטר. שו"ע – כעין של תורה. ש"ך – היסת. יש סתירה בדעת הרמב"ם האם נשבע היסת או כעין של תורה, דהיינו האם אומן שווה לשכיר או לא. דעת המ"מ – אין סתירה, כאן תוך זמנו וכאן לאחר זמנו. ב"ח ותומים – אין סתירה, כאן אומן שעובד בבית בעה"ב – עשו לו תקנת שכיר. אך אומן עצמאי – לא תיקנו לו.

סעיף ו

שכיר הבא להשבע, אין מחמירין עליו, ואין מגלגלים עליו כלל. ולכל הנשבעים אין מקילים עליהם, חוץ מהשכיר, שמקילין עליו ופותחין לו תחלה ואומרים: אל תצער עצמך, השבע וטול.

ב"ה יום ג' י"ט אדר ה'תשע"ה

סימן צ

הנזקין נשבעין ונוטלין, כגון הנגזל והנחבל, ודין המביא כלים מבית בעל הבית והוא אומר: שאולים הם, ובו ט"ו סעיפים.

פתיחה

שבועות מו. "נגזל כיצד? היו מעידין אותו שנכנס לביתו למשכנו כו'. ודלמא לא משכנו! מי לא אמר רב נחמן: האי מאן דנקיט נרגא בדידה, ואמר איזיל ואקטליה לדקלא דפלניא, ואשתכח דקטיל ושדי - לא אמרינן דהוא קטליה, אלמא עביד איניש דגזים ולא עביד, הכא נמי דגזים ולא עביד! אימא: ומשכנו. וליחזי מאי משכנו! אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: בטוענו כלים הניטלין תחת כנפיו". ובעמוד ב: "אמר רבא: אפילו שומר נשבע, אפי' אשתו של שומר נשבעת. בעי רב פפא: שכירו ולקיסו, מאי? תיקו. אמר ליה רב יימר לרב אשי: טענו בכסא דכספא, מאי? חזינא, אי איניש דאמיד הוא, או איניש דמהימן הוא דמפקדי אינשי גביה - משתבע ושקיל, ואי לא - לא".

ג' שיטות בראשונים בביאור תקנת נגזל: **א. ר"י מיגש ורש"י:** העדים הכירו שהיה דבר מוחבא תחת כנפיו, אך לא זיהו שהיו אלה כלים. ואפי' הכי יש תקנת נגזל דאין חוששין לצרור או עפר, שהרי אמר שהוא נכנס למשכן ונכנס ריקם ויצא עם דברים מוחבאים - מסתבר שהיו שם כלים. **ב. רא"ש -** העדים ראו שהיו כלים, אך לא זיהו אותם. אך אם לא ראו שהיו אלו כלים - לא, דאולי לא הוציא אלא צרורות ועפר. **ג. תוס' -** ראו כלים וזיהו אותם, אך בעה"ב טוען שהיו כלים נוספים שלא הכירו בהם העדים. וצ"ע מדוע בכה"ג יש תקנה? הרי הוא מחויב שבועת התורה ואינו יכול לשבע שהרי הוא חשוד ע"פ העדים! תירצו התוס' - שאף כאשר העדים מעידים שהחזיר את הכלי יש תקנת נגזל. והש"ך תירץ שמייירי שהכלי לפנינו ואין שבועת התורה, שהרי זה הילך. (והוכיח מכאן רעק"א שאף בשבועת ר"ח קמיינא יש הילך). עוד כתב שאין לו דין חשוד, כיון שהוא מורי היתרא שהרי טוען ששלו נוטל, ולא משמע להו איסורא בהכי.

הסמ"ע והש"ך נקטו שלדעת השו"ע מייירי כתוס' וכרא"ש שהעדים הכירו שנטל כלים, והבינו שלא פליגי.

סעיף א

הנגזל, כיצד, ראוהו עדים שנכנס לתוך ביתו של חברו למשכנו שלא ברשות, ולא היה (לו) כלום תחת כנפיו, וכשיוצא ראוהו שהיו כלים תחת כנפיו, ואינם יודעים מה הם, ובעל הבית תובע: תן לי כך וכך שגזלתני, בין אם יאמר: כן נכנסתי למשכנך אבל לא נטלתי כלום והכלים שהוצאתי תחת כנפי שלי הם, בין אם יאמר: מעולם לא נכנסתי לביתך ליטול ממך כלום, בין אם יאמר: לא נטלתי אלא כלי זה, ובעה"ב אומר: נטלת עוד אחרים, אפילו העדים מכירים קצת הכלים, ובעל הבית טוען שהטמין יותר ממה שראו העדים, בכל אלו בעה"ב נשבע בנקיטת חפץ ונוטל כל מה שיטעון, והוא שיטענו דברים שהוא אמוד בהם או שהוא אמוד שמפקידים אצלו אותם דברים שטען, ויהיו אותן דברים שטען דברים שאיפשר שינטל תחת הכנפים. הגה: ו"א דבעין נמי שטוען מדי דאורחיה לאנוחי במקום שנכנס לשם (טור בשם הרמ"ה); והכי מסתברא.

ואם טענו דברים שאינו אמוד בהם, או דברים שאינם ניטלים תחת הכנפים, יש מי שאומר שהנתבע נשבע היסת, ונפטר. ויש מי שאומר שאינו נשבע, אלא מחרימים על מי שכופר ממון חברו ואינו משלם לו.

1. תקנת נגזל: ראו עדים שנכנס לביתו של חברו למשכנו שלא ברשות, דהיינו שאמר קודם שנכנס שהוא נכנס למשכן בחובו, ונכנס ריקם ויצא עם כלים מוטמנים תחת כנפיו ולא הכירו בהם כדעת הרא"ש והתוס', ובעה"ב תובע: תן לי כלי שגזלתני - נשבע בנקיטת חפץ ונוטל.

2. מה טוען הגזלן?

סמ"ע: מדובר כשטוען שלי נטלתי, או בחובי נטלתי, או לא נטלתי יותר מכלי זה וכדו', אך אם טוען קניתי - נאמן, אא"כ יש כל הני ריעותות שבסעי' יא. ואע"פ שיש לו מיגו דקניתי - אינו נאמן, כיון שזה נגד חזקה מה שתחת ידי אדם שלו. ואף כשטוען בחובי נטלתי שאינו נגד חזקה, אך כיון שהוא מודה שעשה איסור שהרי אסור לו למשכנו מעצמו, ממילא שייכת בו תקנת נגזל על השאר, נתיבות.

ש"ך: אף כשטוען קניתי אינו נאמן, שכיון שהצהיר שנכנס למשכן וראו שנטל כלים, אינו מוחזק ואת החפץ שראינו נוציא בלא שבועה, ואין צורך בריעותות של סעי' יא; כר"ף ושאר פוסקים, ודלא כטור שהביא הסמ"ע. אלא

שנאמן לומר החזרתי, כמו כל גזלן, ולכן צריך עדי ראה, דבלאו הכי נאמן לומר ששלו נטל במיגו דהחזרתי. התומים הקשה שהרי מוכח מתוס' שאע"פ שהחזיר יש תקנת נגזל!! ותירץ הנהיבות שבטענת החזרתי יש תקנת נגזל, אך בטוען שלי נטלתי או בחובי נאמן במיגו דהחזרתי, ושוב אין תקנת נגזל.

נתיבות: הסכים עם הסמ"ע שבתוען קניתי נאמן, ומיירי הכא בשאר טענות:

בחובי נטלתי – אע"פ שיש לו מיגו דקניתי ונאמן על הממון להשאירו בידו, אך כיון שמודה שעשה שלא כדין – יש תקנת נגזל על השאר, ונשבע ונוטל.

שלי נטלתי – כאשר יש לו מיגו דלקחתי – נאמן. אך אם אין לו מיגו דלקחתי, אע"פ שיש לו מיגו דהחזרתי – אינו נאמן, ולכן א"צ בעדי ראה. שאע"פ שאם החזרת לא נוציא מידך, אך מידי חשוד לא יצאת, ולכן אתה פסול לשבועה ושייכת בדך תקנת נגזל.

3. הרמ"א הוסיף שצריך שיטענו דברים שהוא אמוד להניחם באותו מקום, כן למד הרמ"א מהירושלמי לגבי חצר.

4. טענו דבר שאינו אמוד בו או שאינו ניטל תחת כנפיו: י"א שנשבע היסת ונפטר כ"כ רב האי. וי"א שאינו נשבע שהרי הוא חשוד, אלא שמחרימין עליו, כ"כ רבינו ישעיה.

מה טעם רב האי? ב"י בשם המרשים דאולי נטל עפר או צרורות. והקשה הסמ"ע הרי לטעם השו"ע א"א לומר כן!! ותירץ שאינו מכחיש העדים אלא טוען ששלו או בחובו נטל. וכן ביאר השי"ך, וקשה הרי לשי"ך אפי' הכי את מה שהעידו העדים נוציא ממך!! (לסמ"ע לא נוציא דיש לו עליהם מיגו דקניתי). ומשמע מדבריו שאפי"ה אינך חשוד, כיון שאולי באמת הם שלך, אלא שאינך נאמן על כך. והנהיבות הקשה הרי בנסכא הוא נעשה חשוד, אע"פ שאולי את שלו נטל!! ותירץ דהכא דלא משמע לאינשי איסורא בהכי, כיון שהם חושבים שמותר להם למשכן בחובם, ולכן יכול להשבע.

סעיף ב

ראוהו עדים שנכנס למשכן את חבירו, ולא ראוהו בעת שיצא, או שיצא ולא נראה תחת כנפיו כלום, ובעל הבית טוען ואומר: כך וכך, אפילו אמר: מעולם לא נכנסתי, שהרי מכחיש את העדים, הרי זה פטור, שאם אמר: נכנסתי ולא נטלתי, נשבע היסת שלא נטל כלום, והולך, שאפשר שנכנס לגזול ולא גזל. (ו"א כיון שהעדים מכחישים אותו, שאינו נאמן בשבועה, דהוי מיגו במקום עדים, שאינו נאמן, אלא בע"ה נשבע ונוטל) (טור).

אם ראוהו שנכנס ולא ראוהו שיצא, או שלא ראו שהוציא כלים: שו"ע – נאמן בטענתו, ואף אם אומר לא נכנסתי ומכחיש לעדים, דמילתא דלא רמיא עליה דאיניש, שאולי נכנס ולא נטל ואינו זוכר מזה; כ"כ הרמב"ם. רמ"א – אם טוען לא נכנסתי אינו נאמן, ובע"ה נשבע ונוטל, שהרי הוא מכחיש את העדים; כ"כ הטור.

סעיף ג

היה עד אחד מעידו שנכנס 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 (וע"ל סימן ע"ה ס' י"ג וסימן שס"ד ס"ג).

עד אחד שמעיד שנכנס – בין אם טוען לא נכנסתי, ובין אם טוען בחובי נטלתי – נשבע הנתבע היסת ונפטר. כדעת הטור, ולא כרמב"ם שנשבע בנק"ח ונפטר. סמ"ע: מפני שאף אם היו ב' עדים לא היו מחייבים אותו ממון, שהרי הוא נאמן לטעון לקוח. ואף לשי"ך שאינו נאמן לטעון לקוח, אך כשלא מזהים את החפץ שנטל לא היו מוציאים ממנו, וא"כ אינם מחייבים אותו ממון, ובכה"ג א' לא יחייב שבועה דאוי, ודלא כרמב"ם.

מדוע לרמב"ם נשבע בנק"ח? אבן האזל – כמו בשכיר, מעיקר הדין היינו מתקנים השבועה על הנגזל, אך כיון שהוא חשוד מטילים על התובע. ובע"ה שאינו חשוד – נשבע הגזלן בנק"ח ונפטר.

סעיף ד

כשם שבעל הבית נאמן לישבע וליטול, כך שומר של בעל הבית, אפילו אשתו של שומר, נשבעת שזה נטל כך וכך, ומשלם הגזלן לבעל הבית. אבל שכירו ולקטו (פ' רש"י שלקטו לדור אצלו או ללקוט תבואתו) של בע"ה, שלא מסר להם שמירת הבית, אינם בכלל זה.

1. אפי' שומר ואשתו של שומר – נאמנים לשבע, ומשלם הגזלן לבעה"ב, אך לא שכירו ולקיטו. בעיא דלא אפשיטא שם וקולא לנתבע.

2. מה דין שומר שחייב בתשלומי הכלים? רעק"א – נשבע, ואע"פ שהוא נוגע, וכתב שהרבותא שאפי' אם אינו חייב בתשלומים נשבע. שער המשפט בשם מהר"י הלוי – אינו נשבע, דהוי נוגע. הקשה מאי שנא מבעה"ב שאף הוא נוגע? ! ותירץ דנאמן לבי"ד, אך בעה"ב אינו יכול להאמינו וליטול הכלים מהגזלן.

3. הסמ"ע כתב שאף אם יתפוס לא מהני, דהוי ספק האם יש תקנה. ורעק"א ביאר שזה מפני שטוען שמא.

סעיף ה

כשנכנס זה למשכנו שלא ברשות, וראוהו עדים יוצא בכלים תחת כנפיו, אם לא היה שם בע"ה שיוכל לישבע כמה גזלו, והעדים אינם יודעים כמה הוציא, אין משביעין את הגזלן, מפני שהוא חשוד על השבועה, אלא מחרימים חרם סתם על כל מי שנטל כלים מביתו ואינו מודה בבית דין, ואפילו אם הודה הגזלן שגזל מקצת, מחזיר מה שהודה בלבד, שהרי אין בעל הבית טוענו טענת ודאי.

אם בעה"ב לא היה שם – אין משביעים את הגזלן, שהרי הוא חשוד. אלא מחרימין סתם.

סעיף ו

העידו עדים שהיו לבעל הבית זה כך וכך כלים, וראו אחד שנכנס לביתו ויצא, ולא נכנס שם אדם אחר, וקודם שיכנס שם אדם אחר מנו אותם כלים ונמצאו חסרים, ולא היה שם מקום שיפלו בו אותם כלים, יש מי שאומר שיטול בעל הבית בלא שבועה אותם כלים שחסרו מאותו אדם שהעידו עליו שנכנס שם.

כ"כ הטור בשם הרמ"ה, וטעמו שזו עדות המתקיימת בדיעה שלא בראיה.

סעיף ז

מדליק אש בשל חבירו, האמינו לניזק לישבע וליטול כל מה שהוא אמוד שיהיה לו משלו או שיפקידו בידו, על הדרך שיתבאר בסימן תי"ח.

ב"ק סב. לר' יהודה שמחייב על טמון באש – עשו תקנת נגזל באשו. וכתבו התוס' שאף לחכמים במקרים בהם מתחייב על טמון, כגון שהדליק בשל חבירו.

סעיף ח

מי שיש עליו עדים שמסר ממון לאנס, ולא ידעו כמה הפסידו, והנמסר אומר: כך הפסידני, והמוסר כופר במה שטענו, יתבאר בסימן שפ"ח.

גמ' הנ"ל, עלתה בתיקו. ר"ת כשטוען שמא יש תקנה, והספק הוא בטוען ברי. ר"י סובר שהספק הוא אף בטוען שמא, כיון שהוא לא מזיק בדיים ממש, א"כ אולי לא החמרנו בו בכה"ג.

סעיף ט

המזיק ממון חבירו, ואינו יודע כמה הזיק, הניזק נשבע, כתקנת חכמים, ונוטל; והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהם, כמו שיתבאר בסימן שפ"ח.

סעיף י

הפקיד אצל חבירו שק צרור, ופשע בו, המפקיד אומר: חלי זהב ומרגליות היו בו, והשומר אומר: איני יודע שמא סיגים או חול היו בו, ישבע בעל הפקדון, ויטול; והוא

שיטען דבר שהוא אמוד, או אמוד להפקידו אצלו. ואם אמר השומר: ברי לי שהיה מלא סיגים או חול, ישבע ויפטר. ואם אמר השומר: יודע אני שהיה בו זהב ואיני יודע כמה, נוטל המפקיד בלא שבועה.

ו"א שנשבע שאינו יודע, ויפטר, ויתבאר עוד בסימן רצ"ח סעיף א'. (זה קאי אתחילת הסעיף, סמ"ע וש"ד. והטעם מפני שהיו כתובעו חייטים ומשיב איני יודע אם חייטים אם שעורים שפטור לשיטתם, והרמב"ם חולק ומחייב, בס"י פח).

דין זה הוא מירושלמי, הביאנוהו הר"ף והרא"ש בהכנס דף סא. יש המפרשים אותו לגבי טמון באש, והרמב"ם והר"י מיגש פירשוהו לגבי פקדון.

מדוע אינו פטור מדין איני יודע אם התחייבתי? כיון שיש דררא דממונא.

מדוע אינו חייב לשלם הפחות, כמו באיני יודע אם חייטים או שעורים שנשבע שאינו יודע ומשלם שעורים (בס"י פח)? כיון שעשו תקנת נגזל בפקדון, כדי שיהא כל א' נזהר בשמירת הפקדון. כ"כ הרא"ש שם, ודוקא בטוען הנפקד שמה, אך בטוען ברי הרי הוא נשבע ונפטר.

אם מודה שהיה בו זהב, אך אינו יודע כמה? נוטל המפקיד בלא שבועה, שהרי הוא מחייב שבועה ואינו יכול לשבע ומשלם; כ"כ הרמב"ם וכן הסכים הש"ד. אולם, דעת הרא"ש והראב"ד שכיון שלא הוה ליה למידע – אין פה דין 'מתוך', אך יש כאן תקנת נגזל ונשבע המפקיד ונוטל.

סעיף יא

מי שנכנס לביתו של בעל הבית, בפני בעל הבית, ויצא וכלים טמונים תחת כנפיו, והעדים רואין אותו, ולאחר זמן תבעו בעל הבית ואמר ליה: תן לי כלים שהשאלתיך והרי העדים, והוא אומר: לקוחים הם בידי, אינו נאמן, ונשבע בעל הבית היסת על טענתו שלא מכרן ולא נתנן, ויחזירו בית דין הכלים לבעל הבית. במה דברים אמורים, בבעל הבית שאינו עשוי למכור כליו, וזה שהוציא הכלים תחת כנפיו אין דרכו להצניע, ואותם הכלים אין דרך בני אדם להצניעם; לפיכך חייב להחזיר, לפי שלא הצניעם אלא לכפור בהם. אבל בעל הבית העשוי למכור כליו, אף על פי שאין זה צנוע ואין דרך אותם הכלים להטמינם תחת הכנפים, הרי זה נשבע היסת שהם לקוחים בידו. וכן אם יצא בהם מגולים לפני עדים, אף על פי שאין בעל הבית עשוי למכור את כליו, הרי זה נאמן לומר: לקוחים הם בידי, שמה נצטרכו לו מעות, ומכר, ובלבד שלא יהיו מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר (לעולם); אבל דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, לעולם הם בחזקת בעליהם, ואף על פי שהוציאם מגולים, אף על פי שבעל הבית הזה עשוי למכור כליו, הואיל ויש לו עדים שזה הכלי עשוי להשאיל ולהשכיר ידוע הוא לו, מוציאים אותו מיד זה על כל פנים, עד שיביא ראיה שמכרו לו או נתנו לו. ו"א שאפילו בעל הבית טוען: גנובים הם, דינו כטוען: שאולים הם. ו"א שלא אמרו אלא בטוען: שאולים הם, אבל אם טוען: גנובים הם, אין בעל הבית נאמן, וכן עיקר. ואם הוחזק זה ונתפרסם לגנב, אפילו בעל הבית טוען: גנובים הם, דינו כטוען: שאולים הם.

סעיף יב

הא דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר בעל הבית נאמן, דוקא בשיש לו עדים שהכלים הללו היו שלו, וראו אותם עתה בידו. אבל אם לא ראו אותם עתה בידו, נאמן היוצא, במיגו דהחזרתים לך.

סעיף יג

הא דאמרינן בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר שהיוצא נאמן, דוקא בשלא ידעו עדים שבאו בתורת שאלה או שכירות. אבל אם ידעו עדים שבאו לידו בתורת שאלה או שכירות, אינו נאמן (וע"ל סימן ע"ב סעיף י"ח).

סעיף יד

כל זה לא מיידי אלא כשהיה בעל הבית שם בשעה שנכנס זה והוציא הכלים, אבל אם ראו העדים שנכנס לרשות חבירו ונטלם שלא בפניו, בכל גוונא אינו נאמן לומר: לקוחים הם בידי. לפיכך מחזיר הכלים לבעל הבית, ואין כאן שבועה, שהרי העדים ראו מה גזל. ואחר שיחזיר, חוזר ותובע את בעל הבית בכל מה שיטעון, והדין ביניהם.

סעיף טו

וכן אם חטף חפץ מחבירו ואומר: בחובי נטלתי, אינו נאמן, אלא אם יש עדים שחטפו מידו או מביתו צריך להחזיר; ואם אין שם אלא עד אחד, והוא כופר, ישבע להכחיש העד. ואם אינו כופר, אלא שאומר שמשכנו בחובו, צריך להחזירו. והוא הדין לעד אחד מעידו שנכנס לרשות חבירו ונטל חפץ שלא בפניו. (וע"ל סי' ע"ה סעיף י"ג).

סעיף טז

הנחבל כיצד, ראוהו עדים שנכנס תחת ידו של חבירו שלם ויצא חבול, ולא ראוהו בשעה שחבל בו, וזה אומר: חבל בי, וזה אומר: לא חבלתי בו, הרי זה נשבע ונוטל. ואם יש הוכחה שזה חבל בו, כגון שהיתה החבלה במקום שאי אפשר לו לחבול בעצמו, כגון שהיתה בין כתיפיו וכיוצא בזה, ולא היה אחר עמהם, הרי זה נוטל בלא שבועה. ואפילו יש אחר עמהם, אי ברור לעדים שאותו אחר לא חבל בו, כאילו אין עמהם אחר דמי, ונוטלו בלא שבועה.

ב"ה יום ד' ט' טבת ה'תשע"ה

סימן צב

סעיף א

1. החשוד על השבועה – אינו נשבע לא שבועת התורה ולא שבועת דבריהם.

חשוד פסול לשבועה: דעת ר"י חסיד – גזלן פסול מדאורי, וא"כ כ"ש מי שנשבע לשקר. דעת תוס' – גזלן מדרבנן, ואף מי שנשבע לשקר – אינו פסול אלא מדרבנן, (סמ"ע וקצות – משום חילול ה', אך מדאורי כשר דשמא עשה תשובה), וכן מוכח מב"ק קח.

2. אע"פ שרצה התובע שישבע הנתבע – אין משביעין אותו. (כ"כ הרמב"ם, ה"ה הוכיח משבועות מא. שאין דין שכנגדו בהיסת, וודאי שבכה"ג התובע רוצה שישבע הנתבע משיפטר בלא כלום. הקצות הקשה שאולי באמת יכול להשביעו? אך הוכיח כן משבועת העדות "הכל מודים בע"א ושכנגדו חשוד" דליכא מי יימר דמישתבע, א"כ מוכח שאף אם ירצה התובע לא יוכל להשביעו).

סעיף ב

הנשבע לשקר נקרא חשוד:

1. שבועת העדות – סמ"ע מיירי כשנעשה המעשה בזמן סמוך שוודאי לא שכחו, דאחרת תלין בשכחה ולא נפסל. (כ"כ הר"ן). ש"ך – ברשב"א מוכח שלא תלין בשכחה ותמיד נפסל. עוד כתב הר"ן שמיירי אף כשמודה שידע ונשבע במזיד, ונאמן כיון שהוא מחייב עצמו בתשלומין. (דעת הרשב"א שאינו נאמן).

2. שבועת הפקדון – מיירי שיש עדים שהפקידו בידו, אך אינם יודעים אם החפץ היה בידו כשנתבע, דאם יש עדים שהיה בידו בשעה שכפר – פסול אף אם לא נשבע, כדלקמן.

3. שבועת שווא – נשבע על הידוע, או נשבע לשנות את הידוע. שקר – היינו כשבשעה שנשבע אין ידוע שמשקר.

4. שבועת ביטוי – אם נשבע על העבר, כגון שאכל ולא אכל, וכן להיפך – לכו"ע פסול. אם נשבע לעתיד – כגון שאוכל ולא אכל, או שלא אוכל ואכל – מח' ראשונים: רש"י, רמ"ה רי"ף רמב"ן – לא נפסל בכך, דיצרו אנסו ועבר על שבועתו, אך לא ישבע לשקר. אולם דעת ר"ת והרא"ש – נפסל אף בכה"ג, דעבר איסור. מח' בביאור הגמ' בשבועות מו: השו"ע סתם כר"ת ודעימיה, והביא דעת שאר הראשונים בשם י"א. פת"ש: כנה"ג – הוי ספיקא דדינא, ונפטר הנתבע בלא שבועה. שער המשפט – חיוב השבועה ודאי, הספק האם נפטר – אמרינן מתוך.

סעיף ג

1. כל הפסול לעדות מחמת עבירה – פסול לשבועה. בין עבירה דאורי ובין דרבנן. כגון אוכל נבילות, מלוה בריבית. או מפריחי יונים, משחק בקוביא.

2. החשוד על ממון חברו בעדים – פסול לשבועה. אך בלא עדים לא נחשד – דאנו תולים בספק מלוה ישנה. כשיש עדים – אין ספק מוציא מידי ודאי, ולא תלין. ב"מ ה: כאב"י, ולא כר' יוחנן ש'חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא. אלא שחשיד ותלין בספק מלוה ישנה.

3. כשמחל לחברו כל תביעות שיש לו עליו: קצות ותומים – פסול לשבועה, דלא תלין בספק מלוה, שהרי מחל לו על שאר תביעות. ודוקא בזמן קרוב שאין לחוש לספק מלוה ישנה. כ"כ הר"ן ש'נפק"מ בין אב"י ור' יוחנן. וצריך הדין ליזהר בזה. נתיבות – כשר, דאולי מסתפק בטענה זו עצמה, ועוד דמחילה בטעת לא הוי מחילה, ודילמא שכח בשעת מחילה.

סעיף ד

1. הכופר במלוה ובאו עדים שהלוהו – כשר לשבועה, דאשתמוטי קמשתמיט, שהרי מלוה להוצאה ניתנה; ב"מ ה:; אא"כ נשבע – דבכה"ג לא שייך להשתמט שהרי עושה איסור. והקצות חלק על השו"ע

- ופסק כשערי שבועות שאף כשנשבע לא נפסל לשבועה, דשמה חייב לו ממקום אחר. (דוקא במלוה אך בפקדון גם הוא מודה).
2. הכופר בפקדון – אם באו עדים שהיה בידו בשעה שנתבע – נפסל לשבועה, דבכה"ג לא שייך אשתמוטי שהרי לא ניתן להוצאה, ולא שייך לומר שנאבד לו. אך אם אין העדים יודעים שהיה בידו באותה שעה – לא נפסל, דדילמא אבד ומשתמט עד שימצאו.
3. אף כאשר באו עדים בפקדון – אם רצה לשלם ולא לישבע לא נפסל, שהרי לא רצה לגזול.

סעיף ה

אין אדם נעשה חשוד ע"פ עצמו, לכן :

1. אם נתחייב שבועה כדי להיפטר - משביעין אותו.
2. אך אם נתחייב כדי ליטול – אין משביעין אותו, שהרי הודאת בע"ד לחייב עצמו כמאה עדים דמי.
3. אם נתחייב שבועת התורה להיפטר – האם יכול התובע לומר 'לדברך אשבע ואטול'! ש"ך, ב"ח – כן, וכ"כ הרמ"ה, שהרי לדברך דינך 'שכנגדו נשבע ונוטל'. תו"ט – לא, צריך לומר שטעמו שדין שכנגדו הוא דין של ב"ד ולא של האדם, ולכן לא שייך לומר כאן 'הודאת בע"ד'.

סעיף ו

אם חברו נתחייב לו שבועה, ורוצה שיחרימו על כל היודע שהוא חשוד לשבועה :

1. אם מבקש כן בסתם – לא מחרימין, והוא ראוי לנזיפה, דח"ו לא נבייש אדם מישראל ברבים, ונחשוד בו שהוא פסול לשבועה.
2. אך אם טוען שיש לו עדים שאינם רוצים להעיד עד שיחרימו – שומעין לו. ואותם עדים חייבים לבוא ולהעיד, רמ"א.
- כ"כ בבדק הבית לתרץ דברי הרא"ש והרשב"א שלא יסתרו אהדדי.
3. אף כשהתובע טוען שהנתבע חשוד, אם לא מצא עדים על כך – משביעין אותו. ולא אמרינן לתובע 'לדברך הוא חשוד ופטור משבועה', כיון שאין אדם נפסל לשבועה לחצאין. כ"כ הרשב"א בתשובה שהובא בב"י, וטעמו נראה שהאיסור להשביע חשוד הוא לב"ד, מפני חילול ה', וכאשר מבחינתנו האדם לא חשוד א"כ אין חילול ה' בכך שישבע אע"פ שאתה טוען שהוא חשוד.
4. אך אם טוען שהוא נעשה חשוד בתביעתו זאת, לולי טעמא של מלוה ישנה היה נפסל לשבועה, כיון שאין תועלת בשבועתו, שהרי אם אנו מאמינים שהוא גזל אותך א"כ הוא חשוד, ועל הצד שלא גזל – מדוע להשביעו כלל?! כ"כ הקצות.

סעיף ז

דין שכנגדו :

1. **החשוד על השבועה – שכנגדו נשבע ונוטל, שבועות מה:** תוס' ב"מ ה. הקשו מדוע לא אמרינן בחשוד דין 'מתוך', ויטול שכנגדו בלא שבועה? תירצו ב' תירוצים: א. תיקנו כן לטובת החשוד, דאל"כ לא שבקת חיי לחשודים. ב. חשוד יכול לשבע, אלא שאנו איננו רוצים שישבע, ולכן לא שייך בו דין 'מתוך' שאינו יכול לישבע משלם.
2. דווקא בשבועה דאורי', אך בשבועה דרבנן – נפטר בלא שבועה, דהיסת גופא תקנתא היא, ותקנתא לתקנתא לא עבדינן, ב"מ ה. כ"כ התוס' בב"מ ג., וכן כתבו הראשונים בעוד מקומות.
3. דווקא כשטוען התובע ברי, אך לא כשתובע שמה. דבכה"ג לא יוכל לשבע התובע וליטול.
4. **מה הדין בשבועת ע"א? ש"ך וגר"א** – אמרינן שכנגדו, ואע"פ שהעד מסייע לתובע אינו פוטרו משבועה, דעד שחייב השבועה אינו יכול לפטור ממנה את התובע. ולכן בנסכא דר' אבא אין דין שכנגדו (שהרי הוא חשוד לגזול את חברו). מהר"ם וקצות – נוטל התובע בלא שבועה, שהרי העד המחייב לנתבע מסייע לתובע. (המהר"ם הוכיח מנסכא שעד המסייע פוטר, ולכן לא הוזכר שהתובע צריך לישבע). הקצות כתב כן בס"י פז ס"ק טז.

5. **היו שניהם חשודים:** שו"ע – חזרה שבועה לנתבע, ומשויל"מ. רמ"א וש"ך – יחלוקו. במשנה שבועות מה. לדעת ר' יוסי הדין הוא יחלוקו (כג' הגמ'), ולר' מאיר הדין הוא שחזרה שבועה למקומה, ונחלקו רב ושמואל עם ר' אבא בביאור דברי ר"מ: רב ושמואל – חזרה שבועה לסיני, ר' אבא – חזרה שבועה למחויב לה ו'מתוך'. ומבואר בגמ' 'עבד רב נחמן עובדא יחלוקו'.
נחלקו הראשונים כמי הלכה: רב האי – הלכה כרב נחמן, וממילא מוכח שאין הלכה כר' אבא ואין לנו דין מתוך כלל (שהרי ר' אבא סבר כר"מ). **ר"ף ורמב"ם** – הלכה כר' אבא כדמוכח בש"ס בהרבה מקומות, וממילא מוכח שהלכה כר"מ דר' אבא סבר כוותיה, ואע"פ שעבד רב נחמן כר"י אין הלכה כרב נחמן. (ואת הגמ' בב"מ צח. שרב נחמן מעמיד את המשנה כר' אבא, היינו מפני שהמשנה כר"מ, וליה לא סבירא ליה). **ר"ת, רא"ש וטור** – הלכה כרב נחמן, ואף רב נחמן מודה לר' אבא לדין מתוך (כדמוכח בב"מ), אלא שמפני ששניהם חשודים נמצא שגם התובע לא בסדר וקנסין ליה, או משום שגם הנתבע בעצם יכול לישבע אלא שאנו לא רוצים שישבע ולכן לא שייך כאן דין מתוך. ואף ר' אבא מודה לר' יוסי לדינא, אלא שביאר גם דברי ר"מ ע"פ שיטתו. **השו"ע פסק כר"ף ורמב"ם, הרמ"א פסק כר"ת והרא"ש, וכן הסכים הש"ך לדינא.**

6. **מה הדין כשידע התובע בשעה שעסק עמו שהוא חשוד?** רמ"א וש"ך – אין דין שכנגדו, כדעת הראב"ד, דאלי"כ לא שבקת חיי. רא"ש בתשובה – אף בכה"ג יש דין שכנגדו. הסמ"ע והגר"א – לתי' התוס' והסוברים שדין שכנגדו נתקן משום לא שבקת חיי, מוכח שלעולם אמרינן שכנגדו אף כשידע שהנתבע חשוד. אולם, הש"ך כתב שכ"כ מודים לדינו של הראב"ד, ואפי' הכי צריך תקנה כללית משום לא שבקת חיי, כיון שיוכל התובע לטעון 'לא ידעתי שהוא חשוד'. אך כשהוא חשוד מפורסם וודאי לנו שידע שהוא חשוד – לא תיקנו שכנגדו.

סעיף ח

1. שומר שהיה חשוד, ואינו יכול לשבע שבועת השומרים – פטור בלא שבועה. דלא שייך דין 'שכנגדו' שהרי המפקיד טוען שמא, ואינו יכול לשבע שהשומר פשע וליטול. **נחלקו בדין זה הרמב"ם, ורבינו ישעיה והרמ"ה: דעת הרמב"ם כדעת המחבר**, וטעמו שבחשוד לא שייך דין 'מתוך' כיון שהוא יכול לשבע אלא שאנו לא נותנים לו לישבע. וממילא כיון שלא שייך כאן דין שכנגדו – נפטר השומר בלא שבועה. **אולם, רבינו ישעיה והרמ"ה סוברים שכיון שאין כאן דין שכנגדו – חזרה שבועה למחויב לה ומתוך, כמו בשניהם חשודים.**
2. אם המפקיד תובע בברי – נשבע המפקיד ונוטל, שהרי הוא יכול לשבע.
3. האם כשהמפקיד תובע בברי יש שבועת השומרים? ש"ך – לא, וכאן מדובר שהמפקיד תובע בברי שחברו שלח יד אך אינו יודע בודאי שאכל את הפקדון, ולכן אע"פ ששבועת 'שלא שלחתי בה יד' אינו יכול להשביעו, אך יכול להשביעו שלא אכלו מדאורי' שהרי בזה תובעו בשמא, וכיון שאינו יכול לשבע שהרי הוא חשוד – נשבע בעה"ב ששלח בה יד ונוטל. **קצות – כן, ולכן שייכת כאן שבועת השומרים.**

סעיף ט

1. אם התובע חשוד ודינו לשבע וליטול – נשבע שכנגדו היסת ונפטר. כדעת העיטור והרמב"ם, ודלא כדעת הר"ף שנפטר הנתבע בלא שבועה.
2. אם השכיר חשוד – דעת הר"ן והרמ"ה: בעה"ב נשבע כעין של תורה ונפטר, שהרי התקנה הייתה מעיקרא על בעה"ב שלא יצא השכיר בפחי נפש, אלא שהפכו על השכיר כי בעה"ב טרוד, וכיון שאינו יכול לשבע – חזרה לבעה"ב. דעת בעל המאור והתוס': בעה"ב נשבע היסת ונפטר, כיון שהייתה רק תקנה להשביע את השכיר, ואם אינו יכול לשבע אין שום תקנה על בעה"ב. **וכן הסכים הש"ך, אולם פשט השו"ע בסי' פט משמע כדעת הר"ן והרמ"ה.**
3. מה הדין באלו שדינם מהתורה ליטול בלא שבועה, אלא שחכמים תיקנו עליהם שבועה? כגון פוגם שטרו, והאומר לחברו 'אשתבע לי דלא פרעתיך' וכדו'? שו"ע בסתם – אף בהם נשבע הנתבע ונפטר, כדעת הרמב"ם. וי"א – נוטל המלוה בלא שבועה, כדעת הראב"ד והרמ"ה, שחכמים החמירו עליו להצריכו שבועה, והיכא שאינו יכול לשבע לא תיקנו, שהרי יש לו שטר מעליא. **הש"ך פסק כ"א, וכתב שבסי' פב, ח כתב השו"ע שהכי מסתברא כוותיהו. ודלא כב"ח ומהרש"ך שהמוחזק יכול לטעון 'יקים לי' כרמב"ם.**

ב"ה יום ד' ט"ז טבת ה'תשע"ה

סימן צג

סעיף א

1. אלו נשבעין בטענת שמא (מפני שמורים היתר לעצמם דבשביל טרחתם מותרים ליקח מהממון בלא ידיעת בעליו): א. שותפין. ב. אריסין. ג. אפוטרופוס שמינוהו ב"ד, דחשיבות לו שבי"ד סומכין עליו, ולא ימנע מלישבע בשל כך. לאפוקי אם מינהו אבי יתומים שאינו נשבע. ד. אשה הנז"נ בתוך הבית, או שהושיבה בעלה חנונית. ה. בן הבית שנו"נ בענייני הבית. כן איתא במשנה שבועות מה.
2. הרי הם נשבעים בנקיטת חפץ שלא גזל לחבירו במשא ומתן, או שמא לא דקדק בחשבון שביניהם.
3. ודווקא כשחושדו חברו בב' כסף. דעת רש"י והרמ"ה שבעינן גם שיודה במקצת, והסמ"ע הסיק שכן עיקר וכן דעת הר"ף, הרא"ש והרמב"ם. אולם, הש"ך הסכים עם השו"ע שדעת הרא"ש הר"ף והרמב"ם שא"צ בהודאה במקצת אלא אפי' אם הוא כופר בכל יכול להשביעו. בין בקרן ובין בריוח.
4. יכול להשביעם אימת שירצה, ואינו צריך לחכות עד שיחלקו.

סעיף ב

שבועות אלו הם אפי' כשיש לו מיגו, דהיינו אף כשאין עדים שהוא שותפו וכדו', כיון שאין אומרים מיגו להיפטר משבועה, רמ"א. והיינו מיגו דהעזה, שאם יאמר איני שותפך הוא מעיז, ואם יאמר לא לקחתי לא מעיז. והרא"ש חולק וס"ל שבכה"ג שהשבועה אינה אלא מתק"ח אמרין מיגו דהעזה אף לאפטורי משבועה, ודומיא דשכיר שכשאין עדים ששכרו נאמן לטעון פרעתיד במיגו. וכן הסכימו הסמ"ע והש"ך.

סעיף ג

אף היורש יכול להשביע לשותף אביו בטענת שמא.

סעיף ד

1. השולח חברו בחינם למכור לו חפץ או נתן לו מעות לקנות עבורו דברים, האם יכול להשביעו? דעת הרמב"ם – כן, ולא חיישינן לנעילת דלת בפני גומלי חסדים. וכן הביא השו"ע בסתם. דעת הרשב"א – לא, אא"כ בא השליח ליטול חלקו בריוח או בהוצאות שהוציא.
2. מה דין המקבל עסקא מחברו למחצית שכר? י"א שאף כאן צריך לישבע, דהרי הם כשותפין. וכ"כ הרמב"ם. ויש חולקים שכיון ששכרם קצוב, לא חשיבי כשותפים, כ"כ הרמ"א בשם התוס' והמרדכי.

סעיף ה

1. אם שני השותפין נושאים ונותנים בעסק, או שאחד נושא ונותן והשני שומר על המעות או הסחורה (בלא מידה ומשקל ומנין) – הרי שניהם נשבעים מספק. אך אם רק אחד עוסק בעסק, והשני רק שותף בריוחם – אין משביעים אלא לראשון.

סעיף ו

1. אם חלקו השותפין והאריסין, נתגרשה האשה, נפרד בן הבית, והביא לו השליח סחורתו והלך – אם לא תבעם מיד – אינו יכול להשביעם לאחר מכן בטענת ספק, דמחל להם. אלא מחריס חרם סתם על מי שגזלו כשהיה שותפו. משנה שבועות מה.
2. אם יש לו טענת ודאי עליהם – יכול להשביעם גם לאחר זמן.
3. וכן אם לאחר זמן נתחייב לו שבועה אחרת – מגלגל עליו את הכל.

סעיף ז

אם פטרו משבועה – א"צ לגלגל.

סעיף ח

אם חלקו השותפות ונשאר להם חוב ביד אחרים וכדו' דבר קצוב – אין יכולים להשביע האחד את חברו מספק, דכיון שהוא דבר קצוב הרי הוא כחלוק דמי. אולם, אם החוב אינו קצוב – הרי השותפות קיימת ומשביעין זה את זה.

סעיף ט

תבע את חברו שישבע לו, והלה השיב שכבר חלקו ואינו צריך לישבע, והתובע אומר נכון שחלקנו אבל התנינו שאשביעך בכל עת שארצה – אינו יכול להשביעו. ואפי' אם מודה הנתבע שנשאר עליו חוב אלא שזקפו במלוה או הניחו כפקדון בידו.

וכן אין יכול להשביעו בכה"ג היסת או גלגול, כיון שאין משביעין אלא בטענה שאם יודה בה יתחייב ממון, אך כאן גם אם יודה לדבריו לא יתחייב אלא שבועה. ואפי' רב האי שמחייב הטוען שנשבע כבר לישבע היסת שנשבע, אע"פ שאם יודה לא יתחייב אלא שבועה, דוקא שם שטוענו שבועה שכבר נתחייב לו בה מכבר, משא"כ כאן שלא יתחייב אלא ע"י הודאתו; סמ"ע. והש"ך תירץ שבלאו הכי רב האי מודה שלא אמרין הכי בשבועה דרבנן משום תקנתא לתקנתא, וזה שייך אף בשותפין.

סעיף י

התובע טוען שהם עדיין שותפים, והנתבע משיב שכבר חלקו או שלא היו שותפים מעולם – ישבע היסת שאינו חייב לו כלום, ומגלגל עליו שלא גזלו מעולם. אך אינו יכול לגלגל עליו שלא היו שותפים או שכבר חלקו שהרי אף אם יודה לא יתחייב ממון אלא שבועה, וכמו שנתבאר בס"ק הקודם.

סעיף יא

טען הנתבע שלא היה שותפו מעולם, והביא התובע עדים שנשתתפו, וחזר וטען חלקנו כבר – הוחזק כפרן דהאומר לא נשתתפתי כאומר לא חלקתי וישבע שבועת השותפין, ונאמן בשבועתו כיון שלא הוחזק כפרן בממון (דאף אם נשתתפו אולי לא גזלו), אך אינו נאמן לומר שנשבע לאחר מכן בלא עדים; סמ"ע.

סעיף יב

שותף שטוען על חברו טענת ודאי והלה מכחיש – יכול להשביעו היסת, או להשביעו שבועת השותפין ולגלגל עליה את שאר טענות הברי.

סעיף יג

ראובן ושמעון נשתתפו יחד, ראובן הביא ד' מאות ושמעון מאתיים, וטוען ראובן שהפסיד ת"ק מאות, ושמעון אינו מאמינו: הדין מבואר בס"ק קעו ששנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתיים – חולקים הריוח וההפסד בשוה.

ע"ש בסעי' ו' שהביא דעת הרמ"ה שא"צ לשלם מביתו, אך כאן משמע שעקרונית צריך לשלם מביתו, אלא שאינו נאמן בשבועה כמה הפסיד?! הגר"א והסמ"ע הבינו שיש מח' וזו דעת הרמב"ם, ובס"ק קעו הביא דעת הרמ"ה. ה"ט"ז כתב שאין מח', אלא שכאן זה הובא רק לענין שבועת השותפין, ולכן לא דק בעצם הדין, אך העיקר כמו שנתבאר שם בשם הרמ"ה וכולם מודים לזה. הש"ך בס"ק קעו חילק בין ריוח והפסד שבאו מאליו שבהם א"צ לשלם מביתו, לריוח והפסד שבאו מחמת משא ומתן שלגביהם צריך לשלם מביתו, וכ"כ הב"ח. והנתיבות ביאר שלכו"ע א"צ לשלם מביתו, אלא שהכא מיירי שהוא טוען שהם כבר חלקו את הריוח, וכיון שרווחא לקרנא משתעבד, והקרן נפסדה א"כ הוא צריך להחזיר לו חלק מהריוחים שנטל על חשבון ההפסד מהקרן.

1. אם הממון ביד ראובן – נשבע שבועת השותפין שהממון נפסד, ונוטל המנה שנשאר לעצמו, ומפסיד המנה הנוסף ואין שמעון צריך לשלם מביתו.

אם טען ששמעון יודע בודאי שהממון נפסד – יכול להשביעו שבועת השותפין ולגלגל עליו שאינו יודע סכום הפחת. ואם שמעון לא נתעסק בממון ואינו יכול להשביעו שבועת השותפין – ישביענו היסת שאינו יודע בהפסד ויפטר.

2. אם הממון ביד שמעון – חולקין את המנה בשותפות כיון ששמעון מוחזק, ושותף אינו מהנשבעים ונוטלים. וכגון שידוע שהמנה הזה שייך לשותפות, או ששמעון מודה לו בזה.

אם שמעון מודה שפחתו, אלא שטוען שאולי ראובן הרויח כנגדם ממקום אחר – צריך לשלם לו כל המנה, נתיבות בשם הרדב"ז.

3. טען שמעון שהמנה הזה משועבד ללוי, בחוב שחייב לו מהשותפות וראובן כופר –

אם יכל ליתנו ללוי – נאמן במיגו, וחולקים מה שנשאר.

אם לא יכל ליתנו ללוי – אינו נאמן שהרי אינו נאמן להוציא מראובן, וחיישין לקוניה. ואפי' אם היה לו שטר על החוב ללוי – אינו נאמן, כיון שהשטר הוא רק על שמעון, אולי הוא לוח בשביל השותפות! ואם טען שראובן יודע שהחוב היה בשביל השותפות – יכול להשביעו היסת, או ע"י גלגול שאינו יודע מזה – וישלם שמעון החוב מביתו.

סעיף יד

1. אם יש לשמעון שטר על לוי ממון השותפות, וטען שמעון נפרעתי הכל או קבעתי לו זמן לעוד שנה וכדו' – אינו נאמן דחיישין לקוניה. אלא שלוי נפטר בהודאת שמעון, ושמעון חייב לשלם לראובן, ואפי' יברר בעדים שהוא כדבריו.

2. אם מפורש בשטר שהוא ממון השותפות – אין שמעון נאמן לגבי לוי אלא בחצי מהחוב, דאינו נאמן לחוב לחברו. ואת החצי השני שהוא של ראובן – יכול ראובן לתבוע ישירות מלוי.

סעיף טו

ראובן ושמעון שותפים, וקנה ראובן סחורה מגוי ומכרה ללוי, ולוי התחייב לשלם לגוי את מחיר הסחורה, וראובן נכנס לגוי כערב על כך בשטר. אם חלקו ראובן ושמעון, חייב שמעון לכתוב שטר לראובן שאם יוכיח ראובן בעדים שלא פרע לוי החוב לגוי – ישלם שמעון חלקו לראובן. אך לא סגי שיוכיח ראובן שפרע לגוי, דשמא גם לוי פרע ובא הגוי על ראובן בעלילה. וכל מה שיברר ראובן בעדים שהיה צריך להוציא בעסק זה (שוחד וכדו') – ישלם לו שמעון החצי.

אם היה לגוי שטר על לוי, והוא יוצא מתחת ידי ראובן – הרי זה הוכחה שפרע לגוי, ואפי' להביא עדים; ט"ז.

סעיף ט"ז

ראובן שהטעה לגוי בחשבון, ונתן המעות לשותפות, וירא שהגוי ישים לב לטעות ויתבע מראובן וינזק מזה, ותובע משמעון לאחר שחלקו, סמ"ע. שיעשה לו שטר שאם הגוי יתבענו להחזיר לו – ישלם לו שמעון החצי. וכן אם היו לו משכונות של אחרים שמכרם, וירא שיבוא לו נזק מזה, ותובע לשמעון שיכתוב לו שטר שאם ינזק מזה יפרע שמעון חצי ההפסד – אינו חייב לכתוב לו שטר. כ"כ הרא"ש בתשובה, ולא כמו בסעי' הקודם ששם החוב ידוע וראובן כתב שטר לעכו"ם – לכן חייב אף שמעון לכתוב שטר לראובן, משא"כ הכא; סמ"ע. אלא יודה שמעון בפני עדים שראובן הכניס לשותפות סכום פלוני שהטעה לעכו"ם, וכן לגבי המשכונות, ויכתבו העדים הודאתו ויתנוה לראובן, ואם יבוא לו נזק מכך יוכל לתבוע לשמעון ע"י הודאתו הנ"ל.

סעיף י"ז

ראובן צירף את אחיו לשותפות, אחיו הביא עוד כסף משלו וגם התעסק בעצמו בשותפות, והתנה עמו ע"מ שיקבל ריוח כפי מעותיו, ושמעון ידע בדבר ושתק – כשבאין לחלוק נוטל אחיו כפי מעותיו, ואינו יכול לומר כיון שלא הודעתני יטול רק משלך, שהרי ידע בדבר ושתק – אפי' הסכים לדבר.

סעיף יח

אם מכר ראובן בהקפה ויש לו שטרות על כך: אם מנהג אנשי העיר למכור בהקפה – צריך שמעון לקבל חלקו גם בשטרות, ויכול להשביע לראובן שאלו ההקפות הם מעסק השותפות. אך אם אין מנהג אנשי העיר למכור בהקפה – יטול שמעון חלקו במעות ובסחורה, ואינו צריך לקבל חלקו מהשטרות.

ב"ה יום א' י"ג טבת ה'תשע"ה

סימן צד

דין גלגול שבועה, ובו ט' סעיפים.

סעיף א

1. כל מי שנתחייב שבועה, ואפי' שבועת היסט – יכול התובע לגלגל עליו כל תביעות שיש לו. שבועות מח: למסקנת הגמ' מגלגלין אף בשבועות דרבנן.
2. אפשר לגלגל רק תביעות שאם היה מודה בהם היה מתחייב ממון.
3. אף אם לא תבע התובע שיגלגלו, אם ביי"ד יודעין שיש לתובע עליו תביעות נוספות – ביי"ד מגלגלין עליו. אך אם אינם יודעים לא, דאסור להם להיות כעורכי הדיינים.
4. אין מגלגלין על שכיר. שבועות מח: ופסק כרב הונא.
5. אם היפך השבועה על התובע – אינו יכול לגלגל עליו. כ"כ הרמ"א בשם תרוה"ד וטעמו דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. אולם, הש"ך פקפק בדבר וכתב שבהיסת מדינא פטור לגמרי, ורב נחמן תיקן היסט ויכול להפך, א"כ מסתבר שיוכל לגלגל על התובע דברים נוספים. אלא שנשאר בצ"ע לדינא.

סעיף ב

1. האם מגלגלין כשהנתבע טוען בשמא על טענת הגלגול? פשט השו"ע, סמ"ע ושו"ד – לא, אך קשה מהשו"ע בסי' שדמ שכתב שנשבע שאינו יודע על הגלגול, וצ"ע. ב"ח – מגלגלין, ודוקא כשעל הטענה העיקרית אינו יודע אין מגלגלין. ט"ז וקצות – מגלגלין ונשבע שאינו יודע, וכוונת השו"ע כאן היא שאין דין 'מתוך' בטענת הגלגול כשאינו יודע.
- התוס' והרא"ש בפרק השואל (ב"מ צח.)** כתבו שכאשר הנתבע משיב איני יודע על טענת הגלגול – אין מגלגלין עליו, ודומיא דסוטה שמגלגלין עליה רק דברים שהיא יודעת. וכמו שפירשו כאן הסמ"ע והש"ך, וכן כתב הרא"ש בשבועות סוף פרק ז'. אמנם, מהרשב"א והנמוק"י שם מוכח שאף בכה"ג מגלגלין, ואף אמרינן 'מתוך' בכה"ג על טענת הגלגול. (השו"ע הביא דעתם בסי' עה סעי' טו בשם י"א), (אמנם, הרא"ש שם כתב שאף אם נאמר שמגלגלין בשמא – אך מסתברא שלא אמרינן 'מתוך' בכה"ג).
- הב"ח כתב שכוונת הטור היא שכאשר על הטענה העיקרית הנתבע משיב בשמא, אין מגלגלין אף טענה שהנתבע יודע אותה. אולם, כבר דחה הש"ך דבריו שמדברי התוס' והרא"ש בבי"מ מוכח להדיא ההיפך. (שהרי שם טענתו העיקרית היא 'מתה כדרכה' ואגב זה מגלגל עליו שהשכורה מתה דבר שאין השואל יודע).
- אמנם, כדי ליישב דברי השו"ע נקטו הט"ז והקצות שכוונתו לומר שלא אמרינן מתוך כאשר אינו יודע את טענת הגלגול, אך אפשר להשביע אותו שאינו יודע. ואע"פ שאין שבועה דאו' כשאינו יודע, אך גלגול שבועה יש כשאינו יודע (כמו שאין נשבעין על קרקעות, אך נשבעין עליהם בגלגול).

2. אם התובע תובע בשמא על טענת הגלגול – מגלגלין, **ודוקא כשיש רגלים לדבר** כגון בשבועת שותפין; דומיא דסוטה שמגלגל עליה בטענת שמא, כיון שיש רגלים לדבר שקינא לה ונסתרה, וממילא אולי גם לפני כן הייתה פרוצה.

כ"כ הרא"ש והר"ן בשבועות, שמגלגלין אף על טענת שמא. הרא"ש (שם) והתוס' (ב"מ צז.) נקטו שהיינו דוקא כאשר יש רגלים לדבר ודומיא דסוטה; אולם, מפשט דברי הר"ן בשבועות משמע שאף כאשר אין רגלים לדבר מגלגלים בטענת שמא. אולם, כתב הב"י שאפשר לדחוק ולומר שאף הר"ן לא התכוון לומר אלא בטענת שמא שיש עליה רגלים לדבר.

סעיף ג

1. גלגל עליו טענות נוספות, ורצה הנתבע לשלם על הטענה הראשונה ולהיפטר מהגלגולים – אין שומעין לו, אלא או ישבע על הכל או ישלם על הכל.
2. אם חלק מהגלגולים הם בטענת שמא, אם רוצה לשלם עיקר התביעה ולהיפטר מהגלגולים – יכול.

3. כשמגלגל עליו שבועה, יכול לגלגל אף על טענות שלא היה יכול להשביע אותו אפי' היסת: כגון 'פרוזבול היה לי ואבד' או 'לקחת ממני ריבית', ואע"פ שיש לו חזקה לא שביק היתרא ועביד איסורא ולכן אין בכה"ג היסת, אך יש גלגול. ש"ך וקצות.

סעיף ד

אם קודם שגלגל עליו אמר אשלם ולא אשבע, שוב אין יכול לגלגל עליו דברים נוספים.

סעיף ה

כשקיבל עליו לשלם עיקר תביעתו ולא לישבע, יכול לחזור בו ולישבע על הכל ואפי' אם יצא כבר מבי"ד, כיון שלא קיבל עליו כך אלא ע"מ שלא יגלגלו עליו שאר תביעות; אך כיון שחייב לישבע על שאר דברים או לשלם, יכול לשבע אף על התביעה הראשונה.

סעיף ו

אם רוצה להפך השבועה על התובע, צריך להפך את הכל (כולל הגלגולים). אך יכול להפך חלק ולישבע בעצמו על חלק.

סעיף ז

האם מגלגלין כשנתחייב על השבועה הראשונה מדין 'מתוך'? כגון שאמר חמישים ידענא וחמישים לא ידענא: י"א שכן, וישבע על הגלגול או יהפכנו על התובע. ב"י בשם בעל התרומות. י"א שלא דכיון שנתחייב לשלם אין כאן שבועה, ושוב אינו יכול לגלגל כלום. כן דעת הרא"ש, והסמ"ע (והש"ך והב"ח בסי' עה, טו) כתבו שאף התרומות מודה לרא"ש, ומה שכתב שעל הגלגולים ישבע היינו היסת, ולא מדין גלגול. ועיי' מה שכתבנו בסי' עה, טו.

סעיף ח

אם נתחייב שבועה דאורי', וגלגל עליו שבועת היסת האם יכול לומר לו אשבע רק על עיקר השבועה, ולהפך עליו את הגלגולים? שו"ע – כן, ש"ך וגר"א – לא, שהרי גלגול שבועה דאורי' הוא, ובדאורי' לא מהפכים שבועה! וא"כ כמו שאינו יכול להפך עיקר השבועה, כן אינו יכול להפך את הגלגול. (וכתב הש"ך שלא מצא מקור לדין זה, ואדרבא הרשב"א והריטב"א כתבו כמותו). התומים דחה דברי הש"ך וכתב שדעה זו היא אליבא דמ"ד דאין דין 'מתוך' בגלגול, ולכן כשאינו יודע יכול להפך את הגלגול, במקום שלא ישבע ולא ישלם. הקצות דחה דברי התומים, כיון שאין אדם עושה עצמו ברצון שאינו יודע, ולכן כשטוען ברי אינו יכול להפך במיגו שהיה אומר איני יודע ונפטר. ואם מראש אינו יודע אינו צריך להפך, אלא נפטר בלא שבועה ומדוע שיהפך וירע לעצמו?! ואם טען ברי שפטר וחייבוהו גלגול, ורוצה לחזור בו לאיני יודע – הוי חוזק מחיוב לפטור, ואינו נאמן. (ובסי' עה שיכול לחזור בו מברי לשמא, דווקא שם שצריך לישבע שאינו יודע, משא"כ כאן שיפטר בלא שבועה כלל).

סעיף ט

הודה במקצת ונתחייב שבועה, וגלגל עליו דברים נוספים וטען עליהם 'איני יודע' – נשבע על עיקר השבועה ונפטר מהגלגולים (או מכיון שאין דין מתוך בגלגול, או מפני שאין מגלגלין כשאינו יודע), אך מחרימין בפניו על היודע ואינו מודה.

לכאוי' קשה הרי כבר בסעי' ב התבאר שאין מגלגלין שבועה, כאשר על הגלגול טוען הנתבע שאינו יודע? וממילא פשוט שאין דין מתוך בגלגול! ולשיטת הקצות והט"ז שמגלגלין וצריך לישבע שאינו יודע, אלא שאין דין מתוך ניהא. אך קשה לפי זה, הרי דין זה כפול, שהרי זהו הדין של סעי' ב לשיטתם! ועוד שפשט הלשון לא משמע כוותיהו! ואולי רצה להשמיענו שאע"פ שאין דין מתוך אך מחרימין וצ"ע וה' יאיר עינינו. אכ"ר.

הש"ך מודה שבשבועה דרבנן מגלגלין גם כשאינו יודע וישבע שאינו יודע. הש"ך הקשה מסי' צג שהשו"ע פסק שנשבע על הגלגול שאינו יודע? ותירץ ששם מיירי שעיקר השבועה היא מדרבנן, ובכה"ג מגלגלין גם כשאינו יודע וישבע שאינו יודע.

ב"ה יום ה' י"ז טבת ה'תשע"ה

סימן צה

דין איזה שבועה נשבעין על קרקעות, ודין הקדש בזה"ז.

סעיף א

1. מדאורי אין נשבעין על: קרקעות אפי' בחו"ל, עבדים שהוקשו לקרקעות, שטרות כיון שאין גופן ממון, הקדשות אינן בכלל 'רעהו', נכסי גויים כנ"ל. משנה שבועות מב: , ובגמ' מג. ילפינן מפרשת שומרים: "כי יתן איש אל רעהו, כסף או כלים, לשמור", כלל ופרט וכלל – מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון, אף כל המטלטל וגופו ממון. 'רעהו' ולא של הקדש, או גוים.

שטרות היינו כשתובעו שיחזיר לו השטרות שהפקיד בידו, אך כשתובעו חוב בשטר הוי תביעת ממון ונשבעין עליה (אא"כ יש בו שעבוד קרקעות, ואין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות).

2. אין נשבעין בין שבועת מוב"מ, או שבועת עד א', או שבועת השומרים.

3. ודברים אלו נתמעטו מדיני שומרים לגמרי, ואפי' פשע בהם אינו חייב לשלם, ואם התנה עליהם בקנין, סמ"ע – הכל לפי תנאו; כן דעת השו"ע. אולם, הש"ך חולק וסובר שאם פשע חייב לשלם. השו"ע פסק כראשונים ששומר שפשע לא חשיב מזיק בידיים, והש"ך פסק כרמב"ם שפושע הוי מזיק בידיים וחייב מדיני נזיקין.

4. שבועת היסת נשבעין גם על דברים אלו, וכן גלגול שבועה מגלגלים עליהם. והוא הדין כל שבועות המשנה נשבעין עליהם, סמ"ע וש"ך.

5. הקדש היינו הקדש גבוה, אבל הקדש ביה"כ ועניינים וכדו' – נשבעין עליהם. ובהקדש צדקה דוקא בדבר שיש לו קצבה נשבעין עליו, אך בדבר שאין לו קצבה – הוי ממון שאין לו תובעין ופטור השומר משבועה.

6. תלוש ולבסוף חיברו: י"א שדינו כתלוש וי"א שדינו כמחומר, ולכן אם שאל בית ונשרף – פטור מלשלם, רמ"א. ודעת הש"ך שאף החולקים לא חלקו בבית, דבית לכו"ע הוי כקרקע שאין בו דין שומרין ופטור; ולא נחלקו אלא בקיר וכדו'.

סעיף ב

1. ענבים העומדים ליבצר ותבואה העומדת ליקצר מה דינם? שו"ע – אם אינם צריכים עוד לקרקע - הרי הם כמטלטלים לכל דבר, דכל העומד ליבצר כבצור דמי. ונשבעין עליהם שבועת התורה, ויש בהם חיובי שמירה.

שבועות מב: במשנה: "רבי מאיר אומר: יש דברים שהן בקרקע ואין כקרקע, ואין חכמים מודים לו. כיצד? עשר גפנים טעונות מסרתי לך, והלה אומר: אינן אלא חמש - רבי מאיר מחייב שבועה, וחכ"א: כל המחומר לקרקע הרי הוא כקרקע". ובגמ' מג. "א"ר יוסי ברבי חנינא: הכא בענבים עומדות להבצר קמפלגי, דרבי מאיר סבר: כבצורות דמיין, ורבנן סברי: לא כבצורות דמיין". **ופסק השו"ע הלכה כרבי מאיר.**

שו"ך – לכל דבר הרי הם כקרקע, ואין נשבעין עליהם ואין שומרים חייבים עליהם. ורק לענין בע"ח הרי הם כמטלטלין דלא סמכא דעתיה עליוהו.

נתיבות – לענין מוב"מ הרי הם כמטלטלין, לענין שומרים – הרי הם כקרקע, ואין בהם חיוב שמירה ואין נשבעין עליהם.

2. לדעת השו"ע – מדוע אינו פטור מדין הילך? י"א שמדובר שתובעו דמי הענבים, אך אם תובעו הענבים עצמם הוי הילך, כן דעת הר"ן. וי"א שדמי הענבים לכו"ע הוי מטלטלין, והכא מיירי בתובעו הענבים עצמם ולא הוי הילך כיון שמודה במקצת שבצרן ואכלן ואין בעין, כן דעת הרשב"א. **והש"ך הכריע כדעתם.**

סעיף ג

תביעת קרקע לא הוי אלא כשתובע את גוף הקרקע, ולכן:

1. כשתובע ממנו שכירות הקרקע –

אם עדיין לא הגיע זמן פרעון השכירות – הרי זה תביעת קרקע דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ונמצא שהדיון עכשיו הוא על המגורים בקרקע.

אולם, אם הגיע זמן הפרעון, וחלוקים כמה זמן גר בחצרו – הרי זה תביעת דמים, ונשבע עליה.

2. כמו כן, אם תבעו דמי הקרקע שמכר לו – הרי זה תביעת דמים, ואם הודה לו במקצת ישבע שבועת התורה.

אם חלוקים כמה קרקע מכר לו, שזה טוען מכרתי לך שדה שלימה ואתה חייב לי דמיה, והלה טוען לא מכרתי לי אלא חציה ואיני חייב לך אלא חצי מדמיה – כתב הש"ך שאע"פ שמשמע מדברי הה"מ שאף בכה"ג הרי זה כקרקע ח"ו לומר כך, אלא לא דק וודאי בכה"ג הוי תביעת דמים. ורק כשתבעו מכרתי לי ב' שדות וזה משיב לא מכרתי אלא אחת ואינם חלוקים על הכסף – הוי תביעת קרקע.

3. כמו כן, אם תבעו דמי נייר השטר – הוי תביעת ממון.

סעיף ד

תבעו שמסר לו שטר שהיה בו ראייה על חוב ממוני, והלה טוען להד"מ או שאבד – פטור אף מהיסת, שהרי אף אם היה מודה שפשע בו היה פטור מלשלם, כמו שנתבאר בסעי' א.

הבמ"ע הקשה שהרי הרמב"ם חילק בין טענת להד"מ שנשבע היסת לטענת אבידה שפטור, ותיירץ הש"ך שהרמב"ם לשיטתו שבפשיעה חייב גם בשטרות דהוי כמזיק, ולכן כשטוען להד"מ הרי הוא פושע וחייב לשלם, ולכן צריך לישבע היסת. אולם, הסיק שהעיקר שכשטוען להד"מ חיישינן שהוא עדיין בידו, ולכן משביעים אותו היסת, משא"כ כשטוען שאבד.

סעיף ה

טענו כלים וקרקעות:

1. אם הודה בכלים וכפר בקרקעות, או שכפר בכלים והודה בקרקעות, או שהודה במקצת הקרקעות וכפר בכל הכלים – פטור משבועה שאין נשבעין על הקרקעות.

2. אם הודה במקצת כלים וכפר בכל הקרקעות – חייב שבועת מוב"מ על הכלים, ומגלגלין עליו שבועה גם על הקרקעות.

דין זה נכון גם בטענו כלים ועבדים, או כלים ושטרות.

סעיף ו

תבע לחברו שחפר בשדהו בורות שיחין ומערות והזיקה וחייב לשלם דלא פטרו אלא בשומרים אך לא במזיק; סמ"ע: בין אם חברו כופר בכל, בין אם הוא מוב"מ או שיש עד א':

שו"ע - פטור משבועת התורה. ב"מ ה. "ולמאן דאמר הילך פטור, אמאי איצטריך קרא למעוטי קרקע משבועה? הא כל קרקע הילך הוא! - אמר לך: איצטריך קרא היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות". וכפי הרמב"ם, ואע"פ שתבעו את דמי הנזק, אך כיון שהחויב נצמח מהקרקע הוי כתביעת קרקע. רמ"א – חייב, דהוי כתביעת ממון, כשיטת הראב"ד שהגמ' מדברת כשתבעו למלאות החפירות, אך אם תבעו לשלם הוי תביעת דמים. וכן פסק הש"ך.

ב"ה יום ב' י"ד טבת ה'תשע"ה

סימן צו

חרש שוטה וקטן איזו שבועה נשבעים, וגם אשת איש, ובו ו' סעיפים.

א-ב קטן שתובע לגדול

סעיף א

אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן, אחד הבא בטענת עצמו או בטענת אביו, לפי שזה המקצת שהודה בו לקטן אינו אלא כמשיב אבידה. וכן אם כפר בכל, ובא עד אחד והעיד לקטן, אינו נשבע, שזה עד אחד ואין שם תובע, שתביעת הקטן אינה תביעה גמורה. (ו"א דצריך לישבע על פי העד) (טור ומרדכי פרק הדיינים). נמצאת אומר, קטן שאמר לגדול: מנה לי בידך, או: אבא היה לו בידך, והלה אומר: אין לך בידי אלא חמשים, או: אין לך בידי כלום, ועד אחד מעידו שיש לו, הרי זה פטור משבועת התורה.

אבל אם שמר לקטן וטוען שאבד, הרי זה נשבע שבועת השומרים, לפי שאינו נשבע מחמת טענה. הגה: ויש אומרים דאין נשבעין לו משבועות שומרים שהיא שבועת התורה (טור בשם הרמב"ן והרא"ש והראב"ד שם בפ"ב משכירות בהשגתו), אף על פי שתבעו כשהוא גדול, רק שהנתינה היתה כשהיה קטן (שם בהשגת הראב"ד), וכן נ"ל עיקר.

וכן אם הודה שהיה שותף לקטן, או אפוטרופוס עליו, יעמידו בית דין אפוטרופוס לקטן; וישבע השותף; וכיוצא בו טענת שמא.

1. אין נשבעין על טענת חרש, שוטה וקטן. שבועות מב. "אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן, ואין משביעין את הקטן. מ"ט: אמר קרא: **"כי יתן איש** אל רעהו כסף או כלים לשמור", ואין נתינת קטן כלום". וחרש (שאינו מדבר ואינו שומע) ושוטה דומין לקטן, דלאו בני דעת נינהו.

2. גם קטן הבא בטענת אביו – אין נשבעין על טענתו דמשיב אבידה הוא. כתובות יח. שבועות מב. מח' ראב"י וחכמים, או שפסק כחכמים ולא כראב"י, וכמו שפסק הראב"ד, ור"ח והגאונים. או שפסק כראב"י וכר"י, אך נקט שנחלקו רק בגדול הבא בטענת אביו, ובקטן אפי' ראב"י מודה שמשיב אבידה הוא, וכפי' ר"י בתוס'.

3. אם הודה במקצת לקטן בין אם בא בטענת אביו ובין אם בא בטענת עצמו – פטור משבועה, שהרי הוא משיב אבידה. הקשה רעק"א הרי בלאו הכי פטור כיון שתביעת קטן אינה תביעה!! תירץ הגר"ן שם שאל ללמדנו שפטור אף מהיסת מטעם משיב אבידה.

4. אם הקטן תובעו ע"פ עד א' שו"ע – פטור משבועה, וכתב הש"ך שכן פסק מהרש"ל. רמ"א – י"א שחייב שהרי אף בגדול הטוען שמא ע"פ העד נשבע.

מהו טעם החולקים? הבי"ב כתב שאע"פ שנשבעין בספק ע"פ העד, אך בקטן שאני שאין כאן תובע כלל. וכן נראית דעת השו"ע בס"י עה פסק שבגדול נשבע בספק ע"פ העד, ובקטן פטור. אך קשה, א"כ מדוע בשומרים נשבע הרי אין כאן תובע כלל!! (ואפשר לתרץ שגדול התובע ע"פ העד חשיב כבד, אך קטן ע"פ העד לא חשיב כבד, וצ"ע). וכן הקשו על דבריו הט"ז ורעק"א. גר"א – תלוי במח' בסי' עה האם גם בגדול שתובע ע"פ העד חייב שבועה או לא.

5. האם נשבעין שבועת השומרים לקטן? שו"ע – כן, וכן דעת הר"י מיגש והרמב"ם, דטענת קטן חשובה כשמא, אך בשומרים לעולם נשבעים בטענת שמא. (כי יתן קאי על טענת ברי, ואע"פ שנאמר בשומרים עירוב פרשיות כתיב). רמ"א – לא, מדוע? סמ"ע: כי יתן נאמר אף בשומרים, ובא למעט קטן אף משבועת השומרים. ש"ך: אע"פ שנשבעין לקטן בשמא, אך כיון שקטן אינו בר דעת לא חלו חיובי שמירה על הנפקד, ונמצא שאין בו דיני שומרים. הנפק"מ ביניהם היא בקטן הבא בטענה שאביו הפקיד אצלו, וכמו שיתבאר.

לסוברים שאין נשבעין בשומרים לקטן, האם יש מצב בו נשבעים? סמ"ע – לא, ש"ך – כן. דין זה הוא נפק"מ ממח' הקודמת, לטעמו של הסמ"ע אין נשבעין בכל ענין דקטן התמעט אף משבועת השומרים, וכשיטת התוס' שבין אם נתנו לו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול, ובין אם נתנו כשהוא גדול ותבעו כשהוא קטן (כגון שאביו הפקיד בידו) – פטור משבועה, דבעינן נתינה ותביעה בגדלות. ולא כרש"י שפירש הסוגיא דמירי כשקטן תובע על נתינת אביו ואפי"ה נשבעין לו, דמוכח מב"ק קו: שבעינן נתינה ותביעה שוין כאחד. אולם, הש"ך נקט להלכה כשיטת הרמ"ה שהובאה בטור, שקטן לא התמעט אלא מדיני שמירה, ולכן אין נשבעין על טענתו אף בשומרים. אולם, כשהוא תובע על

נתינה של אביו (שהיא ודאי מחייבת את הנפקד), א"כ חייב הנתבע לשבע לו, שהרי בשומרים נשבעים אף בטענת שמא. (ולדעת הש"ך צ"ל שמח' של רש"י ותוס' לא שייכת הכא אלא במוב"מ ועד אחד כשתובעו על חוב שהתחייב לאביו).

6. השומר לקטן ופשע בו? רשב"א פטור, דהתורה פטרתו מכל דיני שומרים. ש"ך חייב, וביאר בסי' סו.

7. שבועות דרבנן שנשבעין בטענת שמא, כגון שותפין ואריסין וכדו', לכו"ע נשבעין גם בטענת קטן.

סעיף ב

אף על פי שאין נשבעין על טענת קטן שבועת התורה, אבל שבועת היסת נשבעין, ואפילו היה קטן שאינו חריף לענין משא ומתן, נשבעין היסת על טענתו. נמצאת למד שהקטן שטען על הגדול, בין שהודה מקצת בין שכפר בכל, בין שהיה שם עד בין שלא היה שם עד, הרי זה נשבע היסת, ואינו יכול להפך על הקטן, שאין משביעין את הקטן כלל, ואפילו חרם סתם אינו מקבל, לפי שאינו יודע עונש השבועה. (וי"א דאין נשבעין על טענתו, אלא אם כן הגיע לעונת הפעוטות) (טור בשם הרמב"ן והרא"ש ור"ן פרק הדיינים).

1. שבועת היסת נשבעין לקטן. שלא יהא כל אחד נוטל ממונו והולך לו, ותיקון העולם הוא. כ"כ הרמב"ם בשם רבותיו, והרא"ש בשם הר"י מיגש. ודלא כראב"ד, שאין נשבעין היסת לקטן.

2. האם לכל קטן נשבעין היסת? שו"ע – כן, כדעת הרמב"ם והר"י מיגש. רמ"א – לא, אלא דווקא אם הגיע לעונת הפעוטות, כדעת הרמב"ן, הרא"ש והר"ן.

3. כשנתחייב שבועה לקטן – אינו יכול להפכה עליו, שהרי הקטן אינו יכול לישבע. כמו כן, אין מחרימין על הקטן, שהרי אינו יודע עונש השבועה.

ג – גדול שתובע לקטן

סעיף ג

יש מי שאומר שאע"פ שנשבעים שבועת היסת לקטן, על השטרות, אין נשבעין לו כלל. קטן שטענו הגדול, אם טענו בדבר שיש לו הנאה לקטן, כגון עסק משא ומתן, לאחר שהגיע לעונת הפעוטות, והודה הקטן, נפרעים מנכסיו, ואם אין לו, ימתין עד שיהיה לו, וישלם. ואם כפר הקטן, ממתניים עד שיגדיל וישבע היסת. ואם טענו בדבר שאין לקטן הנאה, כגון נזקים וחבלות, אף על פי שמודה ואף על פי שיש לו ממה לשלם, פטור, ואפילו לאחר שהגדיל (טור ס' פ"ט ס"ד וס"ז צ"א ס'). ואם היה התובע מהנשבעים ונוטלים, כגון השכיר וכיוצא בו שיש הנאה לקטן שישתכר לו שכיר, הרי זה נשבע ונוטל מהקטן. אבל חנוני שנשבע על פנקסו, אינו נשבע ונוטל מהקטן, שאין לקטן בזה הנאה, שהרי הוא חייב ליתן לפועליו, ונשבעין ונוטלין ממנו, וזה החנוני הפסיד על עצמו שנתן ממונו על פי הקטן.

1. אין נשבעין לקטן על שטרות, כ"כ הרשב"א. במה מדובר? סמ"ע – טוענו הקטן שיש לו בידו שטרי חוב של אביו והלה מוב"מ – פטור הנתבע, דמדאוי אין כאן שבועה אלא מתק"ח, ועצם הדין שנשבעים לקטן זה מתק"ח – ותקנתא לתקנתא לא עבדינן. ש"ך – מוציא שט"ח על אביו של הקטן, באופן שהקטן חייב לשלם, והקטן טוען 'אשתבע לי דלא פרעתיך', או מביא ע"א שפרעו – נוטל התובע בלא שבועה. דמדאוי חייב לשלם בלא שבועה, ושבועה זו תק"ח להפסיד דעתו של התובע, ותקנתא לתקנתא לא עבדינן. (אך במקרה של הסמ"ע נשבע היסת ונפטר, דלענין היסת אין חילוק בין שטר לדברים אחרים).

2. אימתי ב"ד נזקקין לגדול שתובע קטן?

א. אם יש לקטן הנאה מכך, כגון בעסקי משא ומתן וכדו', דאם ב"ד לא יזדקקו לדונו, אנשים לא יעסקו עמו. ודוקא שהגיע לעונת הפעוטות. אם יודה – ישלם, ואם אין לו – ימתין עד שיהיה לו וישלם. ואם כפר – משביעין אותו היסת כשיגדיל, דבקטנותו אין משמעות לשבועתו, שהרי אינו יודע עונש השבועה, סמ"ע.

ב. כאשר התובע שכיר, נשבע ונוטל מהקטן. שיש לו הנאה מכך שישכרו לו פועלים.

3. אימתי אין ב"ד נזקקין לקטן?

א. כשאין לו הנאה, כגון גזילות וחבלות וכדו'. ובכה"ג אע"פ שהקטן מודה ויש לו לשלם – פטור, ואף לאחר שיגדיל אינו חייב לשלם. דחרש וקטן פגיעתן רעה וכו', בב"ק פז. ואיתא שם שנתגרשה האשה ונשתחרר העבד חייבין לשלם, ואילו לגבי קטן לא קתני הכי.

ב. חנוני על פנקסו, שהרי הפועלים נוטלים מהקטן, ואילו אין לו הנאה שהחנוני ישבע ויטול ממנו.

4. האם 'הודאת בע"ד כמאה עדים דמי' נכון אף בקטן? מהרי"ק – אין הודאתו הודאה, אך במידי דאית ליה הנאה כן מדרבנן. והקצות נשאר בצ"ע מהסוגיא בסנהדרין לא. שמוכח ממנה שאף בקטן הודאתו הודאה.

ד - קנין קטן

סעיף ד

אין קנין קטן כלום. לפיכך עדים שראו קנין שלו, לא יכתבו עליו שטר.

אין קנין קטן כלום, דבעינן שיהיה איש דכתיב 'שלף איש נעלו', סמ"ע. לכן אם ראו עדים קנין שלו – אין כותבין עליו שטר. 'חזקה אין העדים חותמים על השטר אא"כ נעשה בגדול' (כתובות יט).

ה – חרש ושוטה, סומא

סעיף ה

החרש והשוטה, אין נזקקין להם לכל טענה, לא לטענתם על אחרים ולא לטענת אחרים עליהם, לא לשבועה קלה, ואין צריך לומר שבועה חמורה או תשלומין; אבל הסומא, הרי הוא כבריא לכל דבר בענינים אלו, ונשבע כל מיני שבועות, ונשבעים על טענתו. ויש מי שכתב שדין החרש כדין הקטן; אבל השוטה, אפילו נתרפא והודה, אינו חייב לשלם. ואפילו אם הלוהו בעדים, שאבידה מדעת היא; ואין צריך לומר שאין משביעין אותו לכשיתרפא. (והסברא האחרונה נראה לי עיקר).

1. מה דין החרש? שו"ע – דינו כדין השוטה, כדעת הרמב"ם. רמ"א – דינו כקטן, כדעת הטור.

2. מה דין השוטה? אין נזקקים לתביעתו, או לתביעת אחרים עליו – לא לשבועה ולא לתשלומים. ואפי' אם נתרפא והודה – פטור מלשלם, ואפי' הלוהו בעדים – דהמלוה לו אבידה מדעת היא.

3. מה דין הסומא? הרי הוא כבריא לכל דבר, ונשבע כל סוגי השבועות, ונשבעין על טענותיו.

4. אילם, הרי הוא כפיקח לכל דבר, אך כיצד נשבע? שבות יעקב – בכתיבה, דכתיבה הוי כדיבור לכל דבר. תומים – מושבע מפי אחר, והוא כותב, דמושבע מפי אחר אע"פ שלא אמר אמון הוי מושבע. רשב"א בתשובה – דוקא בשבועת התקנה מועיל מושבע מפי אחרים, אך לא בשבועת התורה. בתחילה הקצות רוצה לומר שדווקא כשמרכין ראשו לא מהני, אך בכתיבה מהני, כתומים. אך למסקנתו כותב הקצות שבשבועת הדיינים מדאורי לא מהני מושבע מפי אחרים כלל, אלא בעינן שיוציא שבועה מפיו, לחומר השבועה. ורק בשבועות מדרבנן מהני.

ו - אשת איש

סעיף ו

אשת איש שנתחייבה שבועה, משביעין אותה. ואם מסרבת מלישבע, כופין אותה כמו שכופין לאיש. הגה: ומזמין אותה לדין או שולחין אצלה, כדרך שיתבאר לקמן סימן קכ"ד. ואם אין לה לשלם, יכתבו לו פסק שתשלם לכשתתאלמן או לכשתתגרש (טור); אבל אין בעלה חייב לשלם בשבילה, אף על פי שנושאת ונותנת תוך הבית (מהרי"ק שורש קצ"ב בשם מוהר"מ), ודלא כיש חולקין בזה (מרדכי פ' החובל ופ' הנשבעין). ועיין באבן העזר סימן צ"א. ואם הבעל מודה שבאו הכלים שתובעים אותה לרשותו, חייב לישבע שאין ברשותו ושלא שלח בהן יד ושלא פשע בהן במה שנגנבו (טור). י"א דאין משביעין האשה כשהיא מעוברת, דהא מוציאין אותה מבית הכנסת כשהיו נותנין חרם (ב"ר סימן שפ"ה).

1. אשת איש שנתחייבה שבועה – משביעין אותה, וכופין אותה אם מסרבת לישבע. דהשווה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה.

הטור הביא מח' בדין זה: רב האי גאון סובר שאין משביעין אותה, שהרי אין לה ממה לשלם ומדוע להשביעה? אלא כותבין לו שנתחייבה לו שבועה, וכשתגרש או תתאלמן – ישביענה. אולם, הביא שהרא"ש ורב שרירא גאון פסקו שמשביעין אותה וכשיהיה לה – תשלם. הבי"ה הקשה שבתרומות מבואר שאף רב האי מודה לרא"ש: "הש"ך כתב לתרץ שלא נחלקו בדבר זה, ומה שהביא הטור בשם רב האי שאין משביעין אותה – היינו כשודאי אין לה ממה לשלם, ונמצא שאף אם תודה לא תשלם, א"כ מה תועלת בשבועתו. אולם, הרא"ש ורב האי בתשובה שאמרו שמשביעין אותה – היינו כשהגיוני שיש לה ממה לשלם, או שתובע אותה שתחזיר לו הפקדון וכדו' שיש תועלת בשבועתה עכשיו.

2. אם אין לה לשלם – כותבין לו פסק שתשלם לו לכשתתאלמן או תתגרש.

3. האם בעלה חייב לשלם בשבילה? רמ"א – לא, אע"פ שנושאת ונותנת בתוך הבית. ש"ך – כן, אם נושאת ונותנת בתוך הבית. ואף אם לא נז"נ, חייב לשלם בדבר מועט דרך הנשים ליקח לצרכי הבית.

המרדכי הביא בשם הראב"ן שבימינו שהנשים רגילות לישא וליתן, וניחא בזה לבעליהם – הרי הן כשלוחי הבעלים וחייבים לשלם עבורם, וזו תקנת השוק כיון שאל"כ לא ישאו ויתנו עמהן. והדרכי משה הביא בשם המהרי"ק שמהר"ם ושאר פוסקים חולקים על הראב"ן, ולכן אין להוציא ממון מספק. וכן פסק הרמ"א. אולם, הש"ך האריך להוכיח שאין חולקים בדבר, ושלא מסתבר שהבעל והאשה יהנו מהממון ולא יצטרכו לשלם. ולכן כתב שאף החולקים לא חלקו אלא באשה שאין דרכה לשאת ולתת בתוך הבית. ולכן העלה לדינא שכאשר הבעל נהנה מזה – חייב לשלם. מה שאין כן כאשר התחייבה מחמת שהזיקה וכדו' שאין בעלה חייב לשלם.

4. אם הבעל מודה שבאו הכלים לרשותו – חייב לישבע שאינם ברשותו, ושלא שלח בהן יד, ושלא פשע בהם.

5. האם משביעים אשה מעוברת? רמ"א, חת"ס – נהגו שלא, תומים – כן, דמנהג זה אין לו שורש כלל.

הרמ"א כתב בשם בנימין זאב שאין משביעין אשה כשהיא מעוברת, שהרי מוציאין אותה מבית הכנסת כשמחרימין. התומים הקשה שהרי בסוטה מבואר שמשקין אף את המעוברת ואין ממתנינים עד שתלד, ולכן כתב שמנהג זה אין לו שורש. והחת"ס כתב שטעם המנהג הוא מפני שחוששין שלא תסתכן בלידתה, שהרי אף בשבועת אמת יש סכנה. ואין ראייה מסוטה שהרי שם אין לנו לחוש להפסד גופה – שאם זינתה המים ימיתוה, ואם טהורה היא יוניקתה ונזרעה זרע'. משא"כ כאן. ולכן כתב שהתומים הפריז על המידה, והבא להוציא מהרמ"א ומנהגיו עליו הראיה.

ב"ה יום ה' אי' שבט ה'תשע"ד

גביית מלוה

סימן צז

סעיף א

1. **מ"ע להלוות** ('אם כסף תלוה') והיא גדולה מן הצדקה, שלא יצטרך להגיע לשאול על הפתחים.
2. **סדרי קדימה**: עני קודם לעשיר, קרובו קודם לאחרים, עניי עירך קודמים לעניי עיר אחרת.
3. **המצוה כוללת גם ליעצו עצה** ההוגנת לו.
- ב' - 'לא תהיה לו כנושה' - **אסור לנוגשו** לפרוע כשיודע שאין לו, וכן **אסור להיראות לו** כדי שיכלם. ב"מ עה:
- ג' - **אסור ללוה לדחות המלוה** ריקם כשיש לו ממון לפרוע.
- ד' - **אסור ללוה לאבד ממון המלוה** ולא יהיה לו ממה לפרוע, ומוטב שלא להלוות לאיש כזה. סמ"ע אפי' אין כוונתו לאבדה אלא שמוציא שלא לצורך גדול.
- ה' - **אין מרחמין בדין**, ולכן נזקקין למלוה התובע את הלוה אע"פ שהלוה עני והמלוה עשיר.

סעיף ו

1. **אסור למלוה למשכן את הלוה** – בין בתוך ביתו ובין בחוץ – **ואם משכנו עובר בלאו, אך קנה את החפץ כמשכון**. (כדעת הרמב"ם, 'ביתו' לאו דוקא אלא ה"ה רשותו, ולשליח ב"ד נאסרה רק הכניסה לבית – 'בחוץ תעמוד'; ולא כרש"י ותוס' שאף במלוה האיסור רק ליכנס לביתו, ובחוץ אסור מדרבנן שמה יכנס). ב"מ קיג. פת"ש בשם בית אפרים – דרך הערמה שרי לגרום לו לתת לך.
2. **שליח ב"ד אסור ליכנס לביתו למשכנו** (ואפי' רק כדי לראות את נכסיו, רמ"א). אך מותר למשכנו בחוץ אף בזרוע, **ואם הזיק – פטור** כיון שעשה ברשות. (עבר המלוה ומשכן, מותר לו **למנוע** מהלוה לקחת ממנו אף ע"י הכאה, סמ"ע).
3. **כלי אוכל נפש אסור למשכן אף בחוץ** – "לא יחבול ריחיים ורכב". ודוקא שלא בשעת הלואה (ולא כרמב"ם שאסר תמיד), דבשעת הלואה הוי כמכר (סמ"ע).
4. **ריחיים של מים**, לא שייך בהם משכון כלל דהוי כקרקע, ולכן אין ב"ד סוגרין אותם. אך אם המלוה פירק את הריחיים, נעשו כמטלטלין וקנאם כמשכון ויש להם דין אוכל נפש שצריך להחזירם בשעת מלאכה.
- האם למלוה עצמו מותר לסגור ריחיים של מים? סמ"ע** – כן, שאין זה בכלל משכון. **בעה"ת בשם הרמב"ן** – אסור ונקרא גזלן, כיון שאף לב"ד לא הותר אלא למשכן, אך לא למנוע מלעשות מלאכתו. והטעם שלא ממשכנים קרקע – מפני שמשכון הוא לבטחון גביה שלא יבריח נכסיו, וקרקע א"א להבריח.
5. **דין כלי אוכל נפש**:
- תוס' ורמב"ם**: אסור ליטול, ואם נטל מחזיר מיד. (ולא נאמר 'השב תשיב' מ"מ דאי עביד מהני אלא בנכנס לביתו).
- רמב"ן ורשב"א**: אסור ליטלם בשעת מלאכה, אך שלא בשעת מלאכה נוטל ומחזיר בשעת מלאכה. וכן איתא בירושלמי.

ראב"ד: אסור ליטול, ואם נטל מחזיר בשעת מלאכה (דאף בהם נאמר דאי עבד מהני).

מהי דעת השו"ע? אצלנו כתב שמחזיר בשעת מלאכה, ולכאוי משמע כראב"ד. ובסעי' ח כתב כלשון הרמב"ם 'מחזיר בעל כרחו' שמשמע מיד, וכן בסעי' יד! הגר"א כתב במקום א' שדעתו כרמב"ן וכרשב"א, ובמקום אחר שדעתו כרמב"ם; וצ"ע. הסמ"ע כתב שדעתו כראב"ד, שאסור לחבול אך אם חבל מחזיר בשעת מלאכה, וכתב שאף הרמב"ם סובר כן.

6. האיסור למשכן הוא רק בהלואה ולא בפיקדון, לכן בעיסקא מותר למשכן כנגד הפלגא פקדון. ואף כשתופס חפץ א' ששואו כנגד כל החוב – מותר, שהרי עיקר התפיסה היא עבור הפיקדון. ואע"פ שמכוון גם עבור המלוה, ואפשר לתפוס חפץ קטן עבור הפקדון – מותר. כיון שמעשה התפיסה לא נאסר. והביא ראיה מב"מ ל. 'שוטחה לצורכה ולצורכו' שהגמ' מביאה ראיה מפרה אדומה שאסור משום שיש גזה"כ, אך כשאין גזה"כ מותר. אך משום חומרת האיסור אין לסמוך על זה, נתיבות.

סעיף ז

אע"פ שאין ממשכנין קרקע והמחזיר לה, אם רואים שדעתו להבריש – מגבין לו מהם לשעתו.

סעיף ח

כלי אוכל נפש היינו דוקא שעושים בהם אוכל נפש ממש, כריחיים ועריבות ויורות. (כדעת ר"ת והרא"ש והרמב"ם, ולא כש"ר שפירשו שאף כלי אומנות הם בכלל אוכל נפש, כיון שמרויחים על ידם אוכל נפש).

מקור הדין:

ב"מ קטז. 'חבל זוג של ספרין וצמד של פרות חייב שתיים' – למדו הראשונים שאף מספרים של ספרים, וכלי הנקרא 'צמד' שחורשין בו הוי בכלל אוכל נפש, שכיון שמתפרנסים על ידם חשיבי כאוכל נפש. אך ר"ת חלק וגרס 'זוג של מספרים', וביאר שמדובר במספרים של שחיטה, וצמד של פרות היינו זוג פרות שמרכסות (דשות) בתבואה, ולכן הוי אוכל נפש, כיון שפועלים ישירות באוכל נפש. והרמב"ם – לגבי מספרים כתב כר"ת, אך לגבי צמד כתב פרות החורשות ודלא כר"ת! וביארו שדוקא בפרות החורשות חשיב אוכל נפש, כיון שעוסקות בחרישה, אך לא שאר אומנויות.

סעיף ט

אסור למשכן כלי אוכל נפש, אפי' יש לו כמה מאותו הסוג. ודווקא כשמשמש בכולן. כן איתא בתוספתא הביאה הרא"ש והנמוק"י.

סעיף י

חבל הרבה כלי אוכל נפש – חייב על כל אחד ואחד. ואם חבל כלי א' המחזיר משנים (כגון מספריים) – חייב ב'. ב"מ קטו.

סעיף יא

מותר למשכן אוכל נפש עצמו, אך צריך להשאיר לו כדי סידורו.

סעיף יב

אם משכנו כלי אוכל נפש (או דברים הנצרכים לו, סמ"ע) חייב להחזירם לו בשעה שהוא נצרך להם. "השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש".

אולם, גזבר הקדש או גזבר עניים (שמשולחן גבוה קזכו, סמ"ע) – א"צ להחזיר. "ולך תהיה צדקה" יצא הקדש שאינו צריך צדקה (ב"מ קיד.).

ואע"פ שעשה איסור במשכון – קנה משכון. ואם לקח דברים שאינם צריכים לו אינו חייב בהשבה.

סעיף יג

אם הלוח מסר מדעתו כלי אוכל נפש – מותר ליקח. כדעת רוב הראשונים, דבשעת הלואה הרי זה כמכר ושרי. ודלא כרמב"ם שאף בכה"ג עובר בלאו.

סעיף יד

דין אלמנה – "ולא יחבול בגד אלמנה".

1. אפי' אלמנה עשירה אסור לחבול. בגמ' נחלקו ר"ש ור"י, ר"ש סובר שדוקא עניה אסור כיון שאתה משיאה שם רע בשכנותיה, ור"י סובר שאף עשירה וכן הלכה.

2. מה דין שאר נשים? ט"ז – כל אשה אסור למשכן, ואפי' בתולה. אלא שדיבר הכתוב בהוה שדרך אלמנה להיות בעלת משא ומתן. סמ"ע – דוקא אלמנה או גרושה שאין להם עוזר וסומך. ש"ך – דוקא אלמנה אסור, שלא לצערה מפני שליבה שבור. (הט"ז הוכיח דבריו מטעמו של ר"ש שמשיאה שם רע בשכנותיה שייך בכל הנשים, ואם ת"ק חולק גם בזה נמצא שנחלקו בסברות הפוכות).

3. עבר וחבל – נחלקו בדין זה כמו שנחלקו לגבי אוכל נפש, ע"ש.

4. אע"פ שאסור למשכנה, אך חייבת לשלם החוב כשאר נשים, וכופין אותה ואף יורדים לנכסיה.

אם תכפור תשבע – דווקא כשמשכנה בעדים, שאין לו מיגו דלקוח, אך במשכנה שלא בעדים נאמן לטעון עד כדי דמיון, סמ"ע ודלא כבעה"ת בדעת הרמב"ם המובא בס"י עב, יח.

5. מה אסור למשכן באלמנה? תוס' רעק"א – כל דבר, וכן הפשט. ש"ג בשם ריא"ז – דוקא בגדים ומצעות ולא שאר כלים. (פת"ש).

6. אבד המשכון או נשרף – קודם שהחזיר לוקה, ומחשב דמי המשכון ומחסרם מחובו. דין זה נכון בכל המקרים שבהם עבר על איסור במשכנו (אוכל נפש, נכנס לביתו, חבל אלמנה) שאם אבד המשכון או נשרף – לוקה.

כמ"ד קיימו ולא קיימו דאע"פ שלא ביטל העשה בידיים לוקה. **והראב"ד השיג** שאינו לוקה ומשלם. **והה"מ תירץ** שאין זה מדין תשלומים, שמותר לו ליקח ואינו גזלן, אלא שהתורה אסרה לאדם לעשות דין לעצמו, לכן כשעבר ונטל אינו גזלן. אך צריך להפחית את דמי המשכון, כיון שע"מ כן נטלו, שיהיה זה כאילו נפרע ממנו אם יאבד.

משכנו שלא בשעת הלואתו: הש"ך למד מכאן שחייב באונסין, שהרי הוא לוקה ומשלם. אולם הקצות דחה שאינו חייב באונסין, ואיבד מעותיו כיון שע"מ כן נטלו, אך אם היה שווה המשכון יתר על דמי החוב – אינו חייב לשלם לו.

7. כל הדינים הללו נאמרו רק בלוח או בערב קבלן, אך בערב ובשכיר או בשכר בהמתו וכליו וכדו' מותר למשכנו בזרוע וליכנס לביתו וכו', וא"צ להחזיר לו בלילה ומותר למשכנו אוכל נפש, ואין בו דין סידור דינא מהכלל לגמרי, אא"כ זקפן עליו במלוה. (אך לדעת הרמ"ה בערב הותר רק ליכנס לביתו, אך שאר הדברים אסורים אף בו; והרמ"ה הביאו. ועי' לקמן סעי' כט שהשו"ע הביא דעת הרמ"א בשם י"א בתרא).

סעיף טו

1. האיסור ליכנס לביתו הוא רק כשנכנס למשכנו, אך כשהגיע זמן הפרעון ובא לגבות חובו, והוא בחזקת שיש לו מטלטלין ומברחים – מותר לשלח ב"ד ליכנס לביתו למשכנו ולפרוע מזה חובו, דפריעת ב"ח מצוה וכופין אותו עד שתצא נפשו. נחלקו ר"ת ושאר הראשונים, האם האיסור למשכן אוכל נפש ואלמנה וליכנס לביתו נאמר אף כשבאים לגבות את החוב (רוב הראשונים), או דווקא כשבאים ליטול משכון (ר"ת). ואף הרמ"ה והרי"ף שסברו שאף בשעת גוביינא אסור, התירו כאשר נראה לבי"ד שהלוח מנסה להתחמק ולהבריח את ממונו. עפ"י הכריע הבי"ד דינא במקום שהלוח בחזקת שיש לו מטלטלים ומברחים, שבי"ד יכולים ליכנס לביתו ולגבות את חובו.

2. כשאין לו ממון – אין כופין אותו להשכיר עצמו או לעשות שום מלאכה כדי לפרוע חובו (ועדי הם ולא עבדים לעבדים, סמ"ע). וכן אין יכולין לאסרו או להשתעבד בו, ואפי' התנה בשטר – לא מהני.

האם מותר לאוסרו כשיש לו ומסרב לפרוע? ב"י – לעולם אסור לאסור גופו. רמ"א – דוקא כשאין לו, אך כשיש לו ומסרב לפרוע מותר. (וי"א דאפי' אם אין לו, אם נשבע להיות חבוש עד שישלם – צריך לקיים שבועתו, ריב"ש).

האם הוא מחויב להשכיר עצמו? תוס' – לא חייב, הגי' מרדכי בשם מהר"ם, וכ"כ הרמא בשלג – חייב (פת"ש).

פת"ש בשם תומים "פשט המנהג שחובשין ללוה שאין לו ממה לשלם ואין מוחה, ואולי כי הכל בחזקת שמברחים נכסיהם, וצ"ע כי אין להם על מה שיסמוכו".

סעיף טז – מצות השבת העבוט

1. הממשכן בבי"ד או בזרוע או מדעת הלוה, אם הלוה עני ומשכנו דבר הצריך לו – **מצוה להחזירו לו בעת שנצרך לו**. את הכר בלילה (אע"פ שאינו צורך כ"כ, סמ"ע), ואת המחרשה ביום (אע"פ שאינו כלי אוכל נפש). ב"מ קיד.

ודוקא אם משכנו שלא בשעת הלואתו, אך אם משכנו בשעת הלואתו אינו צריך להחזיר לו (אך אסור למכרו).

2. **מה התועלת במשכנו?** א. שלא תהא שביעית משמטתו. ב. שלא יעשה מטלטלין אצל בניו, שאין משועבדין למלוה מדאורי'. ב"מ קטו.

3. אף בעשיר שאין צריך להחזיר לו, אך **אסור למלוה להשתמש במשכון**. (משום ריבית, כיון דלא קנאו לענין להשתמש בו, קצות. והש"ך בסי' עב כתב שבע"ח קונה משכון והאיסור להשתמש בו הוא כדי שלא יתקלקל ויפחות מדמיו, וא"כ יפחות מהצדקה המוטלת עליו 'ולך תהיה צדקה').

4. מצות השבת העבוט, היא מ"ע ששכרה בצידה **ואין בי"ד מחויבין לכופ עליה, אך אם רצו הרשות בידם**, רמ"א. (דעת הסמ"ע שזו מח' רמב"ן עם הרא"ש והתוס', והרמ"א הסתפק ולכן כאן פסק כרמב"ן כיון שהלוה מוחזק, אך בק"ז שהיתומים מוחזקים פסק כתוס' והרא"ש שא"א לכופם. ודעת הש"ך שם שכו"ע מודו לדין זה ואין מח'. **והקצות כתב שכופין עליה**, דמ"ע ששכרה בצידה ויש בה גם לאו – כופין, דומיא דצדקה. ולכן ראוי לכל בי"ד לכופ מי שעבר ומשכן להחזיר המשכון, כדי שיקיים עשה ולא יתחייב מלקות.

סעיף יז

דין סידור במשכון: אין ממשכנין דברים שא"א להסתדר בלעדיהם, כגון בגד שעליו, וכלי שאוכל בו וכיוצ"ב. וכן מטה לישב עליה, ומטה ומצע לעשיר או מטה ומפץ לעני לישן עליהם. וכל שאר דברים אפשר למשכן, אך יש בהם דין החזרה. מח' ראשונים: **דעת הרמב"ן** שכל מה שמסדרים בשעת גבייה – מסדרים בשעת משכון, כיון שהמשכון נועד להבטחת הגביה. **דעת התוס'** שבשעת משכון לוקחים הכל אלא שיש דין החזרה כשצריך לו, ובשעת גביה נחלקו אם יש דין סידור וקי"ל שא"צ לסדר. **דעת הרמב"ם** שדין סידור שנחלקו בו הוא בשעת גבייה, אך מלבד זה יש צורך לסדר במשכון וזה סידור מצומצם יותר, **וכן פסק בשו"ע**.

סעיף יח

1. **היו לו ב' כלים** – וחובו כנגד שניהם – נוטל אחד ומחזיר אחד. כלומר א' של לילה וא' של יום, בשעה שמחזיר את זה נוטל את זה וכן להיפך. (ולא ידעתי מה חידש לנו בדין זה, וצ"ע).

2. **עד מתי חייב להחזיר? לעולם**. משנה ב"מ קיג. כדעת ת"ק, ולא כרשב"ג שעד ל' יום.

בדברים שאין בהם דין החזרה – מניחו אצלו ל' יום, ואח"כ מוכרו בבי"ד.

סעיף יט

אם מת הלוה לאחר שהשיב לו המשכון – **שומטו מע"ג בניו ואינו מחזיר להם**.

סעיף כ

אפי' אם יש לו הרבה קרקעות, אך אין לו אלא מטלטלים אלו שמשכן – צריך להחזירם לו.

סעיף כא

1. **צריך להחזיר המשכון בעדים, ולהתרות בו 'אל תחזירני אלא בעדים'**. ודוקא לאחר זמנו דאל"כ נאמן לומר החזרתי, או פרעתי במיגו דהחזרתי. אך בתוך זמנו אינו נאמן לומר החזרתי, ואין צריך להתרות בו; רמ"א. (והש"ך חולק וס"ל שלעולם צריך להתרות בו).

2. ואינו נאמן לומר פרעתי בלא מיגו: או מפני שהוצרך ליטול ממנו משכון (כעין אומדנא שלא פרע), או מפני שהמלוה מוחזק במשכון שהרי החזירו לו בעדים. סמ"ע. והקצות כתב מפני שבע"ח קונה משכון, אין הלוח נאמן לומר שקנאו מהמלוה חזרה.

3. מדוע אינו נאמן בתוך זמנו במיגו? שהרי קי"ל בס"י ע"ש שאמרינן מיגו במקום חזקה אאפת"ז? **סמ"ע** – כיון שהמלוה מוחזק במשכון, והוי בעיה דלא איפשיטא והממע"ה. **קצות** – הפה שאסר מועיל נגד חזקה, אך מיגו לא מועיל. ובס"י ע"ש לא ידוע שזה תוך זמנו אלא מפיו ולכן הוי הפה שאסר, אך כאן ידוע לנו שזה תוך זמנו ולא הוי אלא מיגו. **ש"ך** – חלק על הרמ"א מהטעם הנ"ל, וסבר שנאמן; כיון שלא הסכים לקבל חילוק בין הפה שאסר למיגו.

סעיף כב

אינו יכול למכור המשכון, אא"כ יחזיר לו אותו על דעת שלא לשוב ולקחתו בתורת משכון, ואז יקחנו בתורת פרעון.

סעיף כג

1. מסדרין בשעת גבייה, כיצד? אומרים ללוה להביא את כל מטלטליו (ואפי' כלי אוכל נפש). **ומשיירים לו:** מזון ל' יום וכסות ל"ב חודש - הראויים לו, אע"פ שמתחילה אכל כעשיר או להיפך שאכל כעני. מטה לישוב, מטה ומצע (או מפץ לעני) ושאר צרכי המיטה (כרים וכסתות וסדינים). וכל זה עבורו, **אך לא עבור אשתו ובניו.** מנעלים, ותפילין (אך לא טלית, סמ"ע).

2. לאומן: משיירים לו ב' כלי אומנות מכל מין ומין. ודוקא אם היו לו ב' או יותר, אך אין קונים לו להשלים לו לב' ואע"פ שמכרו לו ממין אחר המרובה.

היה איכר או חמר או ספן אין משיירין את הספינה או הבע"ח, דאינם חשובים ככלי אומנות אלא כנכסים.

3. אפי' הוא ת"ח שתורתו אומנותו – אין משיירים לו ספריו ואפי' ס"ת.

4. מקומות ביה"כ בכלל נכסים וגובה מהם.

5. האם אפשר להוציא מביתו? הש"ך כתב שכן, ורעק"א כתב שדוקא לאחר י"ב חודש. וכתב החת"ס שבזה"ז עיקר מחייתם מהקפת החנות, ולכן אין יורדים ליקח סחורתו, אלא קובעים לו זמנים לפרעון בשלבים.

סעיף כד

1. בע"ח קודם לאשה הבאה לגבות מזונותיה להבא, ואפי' אם תפסה – מוציאין מידה. ואפי' קדם שעבוד כתובתה, ואף אם לותה בשטר ואכלה ואח"כ הבע"ח לוח. אף למ"ד שמזונותיה מדא' היינו דוקא כשיש לו ואוכלת עמו. ואע"פ שמדרבנן חייב לטרוח ולזונה, אך למלוה חייב מדא' (ואפי' למ"ד שעבודא דרבנן – מיניה דא'; קצות) ולכן הוא קודם. ואע"פ שלותה ואכלה, אין למלוה שעבוד על הבעל אלא עליה. סמ"ע.

2. מה הדין אם תפסה על לשעבר? ט"ז – אין מוציאין. **סמ"ע** – מוציאין.

3. ודוקא במלוה בשטר, אך במלוה ע"פ הקודם זוכה, ואם באו כאחד חולקים. והש"ך תמה שהרי לדעת השו"ע מלוה ע"פ מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר, ומדוע חולקים.

4. אם מעות נדונייתא עדיין בידה או ברשות אביה – יכולה לתפוס למזונותיה אף על להבא; סמ"ע.

5. אם סלקה בע"ח עכו"ם מממון בעלה, יכול לבוא מלוה ישראל ולהוציא חובו מיד האשה ממה שגבתה בדיני עכו"ם.

סעיף כה

1. אינו גובה מכסות של בניו ואשתו של הלוח. משנה בערכין כד. ואע"פ שקנה לעצמו ואח"כ הקנה להם, דהוי כמטלטלין שמכר לאחרים. ואע"פ ששעבד למלוה מטלטלי ב'אגב' וכתב לו 'דאקני' – אינו גובה, דמשום תקנת השוק הפקיעו שיעבודו, סמ"ע.

2. וכן אינו גובה מבגדים וכלים שצבען או לקחן לשמן – אע"פ שעדיין לא השתמשו בהן.

מה הדין בבגדים שלו שצבען לשמן? סמ"ע – אין גובין דקנו בשינוי. קצות – גובין, דדוקא גב וגזלן קונים בשינוי, והכא מיירי בבגדים שלה שצבען לשמה וזכתה בצבע.

3. וכן אינו גובה מספרים שקנה עבור בניו ללמוד בהם. הטור כתב שבכה"ג גובה מהם, ואילו הב"י הסכים עם הרב יהודה ברצלוי שכתב שאינו גובה מהם, דומיא דכלים ובגדים.

סעיף כו

1. דווקא מבגדי חול אינו גובה, אך בגדי שבת ומועד – גובה מהם. דבגדים יקרים הללו אינו מקנה להן, סמ"ע. א. **כן היא דעת הרמב"ם** (הלי' מלוה ולוה פ"א ה"ה), ולמד כן מהירושלמי לגבי האחין שחלקו "בגדין של בניהם אין שמין, של רגל ושל שבת שמין". ב. **והרא"ש חולק** וסובר שדוקא באחין הדין כן, שאין האי' מקנה לאשתו של השני, אך בעל לאשתו מקנה לה לגמרי ואין שמין אפי' בגדים של שבת ומועד. ג. **והתרומה הביא בשם הרי"ף בתשובה לחלק** בין אשה מיוחסת לשאינה מיוחסת, שאם היא מיוחסת אין גובין מבגדיה ואפי' מתכשיטים של כסף וזהב, דעולה עמו ואינה יורדת ומסתמא הקנה לה לגמרי. **השו"ע סתם כרמב"ם, והרמ"א הביא 'ויש חולקין' כדעת הרא"ש.**

2. וכן גובה מתכשיטים וכלי זהב וכסף – שאינו מקנה להם אותן. ואם הקנה לה בפירוש – אינו גובה מהם. הסמ"ע כתב שאף החולקין לא חלקו אלא בבגדים, אך בתכשיטי כסף וזהב לכו"ע גובין, דאינו מקנה לה. ולכן הרמ"א לא כתב על זה 'ויש חולקין' אלא ארישא.

ודוקא כשקנה לה הבעל, אך מה שהכניסה מעצמה, בין נכסי מלוג בין נכסי צאן ברזל, אין בע"ח גובה מהם; ודווקא ממה שידוע שהכניסה לו, או ממה שהוא פסק לה בשעת נישואין. אך כשאינו ידוע נאמנת בשבועה, ש"ך. רק על דברים שדרך האשה להכניס לבעלה.

3. אם הכניסה מעות בנדוניא – בע"ח גובה מהן דמעות להוצאה ניתנו, שו"ע. והרמ"א כתב ד"א דאם הן ברשותה או ברשות אביה – אינו גובה.

סעיף כז

אף כשיש לו רק קרקעות נוהג דין סידור, ומניחים לו מהם לצורך כל הדברים האמורים לעיל. דהיינו שמוכרים מהם ונותנים לו מזון וכסות וכל מה שצריך לזה.

סעיף כח

1. יכול להתנות עמו שלא יסדרו לו בחוב זה דאין זה מתנה ע"מ שכתוב בתורה, אלא הוי כשאר תנאי שבממון, שהרי התנאי שהלוה לא יבקש דין סידור, סמ"ע. אך במה ששעבד לו כל נכסיו – אין זה תנאי, ואפי' כתב 'מגלימא דאכתפאי' לא הוי תנאי אלא כוונתו לנכסים הראויים לגבותם, וכגון איצלא בת ק' זו שאינה ראויה לו.

2. אך אם אמר 'ע"מ שלא יהא בחוב זה דין סידור' לא מהני, דהתנה ע"מ שכתוב בתורה.

סעיף כט

יש מי שאומר שאין מסדרין בחוב שאינו דרך הלוואה, כגון שכירות אא"כ זקפן במלוה בעה"ת, שהרי מותר למשכנם בזרוע וליכנס לביתם. ויש אומרים שאף בהם מסדרים כדעת הרמ"ה.

ב"מ קטז. "תנו רבנן: לא תבא אל ביתו לעבט עבטו. לביתו אי אתה נכנס, אבל אתה נכנס לביתו של ערב". המח' האם ערב יצא מהכלל לגמרי, או שיצא מהכלל רק לגבי האיסור ליכנס לביתו. וכן הביא הרמ"א דעת הרמ"ה בסעיף יד.

סעיף ל

אם נשבע לפרוע אין מסדרין לו, והוא בעצמו מחוייב למכור כל אשר לו ואפי' בגדיו, ויתפלש באפר ולא יעבור על שבועתו. ודווקא כשלא אירעו אונס דלא שכיח, אך באונס דלא שכיח – אדעתא דהכי לא נשבע. ולכן אם היה עשיר והעני – פטור. פת"ש בשם הנה"י.

ב"ה יום ו' ט"ז שבט ה'תשע"ד

סימן צח

סדר גביית החוב

סעיף א

כשמלוה מוציא שטר מקוים אומרים ללוה לשלם, ואפי' שתק כמה שנים ולא תבעו – אין אומרים שמחל לו, ואפי' שמענו שנתייאש מהחוב – אינו יאוש. וכן כשאין לו שטר – אם החייב מודה שלוח רק שטוען שמסתמא מחל לו מדלא תבעו (סמ"ע), אך אם טוען שמחל בפירוש נאמן במיגו דפרעתי (ש"ד) לא אמרינן שמחל לו. כתובות קד. ואפי' מחל לו בלב יכול לתבעו, דמחילה בלב אינה מחילה, אא"כ יש אומדנא דמוכח שמחל לו. פת"ש בשם מהרי"ט.

ואפי' ראה המלוה שכתב הלוה כל נכסיו לבניו, ולא שייר למלוה רק קרקע כל שהוא ושתק – לא איבד זכותו דדוקא לאשה בכה"ג אמרינן שמחלה, דמקולי כתובה שנו כאן. ב"ב קלב.

סעיף ב

אבל מכל מקום צריך הדיין לדרוש ולחקור אחר שטרות שיוצאים לאחר הרבה זמן, מדוע לא תבעום עד עתה, כדי להוציא הדין לאמיתו. הרא"ש בתשובה.

סעיף ג

אין יורדים לנכסי הלוה עד שיודיעוהו תחילה – אם הוא כאן או במקום קרוב שיוכל השליח ללכת ולחזור בתוך ל' יום. דנכסי דאיניש אינון ערבין ביה, ואין גובין מהערב קודם שיתבעו ללוה, סמ"ע. ב"ב קעד.

ואם טעה הדיין והוריד לנכסים – מסלקין אותו את הדיין, פרישה.

סעיף ד

טען הלוה שיש לו עדים לבטל השטר

אם נראה לדיינים שיש ממש בדבריו, קובעין לו זמן כראות עיני הדיינים, סמ"ע. ובסתמא שלוש יום, רמ"א. להביא עדיו. אך אם נראה שאין ממש בדבריו, אומרים לו שלם ואח"כ תביא ראיות ונחזיר לך; אך אם המלוה אלם ויהיה קשה להוציא ממנו – נותנים ליד שלישי ואם לא יביא ראיה לאחר הזמן – יתנו למלוה. ב"ק קיב: וכל הדיינים בהמשך הם מהגמי הנ"ל.

פת"ש – גם כשהמלוה לא אלם, מדובר שטוען הלוה שיביא את עדי השטר שיעידו שלא חתמו, או שיביא עדים שהמלוה היה מהדר אזיון. אך בלאו הכי הוי תרי ותרי ואין מוציאין מידו, ולכן מראש לא ניתן למלוה אלא ניתן ביד שלישי.

סעיף ה

קבעו לו זמן ולא בא: ממתנינים בה"ב ומתרים בו בכל פעם, סמ"ע, לא בא כותבין עליו פתיחה פי' כתב נידוי ומנדים אותו לצ' יום ולא נחתין לנכסיה מיד כיון שאנו אומרים: ל' יום ראשונים דילמא טרח ללות כסף, ל' אמצעים דילמא טרח למכור נכסיו, ל' אחרונים דילמא הלוקח מחפש מעות כדי לשלם לו. ודוקא בכה"ג שטוען שהשטר מזויף ממתנינים לו צ' יום, אך בסתם שמבקש לפרוע נותנים לו ל' יום; סמ"ע. לא בא לאחר צ' יום – כותבין אדרכתא שטר שמדריכין (משליטין) אותו על נכסי הלוה על נכסיו, ומתירין נידויו. וקודם הכתיבה שולחים ומודיעים לו ודוקא כשהוא קרוב מהלך יום א' (טור) וי"א יומיים (רמב"ם ע"פ גירסתו). דין זה מקורו – ב"ק קיב: (וכאן א"צ בל' יום, דכבר הודיעוהו תחילה ונתנו לו זמן).

סעיף ו

בד"א? כשהיה נשמת ואומר שיביא עדים, אך אם סירב לבוא לב"ד – כותבין אדרכתא מיד ואפי' על מטלטלין פסק כדעת הרמב"ם (והרשב"א והתרומות) שכשסירב לבוא אין חילוק בין קרקע למטלטלין, ולא כרא"ש שלא חילק בזה. ואפי' ל' יום ראשונים אין ממתנינים לו, סמ"ע.

וכן בשטר פקדון שאמר שיש לו עדים לבטלו, אך אם טען שנאנס הוי כמלוה, קצות בשם נמוק"י. **כותבין אדרכתא** מיד היינו לאחר שנתנו לו ל' יום, סמ"ע. ואין ממתניין צ' יום כיון שלא שייכים כאן הטעמים הנ"ל.

סעיף ז

גם לאחר צ' יום אין כותבין אדרכתא על מטלטלין דשמא יבריחם המלוה, ולא יוכל הלוה לגבותם כשיביא עדים לבסוף לבטל השטר. ואע"פ שיש למלוה קרקע כנגדם שמא תשתדף. כן איתא בגמ' שם. **אך מפקידים אותם ביד שלישי**, ונותנים זמן הראוי לבי"ד שאם לא יבוא עד אותו זמן – יתנו אותם למלוה. כ"כ הגאונים.

סעיף ח

אם המלוה אלם אין כותבין אדרכתא על קרקע עד שיודיעו ללוה, ואפי' הוא במקום רחוק כדי מהלך י"ב חודש. הב"י כתב **שדוקא** י"ב חודש ותו לא, והסמ"ע נקט **שאפי' יותר מזה** ממתניין לו, וי"ב חודש לאו דוקא אלא כך היה המעשה בגמ'.

סעיף ט

סדר האדרכתא והגבייה

אם יש לו בני חורין- כותבין שפלוני חייב לפלוני ומצאנו לו שדה זו, ואח"כ **עושים שומא** ע"י שלשה, ומכריזים עליה כפי שיראה לבי"ד עד שיפסקו המוסיפין כדעת הרמב"ם דדוקא מיתומים ומלקוחות צריך ל' יום, ודלא כטור ובעה"ת שלעולם בעינן ל' יום. ומורידין אותו לשדה וקורעין שטר חובו וכותבין שקרעו השטר.

ואם אין לו בני חורין – כותבין שלא מצאנו נכסים ללוה וקרענו שטרו של המלוה, ונתנו למלוה רשות לחפש נכסים המשועבדים לו מזמן שטרו, ואם מצא נכסים משועבדים – קורעים האדרכתא וכותבין לו **שטר טירפא**, שזכה לטרוף בחובו משדה פלונית, שלקחה פלוני בכך וכך מזמן פלוני. ואח"כ עושים לו **שומא** מהקרן וחצי מהשבח, ומכריזין ל' יום כמו מיתומים. ומשביעין את הלוה מתקנת הגאונים שאין לו נכסים, אם הוא במדינה, ואת הטורף שבועת המשנה שלא נפרע. ומורידין אותו לנכסים וכותבין לו **שטר הורדה** אחלטתא ששמו והכריזו והשביעו והורדנו את הבע"ח לשדה שישתמש בה כדרך שאדם משתמש בשלו.

מאימתי אוכל פירות? משישלמו ימי ההכרזה, ואם יש טעות באדרכתא – אינו אוכל פירות. ב"מ לה: "ומאימתי אכיל פירי? רבה אמר: מכי מטיא אדרכתא לידיה, אביי אמר: עדיו בחתומיו זכין לו. רבא אמר: מכי שלימו ימי אכרזתא". ופסק כרבא.

סעיף י

כל אדרכתא שלא כתוב בה קרעו לשטר – אינה כלום. וכן טירפא שלא כתוב בה שקרענו לאדרכתא, או שומא שלא כתוב בה קרענו לטירפא – אינם כלום. ב"ב קסט. "אמר רב נחמן: כל טירפא דלא כתיב ביה קרעניה לשטרא דמלוה – לאו טירפא הוא; וכל אדרכתא דלא כתיב בה קרעניה לטירפא – לאו אדרכתא הוא; וכל שומא דלא כתיב ביה קרעניה לאדרכתא – לאו שומא היא".

סעיף יא

דיני כתיבת אדרכתא על נכסי יתומים – מבואר בסי' קט.

ב"ה יום א י"ח שבט ה'תשע"ד

סימן צט

כיצד משביעים ללוה אם יש לו, ומחרימים מי שיודע לו נכסים, ואם הוא כשר או רמאי ואם נתן שלו במתנה, ובו ח' סעיפים.

סעיף א

1. אם טען שאין לו במה לפרוע – מדאורי נפטר והולך לו, ואין אומרים לו הבא ראיה שאת עני, שנאמר "לא תהיה לו כנושה"; רמב"ם. **ותיקנו הגאונים** משנתרבו הרמאים ואיכא נעילת דלת **שישבע בנק"ח שאין לו כלום יתר על מה שמסדרין לו**. ואפי' יש לו קצת ממון, אך לא מספיק לפרוע חובו אלא כדי סידורו. וקודם שישבע – מחרימים על כל היודע שיש לו נכסים. (כתב התרומות שי"א שהיא היסת, אך מסתברא שהיא כעין דאורי שהרי זה דומה למוב"מ שמשמט, כך גם כאן משמט לפרעו, וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם. עוד כתב ששבעה זו אינה צריכה טענת ברי, אלא היא בשמא מפני החשד). וכתב הטור בשם רב האי שנותנים זמן לשבעה זו צ' יום, ובעה"ת חלק וכתב שמשביעין לאלתר, שהרי חשדין לו ברמאי ודומה למאן דלא ציית דינא, ונוהגין כדבריו.

ונשבע שאין לו יתר על סידורו, ושלא החביא ביד אחרים, ושלא נתן מתנה ע"מ להחזיר כדי להבריח, דאז אין מתנתו מתנה כלל, שהרי חובו מוכיח שלא נתכוון אלא להבריח; בעה"ת. וכולל בשבועתו שגם ממון שיגיע לידו בעתיד יקח לעצמו כדי סידורו והיתר יתן לבע"ח. ואם לא נשבע על להבא – יכול להשביעו כל לי יום, רמ"א. וכתב התרומות שתיקנו שישבע על להבא, כדי שלא להוציא שם שמים תדיר, ויפה תיקנו.

2. האם כשיש לו קרקעות וטוען שאין לו מעות משביעים? סמ"ע – לא רק כשטוען שאין לו כלום. ש"ך – כן לקמן בסי' קא ה.

3. נשבע פעם אחת לכל בעלי חובותיו דשבועה לאחד שבועה למאה (כתובות צד).

4. אם נראה לו ממון אחר שבועתו ואף קודם, רמ"א אינו נאמן **לומר שהוא של אחרים** או שהוא עיסקא, וכן אינו נאמן לומר ששטרות שבידו של אחרים הם, רמ"א. או שהם אמנה או פרוע, ש"ך אא"כ יביא ראיה. **ואם ידוע שיש לו עיסקא** – נאמן לומר שהמעות הללו מהעיסקא, רמ"א. הש"ך כתב דדוקא כשאינו נאמן לטעון החזרתי, ולמתבאר לקמן בסעי' 6 נראה דמיירי אף כשנאמן לטעון החזרתי.

מה הדין במטלטלין? תומים – נאמן שהרי יכול ליתנם עכשיו, שאין בהם דין קדימה. וא"כ בהודאתו הקנה להם (קנין אודיתא). ש"ך וקצות – אינו נאמן, ואע"פ שאודיתא הוי קנין, אך כיון שהוא חב לאחרני לאו שמיה הודאה, וא"כ גם לא הוי קנין.

איזו ראיה צריך להביא על מעות? ש"ך – ראיה של עיסקא דפקדון לא מהני, דכיון שיכול להשתמש בהם הוי כמלוה וגובים ממנו. ואף בעיסקא מהני רק לפלגא פקדון, ולא לפלגא מלוה. קצות – אף ראיה של פקדון דכל זמן שלא הוציאם אינם שלו ואין גובים מהן. ובעיסקא אין גובין אף את הפלגא מלוה.

דוקא ראיה, אך לא מועיל שהאחר ישבע שהממון שלו. ואע"פ שבתשובת הרי"ף כתוב כן, צ"ל שאינה מדברי הרי"ף אלא הסופרים שיבשוה, ש"ך בשם בעה"ת, ולא כב"ח שכתב שאף הרמב"ם מודה לרי"ף.

5. אם אין לו ממון וטוען שיש לו בע"ח נוספים? ב"ח ותומים – נאמן שהרי אין כאן חשש קנוניא. ש"ך **וקצות** – לא נאמן, ש"ך אפי' יש קנוניא דשמא יש לו נכסים לא ידועים, קצות דאע"פ שאין קנוניא, אך הוא חב לאחרני ולכן אינו נאמן. דחב לאחרני אינו נאמן אף כשאינו חשש קנוניא, כדמוכח מקידושין סה. המקדש בע"א אין חוששין לקידושו ואפי' שניהם מודים.

6. מה הדין כשיש עדי הלואה לאחר ומודה שלא פרע? ש"ך – אינו נאמן, דחב לאחרני בהודאתו שלא פרע. כס"מ – אם הודה קודם שתבעו אינו נאמן דחיישין לקנוניא, אך אם תבעו והודה נאמן. ה"ה – לעולם נאמן כשיש עדים (רמב"ם ה' מלוה פ"ב ה-ו). וצריך לומר שאע"פ שנאמן לטעון פרוע, כשמודה שלא פרע לא מיקרי 'חב לאחרני', כיון שכשיש עדי הלואה מבחינתו יש חזקת חיוב כל זמן שלא נדע על הפרעון, ואע"פ שנאמן לטעון פרוע, אך כל זמן שלא טען לא חיישין להכי.

7. מה הדין כשיש לו מיגו? י"א דאינו נאמן רמב"ם (פ"א ממלוה ה"ד) והטעם דהוי מיגו נגד חזקה מה שתחת ידו שלו, ה"ה בשם הרמב"ן. או מפני שאם היה נותנם לאחר לא היו נשאים בידו, משא"כ עכשיו שאם הוא משקר -

חברו יחזיר לו, וי"א דנאמן דרכי משה בשם הרא"ש והרשב"א בתשובה. והש"ך כתב שאין מח' וכו"ע מודו שאינו נאמן.

הש"ך נקט שדוקא קודם שבא לבי"ד ולא ראו בידו יש לו מיגו דיכל לטעון שהחזירם לו או לטעון להד"מ, אך כשהוחזקו המטלטלין בבי"ד או שראו אותם בידו קודם לכן – אין לו מיגו ומה שיכול ליתנם לו עכשיו בבי"ד – לא חשיב מיגו, דבי"ד רואים שהוא מברית.

הש"ך (ו) נקט שיש ב' חסרונות: חזקה מה שתחת ידו שלו, וחב לאחרני. ולעומתם יש ב' סוגי טענות: הנכס אינו שלי, ויש לי בע"ח נוספים. טענת הנכס אינו שלי מתנגשת עם החזקה, וטענת יש לי בע"ח נוספים, אינה מתנגשת עם החזקה כיון שאני מודה שזה שלי, אלא שטוען שיש חייבים נוספים, אך היא מתנגשת עם 'חב לאחרני' ולכן אינו נאמן.

לכן, כשיש לאדם מיגו של 'בידו', שיכול ליתנם לאחרים או להעלימם וכדו', כיון שבידו ליתנם אין בזה חיסרון של 'חב לאחרני'; ולכן אם יטען שהחפץ אינו שלו אינו נאמן דהוי נגד חזקה, אך אם יטען שהחפץ שלו רק שהוא חייב לעוד בע"ח נאמן, ויחלקו ביניהם בשווה, כיון שאינו נגד החזקה וגם אין פה בעיה של 'חב לאחרני'.

מאידך, בשטרות חוב דעתו שאין בזה חיסרון של 'חזקה מה שתחת ידו שלו', כיון שאין גופן ממון ונמצא שאינו מוחזק בהם, ולכן כאשר יש לו מיגו נאמן לומר שהשטרות הללו אינם שלו אע"פ שרשומים על שמו. אולם, אם הוא חייב ממון לאחרים והוא אומר שהשטרות אינם שלו – אינו נאמן כיון שהוא 'חב לאחרני'. אא"כ לא ראו אותם בידו ולא הוחזק בבי"ד, שיכול ליתנם לאחרים ואין כאן חיסרון של 'חב לאחרני', שאז נאמן. (אמנם בסי' מז ס"ק ו כתב הש"ך שכן הוא רק לדעת השו"ע, אך לדעת הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א אף בשטרות אמרינן 'חזקה מה שתחת ידו' ולכן אף כשלא הוחזק בבי"ד אינו נאמן במיגו, דהוי מיגו נגד חזקה).

סעיף ב

אם נשבע לראובן אך לא על להבא, ואח"כ נשבע ללוי על להבא – לדעת הטור בשם הרא"ש חייב לשלם רק ללוי כדי לקיים שבועתו, ולדעת השו"ע – ביי"ד כופין את לוי לתת החצי לראובן. דאין שבועה קונה, ולכן אחר שקיים שבועתו יתן לוי לראובן. והש"ך כתב שאף לכתחילה יתנו ביי"ד חצי לראובן וחצי ללוי, ואין חוששין לשבועתו מבי' טעמים: א. דכי בגלל שבועתו יעשו ביי"ד שלא כדין! ב. השבועה היא שכאשר הוא יוכל הוא יתן ללוי, אך כאן הוא רוצה ליתן אלא שבי"ד מונעין ממנו.

סעיף ג

1. בע"ח (לוי) שתפס חפץ בחובו, והלוה (שמעון) טוען אינו שלי (אלא של ראובן) – **אם ידוע בעדים לא מספיק עדי מ"ק**, אלא צריך עדי פקדון, סמ"ע ונתיבות. והש"ך הצריך גם עדי ראה⁵ שהוא של ראובן מוציאם

⁵ השו"ע פסק שכדי שנוכל להוציא מלוי, את החפץ ששמעון טוען שהוא של ראובן, צריך שיבואו עדים ויעידו שהוא של ראובן. הסמ"ע ביאר שאין הכוונה לעדים שפעם ראובן היה מ"ק, כיון שזה לא עוזר שהרי אע"פ שפעם ראובן היה מוחזק אך היום מבחינתנו שמעון הוא המוחזק, ולוי יכול לתפוס ממנו.

(בשונה מכלים העשויים להשאיל ולהשכיר, שכיון שיש לראובן עדי מ"ק, מבחינתנו הוא מוחזק כיון שאנו יודעים איך זה הגיע לידינו של שמעון – הוא השאיל לו, ולכן אין לוי יכול לתפוס ממנו. כביכול אנו ראינו את המעבר מראובן לשמעון ע"י השאלה. אך בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר, המידע שזה פעם היה של ראובן, אינו משמעותי לגבי כיון שהיום אני רואה את זה בידו של שמעון, וחסר לי המידע כיצד קרה המעבר מראובן לשמעון, וכיון שאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקין, אז מבחינתנו שמעון קנה והוא הבעלים על החפץ, דהיינו הוא המוחזק).

לכן, אמר הסמ"ע שצריך עדי פקדון, דהיינו עדים שראובן הפקיד את החפץ בידו של שמעון, ושוב אין שמעון מוחזק בו, ואין לוי יכול לתפוס ממנו. **הש"ך אמר שזה לא מספיק, אלא צריך גם עדי ראה**, דהיינו עדים שראו את החפץ עתה בידו של לוי, או בידו של שמעון, כיון שאם לא כן יכול היה שמעון לטעון החזרתי לראובן, וממילא יכל לטעון גם קניתי במיגו דחזרתי. ואע"פ ששמעון לא טוען זאת לעצמו, אלא הוא מודה שלא החזיר ולא קנה, אך אנו יכולים לעשות טענין עבור לוי ששמעון קנה במיגו דחזיר!

אך הב"י כבר כתב שבכה"ג לא עושים טענין, כיון ששמעון לא טוען ולכן לא נטען עבור לוי. וקשה, מדוע באמת לא נעשה את הטענין הזה?

הנתיבות ביאר שא"א לעשות טענין למיגו, כיון שמיגו זו ראייה והוכחה שהאדם דובר אמת, והראיה היא מכך שהוא לא טען את הטענה השניה שהיא יותר טובה סימן שהוא לא משקר! וא"כ כיון ששמעון לא טוען שום טענה, א"כ אין לנו ראייה לכלום, ולכן לא שייך לעשות טענין בכה"ג. ועוד ששמעון מודה לראובן, וא"כ ודאי שלא שייך לעשות טענין!

מהמלוה. **ואם אין לו עדים**, אע"פ שהלוה מודה שאינו שלו - אין מוציאים מלוי חזקה מה שתחת ידי אדם שלו הוא. אך אם יטעון ראובן ללוי, שהוא יודע שאינו של שמעון חייב לישבע היסת.

2. אם הלוה הוא סרסור, החפצים שהוא רגיל למכור אינם בחזקתו לענין שימשכנם בע"ח לדעת הגר"א א"צ כלל בעדים בכה"ג, ולדעת הש"ך צריך עדי מ"ק ועדי ראה. **והסרסור או בעל החפץ נאמן בשבועה** בדק הבית - כשטוען הבע"ח ברי, דלא טענין לבע"ח כשהלוה לא טוען. ש"ך - אף כשטוען שמא דטענין לבע"ח. רמ"א.

3. וכן אם תפס הבע"ח כלים העשויים להשאל ולהשכיר, ויש לראובן עדים שהיו שלו נאמן אין צורך בעדי פקדון אלא מספיק עדי מ"ק, ולש"ך צריך עדי ראה. ומוציאים מלוי.

4. כשיש לראובן עד אחד אין מוציאים מיד הבע"ח שתפס, טור. מדוע? כיון שאפי' ב' עדים אין מחייבים אותו ממון אלא ע"י שבועה, **סמ"ע**. ותמה הש"ך על דבריו, שהרי השבועה כאן היא היסת, ולכן פשוט שהוי משויל"מ. אלא שכיון שטענין לבע"ח ששמעון היה נשבע להכחיש העד, ואע"פ ששמעון מודה לראובן לא כל הימנו לחוב לבע"ח בהודאתו. **והקצות** נקט שלא שייך כאן משויל"מ, ד'שבועת ה' תהיה בין שניהם' דווקא, ולא בין באי כוחם דומיא דיורשים.

סעיף ד

מי שהוחזק שהוא עני, והוחזק התובע שאינו מסתפק בעניותו אלא רוצה לצערו ולבנישו - אין לדיין להשביעו, ועם עבר והשביע ביטל 'לא תהיה לו כנושה'. וראוי לדיין לגעור בתובע ולטורדו. צ"ע האם צריך שנדע שגם הנתבע עני וגם התובע מבקש לצערו? ואם כן, מדוע שלא נסתפק בכך שהתובע עני כדי לא להשביעו?!

סעיף ה

המוחזק כרמאי וטוען שאין לו ממון ורץ להישבע - **אין להשביעו**. ויש לדיין לנדותו או לכופו עד שיפרע. רמ"א. הטור כתב שיש לדיין לעשות מה שנראה לו אם כוונתו לרדוף הצדק. וכ"כ הרמב"ם. אולם, המ"מ כתב שמשרבו דינים שאינם מומחים יש לחוש שלא יהא כל אחד פורץ לו דרך לרצונו. סמ"ע. והגדו"ת העיר שמדברי השו"ע בסי' צז סעי' טו נראה שלא ס"ל כדברי המ"מ הללו, אלא אף בזמננו יש לדיין כח.

ו-ח שטרי הברחה

סעיף ו

1. אדם שנתן כל אשר לו לחברו כדי להבריח מבע"ח - לא עשה כלום וגובים ממקבל המתנה אפי' מלוה ע"פ. **וישבע המקבל** חומרא, כיון שעשה שלא כהוגן, ש"ך כמה קיבל ויגבו לבע"ח בחובו. **וגובה מהקרן שקיבל ולא מהריוח** דומיא דהמוציא מלקוחות שאינו גובה מהריוח. כן כתב הרא"ש בתשובה. **ודעת הש"ך דגובה אף מהריוח**, כיון שהמתנה בטלה למפרע.

(ומה שטענין בהחזרתו מיגו דנאנסו - זה לא מיגו, אלא זה אומר שאין חזקה של שטרך בידי מאי בעי. ומה שטענין ללוקח שהמוכר קנה במיגו דלהד"מ, יישב שם בדוחק).

אמנם, נראה שטעמו של הב"י אינו שלא טענין במיגו, שהרי ודאי שטענין במיגו, כיון שמיגו זה לא ראייה והוכחה, אלא זהו כח שנותן לך נאמנות בטענתך, וא"כ אף בטענין זה שייך. **אלא שהב"י ייסד כאן שדין טענין לא עושים כשהטוען לפנינו, והוא טוען אחרת!** דהיינו, טענין זה 'פתח פיה לאילם', כשיש אילם לפנינו, אדם שאינו יודע מה קרה ובצדק, כמו יורש או לוקח או בע"ח, ב"י באים וטוענים עבורו אולי קרה כך וכך. אולם, במקרה שלנו כיון ששמעון אינו מוחזק, שהרי יש עדי פקדון, ואמנם אין עדי ראה והוא היה יכול לטעון במיגו שהוא לקח את החפץ, דהיינו שנוצרה כאן מציאות חדשה, אך הוא לא טוען אותה - לא טענין עבורו. כיון שמדוע לומר שנוצרה מציאות חדשה, כשאיננו יודע שהיא נוצרה, ומעולם לא שמעתי עליה?? ואמנם היה לו כח לטעון אותה, אך כשהוא לא טוען ב"י לא צריך לחוש לכך!

ואע"פ שמצאנו שטוענים ללוקח בשמא, כמו בסי' קיא, ז' לגבי בע"ח מוקדם שבא לגבות ואין מספיק נכסים כדי להגבות למאוחר, שאע"פ שיש בו נאמנות אנו מצריכים אותו להישבע שלא פרע לו, כיון שהוא טורף מחברו השני. שאני התם שמייירי בטענת פרוע ששטר עומד לפרעון וא"כ ב"י חוששין לה, משא"כ הכא שאין לנו לחוש שחפץ שנמסר לידו בתורת פקדון, הוא הלך וקנה אותו. ועוד, אף אם נאמר שאנו טוענים גם טענות שאינן שכיחות, כדעת הש"ך, נראה לחלק ולומר דשאני שבועה משאר טענין, דכיון שכל יסודה של שבועה זו הוא בחשש רחוק שאולי נפרע, אע"פ שיש לו שטר בנאמנות, א"כ בכה"ג עושים טענין גם כאשר הלוה עצמו מודה שלא נפרע, משא"כ בשאר דברים. וה' יאיר עינינו!

2. מה הדין אם שייר קצת לעצמו?

הטור הביא תשובות הרא"ש לגבי שטרי הברחה, שכאשר אדם נתן כל אשר לו לחברו אין לך אומדנא גדולה מזו שאין כוונתו אלא להבריא, שהרי אין אדם נותן כל ממונו לאחר והוא יחזר על הפתחים. וכתב עוד שאם נראה לדיין שמכון להערים, ונתן ממונו לאחר והוא אוכל ושותה עמו וניזון מנכסיו, הרי זה אומדנא שלא כיוון אלא להבריא ומתנתו בטלה. וכן אם שעבד הלוח מטלטלי אגב מקרקעי ומנסה להבריא נכסיו, בכה"ג לא שייכא תקנת השוק, ומוציאין מיד המקבל ונותנין למלוה. והאריך בתשובותיו כמה חייבים חכמי הדור לגדור בעד הרשעים המנסים להבריא נכסיהם מבע"ח.

אולם, הב"י כתב בשם הרשב"א בתשובה שיש חילוק אם נתן כל נכסיו למצב בו שייר לעצמו במקצת, שאם נתן כל נכסיו הרי זה מבריא ומתנתו בטלה. אולם, אם שייר לעצמו קצת מתנתו קיימת, ואין בע"ח גובה ממנה. עוד הוסיף שאם כתוב בשטר מתנה גמורה – הרי זו מתנה, ואין בע"ח גובה וכ"כ הר"י מיגש ור"ת. ונראה מדבריו שאם נתן מתנה גמורה כדי להבריא הרי זו מתנה, ורק כאשר נראה לנו שלא התכוון באמת לתת, אלא ניסה להערים כדי שנחשוב שנתן ממונו, אך בעצם הוא לא נתנו – בכה"ג אמרינן שלא קנה, ונוציא מידו וניתן לבע"ח.

סעיף ז

הכותב כל נכסיו לאחר, ואח"כ לוח מאחרים, ונראה שכוונתו להבריא – אין מתנתו מתנה.

סעיף ח

הקונה קרקע והתנה שלא יהא בה שעבוד לאשתו בכתובתה, או שכתב השטר ע"ש אחיו כדי להפקיע שעבודו – לא הועיל כלום, ואשתו גובה מאותם קרקעות. **דכל הבא להפקיע תקנת חכמים בערמה ותחבולה, וכ"ש לגזול של חברו חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אע"פ שאין כאן ראייה רק אומדנות המוכיחות היטב. רמ"א.**

ב"ה יום ג' כ"ט טבת ה'תשע"ה

סימן ק

סעיף א

1. לוח שרוצה לשלם וביקש זמן נותנים לו ל' יום, ואם נראה לדיין שצריך יותר יוסיף לו, ואם צריך פחות יפחת לו, רמ"א. ומיירי אף כשיש לו קרקעות ידועים, כיון שרוצה לפרוע מעות; סמ"ע. ואין מחייבין אותו ליתן משכון, דאם היו מטלטלים היינו גובים מהם. ויכול המלוה להחרים על מי שיש לו מעות או מטלטלין ומפליגו בדברים.

2. אין מחייבין את הלוח להביא ערב, אא"כ יש חשש שיברח או ישתמט.

3. אין נותנים זמן אלא לפרעון, אך לא לשבועה אלא נשבע ביום הכניסה הראשון. ולא לקיום תנאי שאם שעבד עצמו לעשות דבר עד זמן פלוני בקנס, והגיע הזמן – חייב לשלם.

סעיף ב

1. האם נותנים זמן למלוה שקבע לה זמן? י"א שלא, שהיו כאילו התנה עמו שלא ידחנו יותר; ר"ח, עיטור ורשב"א. י"א שכן, רי"ף ורמב"ם.

2. אפי' תבעו ל' יום קודם הזמן – נותנים לו ל' יום משיגיע הזמן, ודווקא שהנתבע חוזר ומבקש זמן, אך לא שיאמרו לו כן הבי"ד מעצמן; ש"ך.

סעיף ג

1. שלמו ה' יום ולא הביא מעות – כותבין אדרכתא על נכסיו, ואע"פ שמבקש עוד ל' יום, דעד מתי ידחנו? סמ"ע. ואם לא מצאו לו נכסים – אין מנדין אותו, דמה היה לו לעשות? הרי הוא לא סירב לבוא לבי"ד; סמ"ע.

2. אך אם סירב לשלם או לבוא לדין, כותבין אדרכתא על נכסיו, ואם לא מוצאים לו נכסים – מתרין בו בה"ב, ואח"כ מנדין אותו עד שישלם או עד שישבע שאין לו כלום. עמד בנידויו ל' יום ולא תבע שיתירוהו – מנדין אותו עוד ל' יום, ואם עמד גם בהם – מחרימין אותו; כפי שנתבאר ביו"ד סי' של"ד.

ב"ה יום ג' כ' שבט ה'תשע"ד

סימן קא

מגבין לבע"ח מעות או מטלטלין

סעיף א

1. אם יש ללוח מעות – צריך ליתנם לו כיון שהמלוה הלוח לו מעות, ואינו יכול לדחותו אצל קרקע או מטלטלין.

הש"ך כתב שה"ח בכתובה, והבאר היטב (כאן) והקצות (לקמן קז ס"ק ג) חולקים בכתובה.

האם דין זה הוא מדאורי? קצות ס"ק ה – לא, אלא מתקנת חכמים. נתיבות (סי' קז ס"ק ד) – מדאורי, דכעין שהלוח צריך לשלם לו.

2. אם אינו ידוע שיש לו מעות ורוצה לפורעו בדבר אחר אין משביעין אותו והש"ך בס"ק ה חולק וס"ל שמשביעין אותו.

3. אפי' אומר על מעות שבידו שאינם שלו – נאמן בלא שבועה כשרוצה לפרוע בדבר אחר.

וקשה הרי בסי' צט מבואר שאינו נאמן לומר על חפציו שבידו שאינם שלו, כיון שזה נגד 'חזקה מה שתחת ידי אדם שלי', וא"כ מאי שנא הכא?! ונראה לומר שהכא שאני כיון שרוצה לפרוע במטלטלים או קרקע, מה שאין כן שם שטוען שאין לו כלל במה לפרוע. וגם אם נאמר שבע"ח דינו מדאורי בזו, אך נראה שזה דין בסדרי גביית החוב של בי"ד, ולא מגדיר שהחוב הוא חוב מעות. ולכן אע"פ שאני גורם לו לגבות מטלטלין ולא מעות – אין זה מוגדר כחב לאחרני. ועיי' בהרחבות בתוס' ביאור.

4. אע"פ שאין משביעים כשטוען שאין לו מעות, אבל אפשר להחריס על מי שידוע שיש לו מעות.

5. אם אמר שאין לו מעות ונמצא שקרן – שוב אינו נאמן בזה החוב, וצריך לטרוח ולמכור ולהביא מעות. וכן אם נראה לבי"ד שהוא משקר – כופין אותו להביא מעות. רמ"א.

סעיף ב

1. אם אין לו מעות, נותן לו ממה שיש לו, ואין צריך לטרוח ולהביא מעות. כתובות פו. "אמר ליה רב פפא לרב חמא, ודאי דאמריתו משמיה דרבא: האי מאן דמסקי ביה זוזי ואית ליה ארעא, ואתא בעל חוב וקא תבע מיניה, ואמר ליה זיל שקול מארעא, אמרין ליה: זיל זבין את ואייתי הב ליה? אי"ל: לא, אימא לי גופא דעובדא היכי הוה, אי"ל: תולה מעותיו בעובד כוכבים הוה, הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן".

2. אם יש לו מטלטלים וקרקעות, וחפץ המלוה במטלטלין יותר – נותן לו מטלטלים דהם נוחים למכור ודמי למעות, סמ"ע מאיזה שירצה, ואין המלוה יכול לכופו לקבל חפץ פלוני בדוקא. וכן במעות ובקרקע, הלוח יכול לבחור מאיזה לתת לו.

כ"כ הרא"ש בב"ק (פ"א, סימן ה): "ולענין פריעת ב"ח נראה לי אי אית ליה ללוח מטלטלי ומקרקעי כפינן ליה למיתב ליה מטלטלי אם חפץ בהכי המלוה יותר מבקרקעי כיון דזוזי יהיב שקיל כל מיילי דמקרב טפי לזוזי והיינו מטלטלי דאי לא מזדבן בהאי מתא מזדבן במתא אחריתא".

סעיף ג

1. אין המלוה יכול לדרוש קרקע או מטלטלין, כשיש ללוח מעות. ודלא כ"א שהובא בטור שסובר שיכול לדרוש. כ"כ בעה"ת. והטעם דחכמים השוו מידותיהן; סמ"ע.

2. אם יש מטלטלין או קרקע – אינו יכול לדרוש קרקע.

סעיף ד

1. אם אין לו אלא קרקע, יכול המלוה לומר אני רוצה להמתין עד שיהיו לך מעות.

2. אם מעות הלואה מופקדות אצל אחר, מוציאים ממנו אף קודם הזמן, ונותנים למלוה. אך אם הם בהלואה, אין מוציאים ממנו קודם הזמן. רמ"א. כיון שיש קרקע, גר"א, דאין נפרעין ממשועבדים במקום שיש בני חורין.

3. אם הם בהלואה והגיע זמן הפרעון? דעת הש"ך – שאם המלוה (שהוא גם הלואה) אינו מקפיד, והלואה רוצה להמשיך להשאירם אצלו – אין מוציאים, דכיון שיש לו פסידא אין מוציאים מר' נתן וצריך המלוה הראשון לקבל קרקע או מטלטלין. **וכן דעת הנה"ב.** אך הגר"א כתב שלדעת הרמ"א מוציאים, דכיון שהגיע הזמן המעות ברשות המלוה הראשון מדרי' נתן. ועיי' בסי' פו בדין שעבודא דר' נתן.

סעיף ה

אם יש ללוה שט"ח על אחרים – יכול להגבותם לו. כדעת הרא"ש והטור, ודלא כרשב"א וכו"ן שאין מגבין שטרות. אך גם הם כתבו שפשט המנהג להגבותם. **ושמין אותם כפי שנמכרים בשוק** (לפי הקושי להוציא מהלואה, ולפי נכסיו של הלואה (עידית וזיבורית) ולא לפי השווי הנקוב בהם). **ואפי' יש ללוה מטלטלין אחרים יכול להגבות בשטרות.** רמ"א. **והש"ך חולק וסובר** שאם יש לו נכסים אחרים אין יכול להגבותו שטרות. וכשאין לו נכסים אחרים – בי"ד מגבין שטרות וא"צ כתיבה ומסירה וכן יכול המלוה לדרוש שימכרם בשוק וישלם לו. ועיי' בהרחבות.

האם כשמגבין בי"ד השטרות צריכין כתיבה ומסירה? ש"ך – לא, קצות – כן.

סעיף ו

1. אם מכר לו סחורה – צריך ליתן לו דמים כמו שהתנה אע"פ שלא התנה במפורש אלא כדרך התגרין ומאותו מטבע שהתנה עמו. כ"כ הריטב"א, דכל מוכר סחורה לזוזי מתכוין, (והט"ז הסתפק בזה). **מיהו באותה סחורה עצמה שנתן לו יכול לסלקו,** קצות בשם התוס'. משא"כ בפועל שיכול לסלקו רק במעות, שאליהם הוא נושא נפשו.

2. מה הדין בעיסקא? הסמ"ע כתב בשם הע"ש שדינו כסחורה, שהטעם שיכול ליתן מטלטלים בהלואה כיון שדעתו לגמול עמו חסד, שהרי אחרת מדוע הלואה לו? אולם, בעיסקא שכוונתו להרויח דעתו אזוזי. אך צריך להמתין עד שימכור סחורתו וישלם לו. והקצות חלק דדוקא בסחורה דינא הכי, אך בעיסקא לא, שהרי גם במקח טעות שכוונתו אזוזי – דינו כבע"ח. א"כ כ"ש בעיסקא, ואפי' כנגד הפלגא פקדון כיון שכוונתו רק להינצל בכך מאיסור ריבית.

סעיף ז

1. אם הלואה תולה מעותיו בעכו"ם – מחרימין על כל היודע שיש לו מעות. וי"א שאם הוא אמוד אין שומעין לו אלא כופין אותו ליתן מעות.

2. אם יש לו פסידא – אין צריך ליתן לו מעות אלא יכול ליתן לו קרקע או מטלטלין. כ"כ תוס' בכתובות צב. גבי 'אי פיקח הוא מגבי להו קרקע' וכ"כ הטור. **ומכאן הוכיח הקצות שאין דינו של בע"ח מדאיו' במעות,** ויכול לסלקו בכל מאי דבעי, **אלא שהכמים תיקנו ליתן לו מעות,** ולכן במקום פסידא הם אמרו והם אמרו.

3. מה הדין כשהתנה בפירוש ליתן מעות, ואית ליה פסידא? צריך ליתן לו מעות, קצות. דכל תנאי שבממון תנאו קיים, ואע"ג דאית ליה פסידא.

סעיף ח

תלה מעותיו בעכו"ם ואח"כ נודע ששיקר, אע"פ שעכשיו העכו"ם מעכב מלגבות, כופין אותו למכור קרקע ולשלם מעות. כתובות פו. 'הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו בו שלא כהוגן'. וכן אם יש לעכו"ם ערעור על נכסי הלואה, צריך לטרוח ולהביא מעות.

סעיף ט

כשמגבה לו קרקע או מטלטלין – **שמין לו כפי שיכול למכרם עתה במקומו,** דאל"כ נעלת דלת בפני לוין. אין הכוונה שמוכרים עכשיו במחיר שימצאו קונים, שאולי הקונים רוצים לנצל את דחקו של הלואה. אלא שממין אותו כפי מה שראוי למכרו עתה במקומו, ולא כפי הראוי למכרו ביום השוק או במקום אחר. ואם לא ימצאו קונים במחיר השומא, יתנו לו כפי השומא. סמ"ע.

סעיף י

1. מגבין לבע"ח בתחילה ממטלטלין, ואם אין לו מגבין לו קרקע, ומחרימין על כל היודע שיש לו מטלטלין ומבריחם.

2. האם משביעים שבועת הגאונים כשאין לו מטלטלין ורוצה לפרוע קרקע? רמ"א, סמ"ע – לא, ודלא כמו שכתבו הרא"ש והרשב"א בתשובה שמשביעין על כך. רמ"א. והסמ"ע כתב שאף הם לא חלקו בכך. **הש"ך – כן, וכתב שלכו"ע צריך לישבע** על כך שבועת הגאונים, דאל"כ מה הועילו הגאונים בתקנתם, ובפרט האידנא דנפיש רמאי. ומי שכתב שאין צריך לישבע היינו מדינא דש"ס קודם תקנת הגאונים. (וצ"ע, דדוחק לומר שהשו"ע בסעי' א דיבר קודם תקנת הגאונים) **והקצות הסכים עם הרמ"א** שכל הפוסקים חולקים על הרא"ש והרשב"א הנ"ל, וכתב שכיון שבדאית ליה פסידא יכול לסלקו בקרקע, א"כ כ"ש שאם יצטרך לישבע **הוי כפסידא**, שהרי הרבה אנשים אינם רוצים לישבע אפי' באמת.

3. גובין מכל קרקעותיו, ואפי' המשועבדים לכתובת אשה ולבע"ח מוקדם, ואם יבוא הראשון אח"כ – יטרוף ממנו.

סעיף יא

טען שאם יגבו ממנו ישראל, יבואו בע"ח העכו"ם ויאסרוהו – אין שומעין לו אפי' יודעים שהוא דובר אמת ואם יאסרוהו – הרי כל ישראל מצווין לפדותו.

הרחבות לסעיף א

וקשה הרי בסי' צט מבואר שאינו נאמן לומר על חפציו שאינם שלו, כיון שזה נגד יחזקה מה שתחת ידי אדם שלו, וא"כ מאי שנא הכא?! **ונראה לומר** שהכא שאני כיון שרוצה לפרוע במטלטלים או קרקע, מה שאין כן שם שטוען שאין לו כלל במה לפרוע. **וטעם החילוק**, שבגלל החזקה הנ"ל הוא מוגדר כחב לאחרני, ואין אדם יכול לחוב לאחרים. מה שאין כן כאן שכיון שהוא רוצה לפרוע בדבר אחר (אע"פ שמדאי' כשיש מעות, חייב ליתן לו מעות, אך כאן הוא טוען שהוא לא חייב ליתן מעות), א"כ זה שהוא אומר שהמעות הללו – שמוחזקות לנו כשלו – אינם שלו, אין בכך כל פסול, שהרי אדם נאמן לחייב את עצמו. ואע"פ שבכך שהוא מודה שזה של אחרים, הוא דוחה את הבע"ח למטלטלין, אך מה בכך? האם זה נקרא שהוא 'חב' לו? לא, כיון שסו"ס המלוה יקבל את חובו.

ואע"פ שמדאי' דינו דבע"ח בזוי כשיש זוזי, אך זה דין בסדר הגביה ולא דין בהגדרת ההלואה. דהיינו לא נכון לומר שכשאדם הלוח כסף לחברו, הוא התחייב לו מטבעות, אלא הוא התחייב לו את השווי של החוב. והתביעה הממונית של המלוה על הלוח, היא להחזיר לו את החוב. אלא שכשאשר יש ללוה מעות, ביי"ד יגבו למלוה את המעות – זה דין של ביי"ד, דהיינו מסדרי גביית החוב. ולכן, אע"פ שע"פ הודאתו של האדם שהמעות הללו אינם שלו, ביי"ד יגבו לבע"ח מטלטלין ולא מעות, אך זה לא מוגדר שהפסדתי את דינו. אלא שההודאה שלי היא פועלת בממון שלי, ואינני חב לאחרים בהודאתי, ולכן ביי"ד ידונו אותי ע"פ הודאתי ויתנו את המעות למי שהודיתי שהם שלו. ומאידך גיסא, המלוה יקבל את כל חובו, ולא יפסיד אפי' אגורה אחת, ולכן אין כאן שום שייכות לדין של 'חב לאחרני'.

אמנם, הש"ך בסי' פו סעיף ב, ס"ק ה הביא את דברי הלח"מ דמשמע מדבריו כמו שכתבנו, אלא שחלק עליהם וסבירא ליה שזה מוגדר כחב לאחרני. וא"כ צ"ע מדוע נאמן כאן, ואולי משום תקנת השוק כיון שזה גורם פסידא לחברו, שמוציאים את מעותיו מתחת ידו, כפי שכתב שם לגבי שעבודא דר' נתן, ועיי"ש.

הרחבות לסעיף ה

בדין גבייה משטרות: נחלקו הראשונים בשאלה האם ביי"ד מגבין שטרות, **דהרא"ש והטור** ס"ל ששטרות בני גובינא נינהו, ומגבין אותם בשווי שהם נמכרים בשוק. **והרשב"א והר"ן ובעה"ת** ס"ל שאין מגבין שטרות, דמילי נינהו ואין ביי"ד מגבין אותן. **והביאו ראייה מסוגיא** ד'שנים שהוציאו שט"ח זה על זה' בכתובות קי. דמדוע שבי"ד לא יתנו לכל אחד את השטר של חברו? וכן מכתובות יט. שרק בגלל דינא דר' נתן המלוה אינו נאמן לומר אמנה דחב לאחרני, והרי גם בלא דינא דר' נתן הוא חב לאחרני שהרי ביי"ד יגבו למלוה שלו את השטרות? וכן מהסוגיא בב"ק דף פט. שהאשה שחבלה באחרים פגיעתן רעה, והגמ' מקשה ותיזבין לכתובתה בטובת הנאה, ומדוע שהיא תמכור שבי"ד יגבו לו את הכתובה?! אלא מכאן מוכח שאין ביי"ד מגבין שטרות, דמילי נינהו, ואע"פ שהם מילי דמזדבני בדינרי – ביי"ד לא מגבין אותם! **ועוד טעם** הביא בעה"ת שאין מגבין שטרות דכיון שקשה לגבותם, א"כ פשיטא שאין הלוח יכול להכריח את המלוה לקבל שטרות כשיש לו נכסים אחרים. (אמנם, לדבריו נראה שכאשר אין לו שום נכסים – גם הוא יודה שמגבים שטרות; משא"כ בדעת הרשב"א והר"ן שמוכח שאף כאשר אין נכסים אחרים – אין מגבים שטרות, שהרי בב"ק מיירי שאין לאשה נכסים אחרים).

והרא"ש והתוס' ס"ל שמגבין שטרות, **והרא"ש כתב שמגבין אותם בשווי שהם נמכרים בשוק. בדעת הרשב"א נראה שאם היינו מגבים שטרות – היינו מגבים את החוב עצמו**, כיון שאמר שאם ביי"ד מגבין שוב אין הלוח (שהוא המלוה) יכול למחול, כיון שהגבינו את שעבוד הגוף עצמו. מה שאין כן בדעת הרא"ש, שאנו לא מגבים את עצם החוב אלא רק את יכולת הגביה, ולכן אע"פ שבי"ד הגבו את השטר, הוא יכול למחול אותו.

השו"ע פסק כדעת הרא"ש והטור שמגבין שטרות, בשווי שהם נמכרים בו בשוק, **וכתב הרמ"א שמיירי אף כשאית ליה נכסי אחרים. אולם, הש"ך חלק וכתב שכו"ע מודו שאם יש לו נכסים אחרים אינו יכול להכריחו לקבל שטרות,** שהרי ודאי ששטרות הם יותר גרועים אף מקרקע. **אולם כשאין לו שום נכס אחר, אז בי"ד מגבים שטרות.** והמח' בין הראשונים היא רק בשאלה האם בי"ד מגבין את השטר בגוביינא דבי"ד, ותו אין צורך בכתיבה ומסירה, ואף שלא בפניו מגבין לו. או שמא בי"ד יכריחו את הלוח למכור את השטרות ולשלם למלוה את דמיהן, ואם המלוה עצמו רוצה לקבל את השטר נכריח ללוה לתנו לו, אך בכה"ג צריך כתיבה ומסירה על השטר, ואם הוא אינו בפנינו א"א להגבות את שטרותיו למלוה שלו. **והקצות חלק וכתב שאף לדעת הרא"ש גם כשבי"ד מגבים – צריך כתיבה ומסירה.**

ב"ה יום ד' כ"א שבט ה'תשע"ד

סימן קב

מאיזה קרקע מגבין לבע"ח

סעיף א

בע"ח שגובה קרקע – גובה מהבינונית שבנכסי הלוה, דבשלו הן שמין. מדאורי דינו בזיבורית, ומשום נעילת דלת תיקנו לו בבינונית. סמ"ע. ובשלו הן שמין בין לחומרא ובין לקולא.

סעיף ב

1. **היו לו כמה שדות בינוניות** – הלוה יבחר מאיזה ליתן לו יוציא אליו מאיזה שירצה, סמ"ע.

2. **אם חפץ המלוה בזיבורית טפי פורתא** – שומעין לו, ונוטלה כזולא דהשתא ולא כיוקרא דלקמיה. דמצי אמר ליה מלוה אילו הווי זוזי שקילנא לה כזולא דהשתא. **והרמ"א פסק** שאינו יכול לכופו ליתן לו זיבורית, ורק אם רוצה ליתנה לו כיוקרא דלקמיה – כופין אותו ליתנה לו כזולא דהשתא. כדעת הרא"ש, שכמו שאינו יכול לבחור מאיזה בינונית ליטול, כך אינו יכול לומר תן לי זיבורית. **ומהרש"ל פסק כמחבר, ש"ד**.

סעיף ג

1. **אם רוצה המלוה עידית בציר פורתא**, אין כופין הלוה ליתנה לו ואפי' ביוקרא דלקמיה. דאין שעבודו של המלוה עליה כלל. ודעת הטור שבכה"ג אם מוכן ליתנה לו כיוקרא דלקמיה, צריך ליתן לו כיוקרא דלקמיה, סמ"ע.

2. **אם יש לו רק עידית**, אינו יכול למכרה ולקנות בינונית להגבותו, אלא נותן לו העידית. דחכמים השוו מידותיהן, וכמו שאם אין לו אלא זיבורית אין כופין אותו למכרה ולתת לו בינונית, כך להיפך. סמ"ע.

3. **אם יש לו עידית כאן**, ובינונית במקום אחר – נותן לו העידית משום נעילת דלת.

סעיף ד

1. **אם יש לו רק קרקע אחת**, יקחנה כמו שהיא פי' ואינו יכול למכרה ולתת בינונית.

2. **יש לו עידית ובינונית** – יתן לו בינונית אף שהיא כעידית דעלמא, דבשלו הן שמין, סמ"ע.

3. **עידית וזיבורית** – יתן לו זיבורית.

4. **זיבורית ובינונית**, אם היתה לו עידית בשעה שלוה ומכרה – יתן לו בינונית דבשעה שלוה השתעבדה לו הבינונית, סמ"ע. **ומהרש"ל כתב** דוקא כשמכרה לאחר שהגיע זמ"פ, והש"ך כתב שמהש"ס משמע שאין חילוק. **ואם לאו** – יתן לו זיבורית.

סעיף ה

עידית ובינונית וזיבורית, **והתנה עמו לפרעו עידית**, אם יש לו עידי עידית – נותן מהעידית, ש"ד. והיתה לו עידי עידית ונפסדה – נותן לו מהבינונית, דהרי העידית במקום העידי עידית שלא נתרצה לשלם מהעידית אלא מפני שסמך על העידי עידית, סמ"ע.

ב"ה יום ה' כ"ב שבט ה'תשע"ד

סימן קג

דיני שומא, שומא בטעות ושומא הדר

דין השומא

סעיף א

1. כשיורדים לקרקע הלוח ליפרע ממנה, **צריך לשום אותה ע"י ג' שמאין**. וצריכים לשומה ביחד כבי"ד, נתיבות. והשומא היא **ע"פ הזמן** ולא ממתינים ליום השוק, **וע"פ השער באותו מקום**.

2. אם חובו כנגד חלק מהקרקע, אין שמין את המחיר המלא של הקרקע, ונותנים לו מתוך זה כפי חלקו. **אלא שמין כמה יקבל תמורת אותו חלק כשימכר בנפרד**. כיון שאינו צריך לטרוח למצוא קונה לכל הקרקע. רמ"א. בשו"ת צ"צ כתב שדוקא כשגובה לבד, אך אם יש עוד בע"ח מאוחרים, נותנים לו חמישית הקרקע. והשער המשפט והח"צ חלקו, דלעולם מקבל כפי שיכול למכור, דכיון דאית ליה פסידא למוקדם, א"כ לא גבה כל חובו, וכל זמן שלא גבה המוקדם אין למאוחר בה כלום. פת"ש.

2. אחרי השומא, **מכריזין עליה כפי ראות הדיינים**, עד שיפסקו המוסיפין דהיינו עד שיפסיקו להעלות את מחירה. ואם טורף הקרקע **מהלקוחות, צריך להכריז ל' יום** כדין יתומים. **ודעת הרמ"א שאף מהלוח עצמו צריך להכריז ל' יום**. הגמ' בערכין כא: כתבה ששום היתומים ל' יום, הטור למד שהוא הדין בכל שומא, כיון שהקרקע נמכרת שלא מדעתו, וכן דעת בעה"ת. ואילו הרמב"ם חלק וסבר שדוקא ביתומים ולקוחות הצריכו ל' יום, אך בסתמא אין צורך להכריז אלא כפי ראות עיני הדיינים. השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א כטור.

3. אם מצאו לוקחים ביותר מהשומא, או כפי השומא מוכרים להם. ואם רצה המלוה לקחתה באותו סך, הוא קודם. ואם לא מצאו לוקחים בכדי שומתה, מחליטין אותה למלוה כפי שומתה. ונותנים ללקוח או לבע"ח שטר אכרזתא, שנעשה הכל כדין. טעם ההכרזה לטובת הלוח אולי ימצא שיתנו בה יותר, סמ"ע.

נחלקו בשומא

סעיף ב

1. **אם שנים מסכימים לדעה אחת, בטל יחיד במיעוטו**.

2. **אם היו ג' דיעות, לוקחים את הפער בין המועט למרובה, מחלקים אותו לשנים, ומוסיפים אותו על המועט וזו השומא**. לדוגמ' אחד אומר צ', אחד ק' ואחד קל', השומא היא קי'. כיון שהפער הוא מ', א"כ מוסיפים כ' על המועט, או שפוחתים כ' מהמרובה וזו השומא.

מקור הדין: גמ' ב"ב קז. "אחד אומר במנה, אחד אומר בעשרים (80) ואחד אומר בשלשים (120) נדון במנה, ר"א בר צדוק אומר נדון בתשעים, אחרים אומרים עושים שומא ביניהם". ובעמוד ב' א"ר הונא הלכה כאחרים, א"ר אשי טעמא דאחרים לא ידעין, הלכתא עבדינן כוותיהו! וכתבו הרשב"ם והרא"ש והרי"ף שהלכה כתי"ק, ופירשה הגמ' טעמו שימילתא מציעתא נקט'. **הרשב"ם פירש** שדעת ת"ק ללכת אחר האמצעי, כיון ששנים מודים שיש בה מאה, שהרי גם מי שאמר קב מודה שיש בה לפחות מנה. ולכן במקרה שא' אומר צ', ק' וק"ל, ג"כ נדון במנה. **אולם, הרמב"ם פירש** כמו שכתב השו"ע. **והסמ"ע כתב שדעת הרי"ף והרא"ש והטור כרשב"ם, ולכן חלק על השו"ע** ופסק הלכה כמותם, שלעולם אזלינן בתר תרתי מגו תלת.

סעיף ג

1. אם שמאווה שלשה, **אין המלוה יכול לדרוש שישומו אותה ג' אחרים ואע"פ שבקיאם טפי**.

2. **יכולים השמאים להיות קרובים זה לזה. אך אסור שיהיו קרובים לבע"ד, דכ"א צריך להיות כשר להעיד** לבע"ד שכך שווה, אך אין בעיה שיהיו קרובים זה לזה, דבלאו הכי כל א' מעיד על מה שהוא חושב, והדין יוצא מבין שלושתן. נתיבות.

שומא בטעות

סעיף ד

בי"ד ששמו בנכסי לוקח וטעו אפי' בכל שהוא – מכרן בטל. דדינם כשלוחים, ושליח שטעה מכרו בטל. אך אם שמו בנכסים בני חורין וטעו – דינם כפי שיתבאר בסי' קט, לגבי יתומים. ד. כיון שעלו ועל היתומים מוטל לפרוע החוב, אין דינם כשלוחים אלא כבי"ד. סמ"ע ע"פ תירוצ' הרב המגיד.

הטור והרשב"א כתבו שאין הבדל בין לוקח ללוה וליתומים, ולעולם הדין כשטעו הוא כפי שנתבאר לגבי יתומים. אולם, הרמב"ם והרי"ף בתשובה כתבו כדברי השו"ע לחלק בין לוקח ללוה עצמו וליתומים, ונתחבטו הראשונים בטעם הדבר. וכתב ה"ה לחלק כמו שהביא הסמ"ע, ולא נתפייס בתירוץ. והבדק הבית כתב שאע"פ שלא נתפייס בו, תירוצ' הגון הוא בעיניו.

סעיף ה

1. **אם החוב דבר מועט,** שלא יגיע לו בחובו חלק כשיעור הראוי לבית/שדה/כרם כשיעור שיתבאר בסי' קעא. יכול המלוה לומר ללוה מכור לי יותר מהקרקע כדי שיגיע כשיעור הראוי, או שתפרע לי מעות. כ"כ בעה"ת והסכים עמו הרמב"ן בתשובה.

ואם אין המלוה רוצה לקנות יותר מכשיעור, כופין את הלוה למכור כל הקרקע או למשכנו ולפרוע למלוה, ואין חוששין להפסד הלוה, ואין מרחמין בדין לומר כיצד נוציא ללוה מביתו בשביל דבר מועט שכזה. רמ"א בשם הרשב"א בתשובה. **וכתב בבדק הבית** שאינו חולק על בעה"ת הנזכר קודם, אלא שדיבר היכא שאין המלוה רוצה לקנות.

2. **אם הדבר להיפך,** שלא נשאר ללוה אלא חלק מועט, אינו יכול לכפות המלוה שיקחנו במעות. אולם, אם המלוה מוציא מהלוקח, יכול הלוקח לכופנו שיקחנו במעות. **דין זה תלוי במח', שבעל המאור והטור** כתבו שאף הלוה יכול לכופ' למלוה שיקחנו במעות, אם לא נשאר לו אלא חלק מועט. **ובבדק הבית דקדק** מדברי הרשב"א שהובאו קודם שלעולם אין כופין למלוה לקנות אם אינו רוצה.

צריך להשלים כאן את דעת הסמ"ע והש"ך...

סעיף ו

1. קרקע שעשו בי"ד שומא והכרזה אך לא החליטוה למלוה, אם התייקרה או הוזלה ברשות הלוה היא. ואם נשתתה זמן הרבה ולא הורידוה, צריך לעשות שומא והכרזה שוב. תשובת הרא"ש. הבי"תמה מדוע הרא"ש כתב שצריך לעשות שומא נוספת, אך לא הזכיר שצריך גם הכרזה נוספת? ותירץ שאם ראו שלא נשתתה השומא, א"צ בהכרזה נוספת.

2. אם ירד המלוה לנכסי הלוה בלא רשות בי"ד והחזיק בהם או מכרם – לא מהני. ואפי' היו אפותיקי מפורש, או שהיתה הקרקע ממושכנת ביד המלוה. שהרי הלוה יכול לסלקו במעות בעל כרחו, כדעת רבא (בפסחים לא). שבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה. כן דעת הרמב"ן. **וכן הסכים הש"ך לדינא.**

וי"א שאם יש עדים שהגיע זמן הפרעון, או שהיא מוחזקת בידו במשכנתא ג' שנים שיש לו מיגו דלקוח והוא טוען שהגיע הזמן, ומכרה המלוה מהני. כ"כ בעה"ת, וטעמם שלא נחלקו אביי ורבא, אלא כשמכרה קודם זמן הפרעון והגיע זמן הפרעון האם המכר חל; אך כשמכרה לאחר שהגיע זמן הפרעון לכו"ע גובה למפרע.

לדעה שמועילה הגבירה או המכירה, מה עם הצורך בשומא והכרזה? הסמ"ע כתב שאף לדידם מדובר כששמאה ע"י ג' שמאין, אלא שא"צ ליטול רשות מבי"ד. הט"ז נקט שא"צ בשומא והכרזה בכה"ג, כיון שא"א להבריח הקרקע ויוכל לברר שמכר כדין. והנתיבות כתב שמדובר שהמכר מועיל, רק בתנאי שלבסוף יגבוהו לו בי"ד ע"י שומא ומכירה.

סעיף ז

מקום שנהגו לכתוב בשטרות שיוכל לירד לנכסי הלוה ולמכור בלא שומא והכרזה, אם נהגו שלא לירד ולמכור כי אם בשומא והכרזה, אין לירד ולמכור זולתם. כ"כ הרא"ש בתשובה, וטעמו שאע"פ שכותבים כן, אין נוהגים כן. ועוד, שאולי כוונתם שאם לא ימצא דיין, יוכל לירד לנכסים בלא שומא. וכתבו הסמ"ע והקצות שבמקום שאין מנהג, יש לילך אחר הכתוב בשטר דכל תנאי שבממון קיים, ואין זה לעבור על ד"ת, כיון שקי"ל כר"ת שהאיסור ליכנס לביתו למשכנו אינו כשכוונתו לגוביינא.

סעיף ח

אם ירד המלוה לנכסים בלא רשות ואכל פירות – מנכין לו אותם מחובו. כ"כ הרא"ש לגבי מלוה שירד לנכסי יתומים, דכיון דאין נפרעים מהם אלא בשבועה – מי יימר דמישתבע. וכתב הבדק הבית דלאו דוקא יתומים, אלא הוא הדין כל אדם שהרי אין לו רשות לירד לנכסים מעצמו, ומעשה שהיה כך היה. והסמ"ע לא ראה דברי בדק הבית, ולכן נדחק לתרץ דברי השו"ע.

סעיף ט

שומא הדרא:

מקור הדין: ב"מ לה. "אמר נהרדעי: שומא הדר עד תריסר ירחי שתא. ואמר אממר: אנא מנהרדעא אנא וסבירא לי שומא הדר לעולם. והלכתא: שומא הדר לעולם. משום שנאמר ועשית הישר והטוב".

1. בי"ד ששמו קרקע לבעל חוב בין מהלוה או מהלוקח, ולאחר זמן השיגה ידו של הנטרף או של יורשיו ורוצה לפדותה במעות – **מסלקין את הבע"ח מהקרקע, ואפי' שהיה בה כמה שנים.** והרמ"א פסק דשומא הדרא דווקא ללוה ולא ללוקח.

נחלקו הרמב"ם והרא"ש, דעת הרמב"ם דשומא הדרא אף כשגבו מהלוקח, ודעת הרא"ש דשומא הדרא דוקא כשגבו מהלוה, שהרי הלוקח קנה קרקע משועבדת ואדעתא דהכי נחית ואין פה הישר והטוב. מהגמ' בכתובות צא: לגבי תרי אפדנא הוכיחו כדעת הרמב"ם, שהרי שם מדובר על לוקח ומוכח שיכול לסלקו לבע"ח בזו"ז. אולם, הרא"ש דחה ראיה זו, והסביר כרבינו יונה שמדובר שבי"ד עדיין לא הגבוה בחובו ע"י הכרזה, אלא רק כתבו לו שטר טרפא לחפש את נכסי הלוה, ולכן יכל הלוקח לסלקו במעות. וכן כתב שם הריטב"א, ונמצא שאין ראיה שאף אחר שהגבוהו בי"ד בחובו, יכול הלוקח לסלק למלוה בזו"ז. **השו"ע פסק כרמב"ם והרמ"א כרא"ש.**

האם כשמסלקין אותו צריך מעשה קניין? **הש"ך דייק מדברי הרמב"ם והשו"ע שלא,** אלא די בסילוק בעלמא. וכתב **שדעת הריטב"א והרמב"ם שצריך קנין.** ונפק"מ כששמו לקטן, האם צריך להמתין עד שיגדל וידע להקנות.

2. אם המלוה סתר ובנה ולא השביח הקרקע – הדרא, ואינו נוטל הוצאותיו. ודעת הסמ"ע שלא הדרא אפי' ישלם לו הוצאותיו. וכן הסכים הח"צ. והט"ז והנתיבות והקצות הסכימו עם השו"ע.

הטור הביא בשם התרומות מח' בדבר: יש אומרים שאינו נוטל הוצאותיו שהרי הקרקע לא השביחה, ויש אומרים שצריך ליתן לו הוצאותיו, שהרי עכשיו הוא מפסיד אותו בכך שהוא השקיע בקרקע, ועכשיו יצטרך להשקיע בקרקע אחרת, ואע"פ שמבחינה אובייקטיבית הקרקע לא השביחה.

הב"י כתב שזה ספק כמי לפסוק, והמוציא מחברו עליו הראיה. **בשו"ע פסק** שמוציאים הקרקע ואינו צריך לשלם, ומשמע שהבין שהלוה הוא מוחזק. **והתקשה הסמ"ע** הרי כשהגבו למלוה בחובו, הוא זוכה בה בקנין גמור, ולכן הוא אוכל פירותיה ואין בזה משום ריבית, אלא שמשום יעשית הישר והטוב' אנו מזיקים אותו להחזירה ללוה, אפי' מדוע חשוב הלוה כמוחזק? ולכן חלק ופסק שהמלוה הוא המוחזק, ואינו צריך להחזירה עד שישלם לו הלוה הוצאותיו.

הט"ז ביאר שכיון שלכו"ע המלוה צריך להחזיר הקרקע, אלא שיש מח' האם צריך לשלם לו, לכן הלוה מוגדר כמוחזק כיון שהספק הוא על דין התשלום. והוכיח כן מבב"ב כד. שאם יש ספק אם העיר קדמה או האילן קוצץ ואינו נוטל דמים, ואמרה הגמ' שכיון שהקצצה ודאית והספק הוא רק בתשלומים, לכן צריך לקצוץ ולגבי הדמים צריך להביא ראיה כדי ליטול.

והחכם צבי בהגהתו דחה ראיית הט"ז, דשאני התם שקודם צריך לקצוץ ורק אח"כ משלמים לו, ולכן גם בספק צריך לקצוץ. אולם אצלנו כל זמן שלא נותנים לו דמים, אינו צריך להחזיר, ואפי' כיון שיש ספק על התשלומים אינו צריך להחזיר בלא דמים; ולכן פסק כסמ"ע לדינא.

והקצות דחה חילוקו והסכים עם הט"ז, **אלא שהוכיח מדברי הרא"ש** (ב"מ פ"ט סי' כד) **כסמ"ע,** שכאשר הדין הוא משום יעשית הישר והטוב' אם יש ספק בתשלומים לא אמרינן הכי. והתקשה בדברי השו"ע שבסי' קעה סעי' ז פסק כדברי הרא"ש, ואילו אצלנו פסק להיפך!! **וכתב לחלק** שכאשר הספק הוא בגוף המעשה, חכמים לא תיקנו בכה"ג וכדברי הרא"ש. משא"כ הכא שודאי חכמים תיקנו, אלא שיש מח' הפוסקים ויש ספק כמי לפסוק, בכה"ג אמרינן שכיון שלכו"ע צריך להחזיר יכול הלוה לומר יקים לי שאני פטור והוי מוחזק.

הנתיבות הביא את דברי התומים שהתקשה בסתירה שהביא הקצות, **וכתב הנתיבות לתרץ** שבאמת העיקר כדברי החכ"צ שכיון שצריך הלוה לשלם ורק אח"כ נוטל את הקרקע, מקרי המלוה מוחזק, כמו שמצאנו לגבי משכון שכאשר הם חלוקים על סך ההלוואה, מקרי המחזיק במשכון מוחזק. אלא, שהשו"ע סובר שכל זה נכון כשטוען המחזיק במשכון עד כדי דמיו, אולם אם טוען יתר מדמיו בכה"ג הוא לא מוחזק. ולכן, בסימן קעה הם חלוקים בשווי הקרקע, ולכן מקרי הלוקח מוחזק ואינו צריך למכרה למצרן עד שיביא ראיה. אולם, אצלנו הקרקע שווה פחות, והוא טוען יותר משווי הקרקע, ובכה"ג אינו חשוב כמוחזק.

3. אם השביח את הקרקע – נשבע ונוטל כדין יורד ברשות. הסמ"ע הבין שהכוונה שנוטל דמי הוצאותיו ומחצה מהשבח היתר על ההוצאה. ואילו הש"ך נקט שנוטל בשבח כשאר שתלי העיר (דהיינו כמו שמשלמים לבעלי המקצוע על כך). והרמ"א פסק שלא הדרא כלל. הטור כתב כדעת השו"ע בסתם, וכתב הב"י ש"כ הרב המגיד. ואילו הרא"ש חולק וסובר שכאשר השביח המלוה אין דין שומא הדר, וכן פסק הרמ"א.

מהי דעת הרמ"א? הרא"ש לא חילק בין הדין של השביחה המלוה לדין של הוקרה, ובשניהם כתב שאין דין שומא הדר משום נעילת דלת, 'דלא מסתבר שיצפה הלוה כל ימיו שיוקרו קרקעותיו'. בדברי הטור משמע שהבין שיש חילוק ביניהם, שכאשר השביחה המלוה לא הדרא כלל, ואילו כאשר הוקרה חוזרת כשעת היוקר משום נעילת דלת. וביאר הסמ"ע שכאשר השביחה קנאה בשינוי, ולכן לא הדרא כלל; משא"כ בנתייקרה שחוזרת כשעת היוקר משום נעילת דלת. **ולכן פסק הסמ"ע שאפי' אם רוצה הלוה לשלם לו כל דמי השבח, (ולא רק כשתלי העיר), אינו יכול לכופו להחזיר לו הקרקע. אולם הש"ך חולק, וסובר שאין הבדל ביניהם ושניהם מטעם נעילת דלת. ולכן כאשר רוצה לשלם לו כל דמי השבח, ודאי שיכול לכופו להחזיר לו הקרקע.**

4. אם התייקרה הקרקע – אין לו אלא דמי חובו. ואם הוזלה הקרקע – לא הפסיד, וצריך ליתן לו דמי החוב. והרמ"א פסק שבהתייקרה נוטל כשעת היוקר. הטור הביא שהרא"ש חולק בדין זה, וסובר שאף כשנתייקרה הקרקע מאליה אין דין שומא הדר, וכמו שביארנו.

אמנם, הב"י כתב שאין כאן נעילת דלת, שהרי המלוה אוכל פירות כל אותו הזמן, וא"כ אע"פ שהקרקע חוזרת כשעת ההלוואה, הוא לא הפסיד כלום שהרי במשך כל אותם השנים אכל את פירותיה. (וע"פ זה מובן מדוע אע"פ שהמלוה השביח הקרקע הוא מחזיר הקרקע ויש כאן ישר וטוב, ולכא"פ מדוע איננו חוששים לפסידא דמלוה? אלא מפני שהוא לא מפסיד, שהרי הוא פירותיה כל אותם שנים.

מדוע אינו משלם לו דמי הקרקע כשעת היוקר? הטור כתב מפני שמיחזי כריבית (וכ"כ ה"ה), שכיון שמעות ההלוואה אצל הלוה, כשפודה הקרקע מהמלוה נראה כפורע לו חובו ומיחזי כריבית שהרי משלם לו יותר מדמיו. הב"י הקשה שהרי א"כ היאך אוכל פירות?! הגידולי תרומה תירץ שדוקא בשעת התשלום מיחזי כריבית, שהרי לאנשים זה לא מיחזי כאילו קונה הקרקע מידו אלא כפורע חובו, משא"כ בשעה שאוכל פירות יודעים שאוכל את שלו. אולם הב"י מחמת קושייתו, כתב שהטעם הוא משום 'הישר והטוב' שדי לו שיתן לו כדי חובו ולא יצטרך לפדותה ביתר מכדי חובו.

מה הדין כשהתייקרה מאליה, וניכר השבח כגון ארעא ואסקא שרטון? הסמ"ע הסתפק, אולי בכה"ג צריך לשלם לו דמי השבח, שהרי בכה"ג ניכר שמשלם לו דמי השבח ואין בכך מיחזי כריבית. והש"ך נקט שאף בכה"ג מיחזי כריבית ואינו משלם לו אלא דמי הקרקע.

5. אם התנו שלא לסלקו וקנו מידו על כך – אין יכולים לסלקו.

6. הגבה הלוה הקרקע מרצונו בלא שהכריחוהו ב"ד, לא מחזירים לו, דלא שייך בכה"ג 'הישר והטוב'. גמ' שם: "אגביה איהו בחובו, פליגי בה רב אחא ורבינא. חד אמר: הדרה, וחד אמר: לא הדרה. מאן דאמר לא הדרה - סבר: האי זביני מעליא היא, דהא מדעתא דנפשיה אגביה. ומאן דאמר הדרה - סבר: לא זביני מעליא הוא, והאי דאגביה מדעתיה ולא אתא לדינא - מחמת כיסופא הוא דאגביה". וכתב הרא"ש: "וקיימא לן כל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל הלכך לא הדרא ולא מפקין מיד המחזיק".

ופירש רש"י: "אגביה איהו בחובו - לעיל מיהדר גבי שומא, כלומר: אם לא שמוה בית דין למלוה על כרחו של לוח, וקם ליה מעצמו, ולא הטריחו לדין, ואמר לו: טול קרקע זה בחובך".

מתי נחשב שהגביה מעצמו? דעת הסמ"ע – שאם הביאו לבי"ד אע"פ שמיד נתרצה לו, חשיב כהגבוהו ב"ד שהרי הטריחו. ודעת הש"ך – שאע"פ שהביאו לדין, אם הגביהו מעצמו בלא פסק ב"ד, חשיב כהגבוהו מעצמו.

סעיף י

1. **שומא הדרא אף ממלוה שני.** כלומר שאם הגבוהו קרקע בחובו, ואח"כ גבאה בע"ח שלו, יכול הלוה הראשון להוציאה מהמלוה השני, כיון שאף כאן זה 'טוב וישר', שהרי המלוה אדעתא דזוזי נחת ולא אדעתא דארעא. ובמקרה זה יפה כוחו של השני, שבין אם שמוה לראשון במנה ולשני במאתיים, ובין אם לראשון במאתיים ולשני במנה, צריך לסלקו במאתיים. **"ב"מ לה."** "פשיטא, שמו ליה לבעל חוב, ואזל איהו ושמה לבעל חוב ידיה, אמרין ליה: לא עדיף את מגברא דאתית מיניה".

2. **שומא לא הדרא, אם מכרה או נתנה במתנה** כדאיתא שם "זבנה, אורתא, ויהבה במתנה - ודאי הני מעיקרא אדעתא דארעא נחות, ולא אדעתא דזוזי נחות". **או ששמאה הבע"ח לבע"ח אחר מדעתו.** כפירוש הרמב"ם ליאגביה איהו בחובו דלעיל, ולדינא לא פליגי הפירושים.

3. מה הדין אם מת הבע"ח והורשה? שו"ע – לא הדרא. רמ"א – אם הורשה מחיים, או שהיו כמה יורשים וחלקו. אך ביורש א' הדרא. בביאור דברי הגמ' 'אורתא' נחלקו הראשונים: **תוס' פירשו** שבכל ענין אינה חוזרת, ואע"פ שיורשי הלוה דינם כלוה שמחזירים להם הקרקע, אך יורשי המלוה אינם כמלוה, ואינם חייבים להחזיר דאדעתא דארעא נחות. **ואילו הרא"ש חלק** וס"ל שאין חילוק בין יורשי הלוה ליורשי המלוה, שהרי אף יורשי המלוה לא אדעתא דארעא נחות, דהוי ירושה דממילא. ו'אורתא' הכוונה שהורשה מחיים, דבכה"ג אדעתא דארעא נחות. **השו"ע פסק כתוס' והרמב"ם, והרמ"א כרא"ש והר"ן והנמוק"י.** אמנם, הרא"ש בתשובה כתב שאף בירושה דממילא, אם היו כמה יורשים וחלקו כיון שקי"ל שהאחין שחלקו לקוחות הן, א"כ הוי כמו זבנה ולא הדרא.

4. בעל בנכסי אשתו לוקח הוא, לא מחזיר אם שמו לה ונשאת, ולא מחזירין לו אם שמו ממנה ונישאת. והרמ"א פסק שדוקא כשמתה האשה הוי כלוקח, אך לא בחייה.

גמ' שם "שמו לה לאשה ואינסיבא, או שמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה - בעל בנכסי אשתו לוקח הוי, לא מיהדר ולא מהדרין ליה. דאמר רבי יוסי בר חנינא: באושא התקינו: האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה - הבעל מוציא מיד הלקוחות". ופירש"י שמדובר בנכסי מלוג. **דעת רש"י והרא"ש והטור שמדובר לאחר שמתה האשה, שהבעל אינו חשוב כיורש אלא כלוקח.** ולכן אם שמו לה ומתה דינו כלוקח שאינו מחזיר (לדעת תוס' אף אם היה דינו כיורש לא היה מחזיר, אלא משום סיפא); ואם שמו ממנה ומתה דינו כלוקח שאין מחזירין לו, ואם היה דינו כיורש היו מחזירים לו. אך בחייה אע"פ שהוא אוכל פירות, משמע שמחזירה ומחזירים לה. **ודעת הרב המגיד (מלוה ולוה פכ"ב הי"ז) שמדובר בחיי האשה, שהבעל דינו כלוקח ולכן אם שמו לה – היא לא מחזירה, דהוי כאילו מכרה (ואם היה דינו כיורש א"כ כל זמן שלא מתה לא ירשה, וצריכה להחזיר).** ואם שמו ממנה, אין מחזירים לה דהרי זה כאילו מכרה נכסיה אחר השומא. השו"ע פסק כרב המגיד שמדובר אף בחייה, ואילו הרמ"א פסק כדעת רש"י והרא"ש והטור שמירי דוקא לאחר מיתתה.

סעיף יא

1. שומא בטעות הדרא, ואפי' מכרה או הורשה. כגון שומר חנם שפשע וחייבוהו לשלם קרקע, ואח"כ נמצא שהיה הפקדון ברשותו או שנאבד. וכן אם הגבוהו קרקע בחובו, ואח"כ נמצא שהיו לו באותה שעה מעות מזומנים, דהגביה הייתה בטעות. משא"כ אם באמת היה עני באותה שעה ואח"כ העשיר דלא הוי טעות.

מדברי השו"ע משמע שאף כאשר ידע השומר שיש לו מעות או שהחפץ ברשותו, הוי שומא בטעות. כדעת הנמוק"י בשם המהר"ם, ודלא כמשמע מפירש"י והר"ח שדוקא כשלא ידע הנפקד שהחפץ בידו הוי טעות, אך כשידע אין פה דין טעות.

האם כשפשע השומר יכול לדרוש להחזיר הדין? הסמ"ע והנתיבות נקטו שלא, אלא דוקא כשלא פשע שניהם יכולים לחזור בהם, משא"כ כשפשע אחד מהם, אותו שפשע אינו יכול לחזור בו.

ב"ה יום ה' ב' שבט ה'תשע"ה

סימן קד

דין ב"ח מאוחר שקדם וגבה מקרקעי או מטלטלי, ומלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר, ובו ט"ז סעיפים.

סעיף א

מי שיש עליו בעלי חובות הרבה, כל מי שקדם זמן קנין של שטר, קודם הוא לגבות, בין קרקע בין מטלטלים, אפילו אם הגיע זמן פרעון של המאוחר קודם, בין מלוה עצמו בין מלקוחות. ואם קדם המאוחר וגבה קרקע, אפילו הגבו לו בפני המוקדם, ושתק, מוציאים מידו. הגה: מיהו כשבא לגבות, גובין לו, וכשיבא זמן הראשון לגבות, יטרוף ממנו. ודוקא כשבא לגבות מקרקע, אבל כשבא לגבות מטלטלין, יכול בעל חוב הראשון לטעון שלא להגבותם, פן יבריחם או יפסידום, ועוד, דאם יגבה המאוחר שוב לא יכול המוקדם להוציא ממנו. אבל אם הלוח עצמו נותנם לו, י"א דאין בעל חוב המוקדם יכול למחות (תשובת רשב"א אלף קי"א). וכל זה במלוה בשטר, אבל מלוה על פה, אם קדם המאוחר וגבה, מה שגבה גבה (ר"ן פ' מי שהיה נשוי), אלא אם כן גבה בעל חוב מאוחר בינונית, והניח זיבורית לב"ח מוקדם, דאז מה שגבה גבה. ואם מכרם קודם שהספיק הראשון להוציא מידו, אין המוקדם חוזר עליו, אפילו אם המעות עדיין בידו, אלא חוזר על הלקוחות ששיעבודו בידם. ואם מכרם לעובדי כוכבים, שאינו יכול להוציאם מידו, חייב לשלם לו, אפילו אין המעות בידו, מדינא דגרמי. וכן אם הניח בעל חוב: מאוחר מטלטלין לבעל חוב מוקדם, מה שגבה גבה. הגה: יש אומרים דבדבר שאינו עתה בעולם, ועתיד לבא אחר כך, לא שייך ביה דין קדימה, ואם קודם שבא הדבר לעולם נשבע לתת אותו לבעל חוב מאוחר, צריך לקיים שבועתו (תשובת חזה התנפה והביאו הטור סי' צ"ט ס"ו). ועיין לעיל סימן צ"ט סעיף ב'.

1. אין הולכין אחר זמן הפרעון, אלא אחר זמן כתיבת השטר. לכן מי שקדם זמן כתיבת שטר, הוא קודם לגבות בין קרקע ובין מטלטלין.

2. בעל חוב מאוחר שקדם וגבה – מה שגבה לא גבה, כלומר כשיבוא המוקדם לגבות ולא ימצא נכסים יוציא מידו. איבעיא בגמ' בכתובות צ. ולא איפשיטא. ובדף צד. "כגון שנמצאת אחת מהן שדה שאינה שלו, ובבעל חוב מאוחר שקדם וגבה קמפלגי, ת"ק סבר: מה שגבה לא גבה, ובן ננס סבר: מה שגבה גבה. (אמר) ר"נ אמר רבה בר אבון: דכולי עלמא מה שגבה לא גבה, והכא בחיישינן שמא תכסיף קמפלגי וכו'". וכיון שלרב נחמן פשיטא שלכו"ע מה שגבה לא גבה וקיי"ל כרב נחמן בדיני; ועוד שאף שמואל העמיד את דעת רבנן כך, פסקו הרי"ף, הרמב"ם, ר"ח, הרא"ש, הרשב"א והרמב"ן הלכה שמה שגבה לא גבה, ודלא כמקצת ראשונים שפסקו מה שגבה גבה (כ"כ המגיד משנה).

הראשונים הקשו מהגמ' בערכין (ז): "היו בידו ה' סלעים ואמר ערכי עלי וחזר ואמר ערכי עלי ונתן ד' לשניה ואחת לראשונה יצא ידי שתייהן מאי טעמא בעל חוב מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה". תירצו כמה תירושים: א. הקדש שאני שהכל רשות אחת. ב. הגמ' בערכין סוברת שמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר, והרי זה כמלוה ע"פ שאין בה דין קדימה. ג. מדובר במטלטלין ובהם אמרינן מה שגבה גבה (תוס' כתבו שלמסקנא גם בהם לא אמרינן הכי, והגמ' בערכין היא כדעה החולקת).

אלא שאם גבה בע"ח מאוחר בינונית והניח זיבורית – מה שגבה גבה, כ"כ הרשב"א והר"ן.

3. אפ"ה כשיבוא המוקדם לגבות – מגבין לו ביי"ד מקרקעות הלוח, וכשיבוא הראשון לאחר זמן – יטרוף ממנו אם לא ימצא נכסים. אולם מטלטלים אינם מגבים לו, דשמא יבריחם או יפסידם ולא יוכל הראשון להוציאם מידו. כ"כ הרשב"א בתשובה.

4. **האם יש דין קדימה במטלטלין?** ב"ח, סמ"ע, נתיבות – לא, ואפי' מינייה. כדעת השו"ע לקמן סעי' י', שכן פסקו כל הראשונים, ודלא כתשובת הרמב"ן דלאו הוא חתים עליה. ואף השו"ע כאן לא התכוון לומר שיש קדימה במטלטלין, אלא שלא הולכים אחר קדימת זמן הגבייה. לבוש, גר"א – כן, כפשט השו"ע כאן, וכדברי הרמב"ן בתשובה שהדין שאין קדימה במטלטלין היינו אם כבר תפס המוקדם שאין מוציאים מידו, אך כשבים לגבות המוקדם קודם דיש לו שיעבוד אף על המטלטלין כשבא לגבות מיניה. הגר"א הוכיח כן מדברי הרי"ף, הרא"ש והתוס' בתירוץ הקושיא מערכין שהבאנו לעיל, וכתב שאע"פ שבסעי' י' משמע להיפך, העיקר כמו שכתוב כאן, שכן מוכח ברי"ף שדווקא לאחר שהבע"ח גבה אין השני מוציא ממנו במטלטלין דבע"ח הרי הוא כלוקח והפקענו שיעבודו. אולם, קודם שגבה יש

שעבוד ולכן יש דין קדימה. וכ"כ הקצות להוכיח מהתוס' הנ"ל. אלא שכתב שהסמ"ע יתרץ שהגמ' שם דיברה דווקא בהקדש, שבו לא עקרנו את דין תורה והשארנו את השעבוד על המטלטלין.

5. למי"ד שאין קדימה במטלטלין, מה הדין אם חלק מבע"ח אינם בפנינו? ב"ח, שו"ת צמח צדק – מחלקין המטלטלין בין כל הבע"ח בשווה, וחלקם של בע"ח שאינם כאן יהיה בבי"ד. ב"י – מי שבא ותובע בי"ד מגבין לו, ומי שאינו כאן יפסיד. וביאר הקצות הטעם דבמטלטלין אין קדימה כיון שאין כלל שיעבוד, ונמצא שאין עליו אלא מצוה לפרוע חובו, והמצוה היא רק כאשר המלוה תובע אותו, וכיון שרק אי תובע אי"כ כרגע המצוה היא לפרוע את החוב של התובע ולא את החוב של מי שאינו תובע. (כעין יתדיר ומקודש' (מנחות מט) דמקודש עדיף (לפי תוס') דהיינו המצוה שמוטלת עליו כרגע אע"פ שהיא קלה יותר). והנתיבות חלק וסבר שהמצוה לפרוע חוב היא אף כשהמלוה אינו תובעו.

6. מה דין מלוה ע"פ? רמ"א – בע"ח מאוחר מה שגבה גבה, כ"כ הר"ן בכתובות צד. וכן הביאו התוס' באחד התירוצים שהבאנו לעיל מס' 2. אולם, הקצות כותב דהר"ן לשיטתו דבמלוה ע"פ ליכא דין קדימה כלל, אולם לדין דק"ל בסעי' יג דאיכא דין קדימה אי"כ מה שגבה לא גבה, שהרי יש שעבוד גם במלוה ע"פ. וכן הוכיח מהר"ף והרמב"ם שתירצו הקדש שאני, אע"פ שסוברים מלוה הכתובה בתורה אינה ככתובה בשטר, אי"כ משמע שלא בהקדש הדין היה שלא גבה. ולכן לשיטתו הוי ספיקא דדינא ולא מהניא תפסה בקרקע.

7. בע"ח מאוחר שקדם וגבה, ומכר קודם שהספיק הראשון להוציא מידו: אם מכר לישראל – יוציא בע"ח מוקדם מיד הלוקחות ואפי' המעות ביד המוכר אינו מוציא ממנו, כיון ששעבודו ביד הלוקח. אם מכר לגוי – חייב המוכר לשלם לו מדינא דגרמי, דהזיק שיעבודו של חברו, וקמשתרשי ליה.

סעיף ב

בעל חוב שגבה חובו מבתי שמעון בכתב שלטון העיר שעשו הכרזה יום אחד, אחר כך בא בעל חוב (המוקדם) להוציא ממנו, וטוען המאוחר: כיון שלא ערערת בשעת הכרזה הפסדת בכך, אם היה הכרוז יוצא: כל מי שיש לו זכות ושעבוד על קרקע זה יבא ויערער וכל מי שלא יערער יבטלו זכויותיו, אם נהגו כן, דינא דמלכותא הוא, ובטלו זכויותיו.

הגה: והוא הדין אם היו הבעלי חוב חלוקים וצוו להשכין או לעקל נכסי הלוה, ולא ידענו מי הקודם, והשוטר מעיד כדברי האחד, נאמן מכח דינא דמלכותא, אם המנהג כן (ב"י בשם תשובה שבסוף חזה התנופה וע"ל ס"ט שס"ט). כתב הסמ"ע שהוא הדין בלוה יהודי. והקצות חלק והסכים עם הע"ש שדווקא בלוה גוי, שהרי אין שליחות לעכו"ם, ועוד שהוא חב לאחרני! ולכן דווקא כשלוה מגוי ומעיקרא אדעתא דהכי הלוה לו שיתנהג עמו כפי דתם; משא"כ כשלוה מיהודי אע"פ שזהו דיניהם, אך בישראל אין לשנות מדין תורה.

וכן אם האחד גבה, והשני טוען עליו שגבה שלא כדין ושלא היה חייב לו, הואיל וגובה על פי דינא דמלכותא, מה שגבה גבה (ת' הרשב"א ס' תתקמ"ו). אבל אם בסתם הכריזו: כל מי שיש לו זכות יבא ויערער, לא בטלו זכויותיו בשביל שלא ערער. כתב הסמ"ע שהטעם מפני שלא היה לו שעת הכושר לבוא. והרמב"ן כתב שאם הכריזו שאף אם לא שמע איבד זכויותיו – הרשות בידם, דהפקר בי"ד הפקר.

הגה: ואם הכריזו שכל מי שלא יבא יאבד זכויותיו, ואחד טען שלא שמע ההכרזה, מהני טענה שלו, ולא אמרינן חברא חברא אית ליה (תשובת רשב"א סימן תתנ"ג / תתצ"ג).

סעיף ג

במטלטלין, וכן עבדים, אין בהם דין קדימה לענין שאם קדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו. ולא עוד אלא שאם עמד הראשון ותפס, הב"ח המאוחר שקדם וגבה מוציא אותם בב"ד מידו. (מיהו אם תפס שטרות, אפילו המוקדם, לא הוי כתפס הממון, ויחלוקו) (רבינו ירוחם נתיב כ"ו חלק ג').

1. במטלטלין, וכן בעבדים שדינם כמטלטלים לענין זה, אע"פ שאם שעבדם באגב דינא כקרקע שיש להם קול – אם קדם וגבה אין מוציאין מידו. ואף אם חטף ממנו אח"כ המוקדם, מוציאין מהמוקדם ונותנים למאוחר, דזכה בהם בתפיסתו.

פשט השו"ע משמע שאף במטלטלין יש קדימה, אלא שאם קדם וגבה אין מוציאין מידו, כדעת הרמב"ן בתשובה, והתוס' בכתובות צ. וכמו שנתבאר בסעי' א שכן דעת הגר"א לדינא. אולם, הסמ"ע כתב שלא דק, ועיקר

כוונתו להשמיענו שאפי' אם המוקדם הוציא מידו, מחזירין הממון למאוחר. הסמ"ע כתב להוכיח כן מדברי הרמ"א שאם תפס שטרות מוציאין מידו וחולקין, ומדוע חולקים? הרי לא גרע מאילו באו לגבות כאחד שנותנין הכל לראשון!! והש"ך דחה דבריו שהכא דמי לשיעבוד 'דאקני', והוי כלוה ולוה וקנה שמשועבד לשניהם ולכן חולקים.

2. אם תפס שטרות, כיון שגוף השעבוד אצל המלוה ולא זכה בו התופס, אין תפיסתו תפיסה, וחולקין אותם בשווה כמו שנתבאר. ואם מסרם לו המלוה בכתיבה ומסירה – מהני, ואין המוקדם מוציא מידו, ואע"פ שעדיין אפשר למחול, אך הוי כאילו מכרם לו.

בממרי"י שלנו אין צורך בכתיבה, אך בעיני מסירה ע"י דעת אחרת מקנה, ולכן אם מסרם הלוח – מהני ואין מוציאין מיד המאוחר. אך אם תפסם המאוחר מעצמו – לא מהני; קצות.

סעיף ד

לא מקרי גביה, אלא א"כ שמו ב"ד המטלטלין ונתנום בידו. אבל אם סגרו בית דין חנותו של לוח בעד בע"ח מאוחר, אין זו גביה, ובעל חוב המוקדם גובה מאותם המטלטלים. הגה: ב"ד שעקלו מעות של ראובן שביד שמעון, מכח שחייב ללוי, ושמעון עבר ונתן לראובן (עיין לעיל סימן פ"ו סעיף ה').

1. גביה היינו כששמו ב"ד המטלטלין, ונתנו אותם בידו. אך אם סגרו חנותו כדי להגבות לבע"ח מאוחר, אך עדיין לא הגבוהו – בע"ח מוקדם גובה מאותם המטלטלים. לשיטת הסמ"ע חולקים, ולשיטת החולקים היינו שהראשון נוטל קודם למאוחר.

2. אף כשתפס מעצמו המטלטלין בשומא מקרי גביה. רבינו יונה כתב שהדין של 'קדם וגבה' הוא רק כשהגבוהו ב"ד, אבל אם תפס מעצמו אף בשומא – מוציאין מידו, דלא מיקרי גביה. אולם, הרא"ש חלק וכתב שדוקא בקרקע הדין כן, אולם במטלטלין אע"פ שתפס מעצמו אין מוציאין מידו; והוכיח כן מכתובות פד: (פירות תלושין לרי' טרפון). וכתב הבי"י שמשתימת לשון הרמב"ם והרי"ף משמע כרא"ש שלא חילקו בכך, ובכל ענין אין מוציאין מידו במטלטלין והכי נקטינן.

3. מה הדין כשתפס מעצמו בלא שומא? ש"ך וקצות מהני, ש"ך כיון שתפס וזה ברשותו מהני, ודוקא בחנות לא מהני שהרי המטלטלין לא נכנסו עדיין לרשותו. קצות – כיון שתפס מטלטלין קנאם למשכון, וממילא חל שעבודו עליהם, וקודם לחברו שאין לו שעבוד. (אך אם היו משועבדים לשניהם באגב – לא מהני תפיסה לשיטת הקצות). ב"ח – לא מהני, דבעינן דווקא שומא ונתניה.

סעיף ה

שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי, דינם כמקרקעי. ואם קדם המאוחר וגבה, מוציאין (ע' בד"מ ט"ז) מידו; והוא שנתברר בעדים שמטלטלים אלו היו בידו קודם שלוח (משניהם), אבל אם לא נתברר כן בעדים, מחזיקים להו כלוה ולוה וקנה, דקי"ל דיחלוקן, ואם קדם השני וגבה, זכה. ואם קדם המאוחר וגבה מעות, אין מוציאין מידו, שהרי מטבע אין בו סימן שיוכלו העדים להעיד על אלו המעות שראו אותם עצמם ביד הלוח, והוי להו כמו לוח ולוח באגב וקנה וחזר וקנה, שזכה התופס בין אם הוא ראשון או אחרון. ואם אפשר הדבר להתברר בעדים, זכה הראשון; והכל לפי ראיות עיני הדיין.

1. אם שעבד מטלטלין אגב קרקע – דינם כקרקע, ואף אם קדם וגבה המאוחר מוציאין מידו. ב"ב מד: "דאמר רבא: עשה עבדו אפותיקי ומכרו - בעל חוב גובה ממנו, שורו וחמורו אפותיקי ומכרו - אין בעל חוב גובה הימנו, מאי טעמא? האי אית ליה קלא, והא לית ליה קלא. וליחוש דלמא אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי, דאמר רבא: אי אקני ליה מטלטלי אגב מקרקעי - קני מקרקעי קני מטלטלי". ודווקא שידוע ע"י עדים שמטלטלים אלו היו ביד הלוח קודם שלוח ממנו הראשון, ואם כתב לו 'דאקני' אז אפי' אם קנאם אח"כ קודם שלוח מהשני, דבכה"ג קדם שעבוד הראשון עליהם. אך אם באו למלוה אחר שלוח מהשני אין מוציאין מידו דשיעבוד שניהם חל בשווה, ומהני תפיסה; כמו הדין בלוח ולוח וקנה בסמוך בסעי' הבא.

סעיף ו

הא דבמקרקעי שייך קדימה, דוקא כשהיו בידו קודם שלוח. אבל אם קנאם אחר שלוח מבעלי חוב הרבה, אף על פי ששעבד לכל אחד מהם מה שעתיד לקנות, אין בהם דין קדימה, אלא כולם שוים, וכל הקודם וגבה זכה, אפילו הוא אחרון.

סעיף ז

לוה וכתב לו: מה שאני עתיד לקנות משועבד לך, ואח"כ קנה שדה וחזר ולוה מאחר, השדה משועבד לראשון, והוא קודם לגבות; וכן אפילו היו מאה.

1. בקרקע שייך דין קדימה, דווקא כשהיתה ביד הלוה קודם שלוה מהראשון. אך אם לוה מכמה בני אדם ושיעבד להם אף מה שיקנה אח"כ, וקנה אח"כ קרקע – חולקים אותה ביניהם בשווה.

ב"ב קנו: "אם תמצא לומר: דאיכני קנה ומכר, דאיכני קנה והוריש לא משתעבד - הא לא משתעבד, אם תמצא לומר: משתעבד, **לוה ולוה וחזר וקנה, מהו?** לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד? אמר רב נחמן: הא מילתא איבעיא לך, ושלחו מתם: ראשון קנה. רב הונא אמר: יחלוקו. וכן תני רבה בר אבוח: יחלוקו. אמר רבינא, מהדורא קמא דרב אשי אמר לך: ראשון קנה, מהדורא בתרא דרב אשי אמר לך: יחלוקו. **והלכתא: יחלוקו.**"

2. אם קדם האחד וגבה – זכה. **הנמוק** יי כתב שלא מהניא קדימה, כיון שיחלוקו הוא מדינא ולא מספק, ונמצא שאין לו כח לתפוס של חברו, וכתב שכ"כ הר"ש והריטב"א בשם האחרונים. **אולם, הרמב"ם** פסק שמהניא תפיסה, וכתב הרא"ש (כתובות, פרק הכותב סימן יא) שכן נראית דעת הר"ף, וכן משמע מרבינו יונה והרמ"ה. **ולכן כתב הב"י** שכיון שכל הני רבנות קיימי בחדא שיטה כוונתיהו נקטינן. **ודעת הש"ך שאין מח', והנמוק יי דיבר כשגבה מעצמו לא מכח ב"ד, ולא מכח הלוה, דכיון שאין תפיסה מועילה בקרקע – מוציאין מידו. אולם, הקצות כתב שדווקא ע"פ ב"ד, אבל אם גבה מכח הלוה לא מהני.** ועיין מס' 6 לגבי תפיסת יורש.

3. לוה וכתב לו 'דאקני', וקנה ואח"כ לוה שוב ואפי' כתב לשני 'דאקני' – הראשון קודם לגבות, כיון שהשדה נשתעבד לו קודם שלוה השני. ולא אמרו יחלוקו אלא אם כן לוה ולוה ואח"כ קנה, דבשעה שקנה נשתעבד לשניהם מיד.

4. לוה ולא כתב לו 'דאקני' וקנה, ואח"כ לוה שוב: סמ"ע וקצות – משועבדת לשני, שהרי לא נשתעבדה לראשון דלא כתב לו 'דאקני', וכשיעבד לשני נכסיו שיעבדה רק לו, דשיעבוד הרי הוא כמכירה, והוי כמו לוה וקנה ומכר דלא משתעבד. **גידולי תרומה – משועבדת לראשון**, ע"פ דעת הרשב"א שמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת, דאף במלוה ע"פ יש שעבוד מיניה. וא"כ אע"פ שלא כתב 'דאקני' אך השתעבדה לו הקרקע מיניה, ושעבודו זה קדם להלוה של השני והוא קודם לו. (נראה שהגדולי"ת מבין ששיעבוד מיניה הרי הוא שעבוד בנכס, ונמצא שהנכס הזה השתעבד קודם לראשון ואח"כ לשני, ולכן הוא קודם. ש"ך – חולקים וכמו שיתבאר טעמו בסמוך, ששיעבוד נכסים אינו כמכר, וכל זמן שהקרקע ביד הלוה מחויב לפרוע לשניהם מדין מיניה. **ועק"א הקשה** שדין של הש"ך אמת רק אם נפסוק כשו"ע שמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת, דשיעבוד שטר אינו כמכר. אולם, הרי הש"ך הכריע לקמן לא כשו"ע, אלא כדעת הר"ף שמלוה בשטר מאוחרת קודמת למלוה ע"פ מוקדמת, ועל כרחך טעמו ששיעבוד שטר הרי הוא כמכר ולכן הוא קודם למיניה של מלוה ע"פ, וא"כ גם כאן היה צריך להיות שתהיה משועבדת לאחרון!! וכן בסמוך במס' 5 צריך להיות הדין שתהיה משועבדת לראשון, וצ"ע.

האם דין מיניה הוא שיעבוד על הגברא או על החפצא?

5. לוה וכתב לו 'דאקני', ואח"כ לוה מהשני ולא כתב לו 'דאקני' וקנה: סמ"ע – משועבדת לראשון, שהרי שעבודו קודם, וכן דעת הקצות וטעמו שדין 'מיניה' אינו שעבוד אלא מצוה על הבע"ח לפרוע חובו מנכסיו. וכיון שלא ראשון חל שעבוד על הנכסים, אין הלוה יכול לקיים מצוותו בשיעבודו של חברו. ש"ך – חולקים, כיון שבשעה שקנה את הקרקע השתעבדה מיד לשניהם, לראשון מדין שעבוד נכסים ולשני מדין מיניה.

הבדק הבית כתב שמלשון הרמב"ם משמע שבמקרה זה הדין כמו שכתב הש"ך שחולקים, ודווקא כאשר קנה קודם שלוה מהשני הראשון קודם. אלא שכתב שהרא"ש והתרומות כתבו להדיא להיפך שאף בכה"ג הראשון קודם, ומסתבר שאף הרמב"ם מודה לזה, שהרי אחרת היה לבעל התרומות להביא דעת הרמב"ם כמנהגו. ולכן כתב שאע"פ שבספר צרור הכסף כתב שהרמב"ם חולק עליהם, אך כיון שאין זה מוכרח מסתבר לפסוק כרא"ש והתרומות שאולי אף הרמב"ם מודה לדבריהם. **הקצות האריך להוכיח שהדין כן**, שהרי דין מיניה אינו שיעבוד בנכס אלא מצוה על הלוה לפרוע את חובו, וכיון ששיעבד קרקעו לשני הוי כאילו מכרה לו, וכיצד יוכל לפרוע חובו בשיעבודו של חברו!! **וכן נקט הסמ"ע. אולם, דעת הש"ך ששיעבוד נכסים אינו כמכר**, וכל המשמעות של השעבוד היא רק לגבי לקוחות, אולם כאשר הנכסים אצל הלוה עצמו בכה"ג אין משמעות לשיעבוד שהרי יש עליו דין 'מיניה' ואפי' מגלימא דעל כתפיה, וכיון שכן הרי הוא מחויב לפרוע את חובו מכל נכסיו, והרי הם משועבדים לזה. ונמצא ששיעבוד שניהם בשווה וחולקים.

לא נראה שהש"ך חולק על הקצות וסובר ששיעבוד מיניה חל על הנכסים, ואינו רק חוב המוטל על הגברא, ונמצא שהרי זה כאילו לוו שניהם כאחת. דאם כן במקרה הקודם היה לו לפסוק שרק הראשון גובה, שהרי שיעבוד מיניה שלו קדם לשיעבודו של חברו, וכמו שנקט שם הגדולי תרומה. **אלא נראה שאע"פ שדין מיניה הוא דין בגברא ולא בחפצא, אך נחלקו בהבנת השעבוד.** לדעת הקצות שעבוד נכס הרי הוא כמכר, וכמו שאם הלוה מוכר קרקעו לאחר היה המלוה השני בא ומוציא ממנו כיון שהיא משועבדת לו, כך גם אם הלוה יפרע את חובו לראשון בקרקע זו – יבוא השני ויוציא ממנו, שהרי היא משועבדת לו ויש לו אחיזה בה. אולם, הש"ך הבין שאע"פ ששעבוד הוא חצי קנין, אך אין זו אחיזה ממשית בנכס אלא רק זה מרחף מעל, וממילא אם בעלות הלוה תפקע מיד זה יחול, ולא יתן לבעלות של מישוהו אחר כגון לוקח לחול. אולם, כל זמן שזה ביד הלוה הרי יש לו בעלות גמורה בנכס והוא יכול לעשות איתו מה שהוא

רוצה, ולכן הוא גם יכול למכור אותו (אלא שכשהוא ימכור יוכל המלוה להוציא מהלוקח, כמו שביארנו). אך כאשר הלוח פורע את חובו, א"כ אין יכול אח"כ המלוה השני להוציא מיד המלוה הראשון, שהרי המלוה נמצא בקרקע מכח החוב שיש לו על הלוח, וכיון שכן הוא בעצם מממש את הבעלות של הלוח בנכס, ואין זה כאילו הקרקע יצאה מרשותו ועברה לרשות אחר שאת זה השיעבוד של השני מעכב. (זה דומה לדין שאם ביי"ד מכרו נכסי הלוח כדי לפרוע לבע"ח ראשון, אין בע"ח מאוחר יכול להוציא מהלוקח, כיון שהלוקח מממש את השיעבוד של הראשון והרי זה כאילו הוא ביד הראשון. כך גם כאן, הרי זה כאילו הקרקע ביד הלוח, והמלוה מממש את הבעלות של הלוח בצורת גביית חובו).

6. הם תפיסת יורש הוי תפיסה? מהרשד"ם – כן, והוי כקדם וגבה שאין מוציאין מידו. מהרי"ט וקצות – לא, דדוקא תפיסה ע"פ ביי"ד הוי תפיסה.

סעיף 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.

דין זה דומה לדין שבסעיף הקודם, שאם נשתעבד לכולם בזמן אחד – הרי חל שיעבודם בשווה וחולקים, ואם קדם וגבה – זכה.

סעיף ט

אם בית דין מכרו קרקע של זה להגבות לבעל חוב מוקדם, אין בעל חוב מאוחר יכול לטרוף. אבל אם הלוח מכרו כדי לפרוע לבעל חוב מוקדם, בעל חוב מאוחר טורף מהלוקח.

אם מכרו ביי"ד קרקע של הלוח כדי לפרוע למוקדם – אין המאוחר יכול להוציא מידו. דהלוקח עומד במקום הבע"ח המוקדם, וכאילו הוא קנה הקרקע ואין יכולים להוציא מידו. (שהרי ביי"ד מימשו את שיעבודו של הראשון, והלוקח לקח שיעבודו). אולם, אם מכר הלוח הקרקע כדי לפרוע למוקדם – יכול המאוחר להוציא מידו, דאין הלוקח אלא במקום המוכר דהוא הלוח, ולכן יכול המאוחר להוציא מידו (ושעבוד הראשון לא התממש מעולם, ונמצא שנשאר שיעבוד השני על הקרקע).

סעיף 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 שלוח מהאחרון שבהם ואין בנכסים כדי שיגבה כל אחד מהם חובו, מחלקים ביניהם.

כיצד חולקים, אם כשיתחלק 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 שיגיע 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 משי', חולקים בשוה, נמצא שם יתר על ש', חולקים ש' בשוה, ויסתלק בעל הק'; ושאר הממון חולקים אותם השנים על אותו הדרך. כיצד, נמצאו 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, כשיבאו לגבות כאחד.

1. כשאין דין קדימה ובאים לגבות כאחד, כיצד חולקים? אם יש ממון כשיעור שיגיע לפחות כדי חובו חולקים אותו ביניהם בשווה כפי מספר בעלי החוב, והפחות מסתלק. כגון שחייב לאחד מנה, לשני מאתיים ולשלישי ג' מאות, אם יש ג' מאות – כ"א מקבל מאה. אם נשאר עוד ממון – חולקים אותו השניים בשווה עד שיתלק השני, כגון שיש עוד מאתיים, כ"א מקבל מנה והשני מסתלק שנפרע כל חובו. והנשאר לוקחו השלישי בחובו.

כתובות צג. במשנה "מי שהיה נשוי שלש נשים ומת, כתובתה של זו מנה ושל זו מאתים ושל זו שלש מאות, ואין שם אלא מנה - חולקין בשוה. היו שם מאתים, של מנה - נוטלת חמשים, של מאתים ושל שלש מאות - שלשה שלשה של זהב. היו שם שלש מאות, של מנה - נוטלת חמשים, ושל מאתים - מנה, ושל שלש מאות - ששה של זהב. וכן ג' שהטילו לכיס, פחתו או הותירו כך הן חולקין". ובגמ' "תניא: זו משנת רבי נתן; רבי אומר: אין אני רואה דבריו של רבי נתן באלו, אלא חולקות בשוה". וכתב רש"י: "אבל הכא טעמא משום שיעבודא הוא וכל נכסיו אחראין לכתובתה הלכך שלש המנים משועבדין לבעלת מנה כשאר חברותיה עד שתגבה כל כתובתה לפיכך חולקות בשוה". אולם, התוס' הביאו את פירוש ר"ח שפירש שאין הכוונה בשווה ממש כיון שלקחה מדת הדין בכך, אלא פירש שחולקים את כל הנכסים לששה חלקים, הראשונה לוקחת חלק אחד השניה שניים והשלישית שלשה, ונמצא שהנכסים נחלקים ביניהם בשווה. אולם, הרי"ף העלה כפירוש"י וכן נקטו הרא"ש והרמב"ם, וכן הסכים הרב המגיד וכן פסק השו"ע.

2. גם כשיש כדי לפרוע לכולם, חולקים על זו הדרך. כגון שיש ג' מאות, חולקים בתחילה מנה לכל אחד, ואח"כ חולקים מאתיים בין שניהם, ואח"כ השלישי מקבל את המנה האחרון. והנפק"מ בדרך זו היא כאשר חלק מהנכסים בינונית ועידית וזיבורית, שבתחילה חולקים הבינונית בדרך זו, ואם נשאר עוד חולקים הזיבורית, ובסוף לוקחים מהעידית; סמ"ע.

3. **סתירה בדברי השו"ע לגבי קדימה במטלטלים:** כאן מבואר שאין דין קדימה במטלטלין אפי' כשבאו לגבות בשווה, אולם בסעי' א' וג' משמע שיש קדימה במטלטלין, ורק לענין אם קדם וגבה גבה אין קדימה?! הסמ"ע נקט שהעיקר כמו שכתוב כאן, ודחק בפירוש השו"ע בסעי' א' וג'. אולם, הגר"א נקט שהעיקר שיש קדימה כמו שכתוב בסעיף א'.

סעיף יא

בכל מקום שאנו אומרים בזה יחלקו או שזכה הראשון, הזוכה בנכסים ישבע תחלה שעדיין לא נפרע מחובו, ואפילו אם יש נאמנות בשטרו.

1. כשגובה הראשון או כשחולקים צריכים לישיב שיעדין לא נפרעו מחובם, ואע"פ שיש נאמנות בשטר דהנאמנות לא מהני אלא לגבי הלואה ולא לגבי המלוה השני, כמו שאינה מועילה לגבי לקוחות. ועי' בסי פב שיש חולקים וסוברים שנאמנות מועילה לגבי לקוחות וממילא הוא הדין הכא לשיטתם; סמ"ע. ודעת הרא"ש מעיקר הדין מועילה נאמנות, אך משום דנפיש רמאי לא מועילה.

סעיף יב

מי שהוציא ב' שטרי חובות על אחד שנעשו ביום אחד מסכום אחד, הרי זה גובה שניהם, ואין אומרים שניהם (נעשו) על הלואה אחת.

המוציא על חברו ב' שט"ח שנעשו באותו יום על אותו סכום – גובה בשניהם. דאפשר לומר שלוח פעמיים, סמ"ע. והלבוש כתב שחזקה אין העדים חותמים על אותו חוב פעמיים, וכוונתו שאפי' כשאותם עדים חתומים על אותם ב' שטרות – לא אמרינן דלמא שכחו או טעו וחתמו על אותו חוב; ש"ך.

סעיף יג

מלוה בשטר ומלוה על פה מוקדמת, מלוה על פה קודמת לגבות מבני חרי, כיון שעדים מעידים שקדמה.

1. מלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת, מי קודם לגבות מבני חורין? שו"ע – מלוה ע"פ מוקדמת. ש"ך – חולקים. **בטור הביא מח' בין רב האי והרי"ף בדין זה. דעת רב האי** שכיון ששעבודא דאורייתא כשגובים מיניה אין חילוק בין מלוה ע"פ למלוה בשטר, דחכמים הפקיעו השעבוד רק כשמכר את הנכס ללקוחות. **אולם, הרי"ף סובר** ששעבוד שטר הרי הוא כמכר, ונמצא שכאשר שיעבד נכסיו לאחר הרי זה כאילו מכרם לו ופקע שעבודו של מלוה ע"פ, ולכן המלוה המאוחר קודם לגבות מהמוקדם. הטור כתב שכאשר שניהם בע"פ לכו"ע המוקדם גובה ראשון, ומוכח שסובר שגם לאחר שחכמים הפקיעו השעבוד במלוה ע"פ, לא הפקיעוהו אלא כשמכר ונחלקו האם שעבוד הרי הוא כמכר. ולכן תמה הב"י על הרי"ן שכתב שכאשר שניהם בע"פ אין משמעות לקדימה וחולקים. אולם, נראה שהרי"ן מבין שאע"פ ששעבודא דאורייתא חכמים הפקיעו השעבוד לגמרי עוד קודם שמכר ללקוחות, ולכן במלוה ע"פ אין שיעבוד כלל, ולכן גם כששניהם בע"פ אין דין קדימה וכ"ש כשא' בשטר וא' בע"פ שמלוה בשטר קודמת. וכתב בבדק הבית שכיון שהרשב"א סובר כרבינו האי, וכן נראית גם דעת הרמב"ם הכי נקטינן. **אולם, הש"ך נקט** שמדברי הרמב"ם אין הוכחה שהוא חולק, ואדרבא הרי הרמב"ן והרי"ן והריטב"א מסכימים עם הרי"ף הלכה כרי"ף. אלא שכתב בסוף דבריו שהדין הוא יחלוק, ולא בירר טעמו. ונראה שכוונתו כפי שכתב לעיל שאע"פ שלמאוחר יש שיעבוד נכסים אך למוקדם יש שיעבוד מיניה. וכבר הערנו שרעק"א הקשה שמכיון שהוא מסכים עם סברת הרי"ף, א"כ דבריו סותרים שהרי לדעת הרי"ף פשוט ששעבוד נכסים מפקיע את שעבוד המיניה! וצ"ע וה' יאיר עינינו.

סעיף יד

מלוה שלא מצא נכסים ללוה להפרע מהם חובו, אלא מה שניתן לו על תנאי שאמר לו: ואחר כך לפלוני, ובא לבית דין ליפרע מנכסים אלו, אף על פי שהראשון קיים אין ב"ד מגבין אותם מגוף הנכסים, אלא מהפירות בלבד. מת הראשון ובא בעל חוב לגבות מנכסים אלו, אין מגבין לו כלום, אפילו עשאו אפותיקי, אלא הרי הם של שני.

1. אם ניתנו לו נכסים על תנאי 'ואחר כך לפלוני' – אין ב"ד מגבין לבעל חוב מגוף הנכסים, אלא מהפירות בלבד. ואם מת הראשון הרי הם של השני, ואין לבע"ח בהם כלום. נחלקו בדיון זה הטור והרמב"ם, דעת הטור דכמו שיכול הראשון למכרם ואין לשני בהם כלום, כך יכול לשעבדם בחובו ואין לשני בהם כלום, ונמצא שב"ד מגבין מהם לבעל חוב אף את גוף הקרקע. אולם, דעת הרמב"ם שאע"פ שיכול למכרם אינו יכול לשעבדם, דשיעבוד אינו מכר שהרי יכול הראשון לפרוע חובו וישארו הנכסים בידו, וכיון ששייר לעצמו זכות בהם, הרי יש לשני זכות בהם, וכל שיש לשני זכות לא חל שעבודו של ראשון; וכן פסק השו"ע.

סעיף טו

שנים שהלוו לעובד כוכבים בזה אחר זה, ואין בנכסי העובד כוכבים כדי לזה ולזה, וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן ורבית, טען שמעון: רבית שעלה בזמן השטר לא תגבה עד שאגבה קרן חובי לפי שלא חל חוב הרבית מזמן השטר אלא בכל יום הוא מתרבה, אין בדברי שמעון כלום.

כ"כ הרשב"א בתשובה.

סעיף טז

(כפול לקמן ס"ו ר"פ ס"ב) לזה שאין לו ממה לפרוע, ונפל הבית עליו ועל מורישיו, ובני הלוה אומרים: אבינו מת ראשון וירש את מורישו בקבר והורישו לנו ואין לבעל חוב ליטול כלום ממנו, (שהרי אין בעל חוב נוטל בראוי) (טור ס"ו ז'), והמלוה אומר: המוריש מת ראשון ונמצא שזכה הלוה בנכסים מחיים ובעל חוב גובה מהיורשים, הדין עם היורשים.

1. נפל הבית עליו ועל מורישיו – המלוה טוען שמא המוריש מת קודם והורישו לאביכם, ובע"ח גובה מהיורשים. ואילו היורשים טוענים שמא אבינו מת קודם ולא זכה בנכסים מחיים, ואין לך בהם כלום – הדין עם היורשים.

2. האם בע"ח נוטל בראוי כבמוחזק? רמ"א – לא, לכן אם אביהם מת קודם, אע"פ שהם זוכים מכח שאביהם ירש בקבר והוריש להם – אין למלוה בזה כלום דמיקרי ראוי. ש"ך – כן, והכא הטעם מפני שימכח אבא דאב קאטינא, שהם יורשים את סבא שלהם ישירות כשאין אבא; אולם, במקום שא"א להם לבוא אלא מכח המת, כגון שנפלו לו נכסים מאבי אמו והם אחיו מן האב – ב"ח גובה מהם.

לדעת הסמ"ע אין בע"ח גובה משכר פעולתו שמת קודם שבא לידו דהוי ראוי, ולדעת הש"ך – גובה.

ב"ה יום ג' ב' אדר ב' התשע"ד

סימן קה

התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים.

סעיף א

הלוה שחייב לשנים או יותר, ואין לו כדי לפרוע לכולם, וקדם אדם א' ותפס מהמטלטלים של לוח כדי לזכות לאחד מבעלי חובות, לא זכה, שכל התופס לבע"ח במקום שיש עליו חוב לאחרים, לא קנה, ואפי' עשאו שליח וכתב לו הרשאה. אבל אפוטרופוס קנה, דיד בעלים הוא.

1. התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, ואפי' עשאו שליח דלא כרש"י בב"מ י. וכתב לו הרשאה. אך אפוטרופוס קנה דיד הבעלים הוא.

מימרא דר' יוחנן בפ"ק דגיטין (יא: לגבי האומר תנו שטר שחרור זה לעבד), ודרב נחמן ורב חסדא פ"ק דמציעא (י.). רש"י כתב בב"מ י. ד"ה לא קנה: "כדאמר בכתובות, דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאלו, מאחר שלא עשאו אותו הנושה שליח לתפוס". והבינו הראשונים מדבריו שאם הוא שליח, אין בו חיסרון של חב לאחרים. והתקשו התוס' **מכתובות פד:** גבי עובדא דיימר בר חשו שעשה שליח לתפוס את הספינה של החייב לו, ואמרו רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע לשליח שתפיסו לא מהני מכיון שהוא חב לאחרים; מוכח מכאן שאפי' שליחות לא מהני היכא שחב לאחרים!! ונאמרו בזה תירוצים:

א. שליח בהרשאה, הב"ח תירץ שכוונת רש"י שאם עשאו שליח בהרשאה מהני, אך סתם שליח לא מהני.

ב. שליח בעדים, הריטב"א ביאר שדעת רש"י ששליח בעדים מהני.

ג. שליח בשכר, הש"ך תירץ שכוונת רש"י ששכרו להיות שליח ודינו כפועל, שפועל מהני אף כשחב לאחרים דידו כיד בעה"ב. והנתיבות דחה דבריו, דרך כשהפועל יכול לזכות לעצמו יכול לזכות גם לבעלים, משא"כ הכא שהפועל לא יכול לזכות לעצמו. וכשיכול לזכות לעצמו, דעת הנתיבות דהוי כאילו זוכה לעצמו ואח"כ מזכה לבעלים.

ד. שליח רגיל, הקצות (ס"ק א) ביאר שאע"פ שזכיה היא מדיני שליחות, אך היא גזה"כ שיועיל כשליחות. וא"כ כשחב לאחרים התורה לא עשאתו שליח, דמאי חזית? אך שליחות בפירוש מהני.

ה. הנתיבות תירץ, שבתופס מהמלוה אין חיסרון של 'שליחות לא של בעל הממון', כיון שאין הלוה חשוב כבעל הממון ממש, וגם התפיסה לא מוציאתו מרשותו לגמרי כל זמן שלא נתן לבעלים. אולם, בזכיה מייטומים כיון שאינם חייבים לשלם, א"כ הם 'בעל הממון' ולא מהני בהו שליחות כיון שאינה שליחות מבעל הממון. ולכן לא קשה מיימר בר חשו. וכן במציאה לא מהני שליחות, דביאוש עדיין יש את בעל הממון, משא"כ בתופס מן ההפקר דמהני שליחות.

ו. הקצות (ס"ק ג) תירץ שאולי אף לרש"י לא מועילה שליחות, וכוונת רש"י היא שהלוה לא עשאו שליח, שהרי ללוה שהוא בעל הממון יש את הכח לחוב לאחרים לכו"ע. וביאר שמילת 'נושה' מתייחסת הן למלוה והן ללוה, ואצלנו צריך להסביר שמדובר על הלוה.

סעיף ב

אם הלוה חייב גם לתופס, זכה בתפיסתו, מגו דאי בעי זכי לנפשיה, זכי לחבריה.

1. אמרינן 'מיגו דאי בעי זכיה לנפשיה – זכי נמי לחבריה'. ולכן אם חייבים גם לתופס, יכול לתפוס עבור חברו. ב"מ ח. וי. נחלקו האם 'המגביה מציאה לחברו קנה חברו' כדעת רמי בר חמא, ר' יוחנן ועולא. או שלא קנה חברו כדעת רב נחמן ורב חסדא ורבא (בדף ח. אך אולי בדף י. משמע דחזר בו). בטעם מחלוקתם נחלקו הראשונים: **דעת הרמב"ן** שנחלקו האם מציאה מוגדרת כחב לאחרים או לא, דזה רק מניעת ריוח ולא הפסד. ולכן גם ר' יוחנן שסובר שהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה (בגיטין יא:): מודה במציאה שקנה כיון שאין פה הפסד לאחרים. **אולם, התוס'** כתבו שאע"פ שבמציאה הוא חב לאחרים, אך כיון שיש לו 'מיגו דאי בעי זכי לנפשיה' הוא יכול גם לזכות לאחרים. וכמו שאמרה הגמ' טעם זה לגבי מי שליקט את הפיאה לעני, שלכו"ע אם עני ליקט לעני אחר קנה, במיגו דאי בעי זכי וכו'. וכן כתבו הרא"ש והטור והשו"ע.

2. האם יכול לתפוס ביותר מחובו? דעת הסמ"ע והנתיבות והתומים – לא, דביותר מחובו אין לו מיגו. דעת הש"ך והקצות – כאשר הוא זוכה גם לעצמו, יכול לתפוס גם לחברו ביותר מחובו, הש"ך הוכיח זאת מטלית, והקצות משליחות לדבר עבירה.

נחלקו האחרונים בשאלה האם מיגו דאי בעי זכי מועיל אף ביותר ממה שהיה בידו לזכות. מדברי הב"י מבואר שכשתופס בבת אחת לו ולחברו מהני, אפי' אם תופס כשיעור מה שחייבים לו וכשיעור מה שחייבים לחברו. והתקשה הסמ"ע הרי בכה"ג לא שייך לומר מיגו? שהרי יש לו יכולת לתפוס רק כנגד החוב שלו ולא יותר מכדי חובו, וכשתופס עבור ב' החובות נמצא שהוא תופס יותר מכדי חובו! ולכן, כתב הסמ"ע לחלוק על הב"י שלא מהני מיגו אלא כשתופס כנגד חובו, וחלק מזה לחברו או שכל זה רק לחברו, וכ"כ הב"ח.

אולם, הלבוש והש"ך חלקו והסכימו עם הב"י. והש"ך כתב שתמיד הוא חשב כסמ"ע, עד שמצא שהגמ' מפורשת כדברי הב"י. כיון שמבואר בגמ' שאפי' מי שחולק על הדין של 'מיגו דאי בעי זכי' לנפשיה זכי נמי לחבריה' מודה שכאשר הוא זוכה בפועל לעצמו הוא יכול לזכות גם לחברו. שהרי כולם מודים בשנים שהגביהו טלית שקנאוה, וכמו שביאר שם רבא (ב"מ ח. טז.) שזה מטעם 'מיגו דזכי' לנפשיה זכי נמי לחבריה'. ואע"פ שלעצמו הוא יכול לזכות רק בחצי טלית, אפי' הוא מצליח גם להקנות לחברו את החצי השני!

והקצות הוכיח כן משליחות לדבר עבירה, שמיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה מתגבר עליה. וא"כ אע"פ ששליחות לא מועילה, אך כיון שהוא גונב לעצמו הוא מצליח להקנות את החפץ גם לחברו, א"כ מוכח שזהו סוג של קנין, שכאשר הקנין חל עבורך הוא יועיל גם לחבירך. וא"כ זה נכון גם במה שלא יכלת לזכות עבור עצמך.

אמנם, מבואר מדברי הקצות והש"ך, שזה מועיל דוקא כשבאותו מעשה הוא זוכה גם עבור עצמו וגם עבור חברו. אולם, אם הוא מגביה רק עבור חברו, בכה"ג לא יוכל לזכות לחברו ביותר ממה שיכל לזכות לעצמו. ונמצא שחילקו בין מיגו דזכי ממש, למיגו דאי בעי זכי.

הנתיבות דחה ראיית הש"ך, וביאר ש'מיגו דזכי' הוא לא סוג של קנין, אלא סוג של הסתלקות. דהיינו, מיגו דזכי מועיל רק כאשר שני האנשים פועלים את פעולת הזכיה יחד, אלא שיש בכך חיסרון כיון שהמעשה של כל אחד מפריע למעשה השני? ועל כך אנו אומרים שכיון שכל אחד רוצה לזכות בחלקו, הוא מתכוון לעשות קנין בחצי, ובחצי השני לאפשר לחברו לקנות; וכן להיפך. נמצא שאין כאן שום שייכות לזכיה ושליחות, ולכן זה מועיל גם בגניבה וכדו', כיון שהראשון לא מזכה את הגניבה לחברו, אלא הוא מאפשר לחברו לגנוב עמו.

אולם, ב'מיגו דאי בעי זכי' מדובר על מעשה קנין שמועיל לחברו, ואע"פ שהוא חב לאחריו אך כיון שהיה לו את הרשות לעשות זאת עבור עצמו הוא יכול לעשות זאת לחברו. נמצא שאין להביא ראיה ממיגו דזכי למיגו דאי בעי זכי. ולכן כאשר א' זוכה עבורו ועבור חברו, הוא לא יוכל לזכות לחברו דבר שהוא בעצמו לא יכל לזכות בו. ולכן חלק לדינא על הב"י והסכים עם הסמ"ע.

סעיף ג

אם הלוח אמר לאדם אחר: זכה בחפץ זה לפלוני, או: תן מנה זה לפלוני, זכה לו. ואפילו אין הזוכה מכיר לאותו פלוני. ואין אחד מבעלי חובות יכולים לגבות מאלו, שכבר זכה בהם אחר.

אם הלוח אמר 'זכה בחפץ זה לפלוני' ואפי' אינו בע"ח כלל, סמ"ע. זכה לו, ואפי' אין הזוכה מכיר לאותו פלוני. ואע"פ שהוא חב לאחרים בזכיותו. כ"כ הרמב"ם פכ"ב ממלוה. וכתב ה"ה שמקורו מהגמ' בגיטין יא: שאם אמר 'נתן שטר שחרור זה לעבדי' זכה לו, ואין הבעלים יכולים לחזור בהם. ואע"פ שבתפיסת השליח הוא חב לבעלים!! אלא מוכח שכשהלוח ציוהו לזכות, אין חיסרון של חב לאחריו. והקצות התקשה, שהרי שם אינו חב אלא לבעלים, והם עצמם התרצו בדבר לכן מועילה תפיסתו. וגם כאן אם הבע"ח האחרים מתרצים מהני, אך מנין שיש כח ללוח לזכות ע"י אחר אע"פ שהוא חב לאחריו!! (הקצות לשיטתו שהחיסרון הוא שכיון שיש כאן זכות לאחד וחובה לאחר, התורה לא חידשה בכה"ג את פרשת זכיה. וא"כ גם כשהלוח עצמו מזכה זה נכון!! אולם, אם נאמר שהחיסרון הוא בסמכות, שאע"פ שיש לך את הכח להקנות לחברך כמו שיש לך כח לקנות לעצמך. אך מי שמך? מי נתן לך את הסמכות לפעול במציאות הזאת ולפגוע באחרים!! א"כ פשיטא שאם בעל הממון מזכה לאחרים, יש לו את הסמכות הזאת, וא"א לומר לו מי שמך?!!).

תירץ הקצות שזה סברא של הרמב"ם, שכיון שללוח יש כח למכור את המטלטלין ולהבריחם מבעלי חובותיו, א"כ הוא יכול גם לזכותם לאחר. ומועילה כאן הזכיה.

סעיף ד

אם אין עליו חוב לאחרים, זכה התופס לבע"ח. ודוקא במקום דאיכא פסידא לבע"ח, כגון שהוא גברא דמפסיד נכסי או שהעני וירד מנכסיו. ואפילו תוך זמן מהניא תפיסה, אם אין לו נכסים אחרים ויפסיד המלוה אי לאו הך תפיסה. ודוקא דנקיט ב"ח שטרא בידיה, דיכול השתא לקיימו, אבל אי לית ליה ראייה, והלוח מכחיש, מהדרי ממונא למריה, ולא מצי למימר: קבעו לי זמן דמייתנא ראייה.

1. אם אינו חייב לאחרים – זכה התופס. ודווקא במקום שיש פסידא לבע"ח, כגון שהלוח גברא דמפסיד נכסיה, או שהעני וירד מנכסיו. ואפי' אם זה תוך זמנו, כדי שלא יפסיד; כדעת הרא"ש ולא כרבינו פרץ שלא מהניא תפיסה בשום ענין בתוך הזמן.

2. תפיסה מועילה דוקא כשהתופס נוקט שטר בידו, אך כשאין לו ראייה לא, ואינו יכול לומר קבעו לי זמן להביא ראייה, שהרי אינו בע"ד של החייב.

3. תפיסה שמועילה היינו דוקא בתפס מעות, שהרי הם פרעון החוב. אך כשתפס מטלטלין כמשכון לא מהני אלא במקום שאין איסור למשכן, כגון שכירות וכדו', אך במקום שיש איסור למשכן כגון בהלואה לא מהני, דזכיה מטעם שליחות היא, ואין שליח לדבר עבירה. כ"כ הקצות.

סעיף ה

התופס לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים, חייב באחריותו. (ו"א דאינו חייב באחריותו) (טור בשם הרא"ש). אם יאמר הלוח לתופס: קבל עליך אחריות בפירוש או החזר לי מה שתפסת דלא מהימנת לי, שומעין לו.

1. כשמועילה תפיסתו כיון שאינו חב לאחרים – האם חייב התופס באחריותו? שו"ע – כן, רמ"א – לא.

הטור כתב שנחלקו בדבר הרא"ש ובעל העיטור, דעת העיטור שחייב באחריותו, דכיון שתפס נפטר הלוח מהמלוה. אולם הרא"ש כתב שאינו חייב באחריותו, אלא שיכול לומר לתופס שאם הוא לא מקבל עליו אחריות שיחזיר לו החפץ. **בבדק הבית כתב** שלא נחלקו אלא לכו"ע בסתמא חייב באחריות, אלא שדעת הרא"ש שיכול לתבוע ממנו אחריות מפורשת, וביאר הש"ך דהיינו שיהיה לו כמלוה בשטר. ונראה שע"פ זה פסק בשו"ע. **אולם, הרמ"א** הגיה את דברי הרא"ש ומשמע שפסק כרא"ש ע"פ הבנת הטור. והסמ"ע לא ראה בדק הבית, ולכן הבין שהיה חיסרון הניכר שהשו"ע שכח להביא את תחילת דעת החולקים ורק את סופם, ולכן הרמ"א הגיה והוסיף.

הנתיבות כתב שהמח' היא רק לגבי אחריות של אונסין, אך לגבי פשיעה לכו"ע חייב, שהרי הוא שומר שכר מפרוטה דרב יוסף, שהרי כיון שמותר לו לתפוס רק כשיש לחוש לפסידא, א"כ דינו כשומר אבידה דהוי ש"ש.

כתב הסמ"ע שאע"פ שחייב באחריותו, המלוה תובע את הלוח ומוציא ממנו, והלוח ילך על התופס, שהרי המלוה יכול לומר איני מכיר את התופס, ולא בעל דברים ידידי הוא.

סעיף ו

נפקד שתפס בפקדון לתפסו לבעל חוב במקום שאינו חב לאחרים, מועיל לו תפיסתו לענין זה שאם מת המפקיד אינו נעשה מטלטלין אצל בניו ושביעית אינה משמטתו ואם נתנו באגב (פירוש אגב קרקע) או בקנין סודר או במתנת שכיב מרע לאחר אינו נתון. ומכל מקום אם אין בעל חוב כאן, אין הנפקד יכול לעכב הפקדון בשבילו, ואפילו אם הלוח מודה; שהדין נותן בכל פקדון להחזירו למי שהפקידו אצלו, ואם יש לאחרים זכות בו הרי הדין ביניהם. ואם מסרו הנפקד ליד מלוה, פטור, ואפילו אם היה שומר שכר. (דהא אף אם היה מחזירו למפקיד הוא היה צריך לשלם למלוה) (טור ס"ה).

1. נפקד שתפס בפקדון שבידו, במקום שאינו חב לאחרים, לזכות בו עבור בע"ח של המפקיד – תפיסתו מועילה שאם ימות המפקיד לא יעשה מטלטלין אצל בניו, לדינא דש"ס דלא גובים ממטלטלי דיתמי. ושביעית אינה משמטתו, והמפקיד לא יוכל להקנותו לאחרים באגב או בקנין סודר או במתנת שכיב מרע.

הכא מיירי אפי' כשאין לבע"ח פסידא, דאם יש לחוש לפסידא הרי לכל אדם מותר לתפוס, ומאי רבותא בנפקד יותר מבאחר?! סמ"ע. והב"ח כתב שהכא מיירי אפי' כשאינו רוצה לקבל עליו אחריות; ש"ך.

2. אם אין בע"ח לפניו, אין הנפקד יכול לעכב הפקדון עבורו, שהרי הוא חייב להחזירו לבעליו, ואם יש לאחרים דין עמו ירדו עמו לדין.

3. אם הנפקד מסר הפקדון למלוה ולא למפקיד – פטור מלשלם למפקיד, אפי' היה שומר שכר. שהרי אף המפקיד היה חייב לשלם למלוה.

הב"י הקשה מדוע לא נחייבו לשלם, שהרי הפורע חובו של חברו שלא מדעתו פטור החייב, דיכול לומר מפייסנא ליה בלא מעות. א"כ מדוע שלא נאמר כך גם כאן!! ותירץ שטענה זו מספקת לפטור מתשלומים, אך לא כדי לחייב את הנפקד להוציא ממון ולשלם למפקיד; וכ"כ הסמ"ע. הש"ך כתב שהכא שאני, שחייב לשלם לו מדר"נ, ואע"פ שיש נכסים אחרים למפקד, וא"כ אין מוציאים בכה"ג מדר"נ!! אך זה רק משום תקנה לטובתו אך אם רוצה יכול לשלם, וא"כ כיון שרצה לשלם רשאי; וכשיטתו של הש"ך בסי' פו, וכבר ביארנו שם שפשט השו"ע לא כך, אלא שבכה"ג כלל לא נתחייב מדר"נ, וכן משמע כאן בב"י שכתב דינא דר"נ רק כשאין לו נכסים לנפקד.

מה דין חצר? קצות – קונה אפי' כשחב לאחרני, דכיון שקונה בע"כ מהני, דומיא דמהני אף לקנות בד"ע.

ב"ה יום א' ה' שבט ה'תשע"ה

סימן קו

דין הבא ליפרע שלא בפני בעל חובו; ובו ג' סעיפים.

סעיף א

מלוה שבא ליפרע בשטר מקויים שבידו, שלא בפני לווה, אם יכולים בית דין לשלוח לו ולהודיעו עד שיעמוד עמו בדין, שולחים ומודיעין לו, אם הוא בכדי שילך השליח ויחזור תוך ל' יום, והמלוה יתן שכר השליחות, ויגבנו נוסף על חובו. ואם הוא במקום שאין השליח יכול לילך ולחזור תוך שלשים יום, מגבין לו חובו מיד, אחר שישבע המלוה, ויטול בין מהמקרקעי (רשב"א) בין מהמטלטלים, ואין חוששין לשובר. ואם כתוב בשטר נאמנות בפירוש שאפילו יפרע שלא בפניו, או שכתוב בו נאמנות עליו ועל באי כחו, אינו צריך לישבע. הגה: יש אומרים דאין גובין שלא בפניו, רק מלוה עצמו, אבל לא מיורשיו, אלא צריך לילך אחריהם (ריב"ש סימן שנ"ג). ועיין לעיל סימן ע"ג סעיף י' וסימן י"ד סעיף א'.

1. נפרעין אף שלא בפני הלוה כאשר יש לו שטר מקויים. כתובות פח. "ונפרעת שלא בפניו - לא תפרע אלא בשבועה. אמר רב אחא שר הבירה: מעשה בא לפני רבי יצחק באנטוכיא, ואמר: לא שנו אלא לכתובת אשה, משום חנא, אבל בעל חוב לא; ורבא אמר רב נחמן: אפי' בעל חוב, שלא יהא כל אחד ואחד נוטל מעותיו של חברו והולך ויושב במדינת הים, ואתה נועל דלת בפני לוויין". **נחלקו הראשונים כמי ההלכה: דעת ר"ח והביאו התוס' שמעשים בכל יום לא כרב נחמן, אלא שאין נפרעין שלא בפניו וכן מוכח בירושלמי שתמה יוכי נפרעין לאדם שלא בפניו!! א"ר ירמיה כשריבית אוכלת בהם". אולם, הרי"ף והרא"ש כתבו שקי"ל כרב נחמן להלכה מג' טעמים: א. קי"ל כוותיה בדינא. ב. כן מסקנת הסוגיא כאן, ומסתבר טעמו. ג. סתמא דש"ס בערכין (כב). כוותיה, שהקשתה מדוע לא נחשוש גם כאן לשובר? ותירצה שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו והולך למדה"י. ולא דחינן ש"ס דילן מקמיה ירושלמי. וכן פסקו הרמב"ם, השו"ע והרמ"א לדינא.**

2. אם יכולים להודיעו – מודיעין לו, והוא שיהיה במרחק כדי שילך השליח ויחזור בתוך ל' יום. כיון שהנכסים הם כעריבים על החוב, ואין נפרעין מהערב קודם שתובעים את הלוה. אך כשהלוה אינו בפניו וא"א לתובעו – אפשר ליפרע מהערב.

בגדר המרחק מצאנו כמה דעות בראשונים בדין זה: א. הרמ"ה כתב שהמרחק הוא קל"ח יום, וכתב הבי"י שהוא ט"ס, והדרכי משה ביאר טעמו שהוא כדי ג' פעמים זמן ביי"ד (בה"ב, ל' יום, בה"ב סה"כ מ"ו). ב. הרא"ש ביאר שהיינו ל' יום שהוא זמן ביי"ד, וביאר שזו גם כוונת הרי"ף, וכן פסק השו"ע. ג. הרשב"א כתב בתשובה שדעת הרי"ף שנותנים לו יום אחד. העיטור והרשב"א כתבו בשם הירושלמי שצריך להודיעו ג' זימנים בתוך ל' יום, אולם הרא"ש בתשובה כתב שליתא להאי דינא.

3. המלוה צריך ליתן שכר השליח, ויוסיף אותו על החוב ויגבנו מהלוה אם יתחייב בדין לבסוף. והטעם מפני שהשליחות היא לטובת הלוה, דילמא יש לו שובר וכדו', שהרי מעיקר הדין נפרעין אף שלא בפניו. כתבו הסמ"ע והש"ך שדברים שאינם לטובת הלוה, כגון ששולח הזמנה לחברו שיעמוד בדין, או הוצאות שטר אחלטתא ואדרכתא על המלוה לשלם.

4. אם הוא במקום שא"א להודיעו תוך הזמן הזה – נפרעין מנכסיו מיד, ואין חוששין לשובר.

5. כשמגבין לו צריך לישבע שבועה כעין דאו', היינו שבועת המשנה של 'הנפרעת שלא בפניו'. ונוטל אף מהמטלטלין של הלוה, ואין חוששים שמא יברחים לאחר מכן, ודלא כמו בסימן צח דלא מגבין לו מטלטלים, דשאני התם שהמלוה טען שיש לו עדים לבטל השטר, משא"כ כאן שסתם שטר בחזקת כשרות.

6. אף כשכתוב בו נאמנות צריך לישבע, אא"כ כתב במפורש שאפי' יפרע שלא בפניו, או שכתב עליו ועל באי כוחו דבי"ד בכלל באי כוחו הם. **נחלקו בדבר הראשונים: דעת הרא"ש והרשב"א שאפי' נאמנות סתם מספיקה וא"צ שבועה. אולם, הרמ"ה והתרומות כתבו שנאמנות סתם לא מהני, אלא צריך נאמנות מפורשת; והתרומות הוסיף שנאמנות על באי כוחו מספיקה, דבי"ד בכלל באי כוחו הם. וכן פסק השו"ע.**

7. דווקא ממנו גובין שלא בפניו, אך לא מיתומים, רמ"א. כ"כ הריב"ש, וביארו הסמ"ע והנתיבות שמנכסים שירשו מאביהם גובין אף שלא בפני היתומים, והכא מיירי שהנכסים שירשו אינם בפניו, ואנו רוצים לפרע מנכסי היתומים כנגד מה שירשו מאביהם, ובכה"ג אין נפרעין שלא בפניהם, כיון שהנכסים הללו אינם משועבדים. הקצות הקשה דמשמע שאם הירשים בפניו גובים מנכסיהם, ומדוע שלא יוכלו הירשים לדחותו לילך ולגבות חובו מהנכסים שירשו ונמצאים במדה"י, ומדוע הוא יכול להוציא מהם כנגד הנכסים הללו?! ונשאר בצ"ע.

סעיף ב

שלשה ראיות צריך להביא לבית דין ואחר כך יפרע שלא בפניו : ראה ראשונה לקיים שטר שבידו ; שניה, שבעל חובו במדינה אחרת רחוק יותר מכדי שילך השליח ויחזור תוך שלשים יום ; שלישית, שאלו הנכסים בחזקת פלוני הלוחה הם.

כשבא לפרע שלא בפניו, צריך להביא ג' ראיות :

1. לקיים שטרו. בשטר שאינו מקוים אין גובין, דטענין מזויף ומוכח שאף ללקוחות וליתומים טענין הכי, כדעת התוס' והרשב"א והר"ן ורבינו ירוחם ; ודלא כדעת ר"י בתוס' שדווקא כשטוען מזויף הצרכנו קיום, אך אם אינו טוען מזויף לא טענין. כ"כ הש"ך.

מה הדין כשהמלוה והלוה מודים שהשטר אינו מזויף, האם גובים בו מיורשים ומלקוחות? מבי"ט, רא"ש, תוס' – גובין בו ולא חיישינן לקנוניא בהכי. והרא"ש הוסיף שכששניהם מודים לא שכיחא שהוא מזויף, ומילתא דלא שכיחא לא טענין ליתמי. הש"ך – אין גובין בו, דטענין להו מזויף, דאף טענה שאינה שכיחא טענין ליתמי ; ועוד שהרא"ש והתוס' הנ"ל קאי בשיטת ר"י שלא צריך קיום אלא כשהלוה טוען מזויף.

2. שבעל חובו נמצא במרחק שא"א לשלוח אליו שליח.

3. שהנכסים הללו הם שלו, וכתב הרא"ש שמספיק להביא ראיה שהיו בחזקתו עד היום, ואין צורך לידע כיצד באו לידו אם בירושה או בקניה. (סמ"ע בירושה מקומיין שהיו בידו קודם שלוה, משא"כ בקניה שלא אמרינן הכי בסתמא).

סעיף ג

הבא ליפרע שלא בפני לוח, כשם שבית דין יכולים לפורעו מנכסיו שלא בפניו, כך הם יכולים למשכן לבעל חוב קרקע בחובו, שזה יותר טוב לו.

ב"ה יום ד' כט טבת ה'תשע"ד

גביית חוב מיתומים

סימן קז

כופין את היתומים לפרוע חוב אביהן

סעי' א

מצוה על היורשים לפרוע חוב אביהם, וכופים אותם בכך כמו שכופים את אביהם. במה דברים אמורים, כשהניח קרקעות. אבל אם לא הניח אלא מטלטלים, אין כופין אותם לפרוע חוב אביהם מהם, אבל מצוה עליהם לפרוע חוב אביהם מהם, זהו מן הדין. אבל הגאונים תקנו שיהא בעל חוב גובה מהיורשים מטלטלים שהניח אביהם; הילכך כופין אותם לפרוע חובות אביהם, אפילו הוא מלוה על פה, אף מהמטלטלים שהניח אביהם, אפילו קנאם הלוא אחר שלוח ולא כתב: דאיכני, (ע"ל ס' ק"א) דיוורש במקום אביו קאי. וכן חייבים לפרוע חוב אביהם ממלוה שהיתה לאביהם ביד אחרים, בין גבו קרקע בין גבו מעות. ואם ירשו קרקע ומטלטלים, ואין מפורש בשטר שיגבה מטלטלי בין בחייו בין במותו, והיורשים רוצים להגבות לבעל חוב קרקע, והוא רוצה לגבות מטלטלים, הדין עם היורשים. אבל אם לא ירשו כלום מאביהם, אין חייבים לפרוע חוב אביהם, ואפילו מצוה ליכא. הגה: ירש קצת נכסים, אין צריך לפרוע רק מה שירש (ריב"ש סימן תע"ח). ואם אומר: איני יורש ואיני משלם עיין לקמן סוף סימן רע"ח אם שומעין לו.

1. מדאורי גובין מיתומין בע"כ - קרקע שירשו מאביהן, אך מטלטלין שירשו אין גובין בע"כ, אך יש עליהם מצוה לפרוע מהן - משום כיבוד אב.

ערכין כב. "אמר רב נחמן: מרישא לא הוה מיזדקינא לנכסי יתמי, כיון דשמענא להא דרב הונא חברין משמיה דרב: יתמי דאכלי דלא דידהו ליזלו בתר שיבקייהו, מכאן ואילך מיזדקינא. מעיקרא מאי טעמא לא? אמר רב פפא: פריעת בעל חוב מצוה, ויתמי לא בני מיעבד מצוה ניהו. רב הונא בריה דרב יהושע אמר: אימר צררי אתפסיה. מאי בינייהו? איכא בינייהו בשחייב מודה; אי נמי, שמתוה ומת בשמתיה. שלחו מתם: דשמתוה ומית בשמתיה. **והלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע**". נחלקו הראשונים בביאור מחלוקתם: דעת הרמב"ן שנחלקו בשאלה האם שעבודא דאורי, דלרב פפא שעבודא דרבנן ולכן בע"כ אינו גובה מיתומים אלא מחמת שיש להם מצווה לפרוע חוב אביהם, וכיון שיתומים קטנים אינם בני מצוה - לא נפרעין מהם. אולם, רב הונא בד"י סובר ששעבודא דאורי ולכן אף מיתומים קטנים אפשר לגבות, שהרי אני גובה את שיעבודי. בכתובות פו. מוכח שאף רב פפא מודה שביתומים גדולים אפשר לכפות אותם לקיים את המצווה הזאת, אלא שקטנים כיון שאינם מצווים א"א לירד לנכסיהם. אמנם, התוס' והרא"ש נקטו שלכו"ע שעבודא דאורי אלא שנחלקו האם השעבוד הוא דבר מוחלט ולכן אף מקטנים אפשר לגבותו, אלא דחיישינן לצררי, כדעת רב הונא; או שמא השעבוד מוגדר לפי המצווה, ולכן כשאין עליהם מצווה לפרוע ממילא פקע השעבוד, כדעת רב פפא.

אמנם, בכתובות צא. במעשה ד'קטינא דארעא' מבואר שאע"פ שיש על היתומים מצווה אין כופין אותם על כך!! תירצו הראשונים שיש ב' מצבים: כאשר ירשו קרקעות - יש שיעבוד ולכן כופין ומוציאין מהיתומים בעל כרחם. אולם כאשר ירשו מטלטלין שאין עליהם שיעבוד, יש רק מצווה עליהם לפרוע ואין כופין על כך. (רש"י והרמב"ן - מצוה מדרבנן. תוס' ורא"ש - מצוות כיבוד אב, וכיון ששכרה בצידה אין כופין עליה).

2. **האם לבי"ד מותר לכפות על מ"ע ששכרה בצידה? סמ"ע וקצות - מח' וא"א להוציא מהמוחזק.** ש"ך - כן ואין מח' בדבר. נתיבות - גם לרמב"ן א"א לכפות, אלא רק לתפוס עד שיתרצו לשלם. חולין קי: "אייתוה לההוא גברא דלא הוה מוקר אבוה ואמיה כפתוהו, אמר להו: שבקוהו, דתניא כל מצות עשה שמתן שכרה בצדה - אין בית דין שלמטה מוזהרין עליה". תוס' הקשו הרי בכתובות מט: איתא "רבא כפייה לרב נתן בר אמי, ואפיק מיניה ד' מאה זוזי לצדקה". ואע"פ שצדקה היא מ"ע שמתן שכרה כתוב בצידה!! ותירצו שהכוונה שכפאו בדברים, או שבצדקה יש גם לאו 'לא תאמץ ולא תקפוץ' ולכן כופים. אולם, הרמב"ן בתשובה כתב שהכוונה שאינם חייבים לכוף, אך אם ירצו יכולים. ודעת הש"ך שאף התוס' מודים לזה, אלא שלא היה נראה להם לפרש שרבא כפה את רב נתן שהוא ת"ח אם לא היה מחויב בדבר. וקצות הסכים עם הסמ"ע, והוכיח מדברי הרמב"ם שהצריך להתנות בשטר מטלטלי אגב מקרקעי שאף אם רצו אין יכולים לכוף, ולכן צריך להתנות.

3. **לאחר תקנת הגאונים שמטלטלין כקרקע - א"כ גם מטלטלין גובין מהם בע"כ.** אם ירשו קרקע ומטלטלין - יכולים להגבותו קרקע אע"פ שהוא רוצה מטלטלין, אא"כ שיעבד לו 'מטלטלי אגב מקרקעי בחייו ובמותו' שאז יכול המלוה לדרוש דווקא מטלטלין.

הסמ"ע ביאר הטעם שמדאוי מטלטלין אינם משועבדים, ולכן יכולים לסלקו בקרקע. ואע"פ שדינא דבע"ח בזוזי ואין יכול לסלקו בארעא כשיש לו, אך זה רק מתק"ח וביתומים העמידוהו על דין תורה שאין לו אלא זיבורית; **קצות. ודעת הנהיבות** שבע"ח דינו מדאוי בזוזי דכעין שהלווהו צריך לשלם לו, אך דווקא הלואה עצמו ולא יורשיו שהרי הם לא לו, ואין עליהם רק שיעבוד נכסים ולכן יכולים ליתן מה שרוצים ואפי' זיבורית ואין חייבים ליתן לו מטלטלים. הקצות כתב שה"ה בכתובה, אולם הש"ך בסי' קא כתב שאם יש ליתומים מטלטלים צריכים ליתן לה מטלטלים. כשכתב 'בחיי ובמותו' מהני, כיון שמוכח שהתכוון להתנות שיוכל לדרוש מטלטלין גם לאחר מותו, כמו שיכל לדרוש מטלטלי בחיי הלואה.

אם רוצים להגבותו קרקע ותפס מטלטלין – מוציאין מידו. ש"ך.

4. האם לאחר התקנה ראוי לכתוב במפורש מטלטלין בשטר? הרמב"ם כן, כיון שאולי הלואה לא יודע מהתקנה. לדעת הרא"ש לא, כיון שבימינו עיקר הסמיכות דעת על מטלטלין ונמצא שזה הדין מדאוי ולא מהתקנה. מכאן הוכיח הקצות שדעת הרמב"ם, שאפי' אם בי"ד רוצים אינם יכולים לכופ, שהרי אף אם לא ידע הלואה מהתקנה יש כח לבי"ד להכריח ליתומים לפרוע ממטלטלים! אלא מוכח שהרמב"ם חולק על הרמב"ן וסובר שא"א לבי"ד לכופ על מצוה שמתן שכרה כתוב בצידה.

5. גם לדברי הרא"ש המטלטלין אינם ממש כקרקע, שאין בהם דין קדימה ואין גובין אותם מלקוחות, דכיון דלית להו קלא ויכול להבריחם – אין המלוה סומך דעתו עליהם; ש"ך.

6. היורשים חייבים לפרוע אף מחובות שאחרים חייבים לאביהם – כיון שבזמנינו מטלטלי כמקרקעי ואף הם נשתעבדו לבע"ח (אע"פ שקי"ל שבע"ח גובה מכאן ולהבא, אך מדרי' נתן נשתעבדו לראשון). ואע"פ שזה ראוי ולא מוחזק, כיון שזה לא היה ביד אביהם בשעת מיתתו – בע"ח גובה אף מהראוי. (סמ"ע).

סעיף ב

טען היורש שאביו לא הניח לו ממון, ואינו חייב לפרוע חוב אביו משלו, אם טוען המלוה ודאי שאביו הורישו ממון, נשבע היורש היסת, ונפטר. ואם טוען: שמא, אין עליו אלא חרם סתם. הגה: כתבו הגהות אשירי פרק מי שמת בשם א"ז שכתב בשם רבינו תם ורבינו שמחה, ראובן שהיה חייב לשמעון, ומת ראובן, יכול שמעון לעכב קבורתו עד שיפרעו לו. ואם שמעון הוא קרובו של ראובן, בני המשפחה מוחין בידו שלא לעכב קבורתו, שלא לנוולו. וכן אם בא בעל חוב וגבה כל נכסיו, אין מחוייב לקברו.

1. אין משביעין את היתומים בשבועת הגאונים שאין להם ממון לפרוע, שלא תיקנו אלא בחייב עצמו. כ"כ הרי"ף בתשובה והביאו הטור.

2. כאשר המלוה טוען ברי שיש להם ממון משל אביהם, יכול להשביעם היסת, כדין כל תביעת ברי.

3. האם יכולים לעכב קבורתו עד שיפרעו היתומים?

הרמ"א כתב שכן, אא"כ הבע"ח קרובו של המת. **וביאר הסמ"ע** שמדובר כשטוען ברי ואין היתומים רוצים לישבע, דאלי"כ קשה הרי אם היה חי לא היו יכולים לאסור גופו, ומדוע עכשיו יכול לעכב קבורתו? **והחכ"צ** כתב שמדובר כשהיורשים אלימים וא"א להוציא מהם.

והש"ך כתב בשם אביו שמדובר שאין מספיק ממון כדי לקבור ולפרוע החוב, ולכן קודם צריך לפרוע את חובו. ואפי' אין כאן קופה של צדקה כדי לקבור ממנה. אך בכה"ג שאין קופה, אם הוא קרוב שמחויב שלא יתנוול קרובו, אין גובין את החוב. וכן הסכימו **הנהיבות והתומים**. וטעמו שאף מחיים אם ראו בי"ד שמבזבז נכסיו ואינו פורע חובו – מעכבים על ידו.

סעיף ג

יורש שמכר כל נכסי אביו, ודאי בעל חוב טורף הלקוחות, אפילו אם יש ביד היורש נכסים קרקעות שלו, לפי שנכסיו אינם משועבדים לחוב אביו. ואפילו של אביו זיבורית, ושלו עידית, אינו יכול לסלקו בעידית שלו, שלא מדעתו. אבל רוצה לסלקו שלא יטרוף מהלקוחות, ונותן לו מעות, אף על פי שלא ירש המעות מאביו, יכול לסלקו, אלא אם כן עשה אביו נכסים אלו אפותיקי מפורש לבעל חוב.

1. **יורש שמכר נכסי אביו, בע"ח טורף מהלקוחות.** ואין היורש יכול לסלקו בקרקע שלו שלא מדעתו, ואע"פ שנכסי הלוה יותר טובים משל הלקוחות; דאינו חפץ אלא בשעבודו, דשמא של היתומים גזולה. בעה"ת בשם הרמב"ן.

2. **אך יכול היורש לסלקו במעות,** אא"כ עשה לו אביו אפותיקי מפורש. הב"י כתב שהטעם מפני שבמעות אין סימן, ולא הניח כהניח דמ"י. והקצות כתב שבלאו האי טעמא לא גרע מלוקח שיכול לסלק למלוה בזו"י, אע"פ ששעיבודו עליו.

3. **האם יכול לסלקו במטלטלין?** הסמ"ע – כן. דייק כן מהסיפא של דברי הטור שדין מעות יש להם שיכול להוליכם ולמכרן. הב"י (סי' קב), קצות ונתיבות – לא שהרי שיעבודו על הקרקע, ודווקא במעות יכול לכופו.

4. **בע"ח מאוחר שקדם וגבה, האם יכול לסלק למוקדם במעות?** קצות ונתיבות – לא, כיון שיכול לומר אין לי אלא שיעבודי. ודוקא לוקח יכול, משום דשומא הדר. (הנתיבות כתב שיכול לסלקו במעות, אם יאמר לדידי שוויא לי דמי החוב שלי ושלך, אך שוב לא יוכל לחזור על הלוה).

סעיף ד

יורש שמכר כל נכסי אביו, ואין בעל חוב יכול לטרוף מהלקוחות, כגון שמכרם לעובדי כוכבים וכיוצא בזה, יש מי שאומר שגובה מהדמים שביד היתומים, וי"א שאינו גובה.

1. **יורש שמכר נכסי אביו, האם השעבוד חל על המעות שקיבל?** רב האי – כן, האידנא שגובין מהמטלטלין. הרא"ש – לא שהרי אין גובין אלא ממטלטלין של אבוהון, ולא הני זוזי שביק אבוהון; (ב"ב פ"ט סי' ב). הש"ך פסק כרב האי, והשו"ע כרא"ש.

2. **יורש שמכר באופן שאין בע"ח יכול לגבות, האם חייב לשלם מדין 'מזיק שיעבודו של חברו'?**

דעת הטור כן שחשיב מזיק כיון שהכניסה למקום שא"א לגבותה. אך במטלטלין פטור, כיון שמעמידים אותו על עיקר הדין שלא משתעבדים. **אך הרא"ש סובר שלא**, כיון שלא הזיק את גוף הקרקע. (בעבד ששחררו – חשיב כמזיק את הגוף שהרי היה כאן עבד ועכשיו הוא בן חורין; קצות) ולדינא לא חלק הטור על אביו. **שו"ע** – כרא"ש, **ש"ך** – כטור, כיון שחלק על אביו כדמוכח בק"ד, ורק משום כבודו כתב שאינו משיב על דבריו.

לגבי מטלטלין – הסמ"ע כתב שלכו"ע פטור, דמטלטלין לא השתעבדו אלא מתקנת הגאונים, וכיון שהזיק העמדתו על דין תורה ולא חשיב מזיק; וכ"כ הטור להדיא (כיון שלא קיבל את דעת רב האי). הש"ך חלק שלרב האי חייב, ובזמננו אליבא דהרא"ש הוי כקרקע מדינא, וא"כ זה אותה מח'.

3. **סתירה מפסקי השו"ע בסי' קד:**

א. **בסעי' א** פסק שבע"ח מאוחר שקדם וגבה ומכר לעכו"ם, חייב לשלם לבע"ח מוקדם מדינא דגרמי מדין מזיק שיעבודו! **חילק הסמ"ע בין יורש לבע"ח** – יורש כיון שהממון שלו, מותר לו למכור ולא חשיב מזיק במכירתו, והנזק הוא בגרמא. אולם, בע"ח שאין לו אלא שעבוד, א"כ עצם מכירתו הוי מעשה המזיק וחייב. **דעת הש"ך** שבאמת הטור חלק על אביו, ורק מחמת כבודו לא השיב על דבריו, ולכן נקט שהעיקר לדינא כבסי' קד שחייב מדין מזיק שיעבודו.

ב. **מדברי הראב"ד** שהובאו בטור שאם האבא חייב לראובן בעדים, ובנו לוח משמעון בשטר, שמעון קודם לראובן בגבייה, דשטר קודם למלוה ע"פ, ואח"כ הבן חייב לשלם לראובן מדין מזיק. **הסמ"ע** תירץ שגם כאן כיון שראובן ושמעון באים לגבות יחד חשיב מזיק, וצ"ע שהרי הנזק נעשה בשעת ההלוואה ולא בשעת הגבייה!! ובשעה שלוח היה מותר לו ללות מחברו ולא חשיב מעשה נזק!! **הקצות והנתיבות** – במקרה זה אינו חייב מדין מזיק אלא **מדין 'קא משתרשי ליה'** (חולין קלא) שפרע חובו בשעבודו של חברו.

4. **מדוע אצלנו אינו חייב מדין 'קא משתרשי' כשקיבל דמים?**

ש"ך – השו"ע דיבר כשלא קיבל דמים, אך אם קיבל לכו"ע חייב מדין משתרשי. **קצות** – אצלנו אין דין 'קא משתרשי' ע"פ הבנתו בר"ן שכשמכוון להפקיע המצוה, לא אמרינן משתרשי. וכיון שכיון למכור הפקיע

⁶ הקצות כתב שיש ב' הבנות בדין 'משתרשי ליה': א. דעת התוס' – כל מקום שיש לו הנאה מממון חברו חייב, ולכן האוכל מתנות כהונה שפטור היינו רק כאשר הוא יכל לצום, וא"כ לא חשיב הנאה. ב. דעת הר"ן – החיוב אינו תלוי בהנאה, ולכן אפי' לא יכל להתענות פטור. דהחיוב הוא רק כאשר נהנה מהמצוה, אך כאשר הוא מתכוון להפקיע המצוה אע"פ שנהנה פטור, שהרי אין כאן מצווה שנהנה ממנה. אך כשלא התכוון להפקיע המצוה, כיון שהיא לא פקעה מאליה

המצוה; אך בדברי הראב"ד לא כיון להפקיע המצוה, אלא ממילא בא וגבה. **הנתיבות** – אצלנו לא נהנה מחברו, שהרי קנין הגוף היה שלו, ואותו הוא מכר והשיעבוד ממילא פקע. לעומת הראב"ד ששם הוא שיעבד את השיעבוד של חברו, ונמצא שההנאה באה לו מחמת חברו וחייב. (וכמו כן חלק על הקצות בהבנת הר"ן).

סעיף ה

האידינא שתקנו הגאונים לגבות מהיורשים אף מהמטלטלים שהניח אביהם, אם תפס המלוה מטלטלי הלוה, אפילו לאחר מיתה, מהניא, אפילו אין לו עדים על חובו, שאם לא תפס לא היו מגבינן ליה, והשתא דתפס נאמן לגבות מהם בשבועה, במיגו דאי בעי אמר: לא תפסתי.

תפיסה מועילה אף לאחר מיתה, אף כשאין לו עדים על עצם החוב, כיון שהאידינא גם מטלטלין משועבדים. ודוקא כשיש לו מיגו ובשבועת הגאונים.

כתובות פד. נחלקו ר"ע ור"ט אי מהניא תפיסה לאחר מיתה, ובעמוד ב: "ור"ע, תפיסה לא מהניא כלל? אמר רבא אמר רב נחמן: והוא שתפס מחיים". אלא שהאידינא לאחר תקנת הגאונים שגובים אף ממטלטלי דיתמי, א"כ אין צורך בתפיסה, דאף בלא תפיסה מגבינן ליה מיניה. וכתב הב"י שאף לאחר תקנת הגאונים אם אין לו עדים על החוב – מהניא ליה תפיסה ואפי' לאחר מיתה, במיגו דלהד"מ, וכן פסק בשו"ע.

סעיף ו

היה על אביהם חוב של מנה, ולא הניח לא מקרקעי ולא מטלטלי, אלא קרקע שוה חמשים, ובא בעל חוב וטרפה, ונתנו לו היורשים חמשים משלהם, אפילו לא אמרו לו שבדמי קרקע זה הם נותנים לו, אינו יכול לחזור ולטרפה מהם בשארית חובו; וכן אין בעל חוב מאוחר ממנו יכול לטרפה, דהוה ליה כמו שהגבו אותה לו בחובו וחזרו ולקחוה ממנו.

1. מדינא דש"ס – אם הניח אביהן קרקע כדי חצי החוב ומטלטלין כדי החצי השני, וגבה קרקע וסילקוהו ממטלטלין בסתמא – יכול לחזור ולגבות הקרקע, דאמרינן שאת המטלטלין נתנו לו בתור פרעון. וא"כ התנו במפורש שהם קונים את הקרקע, שאז שוב אינו יכול לחזור ולגבותה. כתובות צא: "ההוא גברא דהוה מסקי ביה מאה זוזי, שכיב, שבק קטינא דארעא דהוה שויא חמשים זוזי, אתא בעל חוב וקטריף ליה, אזול יתמי יתבו ליה חמשים זוזי, הדר קטריף לה, אתו לקמיה דאבבי, אמר להן: מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן, **הני קמאי מצוה עבדיתו, השתא כי טריף בדין קטריף**. ולא אמרן - דלא אמרו ליה הני חמשים זוזי דמי דארעא קטינא, אבל אמרו ליה הני חמשים זוזי דמי דארעא קטינא - סלוקי סלקוה".

לאחר תקנת הגאונים – כיון שגובים גם ממטלטלין, יכול לכתחילה לקחת הכל כנגד חובו. ואם לא הניח מטלטלין אלא רק קרקע וגבה בע"ח וסילקוהו ממונם, בכל ענין הוי כמכר ואין חוזר וגובה מהם. כך כתב בבדק הבית, וכך פסק בשו"ע.

אולם מהסמ"ע משמע שגם לאחר התקנה, כשהניח מטלטלין יש הבדל אם התנו בפירוש או לא, והתקשה הש"ך בדבריו. וביאר בדגול מרבבה שאע"פ שיכל לתבוע את המטלטלין, **אך אם הגבו לו המטלטלין בפירוש עבור הקרקע הוי כמכר, ושוב אינו יכול לחזור עליהם**; אולם, אם לא הגבו בפירוש אמרינן שקיימו את המצוה וחוזר וגובה.

2. לכן גם בע"ח מאוחר לא יכול לבוא ולטרופ מהן, דפקע שעבודו ממנה.

3. מה הדין כשהאבא הניח רק מטלטלין?

– חייב, שהרי נהנה מהמצוה. מהש"ך נראה שהבין דין זה כתוס', והקצות נקט כר"ן. הנתיבות חלק על הקצות בהבנת הר"ן, וכתב שעיקר כוונתו לומר שדין משתרשי אינו חיוב תשלום הנאה כתוס', אלא דין במצוה. כלומר, שאם אדם אוכל את הפירות או קנאם בשינוי, כיון שהפירות לא קיימים או שנכנסו לרשות אחרת – פקע חיוב תרו"מ מעליהם, ושוב אין מצוה להפריש עליהם ממקום אחר. אולם, כאשר הם קיימים ולא נכנסו לרשות אחרת – כיון שהמצוה לא פקעה הרי היא מחייבת אותו לקיים מצוותו, ולכן הוא צריך להפריש עליהם כדי לפוטרים מטבלם, אך לא מחמת שהוא נהנה מהמצוה. ולכן ברור שאם אין לו טבל אחר כדי להפריש עליהם – אינו חייב לשלם לכהנים דמי תרומה.

הקצות הבין בסמ"ע – שאם התנו אינו גובה, ואם לא התנו חוזר וגובה. והקשה הרי לדינא דש"ס אינו גובה כלל ממטלטלי, ואף לתקנת הגאונים כיון ששילמו מממונם פשיטא שהוי כמכר! הנתיבות כתב שהסמ"ע לא התכוון למה שהקצות הבין בדבריו.

לדינא כתב שבשני בע"ח כשהניח רק מטלטלין – אם הגבו לראשון ואח"כ חזרו ופרעו עבורם, אין השני חוזר וגובה דהוי כמכר. אולם, אם לא הגבו בפועל, לא הוי כמכר אלא כסילוק, ונמצא שהשני גובה את שיעבודו שהרי אין קדימה במטלטלין ובדין קדימה במטלטלין עיין בסימן קד סעי' א.

סעיף ז

ירשו האחים קרקעות מאביהם, וחלקום, ובא בעל חוב לטרוף, אם לא ירשו אלא שתי שדות, ולקח כל אחד אחת, אינם יכולים לומר לבעל חוב: קח מכל אחד חצי שדה, אלא נוטל שדה אחד מאיזה מהם שירצה. אבל אם ירשו ד' שדות, וחובו כנגד ב' שדות, אינו יכול לומר: אקח מאחד שתי שדות, אלא יקח מכל אחד שדה אחת, אלא אם כן עשה לו אפותיקי השתי שדות שנפלו לאחד, דאז נוטלם, אפילו לא עשאו אפותיקי מפורש, אלא שעבד לו כל נכסיו וסיים לו אותם שדות במצריהם להיות תחלה לפרעון.

1. ירשו היתומים קרקעות וחלקו ביניהם, אין יכולים לדחותו לגבות מכל אחד חצי שדה, כיון שאף אביהם לא היה יכול להגבותו חצי שדה כאן וחצי שם. אך הם יכולים לבחור איזה שדה לתת לו, שהרי אין גובים מיורשים אלא זיבורית.

2. אולם, אם כנגד חובו יש ב' שדות, יכול כל אחד להגבותו שדה אחת משלו; שהרי אף אביהם אינו חייב ליתן לו את ב' השדות סמוכות, אלא יכל להגבותו אחת כאן ואחת שם.

הקצות הקשה כיון שהנכסים הם כעריבים, א"כ מדוע לא יכול לגבות את הכל מיורש אחד, כמו בב' עריבים שיכול לגבות מא' הכל! וע"פ דברי הנתיבות בהמשך מבואר, כיון שביתומים יש גם שעבוד הגוף, ולא הוי כערב אלא כב' לווים.

סעיף ח

הניח להם אביהם מעות ומטלטלים, וחלקו, ובא בעל חוב לגבות מהם, אם הם מצויים לפנינו, גובה מכל אחד חלקו. ואם אין כולם מצויים לפנינו, אינו צריך לחזור אחריהם, אלא יקח כל חובו מאותו שלפנינו, והוא יחזור אחר האחרים.

1. ירשו מעות או מטלטלין, גובה מכל אחד מהיורשים כנגד חלקו בחוב. ודוקא כאשר כולם לפנינו, אך אם חלק לא נמצאים כאן, אינו צריך לטרוח ולילך אחריהם, אלא גובה מהיורשים שלפנינו הכל, והם יתחלקו ביניהם.

2. דין זה נכון גם בקרקע, שאם אחת במקום רחוק, גובה מהקרקע שלפנינו; סמ"ע.

סעיף ט

ירשו קרקעות וחלקום, ומכר אחד מהם חלקו או נתנו במתנה, ובא בעל חוב של אביהם לגבות חובו, טורף חצי החוב מהלוקח שקנה מהיורש, והחצי מהיורש האחר.

1. אם אחד מהיורשים מכר חלקו, אין הלוקח יכול לומר לבע"ח הנחתי לך מקום לגבות הימנו אצל שאר היורשים, אלא גובה מכולם בשווה.

מדוע אינו יכול לומר 'הנחתי לך מקום לגבות בו': סמ"ע ונתיבות – כיון שהחוב מוטל על היורשים בשווה, ואין כח ביד האחד לחייב את חברו בכל החוב. **קצות** – כיון שהדין הוא 'אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין', וכאן אין בני חורין שהרי גם אצל היתומים הם משועבדים, שהרי אין עליהם שעבוד הגוף. ודוקא לגבי הלוה עצמו שיש לו בני חורין אמרינן שלא טורפין לקוחות, משא"כ בלוקח ראשון ושני כמבואר בכתובות צב. (אלא שקשה עליו מסימן קיא, י לגבי יורשים שמכרו חלק מהנכסים שאין נפרעין מהלוקח אלא מהיתומים, ומדוע הרי לא שייך כאן הדין של אין נפרעין מהמשועבדים שהרי שניהם משועבדים! ותירץ בשם בנו ששם זה מטעם של 'מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו' וכיון שהיתום עצמו יכול לדחותו לאיזה זיבורית שירצה, כך גם כשמכר נתן לו את הזכות לדחותו לזיבורית אחרת שנמצאת אצל היתום, ואינו יכול להכריח ללוקח לפורעו.

מדוע היורשים חייבים לפרוע? בקצות מבואר שביתומים אין שיעבוד הגוף אלא רק שיעבוד נכסים, וכיון שהנכסים משועבדים כופין אותן לפרוע. אך כשאין שיעבוד אין כופין, אלא יש רק מצוה בעלמא לפרוע חוב אביהן. אולם, דעת הנתיבות והסמ"ע שכיון שירשו קרקעות חל עליהם שיעבוד הגוף של אביהם ומכאן זה גובים מהם. (וכשירשו מטלטלין לא עבר אליהם שיעבוד הגוף).

סעיף י

שמעון שאמר ליורשים: מנה לי בידכם, והודו לו בפני עדים, וכשחזר לתובעם אמרו לו: לא הודינו שאנו חייבים לך אלא מחמת אבינו ולא הניח ממה לפרוע; והוא אומר: לא כי אלא מחמת עצמכם אתם חייבים לי, מאחר שהודו סתם, חייבים לפרעו (וע"ל סי' פ"א רשב"א). ואם הודו בפני עד אחד, והם אומרים שלא הודו, נשבעים להכחיש העד. ואם מודים שהודו בפני העד בסתם, אלא שאומרים שלא נתכוונו להודות שחייבים מחמת עצמם אלא מחמת אביהם, חייבים לשלם. (וע"ל סימן ע"ה סעיף י"ג).

1. התובע ליורשים מנה והודו לו, אינם יכולים לומר לא הודינו לך אלא בחוב אבינו, וחייבים לשלם. וממילא אם הודו בפני ע"א, הוי משול"מ וחייבים לשלם.

2. כל זה דווקא כשאין להם מיגו דפרעתי כגון בתוך זמנו וכדו', בין בעד אחד ובין בשני עדים. אך אם יש להם מיגו – נאמנים, דאין לומר שכאן יש חזקה שאם לא היו חייבים לו בעצמם – לא היו מודים; ש"ך.

סעיף יא

הניח להם אביהם מטלטלין, וקדמו ופרעו לבעל חוב מאוחר, אין בעל חוב מוקדם יכול להוציא מידו.

1. אין דין קדימה במטלטלין של יתומים, ולכן אם פרעו לבע"ח מאוחר – אין המוקדם יכול להוציא ממנו.

2. האם הפורע לבע"ח מאוחר קודם, חשיב כמזיק שעבודו של חברו? סמ"ע - כן, אך ביורשים לא כיון שזה שלהם ומותר להם למכור ולהגבות לאחר (כמו בסעיף ד'). **קצות** – לא, כיון שהממון משועבד לשניהם, שהרי אין דין קדימה, ונמצא למפרע שהמטלטלין היו משועבדים רק לו ולא לחברו.

סעיף יב

ראובן שמת, ונמצא בפנקסו כתוב בכתב ידו שהוא חייב לשמעון מנה, היורשים פטורים, דמלוה על פה, אפילו בעדים, אינו גובה מהיורשים אלא אם כן היה תוך זמנה. (ועיין לעיל סימן צ"א סעיף ה' ולקמן סימן ק"י סעיף ז').

אדם שמת ונמצא כתוב חוב על פנקסו – אין מוציאין מהיורשים, אא"כ זה תוך זמנו.

הקשו מסי' צא סעי' ה, שאף מיורשים מוציאים מחוב הכתוב בפנקס: סמ"ע – אצלנו אין רגלים לדבר. ש"ך – אע"פ שיש רגלים חיישינן לפרעון, ושם מדובר בתוך זמנו.

ב"ה יום ה' א' שבט התשע"ד

סימן קח

א-ד הבא ליפרע מן היורשים

סעיף א

מלוה על פה, אינה נגבית מהיורשים, אלא באחד משלשה דרכים, ואלו הם: כשחייב מודה בה וצוה בחוליו שיש לפלוני חוב עליו עדיין, או שהיתה הלואה לזמן ועדיין לא הגיע הזמן, או שנדוהו עד שיתן ומת בנידויו, כל אלו גובים מהיורשים בלא שבועה. אבל אם באו עדים שהיה אביהם חייב לזה מנה, אינו גובה מהיורש כלום, שמא פרעו. הגה: מיהו אם טענו היתומים: לא לזה אבינו מעולם, הוי כאלו אמרו: לא נפרע החוב, ומאחר דאיכא עדים שלוח, חייבים לשלם (בעה"ת וטור סעיף ל"ג), וכמו שיתבאר לקמן סעיף ט"ו סימן זה. וכן אם הוציא כתב יד אביהם שהוא חייב לו, אינו גובה בו כלום, שמא פרעו (וע"ל סימן ס"ט ס"ה). ואם מת המלוה, והיורשים באים לגבות מיורשי הלוח, אם הוא על אחד מג' דרכים אלו, גובים מהם בלא שבועה, אף על פי שמת לזה בחיי מלוה. ואם אינה על אחת מג' דרכים אלו, אפילו יורשי הלוח אין טוענים כלל, אינם גובין מהם, דאין טענין להו שמא פרע אביהם. הגה: ואם הוציאו על רפואות בחליו, יש לו דין שאר חוב, שאם ידוע כמה הוציאו ושלא נפרע בחייו, נפרעין מן היתומים, אבל בלאו הכי אין נפרעין; ואשתו אינה נאמנת (תשובת הרא"ש כלל פ"ה סימן ב').

1. מלוה ע"פ אינה נגבית מהיורשים (אפי' גדולים) **אלא באחת מג' דרכים**: א. כשחייב מודה. ב. שמתוהו ומת בשמתיה. ג. מת בתוך זמנו. דבכל המקרים הללו אביהם לא יכל לטעון פרוע. אך בכל ענין אחר אין נפרעין, דטענין ליתמי כל מה דמצי למטען אבוהון, וכיון שאביהן יכל לטעון פרוע טענין להו.

וא"צ לישבע שאינם יודעים, דאינם נשבעים אלא כשבאים לגבות; סמ"ע. הטור כתב שיש אומרים שצריכים לישבע, ואע"פ שאין המלוה תובעו בבריא שהוא יודע שאביו חייב, אך הוא תובעו ברי שירש ממון שיש לו בו זכות; והיא דעת האו"ז והרי"ף והר"י ברצלוני; הובאו בסי' סט. אולם, בעל העיטור חלק והסכים עמו הטור שאינם צריכים לישבע כיון שלא מצאנו שבועת היורשים אלא כשבאים ליטול; וכן פסק הסמ"ע.

2. אם היתומים טוענים ברי שלא לזה, ובאו עדים שלוח חייבים לשלם, דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי. רמ"א. ובב"י כתב שדוקא גדולים, אך בקטנים אין טענתם טענה כלל.

3. אע"פ שמת לזה בחיי מלוה ואח"כ מת גם המלוה, אם מדובר בא' מג' דרכים אלו, נפרעים יתומי המלוה בלא שבועה. אך בלא דרכים אלו אין נפרעין ואפי' אין יתומי הלוח טוענין כלום, דטענין ליתמי אפי' כשהתובעים הם גם יתומים. כדעת הרמ"ה והראב"ד וכן נקט הטור וטעמם שבכה"ג טענין ליתומים אף נגד יתומים כיון שזה כדי להחזיק ממון; ודלא כבעל העיטור ובעה"ת שלא טענין בכה"ג ליתומי הלוח כנגד יתומי המלוה.

4. אם הוציאו על רפואות בחליו, חייב לשלם אע"פ שהם קרוביו ולא ציוס בפירוש. אך אין נפרעין מהיתומים אא"כ ידוע כמה הוציאו ושלא פרע, ואין אשתו נאמנת שלא פרע.

סעיף ב

יש מי שאומר שמי שנתחייב ממון בבית דין בעבור מלשינות לשקר, ומת, גובה מהיורשים. אבל אם חייבוהו קנס, לא קנסו בנו אחריו (ע"ל סימן שפ"ה ס"א).

מוסר שנתחייב ממון בב"ד ומת גובה מהיורשים. אך אם חייבוהו קנס בב"ד ומת – לא קנסו בנו אחריו. (ואף למ"ד שמוסר חייב מדין קנס ולא קנסו בנו, כשעמד בדין הוי ממון גמור, שלא כמו שאר קנסות).

סעיף ג

אין נפרעים מיורשים קטנים בעודם קטנים שאינם בני י"ג שנה, שום הלואה מחוב אביהם, אפילו היה עליו שטר מקויים, ואפילו היה בו נאמנות, ואפילו היה בו כל תנאי שבעולם, שמא יש להם ראייה ששוברים בה השטר, אלא א"כ היה במלוה זו אחד מג' דרכים הנזכרים לעיל בסמוך (בס"א), ואפילו היתה מלוה על פה, גובה מיתומים קטנים באחד מג' דרכים הנזכרים; ודהיתה תוך זמן, צריך שנתקבל העדות בחיי אביהם שהיא תוך זמן, שאם לא כן אין מקבלין עדות על קטן, אפילו בפניו. ואם הם גדולים והוציא עליהם שטר מקויים, אפילו אין שם אחד מג' דרכים אלו גובה מהם בלא שבועה, אם יש בו נאמנות מפורש שהאמינו עליו ועל יורשיו או על באי כחו, שיורשיו בכלל באי כחו. אבל אם אין שם כתוב בשטר נאמנות, ואפילו כתוב בו: נאמנות, סתם, ולא פירש על יורשיו או על באי כחו, צריך לישבע כעין של תורה בנקיטת חפץ, וגובה. ואפילו תפס משלהם בלא שבועה, משביעין ליה. ואי לא בעי לאשתבועי, דינו כמו שנתבאר בסימן פ"ב, (ופ"ז ס"י).

1. **מיוורשים קטנים אין נפרעים כלל**, ואפי' ממלוה בשטר שיש בו נאמנות, ואפי' הנאמנות מפורשת על היורשים, כיון שחוששים אולי יש איזו ראייה נגד השטר (צרי, וכיון שהם קטנים אינם יכולים למצוא אותה). **אא"כ מדובר בא' מג' דרכים הללו**, שאז ודאי שלא פרע.

2. **קבלת עדות בפניו** - כשמדובר בתוך זמנו צריך שתתקבל העדות בחיי אביהן, דאל"כ אין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד, וקטן כשלא בפניו דמי. אך כשחייב מודה או שמתה ומת בשמתיה, מדובר שהדבר מבורר ובכה"ג אין צורך בקבלת עדות בפניו. סמ"ע.

3. **מיוורשים גדולים גובים בשטר מקויים בכל ענין, אלא שצריך התובע להשבע בנק"ח**, מדין 'הבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה'. אך אם יש בו נאמנות מפורשת על היורשים או על באי כחו - אין צריך לישבע. (טעם השבועה - שהרי אף אביהם יכל לתבוע 'השתבע לי דלא פרעתיך' טענין להו, ב"י).

4. **אפי' אם תפס - צריך לישבע**. אם לא רצה - דעת הטור שאין מוציאין מידו, אבל מנדין אותו דבדרבנן לא נחתין לנכסיה. והשו"ע כתב שדינו כמו שנתבאר בס"י פב, ושם לא ביאר מה הדין אם תפס, רק לגבי ת"ח שתפס כתב שאין מוציאין מידו. ובב"י שם תמה על הטור שכתב דבאיניש דעלמא אין מוציאין, מנין לו זה? שהרי זה נאמר רק לגבי ת"ח, אך בסתם אדם מוציאין? ולמסקנה אמר שנראה שדעת הטור והרא"ש שאף באיניש דעלמא אין מוציאין מידו. דעת הש"ך: אע"פ שאין מוציאין מנדין אותו. ודעת הסמ"ע: כשתפס מהיתומים מנדין אותו, דביתומים החמירו; אך בסימן פב אין מנדין כיון שתפס מהלוח.

סעיף ד

הוציא על היורשים שטר עיסקא, החצי יש לו דין מלוה, ונשבע ונוטל; והחצי, אינו נוטל אפילו בשבועה, שכיון שאילו היה אביהם קיים היה נאמן לומר: החזרתי, במגו דנאנסו, וטענין להו, הגה: הבית דין; ודוקא אם אין להם אפוטרופסים, אבל אם יש להם אפוטרופסים רואין תחלה אם האפוטרופסים יטענו להם, ואם לאו טוען להם הבית דין (ר"ן פרק שני דייני גזירות). ואין עליהם שבועה, אלא חרם סתם.

אבל אם אין אנו יכולים לטעון להם שהחזיר, כגון שהודה אביהם שלא החזיר, או שמת תוך זמן, או שהאמין לבעל העיסקא אם יאמר שלא החזיר, אין טוענים להם שנאנסו. ויש אומרים שטוענים להם שנאנסו. ואם יש מהעסק בעין, ויש עדים שהוא מאותו עסק או חליפיו, נוטל המלוה בלא שבועה; ואם יש ריוח, נוטלים בו יורשי הלוח חלקם. הגה: וכבר נתבאר בסמוך שאין מקבלין העדות לפני יתומים קטנים, אם לא נתקבל העדות בחיי אבוהון (ב"י) וע"ל סימן ק"י ס' ט'.

1. **שטר עיסקא היוצא על היתומים** - נשבע וגובה מחצה, ואינם צריכים לישבע אלא חרם סתם. (דהיינו המחצה מלוה, אך מחצה פקדון אינו נוטל דטענין להו החזרתי מיגו דנאנסו). ודוקא כשאין אפוטרופוס, אך כשיש אפוטרופוס מחכים שהוא יטען ורק אם לא טען - טענין להו. רמ"א.

2. אם אין אביהם יכול לטעון החזרתי (כגון שהודה שלא החזיר, או שכתב לו נאמנות בטענת החזרה, או שמת תוך זמנו) – אין טוענין להם נאנסו וגובה הכל. וי"א דטוענים להם נאנסו. **פסק בסתם כדעת התוס' והרא"ש** – דלא טענינן ליתמי נאנסו, כיון דלא שכיחא. **ודעת הי"א – הרי"ף והרמב"ן** שטענינן אפי' נאנסו, דאף טענות שלא שכיחות טענינן ליתמי. ראיית התוס' מב"ב ע. שטר כיס שמבואר שרק אם נאמן בטענת החזרתי מיגו דנאנסו טענינן להו, א"כ מוכח שנאנסו עצמה לא טענינן. אולם, הרמב"ן במלחמות שם יישב דברי הגמ'. **השו"ע פסק כתוס' והרא"ש, והש"ך נקט כרמב"ן.**

מת תוך זמנו: השו"ע כתב שבתוך זמנו אין אביהם יכול לטעון החזרתי, ולכן לא טענינן כיון שאף אבוהון לא מצי טעין. מקורו הוא מדברי הטור. **והש"ך תמה** הרי הגמ' הסתפקה האם נאמן במיגו תוך זמנו נגד החזקה ועלתה בתיקו, וא"כ הוי קולא לנתבע? וכתב שלשיטתם יש לחלק בין הפה שאסר למיגו, **שהספק הוא רק בהפה שאסר נגד חזקה**, אך מיגו נגד חזקה ודאי שלא מהני. **ולדינא חלק וסבר שאין הבדל ביניהם**, ולכן בכה"ג לכו"ע טענינן החזרתי מיגו דנאנסו. – ועי' סי' צז סעי' כא.

3. אם העסק בעין או חליפיו (וכגון שיש עדים) נוטל המלוה בלא שבועה, ואם יש ריוח נוטלים בו היורשים חלקם.

ה-ח יורשים הבאים ליפרע מן הלוה

סעיף ה

מת המלוה, ובאים יורשיו לתבוע השטר מהלוה, והוא אומר: פרעתי לאביהם, והם אומרים: לא ידענו, אומרים לו: זיל שלם. ואם אמר: השבעו לי, אם יש בשטר שהאמין את המלוה ואת יורשיו עליו, גובין בלא שבועה. ואם לא האמין אותם עליו, ישבעו בנקיטת חפץ שלא צוה להם אביהם על יד אחר, ושלא אמר להם בפיו, ושלא מצאו שובר בין שטרותיו ששטר זה פרוע, שאם מצאו שובר עליו, היה בחזקת פרוע, והוא שנמצא השטר בין שטרות קרועים, כמו שנתבאר (סימן ס"ה). ויכללו בכלל השבועה שלא אמר להם אביהם שהיה לו שטר פרוע בין שטרותיו. אפילו היה היורש קטן המוטל בעריסה כשמת מורישו, הרי זה נשבע כשיגדיל, ונוטל. ומיהו אין זה צריך לישיבע אלא שלא מצאתי, אבל לא פקדני אבא, לא, דלאו בר צוואה היה.

1. אם יורשי המלוה באים ליפרע מהלוה בשטר – גובין בלא שבועה אע"פ שטוען פרוע.

2. אם טען הלוה שישבעו לו שלא נפרע – צריכים לישיבע שבועת היורשים בנקיטת חפץ, ודוקא כשלא כתב בו נאמנות עליו ועל יורשיו.

3. נוסח שבועת היורשים: שלא פקדנו אבא (שלא ציונו ע"י אחר), ושלא אמר לנו אבא (בעצמו), ושלא מצאו שובר בין שטרותיו ששטר זה פרוע (כיון שאם היה השטר בין שטרות פרועים, וגם נמצא שובר אצלו רק אז השטר בחזקת פרוע).

האם תמיד צריך לישיבע 'שלא מצאנו בין שטרותיו וכו'? ש"ך – כן. לחם משנה – לא, רק כאשר יודעים שהשטר נמצא בין שטרות פרועים.

4. אם היה היורש קטן המוטל בעריסה כשמת מורישו (כ"כ הרמב"ם וכן פסק השו"ע. אך דעת ר"י בן ברוקא - אף אם נולד לאחר מיתתו. וכן פסק מהר"ם, והתרומות והטור) כשיגדיל צריך לישיבע רק 'שלא מצאתי בין שטרותיו'. (דאינו בר ציווי, ואף אין דרכו לצוות לו ע"י אחרים).

סעיף ו

אם יש לקטן אפוטרופוס שמינהו אביו ומבקש חובותיו של קטן, צריך לישיבע שלא צוהו אבי היתומים, ושלא מצא בין שטרותיו ששטר זה פרוע. ואם מינהו בית דין אינו צריך לישיבע אלא שלא מצא בין שטרותיו ששטר זה פרוע.

אפוטרופוס של יתומים צריך לישיבע (שלא ימנע בשל כך, כיון שמצוה הוא עושה. ואין חושדין אותו). אם מינהו האב – צריך לישיבע שלא צוהו ושלא מצא בין שטרותיו. אך אם מינהו ב"ד – צריך לישיבע רק שלא מצא דודאי אביו לא צוהו שהרי לא הכירו.

סעיף ז

אם יש לקטן אחים גדולים, אין צריך להמתין עד שיגדיל הקטן, אלא הם נשבעים וגובים הכל, ונותנין לקטן חלקו; ואם מת הקטן, נשבעים הם ונוטלים חלקו וחלקם.

יתומים גדולים וקטנים שבאים ליפרע – הגדולים נשבעים וגובים הכל, ונותנים לקטנים חלקם (שהקטנים לאו בני שבועה). וכן אם מת הקטן – נשבעים ונוטלים חלקו וחלקם.

סעיף ח

אם א' מהיורשים אומר: אמר לי אבא שהשטר פרוע, והאחרים אומרים: לא פקדנו, אם השטר יוצא מתחת יד זה שאומר פרוע, הוא נאמן על כולם, במיגו שאם היה רוצה היה שורפו. ואם לאו, אינו נאמן אלא על חלקו בלבד. ויש מי שאומר שאפילו השטר יוצא מתחת יד זה שאומר פרוע, הוא אינו נאמן אלא על חלקו.

טען א' מהאחים שהשטר פרוע, והשאר טוענים לא פקדנו אבא: אם השטר יוצא מתחת ידיו – נאמן במיגו 'דאי בעיה קלתיה', כ"כ התרומות, ולמד כן מסנהדרין לא. "ההיא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה, אמרה ליה: ידענא בהאי שטרא דפריע הוה. הימנה רב נחמן. אמר ליה רבא לרב נחמן: כמאן - כרבי, דאמר: אותיות נקנות במסירה? אמר ליה: שאני הכא, דאי בעיא – קלתיה". ואם לא אינו נאמן אלא על עצמו. ויש מי שאומר שלעולם אינו נאמן אלא על חלקו. (דעת הרא"ש, וטעמו שדוקא לגבי שליש אמרנו שנאמן, כיון ששניהם האמינוהו ומסרו בידו).

ט-יד יתומים מן היתומים

סעיף ט

כל הדין שיש ליורשי המלוה עם הלוה כשבאים ליפרע ממנו, כך יש להם עם יורשי הלוה, אם מת ובאים ליפרע מהם, אלא שכשטוענים עם יורשי הלוה צריכים גם כן לישיבע שלא נפרעו הם עצמם מאביהם. ואם טענו יתמי הלוה: אמר לנו אבא פרעתי לאביהם, אין עליהם שבועה שלא נפרעו הם בעצמם.

כל הדינים שיש ליורשי המלוה מול הלוה, קיימים גם מול יתומי הלוה. אלא, שכשבאים ליפרע מיתומי הלוה צריכים אף לישיבע שלא נפרעו הם עצמם מאביהם, אא"כ טענו יתומי הלוה שאביהם פרע לאביהם, שא"כ לישיבע אלא שלא פקדנו אבא.

1. מהש"ך (יז) משמע שנוקט בדעת העיטור שיתומי המלוה צריכים לישיבע דוקא כשטוענים יורשי הלוה בפירוש, דלא טענין ליתמי לחובתן של היתומים השניים. ותמהו עליו הגר"א והפתי"ש שהרי השו"ע בסעיף א נקט להיפך, וכן מסתימת לשונו כאן משמע להיפך.

שייך לסעי' יד

2. הסמ"ע (ל) האריך להקשות על דברי הרא"ש בתשובותיו: שבכלל סח, יט כתב שאף כאשר המלוה התחייב שבועה ללוה עצמו (מחמת עד א) ומת המלוה, אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו, אע"פ שהלוה קיים. וכן נפסק בשו"ע סי' פד. ועוד כתב בכלל פו, ג שאף בבא להוציא מלקוחות אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו!! ולכאור' קשה הרי בגמ' אמרנו "הבו דלא לוסף עלה" שרק ביתומין מן היתומים פסקנו כרב ושמואל, אך לא בשאר דברים?!

וכתב שאין בידו ליישב, כי אם לומר שאמנם כתב כן בתשובה אך בפסקיו חזר בו מזה. שכאשר כתב את התשובה סבר שדוקא בפוגם שטרו אמרינן הבו דלא לוסף עלה, כיון ששם עצם השבועה היא חידוש שהיה ראוי שיטול בלא שבועה. אולם, בכל שאר השבועות (עד א' ולקוחות וכדו') יש סברא חזקה לחייבו שבועה, ולכן בזה אמרינן שאין אדם מוריש שבועה לבניו – דומיא דיתומים. אלא שבפסקיו חזר בו מזה, וסבר שבכל השבועות אמרינן הבו דלא לוסף, ורק ביתומים מן היתומים הקלנו, כיון שמלכתחילה באה השבועה כדי שלא להוציא מהיתומים. מה שאין כן בשאר שבועות שאביהן התחייב מול הלוה עצמו, שאדם מורישם לבניו.

אלא שנשאר בצ"ע מדוע השו"ע פסק להלכה בסי' פד סעי' ה כדברי הרא"ש בתשובה, ואצלנו בסעי' יד כדברי הרא"ש בפסקיו?!

ואין לתרץ ששם מדובר שלא גילה המלוה בדעתו שהיה רוצה לישיבע, ולכן אמרינן אין אדם מוריש שבועה דשמא לא היה נשבע. ואילו אצלנו מדובר שגילה בדעתו שרוצה לישיבע. וכן אין לחלק ולומר ששם מדובר שבי"ד פסקו שבועה על

המלוה, ואילו אצלנו מדובר שעדיין לא פסקו שבועה על המלוה. אע"פ שר' ירוחם כתב שלגבי לקוחות לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה, דוקא כשלא עמד בדין המלוה בחייו, אך אם עמד בדין – אמרינן אין אדם מוריש שבועה אע"פ שזה להוציא מלקוחות. אך קשה כיון שמשע בגמ' שאין חילוק אם עמד בדין או לא?!

באר הגולה (בסעי' יד) כתב לחלק ע"פ דברי רבינו ירוחם, שבס"י פד מדובר שעמד בדין ומת קודם שנשבע, ובגלל שהתעכב ולא נשבע מיד, אמרינן **שמי ימר שהיה נשבע**, ולכן לא מוציאים מן היתומים. אולם, אצלנו מדובר שלא עמד בדין, ולכן אמרינן שבכה"ג היתומים יכולים לישבע וליטול. וכן בתשובה השניה של הרא"ש, מכך שהתעכב לוי מלהוציא משמעון הוי ריעותא ולכן פסק שהיתומים לא יכולים להוציא מהלוקח, אך בלאו הכי לא.

הנתיבות כתב לתרץ שבס"י פד מדובר שאביהם **עמד בדין** והתחייב שבועה ולא נשבע, ולכן כיון שאין היתומים יכולים להשבע את שבועתו – אמרינן מתוך (ואע"פ שלא אמרינן מתוך ביתומים – היינו רק בשבועה שהם מתחייבים בדין, אך שבועה שאביהם התחייב – אמרינן מתוך), ולכן אין אדם מוריש שבועה לבניו. אולם, אצלנו מדובר שלא עמד אביהם בדין, אלא שהם מודים שהוא פגם את שטרו ועכשיו תובע הלוח שבועה, ולכן כיון שאביהם לא התחייב שבועה, לא אמרינן בכך אין אדם מוריש שבועה לבניו.

הב"ח כתב לתרץ שבס"י פד מדובר שמת לוה בחיי מלוה, ובכה"ג אפי' כשמת מלוה אח"כ אמרינן שאינו מוריש שבועה לבניו, כמו שפסק השו"ע אצלנו. ואילו אצלנו מדובר כשמת מלוה בחיי לוה, ולכן אמרינן שאדם מוריש שבועה לבניו, כיון שמדובר כאן רק על שבועת פוגם. הש"ך הסכים עמו לדינא, אלא שכתב שאין זה הפשט בדברי הרא"ש והשו"ע אלא משמע שדיברו בכל ענין.

והש"ך (בס"י פד) סיכם **"ויותר נכון שישארו דברי הרא"ש והמחבר בקושיא משנמצא סברות זרות שאין אליבא דהלכתא"**.

סעיף י

מתו היורשים שהיה להם לישבע שבועת היורשים, י"א שאין יורשיהם נשבעים ונוטלים. ויש אומרים שגם הם נשבעים: שלא פקדנו אבא ולא אבא דאבא, ונוטלים.

האם יורשי היורשים של המלוה יכולים לישבע? י"א שלא דאין אדם מוריש לבניו ממון שאינו זוכה בו אלא בשבועה; כ"כ בעה"ת בשם הרי"ף והראב"ד. **וי"א שכן** דאין אדם מוריש שבועה לבניו, היינו דווקא כשהוא התחייב שבועת ברי והם שבועת שמא, אך כאן ששניהם נשבעים בשמא – אין בעיה; כ"כ הרא"ש והעיטור.

סעיף יא

בד"א שיורשי המלוה נשבעים ונוטלים מיורשי הלוה, כשמת מלוה ואחר כך מת לוה. אבל מת לוה בחיי מלוה ואחר כך מת המלוה, אין היורשים, בין שהם בנים או אחים או שאר יורשים, נוטלים כלום אפילו בשבועה, שהרי כבר נתחייב המלוה שבועה ליורשי הלוה, כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים. הגה: ואפילו נשבע המלוה כבר, לא מהני, אם יש לחוש שנפרע אחר השבועה (תשובת הרא"ש כלל פ"ו סימן ג'), ואין אדם מוריש לבניו ממון שאין יכול לגבותו אלא בשבועה. ואם עבר הדיין והשביע יורשי המלוה וגבו חובם, אין מוציאים מידם. וכן אם קדמו יורשי המלוה ותפסו, אין מוציאים מידם. לפיכך שטר חוב של יתומים הבאים ליפרע מהיתומים, שמת אביהם הלוה תחלה, אין קורעין אותו ואין מגבין בו. הגה: ודווקא האפטרופוס; אבל הבית דין שבא לפניו לדין, ובא השטר לידם, ודאי קורעין אותו מאחר שפסקו שלא לגבות בו. מיהו אם לא קרעוהו, ובא אחר כך לבית דין אחר וגבו בו, מה שעשו עשוי (טור סכ"ו בשם הרמ"ה). ואפילו היה שם ערב, ומת הלוה תחלה, לא יפרעו יורשי המלוה מהערב אם הניח הלוה נכסים, שאם יפרעו מהערב, הרי הערב חוזר ונפרע מיורשי לוה, כיון שהניח להם אביהם נכסים; ואין חילוק בין ערב לקבלן בזה. (ויש אומרים דאם הערב הוא היורש בעצמו, גובה ממנו) (מהר"ק שורש צ"א).

1. **כל הדינים שאמרנו הם רק כשמת מלוה בחיי הלוה, אך אם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת המלוה – כבר נתחייב המלוה שבועה ליורשי הלוה, ואין אדם מוריש לבניו ממון שאינו יכול לגבותו אלא בשבועה.** כדברי רב ושמואל בשבועות מז.

ואין הבדל מי הם יורשי המלוה, בניו או אחיו או כל הראוי ליורשו. דאין זה בכלל 'יהבו דלא לוסיף עלה'. כן איתא בגמ' שם מח: "ההוא דשכיב ושבק אחא, סבר רמי בר חמא למימר: הא נמי דלא לוסיף עלה הוא, אמר ליה רבא: מה לי שלא פקדני אבא, ומה לי שלא פקדני אחי".

ואף אם נשבע המלוה ללוה, אך עבר זמן ולא גבה ובי"ד היו משביעים אותו שוב – דינא הכי, רמ"א.

2. לכתחילה כך הלכה, אך אם עבר הדיין ועשה כר' אלעזר (שם מח.) והשביע היורשים וגבו חובם – מה שעשה עשוי. וכן אם קדמו ותפסו – אין מוציאין מידם. ולכן שט"ח כזה אין קורעין אותו לכתחילה (ודוקא האפטרופוס שלהם, אך אם הגיע ליד בי"ד – קורעים אותו. רמ"א בשם הטור). מח: – "אמר רב חמא: השתא דלא איתמר הלכתא לא כרב ושמואל ולא כרבי אלעזר, האי דיינא דעבד כרב ושמואל – עבד, דעבד כרבי אלעזר – עבד. אמר רב פפא: האי שטרא דיתמי, לא מקרע קרעין ליה ולא אגבויי מגבין ביה".

3. ואף מן הערב אין נפרעין, אם הניח הלוה נכסים ואפי' מטלטלין, ואע"פ שאמרנו 'הבו דלא לוסיק' אך כיון שהערב יחזור על היתומים, נמצא שאנו מוציאין מן היתומים. אך אם לא הניח הלוה נכסים, נפרעין מהערב כיון שאנו מצווים לפרעו. ודלא כדעת הרב משה בר יוסף שהביא בעל המאור שאף כשלא הניח נכסים כלל – אין נפרעים מהערב שהרי יש על היתומים מצוה לפרעו אף בכה"ג, ואע"פ שאינו יכול לכופם אך כיון שעשה עם אביהם חסד – יפרעו לו. ואין חילוק בין ערב לקבלן.

שם מח: "ההוא דשכיב ושבק ערבא, סבר רב פפא למימר: הא נמי דלא לוסיק עלה הוא, אמר ליה רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא: אטו ערבא לאו בתר יתמי אזיל?!"

ואם הערב הוא היתום – נפרעין ממנו, רמ"א בשם מהרי"ק. 'הבו דלא לוסיק עלה', ולא שייך כאן הטעם שהוא חוזר על היתומים.

4. מה דין הלקוחות? סמ"ע וב"ח – אם לא הניח קרקעות, גובין מהן. דאין הלקוח גובה מהיתומים מטלטלין אפי' לאחר תקנת הגאונים, דלא תיקנו אלא בבע"ח משום נעילת דלת. ש"ך – דינם כערב, דאף הם גובין ממטלטלי דיתמי לאחר תקנת הגאונים. וכן פשט השו"ע, וכן כתב בבדק הבית.

פשט הטור שיש חילוק בין לקוחות וערב, דדוקא בערב אמרינן שהוא חוזר על היתומים, ולכן כשם שאין נפרעין מהיתומים אין נפרעין ממנו. אולם, בלקוחות כיון שאדעתא דארעא נחת, ועביד איניש דזבין ארעא ליומיה, ואין היתומים מצווים לפרוע חובות אביהם אם לא הניח להם ממון – גובה המלוה מהלקוחות, שהרי הם לא יחזרו על יתומי הלוה.

אולם, הב"י כתב שכל זה נכון לדעת הסוברים שאפי' כשלא הניח אביהם נכסים אין נפרעין מהערב, שהרי מצווה על היתומים לפרעו, והוא עשה עמהם חסד. ולכן יש חילוק בין ערב ללקוחות. אולם לדין שכשאינן נכסים – נפרעין אף מהערב, א"כ יוצא שאין נפק"מ שהרי כשאין נכסים כלל – גובין אף מהערב, וכשיש נכסים ואפי' מטלטלים – אין גובין אף מלקוחות, שהרי האידנא לאחר תקנת הגאונים – חייבים היורשים לחזור ולפרוע ללקוחות מהמטלטלין שירשו מאביהם, דמטלטלי כמקרקעי דמו.

הב"ח והסמ"ע פסקו לדינא כפשט דברי הטור, ולא כמו שכתב הב"י בבדק הבית, וטעמם שאף לאחר תקנת הגאונים אין גובים ממטלטלי דיתמי אלא לבע"ח מפני נעילת דלת, אולם בלוקח דאדעתא דארעא נחת, ועביד איניש דזבין ארעא ליומיה – לא תיקנו, ונמצא שאין הלקוחות יכולים לחזור על היתומים כשירשו רק מטלטלים. אולם, הש"ך פסק כפשט דברי השו"ע וכמו שכתב בב"ה ש; כשירשו רק מטלטלין אין גובין כלום, דאם היו מוציאם מהלקוחות – היו יכולים לחזור על היתומים ולגבות מטלטלים שלהם.

מח' תלויה בשאלה האם לקוחות גובים האידנא ממטלטלי דיתמי? סמ"ע – לא, דכיון דעביד איניש דזבין ארעא ליומיה, א"כ אין כאן משום נעילת דלת ולא תיקנו להם. וכ"כ הב"ח. ש"ך – כן, דהאידנא מטלטלי כמקרקעי לכל מילי, וכמו שכתב הרא"ש, וכתב שכ"כ הבדק הבית בריש סימן קא.

5. מה דין הממרני? קצות – לא אמרינן בהו' אין אדם מוריש שבועה לבניו, כיון שאינו בא מכח ירושה אלא מחמת שהוא עצמו המוציא. (שהרי כתוב בו שהוא חייב לכל המוציא כתב יד זה); אמנם ברשב"א איתא שאפי"ה אמרינן 'אין אדם מוריש שבועה לבניו'. אך בלאו הכי יכול לגבות בו, כיון שהאידנא תיקון הארצות שיש בו נאמנות וכסעי' יג.

סעיף יב

אם היה השטר משכונא, והיה אביהם מוחזק בה, גובה בלא שבועה; לפיכך אם מת, גם יורשים גובים.

1. אם היה לאביהם שטר משכונא והיה מוחזק בה (אוכל פירות) – גובה בלא שבועה, ולכן אם מת גם היורשים גובין. מח' הראשונים האם בכה"ג האבא צריך שבועה: דעת הריב"ש והטור – שלא צריך, כיון שלא חיישינן לצריי כשייחד לו קרקע, (כדמוכח בכתובות נה. שאם ייחד לה ארעא אפי' בחד מצרא גובה בלא שבועה) וכיון שהאבא לא צריך שבועה – אין כאן דין אין אדם מוריש שבועה לבניו. וכן דעת הרא"ש, הרמב"ם והרשב"א; וכן פסק השו"ע. ודעת העיטור והר"י מיגש – שצריך שבועה, ודוקא לגבי כתובה לא חיישינן לצריי בכה"ג. ולכן פסק הר"י מיגש

שבכה"ג אמרינן אין אדם מוריש שבועה לבניו. הש"ך נקט **לדינא כדעת העיטור** שהאב צריך שבועה, (כיון שקרקע בחזקת בעליה קיימת, ואם ניזוקה יכול לומר לו טול משכונך ופרע חובי, ולכן חיישין לפרעון. משא"כ בכתובה שלא ניתנה לגבות מחיים ולכן אי"צ בשבועה). **אך הסכים כאן לשו"ע** שבכה"ג לא אמרינן אין אדם מוריש שבועה, כיון שהאבא כבר מוחזק בממון, **ולא אמרינן אין אדם מוריש וכו' אלא כשבאים להוציא ולא כשבאים להחזיק**.

2. האם היורשים יגבו בשבועה? סמ"ע – כן, שלא פקדנו. ש"ך – לדעת השו"ע לא, שהרי גם אביהם לא היה צריך שבועה, אך לדעתו כן שהרי גם אביהם היה חייב להישבע.

סעיף יג

במה דברים אמורים שאין היורשים נוטלין כשמת לוח בחיי מלוה, כשאין נאמנות בשטר. אבל אם יש נאמנות בשטר, אם האמין לוח למלוה עליו ועל באי כחו, נשבעים יורשים ונוטלים, שהרי אביהם לא היה צריך לישבע לא ללוה ולא ליורשים. ואם האמין גם לבני המלוה, נוטלים בלא שבועה (הרא"ש בתשו' כלל ע"ט ע"א ס' ד' / כלל ע"א ס' ז'), אף אם המלוה נתחייב ללוה שבועה על עסק תביעה אחרת.

1. אם בשטר יש נאמנות למלוה על הלוה ועל באי כוחו – נשבעים היורשים ונוטלים שהרי אביהם לא היה צריך להישבע ליורשי הלוה. ואם הנאמנות היא גם על יורשי המלוה – נוטלים בלא שבועה.

2. ואפי' אם התחייב המלוה ללוה שבועה מחמת תביעה אחרת – נוטלים היורשים כשיש נאמנות. שהרי הלוה לא יכל לגלגל עליו שבועה מחמת הממון הזה.

סעיף יד

זה שאמרנו בדין זה אין אדם מוריש שבועה לבניו, אין דנין מדין זה לכל הדומה לו, אלא הרי הפוגם שטרו ומת, אף על פי שאינו גובה אלא בשבועה, הרי בניו נשבעים: שלא פקדנו אבא על ידי אחר ושלא אמר לנו בפיו ולא מצינו בין שטרותיו של אבא שכל שטר זה פרוע, וגובים שאר השטר, בין מהלוה בין מיורשיו; וכגון שלא מת הלוה קודם מלוה. וכן הבא ליפרע שלא בפני בעל דין, או מהלקוחות, או עד אחד מעיד שהוא פרוע, ומת קודם שנשבע; ובחיי הלוה, יורשים נשבעים שבועת היורשים, ונוטלים. ואם שני עדים מעידים שקצתו פרוע, נשבעים: שלא פקדנו שיש ממנו פרוע יותר ממה שהעדים מעידים. ודוקא בכי האי גוונא, דנקיטי שטרא, נשבעים ונוטלים. אבל שכיר ונגזל שאין להם שטר, וכן שבועת היסת שנהפכה לתובע, ומת, אין היורשים נשבעים ונוטלים.

"הבו דלא לוסיקי עלה"

1. פוגם שטרו ומת – בניו נשבעין שבועת יורשים ונוטלים בין מהלוה ובין מיורשיו, כיון שהשבועה מלכתחילה לא באה להוציא מיתומים – לא הקילו בה. **ודוקא שמת המלוה בחיי הלוה**, אך אם מת הלוה בחיי מלוה לא גרע מיתומים מן היתומים, אע"פ שמדברי הרמב"ם יש מקום לומר שאף בכה"ג נשבעים ונוטלים, כבר כתב בבדק הבית שנראה שאף הוא לא חולק. ועי' במה שכתבנו בסעי' ט, לגבי הסתירה מדברי המחבר בסימן פד סעי' ה.

וכן המחויב שבועה מחמת שבא ליפרע **שלא בפניו**, או **מלקוחות**, או **שע"א מעיד שהוא פרוע**, ומת קודם שנשבע בחיי הלוה – יורשיו נשבעין ונוטלים.

וכן אם **ב' עדים מעידים שחציו פרוע** – יורשים נשבעים שלא פקדנו אבא שיותר מזה פרוע – ונוטלים.

2. ודוקא כשיש ליורשים שטר, כיון שמדינא היו צריכים ליטול בלא שבועה. אך בשכיר ונגזל וכן בהיסת שהפכו על התובע – אין היורשים נשבעים ונוטלים כיון שאין דינם ליטול אלא מתקנת חכמים. ולכן בשכיר – בעה"ב נשבע ונפטר (ש"ך – היסת, ב"ח – בנק"ח). בפועלים – לכו"ע יורשים נשבעים ונוטלים, ובחנוני מח' בעל המאור ורמב"ן, והש"ך הכריע כבעל המאור שנשבע ונוטל, דאף הוא כפועלים שחייב לו בודאי שהרי חזקה שליח עושה שליחותו. בהיסת שהפכו – נשבע הנתבע ונפטר.

סעיף טו

מלוה או יורשיו שבאו לגבות מיורשי הלוה, וטענו: אמר לנו אבא: לא לויתי שטר זה מעולם, הרי המלוה או יורשיו גובים בלא שבועה, ואפילו מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה, ואפילו האמין המלוה ללוה לומר: פרעתי.

אם אמרו היורשים **אמר לנו אבא לא לויתי** – גובה המלוה או יורשיו בלא שבועה, ואפי' מת לוה בחיי מלוה, ואפי' כתב המלוה ללוה נאמנות בטענת פרעון. דין זה מפורש בכתובות פח. בשם רב יהודה, וטעמו דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי.

סעיף טז

יורש קטן שהיה שטר חוב לאביו, ויצא עליו שובר אחר מיתת אביו, אין קורעין את השטר ואין מגבים בו עד שיגדלו היתומים, שמא שובר זה מזויף הוא ולפיכך לא הוציאו הלוה בחיי אביו. ואפילו יש עדים שמעידים שזוכרים הפרעון, אין עדותם עדות, לפי שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין. ואפילו מתקיים השובר בחותמיו, ואפי' מפי עדים שאמרו: אנו חתמנוהו ונקב יש בו בצד אות פלונית, אין מקבלים מהם, לפי שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין.

1. יורשים קטנים שיש שט"ח לאביהם, והוציאו עליו שובר לאחר מיתתו – **חיישינן לזיוף** ולכן לא הוציאו בחיי אביו, ולכן לא קורעים את השטר ולא מגבים בו עד שיגדלו.

באיזה אופן מדובר? ר"י מיגש – אפי' אם לא הגיע זמן השטר בחיי אביו, שאם השובר היה אמת היה מוציאו בחייו. רמ"ה – דוקא אם תבעו אביהם בחייו ולא הוציאו שובר ועכשיו מוציא. השו"ע לא כתב באיזה אופן מדובר ומדסתם משמע שפסק כר"י מיגש וכרמב"ם (ע"פ הבנת הבי"י), וכן נקט הסמ"ע. אולם, השו"ע נקט לדינא כרמ"ה, וכתב שכן נראה דעת הרמב"ם (לא כבי"י). ושאל הר"י מיגש לא אמר אלא דוקא בשטר שלא הגיע זמנו בחיי אביו, בצירוף החזקה שאין אדם פורע בתוך זמנו. (אך מדברי הטור נראה שהבין שהר"י מיגש דיבר בכל ענין).

2. **ואפי' אם יש עדים שזוכרים הפרעון**, ואפי' מתקיים השובר בחותמיו, או שעדים מעידים שהם חתמוהו, לפי שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד, וקטן כשלא בפניו דמי. כ"כ הרשב"א, ושלא כרבינו ירוחם שכתב שאם מתקיים השובר בחותמיו – קורעים השטר.

וקשה הרי קי"ל שמקיימים שטר אף שלא בפני הבע"ד? בדק הבית – כיון שיש רגלים לדבר שהוא מזויף לא מקיימים אותו. וכן הסכים השו"ע. קצות – הרשב"א לשיטתו שעל חתימתם הם מעידים, אך הכא זה לא מהני שהרי חיישינן לזיוף ועל כרחך צריך שיעידו על הפרעון, וא"כ א"א לקיימו שלא בפניו.

סעיף יז

אין נפרעים מנכסי יורשים, אפילו גדולים, אלא בשבועה. ואם נפרע שלא בשבועה, היו מנדין אותו עד שישבע.

אין נפרעים מנכסי יורשים בין גדולים ובין קטנים **אלא בשבועה**, ואם נפרע בלא שבועה מנדין אותו עד שישבע. שבועות מה. "מנכסי יתומים לא תיפרע אלא בשבועה". גיטין נ. "והלכתא יתומין שאמרו גדולים וא"צ לומר קטנים בין לשבועה בין לזיבורית".

סעיף יח

אין נפרעים מנכסי יורשים, אפילו גדולים, אלא מהזיבורית. ואפילו התנה שיגבה עידית או בינונית, לא מהני תנאה גביהו. ואם כתב בפירוש שיגבה עידית או בינונית ממנו או מיורשי, מהני תנאה.

1. **אין נפרעין מנכסי יתומים אלא מן הזיבורית**. גיטין מח: דבע"ח מדאו' ביזבורית ומשום נעילת דלת בבינונית, ולגבי יתומים אוקמוה אדיניה דליכא נעילת דלת.

2. **ואפי' התנה שיגבה עידית או בינונית** – לא מהני, אלא כתב בפירוש 'ממני או מיורשי'. וה"ה אם התנה בפירוש בע"פ, ש"ך. ודעת השו"ע דבהתנה בסתם מועיל לגבי גדולים, דדוקא לגבי קטנים עשו תקנה ולא לגבי גדולים. אמנם דעת הטור שאף בגדולים לא מהני, כיון שלא פלוג רבנן תקנתא.

בדין זה נחלקו רב נחמן ואביי עם רבא (גיטין נ.), דרבא סבר שתנאי מועיל דכיון שהתנה דינו מדאורייתא בבינונית, ובכח"ג לא עבוד רבנן תקנתא. והם סברו דלא פלוג רבנן ביתמי והשוו דיניהם בכל מקום לגבות מהזיבורית (לשון הרא"ש). ופסק הרא"ש כרב נחמן ואביי, והרי"ף ור"ח כרבא, אך כתב בעה"ת שהרי"ף חזר בו. **ופסקו הטוש"ע כרב נחמן ואביי.**

סעיף יט

והא דאמרינן דגובה מהזיבורית, דוקא כשהיא עושה פירות יותר על עבודתה, שאם לא כן אין שם קרקע עליה אלא ארץ גזירה.

זיבורית שאינה עושה פירות יתר על עבודתה – אין שם קרקע עליה, ואין גובים ממנה. אך כשאין קרקעות אחרות גובין ממנה, סמ"ע.

סעיף כ

אם תפס בעל חוב בינונית בחיי אביהם, כגון שלוח אביהם ממנו מנה והוא לוח מאביהם מנה, ויש ליתומים זיבורית ולו יש בינונית, ובאים ליטול ממנו בינונית בחובם וליתן לו זיבורית בחובו, הרי הוא מעכב בינונית שלו בחובו. אבל אם היתה תפיסתו אחרי מות אביהם, כגון שקנה הוא בינונית שלו אחרי מות אביהם, לא מהני תפיסה.

תפס בע"ח בינונית בחיי אביהן – אין מוציאים ממנו. אך אם תפס לאחר מותו – מוציאין ממנו. כגון שהוא חייב לאביהן מנה, ואביהן חייב לו, ויש ליתומים זיבורית ולו בינונית ועידית, דדינא 'זה גובה וזה גובה', יכול לעכב בינונית שלו בחובו. אך אם קנאה לאחר מות אביהן – הוי כתפיסה שלאחר מיתה. **ודוקא בכה"ג מהניא תפיסה,** כיון ששניהם חייבים זה לזה, סמ"ע. ודוקא בקרקע א"צ שיתפוס במפורש מחיים לשם תפיסה.

סעיף כא

אם הניזק בא לגבות נזקו, אם הם קטנים, אינו גובה אלא מהזיבורית; ואם הם גדולים, גובה כדינו מהעידית.

ניזק שהזיקו האבא ומת **הבא לגבות נזקו מיתומים** – אם הם קטנים גובה מזיבורית, ואם הם גדולים גובה כדינו מעידית.

כ"פ הרא"ש בשם רבינו יונה, וכ"כ הרשב"א. שדברי הגמ' 'יתומים שאמרו גדולים וא"צ לומר קטנים' היינו דוקא במשנה שם לגבי בע"ח, כיון שמדאורייתא דינו בזיבורית. אך ניזקין שמדאורייתא בעידית, לגבי קטנים עשו תקנה ולא לגבי גדולים. **אולם, הרמב"ם והרי"ף** חולקים וסוברים שלכל ענין אמרנו 'גדולים וא"צ לומר קטנים', וא"כ גם בניזקין הפקיעו דינם משום לא פלוג. וכ"כ תוס' במשנה שם.

והקשו הסמ"ע והש"ך על המחבר שכאן פסק כרא"ש, ובס"ס תיט פסק כדברי הרמב"ם. וצ"ע.

ב"ה יום ב י"ב שבט ה'תשע"ד

סימן קט

מכריזין על נכסי יתומים

סעיף א

כשבאים למכור מנכסי יתומים שמין בית דין הקרקע, ואח"כ מכריזין עליה שלשים יום רצופים, ואם אין מכריזין רצופים אלא בכל שני וחמישי, יכריזו ס' יום שני וחמישי שבהם, מכריזין בבקר ובערב, בשעת הכנסת פועלים ובשעת הוצאת פועלים, וכל מי שירצה לקנות יוליך הפועלים לבקר לו. ובשעה שמכריזין, מסיימין את השדה במצרים ומודיעים כמה מוצאים בה, וכמה שמו אותה בית דין, ומפני מה הם רוצים למכרה, אם להגבות לבעל חוב או לכתובת אשה. ואם יאמר המלוה: אני אקבל השדה בלא שומא בפרעון חובי, והיורש אומר: לא כי אלא ישומו אותה בית דין, שומעין ליורש.

1. כשמוכרים נכסי היתומים – צריכים להכריז ל' יום רצופין, או ס' יום בה"ב דכיון דמשכה הכרזה טפי אית ליה קלא, סמ"ע. ומכריזים בבוקר ובערב בשעת הוצאת פועלים ובשעת חזרתן שיוכלו לסייר השדה.

ערכין כא: "שום היתומים שלשים יום, ושום ההקדש שלשים יום, ומכריזין בבקר ובערב". ובגמ' שם: "בשעת הוצאת פועלים, דאיכא דניחא למיזבן, אמר להו לפועלים: איזילו סיירו לה ניהלי; בשעת הכנסת פועלים, דנידכר דאמר להו: ניזיל נישילינהו". **ובבב.** "בא להכריז רצופים - שלשים, בשני וחמישי - שלשים, ואף על גב דכי חשיב להו מר ליומי הכרזה לא הוו אלא תמניסר יומי, כיון דמשכא מילתא שמעי אינשי".

2. נוסח ההכרזה: גודל השדה במצריה, כמה תבואה היא עושה, בכמה שמאווה ב"ד, עבור מה מוכרים (בע"ח או כתובה). בע"ח לא מקפיד על מעות טובים, ואשה לא מקפידה לקבל על יד על יד.

כן איתא שם בגמ': "למה לי למימר על מנת ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב חובו? דאיכא דניחא ליה בבעל חוב דמיקל בזווי, ואיכא דניחא ליה באשה דשקלה על יד על יד".

3. האם המלוה יכול לומר לדידי 'שויא לי כנגד כל חובי', כשהיורש טוען שיקבלה בשומת ב"ד? **שו"ע – לא, וכן פסקו הסמ"ע והקצות. ש"ך – כן.**

דין זה הוא מח' ראשונים: הרא"ש והטור פסקו שאין המלוה יכול לומר לדידי שויא לי כנגד כל חובי, כאשר השומא היא פחותה משיעור החוב. **לעומתם הראב"ד והרמב"ן ובעל התרומות** פסקו שלעולם יכול המלוה לומר לדידי שויא לי כשיעור כל חובי, וא"כ אין היתומים יכולים לסלקו בשומא. **השו"ע פסק כדעת הרא"ש, והש"ך נקט כדעת הרמב"ן.** **בטעם הדין:** כתב הרא"ש - כיון ששומא הדרא ליתומים, א"כ טובת היורש שיקבלנו המלוה בשומא פחות מכדי כל החוב, ולאחר זמן כשימצא מעות יפרע כשומתא ויוציאה מידו. משא"כ אם היה מקבלה כנגד כל החוב היה צריך לפרוע לו כשיעור החוב. (נראה שעיקר הטעם הוא שבאמת אין זה המחיר של הקרקע, וא"כ היתומים יכולים לומר איננו חייבים לפרוע לך אלא כשיעור מה שירשנו. אלא, שאם לא היה פסידא ליתמי, אז היה יכול לומר לדידי שויא לי, כמו שאם אנו מכריזים ובא אדם מהשוק ומעלה על שומתה - שומעין לו. אלא שכאן יש פסידא ליתמי, ובעצם הוא לא באמת מוכן לשלם על הקרקע יותר משווייה, אלא שהוא עושה כאן טריק כדי להכריח אותם לפרוע לו את כל החוב, לכן אין שומעין לו, כך נראה לי).

אך לגבי לוקח הדין שונה, דכשהמלוה מוציא מהלוקח יכול לומר לדידי שויא לי, ואין הלוקח יכול לטעון שיקבלו בשומא, כשהלוה בחיים, כיון שטובתו של לוח שיפטר מהמלוה; כך כתב הסמ"ע. והקצות כתב שהטעם מפני שאין הלוקח יכול לסלק למלוה במעות, א"כ מסלקו בכדי כל חובו, אך לא בכדי שומתו כשזה פחות מחובו; ולכן דין זה נכון גם כשהלוה כבר מת, אע"פ שאין לו טובה בכך שנפרע חובו.

סעיף ב

כשכותבים האדרכתא על נכסי יתומים, בין גדולים בין קטנים, כותבים בה: והכרנו שהנכסים האלו הם של פלוני המת. ואם לא כתבו כך, הרי האדרכתא זו פסולה, ואין אוכלים בה פירות, אפילו אחר שישלימו ימי ההכרזה.

באדרכתא שכותבין על נכסי יתומים (אפי' גדולים) צריך לכתוב **"והכרנו שהנכסים האלו הם של פלוני המת"**. ואם לא כתבו כך, האדרכתא פסולה. ואין אוכלים בה פירות אף לאחר ששלמו ימי ההכרזה.

כתובות קד. והטעם שחששו שמא יתן היורש קרקע שלו, ויפסיד נכסי המת, ואח"כ יוציא קרקעו ויתן קרקע המת שנפסדה, ויצא לעז על ב"ד שלא עיינו בתקנת היורש.

סעיף ג

בית דין שמכרו שלא בהכרזה, נעשו כמו שטעו בדבר משנה, וחוזרים ומוכרים בהכרזה. הגה: "א דאם מכרו הקרקעות בשעת שאין קונין, כגון בשעת מגפה או מלחמה, מה שעשו עשוי, דאין לבית דין למכור אלא בשעת הגבייה, ויש חולקין. (בית יוסף שתי הדעות). ובית דין שמכרו, האחריות על היתומים. ובית דין שהכריזו כראוי, ובדקו יפה ודקדקו בשומא, אף על פי שטעו ומכרו שוה מנה בק"ק, או ק"ק במנה, הרי מכרן קיים. אבל אם לא בדקו בשומא ולא כתבו אגרת בקורת, שהיא דקדוק השומא וההכרזה, וטעו והותירו שתות או פחתו שתות, מכרן בטל; פחות משתות, מכרן קיים. וכן אם מכרו קרקע בעת שאינם צריכין להכריז עליה, (או) במקום שנהגו שלא להכריז לעולם (טור ס"ז), וטעו ופחתו שתות או הותירו שתות, מכרן בטל אף על פי שהכריזו. (ויש אומרים דכיון שהכריזו, אף על פי שלא היו צריכים, מכרן קיים). (טור בשם הרא"ש). ואם רצו בית דין שלא לבטל המכר, ויחזירו האונאה, מחזירין, שלא יהיה כח הדיוט חמור מהם. פחות משתות, מכרן קיים והוי מחילה כדין הדיוט אף על פי שלא הכריזו, שאינם צריכים (הכרזה) באותה העת.

איזהו העת שאינם צריכים הכרזה, כשמוכרים לפרוע למי שהלוח לצורך קבורה, או למזון האשה והבנות, או ליתן מנת המלך. וכן ב"ד שמכרו דברים שאינם טעונים הכרזה, וטעו בשתות, מכרן בטל; פחות משתות, מכרן קיים.

ואלו הם הדברים שאין מכריזין עליהם: העבדים, והשטרות, והמטלטלים, אלא שמין אותם בבית דין ומוכרים אותם מיד. ואם השוק קרוב למדינה, מוליכים אותו לשוק.

1. ב"ד שמכרו שלא בהכרזה אע"פ שלא טעו בשומא – נעשה כמי שטעו בדבר משנה וחוזרים ומוכרים בהכרזה. כתובות ק :

2. ב"ד שמכרו – האחריות על היתומים, ממה שירשו מאביהם. ולא אמרין שהלוקח ממכירת ב"ד כלוקח שלא באחריות, שהרי אילו היה מערער היה בא בזמן שהכריזו הב"ד.

3. ב"ד שמכרו בשעה שאין קונים (מגיפה או מלחמה) – דעת הרשב"ץ שמכרן בטל כאילו מכרו בלא הכרזה, כיון שהזמן אינו ראוי למכור. ודעת הרשב"א והסכים עמו הב"י – שמכרן קיים, כיון שאין להקדש אלא מקומו ושעתו בכל ענין. והרמ"א הביא ב' הדעות.

4. ב"ד שטעו –

א. בדברים שצריכים הכרזה, ובשעה שמכריזין ובמקום שנהגו להכריז – אם הכריזו, ודקדקו בשומא כראוי וכתבו אגרת ביקורת – אע"פ שמכרו שוה מנה במאתיים או שוה מאתיים במנה – מכרן קיים. **אך אם הכריזו ולא דקדקו בשומא –** אם טעו בשתות מכרן בטל, פחות משתות מכרן קיים. **כך פסק השו"ע ע"פ דקדוקו בדברי הרמב"ם**, שהכרזה בלבד לא מספיקה אלא צריך דקדוק בשומא, והיינו 'אגרת בקורת' של המשנה. **אך לדעת ה"ה והש"ך ההכרזה עצמה היא הדקדוק**, ולכן כל היכא שהכריזו בדבר שצריך הכרזה – מקחן קיים.

ב. בדברים שאין צריכים הכרזה, ובשעה שאין מכריזין, ובמקום שלא נהגו – אם טעו בפחות משתות מכרן קיים, ואם טעו בשתות מכרן בטל; ואע"פ שהכריזו. **כדעת הרי"ף והרמב"ם** שאע"פ שהכריזו כיון שלא היו צריכים להכריז לא דקדקו בשומא. **ושלא כדעת הרא"ש ורש"י** שאין חילוק ובכל ענין אם הכריזו מקחן קיים, דכיון שהכריזו דקדקו בשומא.

ג. כשטעו ומכרן קיים – אין המוכר או הלוקח צריך להחזיר דמי הטעות דהוי מחילה. כדעת הרא"ש והרמב"ם, ולא כדעת ר"י שצריך להחזיר הדמים.

ד. כשמכרן בטל – אם רצו ב"ד לקיים המקח ולהחזיר הדמים, הרשות בידם. **כ"כ הרמב"ם**, והטעם שלא גרע כוחו מהדיוט שבשתות קנה ומחזיר אונאה, אלא שייפו כוחם שיכולים לבטל המקח. **והרא"ש חולק** שאינם יכולים לקיים המקח, דהב"ד הם שלוחים של היתומים ושל הלוקח ולכן המכר בטל. ועוד דא"כ אנשים לא יקנו מהיתומים.

ה. **דברים הצריכים הכרזה:** קרקעות. **דברים שא"צ הכרזה:** עבדים שמא יברחו, מטלטלין ושטרות שמא יגנבו. **שעה שאין מכריזים:** כשמוכרים לצורך קבורה או מזונות או כרגא, אף כשמוכרים לפרוע מה שלוו לצורך כך, כדי שלא תנעול דלת בפני המלווים לצורך זה. **מקום שאין מכריזים:** כיון שלא ימצאו קונים, שגנאי הוא לקנות בהכרזה שמנצלים את חולשת הלוח.

וכשאין צריכים הכרזה – שמין אותם ומוכרים לאלתר, ואם השוק קרוב – יוליכם לשוק.

סעיף ד

אפטרופוס או ב"ד שלוו לצורך היתומים, מוכרים שלא בהכרזה, ופורעים. וכן ב"ד דזבין ואחריותא איתמי, אם טרפו ממנו גובה הלוקח שלא בהכרזה.

מתי אין צריך הכרזה בקרקע? כאשר ב"ד או אפטרופוס לוו לצורך יתומים, או כשמכרו ב"ד ואח"כ טרפו מהלוקח. מפני נעילת דלת בפני היתומים, סמ"ע. או מפני שהם כמו הלוח עצמו שמוכר כדי לפרוע, ש"ד.

סעיף ה

הא דאמרין שאם טעו ב"ד ופחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל, היינו כשהורידו לבעל חוב בשומת ב"ד. אבל ב"ד שמכרו קרקע או עבדים של יתומים שוה מנה במאתים, אין הלוקח יכול לחזור בהם; לא יהיה כח הדיוט חמור מכח היתומים. וכן הדין באפטרופוס שמכר קרקע ועבדים, שאין הלוקח יכול לחזור בהוניה כדין הדיוט. (ויש אומרים דכל שפחתו או הותירו שתות, מכרן בטל) (טור בשם ה"ר יונה והרא"ש).

אף כשאמרנו שמכרן בטל, היינו דווקא כשהורידו לבע"ח בשומתה שלא מצאו לוקחים בכדי שומתא, והכריחו למלוה לקבלה בכדי שומתא. **אולם, אם מכרו קרקע או עבדים וטעו לטובת היתומים – אין הלוקח יכול לחזור בו, שהרי אין בהם דין אונאה,** ולא יהיה כח היתומים פחות מכח הדיוט. וכן הדין באפטרופוס. **והרמ"א פסק שאף כשמכרו ללוקח – מכרן בטל.** והש"ך פסק כשו"ע.

הראשונים התקשו במשנה (כתובות צט:) מדוע כאשר הותירו שתות מכרן בטל, הרי אין אונאה לקרקעות? **הרמב"ן תירץ** שמדובר שלא מצאו קונים בשומא, והכרחנו את המלוה לקבלה, וכיון שהתברר שטעו - הדין בטל; אבל בלוקח שלקח מדעתו אין אונאה לקרקעות. **וכן פסקו הרמב"ם (מכירה פ"ג) והשו"ע. והרא"ש והראב"ד והר"ן** תירצו שהכא שאני, דכיון שהלוקח לוקח מבי"ד הוא סומך עליהם שימכרו כדין, ולכן הם שלוחים שלו ויכול לומר להם 'לתקוני שדרתיך'. **ופסק הרמ"א כרא"ש.**

סעיף ו

מכרו על ידי שליח, ונתאנה השליח בכל שהוא, המכר בטל. ואם אינה השליח לקונה, דינו כשאר כל אדם. הגה: ודוקא שליח בית דין אינו כמותם, אבל שופט הממונה בהורמא דמלכא, שלוחו הרי הוא כמוהו (ריב"ש סימן קע"ט).

1. **אם מכרו ע"י שליח** בין שלוחו בין שליח ב"ד ונתאנה השליח אפי' בכל שהו המכר בטל דמצי אמר ליה 'לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי'. אך אם נתאנה הלוקח – דינו כשאר כל אדם שהרי מדעתו קנה. כתובות ק. שליח כמאן? ולמסקנא שליח כאלמנה שאף בכל שהו מכרו בטל, ולא כבי"ד. **ואף שליח ב"ד,** כדעת רוב הראשונים ולא כדעת ר"י שהדיון בגמ' רק לגבי שליח הבעלים.

2. **שליח של שופט שדן ע"פ המלכות – שלוחו כמותו** רמ"א בשם הריב"ש, שהרי אע"פ שהשופט הוא יחיד יש לו כח לדון ע"פ המלך, א"כ שלוחו כמותו.

ב"ה יום ג' י"ג שבט ה'תשע"ד

סימן קי

אין נזקקין לנכסי קטן

סעיף א

כבר נתבאר בתחלת סימן ק"ח שאין גובים מיורשים קטנים שלא הגיעו ל"ג שנה, אפילו יש עליהם שטר שום מלוה, שאינה על אחד משלשה דרכים שנתבארו שם, אפילו היה בו נאמנות, ואפילו היה בו כל תנאי שבעולם, אין גובים בו אלא א"כ יש עליהם מלוה ברבית שלוח אביהם מעובד כוכבים, שקבל עליו לדון בדיני ישראל, שלא יתבע ליתומים עד שיגדילו, ולא קבל עליו שלא יקח ריבית. הגה: וכן אם ראו בית דין שיש בו שאר תועלת ליתומים לגבות כשהם קטנים, כגון שבעל חוב רוצה לוותר קצת ולמחול להם כדי שיגבה עכשיו, הרשות ביד ב"ד להגבותו. (תשובת ר"ן ס' ל"א) וכן נפרעים מהם כתובת אשה, כמו שנתבאר בטור אה"ע. ואם יש יתומים קטנים וגדולים, המלוה נפרע מהגדולים חלק המגיע להם, וכדי שיפרע בעל חוב מחלק הגדולים צריכין ב"ד להעמיד אפוטרופוס לקטנים ולחלק עם הגדולים, ויגבו לבעל חוב מהגדולים חלקם המגיע להם לפרוע. הגה: הא דאין נזקקין לנכסי קטנים, היינו שהוא ודאי של קטנים. אבל אם יש לספק שמא מורישם עדיין חי, אף על פי ששמעו בו שמת, גובים מנכסיהם (תשובת הנ"ל).

1. אין גובין מיורשים קטנים (שלא הגיע לגיל י"ג שנה) **אפי' בשטר** שיש בו כל תנאי שבעולם, חוץ מג' מקרים שנתבארו בס' קח חייב מודה, שמתוהו ומת בשמתיה, מת בתוך זמנו. **ערכין כב.**

אך אם יש בו תנאי שלא לחשוש לצררי ולשובר, או שיש תנאי לגבות אף מיתומים קטנים – מועיל. ש"ד לקמן ס"ק ז.

2. בב' מקרים נפרעים מהם: א. כשיש עליהם מלוה בריבית מעכו"ם שקיבל עליו לדון בדיננו, ולא קיבל לענין ריבית. וכן בכל מקרה שיש ריוח ליתומים כשגובים עכשיו, רמ"א. כגון שהמלוה מוחל על חלק מהחוב כדי לגבות עכשיו, רשב"א. ב. כתובת אשה משום חינא, סמ"ע. **גמ' שם, מח' רב אסי ור' יוחנן ופסק כר"י.**

3. כשיש גדולים וקטנים: נפרעים רק מהגדולים חלקם, ומעמידים אפוטרופוס לקטנים שיחלוק עם הגדולים.

4. רמ"א: אין נזקקין דווקא כשזה ודאי של יורשים ולא כשיש ספק, ואע"פ ששמעו שמת כיון שאין זה ודאי. ועיין בסעיף הבא האם בכל ספק אמרינן הכי.

5. גבייה מנכסי עובר:

כשאין עוד אחים גדולים – הוי כנכסי קטן; חוץ מלדעת הר"י שאין זכיה אף דממילא לעובר – א"כ לא מיחשב כלל כנכסי קטן, קצות. נתיבות – אף לדעת הר"י אין גובין, שאע"פ שעובר אינו זוכה, אך מיתלא תלי וקאי ואין האחים זוכים בו.

כשיש עוד אחים גדולים – דעת הקצות: נזקקים לחלקו דהוי ספק נכסי קטן שנזקקין לו, דסמוך מיעוט מפילות למחצה נקבות, והוי רוב שאינו יורש. דעת הנתיבות – אין נזקקין דלא בכל ספק אמרינן הכי, רק בספק רחוק דומיא דשמעו בו שמת.

סעיף ב

טעמא דאין נפרעים מהקטנים, משום דחיישינן שמא התפיס אביהם למלוה צררי. לפיכך אם תפס משלהם, אפילו אחרי מות אביהם, והוא בענין שיכול להחזיק בו לטעון לקוח הוא בידי, מהניא ליה תפיסתו, כיון שידוע וברור לו שלא נפרע מאביהם.

1. אין נפרעין מנכסי יתומים קטנים משום חשש צררי פסק כרב הונא בריה דרב יהושע, ולא כרב פפא דמשום שלא בני מעבד מצוה; ערכין כב.

2. **לכן אם תפס ויש לו מיגו דלקוח, מועילה תפיסתו** שהרי הוא יודע שאביו לא פרעו.

3. **מה דין תפיסה לאחר שמת האב?**

שו"ע – מועילה, וכן הסכימו התומים והנתיבות לדינא. **ש"ך וקצות – אם תפס מטלטלין מוציאין מידו. אם תפס מעות שלא בעדים אין מוציאין, אם תפס מעות בעדים: ש"ך - אין מוציאין, קצות – מוציאין.**

הש"ך נקט שמותר לאדם לתפוס, שהרי קי"ל כרב הונא וא"כ גם הקטנים מצווים לפרוע, ואף לאחר מיתה יכול לתפוס דאע"פ שאיננו נזקקים לנכסיהם משום צררי, אך כיון שהוא יודע שחייב לו מותר לו לתפוס. אלא שאם יתפוס לאחר מיתה ויבוא לבי"ד – כיון שלנו אסור להזדקק ולהוציא מהיתומים – נוציא מידו, ואע"פ שיש לו מיגו דלקוח אך כיון שסו"ס הוא רוצה שנזדקק לו – אנו לא נזקקים. אולם, אם תפס מעות, אף אם יבוא לבי"ד לא נוציא ממנו, כיון שיש לו מיגו והוא כבר גבה בעצמו ואינו צריך לנו כדי שנבצע שומא וגבייה; משא"כ כשגבה מטלטלין אע"פ שהוא מוחזק בהם – הרי הוא צריך שנעשה לו גבייה. (נ"פ זה יישב תמיהת הב"י על הטור מדוע כתב שמותר לו לתפוס ולא כתב שמועילה תפיסתו? שהרי אם יבוא לבי"ד נוציא מידו).

הקצות נקט כש"ך, אך כתב שהטעם הוא ש'אין מקבלין עדים אלא בפני בע"ד, וקטן כשלא בפניו דמי', וא"כ כיון שעדים לא מקבילים – כ"ש שמיגו לא יועיל. ואע"פ שכלל זה נאמר כשבא להוציא, אך להחזיק מקבילים? זה מטעם שבי"ד לא יוציאו כשיש לך עדים אע"פ שהבע"ד לא כאן, אך כשהוא יבוא תצטרך להביא את העדים שוב. אך במיגו זה לא מועיל, שכיון שהודה עכשיו בפני ב"ד שזה לא שלו, וכיון שגם לאחר המיגו צריך שבועה, א"כ ב"ד לא מקבילים את המיגו שלו עכשיו, ואח"כ כשהיתומים יגדלו כבר לא יהיה לו מיגו, שהרי מיגו למפרע לא אמרינן; וכיון שאז לא יהיה מיגו- א"כ גם עכשיו מוציאין מידו! וכשתפס מחיים מועיל, כיון שחשבינן כאילו כבר זכה בחיי אביהן בתפיסתו. וכשתפס מעות לאחר מיתה מהני – לדעת הש"ך כיון שכבר גבה, ולדעת הקצות כיון שאין צריך שבועה הוי כאילו התקבל המיגו בפני ב"ד בשעה ראשונה, ושוב לא הוי מיגו למפרע ויועיל לו גם לאחר שיגדלו, ולכן אין מוציאין מידו.

הנתיבות חלק והסכים עם השו"ע וביאר שאע"פ שאין מקבלין עדים אלא בפני בע"ד, זה מטעם שהתורה לא נתנה להם נאמנות אלא כשמעידים בפני הבע"ד; מה שאין כן מיגו שהוא הוכחה שהאדם דובר אמת (לשיטתו) שבין בפניו ובין שלא בפניו זה נכון, וא"כ אין טעם לחלק בין בפניו ללא בפניו. ואף אם נאמר שאין נזקקין לנכסי יתומים בכל ענין ואפי' כשיש לו מיגו, אך זה נכון רק כשבאים להוציא מהם, מה שאין כן כאן שבא להחזיק בממון שנמצא תחת ידו, לכו"ע שפיר אמרינן מיגו בכה"ג.

ונראה לבאר את דברי השו"ע, שאע"פ שאיננו נזקקין לנכסי יתומים, וא"כ מה בכך שיש לך מיגו, זה לא יגרום לנו להזדקק לנכסיהם כמו שכתב הרמב"ן בב"ב לג. (רבה בר שרשום), וכמו שנקט כאן הש"ך (ואולי זו כוונת הקצות), אך זה מפני שהם מבינים שגם כשיש לאדם מיגו הוא זוכה בטענה שיש לו עכשיו מכח הטענה שיכל לטעון. אולם, לדעת השו"ע צריך לומר שבמיגו האדם זוכה בטענה שיכל לטעון ולא בטענה שטוען עכשיו, ונמצא שכיון שבטענת 'לקוח' אין חסרון של הזדקקות לנכסי יתומים, א"כ גם עכשיו מבחינתנו אין כאן חסרון של הוצאה מיתומים, אלא מבחינתנו כאילו החפץ כבר מוחזק בידך מכח המיגו. (כיון שיכלת לטעון לקוח ולזכות בחפץ בלא הוכחות, הרי זה כאילו המציאות הממונית שלך בחפץ הזה אומרת שהוא כבר מוחזק בידך ושוב אין צורך לבי"ד להתערב כאן ולהוציאו מהיתומים). וכן נראה בסוגיא שם בדעת הרא"ש.

סעיף ג

נזקקין לנכסי ערב, אף על פי שהיתומים קטנים.

נזקקין לנכסי ערב, אע"פ שהיתומים קטנים.

ג' דיעות בראשונים: רמב"ם – נזקקין, שהרי היתומים גם חייבים, אלא שאין נפרעין מהם בעודם קטנים, ואריא הוא דרביע עלייהו. **רמב"ן** – אין נפרעין ואפי' מערב קבלן, שהרי אין חיוב היתומים ברור דחיישינן לצררי, ואם הלוח פטור גם הערב פטור. **רא"ש** – אין נפרעין מערב כיון שאין הלוח חייב, אך נפרעין מקבלן כיון שהוא עצמו תחת הלוח. **ופסק השו"ע כרמב"ם.**

סעיף ד

קטנים שצוה מורישן ואמר: תנו שדה או מנה לפלוני, נזקקין לנכסיהם אחר שמעמידים להם אפוטרופוס להפך בזכותם (טור ס"ו בשם הרא"ש). וכן אם אמר: תנו מנה זו, או: תנו שדה זו לפלוני, נזקקין לנכסיהם אחר שמעמידים להם אפוטרופוס. ולהרמב"ם בזו אין צריך להעמיד אפוטרופוס. יורש גדול שנתן נכסי מורישו לקטן, ויצא שטר חוב על המוריש, מורידים בעל חוב לנכסיו.

1. אם אמר אביהן "תנו שדה או מנה לפלוני" נזקקין לנכסיהן ומעמידין אפטרופוס, והוא הדין אם אמר "שדה זו", והרמב"ם סובר שכשאמר "זו" אין מעמידין אפטרופוס. ערכין כב: וכנהרדעי שאף בשדה זו מעמידין אפטרופוס, אע"פ שהדבר מבורר כיון שאולי יוכל לבטל הצוואה או להראות שהשדה הזאת יותר קטנה וכדו'. סמ"ע.

בדעת הרמב"ם באומר 'שדה זו', ובנמצאת שדה שאינה שלו (בסעיף ה): הגמ' בערכין כב: אומרת: "אמר רבא, הלכתא: אין נזקקין לנכסי יתומין, ואם אמר תנו - נזקקין; שדה זו ומנה זו - נזקקין ואין מעמידין אפטרופוס, שדה סתם ומנה סתם - נזקקין ומעמידין אפטרופוס. אמרי נהרדעי: בכולהו נזקקין ומעמידין אפטרופוס, לבד מנמצאת שדה שאינה שלו, דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן. אמר רב אשי: הלכך אזדקוקי לא מזדקקין, דהא אמר רבא: הלכתא אין נזקקין, ואי מזדקקין מוקמינן אפטרופוס, דאמרי נהרדעי: בכולהו נזקקין ומעמידין אפטרופוס, לבד מנמצאת שדה שאינה שלו, דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן". **ופסקו הראשונים כרב אשי**, שבין בשדה סתם ובין בשדה זו מעמידים אפטרופוס, אולם בנמצאת שאינה שלו - לא מעמידין אפטרופוס. **והתימה על הרמב"ם כמי פסק**, כיון שאצלנו כתב שבשדה זו לא מעמידין אפטרופוס, כדעת רבא ולא כנהרדעי. ומאידך גיסא לקמן (בדין של סעי' ה) בנמצאת שאינה שלו כתב שמעמידין אפטרופוס, אע"פ שבזה אין חולק בדבר שלא מעמידין בכה"ג!! וא"כ גם אם פסק אצלנו כרבא, אך לכאוף גם רבא לא חלק על נהרדעי בנמצאת שאינה שלו שאין מעמידין אפטרופוס!! **ובזה כתב ה"ה והסמ"ע והש"ך שצ"ל שלרמב"ם הייתה גי' אחרת בגמ'.**

עוד כתב הש"ך בשם ה"ה, שגם להרמב"ם א"צ להעמיד אפטרופוס לאחר שבאו עדים וביררו שנמצאת שאינה שלו, אלא רק קודם לכן, ולכן כתב "לטעון ולדון", וע"פ זה אפשר ליישב את דברי הגמ' שא"צ להעמיד אפטרופוס לאחר שנתברר שהיא באמת לא שלו, אך קודם לכן - כן.

אולם, הגר"א מבאר שהרמב"ם גרס כמונו, אלא שבדברי נהרדעי לא גרס "לבד מנמצאת שאינה שלו וכו'", **ולכן הבין שנהרדעי חולקים עקרונית על דינו של רבא** שאין נזקקין לנכסי יתומים, וסוברים שנוזקקין תמיד לנכסי יתומים, אלא שמעמידים להם אפטרופוס. ורב אשי פסק כרבא שלעולם אינו נזקקין ליתומים לכתחילה, ואם הדין רוצה להזדקק צריך להעמיד אפטרופוס כנהרדעי. ובנמצאת שאינה שלו אפי' לכתחילה נזקקין, וכמובן שצריך להעמיד אפטרופוס. אך רב אשי לא פסק מה הדין באומר תנו, ונהרדעי לא דיברו מזה, וא"כ נמצא שא"א לא חלק על רבא שבאומר תנו נותנים ומעמידים אפטרופוס, ובאומר תנו שדה זו אין מעמידין. ולכן פסק השו"ע בזה כרבא וככו"ע, ובדין של נמצא שאינה שלו כרב אשי שאף בזה אין חולק.

2. יורש גדול שהקנה ירושתו לקטן, אם יצא שט"ח על המוריש - מוציאין מן הקטן. שו"ת הרא"ש כלל פה, ט. וטעמו **שדוקא לנכסי יורשים קטנים אין נזקקין** כיון שיש להם חזקת אבות, **משא"כ בסתם קטן** שקיבל מתנה שנוזקקין לנכסיו ולא חיישינן לצרי ולשובר. ועוד דאם לא נזדקק יש כאן חשש של נעילת דלת. כך מפורש בתשובה, וכן כתב כאן הגר"א. **אמנם**, מדברי הסמ"ע והש"ך נראה שהבינו שאף בשאר קטנים אין נזקקין לנכסיהם, ושאינו הכא - או שמדובר בתוך זמנו (ש"ך), או מפני שכיון שבא ליד הקטן מיורש גדול - הוא יכול לברר שאין שובר או צררי. אך אם בא לידו מיורש קטן - נוציא מידו. (סמ"ע).

ואע"פ שהשטר לא התקיים בחיי אביו - גובין בו ואע"פ שאין מקבלין עדות אלא בפני בע"ד, **אך מקיימין את השטר שלא בפניו**. ולא כמו שכתב הרא"ש בתשובה שדוקא אם נתקיים השטר בחיי אביו מוציאין.

בדעת הרא"ש שאין גובין מהקטן אא"כ נתקיים השטר בחיי המוריש: התקשו האחרונים בדבריו הרי קי"ל שמקיימין את השטר אף שלא בפני בע"ד וכך פסק הרא"ש בתשובה, וא"כ מדוע הצריך הרא"ש שהשטר יהיה מקויים מחיי המוריש? א. ר' יהודה בן הרא"ש - יש סתירה כיון שבתשובה סבר שאף שטרות אין מקיימין שלא בפניו, **והעיקר כמו שכתב בפסקיו**, כיון שהם נכתבו לאחר התשובות. ב. **בית יוסף:** אע"פ שמקיימין שטר שלא בפניו, אך יורש קטן שאני, דכמו שאין גובין ממנו משום חשש צררי, כך אין מקיימין את השטר כדי לגבות בו. **וכן נקט הש"ך. (וצ"ע, שהרי הרא"ש שם מדבר על קטן שאינו יורש, ומוכיח שגובין ממנו אע"פ שהוא קטן, וא"כ מדוע שלא נקיים את השטר כדי לגבותו?); ועוד** מדוע כאשר השטר כבר מקויים גובין בו לדעת הב"י!! והש"ך נקט שבשטר שמקויים גובין כיון שהוא תוך זמנו, אך ברא"ש מבואר להדיא שאף לאחר זמנו גובין בו. שהרי הבין שמדובר במקרה בו לא יגבו מיתומים קטנים, ואפי' הכי יגבו כאן, והרי במת תוך זמנו גובין אף מיתומים קטנים!! ואולי צריך לומר שלא ראו את דברי הרא"ש בתשובה, וצ"ע). ג. **הסמ"ע** נקט שאע"פ שגובין מקטן כשבא לידו מיורש גדול, כמו שמהיורש עצמו אנו יכולים לגבות ולא חוששים לצררי. אך כל זה דוקא בשטר מקויים, דתרי קולי לא מקילין - גם לקיים שלא בפניו, וגם להוציא מקטן. **וצ"ע**, הרי לפי דברי הרא"ש בתשובה אין שום בעיה להוציא מקטן שאינו יורש, וא"כ מדוע הסמ"ע מתייחס לזה בתור קולא?! וה' יאיר עינינו בתורתו, אכ"י. ורעק"א הפנה לשו"ת מהרי"ט (ח"ב חו"מ סי' ז) שהאריך ליישב דברי הרא"ש.

סעיף ה

יתומים קטנים שנמצאת קרקע שאינה שלהם, אלא טען הטוען שהיא גזל ביד מורישם, נזקקים להם. ואם נמצאת גזולה, מחזירים אותה לבעלה. ולהרמב"ם צריך להעמיד להם אפטרופוס לטעון ולדון. וכן קטן שתקף בעבדיו וירד לתוך שדה חבירו וכבשה, אין אומרים: נמתין לו עד שיגדיל, אלא מוציאין אותה מידו, ולכשיגדיל, אם יש עדים, יביא עדיו. הגה: ודוקא שלא היה לו חזקה בנכסים אלו מאבותיו. אבל יש לו חזקה, אין מוציאין

ממנו עד שיגדיל (טור). ולכן מי שצווח על יתומים קטנים שיש לו היזיקות מהן, אין מעמידין להן אפוטרופוס לדון עמו בעודן קטנים, אם לא שמפורסם שהם מזיקים אותו בידים. וכל שיש לספק בדבר ולפקפק, ממתנינים עד שיגדילו (מרדכי פ' השולח). וי"א דממנין לעולם אפוטרופוס, בין שיש ממש בטענותיו או לא, אולי יתפשר עמו לטובת היתומים (ב"י בשם הראב"ד).

1. הטוען על קרקע של יתומים קטנים שגזלה מורישם – נזקקין לו, ואם נמצאת גזולה – מוציאין מהם. ולדעת הרמב"ם צריך להעמיד אפוטרופוס לטעון ולדון. אך לשאר פוסקים אין צריך להעמיד אפוטרופוס, וכן סתם בשו"ע (סמ"ע וגר"א), דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן, ערכין כב: **והש"ך כתב** שאף הרמב"ם לא התכוון אלא לטעון ולדון, דהיינו קודם שבאו עדים, אך לאחר שבאו עדים – אין מעמידין. ועיין בסעיף ד בביאור דעת הרמב"ם.

2. כיצד אפשר להוכיח שהיא גזולה, הרי אין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד? וכה"ג בסעיף הקודם כיצד ניתן להוכיח שהאבא ציווה לפני מותו לתת שדה או מנה לפלוני? הרשב"א כתב שנתחבטו הראשונים בכך: א. דעת הרא"ש שמדובר כשהתקבלה העדות בחיי אביהם. ב. דעת הראב"ד שמדובר כשהוציא שטר או שמסר דבריו לבי"ד. ג. דעת הרמב"ן שבכה"ג שמעמידין אפוטרופוס – מקבלין עדים בפני האפוטרופוס. ד. דעת הרמב"ם ובעה"ת שבגזילה ובצוואה מקבלים עדות אף שלא בפני בע"ד (וכן משמע מהתוס' בערכין).

3. קטן שתקף ע"י עבדיו שדה חברו וירד לתוכה – מקבלין עדות חברו ומוציאין מידו. ודוקא כשלא היתה לו חזקת אבותיו, אך אם היתה מוחזקת ביד אבותיו, והוא תקף וירד אליה – אין מוציאין מידו עד שיגדיל. ב"ק קיב: "מי דמי? התם הוא דמפקינן מיניה - דלא קיימא ליה אחזקה דאבוח, אבל היכא דאית ליה חזקה דאבוח – לא". **ודוקא כשאיכא תרתי אין מוציאין:** חזקת אבותיו, ומוחזקת עתה ביד הקטן (אע"פ שתקף); סמ"ע בשם התוס'.

4. יתומים שמזיקים: אם מזיקים בידיים – מסלקין אותן כדי שלא יזיקו. אך אם אינם מזיקים בידיים – אין מעמידים להם אפוטרופוס לדון עמו דאין מעמידים אפוטרופוס לחובתן. רמ"א. ואם יש ספק – ממתנינים עד שיגדלו.

5. י"א דמעמידים אפוטרופוס גם כשאין ממש בטענותיו – אולי יתפשר עמו לטובת היתומים. רמ"א בשם הראב"ד. וכוונתו גם כשהאפוטרופוס טוען טענה לא שכחה, אך ודאי שאינו יכול לטעון טענות שקר, פת"ש. וכשיש עדי גזילה – גם לדבריו אין מעמידים (סמ"ע).

סעיף ו

קרקע שהיתה בחזקת קטנים, ובא אחד וטען שהיא לקוחה ממורישם, ויש לו עדים שהחזיק בה ואכלה שני חזקה בחיי אביהם, אין מוציאין אותה מידם עד שיגדילו, שאין מקבלים עדות שלא בפני בעל דין. אבל אם הוציא שטר שהיא לקוחה בידו, הרי זה מקיים השטר ומוציאין אותה מידם אחר שמעמידים להם אפוטרופוס.

קרקע המוחזקת ביד קטנים, ובא א' וטען שהוא קנאה מאביהם, אע"פ שיש לו עדים שהחזיק בה בחיי אביהם – אין מוציאין מידם, שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד. אך אם יש לו שטר – מוציאין מידם לאחר שיקיים השטר, ויעמידו אפוטרופוס. ב"ק קיב: ; ודוקא כשהם מוחזקים בה – אך אם הוא מוחזק בה – מקבלים עדותם. ודוקא כשבא בטענת לקיחה אין מקבלים עדותם, אך בטענת גזולה מקבלין עדיו כדבסעי' ה. סמ"ע אליבא דהרמב"ם והשו"ע.

לסעיפים ה-ו:

ב"ק קיב. "בר חמוה דרבי ירמיה טרק גלי באפיה דרבי ירמיה (רש"י: לפי שהיה רוצה רבי ירמיה להחזיק בה, בטענה שאביו מכרה לו) אתא לקמיה דרבי אבין, אמר: שלו הוא תובע. א"ל: והא מייתינא סהדי דאחזקי ביה בחיי דאבוח! א"ל: וכי מקבלין עדים שלא בפני בעל דין? וכו' אדהכי איגלגל מילתא אתא ומטא לקמיה דרבי אבוח, אמר: לא שמיע לכו הא דרב יוסף בר חמא א"ר אושעיא? דאמר רב יוסף בר חמא אמר רבי אושעיא: **תינוק שתקף בעבדיו, וירד לתוך שדה של חברו ואמר שלי הוא, אין אומרים נמתין עד שיגדיל, אלא מוציאין מידו מיד, ולכשיגדיל יביא עדים ונראה! מי דמי? התם הוא דמפקינן מיניה - דלא קיימא ליה אחזקה דאבוח, אבל היכא דאית ליה חזקה דאבוח - לא".** א"כ מבואר בגמ' שכשיש לקטן חזקת אבות – אין מוציאין מידו, אע"פ שיש כאן אדם שמערער וטוען שקנאה ממנו.

והקשו התוס' (ערכין כב:) הרי בערכין מבואר שבנמצאת שדה שאינה שלו – מוציאין אפי' מיתומים דאחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן!! ותירצו דשאני התם שכיון שברור שגזלה, שהרי אחזוקי סהדי בשקרי לא מחזקינן, א"כ תו אין לנו למיחש אולי קנאה אביהם לאחר מכן, ולכן מקבלין עדות אף שלא בפניו. אולם, כאשר המערער בא בטענה שלקחה מאביהם, א"כ אף אם נקבל את עדות העדים עדיין יש לנו לחשוש אולי אביהם חזר ולקחה ממנו! או שמא היה תנאי

אחר ביניהם שיוכל האב להחזיק בקרקע אף לאחר הקניה, וכיון שכן אמרינן שאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד, ולא נוציא מידיהם. וכן צריך לתרץ אליבא דהרמב"ם שסובר שבעידי גזילה מקבלים עדותם אף לאחר מיתת האב.

וכן צריך ליישב את דברי השו"ע, שבסעיפים ד-ה מדובר בעדי צוואה או גזילה, דאף בעדי צוואה כיון שמעידים שהאבא ציוה לתת לפלוני את החפץ, א"כ ליכא למיחש למידי ולכן מקבלים אותם אף שלא בפניו. אולם, בעדי מכירה כיון שאיכא למיחש שאולי היה תנאי נוסף ביניהם, או שחזר ולקחה מהם – אין מקבלים עדות שלא בפניו. ולכן בסעי' ו כתב השו"ע שאם לא נתקבלה העדות בחיי אביהם – אין מוציאים מהם. וכ"כ הסמ"ע.

אמנם, בסעיף ט מבואר שהשו"ע סתם כדעת הרמב"ן, שאין מקבלין עדים שלא בפניהם, אך כשמעמידין אפוטרופוס חשיב כבפניהם, כיון שהוא עצמו נחשב כבע"ד. וא"כ צריך עדיין לחלק בין גזילה ללוקח, דבגזילה אנו מעמידים אפוטרופוס וממילא יכולים לקבל את העדות בפניו. אולם בטענת לקוחה איננו מעמידים אפוטרופוס וממילא איננו יכולים לקבל את העדות. אך מדוע איננו מעמידים אפוטרופוס ככה"ג? צריך לומר שכיון שהדבר אינו ברור לגמרי, א"כ זה נקרא לחובתן של יתומים ובכה"ג לא מעמידים. אולם, כשהדבר ברור שהם חייבים, א"כ אין לנו מניעה להעמיד אפוטרופוס וממילא העדות תתקבל בפניו. וא"כ הדברים קרובים לדברי הרמב"ם והתוס'.

אולם, לדעות הראשונים שהבאנו בסעיף ה הסוברים שאף בגזילה אין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד, והעמידו את הגמ' בערכין באופן שנתקבלה העדות כבר בחיי אביהם, או שמדובר שם בשטר וכדו', א"כ אין קושיא כיון שבב"ק מדובר שלא התקבלה העדות בחיי אביהם ולכן אמרינן שאין מוציאים מידי היתומים. אולם, אם העדות הייתה מתקבלת או שהיה לו שטר – היינו מוציאים מידיהם אע"פ שהיתה להם חזקת אבות.

סעיף ז

קטנים שהודה מורישם בכתב ידו על מטלטלים שבידו שהם מעסק שיש לו מפלוני, או שהוא פקדון בידו משל פלוני, מוציאים מהם (ועיין לעיל סוף סימן ק"ז). וכן אם גזל מורישם, חייבים לשלם, בין אכלו בין לא אכלו, בין נתיאשו הבעלים בין לא נתיאשו, בין מקרקע בין ממטלטלים שהניח מורישם.

1. קטנים שהודה מורישם בכתב ידו ואע"פ שנתקיים לאחר מותו על מטלטלין שבידו שהם עסקא או פקדון של פלוני – מוציאים מהם.

2. וכן אם גזל מורישם – חייבים לשלם בין מקרקע או ממטלטלים שהניח מורישם. שהרי לדין אף מטלטלי משתעבדים מתקנת הגאונים. ואין חילוק בין אם אכלו או לא, ובין אם נתיאשו הבעלים או לא (יורש כרעא דאבוה ולא קנאו בשינוי רשות).

סעיף ח

אם לוו בית דין או אפוטרופוס של יתומים לצרכם, נזקקים לנכסיהם ומוכרים בלא הכרזה, ונפרעים בבינונית כמו משאר בעל חוב. וכן בי דינא דזבין אחריותא איתמי, אם טרפוה מהלוקח גובה בלא הכרזה, ודינו כשאר בעל חוב. אבל אם לוו היתומים עצמם בלא אפוטרופוס, אין נזקקים לנכסיהם עד שיגדילו, ואין מעמידים להם אפוטרופוס לקבל העדות.

1. אם לוו ב"ד או אפוטרופוס של יתומים לצרכם, וכן ב"ד שמכר וטרפו מהלוקח שהאחריות על היתומים – נזקקים לנכסיהם, ומוכרים בלא הכרזה, וגובים מבינונית. ודוקא במילי דאבוהון אין נפרעין מקטנים, אך במילי דידהו נפרעין - דליכא חשש צרי ושובר, וטובתם היא כדי שילוו להם. כ"כ הרמב"ן והסכים עמו הרא"ש.

2. אבל אם לוו היתומים עצמם – אין נזקקין לנכסיהם עד שיגדילו, ואין מעמידים להם אפוטרופוס. ודוקא כשאינם מודים בהלוואה, אך אם מודים גובים מהם.

סעיף ט

בכל מקום שאמרו שמעמידים להם אפוטרופוס כדי ליזקק לנכסיהם, מקבלים עדים בפני אפוטרופוס, דאפוטרופוס בעל דין הוא. וכן עידי צוואה מקבלים אותם בפני האפוטרופוס. הגה: ו"א הטעם בדבר הברור שאין בו חשש, כמו צוואה, מקבלין אפי' שלא בפני בעל דבר. ועל כן מותר לקבל עידי צוואה בפני הקטן (נ"פ' הגוזל בתרא). והוא הדין בכל דבר המבורר שהקטן חייב (כן משמע במרדכי פרק השולח). ויש מי שכתב שאין מקבלים אותם בפני האפוטרופוס. והיכי משכחת לה שהמניח יתומים קטנים תהא צוואתו קיימת,

במוסר דבריו לבית דין, או שכתבו העדים צוואתו בשטר וחתמוה בחייו, או שכתב הוא עצמו צוואתו בכתב ידו הניכרת לבית דין (ועיין לעיל סימן ק"ח סעיף ג' ד').

כשאמרו שמעמידין אפוטרופוס – מקבלים עדים בפניו, דהאפוטרופוס הוא בעל דין. ולכן גם עדי צוואה (סעיף ד) מקבלים בפניו; כך דעת הרמב"ן. **וכך משמע שפוסק השו"ע. וי"א שאין מקבלים בפניו**, אלא שמדובר במוסר דבריו לבי"ד, או שכתבו צוואתו בשטר בחייו, או שכתב ידו ניכר לבי"ד; כן דעת הרא"ש והראב"ד. **וי"א דבדבר הברור שאין בו חשש**, כמו צוואה או עדי גזילה מקבלין אף שלא בפני בע"ד; **רמ"א**. וכן כתב הנמוק"י בב"ק בשם הריטב"א ורבותיו, וכן דעת הרמב"ם, והתוס' בערכין.

וכבר נתבארו הדברים בסוף סעיף ו.

סעיף י

לכתובת אשה, אין צריך להעמדת אפוטרופוס.

לכתובת אשה אין צריך אפוטרופוס. שהרי הקלו בה למכור בבי"ד של הדיוטות, הרשב"א.

סעיף יא

כשאמרו מעמידים אפוטרופוס, לא אמרו אלא להקל על הבית דין, הא אם ראו בית דין דלא למנות אפוטרופוס, ויחפשו הם אחר זכות היתומים, אין לך אפוטרופוס טוב מהם. (ויש כח ביד בית דין לפשר מחמת יתומים, אם נראה שטוב להם) (פסקי מהרא"י סימן קס"ב).

1. העמדת אפוטרופוס באה להקל על הבי"ד שלא יצרכו לחפש בעצמם זכויות ליתומים, אך אם רצו לחפש בעצמם אחר זכויות היתומים – אין לך אפוטרופוס טוב מהם.

2. בי"ד יכולים לעשות פשרה ליתומים. תרוה"ד.

ב"ה יום ג' י"ד שבט ה'תשע"ה

גביית חוב ממשועבדים

סימן קיא

דין מלוה בשטר גובה ממשעבדי, והמלוה על פה, ובו כ"ד סעיפים.

סעיף א

המלוה את חברו על פה, אינו גובה אלא ממה שימצא ביד הלוה, אבל אינו טורף לא מהלקוחות שקנו ממנו ולא ממתנות שנתן, אבל מכל מה שימצא בידו, גובה, בין קרקע בין מטלטלים, אפי' קנאם אחר הלוואה. אבל המלוה בשטר, טורף מהלקוחות וממקבלי המתנה שקנו ושקבלו ממנו קרקע אחר הלוואה, אפילו אם אינו מפורש בשטר כן. אבל אם פירש בפירוש שהלוה לו על תנאי שלא יטרוף מהלקוחות ולא ממקבלי מתנה, תנאו קיים, ואינו טורף מהם.

1. מלוה ע"פ אינו גובה מלקוחות שעבודא דאוי' ומשום פסידא דלקוחות אינו גובה דלית ליה קלא; סמ"ע. וממקבלי מתנה דמתנה כמכר, דאי לאו דעביד ליה נחא נפשיה לא הוה יהיב ליה; סמ"ע.

אך מהחייב עצמו גובה בין קרקעות ובין מטלטלים, אפי' שקנאם לאחר שלוה.

2. מלוה בשטר גובה מלקוחות וממקבלי מתנה, שקנו וקיבלו לאחר שלוה; ואפי' אם אין מפורש בשטר דקיי"ל שאחריות טעות סופר הוא. אא"כ מפורש בשטר להיפך.

3. אם הודה בפני עדים שחייב לפלוני, וציוה להם לכתוב שטר – דינו כמלוה בשטר, ואע"פ שלא ראו ההלוואה עצמה; כ"כ הש"ך ודלא כב"י בשם בעה"ת.

סעיף ב

הקדשות, הרי הם כמשועבדים ואין נפרעים מהם, כל שיש לו בני חורין; אם קדם המכר או המתנה להלוואה דבר פשוט הוא שאינו טורף מהם, אלא אם כן יש הוכחה שלא נתכוין במכר ומתנה אלא להבריחם מבעל חוב, וכמו שנתבאר בסימן צ"ט שהמתנה בטלה. ואפילו קדמה להלוואת בעל חוב, גובה ממנה אפילו אם היא מלוה על פה.

1. נכסים שהקדישם הלוה – הרי הם כמשועבדים, ואין גובין מהם כשיש בני חורין. כן מוכח משבועות מב; ש"ך.

2. אינו גובה מנכסים שמכרם או שנתנם קודם שלוה.

3. אם מכר או נתן כדי להבריח מבעל חובו – מעשיו בטלים, ובע"ח גובה מהם אפי' אם היו מוקדמים להלוואתו. אך אם נראה לבי"ד שכיוון למתנה גמורה, אע"פ שעשה כן כדי להבריח – מתנתו קיימת; סמ"ע.

סעיף ג

אם נתנו ללוה מתנה על תנאי שלא תחול עליה שום שעבוד, לא חוב ולא כתובה שקדם למתנה, ולא יחול עליו להבא, התנאי קיים, ולא יגבה בעל חוב ממנה, אפילו כתב לו דאקנה. אבל אם קנה קרקע והתנה עמו המוכר על מנת שלא יחול עליו שום שעבוד, אינו מועיל, ובעל חוב (של לוקח) גובה ממנה.

1. אם נתן מתנה על תנאי שלא יחול עליה שיעבוד אפי' להבא – תנאו קיים, ואין בע"ח גובה ממנה. דאם יגבה המכר בטל, והדרא למרא קמא ונמצא גובה ממון אחרים בחובו; סמ"ע.

2. אולם, אם מכר על תנאי שלא יחול שעבוד – בע"ח גובה ממנה, דכיון שהלוקח שילם כסף למוכר, אף אם יתבטל התנאי – צריך המוכר להחזיר לו מעותיו, ויגבם הבע"ח בחובו. וממילא ודאי שאין המוכר מתכוין לבטל המכר.

סעיף ד

מי שנתן קרקע לבנו, על תנאי שלא יחול עליו שום שיעבוד, ואין לו בן אחר, ומת האב, בעל חוב של הבן גובה ממנה.

אם נתן לבנו מתנה על תנאי שלא יחול עליה שיעבוד ומת:

1. אם אין לו בן אחר – בע"ח של בנו גובה ממנה, דאף אם יתבטל התנאי יזכה בה הבן מכח ירושה. וא"צ ב"דאקני" שהרי גובה מכח מיניה. (אך אם לזה אחר מיתת אביו מבע"ח נוסף, בע"ח שני גובה ממנה ולא הראשון. אולם אם כתב לראשון 'דאקני' – הראשון קודם; ש"ד).

2. אם יש לו בנים אחרים – גובה ממנו כפי חלק ירושתו, ואין לומר שכיון שהתנה כוונתו שאחיו ירשו והוא לא, דא"כ אף כשאין לו אחים היינו אומרים שכוונתו שירשו שאר יורשים ולא בנו; סמ"ע.

סעיף ה

מי שיש לו חובות הרבה, וב"ד מכרו קרקע הלוה כדי לפרוע לבעל חוב המוקדם, אין שאר בעלי חובות יכולים לחזור על הקרקע ולהוציאו מיד הלוקח. אבל אם מכרו הלוה עצמו כדי להגבות לבעל חוב המוקדם, יכולים שאר בעלי חובות לטורפו מהלוקח.

1. אם מכרו ב"ד קרקע כדי לפרוע לבע"ח מוקדם – אין בע"ח מאוחרים יכולים להוציא מהלוקח; דאליס כח הבי"ד להעמיד ללוקח במקום המלוה המוקדם. (דין זה כתבו השו"ע גם בסי' קד ס"ט).

2. אולם אם מכר הלוה עצמו כדי לפרוע לבע"ח ראשון – יכולים בע"ח מאוחרים להוציא מהלוקח, שהרי השדה משועבד להם, ואין כח ביד הלוה ליתן ללוקח את שעבודו של הראשון.

סעיף ו

אפטרופסי יתומים שמכרו לאחרים, לא אמרינן דאחריות דנפשיהו קבילו עליהו, אלא חוזרים וטורפים בחובם.

אפטרופו של יתומים שמכר מנכסיהם, לא קיבל אחריות על עצמו, אלא האחריות היא על היתומים.

סעיף ז

בעל חוב מוקדם שבא לגבות, (ויש כאן עוד בעל חוב מאוחר) (רבינו ירוחם סוף גל"ב), ואין ללוה נכסים יותר מכדי חובו של זה, אין מורידין אותו לנכסי לזה אפילו יש נאמנות בשטר, עד שישבע שבועת המשנה שלא נפרע כלום, כדין טורף, שהרי טורף מהשני.

מי שנמחק שטר חובו וכתבו לו בית דין שטר אחר, וכן מי שהלוה את חבירו מלוה על פה, ונתחייב לו בדין ולא היה לו מה לפרוע, וכתבו לו מעשה ב"ד, אם טורפין מהלקוחות, נתבאר בסי' ע' ס"ו.

בע"ח מוקדם שגובה קודם למאוחר, ואין נכסים מספיק לשניהם – צריך לישבע שבועת המשנה כדין הבא לפרע ממשועבדים; שהרי הוא טורף מהשני שיעבודו. מיהו יכול המוקדם להחרים על המשביעו שלא כדין.

אפי' אם יש בו נאמנות מפורשת כנגד בע"ח מאוחר לא מהני, כן פסק השו"ע בסי' פב ס"ב, ודלא כתרומות.

סעיף ח

בד"א שטורף ממשעבדי, כשאינו מוציא ביד הלוה בני חרי לגבות חובו מהם. אבל אם מצא ביד הלוה בני חרי לגבות, אפילו הם זיבורית, לא יטרוף ממשעבדי, לא שנא אם הם לקוחות או מקבלי מתנה. לפיכך אם נתן הלוה מתנה לאחרים, וכתב להם ק"ק

לפלוגי ושי' לפלוגי ותי' לפלוגי, ואין בנכסיו כדי שיספיק לכולם, אין אומרים כל הקודם בשטר זכה, אלא חולקים הנכסים לט' חלקים. ויקח בעל הק"ק ב' חלקים, ובעל השי' ג' חלקים, ובעל התי' ד' חלקים. ואם יצא עליהם שטר חוב, גובה מכולם, וכפי החלוקה יפרע כל אי' מחלקו.

אבל אם אמר ק"ק זוז לפלוגי ואחריו שי' לפלוגי ואחריו תי' לפלוגי, כל הקודם בשטר זכה. לפיכך יצא עליהם שטר חוב, גובה מהאחרון; ואם אינו מספיק, גובה משלפניו; ואם אינו מספיק, גובה משלפני פניו. הגה: יש אומרים דהוא הדין אם אמר ר' זוז לפלוגי ור' זוז לפלוגי ור' לפלוגי, דמאחר דנותן לכולם בשוה ולא כללם ביחד, הוי כאילו אמר: אחריו לפלוגי (הרא"ש סוף פרק יש נוחלין). ויש חולקין (המ"מ פ"י מהל' זכ"ה בשם הסכמת המפרשים).

1. בע"ח טורף ממשעבדי, דווקא כשאין ללוה בני חרי. משנה גיטין מח: "אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסי' בני חורין, ואפילו הן זיבורית". והטעם מפני תיקון העולם, כמבואר שם במשנה. רש"י כתב (נ:): הטעם שלא ליתן לאינצוי, שהרי יכולים לומר 'הנחנו לך מקום בו'; והתוס' כתבו שמפני תיקון העולם העמדנוהו על דין תורה שיגבה זיבורית מבני חרי ולא בינונית ממשעבדי.

אך אם יש ללוה בני חרי ואפי' זיבורית אינו גובה ממשועבדים, בין מלקוחות או ממקבלי מתנה דבע"ח דינו מדאורי' בזיבורית, ומפני נעילת דלת גובה מבינונית, ומשום פסידא דלקוחות העמידהו על דין תורה.

גיטין נ: "אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין. בעי רב אחדבוי בר אמי: במתנה היאך? תקנתא הוא דעבוד רבנן משום פסידא דלקוחות, אבל מתנה דליכא פסידא דלקוחות לא, או דלמא מתנה נמי, אי לאו דאית ליה הנאה מיניה לא יהיב ליה מתנה, והלכך כי פסידא דלקוחות דמי: א"ל מר קשישא בריה דרב חסדא לרב אשי, ת"ש: שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוגי וג' מאות לפלוגי וד' מאות לפלוגי, אין אומרים כל הקודם בשטר זכה, לפיכך יצא עליו שט"ח - גובה מכול; אבל אם אמר תנו מאתים זוז לפלוגי ואחריו לפלוגי, ואחריו לפלוגי, אומרים כל הקודם בשטר זכה, לפיכך יצא עליו שט"ח - גובה מן האחרון, אין לו - גובה משלפניו, אין לו - גובה משלפני פניו; ואף על גב דקמא בינונית ובתרא זיבורית, מזיבורית גבי, מבינונית לא גבי, ש"מ, במתנה נמי עבוד רבנן תקנתא! הכא במאי עסקינן - בבעל חוב. והא תנו קאמר! תנו בחובי. וליחזי שטרא דמאן קדים? דליכא שטרא. והא כל הקודם בשטר קאמר! בשטר פקדנתא. ואב"א: אפילו מתנה נמי, ולא קשיא, מאי גובה מן האחרון? אין נפסד אלא אחרון (פירש"י שגובה מהראשון בינונית וחוזר הראשון על האחרון ומוציא ממנו הזיבורית). ואב"א: דשוו כולו להדדי (כלומר שכולם עידיה או בינונית או זיבורית, ואין ראייה)". וכתבו הרי"ף והרא"ש שהעיקר שאף במתנה עבוד רבנן תקנתא, ומה שדחתה הגמ' היינו דחיה בעלמא ולא סמכינן עלה. וכן פסק השו"ע בלא חולק.

2. אם נתן בשטר אחד לג' בני אדם: אם כתב 'מאתיים לפלוגי, ג' מאות לאלמוני, ד' מאות לפלמוני' - גובין שלשתם בשווה, שהרי כללם בשטר אחד, א"כ כוונתו שתחול המתנה כאחד. ואע"פ שנתן לאחרון יותר לא אמרינן שיגבה קודם; סמ"ע. ואם אין לו נכסים כדי מתנתו - חולקים הנכסים לט' חלקים, והראשון נוטל ב' חלקים, השני ג' והרביעי ד'. וכן בע"ח גובה מג' על זה הדרך.

גיטין נ: בברייתא: "ת"ש: שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוגי וג' מאות לפלוגי וד' מאות לפלוגי, אין אומרים כל הקודם בשטר זכה, לפיכך יצא עליו שט"ח - גובה מכול; אבל אם אמר תנו מאתים זוז לפלוגי ואחריו לפלוגי, ואחריו לפלוגי, אומרים כל הקודם בשטר זכה, לפיכך יצא עליו שט"ח - גובה מן האחרון, אין לו - גובה משלפניו, אין לו - גובה משלפני פניו".

3. אם כתב בשטר: 'מאתיים לפלוגי, ואחריו ג' מאות לאלמוני, ואחריו ד' מאות לפלמוני' - גובין על זה הסדר, ואם בא בע"ח גובה מהמאחר, ואח"כ משלפניו, ואח"כ מהראשון. דהמוקדם חשיב כמשועבדים כלפי המאחר, שהרי מוכח שהתכוון לתת לו מתנה קודם.

4. אם נתן לשלתם בשווה, ולא כתב 'ואחרי'ך: י"א שהראשון קודם, דכיון שנתן לכולם בשווה, ולא כללם יחד, מוכח שכוונתו להקדים לראשון במתנתו; כ"כ הרא"ש. ויש חולקים ודינו כמו בסעי' 2 שגובים כאחד; כ"כ המ"מ בשם האחרונים.

סעיף ט

ראובן צוה מחמת מיתה לתת מנה לשמעון, ומכרו היורשים כל הנכסים, שלא מצא שמעון לגבות מנה שלו, גובה מהלקוחות, ואין היורשים יכולים לומר שנתנו לו, כיון ששטר הצוואה יוצא מתחת ידו, ולא חיישינן לקנוניא.

1. אם ציוה מחמת מיתה ליתן מנה לשמעון, ומכרו היורשים הנכסים – גובה מהלקוחות, ואף אם היורשים אומרים שפרעו לו – אינם נאמנים, שהרי שטר הצוואה בידו, ולא חיישינו לקנוניא שפרעו לו והשאירו השטר בידו, דלא מרעינן לשטרא דאינשי; סמ"ע.

סעיף י

יורשים שמכרו נכסי אביהם, יש להם דין משועבדים, ואין בעל חוב טורף מהם, כיון שיש בני חורין דאביהם. ואם לא השאירו בנכסי אביהם בני חורין, ורוצים לסלקו בקרקע שלהם, נתבאר בסימן ק"ז.

אם מכרו חלק מהנכסים יש להם דין משעבדי, ואינו גובה מהם אם הניחו בני חרי מנכסי אביהם. אך אם לא הניחו גובה מהלקוחות, ואם רוצים היתומים לסלקו בקרקע שלהם נתבאר בסי' קז, ג שאינם יכולים, דיכול לומר אין לי אלא שיעבדי, ואולי הקרקע שלכם גזולה וכדו'. אך במעות יכולים לסלקו דדינא דבע"ח בזווי, ולגבי מטלטלין – סמ"ע יכולים, קצות ונתיבות – אין יכולים.

סעיף יא

אם מכר הלוח קרקע שיש לו בעירו, ויש לו קרקע בעיר אחרת, בע"ח טורף מהלוקח. ואינו יכול לומר: הנחתי לך בני חורין, כיון שאינו בעירו, שגם הלוח עצמו לא היה יכול להגבות מנכסיו שיש לו בעיר אחרת. הגה: מיהו הכל לפי ראות הדיינים, כי אם אין היזק למלוה במה שגובה בעיר אחרת לגבות שם מבני חורין, גובה שם (תשובת רשב"א סימן אלף ה').

1. אין הלוח יכול לסלק למלוה מנכסים שיש לו בעיר אחרת, כשיש לו נכסים בעירו, דאינו בדין שיוציא מנה על מנה בנסיעתו לשם והולכת והבאת הפירות.

2. לכן, אם מכר קרקע שבעירו והניח קרקע בעיר אחרת – טורף המלוה מהלוקח, ואינו יכול לומר לו הנחתי לך מקום לגבות הימנו.

3. אולם, אם לפי ראות עיני הדיינים אין למלוה פסידא בכך שיגבה בעיר אחרת – גובה משם ואינו מוציא מהלוקח, כ"כ הרשב"א בתשובה.

סעיף יב

הניחו הלקוחות בני חורין ביד הלוח, ונתקלקלו, בעל חוב טורף מהלקוחות. ודוקא נתקלקלו, אבל לא נתקלקלו אלא שאינו יכול לגבות מהם מחמת פשיעתו, כגון שסילק שעבודו מהם ולקח בקנין שלא יגבה מהם, אינו גובה מהלקוחות, שיאמרו לו: הנחנו לך מקום לגבות ממנו.

1. אם אינו יכול לגבות מבני חרי מחמת שנתקלקלו – גובה מהלקוחות, ואע"פ שבשעה שלקחו הניחו בני חורין.

2. אולם, אם אינו יכול לגבות מבני חרי מחמת פשיעתו, כגון שסילק שיעבודו מהם מרצונו, אינו יכול לגבות מהלקוחות.

סעיף יג

ואם לא נתקלקלו אבל גזלן אנס, אינו טורף ממשועבדים, מפני שמצויים הם בעלי זרוע ליפול, וסוף שיגבה חובו. הגה: מיהו אם המיר הלוח לעבודת כוכבים, ולא יוכל לגבות בדיניהם, הוי כנתקלקלו בידו וטורף ממשעבדי (תשובת הרא"ש כלל מ"א). וי"א דה"ה אם הניח הלוח יתומים קטנים. ויש חולקין (רבינו ירוחם נכ"ו ח"ג שתי הדעות). לוח שבא למכור קרקעותיו לעובד כוכבים שלא יוכל המלוה לטרוף אח"כ חובו ממנו, ובא למחות המכירה, אינו יכול למחות, כמו שלא יכול למחות כשמוכר מטלטלין שלו, אף על פי שלא יכול לטורפו, דשמא יפרענו עדיין קודם שיבא זמנו. מיהו המוכר לא טוב עושה, שמזיק שעבודו של חבירו (תשובת רשב"א). וי"ל דאם נראה לבית דין שלא יהיה מקום לגבות חובו אחר כך, יכול למחות. וע"ל סימן ע"ג סעיף י'.

1. אם אנס גזל את הקרקעות הבני חורין, אין המלוה גובה מהלקוחות, דמצויים בעלי זרוע ליפול וסוף הוא שיגבה חובו, שהרי הקרקע בעין ולא נתקלקלה. כ"כ הרשב"א בתשובה. והשי"ך כתב שדין זה צ"ע.
2. אם הלוח המיר דתו, ולא יוכל לגבות ממנו חובו בדיניהם – גובה ממשעבדי, דהוי כנתקלקלו הנכסים; רמ"א בשם שו"ת הרא"ש.
3. אם הניח הלוח יתומים קטנים שאין גובין מהם עד שידלו, האם יכול להוציא מהלקוחות? י"א שכן, דהוי כנתקלקלו הנכסים (רשב"א). וי"א שלא, דבני חיובא נינהו, וכשיגדלו יגבה מהן. כ"כ הרמ"א בשם רבינו ירוחם שהביא את ב' הדעות. (ולכא' בס"י קי, ג מבואר שנחלקו הא גובין מהערב כשהניח קטנים, די"א שכיון שחיישין לצררי אולי היתומים כלל לא חייבין, וא"כ גם בכה"ג לא נגבה מהלקוחות דחיישין לצררי?!).
4. לוח שמוכר קרקעותיו לעכו"ם, ואח"כ לא יוכל המלוה לטרוף מהן – אינו יכול למחות בידו, שהרי המוכר יכול לפרוע לו מדברים אחרים, אך המוכר לא עושה טוב כיון שהוא מזיק שיעבדו של חברו. אך אם נראה לבי"ד שלאחר מכן לא יוכל לגבות חובו – יכול למחות בידו.

סעיף יד

אפילו הגיע זמן הפרעון, ונתרשל המלוה מלתבוע חובו וליפרע מבני חרי, ואחר זמן רב אשתדוף בני חרי, גבי ממשעבדי.

סעיף טו

אם יש כאן שנים או שלשה לקוחות שקנו ממנו כאחד, ואין אחד מהם קודם לחבירו, ובא בעל חוב לטרוף, גובה מאיזה מהם שירצה, ואינו צריך ליקח חצי שדה מזה וחצי שדה מזה. הגה: אבל אם היו כאן שדות הרבה, ויכול לגבות שדה מכל אחד, גובה מהן, ולא מאחד מהן (רבינו ירוחם נ"ו ח"ה).

1. אם יש כמה לקוחות שקנו כאחד, יכול המלוה לגבות מאיזה שירצה, ואינו צריך ליקח מכל אחד חצי שדה, שהרי אף הלוח עצמו לא יכל להגבותו חצי שדה, אלא יכל להגבותו שדה שלימה מאיזה שירצה.
2. אבל אם צריך לגבות כמה שדות, גובה מכל אחד שדה, ולא מאחד הכל.

סעיף טז

אם הלוקח שקנה מהלוח מכרו לאחר, והאחר לאחר, אפילו עד מאה, ובא לטרוף מהלוקח האחרון, אינו יכול לומר: למה לא תבעת חובך מהראשון.

דשמא לא רצה לתבוע עד עתה, ושמא הראשון היה אלם וכדו'. מיהו בשטר ישן צריך דרישה וחקירה מדוע לא יצא עד עתה; סמ"ע.

סעיף יז

לוח שמכר נכסיו, וחתם המלוה על שטר המכירה, לא הפסיד בשביל זה זכותו, וטורף מהלקוחות, שיוכל לומר: השני נוח לי והראשון קשה ממנו.

ולא דמי לסימן קמז דאם חתום על שטר מכירת השדה איבד זכותו, דשאני התם שטוען שהשדה שלו ולא של המוכר וא"כ מדוע חתם?! אך כאן מודה שהשדה של המוכר, אלא שיש לו שעבוד עליה, ואולי המוכר יפרענו בזו"ז! ולכן לא איבד זכותו; סמ"ע.

סעיף יח

ראובן קנה בית משמעון, ולוי היה לו שטר על אותו בית, ולוי היה במעמד כשקנה ראובן הבית, ולא הוציא שטרו, וגם ראובן סתר הבית ובנה בו ומינה את לוי על הבנין, ואחר כך הוציא לוי שטרו, לא איבד זכותו בשתיקתו.

ומיירי שהשטר שיש ללוי הוא שטר שעבוד, וכמו בסעי' הקודם. או שמדובר שיש לו שטר שהבית שלו, אך כיון שלא עשה מעשה לחתום על השטר, אלא רק היה במעמד או שקיבל מינוי לבנותו, לא איבד זכותו; סמ"ע.

סעיף יט

לוה שלוח, ואחר כך נתן נכסיו במתנה על מנת להחזיר, אם הם קרקעות שקנה קודם שלוח, או שקנאם אחר שלוח וכתב לו דאקנה, אין מתנתו כלום. ואם המתנה קדמה להלוואה, ונתנה לזמן ידוע, זכה המקבל במתנה עד שיגיע זמנה. ואם נתנם לו במתנה על מנת להחזיר, בסתם, ולא פירש באיזה זמן יחזירנה לו, ואחר כך לוה, כשם שהמקבל יכול לדחות ללוה לזמן מרובה, שיאמר לו בכל פעם: אחזירנה לך לאחר זמן, כך הוא דוחה למלוה הבא מכחו. אך המלוה יכול לכופו מדרבי נתן, כשירצה להחזירם שלא יחזירנה אלא (לו ולא) לנותן.

אם נתן הלוה נכסיו במתנה ע"מ להחזיר:

1. אם מדובר בנכסים שהיו משועבדים למלוה, כגון שקנאם קודם שלוח, או שכתב לו 'דאקני': אין מתנתו כלום, שהרי יש לו שעבוד עליה, ויכול להוציא מהמקבל כבסעי' א.
2. אם הנכסים לא השתעבדו למלוה: אם נתנם לזמן ידוע – זכה המקבל עד שיגיע הזמן, וכשיגיע הזמן יגבנו המלוה.
3. אם לא פירש לכמה זמן נותנם לו – יכול המקבל לדחות למלוה, כמו שהיה יכול לדחות ללוה. אלא שיכול המלוה לכופו שכאשר יחזיר הנכס – יחזירנו למלוה ולא ללוה, מדרי' נתן.

סעיף כ

אף על גב דלא כתב דאקנה, אם קנה והוריש גובה; ויש חולקין.

אע"פ שלא כתב דאקנה, אם קנה לאחר ההלוואה והוריש – גובה בע"ח מהיורש דברא כרעא דאבואה הוא, ורשות יורש כרשות לוקח. ויש חולקין כן דעת הר"ן בכתובות מד:

הסמ"ע והש"ך תמהו מדוע הזכיר השו"ע שיש חולקים, הרי בריש סימן קז ובסימן קיב סתמו כדעה שגובה. וכן פשט הש"ס מוכח כן (ב"ב קנז). "ואי סלקא דעתך דאיקני קנה ומכר, דאיקני קנה והוריש - לא משתעבד, נהי נמי דאב מית ברישא, דאיקני הוא! אמר להו רב נחמן, זעירא חברין תרגמה: מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן". מוכח שאף אם נאמר שדאיקני לא משתעבד, אך יתומים חייבים לפרוע אף מדאקני!.

סעיף כא

ראובן הלוה לשמעון על פה, ושמעון הלוה ליהודה בשטר, ומכר יהודה כל נכסיו, ובא ראובן לטרוף מהלקוחות שקנו מיהודה, מכח שטר שיש לשמעון על יהודה, הדין עמו, הואיל ושמעון מודה שהוא חייב לו.

לא היו ללוה נכסים, אלא שטרי חובות שיש לו על אחרים, לא מיבעיא בעודם בידו שהמלוה גובה שלו, מדרבי נתן, אלא אפילו מת הלוה ונפלו השטרות לפני יורשים, גובה מהם, אפילו נעשו השטרות שיש ללוה על בעלי חובות אחר שלוח הוא מהמלוה, ואפילו קנו בעלי חוביו של לוח נכסים אחר שלוח הלוה מהמלוה שלו, המלוה גובה מהם ומיורשיהם, מדרבי נתן.

1. ראובן שהלוה לשמעון בע"פ, ושמעון הלוה ליהודה בשטר – גובה ראובן אף מנכסי יהודה המשועבדים לשמעון, ומוציא מהלקוחות, כיון ששמעון מודה שהוא חייב לו. ואין הלקוחות יכולים לומר שאינם מאמינים להודאת שמעון, שהרי שמעון עצמו יכל להוציא מהם בשטר שבידו.
2. אם לשמעון אין נכסים, אלא שט"ח על אחרים:

אם הם בידו – גובה מהם ראובן מרבי נתן, דקי"ל ששטרות בני גוביינא נינהו, כמבואר בסי' קא, ה. ואפי' מת ונפלו לפני היורשים – גובה אותם מהם, מדין מיניה, ולכן אפי' אם שמעון הלוה ליהודה לאחר שלוח מראובן דלא נשתעבדו לראובן בשעת ההלוואה, ואפי' אם יהודה הלוה של שמעון קנה נכסים רק לאחר שלוח משמעון דלא נשתעבדו לשמעון בשעת הלוואתו – גובה ראובן ממנו מדרי' נתן, כשהנכסים בידו, שהרי הוא חייב אותם לשמעון מדין מיניה, א"כ הוא חייב אותם גם לבעל חוב דשמעון מרי' נתן.

סעיף כב

אם מכר הלוח שטר חובות, או נתנם לאחר, או שבעלי חוביו מכרו נכסיהם אחר שלוח הוא מהמלוח, אם יש בשטר שיש למלוח, וכן בשטר שיש ללוח, על בעלי חוביו שעבודא דמטלטלי אגב מקרקעי, אז יש בהם דין קדימה, ונכסיהם של בעלי חוביו של לוח משועבדים למלוח שלו מכחו, כיון שהוא קודם למכירה שמכרו.

1. אם מכר שמעון שטר חובו או נתנו במתנה, אין ראובן גובה מהלוקח אא"כ שיעבד שמעון מטלטלי אגב מקרקעי לראובן, דשט"ח הרי הוא כמטלטלין, ולא נשתעבד לראובן.

ועיי' בסימן פה בסופו שנחלקו הש"ך והסמ"ע בהבנת דינא דר' נתן, האם השעבוד חל משעה ראשונה ואז המלוח הראשון יכול להוציא מהשני גם חובות שנשתעבדו לו לאחר שלוח ממנו אע"פ שלא כתב לו 'דאקני'; כדעת הש"ך. או שהשעבוד חל רק בשעה שאנו באים לגבות מדינא דר' נתן, ורק אז אנו מחילים את השעבוד למפרע; אולם כל זמן שאנו לא מגיעים לזה – אין שעבוד מדר' נתן, וממילא רק כאשר שמעון הלוח ללוי ורק אח"כ לוח מראובן, נשתעבדו נכסי לוי לראובן בלא דאקני; וכן דעת הסמ"ע.

אמנם, כל זה נכון רק בקרקעות, אולם במטלטלין גם הש"ך מודה שאם לא כתב לו דאקני צריך להעמיד כסמ"ע, ואע"פ ששעבד אגב קרקע, דכיון שלאחר תקנת השוק אין מוציאים מטלטלים שמכר הלוח מהלקוחות, א"כ לא חל עליהם שיעבוד גמור, וממילא אף שעבודא דר' נתן לא חל עליהם.

2. אם מכר לוי נכסיו מדין תורה אפי' מטלטלין, אך לאחר תקנת השוק רק שט"ח, אין ראובן גובה מהם, אא"כ שיעבד לוי לשמעון מטלטלי אגב מקרקעי; דבכה"ג המטלטלין הם כקרקעות לגבי שמעון, ויכול ראובן לגבות מהם.

אע"פ שמתקנת השוק אפי' כשיעבד מטלטלי אגב מקרקעי אין מוציאים מהלקוחות, אך בשט"ח מוציאים מב' טעמים: א. מילתא דלא שכיחא הוא ולא תקנו. ב. לא יצא השט"ח מרשות המוכר לגמרי, שהרי הוא יכול למכרו, ולכן חשיב שפיר כממונו לגבות מבעלי חובו; סמ"ע.

סעיף כג

אם היו ללוח שני מלוים שהלוו לו, ובאים כאחד לגבות מבעלי חובים שלו, אם הלוח הלוח לבעלי חוביו בשטר לאחר שלוח הוא משניהם, יחלוקו. ואם תפס אחד מהם, זכה בתפיסתו. ואם חובותיו של לוח קודם שלוח משניהם, או קודם שלוח מאחרון, וכתב לראשון אגב, זכה בהם הראשון.

סעיף כד

ראובן היה לו שטר על שמעון, ונתנו ללוי בכתיבה ומסירה, וכשבא לוי לגבותו הוציא יהודה שטר שהיה לו על ראובן, מוקדם לשטר שהיה לראובן על שמעון, ואמר כי השטר שנתן ראובן ללוי הוא ממונו של בעל חובו וזכה בו מדין קדימה, הדין עם יהודה, כיון ששטרו מוקדם ושעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי, ואין בזה משום תקנת השוק (ועיי' לקמן סוף סימן קי"ג).

ב"ה יום ג' י"ד שבט ה'תשע"ה

סימן קיב

אין בע"ח טורף מהמשועבדים ממה שקנה, ובו ה' סעיפים.

סעיף 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 מהלקוחות; 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: ו"א כיון דקיימא לן אחריות טעות סופר, הוא כל מה שראוי להשתעבד אמרין ביה טעות סופר, ואפילו דאקנה נמי (טור בשם הרא"ש והרשב"א פרק מי שמת), מיהו אם כתב לו מקצת אחריות, ולא פירש לו: דאקנה, י"א דלא אמרין עוד טעות סופר, דהואיל ופירש קצתן, מה שכתב כתב, ומה שלא כתב לא כתב (נ"י פרק מי שמת). י"א דאף אם כתב לו: דאקנה, יכול לחזור בו כל זמן שלא קנה (נ"י פ' חזקת הבתים ומרדכי פ' מי שמת); ויש חולקין (כ"כ נ"י שם).

1. אין גובים מנכסים משועבדים אא"כ הם היו ביד הלוה בשעה שלוה. אך אם קנאם לאחר מכן, אין גובה מהם אא"כ הם בידו מדין מינייה ואפי' מגלימא דעל כתפיה.

2. אם שיעבד לו 'דאקני', כלומר גם נכסים שיקנה לאחר מכן, מהנ"ל, וגובה אף מנכסים שבאו לידי לאחר שלוה ומכרם או נתנם. ב"ב קנו. "בעי שמואל: דאי קני וקנה, מהו? אליבא דרבי מאיר דאמר: אדם מקנה דבר שלא בא לעולם - לא תיבעי לך, דודאי קנה, אלא כי תיבעי לך - אליבא דרבנן דאמרין: אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם?" ולא איפשיטא. אולם בעמוד ב' איתא: "אם תמצא לומר: דאי קני קנה ומכר, דאי קני קנה והוריש לא משתעבד - הא לא משתעבד, אם תמצא לומר: משתעבד, לזה ולזה וחזר וקנה, מהו? לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד? אמר רב נחמן: הא מילתא איבעיא לן, ושלחו מתם: ראשון קנה. רב הונא אמר: יחלוקו. וכן תני רבה בר אבון: יחלוקו. אמר רבינא, מהדורא קמא דרב אשי אמר לן: ראשון קנה, מהדורא בתרא דרב אשי אמר לן: יחלוקו. והלכתא: יחלוקו". מכאן הוכיחו הראשונים ש'דאקני' וקנה משתעבד.

גדר שעבוד 'דאקני': הקצות נקט שחיוב חל על גוף האדם, ולכן אדם יכול להתחייב גם בדברים שאינם בעולם, כגון שאין לו ממון. אולם, שעבוד חל על גוף החפץ, ולכן כשאין לו נכסים אינו יכול לשעבד, ולכן מדאורי' אין שעבוד 'דאקני'; אולם, חז"ל תקנו שיכול לשעבד גם דבר שלא בא לעולם כדי שלא תנעול דלת בפני לווי'. ע"פ זה ביאר מדוע אפשר לשעבד דשלב"ל, אך א"א להשתעבד לדשלב"ל: דדוקא כשיש חוב, דהיינו שהוא חייב לאדם שנמצא בעולם, יכול לשעבד לו דשלב"ל. אולם, כאשר אינו חייב כלל לאדם מסוים, מדוע שיתקנו חז"ל שיוכל להשתעבד לאדם שלא קיים ואינו חייב לו? ולכן א"א להשתעבד לדשלב"ל.

אולם, במהרי"ט משמע שאף שעבוד חל על גוף האדם, שהרי תירץ שאפשר לשעבד דשלב"ל כיון שהאדם משעבד את גופו וגופו נמצא בעולם, משא"כ כשמשעבד לדבר שלב"ל שהוא מתחייב לאדם שאינו בא לעולם, זה דבר שא"א. הקצות תמה על דבריו, ששעבוד אינו חוב על הגוף, שהרי א"כ מדוע אפשר להוציאו מהלוקח שאינו חייב? אלא הוא חל על הנכס ולכן אפשר להוציאו מלקוחות. אולם, נראה לבאר דבריו שאין כוונתו לומר שהשעבוד חל על הגוף כמו חוב, אלא שהשעבוד אינו חל על נכס מסוים, שהרי אתה משעבד לי את כל נכסך! אלא השעבוד הוא זכות ממונית בנכסך לגבות את חובי, וכיון שהאדם בעולם ויש לו נכסים א"כ חל השעבוד על הנכסים שיש לו באותה שעה, וכאשר אח"כ יקנה עוד נכסים השעבוד יתפשט אף עליהם, שהרי מעולם השעבוד לא חל בדווקא על נכס מסוים, אלא זוהי זכות ממונית בכל הנכסים, ולכן אין לי בעיה לשעבד דשלב"ל.

3. האם כשאמרין אחריות טעות סופר, זה כולל אף שעבוד דאקני? שו"ע - לא. כדעת בעה"ת, ר"י מיגש, רמב"ם. רמ"א - כן, כדעת הרא"ש והרשב"א. ודווקא כשלא כתב לו כלל אחריות, אך אם כתב אחריות ולא פירש בה דאקני, לא אמרין שהוא ט"ס. ש"ך - אם ידוע שלא הזכיר דאקני, לא אמרין ט"ס, אך בשטר סתם דלא ידעין אם התנה, אמרין דמסתמא התנה אף על 'דאקני'.

טעמו של השו"ע דלא אמרין אחריות ט"ס אלא מטעם דלא שדי איניש זוזי בכדי, ולכן מספיק לומר ששעבד לו נכסים שיש לו, אך לא נכסים שעדיין לא קנה דמי יימר דיקנה? והוכיחו כן מסוגיא בב"ב מד: "וליוחש דילמא דאי קני הוא" שמוכח שלא אמרין בסתמא דהוא 'דאקני'. אולם, הרשב"א (ב"ב קנו:) והנמוקי"י כתבו שאף דאקני אמרין אחריות ט"ס, מפני שכל מה שראוי להשתעבד אמרין שמסתמא דעתו לשעבד. והש"ך הכריע שאם אנו יודעים שהמלוה לא התנה עם הלוה כלום על האחריות - אמרין ט"ס רק על מה שהיה לו באותה שעה, דעל יותר מזה היה צריך להתנות

בפירוש. אולם, יוצא לפנינו שטר סתם, ואיננו יודעים האם התנו במפורש על אחריות ולא כתבו או לא, אמרינן שמסתמא התנו אף על דאקני, שהרי עבד אינש כל טצדקי דאפשר כדי להיות בטוח בפרעון חובו. (וכתב שאף את דברי הרמב"ם והעיטור אפשר להעמיד כדבריו).

4. האם יכול לחזור בו משעבוד 'דאקני' קודם שקנה? י"א – כן, רשב"א. י"א – לא, רמב"ן. הש"ך פסק שאינו יכול לחזור בו; קצות, תומים ונתיבות – יכול לחזור בו.

לאחר שקנה חל שעבוד על מה שקנה, ולכו"ע אינו יכול לחזור בו.

הרשב"א הוכיח ששעבוד דאקני לא חל עד שעה שיקנה את הנכס, מהדין של לוח ולוח וקנה דמשתעבד לשניהם, ואע"פ ששעבוד לראשון דאקני וא"כ איך יכול אח"כ לחזור ולשעבד אותו לשני? אלא מוכח שקודם שהחפץ בא לרשותו יכול לחזור בו. ועוד שכמו שלר"מ שאע"פ שיכול להקנות דשלב"ל אך אם חוזר בו קודם שבא לעולם מהני, כך גם בשעבוד לרבנן. אולם, הש"ך הקשה על כך מסברא ומהש"ס, מסברא שכיון שחברו הלוחו ע"י השיעבוד אם רוצה לבטל שעבודו ייחזיר לו מעותיו? ומהש"ס שאם אפשר לחזור בו, כיצד שטרות מאוחרין כשרים, הרי אפי' כתב דאקני ליחוש שמא חזרו בו בעדים ונמצא טורף ממשעובדים שלא כדין? ודחה ראיית הרשב"א שאע"פ שלר"מ יכול לחזור בו, אך דווקא התם שחוזר בו מכל המקח לגמרי, משא"כ כאן שחוזר רק מהשעבוד אך לא מההלואה. וכן בלוח ולוח וקנה, הראשון מוכן שישעבד גם לשני, דניחא ליה שהשני נותן ללוח מעות לקנות מטלטלין, כדי שישעבדו לו ויוכל להוציא מידו חובו. התומים והקצות דחו דברי הש"ך, שיכול לחזור בו מהשיעבוד והמעות יהיו עליו חוב לשלם, כמו שפועל חוזר בו בחצי היום אע"פ שאין לו מעות להחזיר. וכן כתבו שלחזרה לא חיישינן, דשארית ישראל לא יעשו עוולה. התומים נקט לדינא כרשב"א, וגם בקצות נראה שנוטה להסכים עמו.

סעיף ב

אם לא כתב לו: דאקנה, ומכר נכסיו אחר שלוח, והמלוה בא לטרוף מהלקוחות וטוען שאלו הנכסים היו ביד הלוח, ולוקח טוען לאחר שלוח קנה ומכר, י"א שעל המלוה להביא ראיה שהיה אלו הנכסים ביד הלוח בשעת הלואה, ויש אומרים שאם יש עדים שהלוח קנה קרקע זה ומכרו, צריך המלוה להביא עדים שקנאו הלוח קודם שעבדו; אבל אם יש עדים שהלוח היה מוחזק בו ושהיה שלו, צריך הלוקח להביא ראיה שקנאו הלוח ואימתי קנאו, ואם לאו, בית דין מעמידין אותו על חזקתו ונאמר שהיה שלו ושל אבותיו מעולם. ונ"ל דסברא הראשונה עיקר.

1. כאשר לא כתב דאקני ובא לטרוף מהלקוחות, על מי מוטל להוכיח שהנכסים היו ביד המוכר בשעת ההלואה? י"א – תמיד על המלוה, כיון שהלוקח מוחזק בקרקע, והמוציא מחברו עליו הראיה. כדעת השואל בבעה"ת, וכן פסק הרמ"א. י"א – כאשר יש עדים שהלוח קנה את הקרקע – על המלוה להביא ראיה שקנאה קודם שלוח. אך כאשר יש עדים שהלוח היה מוחזק בקרקע – על הלוקח להביא ראיה שקנאה הלוח, ושהקניה הייתה לאחר ההלואה; סמ"ע ונתיבות דלא כע"ש. ואם לא הביא ראיה מוציאין מידו, כיון שמעמידים אותה בחזקה שהייתה של אבותיו מעולם. כ"כ הרמב"ן.

מדוע לא מספיק שיביא עדים שהמוכר קנה, וממילא יהיה על המלוה להביא ראיה כמו ברישא? הע"ש הבין שבאמת מספיק להביא עדים שהמוכר קנה, ולכן לא גרס בשו"ע: 'ואימתי קנאו'. אולם, הסמ"ע ביאר שברישא אין עדים שהמוכר היה מוחזק בקרקע כלל, ולכן כיון שהלוקח מוחזק בה סגי בעדות קלה שהמוכר קנאה פעם ולא היתה של אבותיו. אולם, בסיפא שאנו יודעים שהמוכר היה מוחזק בקרקע זו, לא סגי שהלוקח יביא ראיה שקנאה אלא צריך להוכיח אימתי קנאה. והנתיבות ביאר שכאשר יש לנו עדים שהמוכר היה מוחזק בקרקע אמרינן חזקה 'כאן נמצאו כאן היו' וממילא אנו אומרים שהייתה של אבותיו מעולם. אולם כאשר העדים מעידים על המכירה ואינם יודעים מתי הייתה, בכח"ג לא אמרינן 'כאן נמצאו כאן היו' אלא אדרבה אמרינן חזקה קמייתו ותלינן שהמכירה הייתה מאוחרת. ?????????

סעיף ג

נותן נכסיו מהיום ולאחר מיתה, ולא נודעו הנכסים שהיו לו באותה שעה, י"א שעל המקבל מתנה להביא ראיה שהיו אותם נכסים בידו בשעת מתנה; ויש אומרים שאם לא נודע שקנה נכסים אחר כך, הכל בחזקת מקבל מתנה. והסברא הראשונה עיקר כן נ"ל (ועי' לקמן ס"ו ר"נ ובסימן ק"ד).

אדם שנתן נכסיו מהיום ולאחר מיתה, ואיננו יודעים בדיוק איזה נכסים היו בידו באותה שעה כדי שנאמר שהם בכלל המתנה, על מי מוטל להביא ראיה? י"א שמקבל המתנה צריך להביא ראיה אלו נכסים היו ביד המוכר בשעה ראשונה, שהרי הירש מוחזק בנכסים והוא בא להוציא ממנו. כמו בסעי' הקודם שהצרכנו את המלוה להביא ראיה להוציא מהלוקח שהיה מוחזק בנכסים. וכן פסק הרמ"א, כמו שפסק בסעי' הקודם שהלוקח

חשיב מוחזק. וי"א שאם איננו יודעים שקנה נכסים לאחר מכן, הכל בחזקת המקבל מתנה, והיורש צריך להביא ראיה שנכסים אלו קנה לאחר מכן. כ"כ הגאונים.

סעיף ד

שני מלוין שהוציא כל אחד שטרו, ואין כתוב בשום אחד מהם: דאקנה, ואין הנכסים מספיקים לחובות שניהם, וטוען המוקדם כי כשלוה ממנו כבר קנה הנכסים, והמאוחר טוען שלאחר שלוה משניהם קנאם והם משועבדים לשניהם, ואין עדים בדבר, יש אומרים שחולקין החצי שחולקין עליו, וי"א שאם אין עדים שקנאם, מעמידים הנכסים ביד המוקדם; ואם יש עדים שקנאם, אלא שאינם יודעים מתי קנאם, חולקים החצי שחולקים עליו.

1. שני מלוין שלא כתב להם 'דאקני', וטוען המוקדם שהיו הנכסים ביד הלוה בשעה שלוה ממנו, והדין הוא שהוא קודם וגובה כל חובו. והשני טוען שקנאם הלוה לאחר שלוה משניהם שהדין הוא שיחולקו מה הדין? לכו"ע המוקדם לוקח חצי אחד, שהרי המאוחר מודה לו שחצי ודאי שלו, כמו בבי' אוחזים בטלית שאי' טוען כולה שלי והשני טוען חציה שלי. לגבי החצי השני נחלקו: י"א שחולקים אותו בשווה, שהרי א"א לא מוחזק בו יותר מחברו. וי"א שאם אין עדים שקנאם הלוה, תולים שהיו שלו מעולם ומעמידים הכל ביד המוקדם. ואם יש עדים שקנה, א"כ אנו תולים שקנה לאחר מכן, וחולקים חצי חצי בשווה.

האם המח' כאן זהה למח' בסעיפים הקודמים? טור – כן. רמ"א – לא, ולכן בבי' הסעיפים הקודמים כתב שהעיקר כדעה הראשונה, אך כאן לא כתב כלום; וטעמו דשאני התם שהלוקח או היורש מוחזקים בקרקע, משא"כ כאן שאף אחד מהם לא מוחזק; סמ"ע.

2. מה הדין אם השני טוען שהלוה קנה את הקרקע לאחר שלוה מהראשון וקודם שלוה מהשני? עיין בסימן קד סעי' 2 פסקה 4, שנחלקו בזה הסמ"ע והקצות עם הש"ך. דעת הסמ"ע שהשני גובה לבדו, ולכן אם יטען כאן כן הדין עמו, וחולקים חצי חצי בכל השדה, שהרי זה כאומר כולה שלי וחברו כולה שלי. אך אין לו מינו שהיה טוען כן, כיון שזו טענה גרועה לומר שהוא קנה את השדה בדיוק בין ההלוואה של הראשון לשני. אולם דעת הש"ך שחולקים כשגובה מיניה, דכיון שיש לראשון שעבוד הגוף, א"כ קדם שעבודו.

סעיף ה

ראובן שלוה בשטר, ולא כתב למלוה: דאקנה, וקנה ומת, והיתה לו בת, וירשתו ועמדה ונשאת, אין המלוה גובה מהבעל ממה שהכניסה לו באותם הנכסים, משום דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי. הגה: אבל אם לא נשאת, גובה מן היורש, כדלעיל סימן ק"א סעיף כ' (וכ"א וריש סימן ק"ז).

בעל בנכסי אשתו לוקח הוי, ולכן בת שירשה נכסים שקנה אביה לאחר שלוה, אע"פ שמיוורש מוציאים בלא דאקני, אין מוציאים מהבעל. ואפי' בחיי האשה, וקשה מדוע הרמ"א לא השיג, הרי הוא פסק בק"ג, י שבעל כלוקח רק לאחר מיתה!! וצ"ל דהכא איירי בנכסי מאן ברזל דלכו"ע הוא כלוקח אפי' בחייה; סמ"ע. והש"ך השיג דבצ"ב פשיטא. והש"ך כתב דהוי ספיקא דדינא, ואפי' בשטר שמפורש בו שלא שעבד 'דאקני', אם תפס לא מפקינן.

הש"ך האריך בדין זה, וכתב שאף בלוה ואכלה ועמדה ונשאת (ב"ב קלט.) יש מח' בראשונים כיצד לפסוק לדינא, דדעת הרשב"ם ור"ח שהבעל כיוורש ולא כלוקח משום פסידא דמלוה, דכל היכא שיש פסידא הבעל אינו לוקח; וכן משמע פשט הסוגיא. אולם, הרי"ף והרא"ש חלקו ופסקו שאף בכה"ג אמרינן 'איהו דאפסיד אנפשיה' דהלוה בלא שטר לאשה העומדת לנשא, ולכן אף בכה"ג הבעל הוי לוקח ואין מוציאים ממנו. וא"כ הוי ספיקא דדינא ולא מפקינן מהמלוה אם תפס. וא"כ התרומות למד את דיננו מהדין שם, וא"כ אף אצלנו אם תפס לא מפקינן. וכ"ש שאצלנו נראה שאף הרי"ף והרא"ש יודו שלא שייך לומר 'איהו דאפסיד אנפשיה', שהרי הוי הלוה לאבא ולא הוי ליה לאסוקי אדעתיה שימות ויפלו הנכסים לביתו ותלך ותנשא.

ב"ה יום א' י"ט שבט ה'תשע"ה

סימן קיג

אין בעל חוב טורף ממטלטלים המשועבדים, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

אין בעל חוב טורף מהלקוחות אלא בקרקע שמכר או נתן הלוח, אבל מטלטלין שמכר או נתן אינו טורף, אפילו היו בידו בשעת הלואה, ואפילו התרה המלוה בלקוחות שלא יקנו מטלטלי הלוח, 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.

1. אין בע"ח טורף מלקוחות אלא קרקעות, ולא מטלטלין. הטור כתב מפני שהמלוה אינו סומך עליהם, שהרי הלוקח יכול להבריחם. הסמ"ע כתב שאין טעם זה מספיק, שהרי אפי' כשסמך בפירוש (כגון אפותיקי) לא מהני, והטעם מפני שאין להם קול שיזהירו הלקוחות. הש"ך ביאר דברי הטור, שאפי' לדין לבתר תקנת הגאונים שמטלטלין הם כקרקע, אך דווקא מיניה ולא מלקוחות כיון שיכולים להבריחם.

2. אם נתן הלוח המטלטלין במתנת שכ"מ – בע"ח גובה מהם, דמתנת שכ"מ חלה רק לאחר המיתה, ונמצא שקדם שיעבודו למתנתו, סמ"ע.

3. אם שעבד מטלטלי אגב מקרקעי – מעיקר הדין גובה אף מהלקוחות דהרי הם כקרקע. ובסעי' ג יתבאר דהאידינא אינו גובה משום תקנת השוק. ואפי' אם מכר הקרקעות בשעה שקנה המטלטלין חל השעבוד, כיון שהשתעבדו משעה ראשונה.

ודווקא כשיכתוב לו 'דלא כאסמכתא', לגלות שעיקר סמיכותו עליהם, שהרי באסמכתא גמורה לא מהני שיכתוב לו כן, ב"י בשם הרמב"ן. ו'דלא כטופסי דשטרי', דהיינו שהשטר נכתב לשם שעבוד, ולא כטיטוה של שטרות. ורב סעדיה גאון פי' שתהא יד בעל השטר על העליונה.

או שיכתוב לו 'מעכשיו', דבהכ"ג מהני אף בכל אסמכתא בבי"ד חשוב, והכא לא בעינן בי"ד חשוב דלאו אסמכתא גמורה היא; ב"י. והסמ"ע כתב שדעת השו"ע כדעת הרמב"ם דבכל אסמכתא מהני מעכשיו אף בלא בי"ד חשוב.

סעיף ב

כשמעבדים מטלטלי אגב מקרקעי, אין צריכים להיות צבורים בתוכה. ואפילו מטלטלי דניידי, כגון בעלי חיים ועבדים, משתעבדי; אפילו הקרקע כל שהוא, יכול לשעבד הרבה מטלטלים. ואם אין ללוח קרקע, והמלוה זיכה לו בתוך שדהו באחת מהקנאות שקונים בהם קרקעות, או שהשאילו או השכיר לו קרקע כל שהוא, הרי זה מקנה עליו כל מטלטלין שירצה. ואין צריך לסיים המקום שקנה אגבו המטלטלין. ואם אין קרקע גם למלוה, יכתוב: הקניתי לו ארבע אמות קרקע בחצרי ואגבן הקניתי לו המטלטלים, ואף על פי שאין אנו יודעים לו קרקע, הודאת בעל דין כמאה עדים לחובתו.

1. בקנין אגב, אין צורך שיהיו צבורים בתוכה. קידושין כז. בעיא דאיפשיטא. ואפי' בקרקע כל שהוא יכול להקנות או לשעבד הרבה מטלטלין.

2. אפי' מטלטלי דניידי נקנין באגב, קדושין כו. מעשה בא' שהקנה לחברו מאה צאן באגב.

3. אם אין ללוח קרקע, יכול המלוה לזכות לו קרקע בחצרו ואינו צריך לסיים מקומה, ועל גבה להקנות לו המטלטלין.

4. אם אף למלוה אין קרקע, יכתוב שהקנה ללוה ד' אמות בחצרו, ואע"פ שאיננו יודעים שיש לו קרקע – הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. ב"מ מו. כ"כ שם הרא"ש.

וכתב הסמ"ע שאם איננו מוחזקים בו דלית ליה קרקע, וכתב סתם שהקנה באגב מהני, וא"צ לבדוק אחריו. אולם, אם אנו מוחזקים בו דלית לו קרקע: אם כתב סתם – צריך לבדוק אחריו, או לשאול את העדים כיון שאולי טועה וסובר שקנין אגב מהני בלא קרקע. אך אם כתב בפ"י והקניתי לו קרקע בחצרי א"צ לבדוק אחריו דשמא יש לו.

סעיף ג

בזמן הזה, אפילו שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי, אינו טורף מטלטלים שמכר או נתן, משום תקנת השוק. ומיהו אם כתב לו: דאקנה, ואח"כ לוח מאחר וכתב לו: דאקנה, ובשניהם שעבד מטלטלי אגב מקרקעי, וקדם השני ותפס מטלטלים שקנה קודם שלוח ממנו, בא ראשון ומוציא ממנו אפילו בזמן הזה, מפני שאין בזה משום תקנת השוק. (ועיין לעיל סימן ס' וכ"כ בסימן ל"ז סעיף ט"ז).

1. בזה"ז אין גובה מטלטלין מהלקוחות ואפי' שיעבדם באגב, משום תקנת השוק. כמו שנתבאר בסי' ס בשם הרא"ש דא"כ אין לך אדם שלוקח מטלטלין.

אמנם, אם שעבד מטלטלי באגב וכתב לו דאקני, ואח"כ לוח מאחר וכתב אף לו כך, הראשון קודם אף במטלטלין בזה"ז דלית בזה משום תקנת השוק.

ב"ה יום א' י"ט שבט התשע"ה

סימן קיד

דין בעל חוב עם הלוקח אם יכול לדחותו אצל הלוה, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

מלוה שיודע לקוחות שקנו מהלוה אחר שהלוה, הולך וטורף מהם בבית דין, אבל אם טרף שלא בב"ד אינו כלום (בית יוסף בשם תשובת שבסוף חזה התנופה), וקורעים ב"ד שטר האדרכתא, וכותבים לו שטר טירפא, וכותבים בטירפא שקרעו שטר האדרכתא.

סעיף ב

כשימצא המלוה ללוקח, כופין אותו לדון עמו, ואינו יכול לומר לו: לך אצל הלוה וכשיתחייב לך בדין יכתבו לך טירפא על הלוקחות אז אפרע לך, אלא ילך הוא אצל הלוה ויזקיקו לבא לדין. ומיהו היכא דאיתיה, מודיעין ליה, כגון שאינו רחוק יותר ממהלך יום אחד; ואם מבקש הלוקח זמן לחזור אחריו, נותנים לו עד שלשים יום, ובלבד להוציא הדין לאמיתו ושלא לבא בעקיפין.

המלוה כופה את הלוקח להגבותו, ועל הלוקח מוטל להביא הלוה לדין עם המלוה. אך אם המלוה אינו רחוק אלא מהלך יום אחד מודיעין ללוה. ואם הלוקח מבקש ל' יום כדי להביא ללוה – נותנים לו, ובלבד שיהא כדי להוציא הדין לאמיתו.

סעיף ג

אם רוצה הלוקח לסלק המלוה במעות, הרשות בידו, וישאר לו הקרקע, ויחזור וישאל מהמוכר מה שפרע למלוה בשבילו. ואם עשאה אפותיקי מפורש, דאמר ליה: לא יהיה לך פרעון אלא מזו, אינו יכול לסלקו במעות. אם קנה שתי שדות זו אחר זו, כל אחת במנה, והחוב שהיה למלוה על הלוה היה ק"ק, וטרף ממנו במנה שדה שקנה ראשון, וכשבא לטרוף השניה במנה הנשאר, הביא לו ק"ק ואמר ליה: אם תרצה שדה ראשונה שגבית כבר בכל המאטים, הרי טוב, ואם לאו קח ק"ק והסתלק, הדין עמו. ואם רצה המלוה וקבלה בק"ק, אין הלוקח חוזר על המוכר וגובה ממנו אלא מנה. הגה: ו"א דאם עשו ב"ד תחלה שומא והכרזה, שוב אין הלוקח יכול לסלקו, דשומא לא הדרא ללוקח (טור בשם רבינו יונה והרא"ש). וע"ל סימן ק"ג סעיף ט'. וכל זה מיירי בלוקח אחד שלקח ב' השדות, אבל בב' לוקחין, אין השני יכול לומר דיקבל שדה האחד יותר משווי או לסלקו במעות, דלאו בעל דברים ידידיה הוא (נ"פ' מי שהיה נשוי ור' ירוחם).

1. אם רוצה הלוקח לסלק למלוה במעות – רשאי, ויכול אח"כ לחזור על המוכר שישלם לו מה שפרע עבורו למלוה. אך אם עשאה הלוה למלוה אפותיקי – אינו רשאי לסלקו במעות.

2. אם קנה ב' שדות כ"א במנה, והחוב של הלוה הוא מאתיים, יכול לומר למלוה או שתיקח האחת במאתיים או שאפרע לך מאתיים ותסתלק. ואם רצה המלוה לקחת האחת במאתיים, אין יכול הלוקח לגבות מהלוה אלא מנה, שהרי לא הגבה למלוה אלא מנה, וכיון שחביבה השדה על המלוה קיבלה במאתיים אך אין זה שוויה האמיתי. כן מוכח מכתובות צא: לגבי תרי אפדני.

3. מתי יכול הלוקח לסלק למלוה? לדעת הרמ"א – אם הגבוהו בי"ד לאחר שעשו שומא והכרזה אינו יכול לסלקו. ואפי' יתן לו כל מעותיו; כן דעת הרא"ש שם, דלא אמרינן שומא הדר מלוקח כיון שלקח שדה משועבדת. לדעת השו"ע – אף לאחר שהגבוהו יכול לסלקו כדעת הרמב"ם שם, דשומא הדר אף מלוקח.

אך קודם שהגבוהו בי"ד: סמ"ע – אם לא עשו שומא והכרזה יכול הלוקח לסלק למלוה בשווי השדה אף אם אינה עולה כל החוב. אך לאחר שומא והכרזה אינו יכול אח"כ יתן לו דמי כל החוב. ש"ך – בכל ענין יכול לסלקו בשווי השדה או השומא ואינו צריך ליתן לו דמי כל החוב.

4. אם ב' לוקחים לקחו השדות, אין יכול האחד לומר למלוה שיקבל השדה ביותר משוויו דלאו בעל דברים דידיה הוא.

סעיף ד

אחר שכותבין הטרפא, מורידין שלשה בקיין לאותה שדה ושמן לו ממנה כשיעור חובו, כפי מה שראוי לו מהקרן וחצי השבח כפי מה ששוה עתה, ומכריזין עליה שלשים יום כדרך שמכריזים על נכסי יתומים שנתבאר בסי' ק"ט.

ואחר כך משביעין את הלוח בתקנת הגאונים שאין לו כלום, אם היה הלוח עמנו במדינה. ומשביעין את הטורף בנקיטת חפץ שלא נפרע חוב זה, ושלא מחלו ושלא מכרו לאחר, וכולל בשבועתו שאין זה שטר אמנה, ואם (הוא) תוך הזמן, טורף בלא שבועה.

ואח"כ מורידין אותו לנכסי הלוקח בשומא, על פי מה שנתבאר בסי' ק"ג, וכותבים הורדה, וכותבים בה שהכירו שהיא של פלוני הלוח, וכותבים שקרעו הטרפא.

אם גובה המלוה בתוך הזמן, אין צריך לישבע כדעת הרמב"ם, ולא כדעת הרא"ש ורבינו האי.

סעיף ה

ב"ד ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו בכל שהוא, מכרן בטל. (ויש אומרים שדינו כמו גבי יתומים לעיל סימן ק"ט סעיף ג') (טור). ואם יבא שום אדם ויעלה אותה שדה יותר ממה ששמוה ב"ד, והמלוה רוצה ליקח אותה, צריך לקבלה באותה עילוי.

שומא בטעות: שו"ע – אפי' בכל שהוא מכרן בטל, דהם שליחים של הלוקח, ושליח שטעה אפי' בכל שהוא מכרו בטל ד'לתקוני שדרתך ולא לעוותי'. רמ"א – דינם כמו ששמו ליתומים וטעו, שאם עשו שומא והכרזה כדן אפי' טעו ומכרו שוה מאתיים במנה מכרן קיים. דאין חילוק בין לוקח לבין יתום.

סעיף ו

אם בע"ח ולוקח באים להוסיף כל אחד על חבירו, נותנים השדה לאותו שמוסיף יותר, אם התוספת הוא עד כנגד כל דמי החוב. כיון שההכרזה היא לתועלת הלוקח אולי ימצא מי שיתן בה יותר משוויה, ויפרע הלוח מחובו.

אבל אם הלוקח רוצה להוסיף מעט על שומת ב"ד, ולא יהיה כל החוב פרוע, אין שומעין לו. כיון שודאי לתועלתו הוא מכון, דרוצה שתשאר הקרקע בידו ואח"כ יחזור על המוכר ויפרע ממנו מעותיו. אך אם מסלקו בדמי כל החוב יכול, כיון שהלוקח יכול לסלק למלוה בדמי חובו, משא"כ כשרק מוסיף על השומא והחוב נשאר אין זה מדין סילוק אלא מדין שומא ובכה"ג אמרינן שאין זה שומא אמיתית אלא לתועלתו מכון.

סעיף ז

אם המלוה אומר: אקבל הקרקע בכל חובי בלא שומת בית דין, והלוקח אומר: לא כי אלא ישומו אותה בית דין ואני אתן כפי שומתן, אין שומעין ללוקח. הרא"ש כתב הטעם מפני פסידא דלוח, שהרי אם ישמעו ללוקח לא יפטר הלוח מחובו.

מה הדין אם המלוה רוצה ליקחנה ביותר מחובו, והיורשים רוצים שומא ולא הניח נכסים נוספים? סמ"ע – שומעים ליורשים, שהרי אין פסידא ללוח שמת, וכיון ששומא הדר היורשים מעדיפים שהשומא תהיה נמוכה כדי שיוכלו אח"כ לפדותה ולא יצטרכו ליתן לו כל דמי החוב. ש"ך – שומעין למלוה, וביאר הטעם בסימן קטו.

ב"ה יום אי י"ט שבט ה'תשע"ה

סימן קיז

דין העושה שדהו או עבדו אפותיקי, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

העושה שדהו אפותיקי לבעל חובו או לאשה בכתובתה, והוא שיכתוב להם: מכאן תגבו, ושטפה נהר, הרי זה גובה משאר נכסים וטורף אותם. אבל כל זמן שהיא בידו אינו יכול לסלקו בנכסים אחרים, רק במעות (המגיד פ"ח מה' מלוה ור"ן), ויש חולקין (טור). ואם התנה עמו שלא יהא לו פרעון אלא מזו, אינו גובה משאר נכסים. ואם מכרה לאחר ובא בעל חוב זה לטרפה, אינו יכול לסלקו בדמים (טור סי' קט"ו), מאחר שהתנה עמו שלא יהא לו פרעון אלא מזו. הגה: עשה שדהו אפותיקי מפורש, שאמר ליה: לא יהא לך פרעון אלא מזו, ונמצא השדה לא היתה שלו, יש אומרים דגובה משאר נכסים (רבינו ירוחם נתיב ו' חלק ג' בשם התוס'). אבל אם טרף ממנו בעל חוב מוקדם, אינו חוזר עליו (שם). עשה שדהו אפותיקי לבעל חובו, או לאשה בכתובתה, ומכרה, הרי זו מכורה, וכשיבא בעל חוב לגבות, אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה. בד"א, כשמכרה לשעתה. אבל אם מכרה ממכר עולם, אינה מכורה. הגה: זהו דעת רמב"ם; אבל רוב המפרשים חולקין, וסבירא להו דאפי' יש כאן בני חורין טורף מאפותיקי מפורש; ואם מכר, המכר קיים עד שעת טירפא, וכן עיקר (טור והמגיד פ"ח וב"י).

1. העושה שדהו אפותיקי סתם, כגון שאמר לבע"ח או לאשה בכתובתה: מכאן תגבו, מה דינו?

אם שטפה נהר – גובה משאר נכסים, ואף מוציא אותם מהלקוחות. אך אם האפותיקי בעין – האם יכול הלואה לסלקו בנכסים אחרים? לא, רק במעות דאפי' באפותיקי מפורש יכול לסלק במעות. כ"כ הר"ן בגיטין מא. וי"א שכן, כן דעת הטור. ואם מכרה הלואה ויש לו בני חורין – אינו טורף מהלקוחות. אך אם אין לו בני חורין – גובה את האפותיקי מהלקוחות, שלא כסדרי הגבייה הרגילים, אלא יכול להוציאה אפי' מלוקח ראשון.

2. העושה שדהו אפותיקי מפורש, כגון שאמר לו: לא יהא לך פרעון אלא מזו, מה דינו?

אם שטפה נהר – אינו גובה משאר נכסים, דנסתחפה שדהו. אך אם נמצאת שאינה של הלואה, גובה משאר נכסים דאפותיקי בטעות הוה, ונמצא שמעיקרא לא חל כלום; כדעת התוס' ולא כדעת הרמב"ן שאפי' הכי אינו חוזר עליו. אך אם גבאה בע"ח מוקדם אינו חוזר עליו דנסתחפה שדהו.

אך אם האפותיקי בעין, גובה ממנה ואפי' מן הלקוחות ואע"פ שיש לו בני חורין. וכ"ש שאין הלואה יכול לסלקו בקרקעות אחרות, אא"כ רוצה לסלקו במעות או במטלטלין דדינן כמעות, סמ"ע.

גיטין מא. "איתמר: העושה שדהו אפותיקי לאחרים ושטפה נהר, אמי שפיר נאה א"ר יוחנן: אינו גובה משאר נכסים, ואבוא דשמואל אמר: גובה משאר נכסים. אמר רב נחמן בר יצחק: משום דאמי שפיר נאה הוא, אומר שמעתא דלא שפירן; תתרגם שמעתיה, דא"ל: לא יהא לך פרעון אלא מזו. תניא נמי הכי: העושה שדהו אפותיקי לאחר ושטפה נהר – גובה משאר נכסים, ואם אמר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו – אינו גובה משאר נכסים". מבואר שהעושה שדהו אפותיקי ושטפה נהר, אם עשה אפותיקי סתם – גובה משאר נכסים, אך אם עשאה אפותיקי מפורש – אינו גובה; וכן פסק השו"ע לדינא.

כמו כן מבואר בהמשך: "תניא אידך: העושה שדהו אפותיקי לבע"ח ולכתובת אשה – גובין משאר נכסים; רשב"ג אומר: בעל חוב גובה משאר נכסים, אשה אינה גובה משאר נכסים, שאין דרכה של אשה לחזר על בתי דינין". השו"ע פוסק כת"ק שאף בכתובה גובה משאר נכסים, כדעת הר"ף, הרמב"ם והרמב"ן; ולאפוקי מדעת רבינו יונה והרשב"א שפסקו כרשב"ג.

הרי"ף ביאר שהסיפא מדברת באפותיקי סתם, ומדובר שלאחר שעשאה אפותיקי מכרה ללוקח, ולכן גובה משאר נכסים ולגבי אשה נחלקו האם המכר חל וגובה משאר נכסים כת"ק, או שהמכר בטל. אולם, באפותיקי מפורש המכר קיים עד שיבוא המלוה לגבות חובו, ואין הלוקח יכול לדחותו אצל בני חורין. וכן ביארו רש"י ותוס' ושאר הראשונים. הרי"ן כתב שבאפותיקי מפורש יש מח' בירושלמי האם המכר קיים עד שעת גובינא, או שהוא בטל לאלתר וכתב הרמב"ן שהמכר

קיים עד שעת הגוביינא כיון שיש לנו ספק ולא נוציא מהלוקח המוחזק. א"כ מבואר שדווקא כשמכר הלוח את האפותיקי יכול לפרעו משאר נכסים, אולם אם הקרקע ברשותו אינו יכול לדחותו לנכסים אחרים.

אולם, הטור כתב שאף כשהאפותיקי ברשותו יכול לדחותו ומה שכתב לו אפותיקי כדי שאם ימכור כל נכסיו לא יוכל הלוקח הראשון לדחותו אצל לוקח אחרון. ועוד שאם הוא בע"ח מאוחר אין בע"ח מוקדם יכול להוציא מידו, כל זמן שיש לו שדות אחרות לגבות מהם (כ"כ הב"ח בדעתו). וצ"ל שהוא הבין שהברייתא מדברת כפשטה אפי' כשלא מכר הלוח קרקעותיו, וקמ"ל שאע"פ שעשה לו אפותיקי יכול הלוח להגבותו משאר נכסים.

בדברי הרמ"א משמע שלדעת הרמב"ם אף באפותיקי מפורש אם יש ללוח בני חורין אין המלוה גובה ממנו, והאריך לבאר שאין כוונתו לזה, וודאי שהרמב"ם לא חולק ומודה שבאפותיקי מפורש גובה מלקוחות אע"פ שיש ללוח בני חרי.

3. אם מכר הלוח האפותיקי: אם מכרה עד שיגבנה בע"ח: הרי זו מכורה, ואם לא ימצא הבע"ח נכסים בני"ח גובה ממנה (ובאפותיקי מפורש גובה אפי' יש בני"ח). אם מכרה עולמית: שו"ע – אינה מכורה כדעת הרמב"ם. רמ"א – מכורה עד שיגבנה הבע"ח, כדעת רוב הראשונים.

הר"ף הביא ירושלמי ביבמות: "העושה שדהו אפותיקי לאשה בכתובתה או לבע"ח בחובו ומכרה מכורה והלוקח יחוש לעצמו, רשב"ג אומר לאשה בכתובתה אינה מכורה שלא עלה על דעת שתהא מחזרת על בתי דינין הוי כשמכרן לשעה אפי' קיימין אבל אם לא מכרן לשעה דברי הכל אינן מכורין". הר"ן כתב שמדובר במוכר נכסי צאן ברזל, אך באפותיקי אפי' מכרן לעולם הם מכורין, א"כ לא ימצא בע"ח ממי לגבות שאז יבוא ויגבה ממנו. וכן ביארו רוב הראשונים וזהו דעת הרמ"א. אולם, הרמב"ם פסק את דברי הירושלמי והראב"ד השיג עליו שלא הבין אותה, אולם ה"ה ביאר שכוונתו שאם מכר לשעה מכירתו מכירה, דכיון שהלוקח יודע שהוא קנה אפותיקי הרי הוא צריך לחשוש שאם הלוח ימכור כל קרקעותיו הרי המלוה יבוא אליו ויטרוף ממנו האפותיקי, ולכן אם מכר לעולם ולא הודיע לו שהיא אפותיקי המכירה בטלה. וכן פסק השו"ע שכאשר מכר מכירה עולמית, ולא הודיעו שמוכר לו עד שיבוא הבע"ח ויגבה – המכירה בטלה, וכתב הסמ"ע שבאפותיקי מפורש גם הרמב"ם יודה, דכיון שיש לו קול לא היה המוכר צריך להודיע ללוקח.

סעיף ב

משכונא, אם משכנה לו סתם, דינה כאפותיקי סתם. ואם פירש לו; לא יהא לך פרעון אלא ממנה, דינה כאפותיקי מפורש.

קמ"ל שאם אמר לא יהא לך פרעון אלא מזו, אל תאמר שאין כוונתו לאכילת פירות בלבד, אלא גם לאפותיקי מפורש. עוד קמ"ל שאל תאמר שכיון שאוכל פירותיה לא יוכל לסלקו במעות, אלא דינה ככל אפותיקי מפורש ולא יותר; סמ"ע.

סעיף 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.

1. עשה שורו וה"ה שאר מטלטלין אפותיקי ומכרו – אין בע"ח גובה ממנו, כיון שאין להם קול. ב"ב מד. "דאמר רבא: עשה עבדו אפותיקי ומכרו - בעל חוב גובה ממנו, שורו וחמורו אפותיקי ומכרו - אין בעל חוב גובה הימנו, מאי טעמא? האי אית ליה קלא, והא לית ליה קלא". ואפי' עשה אפותיקי בשטר דמטלטלין לאו בני שטרא נינהו, דלוקחן לביתו ואין עומד ליכרון; סמ"ע. ואפי' ידע הלוקח מהאפותיקי – לא פלוג רבנן.

2. מה הדין אם נתנו במתנה? רשב"א – אינו גובה דמתנה כמכר. קצות – סתירה בדברי התוס' בתוס' ב"ק קח. מבואר שדווקא גבי לוקח כיון שאין קול, לא אפשרנו רבנן ללוקח. משא"כ במתנה אינו יכול ליתן מה שמשעבד לחברו, ולא שייך בזה פסידא דלקוחות.

סעיף ד

וכן לענין קדימה, אם עשה מטלטלין אפותיקי, אפילו מפורש בשטר לראשון, וקדם מלוה מאוחר וגבאם, זכה, והוא שלא שעבד לו אגב קרקע, שאם שעבד לו אגב קרקע, אם קדם מלוה מאוחר וגבאם לא זכה.

לענין קדימה בין המלוים:

1. אם עשה מטלטלין אפותיקי אפי' בשטר – אם קדם השני וגובה זכה. דלא פלוג רבנן וביטלו שעבודו דלית לו קול.

מפשט לשון השו"ע משמע דווקא אם קדם וגבה, אך אם באו לגבות כאחד קודם הראשון; כיון שיש קדימה במטלטלין מיניה. וכן נראית דעתו בסימן קד סעיף א וג, אולם דעת הסמ"ע בהבנת השו"ע שאין קדימה, ואף כשבאו לגבות כאחד חולקין בשווה. וכבר נתבאר דין זה בסימן קד, א.

2. אך אם שעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי – אפי' קדם השני וגבה מוציאין ממנו. דדוקא בלוקח עשו תקנת השוק, אך במלוה לא.

סעיף ה

עשה עבדו אפותיקי, אפילו בסתם, ומכרו, בעל חוב גובה ממנו, מפני שיש לו קול.

מפני שיש לו קול גובה ממנו, דהיה ללקוחות לזיזה. כמו שלקרקע יש קול והיה להם לזיזה.

מדוע יש לו קול? מפני שהוא מדבר ומודיע לרבים שרבו עשאו אפותיקי. כ"כ הרא"ש בתשובה (פו, יא) וכן ביאר הסמ"ע.

סעיף ו

עבד שעשאו רבו אפותיקי, ושחררו, אף על פי שכתב לו: לא יהיה לך פרעון אלא מזה, יצא לחירות, דהקדש מפקיע מידי שעבוד. ובעל חוב גובה חובו מהלוה מדין מזיק שעבדו של חברו וכותב עליו שטר, וטורף מזמן זה השטר שהרי פקע החוב הראשון דמיירי באפותיקי מפורש, אלא שנתחייב לו עתה מדין מזיק, ועל כך כותב לו שטר חוב חדש; וכופין את רבו השני לשחררו, מפני תיקון העולם, שלא ימצאנו בשוק ויאמר לו: עבדי אתה.

גיטין מ: במשנה: "עבד שעשאו רבו אפותיקי לאחרים ושיחררו, שורת הדין אין העבד חייב כלום, אלא מפני תיקון העולם, כופין את רבו ועושה אותו בן חורין, וכותב שטר על דמיו; רבן שמעון בן גמליאל אומר: אינו כותב אלא משחרר". ובגמ' יש ב' אפשרויות לבאר המשנה והראשונה: "מי שחררו? אמר רב: רבו ראשון; שורת הדין אין העבד חייב כלום לרבו שני, כדרבא, דאמר רבא: הקדש, חמץ, ושחרור - מפקיעין מידי שיעבוד, אלא מפני תיקון העולם, שמא ימצאנו בשוק ויאמר לו עבדי אתה, כופין את רבו שני ועושה אותו בן חורין, וכותב עבד שטר על דמיו (פירש הריטב"א שהעבד כותב כדי לשכנע המלוה לכתוב לו שטר שחרור, אך לא מחמת שחייב לו מעיקר הדין); רשב"ג אומר: אין העבד כותב אלא משחרר כותב. במאי קא מיפלגי? במזיק שיעבדו של חברו קא מיפלגי, דמר סבר: חייב, ומ"ס: פטור". וכתבו הראשונים דקי"ל כפירוש זה וכרשב"ג, דקי"ל דדאין דינא דגרמי. וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם. אולם, הרשב"ד חלק ופסק כרבנן וכתב דלא דמי לשורף שט"ח של חברו, דהכא עשה בשלו, שהרי קנין הגוף שלו וממילא פקע שעבודו של חברו. ופסק השו"ע כרוב הראשונים.

וכתב הר"ן דמיירי באפותיקי מפורש, דאי לאו הכי לא פקע חובו של השני, דחוזר המלוה וגובה חובו משאר נכסיו של הלוה. ודווקא באפותיקי מפורש פקע החוב, דומיא דשדה ששטפה נהר.

סעיף ז

איסור הנאה מפקיע מידי שעבוד, כמו קדושת הגוף כההוא אצטלא דפרסוה אמיתנא על דעת שיקבר עמו, אין בעל חוב גובה ממנו. הגה: אבל קדושת דמים אינו מפקיע מידי שעבוד, אלא יפדנו המלוה בדבר מועט, שלא יאמרו: הקדש יוצא לחולין בלא פדיון. ודמי הפדיון יוסיף על החוב, ויגבנו מן הלוה (טור ס"ז). ואפילו בקדושת הגוף לא יכול לאוסרן על המלוה לחוד, לומר יהיו נכסי קונם עליו, אלא אם כן אסרן על כל העולם (מרדכי פ' המדיר ופ' ג"פ בשם מהר"ם). ויש חולקין (ר"ן אף על פי ונ"י פ' אלמנה שתי הדעות).

1. איסור הנאה מפקיע מידי שעבוד, כמו קדושת הגוף. ולכן בגד שפרסוהו על המת ודווקא שפרסוהו אך ייחוד בעלמא אינו אוסר ע"ד שיקבר עמו, הרי הוא כמת ואסור בהנאה, ושוב אין בע"ח גובה ממנו. יבמות סו: "היה איתתא דעיילה ליה לגברא איצטלא דמילתא בכתובתה, שכיב, שקלוה יתמי ופרסוה אמיתנא, אמר רבא: קנייה מיתנא. וכו' רבא לטעמיה, דאמר רבא: הקדש, חמץ, ושחרור - מפקיעין מידי שעבוד".

2. דווקא הקדש הגוף מפקיע מידי שעבוד, דהיינו שהקדש בהמה למזבח, ובזמננו אין הקדש הגוף ולכן השמיט השו"ע דין זה וכתבו הרמ"א. אולם קדושת דמים אינה מפקיעה שעבוד. אך צריך לפדותו בדבר מועט, ומוסיף דבר זה על חובו וגובהו מהלוה. והטעם כדי שלא יאמרו שהקדש יוצא לחולין בלא פדיון, אך באמת ההקדש כלל לא חל.

כן דעת רוב הראשונים כדי ליישב דברי רבא שהקדש מפקיע מידי שעבוד, עם המשנה בערכין כג: "המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב, אין האשה יכולה לגבות כתובתה מן ההקדש ולא ב"ח את חובו, אלא הפודה פודה ע"מ ליתן לאשה בכתובתה ולבעל חוב את חובו. הקדיש תשעיים מנה והיה חובו מאה מנה, מוסיף עוד דינר, ופודה את הנכסים האלו על מנת ליתן לאשה כתובתה ולבעל חוב את חובו". ובגמ' "דא"ר אבהו: שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון". א"כ משמע שההקדש לא חל! תירצו הראשונים דקדושת הגוף מפקיעה השעבוד לגמרי, ובהכי דיבר רבא. אולם, קדושת דמים לא אלימא לאפקועי שיעבוד, ולכן היא לא חלה כלל, אלא שכדי שלא יראה שהקדש יוצא בלא פדיון מוסיף עוד דינר. אמנם, דעת רב האי שאין חילוק ביניהם, אלא החילוק הוא האם חוץ מההקדש יש לו עוד נכסים כדי לפדות חובו, שאז ההקדש חל או לא. ודעת הרמב"ם שהקדש הגוף מפקיע עולמית, והקדש דמים מפקיע לזמן עד שיפדה, ולאחר שיפדה יחזור ויגבה המלוה שעבודו. ופסקו כרוב הראשונים.

3. האם יכול לאסור החפץ בקונם על המלוה לבדו? לא, דאע"פ שקונם הוא כקדושת הגוף, אך א"א לאסור על המלוה לבדו. ויש חולקים שיכול, אך מנדין אותו עד שישאל על נדרו; סמ"ע.

ב"ה יום ב' כ' שבט ה'תשע"ה

סימן קכ

הזרק חובו סתם, או בתורת גיטין, וזרקו ונאבד, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

המעות באחריות הלוח, עד שיפרענו ליד המלוה או ליד שלוחו. ואם זרקן בפניו, ונאבדו, חייב. אפילו אמר: זרוק לי חובי, וזרקו ונאבדו, חייב. אבל אמר לו: זרוק לי חובי והפטר, וזרקו, אפילו רחוק למלוה, ונאבד קודם שיגיע לידו, פטור, שהרי הרשהו בכך. אמר לו: זרוק לי חובי בתורת גיטין, היו המעות קרובות ללוח עדיין הם באחריותו; היו קרובות למלוה, נפטר הלוח; מחצה על מחצה, אם אבדו משם או נגנבו, משלם הלוח מחצה. הגה: כיצד, זרק לו לתוך ד' אמותיו של מלוה, פטור; חוץ לד' אמותיו, אם המלוה יכול לשמרו ולא הלוח, פטור; ואם הלוח יכול לשמרו ולא המלוה, חייב. שניהם יכולים לשמרו, הוה ליה מחצה על מחצה ושניהם חייבים (טור). אבל שניהם אין יכולים לשמרו, הוה ליה כזורקו למקום האבוד וחייב הלוח (בית יוסף).

1. מעות הפרעון באחריות המלוה עד שיפרע ליד המלוה או שלוחו. ואם זרק בפניו ונאבדו – חייב.
2. אם אמר לו המלוה זרוק לי חובי וזרקו ונאבד קודם שהגיע לידו – חייב; דמסתמא זרוק ושמור קאמר ליה.
3. אם אמר לו זרוק לי חובי והפטר: אפי' זרקו רחוק מהמלוה ונאבד קודם שהגיע לידו פטור, כדעת הרמב"ם ולא כרשב"א, שבכה"ג עדיין הם באחריות הלוח.
4. אם אמר לו: זרוק לי חובי בתורת גיטין אפי' לא אמר והפטר; סמ"ע: קרובות למלוה – פטור, קרובות ללוח – חייב. מחצה על מחצה – יחלוקו ומשלם הלוח מחצה. הרמ"א ביאר שבתוך ד"א למלוה – פטור בכל ענין. חוץ לד"א – אם המלוה יכול לשמרו פטור, הלוח יכול לשמרו ולא המלוה – חייב. שניהם יכולים ביחד או לחוד – יחלוקו. א"א אינו יכול – חייב, דהוי כזורקו למקום האבוד.

גיטין עח. "וכן לענין החוב, אמר לו בעל חובו זרוק לי חובי וזרקו לו, קרוב למלוה - זכה המלוה, קרוב ללוח - הלוח חייב, מחצה על מחצה - שניהם יחלוקו". ובגמ' רב ביאר שקרוב לו היינו בד"א, וקרוב לה היינו בד"א, ומחצה על מחצה היינו בב' כיתי עדים. אולם ר' יוחנן ביאר שקרוב לה ולו היינו כשא' יכול לשמרו ולא חברו, ושניהם יכולים לשמרו זהו מחצה על מחצה.

ובעמוד ב: "אמר ר' אסי אמר ר' יוחנן: לגיטין אמרו ולא לדבר אחר. איתביה רבי אבא לר' אסי: וכן לענין קדושין! שאני התם, דכתי': ויצאה... והיתה. **איתביה: וכן לענין החוב,** זרוק לי חובי וזרקו לו, קרוב למלוה - זכה הלוח, קרוב ללוח - הלוח חייב, מחצה על מחצה - שניהם יחלוקו! הכא במאי עסקינן - דאמר ליה זרוק לי חובי ותיפטר. אי הכי, מאי למימרא? לא צריכא, דאמר ליה זרוק לי חובי בתורת גיטין. ואכתי מאי למימרא? מהו דתימא, מצי אמר ליה משטה אני בדך, קמ"ל."

הב"י כתב שהרמב"ם בהלכות אישות ביאר קרוב לו ולה כדברי ר' יוחנן, ומסתבר דה"ה לענין ממון. ונראה שכך פסק ולכן לא ביאר מהו קרוב לו ולה. אולם, התקשה בדברי הטור מדוע כתב בתחילה ד"א ואח"כ האם זה משתמר בידו? וכתב שנראה שהבין שאין מח' בין רב לר' יוחנן, אלא שבתוך ד"א קנה מדין ד"א ונפטר, וחוץ לד"א זה תלוי בשאלה האם זה משתמר בידו או לא, ושכן ביאר הרא"ש. וכך מתבארים דברי הרמ"א.

סעיף ב

במה דברים אמורים, בסתם, שלא גלה המלוה דעתו שאינו רוצה לקבלם; לפיכך אם זרקו לו ונאבד, חייב, שאומר לו: אילו נתתם לי הייתי שומרם. אבל אם אמר לו הלוח: הילך מעותיך, ולא רצה המלוה לקבלם וזרקם לפניו, אם הוא במקום שמלוה משתלמת שם, נפטר ואינו צריך להביאם לב"ד, דפרעון בעל כרחו פרעון. וכן אם אמר לו: הנה מעותיך צרורים בביתי בא וטול מעותיך (וע' לקמן סי' ע"ד ס"ו), והמלוה מסרב מלקחתם, ונגנבו או נאבדו, פטור הלוח, אלא אם כן פשע בהם ונגנבו או אבדו. הגה: ויש חולקים בזה (מרדכי שם פ' מי שאחזו). אם פרע לאשת המלוה, אם היא בת דעת נפטר הלוח בכך, כאילו נתנו למלוה עצמו (תשובת הרשב"א אלף צ"ו). ראובן שהיה חייב לשמעון, וכשהגיע

זמן הפרעון א"ל שמעון שיתעסק בהן למחצית שכן, ונאנסו אחר כך ביד הלוה, חייב בכל האונסין כמו בתחלה, מאחר שהיו תחלה באחריותו ולא נשתנה מכח דיבור בעלמא (מרדכי פרק החובל).

1. הדין שאמרנו הוא דווקא שלא גילה המלוה דעתו, דאמרינן אילו נתנם לו ביד היה שומרם, ולכן חייב הלוה אם זרקם לפניו. אולם, אם המלוה לא רצה לקבל חובו – פטור אם זרקו לפניו במקום שפורעין בו. כ"כ הרמב"ן, וטעמו דמלוה משתלמת בע"כ של מלוה.

2. כמו כן, אם אמר לו הנה מעותיך צרורים בביתי בא וטלם, והמלוה מסרב ונגנבו או אבדו פטור הלוה. וקשה מדוע בסי' רצח חייב וצריך להשיבם לידו? סמ"ע שאני הכא שהביאם בידו לפרעו ולא רצה, לכן יכול להניחם בביתו עד שירצה. ש"ך – שם לא אמר לו שהם צרורים, ולכן יכול להוציאם הלוה ולהשתמש בהם ולא מחשבי כבידו של המלוה. משא"כ הכא שאומר לו 'צרורים וחתומים' ואין הלוה יכול להשתמש בהם, וקנאם המלוה מיד.

אם פשע הלוה ונגנבו או אבדו – חייב, ויש חולקים ופוטרים ויש המחייבים. אך יכול לומר איני רוצה להיות אף שומר חנם ונפטר אף מפשיעה.

3. אם פרע לאשת המלוה – אם בת דעת פטור. הסמ"ע ביאר דווקא כשהיא נוי"נ בתוך הבית, אך בלאו הכי לא, דהלואה כשאלה ובשאלה לא סגי שיחזיר לבני ביתו הגדולים, ודוקא כשנו"נ שידה כידו. והמהרש"ל חולק וסי"ל שאפי' כשנו"נ – חייב.

ב"ה יום ה' לי שבט ה'תשע"ה

הלכות הרשאה

סימן קכב

אם מת המלוה או שביטל השליחות או ההרשאה, ובו ט' סעיפים.

סעיף א

אף על פי שלוחה ששלח למלוה חובו בצווי על ידי שלוחו, ונאבד, פטור, כמו שנתבאר בסימן שקודם זה, אם ירצה הלוח לא ישלחו לו ע"י שלוחו, אפילו אם יש עדים שעשאו שליח להביאו לו, עד שיבא בהרשאה. הגה: מיהו נוהגין האידנא שאם מעמיד לו ערב בעד הרשאה צריך לדון עמו, אף על פי שאינו שלוחו כלל, אם נראה לב"ד שהוא זכות למלוה, דזכין לאדם שלא בפניו (פסקי מהרא"י סי' ר"ז). והטעם, מפני שיש לחוש שמא ימות המלוה קודם שיתן לשליח, ואם נאנסו בדרך יהיה חייב לשלם ליורשים, כיון שלא נתנם לו עד שמת המלוה, לפיכך עצה טובה ללוה או לנפקד שלא יתנו לשליח אלא א"כ בא בהרשאה שהקנה לו בקנין אגב קרקע מה שיש לו אצל פלוני. הגה: מיהו אם ידוע שמת, לא יתנו לשליח (תשובת הרא"ש כלל ס"ב).

1. העושה שליח בעדים לגבות חובו ומת המשלח, ואח"כ שילם הלוח ליד השליח ונאנסו המעות בידו – חייב לשלם, ואע"פ שלא ידע שמת. דכיון שמת בטלה השליחות וזכו היורשים בממון, ונמצא שכששילם ליד השליח לא פרע חובו. לכן, יכול הנתבע לומר לשליח איני רוצה לשלם לידך. אך בלאו הכי אינו יכול לומר לו: לאו בע"ד ידידי את, שהרי הוא שלוחו ושלוחו כמותו; רא"ש.

לכן, עצה טובה ללוה שלא ישלם לשליח עד שיבוא בהרשאה, דהיינו שיקנה לו המעות בקנין אגב. ובכה"ג אפי' מת המלוה ואח"כ פרע הלוח חובו לא הפסיד, שהרי לענין זה השליח הוא המלוה.

כ"כ לשיטתו בסעי' ב, שאע"פ שביטל המלוה השליחות בעדים, אם לא ידע מזה הלוח ונתן לשליח – פטור. אולם, לשיטת הרמ"א שאם ביטל השליחות והלוח לא ידע מזה ושילם – חייב, א"כ גם מטעם זה יכול לומר לו שאינו רוצה לפרוע ליד השליח עד שיבוא בהרשאה. אך לולי זה אינו יכול לומר לו: לאו בע"ד ידידי את, שהרי הוא שליחו של המלוה. כ"כ הרא"ש בהבנת דברי הר"ף.

ודעת הש"ך שלדברי בעל העיטור חייב לשלם לשליח, דלמיתה לא חיישינן אלא בזקן (והיינו עובדא דב"ק קד), ולחזרה לא חיישינן דכמו שחזקה שליח עושה שליחותו כך בעה"ב אינו חוזר בו משליחותו. וכיון שלא היה הלוח צריך לחשוש לכך – אם שילם פטור אע"פ שלמפרע התברר שהמשלח ביטל שליחותו.

מקור הדין: ב"ק קד. "איתמר: שליח שעשאו בעדים – רב חסדא אמר: הוי שליח, רבה אמר: לא הוי שליח". ובהמשך הגמ': "רבי יוחנן ורבי אלעזר דאמרי תרוייהו: שליח שעשאו בעדים הוי שליח". וכן פסקו הראשונים, וביאר רש"י דהיינו לענין שאם שילם הלוח ליד המלוה ונאנסו המעות מיד השליח ולא הגיעו למשלח – אפי' הלוח פטור, **דכשהגיעו המעות ליד השליח הרי זה כהגיעו ליד המשלח.**

ובהמשך הגמ' שם בעמוד ב: "כי הא דרבי אבא הוי מסיק זוזי בדבר יוסף בר חמא, א"ל לרב ספרא: בהדי דאתית אייתינהו ניהלי. כי אזל להתם, אמר ליה רבא בריה: מי כתב לך התקבלתי? א"ל: לא. אי הכי, זיל ברישא ויכתוב לך התקבלתי. לסוף אמר ליה: אי כתב לך נמי התקבלתי לאו כלום הוא, דלמא אדאתית שכיב רבי אבא ונפלו זוזי קמי יתמי, והתקבלתי דרבי אבא לאו כלום הוא. א"ל: ואלא מאי תקנתא? זיל נקנינהו לך אגב ארעא, ותא את כתוב לך התקבלתי. כי הא דרב פפא הוה מסיק תריסר אלפי זוזי בי חוזאי, אקנינהו ניהליה לרב שמואל בר אבא אגב אסיפא דביתיה, כי אתא, נפק לאפיה עד תואד". **מבואר שאע"פ שעשאו בעדים אין הלוח חייב לשלם לו**, ואע"פ שאם ישלם לו יפטור מהמלוה אע"פ שיאנסו בידו, אך יכול לטעון שאולי המלוה מת קודם שמשלם לו ונפל החוב קמי יתמי ונתבטלה השליחות, ובכה"ג אם יאנסו בידו – יתחייב הלוח לשלם שוב ליתומים. וכדי להתגבר על בעיה זו יכול להקנות לו החוב בקנין אגב, ובכה"ג אפי' ימות מהני. **כך פשטות הסוגיא וכך נקט השו"ע.**

הרי"ף כתב שאע"פ שהעושה שליח בעדים הוי שליח, אך אין הנתבע חייב ליתנו לידו דיכול לומר לו: לאו בעל דברים ידידי את. **והתקשה הרא"ש** מדוע? הרי קי"ל ששלוחו כמותו, ויד השליח כיד הבעלים וא"כ מדוע יוכל לסרב לשלם לו? ויתרץ שאע"פ שעשאו שליח בעדים יכול לבטלו, ונמצא שאם ביטלו קודם ששילם לו ולא ידע הנתבע מהביטול ושילם לשליח, ואח"כ נאנסו המעות ביד השליח – חייב הנתבע לשלם שוב; דכיון שלא היה שלוחו באותה שעה – א"כ לא באו המעות לידו. ונמצא שבמקרה של רב ספרא הצורך בהקנאה באגב היה לא רק בגלל החשש שמא ימות ר' אבא, אלא אף מפני החשש שמא יבטל השליחות. **וכך נקטו הטור והרמ"א לדינא**, כמבואר בסעי' ב.

אולם, דעת השו"ע שאף אם ביטל המשלח שליחותו, אם נתן הנתבע המעות ליד השליח ולא ידע שהמשלח ביטלו – פטור מלשלם לו שנית, דאע"פ שיכול המשלח לבטל שליחו, אך אין לנתבע לחוש להכי, וממילא אדעת זה עשאו שליח, שאף אם יבטלו ולא ידע מזה – פטור. **וכן דעת העיטור, וכן פסק השו"ע**. ולכן לא יכל השו"ע לבאר שהצורך בהרשאה הוא כדי להתגבר על חשש ביטול השליחות, אלא כדי להתגבר על חשש מיתה.

אולם, דעת הש"ך וכן מבואר בבעה"ת (שער נ', חלק ג אות ו, וכתב שם שגם העיטור מסכים לזה, אולם בטור כתוב אחרת בשם העיטור) ששליח שעשאו בעדים לא חיישינן לחזרה, דכמו שחזקה שליח עושה שליחותו כך חזקה שאין בעה"ב מבטל שליחותו, והנתבע יכול לסמוך על חזקה זו ולא לחשוש לביטול. וכן לא חיישינן למיתה, דמיתה לא שכיחא וכמו שבבבלי דוכתי לא חיישינן למיתה. ועוד כתב שאפי' אם מת המשלח לא בטלה שליחות השליח, ולכן אע"פ שמת קודם ששילם לו ואח"כ נאנסו המעות מיד השליח – פטור הנתבע. **אלא שקשה** שהרי מבואר בגמ' שהוא חשש למיתתו של ר' אבא? **לכן ביאר שבגמ' מדובר בפקדון ולא בהלואה** (כפי' הרשב"א והרמב"ן מטעם אחר, שבהלואה לא מועילה הקנאה באגב דאינה בעולם), וחשש שאם ימות היתומים יטענו שהשליח החליף מעות הפקדון וכדו', ויחייבוהו לשלם להם שוב, ומאביהם לא חשש שיעזו פניו לשקר בו. אך בהלואה היו מחוייבים לשלם המעות ביד השליח, ולא יכלו לסרב. **ולכן ביאר הש"ך שאם הם מודים שהם חייבים לו את הממון – הם חייבים לשלחו ביד השליח**, ואינם יכולים לסרב. אולם, אם הם טוענים שהם רוצים לירד לדין עמו, כיון שיש להם כל מיני טענות עליו, ככה"ג הרי הם יכולים לטעון 'לאו בע"ד ידידי אתי' ולא לשלם לו, שהרי השליח אינו יכול לייצג את המשלח בדין, שהרי אינו בעל דין שלהם; ורק בשביל הדבר הזה צריך הרשאה, כדי שהמורשה יוכל גם לירד לדין עם הנתבע.

לסיכום: דעת השו"ע שבשליח בעדים לא חיישינן שמא ביטלו, דאף אם ביטלו אם לא ידע מזה הנתבע פטור מלשלם. אך חיישינן שמא מת, דכאשר מת בטלה השליחות ואם נאנסו ביד השליח – חייב הנתבע לשלם שוב ליתומים. **ודעת הרמ"א** שאף חיישינן לחזרה, ואם חזר בו אע"פ שהנתבע לא ידע מזה ושילם – אם נאנסו המעות ביד השליח חייב לשלם שוב למשלח. וכ"ש שחיישינן למיתה. **דעת הש"ך** – לא חיישינן לחזרה, כדעת השו"ע. ואף לא למיתה, דאף אם ימות השליחות אינה בטלה, דהרי הוא שלוחו להביא הממון ליד היתומים דומיא דאפטרופוס. אלא שאם יש לנתבע טענות כנגד התובע אין השליח יכול לירד עמו לדין, דלאו בע"ד ידידי הוא, ולכן צריך הרשאה. אך כשמודה בחוב – חייב לשלם לשליח בע"כ.

2. מה הדין כשעשה הרשאה והשליח מת? שו"ע ורמ"א – לא יתן ליד השליח, ואע"פ שבהקנאה הוא מקנה לו הממון, אך לא לגמרי אלא לענין שיוכל לירד עמו לדין אך אינו יכול לקחנו לעצמו; ולכן כשמת בטלה ההרשאה. ש"ך – יתן לידו אף כשעשאו רק שליח, וכשהקנה לו באגב ליכא מאן דפליג בהכי. ולא כרמ"א שהבין שלכו"ע אף כשהקנה לו באגב אין זה הקנאה גמורה. ולא כב"י שאמנם בדברי הטור הבין כש"ך, אך כתב שמדברי הרא"ש נראה שאע"פ שהקנה באגב אין זה קנין גמור, אלא רק לענין הרשאה.

3. אע"פ שלא מינהו כמורשה שלו – יכול לתבוע החוב מהלוח עבדו, דזכין לאדם שלא בפניו, ובלבד שיעמיד ערב כנגדו. ודווקא כשנראה לב"י שהוא עושה זאת לטובת המלוה, ולא כדי לדפוק את הלוח כגון שהוא שונא שלו וכדו'. כ"כ הרמ"א.

סעיף ב

העושה שליח בעדים להביא לו מה שיש לו אצל פלוני, וביטל השליחות קודם שיתן זה לשליח, ולא ידע הנתבע בביטול, ונתן לשליח ונאבדו, פטור הנתבע. הגה: ויש אומרים דחייב, אלא אם כן כתב ליה: זיל דון ואפיק לנפשך (טור בשם הרא"ש).

כבר נתבארה מח' זו בסעיף הקודם שדעת השו"ע כדעת העיטור, ודעת הרמ"א כדעת הרא"ש והראב"ד.

סעיף ג

מי שהרשה לאחד, ורצה לבטל השליחות ולהרשות לאחר, רשאי. הגה: ואם ירצה, יוכל לומר שגם הראשון יהא שליחותו קיים, וכל אחד משניהם יהיה מורשה בדבר (תשובת הרא"ש כלל ס"ב סימן ד'), ואין הנתבע יכול לדחות למורשה לומר: שמא המורשה ביטל שליחותך והרשה אחר, שהרי זה אומר לו: תן לי מה שיש בידך וזאת הרשאתי תהיה אצלך ואם ביטל שליחותו הוא הפסיד על עצמו, והנתבע פטור, שהרי בהרשאתו נתן. וכן אם עמד המורשה בדין עם הנתבע, ונתחייב המורשה, אין המרשה יכול לסתור הדין בטענה שכשעמד עם זה בדין כבר ביטל שליחותו. הגה: (טור בשם הרא"ש) מיהו אם ידע המורשה בביטול שליחותו, אף על פי שהנתבע לא ידע, דינו בטל וצריך לחזור ולדון (בית יוסף).

1. אם הרשה לאחד – יכול לבטל ההרשאה, ואפי' כשהרשהו בקנין אגב יכול לבטלה; ש"ך.

דעת הטור שנחלקו בזה הרמב"ם והרי"ף עם הרא"ש, שדעת הרא"ש שאי אפשר לבטל ההרשאה ואילו דעת הרי"ף והרמב"ם שאפשר לבטלה; והבין שלדברי הרא"ש אף אם מת ההרשאה לא מתבטלת, והתקשה שהרי בתשובה מבואר שאם מת בטלה ההרשאה. אולם, הב"י והש"ך הסכימו שאין סתירה בדברי הרא"ש, והוא לא נחלק על הרי"ף והרמב"ם אלא אף הוא מודה שאפשר לבטל ההרשאה כמו שכתב בדף ע. ומה שכתב בדף קד שהרשאה באה מחמת שבלא הרשאה חיישין שמא ביטל השליחות, ומשמע שלאחר שעשה הרשאה א"א לבטל ולכן לא חיישין, כמו שהבין הטור. כתב הב"י שאין זה כוונתו, אלא שלא חיישין לביטול מפני שאע"פ שביטל אם הנתבע לא ידע מזה הרי הוא פטור, אך אם ידע מזה חייב כיון שודאי שאדם יכול לבטל ההרשאה. וכן הסכים הש"ך, אלא שדעתו שצריך המשלח להקחת כתב ההרשאה מיד השליח, ורק בכך"ג בטלה ההרשאה.

2. אפשר להרשות לשנים בזה אחר זה, וכל אחד מהם הרי הוא מורשה בדבר. כ"כ הרא"ש בתשובה.

3. כמרשה לאחד, הנתבע חייב לשלם למורשה ולירד עמו לדין, ואינו חושש לביטול ההרשאה, דכיון שכתב ההרשאה בידו, הרי המרשה הפסיד על עצמו אם ביטלו.

אם ידע המורשה שהמרשה ביטל ההרשאה: רמ"א – אע"פ שהנתבע פטור אם שילם, אך אם ירד לדין והמרשה הפסיד – יכול המרשה לבטל הדין, כיון שלא היה מורשהו באותה שעה. ש"ך – כל זמן שלא לקח כתב ההרשאה מידו, דינו קיים. ולא מהני מה שביטל ההרשאה בלא לקחת הכתב מידו, דאין לזה שום משמעות שהרי אנשים לא יודעים שביטלת. וכדמוכח מלשון הרמב"ם שהכל תלוי בזה. ואף שהב"י כתב כרמ"א היינו לשיטת הרא"ש, אך לשיטת הרמב"ם הכל תלוי בכתב.

סעיף ד

המרשה את חבירו להוציא את שלו מיד המחזיק בו, צריך ליקח לו, בקנין, שהרשהו, וצריך לכתוב לו: דון וזכה ואפיק לנפשך (או שאר לשון כדומה לזה) (ב"י בשם הרשב"א). ואם לא כתב כן, אם ירצה המחזיק לא ישיב לו דבר, שיאמר לו: לאו בעל דברים ידידי את (כ"כ הרא"ש פ' מרובה ופשוט הוא דאין חולק ולא כב"ח שכתב דהרמ"ה שהביא הטור באחרונה חולק ע"ש). ומיהו אפילו לא כתב לו כן, ונתן המחזיק מה שבידו ליד המורשה, ונאבד, פטור, דלא גרע משליח שעשאו בעדים.

1. אם רוצה אדם לעשות הרשאה, צריך להקנות לו בקנין את הממון, וצריך לכתוב לו 'דון וזכי ואפיק לנפשך' או שאר לשון במשמעות הזאת, דהיינו שנותן לו רשות לרדת לדין עם חברו, ומה שהוא מוציא זה לעצמו. אך בלאו הכי כלומר, אפי' עשאו שליח בעדים אין הנתבע חייב להשיב לו דיכול לומר לאו בע"ד ידידי את. לדעת הסמ"ע והשו"ע היינו אף אינו חייב לשלם לו, ולדעת הש"ך דווקא אינו חייב לירד עמו לדין, כמו שנתבאר בסעי' א. אך אף אם לא כתב לו כן ושילם לו הממון ואבד מידו – פטור הנתבע, דלא גרע משליח שעשאו בעדים.

ב"ק ע: 'ואמר נהרדעי: אורכתא דלא כתיב ביה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך - לית ביה מששא. מ"ט: משום דא"ל האיך: לאו בעל דברים ידידי אתי'.

2. איזה קניין צריך? לשי' הרמב"ם – צריך קניין המועיל לפי מה שמרשהו עליו, דאם זה פקדון מטלטלין אפשר קנין סודר, מעות – קנין אגב וכדו'. כיון שבהרשאה צריך להקנות לו את גוף הממון. לשיטת הרא"ש והרמ"ה – מספיק קנין סודר, כיון שאין ההרשאה מקנה את גוף הממון, אלא הרי זה כאילו מקנה לו ונותן לו רשות לדון עמו. וכמו שיתבאר כל זה בס' כג עיי"ש.

הב"י התקשה מהיכן מצא הטור שצריך להקנות בקנין? וכתב שמכך שיש מח' בגמ' האם שליח שוויה או שותף שוויה (ב"ק ע.) מוכח שעושים קנין, דבלא קנין אינו יכול להיות שותף עמו. אולם, הש"ך כתב שא"צ לכל זה, אלא ששיטת הרמב"ם הרי היא שצריך קנין גמור, וכפשטות הסוגיא בקד: שרב ספרא היה מוכרח לעשות קנין אגב כדי לגבות את החוב, אך בלא זה לא היה מועיל שום דבר.

סעיף ה

אם כתב: דון וזכי ואפיק לנפשך מחצה או שליש או רביע והמותר שלי, מתוך שהוא דן עמו על חלקו צריך הנתבע לדון עמו על הכל.

ב"ק ע. "אמר אביי: ואי כתיב ביה למחצה לשליש ולרביע, מיגו דמשתעי דינא אפלגא משתעי דינא אכולה".

כשמקנה לו שליש מהני דווקא בפקדון או בקרקע, שמועיל בהם קנין. אך בהלואה אע"פ שמועיל קנין כדי לעשותו שליח, אך כיון שהקנין לו קונה בפועל את גוף הדבר, א"כ מוכח שהרשהו רק על השליש ולא יותר; משא"כ כשהקנין חל, אמרינן שהרשהו בכולו, אלא שהקנה לו שליש; ש"ך בשם מהרש"ל.

ויש מי שאומר דדוקא בכה"ג, אבל אם כתב לו: דון וזכי ואפיק לנפשך מאה דינרים והשאר שלי, איננו מזקיקו לדון עמו אלא על המאה דינרים.

כ"כ הראב"ד, ובטעמו של דבר יש ב' הסברים: א. כיון שהקנה לו שלישי או חצי, א"כ כוונתו שממה שיוציא יקבל שלישי, וככל שיוציא יותר יתרבה חלקו – א"כ עשאו שליח על הכל. אך לפי"ז צריך לומר דדוקא שלישי ממה שתוציא, ולא שלישי מהחוב. לכן נקטו הש"ך והסמ"ע והמהרש"ל עיקר כטעם ב' והוא: שכשאומר לו שלישי מהחוב, א"כ עושה אותו שליח על כל החוב, ויש לו שייכות בכולו מכח השלישי. משא"כ כשמקנה לו מאה דינרים, א"כ אין לו שייכות ביותר.

האם מועיל להקנות לו שלישי ממה שיוציא מהחוב? דלכאור' הוי כפירות דקל דהוי דשלב"ל!! בהלואה – לא, ואע"פ שהקנה לו השטר בכתיבה ומסירה, שהרי החוב אינו בעולם, והוי ממש כפירות דקל. בפקדון או בקרקע – כן, דאע"פ שהוא עדיין לא גבה אותו, אך הממון נמצא בעולם אצל החייב וכבר עכשיו הוא שייך לתובע. (פקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמאריה איתא, קרקע צ"ל שמחמת השעבוד או שמדובר בקרקע שהיא כבר עכשיו שלי כגון פקדון/אריס/משכנתא וכדו' בשם בידני).

סעיף ו

המרשה את חבריו, כל ההוצאות שיוציא המורשה על דין זה, המשלח חייב בהם (וע"ל סי' שע"ה ס"ד), שכך כותבין בהרשאה: כל דמתעני מן דינא עלי הדר, כלומר כל הוצאותיך יהיו עלי, - חייב לשלם לו, אפי' הוציא יותר מממון החוב. כ"כ הסמ"ע והש"ך, אולם הש"ך סייג דדוקא כשלא התנה עמו שיקבל הוצאותיו רק אם לבסוף יביא לו הממון, דאם התנה עמו והוציא יותר מהחוב נמצא שלא הביא לו את החוב – ונפטר המרשה.

1. חיוב תשלום הוצאות המורשה:

אם כתב לו 'כל דמתעני מן דינא עלי הדר', כלומר כל הוצאותיך יהיו עלי, - חייב לשלם לו, אפי' הוציא יותר מממון החוב. כ"כ הסמ"ע והש"ך, אולם הש"ך סייג דדוקא כשלא התנה עמו שיקבל הוצאותיו רק אם לבסוף יביא לו הממון, דאם התנה עמו והוציא יותר מהחוב נמצא שלא הביא לו את החוב – ונפטר המרשה.

אם לא כתב לו כן, אינו חייב לשלם לו אם הוציא יותר מהחוב, אך כשיעור החוב חייב, שהרי יכול להחזיק בממון ולא לתתו לו. כ"כ הבי"י והסמ"ע, וכתב הש"ך שדוקא כשאומר השליח שהוא הרשהו להוציא ההוצאות, והמשלח מכחישו דנאמן במיגו שהיה יכול לטעון שהקנה לו הממון לגמרי. אך כשמודה שלא הרשהו להוציא ההוצאות בפירוש – אינו חייב לשלם לו, אם מודה ששלחו ולא הקנה לו הממון לגמרי. והיום בלאו הכי חייב ליתן לו הוצאותיו שכן המנהג, ואע"פ שלא כתב.

2. אע"פ שמקנה הממון לשליח – אינו יכול להחזיקו אצלו, דלא עשאו אלא שליח בעלמא, ולכן אין לו רשות להלוותו לאחר, או להוציאו ולהשתמש בו.

בי"ק ע. "אמר אמימר: אי תפס לא מפקינן מיניה. רב אשי אמר: כיון דכתביה ליה כל דמתעני מן דינא קבילית עלי, שלח שויה. ואיכא דאמר: שותפא שויה. למאי נפקא מינה? למיתפס פלגא. והלכתא: שלח שויה".

מה הדין כשהרשהו בקנין אגב? סמ"ע – אפי"ה אינו יכול להחזיק לעצמו. וכן כתב בד"מ ששליח שוויה אף בכה"ג, אך בב"י משמע שהבין בדעת הטור שכיון שכאשר הקנה באגב אם מת לא בטלה השליחות, א"כ גם יכול לעכב הממון לעצמו. והדרכי משה לשיטתו שכשמת בטלה השליחות, וא"כ לשיטת הש"ך שפסק שלא בטלה – יכול להחזיק בממון בכה"ג. אולם, בתרומות מוכח שאע"פ שאם מת לא בטלה השליחות, אך אינו יכול לעכב הממון לעצמו כשמודה שהקנה לו בתור הרשאה. אך אם טוען שהקנה לו לגמרי, ולא הוזכר בקנין שום הרשאה, אע"פ שהמשלח כופר – אינו יכול להוציא ממנו; ש"ך. וכך ביאר הר"י מיגש את הסיבה שר' אבא נפק לאפיה עד תווד' לא מפני ששמו כמו שביאר רש"י, אלא מפני שחשש שמא יחזיק בממון לעצמו.

סעיף ז

הרשאה שאין כתוב בה: דון וזכי, אלא כך היה כתוב בה: סב ואפיק לנפשך, אין לפסלה מפני שאין כתוב בה: וזכי, דסב וזכי חדא מילתא היא. וכן אין לפסלה מפני שאין כתוב בה: דון, כיון שכתוב בה: כל דמתעני מן דינא עלי הדר, הרי זה במקום דון, וכשרה. אם אין כתוב בהרשאה: כל דמתעני מן דינא עלי הדר, כשרה היא, שאין כותבין לשון

זה אלא לתקנת המרשה, שלא יוכל לומר: הקנית אותו לי כיון שכתבת: דון וזכי ואפיק לנפשך.

הגה: שטר הרשאה אין צריך לכתוב בו זמן, ומ"מ נוהגין לכתוב בו זמן, וכן מה שכותבין: ברעות נפשא בדלא אניסנא וכו' (מרדכי פרק מרובה והגהות מרדכי דשבועות).

1. אם אין כתוב בשטר: דון וזכי, וגם אין כתוב: כל דמתעני – פסולה, אך באחד מהלשונות הללו סגי, דמשמע מהם שמרשהו לירד לדין. כ"כ הרי"ף בתשובה והביאו הטור.

אולם, אם עשה בה קנין המועיל, כגון במטלטלין וקרקע מהני, דגוף הדבר שלו, ש"ד.

2. מהרש"ל כתב שלכתחילה צריך לעשות הקנין בפני עדים, לחוש לדעת הראב"ד שבעיני קנין בפני עדים. אך דעת הש"ך שאף לכתחילה אין צורך לחוש לכך, דדעת כל הפוסקים דלא איברי סהדי אלא לשקרי.

סעיף ח

הבעל שבא לדון עם אחד שמחזיק בנכסי מלוג של אשתו, צריך הרשאה. ואם יש פירות בקרקע, מתוך שיש לו לדון על הפירות דן על העיקר, ואינו צריך הרשאה (ועיין באבן העזר סימן פ"ה).

1. בעל בנכסי מלוג של אשתו צריך הרשאה, אך אם יש פירות בקרקע א"צ הרשאה, דמתוך שדן על הפירות יכול לדון אף על הגוף. גיטין מח: "אמר אביי, נקטינן: בעל בנכסי אשתו צריך הרשאה. ולא אמרן אלא דלא נחית אפירי, אבל נחית אפירי, מיגו דמשתעי דינא אפירי - משתעי דינא אגופא".

האם יש צורך שיהיו פירות בפועל? סמ"ע – לא, אלא מספיק שיש לו זכות לאכול פירות, וא"כ יש לו את הפירות של שנה הבאה, לדעת רב האי. ולדעת הרא"ש – אפי' אם הקרקע כלל לא מגדלת פירות יכול לתבוע בלא הרשאה. ש"ך – לדעת רב האי בעינן שיהיו פירות בפועל ע"ג הקרקע. אמנם לדעת הרא"ש לא בעינן. אך הלכה כרב האי.

הטור כתב בשם הרא"ש בתשובה שאף אם הקרקע אינה עושה פירות כלל יכול הבעל לדון עליה, דכיון שיכול למכרה וליקח בדמיה נכסים אחרים שבהם הגוף לאשה והוא אוכל פירות, ונמצא שגם בהכ"ג נכון לומר שיש לו חלק של פירות ומיגו דיורד לדין על חלקו יכול לדון גם על חלק האשה. אולם, הביא שרב האי חלק שהרי כל דבר אפשר למוכרו וליקחו בדמיו קרקע והוא יאכל פירות, וא"כ מדוע אמרה הגמ' שצריך הרשאה?! אלא ע"כ מוכח שבעינן שיהיו בקרקע פירות. ופשט דבריו מורה כש"ך, אולם הסמ"ע הבין שאף לדעתו אין צורך שיהיו עכשיו פירות, אלא מספיק שהקרקע עצמה יכולה לעשות פירות. הב"י כתב שגם דעת הרמב"ם כרב האי, וכן הטור הסכים עם רב האי ולא כאביו הרא"ש. וכן פסק השו"ע 'ואם יש פירות בקרקע' ודלא כרא"ש.

2. האם יכול לתבוע בניגוד לדעת אשתו? ש"ך – לא, דאע"פ שאין צורך בהרשאה, אך צריך שהיא תסכים. אך בב"י סי' קעו בשם הריטב"א משמע שכן, דידו כידה.

3. בנכסי צאן ברזל אינו צריך הרשאה אע"פ שאין פירות בקרקע.

סעיף ט

אחד מהאחים שלא חלקו, או מהשותפים, שבא לתבוע, תובע על הכל, הואיל ויש לו חלק בזה הממון אינו צריך הרשאה משאר שותפיו. ואם יצא חייב, אין השותף האחר יכול לומר לשותפו שדן: אילו הייתי אני שם הייתי תובע טענות אחרות ומחייב בעל דיני, שהרי אומר לו: למה לא באת לתבוע גם אתה. לפיכך אם היה בעיר אחרת, יש לו לחזור על הבעל דין ולדון עמו ולומר לו: איני מודה בכל מה שטען שותפי.

ולפיכך (יש) לנתבע לעכב ולומר: או דון עמי בחלקך, או הבא הרשאה, שהרי ממון שניכם בידי, ושניכם בעלי דיני, ולמחר יבוא אחיך או שותפך ויתבע גם הוא. ויתבאר זה עוד בסימן קע"ו סעיף כ"ה וסעיף כ"ו.

1. אחד מהאחים שלא חלקו ירושתם, או מהשותפים שבא לתבוע – תובע על הכל אע"פ שאין לו הרשאה, שהרי יש לו חלק בכל הממון.

אם היה שותפו בעיר – אין השותף יכול לומר 'אני הייתי טוען טענות אחרות', וחייב לשלם.

לא היה שותפו בעיר – יכול לומר שיש לו טענות אחרות ולהחזיר הדין.

כתובות צד. "אמר רב הונא: הני תרי אחי ותרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד, ואזל חד מינייהו בהדיה לדינא, לא מצי אידך למימר ליה את לאו בעל דברים דידי את, אלא שליחותיה עבד. אקלע ר"נ לסורא, שיילוהי: כי האי גוונא מאי? אמר להו, מתני' היא: הראשונה נשבעת לשניה, ושניה לשלישית, ושלישית לרביעית, ואילו ראשונה לשלישית לא קתני, מאי טעמא? לאו משום דשליחותה עבדה. מי דמי? התם שבועה לאחד ושבועה למאה, הכא אמר: אילו אנא הואי, טעננא טפי. ולא אמרן אלא דלא איתיה במתא, אבל איתיה במתא איבעי ליה למיתני".

דעת הרא"ש והטור שכאשר לא היה בעיר יכול להחזיר הדין בכל ענין, אולם כשהיה בעיר אינו יכול להחזיר הדין אלא"כ יש לו טענות אחרות, או ששותפו נתחייב מחמת שהודה בהודאת בע"ד שיכול לומר שהוא עצמו לא היה מודה. **וכשיטתם פסק השו"ע בסי' קעו בלא חולק. אולם, בבדק הבית אצלנו כתב שמדברי הרמב"ם נראה שחולק על הרא"ש, וסובר** שכאשר היה בעיר בכל ענין אינו יכול לבטל הדין, דמכך שלא בא מוכח שהסכים לחברו ועכשיו שראה שנתחייב בדין הוא בודה מליבו טענות אחרות. **וכך סתם אצלנו בשו"ע בלא חולק. וכתב הש"ך שכן עיקר לדינא, וכן דעת הרבה ראשונים הלא המה: בעה"ת, הרשב"א, הר"ן, הראב"ן ורבינו ירוחם.** ולזה כיוון השו"ע שהפנה לסימן קעו לומר לך ששם הובאו הדעות החולקות אך העיקר כמו שכתב פה. הסמ"ע לא ראה דברי בדק הבית, ולכן התקשה הלא בטענה שיש לו טענות אחרות יכול לחזור ולדון גם כשהיה בעיר? וכתב שצ"ל שכשלא היה בעיר הרי זה כאילו טוען שיש לו טענות אחרות, ולכל אף מסתמא לא נחייב אותו בכך שחברו ירד לדין.

2. לכן, יכול הנתבע לומר לשותף איני רוצה לירד עמך לדין על כל הממון אלא רק על חלקך, או שתביא הרשאה מחברך. כיון שאינו רוצה שלמחר יבוא חברו ויסתור הדין. **כדעת הרמב"ם וכן הסכים הטור, ודלא כרא"ש** שכתב שאינו יכול לעכב דמה אכפת לו, ועוד שאם ירד רק על מחצה יצטרך לתת מחצה מזה לחברו. דאכפת ואכפת שלא נכוף אותו לירד לדין בדבר שיכול רק להפסיד ולא להרויח. **וכן הסכים הש"ך לדינא, ודלא כסמ"ע שנוטה לדעת הרא"ש.**

ב"ה יום א' כ"ו שבט ה'תשע"ה

סימן קכג

הרשאה, על מה נכתבת וכיצד נכתבת, ובו ט"ו סעיפים.

סעיף א

מדינת דגמרא אין כותבין הרשאה אלא לתבוע פקדונו שביד חבירו ולא כפר לו. ואם היה פקדון של מעות, צריך להקנות לו אגב קרקע. וכן יכול להרשות לתבוע קרקע, אפילו כפר בו. וכן מלוה בשטר, אפילו כפר בה, שכשם שיכול להקנות השטר ושעבודו בכתיבה ומסירה, כך יכול להרשות עליו ולמסור השטר בידו כדי שיגבהו. וצריך לכתוב לו: קנה לך איהו וכל שעבודה דאית ביה. אבל אין כותבין הרשאה על פקדון שביד חבירו שכפר בו. וכן אין כותבין הרשאה על מלוה שבעל פה;

אבל הגאונים תקנו שכותבין הרשאה אף על המלוה, בין בשטר בין בעידי קנין, אף על פי שכפר בה בבית דין, כדי שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך לו למדינה אחרת. אבל על מלוה על פה שכפר, לא תקנו שיכתבו הרשאה. (ומכל מקום לא גרע משליח שעשאו בעדים, שנתבאר בסימן קכ"ב) (בית יוסף וטור ס"ד בשם הרמב"ם ורא"ש פ' מרובה ע"ל סי' קכ"ב ס"ס ד'). ויש אומרים שעל הכל כותבין, לא שנא פקדון וגזל, לא שנא מלוה בשטר ובעל פה, ואף על גב דכפריה. (וכן נוהגין מרדכי וב").

1. כדי לכתוב הרשאה מדינת דש"ס, **צריך להקנות לשליח בקנין גמור את גוף הדבר** שמרשהו עליו, **ושלא יהיה מיחזי כשיקרא**. ולכן אין כותבין הרשאה אלא על פקדון שהוא בעין וחברו לא כפר בו. או קרקע ואפי' כפר בה שאין בה מיחזי כשיקרא, או מלוה בשטר ואפי' כפר בו (שהרי הוא שעבוד קרקע) כשמקנה בכתיבה ומסירה או בקנין אגב. כן הוא לשיטת הרמב"ם, הטור והשו"ע. **אמנם, לשיטת הרא"ש והתוס' – א"צ להקנות בקנין גמור**, אלא תקנו רבנן שכאילו השליח קנה בקנין גמור, וכן לא חיישינן למיחזי כשיקרא; ולכן אף מדינת דש"ס כותבין על מלוה ע"פ דכפריה, או פקדון דכפריה.

מה דין מלוה בשטר לשיטת הרמב"ם? סמ"ע בהבנת הב"י – מדינת דש"ס א"א להקנות אלא פקדון, אך מלוה אפי' בשטר אינה בעין וא"א להקנותה. כפשט לשון הרמב"ם. ש"ך – אפשר להקנות מלוה בשטר בכתיבה ומסירה, ודברי הרמב"ם אמורים דווקא כשמקנה בלא כתיבה ומסירה. וכן ביאר הסמ"ע דברי הרמב"ם לשיטתו.

2. אמנם, הגאונים תיקנו שכותבין הרשאה אפי' כשלא עושים קנין ממש, ולכן אפשר לכתוב אף על מלוה בשטר אע"פ שאינו מקנה בכתיבה ומסירה, ואע"פ שכפר בה חברו.

3. מה דין מלוה ע"פ לאחר תקנת הגאונים? סמ"ע – לדעת הרמב"ם לא תקנו, אך לדעת הרא"ש ודעימיה תקנו אף במלוה ע"פ שכפר בה. ש"ך – במלוה ע"פ שלא כפר בה לכו"ע תקנו, במלוה ע"פ שכפר בה – לרמב"ם לא תקנו, ולרא"ש ודעימיה תקנו.

4. בימינו המנהג לכתוב הרשאה אפי' על מלוה ע"פ דכפריה, כ"כ כולם.

ב"ק ע. "אמרי נהרדעי: לא כתבין אורכתא (פי' הרשאה) אמטלטלי. אמר רב אשי לאמימר: מאי טעמא? אמר ליה: משום דרבי יוחנן, דא"ר יוחנן: גזל ולא נתייאשו הבעלים - שניהם אינן יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו. איכא דאמרי, אמרי נהרדעי: לא כתבין אורכתא אמטלטלי דכפריה. טעמא דכפריה, דמיחזי כשיקרא, אבל לא כפריה – כתבין". **ופסקו הראשונים כלישנא בתרא. הרי"ף, הרמב"ם והטור הבינו את הסוגיא כפשטא**, שאין כותבין אלא על פקדון שהוא בעין ששייכת בו הקנאה, ושהנפקד לא כפר בו כדי שלא יהא מיחזי כשיקרא (פי' שאנו חותמים שהחפץ שלו והרי הנפקד מכחישו). וזהו מדינת דש"ס. **אולם, התוס' והרא"ש התקשו** שהרי האידנא נהגו לכתוב הרשאה אפי' על מטלטלין דכפריה! **וכתבו בשם ר"ח** שלא ידע ליישב המנהג, ונראה דאף הוא ס"ל כרי"ף וכרמב"ם. **אולם, הם כתבו ליישב שלישנא בתרא ס"ל** שאין צורך בהקנאה ממש, אלא חכמים תיקנו שכביכול הוא הקנה לו, ולכן אע"פ שקי"ל כר' יוחנן שא"א להקדיש חפץ שאינו ברשותו, א"כ כיצד אפשר להקנות את הפקדון שאינו ברשותו!! ומוכח דלישנא בתרא ס"ל שאפשר אף בפקדון שאינו ברשותו לכתוב הרשאה!! אלא מוכח דלא בעינן קניין גמור בהרשאה! דתקנה היא שעשו לענין שליחות, שהרי זה כאילו הוא עצמו קונה בקנין גמור. וכמו שמוכח בהמשך הגמ' שישליח שווייה; וכן הוכיחו מרב פפא (ב"ק קד:) שעשה הרשאה על מלוה אע"פ שא"א להקנות מלוה בקנין. עוד כתבו, שלדידן לא קי"ל דחיישינן למיחזי כשיקרא כדמוכח בהכותב לגבי אשרתא דדייני, ולכן אין לנו בעיה לכתוב

הרשאה אף על פקדון דכפריה. אמנם, גם הראשונים האחרים הודו שהאידנא כתבין הרשאה אף על מטלטלין דכפריה, אלא שלדידם הטעם משום תקנת הגאונים, ואילו לתוס' ולרא"ש משמע שזהו מדינא דש"ס (א"כ אפשר לומר שאף הם לא כתבו כן אלא כדי ליישב המנהג, אך פשט הש"ס לא כן).

5. גם למ"ד שבמלוה ע"פ הרשאה לא מועילה, אך לא גרע משליח שעשאו בעדים שאם הלוח פרע לו או שהנפקד מסר לו הפקדון – נפטר מחובו כלפי המלוה, שהרי הוא ציוה עליו לתת לו.

סעיף ב

מי שהיה לו שבועה על חבירו, אינו יכול להרשות אחר עליו ולהשביעו, שאינו דבר שנקנה בקנין, שאינו אלא דברים בעלמא. הגה: והוא הדין מי שהיה לו תביעה על חבירו וכתב לו הרשאה על התביעה שיש לו אצל חבירו, אין הרשאה כלום (מרדכי פ' מי שמת), דהתביעה אינה דבר שיוכל להקנות, אלא צריך לכתוב ההרשאה על הממון שעליו התביעה (ד"ע בפירוש המרדכי).

1. א"א להרשות על שבועה, שאינה נקנית בקנין. ודעת הש"ך דלדידן אפשר להרשות אף על שבועה. דדוקא לשיטת הרמב"ם שאין כותבין הרשאה על מלוה ע"פ דכפריה, צריך מידי שאפשר להקנותו גם לאחר תקנת הגאונים. אולם, לדעת התוס' והרא"ש לדינא כותבין הרשאה אף על דבר שאינו יכול להקנותו.

2. הרשאה על תביעה: דעת הרמ"א – שא"א אלא צריך להקנות לו חלק מהתביעה. סמ"ע ש"ך – אפשר, לדידן דנהגין כהרא"ש והתוס'. הסמ"ע הקשה על הרמ"א שמדברי המרדכי מוכח שהרשאה מועילה, והש"ך תירץ שהרמ"א כתב זאת אליבא דדברי השו"ע שפסק כרמב"ם, אך לדידן דק"ל כרא"ש כותבין אפי' על תביעה.

3. כותבין הרשאה אף על ממון שלא זכה בו עדיין מעולם, כגון בושט וקנס וכדו'; סמ"ע בשם הר"ן. וכ"כ הש"ך. וכתב הר"ן שרש"י חולק (שבועות לג:).

סעיף ג

המרשה לאחד ואחר כך הרשה לאחר, ושניהם באים בהרשאתו לפנינו, אין לנתבע להשיב אלא לשני.

1. אם הרשה לאחד ואח"כ לשני, ושניהם באים בפנינו – אין לנתבע להשיב אלא לשני. דמסתמא בכך שמינה את השני, ביטל את שליחות הראשון. אך אם ידוע בפירוש שלא ביטלו, יכול ליתנו לאיזה שרוצה.

2. אף אם שילם הנתבע למורשה הראשון ונאבד מידו, חייב לשלם שוב. דכיון ששניהם באו יחד – היה צריך לשלם רק לשני; סמ"ע.

3. אם ירד לדין עם המורשה הראשון וזכה הנתבע – סותר הדין, שהרי ביטלו. אולם, אם זכה הנתבע – אין הנתבע יכול לסתור הדין, דזכין לאדם שלא בפניו, וחשיב כבע"ד דידיה; ש"ך.

סעיף ד

אין למורשה רשות לכתוב הרשאה לאחר, שזה יאמר: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, לפיכך אם התנה עמו שירשה לאחר ואחר לאחר, הכל לפי תנאו.

1. המורשה אינו יכול למנות מורשה אחר תחתיו, דבסתמא אמרינן 'אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר'. ואין האחר יכול לומר 'דון עימי ואל תמסור לי הממון' דכיון ש'אין רצוני וכו' אינו בע"ד דידיה כלל; ש"ך.

אך אם התנה עמו – הכל לפי תנאו.

2. עבר והרשה ונתן לו הנפקד הממון – הנתבע חייב באחריות ולא המורשה הראשון, דלא הו"ל לתנו לו; ש"ך. אך אם הוא בענין שאינו יכול לומר 'אין רצוני' כבסימן רצא – פטור הנתבע אם נתנו לו.

סעיף ה

הבא בהרשאה שמחל לנתבע או שמכר לו או מחל לו על השבועה או שעשה עמו פשרה, לא עשה כלום, שזה יאמר: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, לפיכך אם התנה עמו בין

לתקון בין לעוות, אפילו אם מחל על הכל, מחול. וכל שכן אם פירש בה: מחילתך כמחילת.

כדין שליח שנתבאר בסימן קפב, ג.

סעיף ו

היה לו חוב על עובדי כוכבים, ואמר לחבירו שהיה לו גם כן חוב עליהם: כשם שתעשה בשלך תעשה בשלי, והלך ומחל להם חובו וחוב חבירו, חייב לשלם לחבירו מה שהיה שוה חובו במעות מוכנים.

דהכי אמדינן לדעתיה שאין כוונתו לומר שימחול לו חובו. וחייב לשלם מדינא דגרמי דומיא דשורף שטרותיו של חברו. ודווקא בענין שהיה יכול לגבות החוב מהגוי.

סעיף ז

ראובן שבא בהרשאת שמעון ותבע ללוי, ואמר: להד"מ אבל ישבע שמעון ויטול, מוציאין הממון מיד לוי ויהא מונח ביד בית דין, עד שיבא שמעון וישבע ויטול. וכן כל הדברים שתולה לוי בשמעון, ידון עם ראובן ויהיה הממון מונח בבית דין עד שיבא שמעון. ויש לראובן להחרים על מי שטוען טענת שקר כדי לעכב הממון ולאחרו.

1. אם טען הנתבע למורשה להד"מ, אך אם ירצה התובע יבוא וישבע ויטול – מוציאין הממון מיד לוי ומניחים אותו בבי"ד, עד שיבוא התובע וישבע. דחכמים נתחכמו עם הרמאים, שלא ישקרו ויאמרו להד"מ כדי להרויח זמן עד שיבוא המרשה.

סעיף ח

ונראה לי שקובעין ב"ד זמן לתובע לבא ולהשבע, ואם לא יבא בתוך אותו זמן, יחזירו בית דין לנתבע ממונו.

כ"כ הבי"י מדעתו, שאל"כ לקתה מדת הדין שמא התובע רמאי ולא ישבע מעולם, וממונו של הנתבע יהיה מעוכב בבי"ד ויהיה מוכרח להתפשר עמו בע"כ.

סעיף ט

נתחייב לוי שבועה, אינו יכול לעכב ולומר: איני נשבע עד שאחרים בפני (שמעון) על מי שטוען עלי שקר, שאין זה החרם אלא תקנה קלה שתקנו הגאונים אחרונים כדי שיכוונו בעלי דינים טענותיהם, ואין מעכבין שבועתו של זה מפני תקנה זו הקלה.

סעיף י

מורשה שהורשה בשכר ידוע אפילו אם לא יוציא הממון מיד הנתבע, קרוביו כשרים בין לעדים בין לדיינים, שאין לו חלק לא בהפסד ולא בהנאה.

אם המורשה מקבל שכר קצוב, קרוביו כשרים בין בתור עדים ובין בתור דיינים, שהרי אינו נוגע בדבר שאין לו חלק בהפסד או בריוח.

סעיף יא

ומטעם זה נראה לי שגם הוא כשר להעיד. אבל מורשה שיש לו חלק במה שיוציא מהנתבע, קרוביו פסולים בין לעדים בין לדיינים. לפיכך מי שיש לו עדים על תביעתו, לא ירשה אחד מהעדים או מקרוביהם, אלא אם קצץ לו שכר ידוע אפי' אם לא יוציא הממון מיד הנתבע. (יכול אדם להרשות ללזה לדון עם ערב קבלן שלו) (בית יוסף בשם הריטב"א).

1. אם המורשה מקבל שכר קצוב, הרי הוא כשר גם בתור עד. ומ"מ מכוער הדבר שהמורשה יהיה התובע והעד, ב"י בשם הרשב"א והביאוהו הסמ"ע והש"ך.

2. מורשה שיש לו חלק בריוח הוא נוגע בדבר, וקרוביו פסולים בין להיות עדים ובין להיות דיינים.

3. אפשר לשלוח את הלוח כמורשה לדון עם ערב קבלן – רמ"א. וביאר הסמ"ע דכיון שיכול לתובעו תחילה ואפי' יש ממון ללוח, א"כ הלוח אינו נוגע.

4. האם הלוח יכול להיות מורשה להוציא מהערב? כשיש ללוח כסף – לא, דבכה"ג גובין תחילה מהלוח. כשאין ללוח כסף: סמ"ע – כן, ואינו נוגע שהרי אין לו ריוח בכך, דכשיהיה לו ממון הערב יוציא ממנו. ש"ך – חוכך בדבר, דאפי' הכי הוי נוגע כדי לא להיות 'לוח רשע ולא ישלם', וכנגד הקבלן אינו לוח רשע שלא לוח ממנו כלום; ועוד שכלפי העולם אינו נראה כרשע לגבי הערב.

כשהערב נכנס כערב בלא ציווי הלוח שאינו יכול לחזור עליו: כשאין לו נכסים – בכל ענין הוי נוגע, מטעם לוח רשע. כשיש ללוח נכסים – לערב כשר, שהרי לא יגבו ממנו אלא מן הלוח. לקבלן פסול, כיון שאין הקבלן יכול לחזור עליו.

סעיף יב

וכן מי שיש לו עדים בפריעתו, לא יבא לדון עם המורשה בזמן שיש לו חלק בתביעתו, אם הוא קרוב לעדים, שהרי יבטל העדות.

כלומר, הלוח יכול לומר למורשה שאינו רוצה לדון עמו, כדי שלא יפסלו עדיו. אך אם ירד עמו לדין הפסיד, ואינו יכול להביא עדיו; ש"ך.

דוקא כשיש למורשה חלק בגוף התביעה, דאז המורשה חשוב כבעל דין, והעדים פסולים מדין 'קרובים' שפסולים בין לזכות ובין לחובה. אולם, אם פסול מטעם שיש לו חלק בריוח, אינו פסול אלא מדין נוגע, ובנוגע העדים פסולים רק לזכות, משום חשש משקר.

סעיף יג

יכול אדם להרשות נשים ועבדים. ויש מי שאומר אבל לא את עבדו, שאין קנין לעבד על ידי רבו, שהרי גופו קנוי לו וידו כידו, נמצא שאינו אלא שלוחו, ויכול הנתבע לומר: לאו בעל דברים דידי את. אבל יכול להרשות את אשתו, שהרי אם נתן לה מתנה, קנתה ואין הבעל אוכל פירות, נמצא כשכתב לה: זכי לנפשך, אין הנתבע יכול לומר: לאו בעל דברים דידי את.

1. אפשר להרשות אף נשים ועבדים.

2. את עבדו אינו יכול להרשות, דידו כידו ואינו יכול להקנות לו. ואף לדין שכותבין הרשאה אף על דבר שא"א להקנות, אך סו"ס כשיבוא לידו יקנהו, משא"כ כאן שלעולם לא יוכל לזכות בו; ש"ך.

3. אשתו יכול להרשותה, שהרי כשנותן לה מתנה זכתה ואין הבעל אוכל פירות.

אם הקנה לה ע"מ שיהיה לבעל זכות בפירות – אינו יכול להרשותה, ואע"פ שהבעל יכול להיות מורשה בנכסי האשה כשהוא אוכל פירות, אך כאן כיון שאינה אוכלת פירות זה נראה כאילו אין לה כלום; סמ"ע. ומשמע דהוא דהדין בבעל אם היה לו רק גוף הקרקע ולא הפירות – לא היה יכול לדון עמו. והש"ך כתב שבכה"ג כיון שגוף הקרקע שלו ודאי שיכול לדון אע"פ שאינו אוכל פירות, והטעם באשה מפני שאף בגוף הקרקע אינה זוכה עדיין, ולכן א"א לומר שמתוך שיש לה זכות בקרקע לדון גם על הפירות.

סעיף יד

יכולים לשלוח הרשאה ביד עובד כוכבים, ובלבד שיזהר מלכתוב בה: וקנינא מיניה, דאין שליחות וזכייה לעובד כוכבים, אלא יכתוב: וקנה העובד כוכבים.

1. שולחין הרשאה אף ביד גוי, דאפשר להקנות לו הממון בחליפין, אך צריך לזהר מלכתוב 'וקנינא מיניה' דמשמע שהעדים קנו מהמשלח ויזכו לגוי, וא"א לזכות לגוי דאין זכיה לגוי. אלא 'וקנה הגוי' שהוא עצמו עשה את מעשה הקנין.

תוס' בקידושין ג. כתבו שקנין חליפין מועיל בגוי, "כן משמע לקמן (דף ח.) גבי נמכר לעובד כוכבים 'מכסף מקנתו בכסף נקנה ואין נקנה בתורת תבואה וכלים ומאי ניהו חליפין' ש"מ דשאר דברים נקנין בחליפין לעובד כוכבים. וכן היה רגיל ר"ת לשלוח הרשאה ביד עובד כוכבים והיה מקנה בחליפין ומיהו בזה צריך לזהר שלא לכתוב וקנינא מיניה דאין שליחות וזכיה לעובד כוכבים כדאמרינן בפרק [חמישי] דבבא מציעא (דף עא:) אלא וקנה העובד כוכבים כתבין".

כתב הש"ך בשם מהרש"ל שדווקא במטלטלין וקרקע שאפשר להקנותם בפועל לגוי, אך על הלואה לא מהני הרשאה לגוי, שהרי א"א להקנות אותה וההרשאה מועילה בכה"ג רק מדין שליחות, וכיון שלא מהני שליחות בעכו"ם – לא מהני הרשאה בכה"ג. **אך כתב שמשתימת השו"ע משמע שמהני בכל ענין.**

2. האם מועיל קנין חליפין בגוי? שו"ע – כן, ע"פ דברי התוס' הנ"ל. אך הש"ך נשאר על כך בצ"ע, דלא מצינו בשום מקום בש"ס שמועיל חליפין בגוי, ואדרבא משמע בכמה מקומות שלא מהני. והגמ' בדף ח. אינה ראייה דמשם למדו שאף לישראל אין ע"ע נקנה בחליפין, אך שאר דברים נקנים לישראל בחליפין.

סעיף טו

ואשר לא טוב עשה בעמיו (יחזקאל יח, יח), זה הבא בהרשאה. בד"א, כשהנתבע והתובע בעיר אחת. אבל אם הנתבע בעיר אחת והתובע בעיר אחרת, הרי זה עושה מצוה. הגה: ו"א דאין חילוק בין אם היה עמו בעיר או לא, אלא שכל זמן שהמורשה הוא אלם ובעל טענות, מתעבר על ריב לא לו, (משלי כו, יז); אבל אם עושה כדי להציל עשוק מעושקו, מצוה קעביד (ב"י בשם תוספות). י"א דאין אדם יכול לעשות מורשה שלא בפניו, דאין חבין לאדם שלא מדעתו, והרי כתיב ואשר לא טוב עשה בעמיו (יחזקאל יח, יח); ולכן אפילו אם נתרצה אחר כך בדבר, אינו כלום (מרדכי פרק מרובה).

שבעות לא. "ואשר לא טוב עשה בתוך עמיו - רב אמר: זה הבא בהרשאה". וכתבו **התוס'**: "כשעושה בשביל שהוא אלם ובעל טענות שמתעבר על ריב לא לו, אבל כשטורח להביא לחבירו מעותיו שאין חבירו יכול לטרוח מצוה קעביד". הרמ"א והב"י הבינו שמדובר שהמורשה אלם ובעל טענות. והש"ך הקשה אם עושה כדין מה אכפת לי שהוא אלם? ואם שלא כדין הלא אפי' למלוה עצמו אסור!! ולכן פירש שהלוה אלם ולכן המלוה מוותר לו, וא"כ מדוע המורשה מתעבר ומעורר סכסוכים רדומים!! **והראב"ד** (שלוחין ושותפין, פ"ג ה"ה) כתב דהני מילי כששניהם בעיר אחת, אבל אם אינם באותה עיר מצוה קעביד שמציל ממון חברו. וכתב הב"י דתרווייהו איתנהו, וכן נראה שהשו"ע והרמ"א לא חולקים אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא.

כשעשה מורשה שלא בפניו: סמ"ע – ההרשאה בטלה בכל ענין, דמסתמא אין אדם רוצה להיות מורשה אפי' לדבר מצוה, כיון שאינו רוצה להכניס ראשו לתוך מריבות. ש"ך – דווקא באופן שנקרא רשע, ולא כשעושה מצוה. והסכימו שניהם שבענין שלא מועילה הרשאה שלא בפניו, אע"פ שלאחר מעשה התרצה המורשה – לא מהני ודלא כע"ש.

ב"ה יום א' ג' אדר ה'תשע"ה

סימן קכד

נתבע, אם יכול לעשות מורשה, ובו סעיף אחד.

סעיף א

הנתבע אינו יכול למנות מורשה שיבא לבית דין וישיב בעדו לתובע, והוא יושב בביתו. מח' בראשונים אם הנתבע יכול למנות מורשה (אנטלר בלע"ז), ופסק שלא.

רא"ש (שבועות, פ"ד, סימן ב) **בשם הרמב"ן**: "וחזינא פלוגתא בין רבוותא: **חזינא למ"ד אי איכא איניש דלא בעי למיתי בדינא מצי למנויי בשבילו שליח בעדים בב"ד**. ואית ליה ראייה מדקאמר בירושלמי דסנהדרין גבי כ"ג דן ודנין אותו דפריך וימנה אנטלר! הגע עצמך נתחייב שבועה וכי אנטלר נשבע. אלמא מצי לשוויי שליח. **וכן כתב בעל הערוך** דמהא שמעינן דיכול למנות שליח. **וכ"כ ר"ח ז"ל**. ואיכא דפליג ואמר דאין רשאי שלא תהא סנהדרין שומעים מפי המתורגמן טענות של שקר. והתם משום יקרא דכ"ג שלא לבזותו דכתיב וקדשתו **וכ"כ רב אלפס ז"ל בתשובה** שאין נתבע רשאי למנות שליח וכן נמצא בתשובה **לרב סעדיה גאון**. **וכן נשים אפי' יקרות** לא ויתר להם בדין זה רב אלפס ז"ל אלא לשגר להם סופרי הדיינים ולטעון לפניהם אבל למסור טענות לאחרים לא. **וכן נראה בת"ח שתורתו אומנתו** וזילא ביה מילתא למיזל לבי דינא ולערער בהדי עם הארץ שרשאין ב"ד לשגר לו הדברים ע"י שלוחי ב"ד דכבוד תורה עדיף. אבל כהן גדול אפילו זה גנאי לו ולפיכך ממנה אנטלר הרמב"ן ז"ל".

הטעם הוא כדי שלא יטעון שקר ע"י התורגמן, ועוד שבו עצמו אמרינן חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח אבל לגבי השליח שלו זה לא שייך. ועוד כתב הרשב"א בתשובה שלא ילמדו המורשה לשקר. וא"כ צ"ע מדוע בתובע קי"ל שיכול למנות מורשה ולא חיישינן להכי? ותירץ הב"ח וכן נקטו הסמ"ע והש"ך, שבתובע כשהוא ממנה מורשה הוא בעצם מקנה לו את הממון, וא"כ המורשה נהפך להיות בעל דבר ויכול לטעון; משא"כ בנתבע שאינו יכול להקנות שהרי הוא טוען להיפטר שאינו חייב כלום. עוד כתב הסמ"ע שווקא לגבי תובע שייכת התקנה שלא יקח אדם ממון חברו וילך למדה"י, משא"כ לגבי הנתבע.

אסור להעמיד מתורגמן שיטען עבורו טענות כשהוא עצמו נמצא בב"ד, בין לתובע ובין לנתבע. אולם, אם התובע הרשהו והקנה לו חלק בממון – יכול לטעון עבורו אף כשהוא עצמו נמצא בב"ד, ש"ך.

ונשים יקרות שאין כבודן לבא לבית דין, משגרין להן סופרי הדיינים ויטענו בפניהם. ואם ירצה התובע הולך עמהם, כדי שטען בפני התובע ותיבוש מלשקר; סמ"ע ושי"ך. **וכיוצא בזה עושים לתלמיד חכם שתורתו אומנתו**, וזילא ביה מלתא למיזל לבית דין ולערער בהדי ע"ה. כן מבואר מדברי הרמב"ן שהובאו ברא"ש.

אע"פ שגדר תורתו אומנתו הוא שכל שעה שהוא פנוי מעסקיו הוא יושב ולומד, ועכשיו נהגו להביאו לב"ד? ש"ך – הכל תלוי במנהג. סמ"ע – כיון שהטעם שזילא ביה מילתא לבוא לב"ד עם עמי הארץ, משא"כ אדם כזה שעסקיו עם הגויים אע"פ שתורתו אומנתו – אין לו בושה בדבר.

ב"ה יום א' ג' אדר ה'תשע"ה

סימן קכה

השולח חובו או פקדונו על ידי שליח, ובו י' סעיפים.

סעיף א

ראובן שהיה חייב מנה לשמעון, או שהיה לו פקדון בידו, ואמר ללוי: הולך מנה זה לשמעון, אם בא לחזור וליטלו ממנו, אינו יכול, דהולך כזכי דמי ומיד כשהגיע ליד לוי זכה בשבילו לשמעון. לפיכך בין מת לזה או מלוה, יתנוהו ליורשי שמעון; ומכל מקום ראובן חייב באחריותו עד שיגיע ליד שמעון. הגה: והוא הדין אם אמר: שא מנה זו לפלוני, או: יהא מנה זו לפלוני, כולם הוי כהולך והוי כזכי (ר"ן ספ"ק דגיטין). אבל אמר: החזיר לפלוני, לא הוי כהולך ולא הוי כזכי. (ב"י בשם הריטב"א).

ואם החזיר לוי המנה לראובן, והעני [ראובן] אחר כך ולא היה לו ממה לפרוע, בענין שהפסיד שמעון שלו, לוי חייב לשלם, שהוא פשע במה שהחזירו לראובן. ואם מחמת אונסו החזירו לראובן, שאיים עליו בדבר שיש בידו לעשות, עד שהוצרך להחזיר, פטור. ויש אומרים שכשהחזיר לו המנה לראובן, שניהם חייבים באחריותו עד שיגיע ליד שמעון כל חובו. הגה: ראובן שהיה לו מעות ביד שמעון, ואמר ללוי לקבל משמעון, והלך לוי וקבלן, ואחר כך אמר שמעון ללוי שיחזיר לו מעותיו שקבל בשביל ראובן, (כי בטעות פרעו), ואם לא יחזירם יכפור לו חוב שחייב שמעון ללוי ממקום אחר. והנה לוי אומר לראובן: לא קבלתי בשבילך כדי שאפסיד את שלי, ורוצה להחזירם, וראובן אומר שלא יחזירם מאחר שכבר עשה שליחותו וזכה בשבילו, הדין עם ראובן (מרדכי והגהות אשרי ספ"ק דגיטין).

1. **הולך כזכי דמי**, ולכן אם היה חייב לחברו מנה, או שהיה לו פקדון בידו, ואמר ללוי הולך מנה זה לשמעון, זכה בשבילו ואינו יכול לחזור בו ולטלו מלוי. וכיון שלוי זכה בעבור שמעון, אפי' מת ראובן או שמעון יתנו לשמעון או ליורשי.

גיטין יד. "איתמר: הולך מנה לפלוני שאני חייב לו, אמר רב: חייב באחריותו, ואם בא לחזור - אינו חוזר; ושמואל אמר: מתוך שחייב באחריותו, אם בא לחזור - חוזר. לימא בהא קמיפלגי, דמר סבר: הולך כזכי דמי, ומר סבר: הולך לאו כזכי דמי! לא, דכ"ע הולך כזכי דמי, והכא בהא קמיפלגי, מ"ס: לא אמרינן מיגו, ומ"ס: אמרינן מיגו. תניא כוותיה דרב: הולך מנה לפלוני שאני חייב לו תן מנה לפלוני שאני חייב לו, הולך מנה לפלוני פקדון שיש לו בידו, תן מנה לפלוני פקדון שיש לו בידו - חייב באחריותו, ואם בא לחזור - אינו חוזר". וכיון שתניא כוותיה דרב פסקו הלכה כרב.

2. הוא הדין אם אמר 'שא', 'יהא', הרי זה כאומר זכה. אך באומר 'החזיר': רמ"א - לא הוי כזכה, ב"י בשם הריטב"א. סמ"ע - הוי כזכה. דהריטב"א דיבר במתנה ולא התכוון לומר כן בחוב. והש"ך הסכים עם הרמ"א.

3. דין זה נכון דווקא במלוה ובפקדון ולא במתנה, דבמתנה הולך אינו כזכי.

4. מה הדין בשטר מתנה? סמ"ע - כמו מתנה, ודברי רבינו ירוחם הם כשאומר לו 'זכה' במפורש. ש"ך - שטר מתנה שאני, כ"כ בס"ק ג ו-ט. או שמיירי שנותן השטר מתנה בחובו דמהני לכו"ע.

5. **אע"פ שזכה לוי עבור שמעון, לא נפטר ראובן מחובו, אלא הרי הוא חייב באחריות כלפי שמעון** עד שיגיע הממון לידו, כ"כ הרמב"ם ופשוט הוא שהרי לא ציוהו ליתנו לידו.

6. **אם החזיר לוי המנה לראובן?** פשט לשון השו"ע: כל זמן שלא העני ראובן יכול שמעון לתבוע את ראובן ולא את לוי, אך אם העני ראובן ואינו יכול לתבוע ממנו - יכול לתבוע את לוי שהרי בפשיעתו הזיקו שהפסידו. ויש אומרים דעת הרמב"ם שבכל ענין יכול לתבוע אף מלוי, שהרי לוי הפסיד את המנה שלו בכך שהחזירו לראובן ולוי יחזור ויתבענו מראובן. כך פשט הטור, וכך הבינו הסמ"ע והב"ח. וטעמם שאם לא ניזוק שמעון בהחזרתו המנה לראובן, אין לו על לוי כלום שהרי לוי לא היה שלוהו, ורק כשניזוק יכול לבוא עליו מטעם מזיק כשפשע בדבר.

הבנת הש"ך: לכו"ע יכול לחזור גם על לוי, ואף כשלא העני ראובן. ומה שכתב 'העני' היינו בגלל שבד"כ אם לא העני ראובן יחזור ויתבענו מראובן ולא מלוי, אך כיון שממונו היה ביד לוי והוא איבדו בידיים – יכול לתובעו ממנו אף לכתחילה. ונחלקו רק כשלו החזירו מחמת אונס שיבואר לקמן.

7. **אם החזיר לוי מחמת אונס:** פשט שו"ע – לכו"ע פטור מאחריות כלפי שמעון, ולא מתחייב אלא מחמת שפשע. הבנת הש"ך – מח' טור ורמב"ם, דלדעת הטור פטור באונס, ולדעת הרמב"ם חייב אף כשהיה אונס. הרמב"ם לא הזכיר פטור של אונס, אך הרב המגיד הבין בדבריו שאף הוא פטור באונס כפשט הגמ' ודלא כש"ך.

גיטין יד. -: "ר' אחי בר' יאשיה הוה ליה איספקא דכספא בנהרדעא, אמר להו לר' דוסתאי ב"ר ינאי ולר' יוסי בר כיפר: בהדי דאתיתו אתיוה ניהלי. אזול, יהביה ניהליה. אמרי להו: נקני מינייכו, אמרי להו: לא. אמרי להו: אהדריה ניהלן, ר' דוסתאי ברבי ינאי אמר להו: אין, ר' יוסי בר כיפר אמר להו: לא. הו קא מצערו ליה, א"ל: חזי מר היכי קא עבדי! אמר להו: טב רמו ליה. כי אתו לגביה, א"ל: חזי מר, לא מיסתייה דלא סייען, אלא אמר להו נמי טב רמו ליה! א"ל: אמאי תיעבד הכי? א"ל: אותן בני אדם הן אמה וכובען אמה, ומדברין מחצייהן, ושמותיהן מבוהלין, ארדא וארטא ופילי בריש, אומריין כפותו - כופתיין, אומריין הרוגו - הורגין, אילו הרגו את דוסתאי, מי נתן לינאי אבא בר כמותי! א"ל: בני אדם הללו קרובים למלכות הן? א"ל: הן. יש להן סוסים ופרדים שרצים אחריהן? א"ל: הן. א"ל: אי הכי שפיר עבדת. ופירשו הראשונים ששאלתו 'אמאי תיעבדי הכי' הייתה מדוע החזרת להם החפץ אחרי שכבר זכית בו עבורי? ותשובתו הייתה שאם לא עושה כן היו הורגים אותו, והסכים עמו. ומכאן מוכח שאם לא היה לו אונס בדבר היה חייב באחריות, וכיון שהיה אונס נפטור.

8. מדוע במקרה של הרמ"א אינו פטור מחמת אונס? סמ"ע – כיון שהוא שליח של המלוה, ודוקא כשנשלח ע"י הלוה פטרנו באונס. ש"ך – אפי' שליח של המלוה פטור באונס. אך דווקא כשיכל להוציא מידו מעות הפקדון, או לכפותו בגופו עד שיתנם לו. ולכן לא מקרי מציל עצמו בממון חברו, שהרי לבסוף האנס היה נוטלם. אולם, כשאין לאנס יכולת לטלם, כגון במקרה של הרמ"א שאינו יכול אלא לכפור חובו, אסור לו להציל עצמו בממון חברו, וליתן לו הפקדון כדי שלא יעכב משלו. **כן ביאר התיבות דברי הש"ך.**

סעיף ב

הא דבפקדון אינו יכול לחזור וליטול מיד לוי, דוקא כשהוחזק הנפקד כפרן, דאז זכות למפקיד שתצא מתחת ידו. אבל לא הוחזק כפרן, יכול הוא לחזור וליטול וכתב הסמ"ע דהביררה ביד הנפקד אם לחזור בו או לא, וביאר הש"ך שאף אם לא נטלו לא עבר על דעת הבעלים. ואי שווייה מריה דפקדון שליח להביא לו, כיון דגלי דעתיה דניחא ליה דליתביה ליה, אם בא לחזור אינו חוזר. ואפילו בממציא לו שליח, דלא מיפטר בהכי שומר מאחריות, או אפילו לא ממצי ליה שליח, אלא דשליח מהימן גבי מפקיד ובכל יומא הוה מפקיד גביה, אם בא לחזור אינו חוזר.

שם יד. "פקדון, לימא ליה: אין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר! א"ר זירא: כשהוחזק כפרן". דאז ודאי שנוח למלוה שיצא הממון מתחת ידו. וכתב הרמ"ה שהוא הדין כשעשאו המלוה שליח להביאו, או שהוא אדם שמהימן לגבי המלוה להפקיד אצלו.

כשאינו יכול לחזור, מה הדין אם רוצה לקבל עליו כל אחריות ואפי' באונסים? ב"ח – יכול לחזור בכה"ג, וכן מבואר ברמב"ם ואף שאר הפוסקים לא חלקו עליו. ש"ך – אינו יכול, דאע"פ שמקבל עליו אחריות אונס, יכול לומר 'את מיהמנת לי בשבועה', האיך לא מהימן לי בשבועה'.

סעיף ג

אם אמר שליח למלוה: הנה מעותיך ששלח לך פלוני בחובך בידי אך אני רוצה להחזיק בהם בשביל חוב שיש לי בידך, אם המלוה מודה לשליח שיש לו בידו ואין לו שאר נכסים שיגבה מהם זה חובו, והגיע זמן הלואתו, אין כח ביד המלוה לערער על המשלח ולומר: הפסדתני מעותי שמסרתם ליד מי שאיני יכול להוציאם מידו, שהרי המשלח יאמר: אף אם היו עדיין בידי היו מוציאין מידי מדרבי נתן הואיל ואין לך נכסים אחרים.

אבל אם יש לו נכסים אחרים, המשלח כופהו לשלוח ליתנם למלוה, שכל זמן שלא נתנם לו לא נפטר המשלח מהחוב, והשליח חוזר וגובה אותו ממנו (מהמלוה). וכ"ש אם אין המלוה מודה לשליח, שחייב ליתנם לו אפילו אם אין לו נכסים אחרים.

אם תפס השליח המעות, ואומר שתופסם עבור חוב שהמלוה חייב לו :

1. אם המלוה מודה שהוא חייב לו :

א. אם אין לו נכסים אחרים שיגבה מהם – אין מוציאין מידו, ואף המשלח נפטר מחובו כלפי המלוה, דמדינא דר"נ היה השליח יכול להוציאם ישירות ממנו, שהרי אין למלוה נכסים לפרוע, וא"כ הוא יכול ללכת ולגבות מהלוה שלו.

ב. אם יש לו נכסים אחרים – המשלח כופה אותו ליתנם למלוה, דבכה"ג ליתא לדינא דר"נ שהרי יש למלוה נכסים אחרים והשליח יכול ליפרע מהם, וא"כ אין השליח יכול לגבות מהמשלח. ואם לא יתנם ליד המלוה לא יפטר המשלח מחובו, וכדי שלא יבוא לידי היזק יכול הוא לכפות לשליח להשיבם ליד המלוה.

ודעת הש"ך שדינא דר"נ קיים אף כשיש לו נכסים אחרים, אלא שכאשר יש פסידא ללוה השני אין מוציאין ממנו כשיש ללוה הראשון נכסים (כמו שמתבאר בסי' פו), וא"כ הכא שאין פסידא ללוה השני שהרי הוא עצמו הוציא הממון ונתנו למלוה הראשון – א"כ אף כשיש ללוה ראשון נכסים הדין עם השליח ואין למלוה שום תביעה על המשלח. ולכן כתב שהוא חולק על התרומות (שמשמע מדבריו שדיבר מעיקר הדין), ואת דברי הטור העמיד כשיש ללוה הראשון פסידא, כגון שהוא טוען שהוא רוצה את המעות הללו כדי להיראות בהם, או שהוא רוצה את החפץ ששלח לו המשלח בדווקא והוא יפרע לשליח במעות אחרים.

2. אם המלוה כופר בחובו כלפי השליח :

כשאין לשליח מיגו כנגד המשלח כגון שמסר לו בעדים וכדו' : צריך להשיבם למשלח. ואע"פ שהוא נאמן כנגד המלוה במיגו דפרעתין לומר שיש לו בידו כנגדו, אך סו"ס כיון שהמעות לא הגיעו ליד המלוה והמלוה כופר בחוב – לא נפטר המשלח מחובו. ונמצא ששליחותו של השליח לא פקעה, ויכול המשלח לכופו ליתנם למלוה שלו. (ולא אמרין שיהא נאמן מול המשלח במיגו שהיה אומר החזרתי לך, שהרי מסר לו בעדים ולא יכל להחזירם לו שהרי 'הולך כזכ', ונמצא שאין לו מיגו להיפטר משליחותו).

כשיש לו מיגו כנגד המשלח כגון שמסר לו שלא בעדים : סמ"ע, נתיבות, תומים – נאמן לטעון שהמלוה חייב לו, ואין המשלח יכול לכופו להשיב לו הממון, דכיון שיכל לטעון להדי"מ, נאמן לטעון קיימתי שליחותך ולקחתי המעות לעצמי עבור חוב שהמלוה שלך חייב לי. (והרי זה ממש כטענת פרעתי למלוה). וכן פשט דברי הטור והתרומות. ב"ח, ש"ך – יכול המשלח לכופו לשלם הממון למלוה, דאע"פ שיש לו מיגו כלפי המשלח, אין זה מועיל אלא לטעון שהמשלח חייב לו, אך כשמודה שהמשלח פטור, א"כ מה בכך שטוען שהמלוה חייב לו!! הרי כיון שכלפי המשלח אין לך טענה, א"כ הוא יכול לכפות לקיים שליחותך. והנתיבות דחה דברי הש"ך מב' טעמים : א. מכיון שקי"ל הולך כזכ', א"כ בשעה שנתת לידי המעות כבר זכה בהם המלוה, וא"כ אני יכול לתופסם בחובי ומה אכפת לי שאינך מאמין לי בזה? (וכשאין לו מיגו נגד המשלח, א"כ לא נפטר מחובת השליחות שלו כלפיו ולכן יכול לכפותו ליתנם לו). ב. כשטוען שהמלוה חייב לו ממון, הרי זה כאילו הוא טוען פרעתי למלוה בכך שתפסתי בחובי, כיון שתפסתי היא מכח שזיכיתי אותם למלוה, ועל חובו כ

סעיף ד

ואם מת המשלח ולא הניח נכסים, חזר הדין בין השליח ובין המלוה שנשתלחו לו. ואפילו קבלם השליח מהמשלח בעדים, מגו שיכול לומר למלוה : (פרעתיך) ונאמן בהיסת, נאמן גם בהיסת לומר לו : אני תופסם בחובי שאתה חייב לי, כיון שאין תובעו בהם המשלח ולא יורשיו.

ויש מי שאומר שאם בא השליח להחזיק בהם בשביל חוב שיש לו ביד המלוה או המפקיד, אינו יכול.

1. אם מת המשלח ולא הניח נכסים – מועילה תפיסת השליח אף כשהמלוה כופר, דכיון שהמשלח מת ואין לו נכסים המלוה אינו יכול לחזור על התומים, ולכן אין ליתומים תביעה על השליח שיתן המעות למשלח, וכיון שיש לו מיגו שיכל לומר פרעתיך יכול לומר יש לי בידך כנגדו.

2. דעת הרמ"ה – אין השליח יכול להחזיק במעות כשהמלוה כופר, דהרי הם נתנו לו על תנאי שיתנם ליד המלוה, וכל זמן שלא נתנם לא קיבל שליחותו והרי היא בטלה, ונמצא כאילו המעות לא יצאו מיד המשלח לעולם, ואין למלוה שום זכות בהם ואין לשליח כח לעכבם בחובו.

באיזה מקרה דיבר הרמ"ה?

סמ"ע, ש"ך – אפי' כשמת המשלח, ואע"פ שיש לשלוח מיגו נגדו אינו יכול להחזיק בהם.

ב"ח – כשהמשלח חי ואין לו נכסים, והמלוה מודה שחייב לו, ואפי"ה אינו יכול לתפוס, כיון שלא נתקיים התנאי. והתקשה מה הנפק"מ שנוציא מידו, הרי מיד שיתן למלוה אנו נוציא מידו ליד השליח, שהרי הוא מודה בחובו! ותירץ שנפק"מ כשיש עליו עוד בע"ח, שיחלקו את הממון בין כולם. והש"ך דחה דבריו, שאף אם לא נסבור כרמ"ה, הדין הוא שיחלקו ביניהם שהרי מדר"נ הוא משועבד לכל בעלי החובות. (ואין לומר שסו"ס מועילה תפיסה – כיון שתפיסה אינה מועילה אלא בבע"ח שלו, אך לא בבע"ח של הבע"ח שלו, שכיון שאינו משועבד רק מר"נ, אך נמצא שהוא משועבד לכל אחד כנגד חלקו היחסי, ולדוג' אם יש ג' בע"ח לכל א' הוא משועבד רק בשליש; נתיבות בהבנת דברי הש"ך). והב"ח חולק וסובר שבכח"ג מועילה תפיסה, ולכן אם לא היינו מוציאים מיד השליח – היה זוכה בהם עבורו מדר"נ, אע"פ שיש עוד בע"ח אחרים).

גר"א – משלח חי ויש לו נכסים, אע"פ שהמלוה מודה בחוב – מוציאים מיד השליח כיון שלא נתקיים תנאי השליחות. אך לא מטעמים אחרים, דבלא טעם זה ודאי שלא היינו מוציאים ממנו, דכיון שהוא מחויב לשלם לו והשליח זכה עבורו, א"כ לא שייך לדבר כאן על דינא דר"נ, שהרי הממון ממש של המלוה שלו ומדוע שלא תועיל תפיסתו! רק מטעם שאם לא נתקיים התנאי נתבטלה הזכייה. אך כשאין נכסים אע"פ שנתבטלה השליחות יכול להוציא מידו מדר"נ, ואין סיבה שהרמ"ה יחלוק. וכן כשהמשלח מת מדוע שלא תועיל תפיסה! על כרחך מירי כשיש לו והוא מודה, וכמו שביארנו. ונשאר בצ"ע על דברי הטור והשו"ע.

סעיף ה

במה דברים אמורים דהולך הוא כזכי, במלוה או בפקדון; אבל במתנה לא הוי כזכי, אפילו עשאו שליח לקבל וא"ל הנותן: הולך לו, לא הוי כזכי. לפיכך אם אמר: הולך מנה לפלוני שאני נותן לו, יכול לחזור עד שיגיע ליד המקבל. ואם היה המקבל עני שאין לו ק"ק זו, נעשה נדר ואינו יכול לחזור בו.

1. במתנה לא אמרינן 'הולך כזכי', ולכן יכול לחזור בו קודם שהגיע ליד המקבל. גיטין לב. "אמר אביי, נקטינן: שליח מתנה הרי הוא כשליח הגט; נפקא מינה: להולך לאו כזכי דמי". וביארו הסמ"ע והש"ך שבפקדון וחוב הממון הוא כבר של זה ששלחו, לכן בקלות יכול לזכות חברו בשבילו. משא"כ במתנה שלא היה שלו מעולם, לכן בענין לשון מפורשת ומבוררת טפי, אך בלאו הכי אין דעתו שיוזכה לו עד שיגיע לידו ממש.

2. אפי' עשאו המקבל שליח קבלה, אם כשנתן לו אמר לו 'הולך' – לא זכה בהם עד שיגיעו ליד המקבל, דכיון שאמר לו 'הולך' מוכח שהתכוון לבטל שליחות קבלתו; סמ"ע.

3. אם המקבל עני, ואמר לפלוני שיוליך לו מנה – אינו יכול לחזור בו, דהוי כנדר. הטור כתב 'אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט', והב"י כתב שזהו שיגרא דלישנא שהרי העני אינו גבוה, אלא הכוונה דהוי כנדר. הסמ"ע תירץ שכיון שיש בזה מצוות צדקה, נמצא שאמירתו לגבוה והעני משולחן גבוה זכה.

האם יכול להשאל על נדר זה? סמ"ע, ש"ך, קצות – לא, תומים – מסופק. הקשו הסמ"ע והש"ך הרי אף אם רק אמר שיתן לעני הוי אמירתו לגבוה ומה הוסיף שנתן לשליח? ותירצו שעל אמירה בעלמא אפשר להשאל, אך אם כבר נתן אינו יכול אף להשאל עליו. הקצות תירץ שבמתנה לא אמרינן תן כזכי מפני שאין חוב, אך בעני כיון שהאמירה יוצרת חוב א"כ החוב והזכייה באין כאחד ואמרינן ככה"ג תן כזכי ונמצא שהעני זכה בו ושוב אין הנותן יכול לחזור או להשאל עליו.

4. אם המקבל ת"ח: כנה"ג בשם מבי"ט – אינו יכול לחזור בו ואפי' הוא עשיר, משום מצוה דעץ חיים היא למחזיקים בה. שבות יעקב – יכול לחזור בו, ודווקא בת"ח עני פסק המבי"ט כן לרווחא דמילתא, אך לא בת"ח שמצויה לו פרנסתו בריוח.

סעיף ו

אם אמר: תן ק' לפלוני במתנה, י"א שאינו כזכי ויכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע לידו, אלא אם כן א"ל: זכי לו, ואז זכה לו וקנה; וכגון שהיה ברשותו, אבל אם אינו ברשותו, לא. ומיהו אפילו אינו ברשותו, לכשיבא לרשותו יזכה לו, אם לא יחזור בו הנותן קודם לכן.

סעיף ז

וי"א דתן הוי כזכי במתנה, והוא שנותן לו עתה החפץ בידו ואומר לו: תן חפץ זה לפלוני. אבל אם מתחלה לא בא לידו על דעת לזכות לזה, ואחר כך אמר לו: תנהו

לפלוני, לא קנה אלא במעמד שלשתן, ואפילו אם הוא תופס החפץ בידו בשעה שאמר (לו): תן, כיון שלא בא מתחלה לידו לשם כך. אבל אם א"ל: זכה לו, בעוד שהחפץ בידו, זכה לו אף על פי שלא בא לידו תחלה לשם כך. או אפילו לא היה בידו בשעה שאמר לו: זכה לו, אלא שהגביהו אחר כך כדי לזכות לו, זכה, אפילו שלא בפני הנותן ושלא בפני המקבל. אבל אם לא אמר: זכה, אפילו איתיה לפקדון בחצירו של שליח, לא זכה למקבל מתנה.

1. מה דין אמירת 'תן' במתנה?

דעת ר"ת - **תן לא הוי כזכי במתנה**, עד שיאמר זכי בפירוש, וכ"כ בסעיף ו. דעת הרמ"ה והרמב"ם - **'תן' הוי כזכי אף במתנה**, אע"פ שהולך לא הוי כזכי, וכ"כ בסעיף ז.

דעת ר"ת (גיטין יא: ד"ה כל האומר וכו') שבמתנה אף תן לא הוי כזכי, וראיתו מכך שבברייתא (בדף יד.) אמרו "הולך מנה זה לפלוני שאני חייב לו, תן מנה וכו'", וכיון שהשמיענו בהולך א"כ כ"ש בתן, שהרי תן מועיל גם במתנה! אלא מוכח שאין הבדל, ואף תן לא מהני במתנה. ור"י הביא ראיה מהתוספתא שאמרה בהדיא שבמתנה אם אמר תן מנה לפלוני יכול לחזור ורק בזכה אינו יכול לחזור. **ואף דעת הרשב"א בתשובה כן. אולם, הרמב"ם** כתב שתן הוי כזכי, שהרי לא מיעטו אלא הולך. ועוד שלגבי עבד מוכח שיתן שטר שחרור זה לעבד מועיל, אע"פ ששחרור זה כמו מתנה. וכן הגמ' בגיטין יא. "כל האומר תנו כאומר זכו דמי". ודווקא לגבי מציאה (ב"מ י.) אמרין שיש חילוק בין תן לזכה כיון שמייירי שאין כוונת חברו לזכות עבורו בכה"ג. ור"ת תירץ דשחרור עבד הוי כמכר, דאי לאו דעבד ליה ניחא נפשיה לא היה משחררו.

המבי"ט כתב שאף לדעת ר"ת אם הגיע השליח למקומו של המקבל אע"פ שלא נתנו לו - קנה המקבל. והש"ך דחה דבריו דכל זמן שלא הגיע לידי המקבל לאו כלום הוא. וכן אם נתן לו המקצת לא קנה השאר.

2. למי"ד שיתן מועיל, דווקא כשבשעה שאמר לו תן מסר לו החפץ מיד ליד, אך אם כבר הגיע לידו שלא על דעת לזכות לו - לא מהני שיאמר לו תן, אא"כ יאמר לו 'זכה' או שיקנהו במעמ"ש. וכן אם יגיע לידו אח"כ לא מהני.

3. כשאומר זכי מהני אף אם החפץ כבר הגיע לידו קודם לכן, וכן אם עדיין לא הגיע לרשותו מהני שכשיגיע לרשותו יקנה חברו, אך קודם שהגיע יכול לחזור בו. וה"ה בחוב ופקדון אע"פ שאמר לו 'זכה' - לא קנה קודם שהגיע ליד השליח; ש"ך בשם הרמב"ן.

4. מה הדין בפקדון וחוב לגבי אמירת הולך או תן? כתב הש"ך דבעינן שימסור לידו בשעה שאומר לו, אך בלאו הכי לא הוי כזכי אע"פ שהגיע לידו אח"כ, כמו במתנה למי"ד שתן מועיל, וכ"כ תוס' בהדיא גיטין יג. ד"ה והא.

5. אף כשאומר לו זכה לא קנה אא"כ החפץ בידו, או שהגביהו אח"כ עבורו. אך אם הוא היה מונח בחצרו ואמר לו זכה - לא זכה, דנחי שנעשה שלוחו במה יזכה לו? הרי לא עשה בו מעשה קנין! ש"ך. אמנם, אם אמר הנפקד תזכה לו חצרי - מהני, דזכה לו בקנין חצר, וכמו שכתב בס"ר. כך ביאר הש"ך סוף דברי השו"ע, והסמ"ע ביאר דברי השו"ע שמייירי שאע"פ שאמר תן או זכי בעינן שיתן לידו באותה שעה, ולא שיהו מכבר ברשותו וכמו שנתבאר בסעי' 2.

סעיף ח

ראובן שאמר לשמעון: הולך מנה ללוי שאני נותן לו מתנה, והלך שמעון ליתנו ללוי, ומצאו שמת, אם בריא היה הנותן, ומת בחיי מקבל, יתן ליורשי מקבל, דמצוה לקיים דברי המת. ואם מת מקבל בחיי נותן, אף על פי שאחר כך מת הנותן, יחזיר ליורשי משלח.

ראובן שאמר לשמעון כשהוא בריא: הולך מנה במתנה ללוי, והלך ומצא שלוי מת:

1. אם ראובן חי - יחזיר לו המנה, דבמתנה הולך לאו כזכי דמי.

2. אם ראובן מת: א. אם מת בחיי המקבל, אע"פ שאחרי מיתתו מת גם המקבל - ינתנו ליורשי המקבל, דבכה"ג שהוציא הממון מתחת ידיו מצוה לקיים דברי המת, וזכה בו המקבל והורישו ליורשיו.

ב. אם מת המקבל בחיי ראובן – יחזרו ליורשי ראובן, דכיון שמת בחייו בטלה מתנתו, ולא אמרינן בכה"ג 'מצוה לקיים דברי המת' כיון שהם בטלו בעודו בחייו.

גיטין יד: "הולך מנה לפלוני, והלך ובקשו ולא מצאו - תני חדא: יחזרו למשלח, ותניא אידך: ליורשי מי שנשתלחו לו. לימא בהא קמיפלגי, דמר סבר: הולך כזכי ומ"ס: הולך לאו כזכי! אמר ר' אבא בר ממל: דכ"ע הולך לאו כזכי (כלומר במתנה) ולא קשיא: הא בבריא, הא בשכיב מרע. רב זביד אמר: הא והא בשכיב מרע, הא דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות, הא דליתיה למקבל בשעת מתן מעות. רב פפא אמר: הא והא בברי, הא דמית מקבל בחיי נותן, הא דמית נותן בחיי מקבל". וכתבו הראשונים שמא אמר חדא וזו אמר חדא ולא פליגי, ולכן פסק השו"ע בסעיף שלנו כאוקימתא דרב פפא, ובסעיף הבא כאוקימתא דרב זביד.

סעיף ט

ואם שכיב מרע היה הנותן, אם בשעה שנתן המנה לשליח כבר מת מקבל, יחזיר ליורשי משלח. אבל אם היה חי המקבל בשעה שנתן המנה לשליח, יתן ליורשי מקבל, אפילו אם מת המקבל בחיי נותן, ואפילו נולדו יורשי מקבל אחר מיתת נותן, משום דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו, ואין הנותן יכול לחזור בו כל זמן שלא עמד. ואם עמד חוזר, אפילו אם בא כבר ליד המקבל.

ראובן שהיה שכיב מרע ואמר לשמעון 'הולך מנה במתנה ללוי', והלך ומצאו שמת:

1. אם בשעת המתנה כבר מת המקבל – לא זכה, ויחזרו ליורשי הנותן. ואפי' אמר זכה ללוי לא קנאו, דבשעה שאמר כן כבר מת לוי והוי מתנה בטעות; ש"ך.

2. אם בשעה שנתן היה המקבל חי – זכה בממון, ואפי' מת אח"כ בחיי הנותן, ואפי' יורשיו נולדו לאחר מות הנותן. דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו למפרע משעת נתינה, וא"כ מתברר למפרע שזכה אביהם במתנה והוריש להם, ואין זה בכלל המזכה לעובר שלא קנה.

במקרה זה – אין הנותן יכול לחזור בו כל זמן שלא עמד מחליו, הטור כתב שהיה נראה לו שיכול לחזור בו, אך הרמ"ה כתב שאינו יכול לחזור בו, וטעמו שאע"פ שבעלמא יכול לחזור שאני הכא שכיון שהשכיב עשה מעשה והוציא המעות מתחת ידיו – א"כ ודאי דעתו הייתה שיקנה המקבל מהשתא. כמו כן, לגבי שכיב מרע אמרינן שאף במתנה הולך כזכה, כיון שהוא טרוד בחוליו ואינו שם על לב היאך לצוות, וכוונתו שציוויו יעשה באופן המועיל, וכמו שאמרינן לגבי גט שאם אמר כתבו גט לאשתי – כותבין ונותנין אע"פ שלא אמר תנו.

3. אם עמד מחליו – חוזר בו, ואפי' הגיע הממון ליד המקבל. ככל מתנת שכיב מרע שאם הבריא חוזר בו, דאומדן דעת הוא שלא נתן אלא מחמת שהיה סבור שימות. **אמנם, הריב"ש כתב בשם הרשב"א** שבכה"ג אפי' אם עמד קנה המקבל או יורשיו. **אך כתב הש"ך** שאפי' לשיטתו אם נתן במתנת שכיב מרע גמורה (כגון שנתן כל נכסיו, או שצוה מחמת מיתה) – אם עמד חוזר.

סעיף י

ומכל מקום כל זמן שלא נתברר שנתרפא, צריך השליח לעשות שליחותו, ואם ימות הנותן ישאר למקבל; ואם יתרפא, יחזיר לנותן.

כ"כ הטור, וכתב הסמ"ע: "ולא ימנע מליתן לו באמרו שמא לא ימות ויהיה קשה להוציא, דכיון דמסרו לשליח ליתן לו נותנין לו מיד, משא"כ בשאר צוואה דלא מסרו ליד השליח".

ב"ה יום ג' כ"ז שבט ה'תשע"ד

מעמד שלשתן

סימן קכו

הפורע חובו במעמד שלשתן, ובו כ"ג סעיפים. סעיף א

סעיף א

ראובן שהיה לו מנה ביד שמעון, בין מלוה בין פקדון, ואמר ליה במעמד שלשתן: מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, בין שנתנו לו במתנה בין שנתנו לו בפרעון חובו, קנה, ואין ראובן ולא שמעון יכולים לחזור בהם, אעפ"י שעדיין עסוקים באותו ענין. וכן אין הנותן יכול לחזור ולמוחלו למי שהוא בידו, ואפילו נולד לוי לאחר שהלוה ראובן לשמעון, קנה.

1. קנין מעמד שלשתן הוא בין במלוה ובין בפקדון, שאם אמר ראובן לשמעון במעמד לוי 'מנה לי בידך, תנהו ללוי' – קנה לוי. **גיטין יג:** "גופא, אמר רב הונא אמר רב: מנה לי בידך תנהו לו לפלוני, במעמד שלשתן – קנה. אמר רבא: מסתברא מילתיה דרב בפקדון, אבל במלוה לא, והאלקים! אמר רב אפילו במלוה".

מה הדין בכתובה? לדעת רוב הראשונים לא תקנו בכתובה מעמ"ש, ולדעת הר"ן בגיטין תיקנו אף בכתובה. מפני שבכתובה אפשר שלא תבוא לידי גבייה לעולם. **וה"ה כשיש ספק אם יש לו בידו** – לא חל מעמ"ש.

תוס' והרא"ש כתבו שבמעמ"ש אינו יכול למחול, והקשו א"כ מדוע בב"ק פט. לגבי היא שחבלה באחרים מדוע לא תירצה הגמ' שתמכור כתובתה במעמ"ש שאינה יכול למחול! ותירצו שלא תקנו מעמ"ש בכתובה שאפשר שלא תבוא לידי גוביינא לעולם. אולם, הר"ן תירץ שכיון שאין עושים מעמ"ש אלא מדעת שלשתם (לשיטתו) א"כ זה לא תלוי בבי"ד שאולי הבעל לא יתירצה להקנות הכתובה, ולכן הגמ' לא עוסקת באפשרות זאת.

מה הדין בחוב שלא הגיע זמנו? ש"ך וקצות – מועיל, דכבר עכשיו הוא חייב לו, מה שאין כן בכתובה שכרגע לא ודאי שהוא חייב לה. ודלא כמו שכתוב בתשובת מהר"ם ומהרשד"ם שאף כשלא הגיע זמנו יכול לחזור בו.

מה הדין בסחורה שיש לו בידו בעיסקא? כתב מהרשד"ם דדמי לכתובה, דכיון שאפשר שתזול הסחורה ולא ישאר בה כדי חוב, א"כ לא הוי מנה לי בידך. **הש"ך** ביאר דכוונתו שיש ספק אולי עכשיו הוזלה ואינה שווה כדי חוב שניהם. **והקצות** ביאר שאף כשברור שלא הוזלה עכשיו, אך כיון שעכשיו אינו יכול לתובעו דמי הסחורה אלא רק לאחר שימכור, ואז אולי היא תזול ולא יהיה בה כדי חובו, דמי לכתובה שלא ברור שבשעת הפרעון יהיה חוב.

2. בין אם נתנו במתנה, ובין אם נתנו בפרעון חובו. כן הוכיח הר"ף מעובדא דהנהו גינאי (גיטין יד.) שאף כשנתנו בתורת פרעון חוב מועיל, ודלא כמי שרצה לומר שרק במתנה תיקנו מעמד שלשתן.

אם אמר לו 'תנהו לפלוני שיקנה סחורה עבורי' – יכול לחזור וכתב הש"ך הטעם שמעמד שלשתן חל דוקא כשהראשון מסלק עצמו מהחפץ והשני נכנס תחתיו, משא"כ כאן שהראשון לא הקנה את החפץ ללוי.

מה הדין כשאומר לו 'תנהו לפלוני בהלוואה'? **הקצות** כתב שמהני, כיון שבכח"ג הראשון מסתלק לגמרי, דמלוה להוצאה ניתנה. **והתומים והנתיבות** כתבו שלא מהני; **והביאו ראיה** מב"מ עא: מישאל שלוה מנכרי בריבית, מצאו אחר וכו' ואם העמידו אצל מותר, ומסקנת הגמ' דוקא כשנשא ונתן ביד, הא לאו הכי אסור, ואע"פ שהיה במעמד שלשתן – לא קנה. ומבואר שבמעמד שלשתן אין קונון הלוואה! **ובטעם הדבר כתב הנתיבות**, שעיקר התקנה היא שיקנה המקבל, ואילו כאן כל זמן שהמקבל לא קיבל את הכסף לא קנה כלום, ולא תיקנו שיקנה הנותן את שעבוד גופו ונכסיו של המקבל קודם שהמקבל קיבל את כסף ההלוואה.

3. ואין ראובן ושמעון לגבי לוי יתבאר לקמן בסעיף ט **יכולים לחזור בהם**, אע"פ שעדיין עסוקים באותו ענין. כן כתב הטור בשם בעה"ת (שער כח, ח"ד א) מטעם שדוקא בקנין סודר מהני חזרה, כיון שעדיין החליפין תחת ידו ולא נתנם לחברו, לא גמר ומשעבד נפשו כל זמן שעסוקין באותו ענין. משא"כ בשאר קניינים שלאחר מעשה הקנין נגמר הכל, וכן אצלנו 'שנסתלק הזוכה מעל הממחה והמומחה נכנס במקומו'.

4. וכן אין הנותן יכול למחול חובו לשמעון. ואע"פ שמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו – מחול, כאן הדין שונה. מפני שבמכירת שטרות לא מכר אלא שעבוד נכסים, ואילו כאן הקנה אף את שעבוד הגוף, אליבא דר"ת. ולדעת הר"ף

שמכירת שטרות מדרבנן ולכן אפשר למחול, אע"פ שכאן זה ג"כ מדרבנן, אך כאן התקנה היא שזה יקנה לו לגמרי דא"כ לא תועיל תקנת השוק.

בדין זה יש מחלוקת בראשונים: א. דעת תוס' והרא"ש והר"ן והרמב"ם שלעולם אינו יכול למחול. **וכן פסקו השו"ע והרמ"א.** ב. דעת הרמב"ן והראב"ד (וכן הסכים הרשב"א בתשובה) שאף במעמ"ש יכול למחול, ואין הבדל בין זה למכירת שטרות שיכול למחול. **והש"ך כתב** שעקרונית היה נ"ל שהמוחזק יכול לומר קים לי, אלא שבסי' ס"ו (ס"ק צז) **הכריע שא"א לומר 'קים לי'**, ע"פ הסבר חדש בסוגיא שמכריע בין השיטות שהורוהו מן השמים. ואפ"ה לגבי קידושין היא מקודשת מספק.

5. ואפי' אם נולד לוי לאחר שהלוח ראובן לשמעון – קנה. גמ' שם: "וטעמא מאי? אמר אמימר: נעשה כאומר לו בשעת מתן מעות שעבדנא לך לדידך ולכל דאתו מחמתך. א"ל רב אשי לאמימר: אלא מעתה, הקנה לנולדים דלא הוו בשעת מתן מעות, הכי נמי דלא קנו! דאפילו לר"מ, דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ה"מ לדבר שישנו בעולם, אבל לדבר שאינו בעולם לא! וכו' אלא אמר מר זוטרא, הני תלת מילי **שוניהו רבנן כהלכתא בלא טעמא** וכו'". וכתבו התוס' והרא"ש, שיש טעם גדול למה תיקנו, **משום תקנת השוק**, דמי שקונה סחורה ואין לו מעות, מעמידו אצל בעל חובו וא"צ להמתין עד שיקנה לו בקנין. **אלא, שאין טעם לאופן פעולת הקנין**, שהרי זה מועיל אף במלוה שאין כאן חפצא בעין שיחול הקנין עליו, ואפ"ה מהני.

סעיף ב

בד"א, כשהיה לראובן מנה ביד שמעון, אבל אם לא היה לו מנה בידו, אלא שא"ל: תן מנה ללוי בשבילי ואפרענו לך, לא קנה, וכל אחד משלשתן יכולין לחזור בו, (ואפילו מחל המלוה ללוה, יכול לחזור בו כל זמן שלא קנה בקנין) (ר"י נ"ט). ואפי' פרע שמעון ללוי מקצת החוב. ומכל מקום אם נתנו לו, חוזר וגובה מראובן, מאחר שעל פיו נתן. הגה: וכן אם המקבל פטר הנותן לגמרי, צריך זה שהמעות בידו ליתנם למקבל, דהא לא גרע מערב דעלמא. (נימוקי יוסף ומרדכי פרק איזהו נשך).

1. דין מעמ"ש הוא דוקא כשיש לראובן מנה ביד שמעון, אך אם אומר לו תן מנה ללוי עבורי ואתחייב אני לך – לא קנה.

מקור הדין: הגמ' בב"מ קיב. אומרת שאם המחזהו אצל חנוני אינו עובר עליו, ונחלקו רבה ורב ששת האם הפועל יכול לחזור בו אל בעה"ב, וק"ל כרבה שאמר חוזר. והתקשו מדוע לא התחייב לו מדין מעמ"ש?! הרי"ף הביא שהיו שתי רצו שמדובר שם שלא היה מעמ"ש, והיו שרצו לומר שמעמ"ש מועיל רק במתנה ודחה הרי"ף דבריהם מסוגיית 'הנהו גינאי'. ותירץ הרי"ף שלא אמרו מעמ"ש אלא כשיש לו מנה אצל חברו ומצווה עליו ליתנו לשלישי, מה שאין כן כאן שאין לו מנה אצל החנוני, אלא שהוא ישלם לו אח"כ.

2. וכל אחד משלשתן יכולין לחזור בהן. ודלא כדעת הגאון שאמר שהחנוני או השולחני אינן יכולין לחזור בהן, דכיון שאומנותן בכך ורוצים שאנשים יסמכו עליהם גמרי ומשעבדי נפשיהו, כדן ערב. כיון שתוס' והרא"ש חלקו עליהם בפירוש (והב"י כתב שאף הרי"ף חלק והש"ך פקפק בדבר).

3. אפי' מחל המלוה (לוי) ללוה (ראובן) בפירוש יכול לחזור בו כל זמן שלא קנה בקנין. ואע"פ שבד"כ מחילה לא בעיא קנין, אך כאן צריך קנין כיון שהוי מחילה בטעות, דלאו בשופטני עסקינן שימחול לחברו כל זמן שלא קיבל כספו. כ"כ הרא"ש שם.

כשמחל בפירוש **בלא קנין**, דעת הש"ך דאינו יכול לחזור בו אא"כ שמעון חוזר בו. והסמ"ע והקצות והנתיבות חלקו שלעולם יכול לחזור בו, אף אם שמעון לא חזר בו. דכיון ששמעון יכול לחזור בו א"כ לא חלה המחילה, וא"כ גם לוי יוכל לחזור בו.

כשמחל **בקנין**, דעת הסמ"ע והש"ך והקצות שאינו יכול לחזור בו אפי' שמעון אינו רוצה לשלם, דעל דעת כן נעשה הקנין. וכן פשוט דברי הרא"ש. והנתיבות חלק שכשאינו רוצה לשלם יכול לחזור בו, דקנין בטעות הוא (וכוונת הרא"ש כשרוצה לשלם לו אלא שדוחהו בלך ושוב) אא"כ פטרו בפירוש גם ככה"ג.

4. אפי' פרע שמעון ללוי מקצת החוב, יכולים לחזור בהן על הנשאר. ולא אמרינן שכיון שפרע מקצת, חייב לפרוע הכל, סמ"ע.

5. אם פרע שמעון ללוי, חייב ראובן לשלם לו, כיון שעל פיו נתן. כדן ערב, ודוקא ששילם לפני שחזרו בהן, ש"ך.

6. וכן אם לוי מחל לראובן במחילה גמורה, חייב שמעון לשלם לו מדין ערב.

סעיף ג

אמר ראובן לשמעון, סתם, במעמד שלשתן: תן מנה ללוי, ולא אמר ליה: מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, ושמעון מודה שיש לראובן מנה בידו, אלא שאומר שכיון שלא פירש: מנה שיש לי בידך, לא היה דעתו על מנה שיש לו בידי, אלא שאלוה לו מנה ואתננו לך, אין בדבריו כלום, דמסתמא על מנה שיש לו אמר, וקנה. ויש אומרים שלא קנה.

אמר ראובן לשמעון במעמ"ש 'תן מנה ללוי' ולא אמר לו 'מנה לי בידך תנהו ללוי', **מסתמא דעתו על מנה שלו שבידו וקנה** דסתם 'תן' הכוונה משלי, כ"כ הרמב"ן והביאו בעה"ת והאריך בראיות. וי"א שלא קנה הרא"ש, וטעמו שמעמ"ש הלכתא בלא טעמא ואין לנו אלא כמו שתיקנו חז"ל שיאמר 'מנה לי בידך'.

הש"ך רצה לומר שלא נחלקו אלא כשנותן לו מנה ויש לו בידו בדיוק מנה, אולם כשיש לו בידו יותר ממנה לכו"ע התכוון לתת לו משלו, ומה שלא אמר לו 'מנה לי בידך' כדי שלא יבואו לטעות ולחשוב שיש לו בידו רק מנה. אמנם, הוא מודה שהרא"ש חולק בכל ענין, אך רוצה לומר שלדינא השו"ע הכריע כרמב"ן רק במקרה שיש לו יותר ממנה, אולם כשיש לו מנה בדיוק לא הכריע כמי לפסוק ולכן הביא גם את דעת הרא"ש בכה"ג בשם י"א.

סעיף ד

היה לראובן ביד שמעון כור חטים, ואמר ליה במעמד שלשתן: תן ללוי חמשים דינרים שהרי יש לי בידך כור חטים, ונתרצה, ואח"כ רצה שמעון לחזור בו, אם היו החטים פקדון ופירש: תן לו חמשים דינרים במעות מהחטים, לא קנה לוי, שיכול לומר שמעון: איני חייב למכור חטים של ראובן כדי לפרוע חובותיו. ואפילו אם יאמר לוי: תן לי חטים שוה חמשים דינרים, יכול לומר: לא ציוני ליתן לך חטים אלא מעות. אבל אמר ליה, סתם: תן לו חמשים דינרים מהחטים שיש לי בידך, נעשה כאומר לו: חטים שוה חמשים דינרים, וקנה. ואם היו הלואה אצלו, אף על פי שאמר לו: חמשים דינרים (במעות), קנה, ונותן לו מעות או חטים שוה חמשים דינרים, כשער שבשוק.

אם יש לו כור חטים ביד שמעון, ואמר לו במעמ"ש: 'תן ללוי נ' דינרים שהרי יש לי בידך כור חטים' ונתרצה,

אם היו החיטים פיקדון:

אם פירש 'תן לו נ' דינרים במעות' – לא קנה, שהרי אין לו בידו אלא חטים ולא מעות.

ואם אמר 'תן לו חמשים דינרים מהחיטים' ואף אם אמר בסתם נ' דינרים, ש"ך קנה, דכוונתו לומר שווה חמשים דינרים מהחיטים.

אם היו החיטים הלואה שיכול לפרוע או בחיטים או בכסף:

בכל ענין קנה, ואפי' אמר 'תן לו נ' דינרים במעות'. כיון שיש עליו חוב של ממון. ונותן לו מעות, או חיטים בשווי נ' דינרים כשער שבשוק שהיו שווים בשעת האמירה, ואע"פ שהזלו אח"כ, ש"ך.

אם הזלו החיטים ואינם שווים אפי' נ', אינו צריך ליתן לו מביתו, אלא ממה שיש לו מהחיטים; ש"ך בשם הרמב"ן.

סעיף ה

אמר לו: מנה לי בידך תנהו לפלוני, במעמד שלשתן, ואמר לו: אני אתנהו לך לכשארצה, וכשתובעו אומר לו: איני רוצה עכשיו, אין בדבריו כלום, וחייב ליתן לו לזמן שהוא חייב לממחה; ויש חולקים.

אם אמר שמעון בשעה שצוהו 'אני אתן לו כשארצה', אין בדבריו כלום וחייב לשלם לזמן שהיה חייב לממחה כ"כ הרשב"א בתשובה, וטעמו מפני שמעמ"ש מועיל אף בע"כ של הלוח. ויש חולקים כן כתב הרשב"א שם. **מהו טעם החולקים?** הש"ך והגר"א נקטו שהחולקים היינו הראשונים שסוברים שלא מועיל מעמ"ש בע"כ, ולכן כיון שלא הסכים לתת אלא לכשירצה, מהני תנאו. אמנם, הש"ך התקשה מדוע בסעיף ז סתם השו"ע שמעמ"ש מועיל בע"כ, ולא הזכיר דעת החולקים ואילו כאן הביאם?! ואפשר לומר שסמך על מה שכתב כאן. או שהחולקים כאן מודים שמועיל בע"כ, אלא שסוברים שכיון שאמר כן בשעה שהמחהו ושתקו כולם, אי"כ הסכימו לתנאו.

סעיף ו

המחאה אצל חברו, בענין דלא קנה, אינו נאמן לומר שפרעו אחר כך.

1. המחאה אצל חברו בענין דלא קנה, **אינו נאמן לומר שפרעו אח"כ**. כ"כ הרא"ש בתשובה, וטעמו דכיון שהיה זה חשוב כפרעון בעיניו אף סהדי דלא פרעו אח"כ, יולאי ויפרע אדם מה שנראה לו שהוא חייב. **ודעת הש"ך** – שאינו נאמן דוקא כשחשב שנפטר בטענתו הראשונה, **מדין שאינו חוזר וטוען**. אולם, אם טען מלכתחילה העמדתך אצלו ופרעתך אח"כ – נאמן, דאין בכך בעיה של חוזר וטוען.

ודוקא כשלא חזר המלוה על המחאה קודם התביעה לומר לו שהמומחה לא נתחייב לו, אך אם כן – נאמן לומר שפרע סמ"ע. וכן אם טוען שידע שלא נתחייב לו ולכן פרע, נאמן ש"ך.

2. **האם נאמן לטעון שהמומחה פרע עבורו בכה"ג?** דעת 'העיר שושן' – רק כשיש לו מיגו. דעת הש"ך – גם בלא מיגו, דהוי טענה טובה מצד עצמה.

סעיף ז

אפילו אם לא נתרצה הלוח או הנפקד ליתן לזה שצוה המלוה או המפקד, צריך ליתנו לו על כרחו, כיון שאמר ליה במעמד שלשתן.

מעמ"ש מועיל גם בעל כרחו של הנפקד או הלוח, והש"ך פסק שלא מועיל בע"כ. נחלקו הראשונים בדין זה: דעת ריב"א ור"ת והרא"ש והרשב"א בתשובה והמרדכי כמו שפסק השו"ע, שמועיל אף בעל כרחו של נפקד. והוכיחו כן שהרי למ"ד שמעמ"ש מועיל רק בפקדון למה הוצרכו לתקן? הרי בלאו הכי יכול לומר זכה בו לפלוני? אלא ע"כ שהצורך בתקנה הוא כדי שיוכל להקנות אף בע"כ. ואילו דעת הרמב"ן והר"ן ובעה"ת והנמוק"י והריטב"א והעיטור שלא מועיל בע"כ שלא נפקד, ואת הראיה מפקדון דחו שהוצרכו לתקן להיכא דאינו ברשותו, או משום שלא כו"ע דינא גמירי דאפשר להקנות בזכי ואודיתא (גר"א). ואדרבא ראייתם מתירוף הגמ': "בההיא הנאה דקא משתניא ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה, גמר ומשעביד נפשיה", ומוכח שמעמ"ש חל מכת ששעבד הנפקד מרצונו, ואע"פ שלא קי"ל כהעמדה זו אך מסתבר שלא חלקו לדינא אלא רק בטעמא! (והרא"ש דחה ראייתם שאף לטעם זה מהני בע"כ, דתק"ח לפי העולם דניחא להם בהכי, ואף אם אחד לא ניחא ליה בטלה דעתו וחל בע"כ). והש"ך כתב להוכיח כדבריהם, שהרי מדוע הוצרכו לתקן במעמד שלשתן דווקא, ומדוע יש צורך שיהיה בפני הנפקד? אלא ע"כ שזה תלוי גם בהסכמתו.

סעיף ח

לא היה במעמד שלשתן כשאמר ליה: מנה לי בידך תנהו ללוי, לא קנה, ויכול לחזור בו, לא שנא מתנה מרובה לא שנא מתנה מועטת. ואם קנה מיד מי שהמעות בידו בתורת הודאה דאית ללוי גביה מנה, אינו יכול לחזור בו (טור ס"ט בשם הרמ"ה).

1. אם לא היה במעמד שלשתן – לא קנה, בין במתנה מרובה ובין במתנה מועטת. גיטין יד. "א"ל רב לרב אחא ברדלא: קבא דמוריקא אית לי גבך יהביה לפלוני, באפיה קאמינא לך דלא הדרנא בי. מכלל דאי בעי הדר ביה מצי הדר ביה? ה"ק: דברים הללו לא ניתנו לחזרה. האמר רב חדא זימנא! וכו' אי מההיא, הוה אמינא הני מילי מתנה מרובה, אבל מתנה מועטת לא ליבעי בפניו, קמ"ל".

ואם היה המקבל עני, קנה מדין נדר או משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, סמ"ע. ודווקא בפקדון מטלטלין או מעות צרורין וחתומים, אך במלוה או פקדון מעות מותרין לא קנה, דכיון דאינו ברשותו לא זכו בו עניים.

2. **אם קנה** בקנין סודר **מיד הלוח או הנפקד** בתורת הודאה דאית ללוי גביה מנה, או אפי' בתורת התחייבות לתת לו מנה – אינו יכול לחזור בו. ולאפוקי בתורת מתנה, דלא מהני דהוי קנין 'אתן' דהוא קנין דברים. כ"כ הסמ"ע והש"ך בביאור דברי הרמ"ה שהוא מקור דין זה.

אם מודה בתורת הודאה, מדוע לא מהני גם בלא קנין? כדי שלא יוכל לטעון השטאה. ש"ך, ודוקא בכה"ג שלא היה במעמ"ש יכל לטעון השטאה לולי הקנין, אך אם הודה במעמ"ש אינו יכול לטעון משטה אף בלא קנין.

אם הקנין היה מיד המלוה: במלוה ובפקדון מעות לא מהני, דבמלוה אינה ברשותו, ומעות אינם נקנים בחליפין. אך במטלטלין מהני; ש"ך.

סעיף ט

אמר ראובן לשמעון במעמד שלשתן: מנה שיש לי בידך תנהו ללוי, ושמעון דוחה את לוי, ולכן רוצה לוי לחזור ולתבוע מראובן, אינו יכול. וי"א שיכול לחזור בו, כל זמן שלא פטר לוי את ראובן בפירוש. (ואפילו אם פטרו בפירוש, אם הטעהו בדרך שיתבאר בסמוך סעיף י' וי"א, חוזר על הנותן) (מהרי"ו סי' ל"ג ונ"י פ' המקבל). ומכל מקום אפילו לפי דעת זה, אינו יכול לתבוע את ראובן תחלה, כל זמן שיוכל לגבות משמעון. הגה: ונראה לי להורות כסברא האחרונה; ואם כן אין אנו צריכין לחלוקים שכתובים בסמוך סעיף י' וי"א, כי הם אליבא דסברא קמיתא. ואם נתרשל המקבל ולא תבע המעות עד שהעני הנפקד, ובשביל זה לא יוכל לגבות מן הנפקד, לכ"ע אינו יכול לחזור על הנותן, דהוי ליה כאילו הראה לו מעות ליטלן בחובו ולא נטלן, דפטור (נימוקי יוסף פרק המקבל וכו' בתשו' הרמב"ן שבבעל התרומות שער נ"א ח"ו בשם רב האי גאון). ואם הנפקד אומר שנתן, אם נפטר הנותן, עיין לעיל סימן צ"א סעיף ג'.

1. כשהמחהו ללוי במעמ"ש, ושמעון דוחהו ללוי, אינו יכול לחזור על ראובן. וי"א שיכול כל זמן שלא פטר את ראובן במפורש. הרמ"א הכריע כדעה האחרונה. והש"ך הסכים לדעת השו"ע.

נחלקו הראשונים בדין זה, **הרי"ף (ב"מ קיב.) כתב** שאינו יכול לחזור על ראובן דכיון שהמחהו אצל שמעון נסתלק הזוכה מעל הממחה והמומחה נכנס במקומו, וא"כ שוב אין לו שום תביעה על ראובן. וכן הסכימו הראב"ד ובעה"ת והרמב"ן והרשב"א והני"י, וכתב הש"ך שכן נראת דעת הרמב"ם והסמ"ג. וכן נקט השו"ע לדינא. **אולם**, הרמ"א פסק כדעה השניה, **שהיא דעת ר"ת ורב האי גאון, וכן כתב הרא"ש בתשובה**, שאע"פ שראובן ושמעון אינם יכולים לחזור, אך לוי יכול לחזור על ראובן ולתבוע ממנו.

בדעת הרא"ש, האם ראובן חייב מדין ערב או שנשאר עליו החיוב הראשון? בפשטות היה נראה שאין טעמים שיש כאן חיסרון בקנין של מעמ"ש, שהרי ר"ת והרא"ש ס"ל שאין ראובן יכול למחול, א"כ מוכח שהחוב עבר לגמרי לשמעון, ושוב אין ראובן חייב לו כלום! אלא, נראה שכביכול יש כאן תנאי שאע"פ שאני מוכן שתקנה לי את החוב ששמעון חייב לך, אך אני מוכן רק בתנאי שאתה נכנס כערב תחתיו, שאם לא ישלם לי – אוכל לחזור ולתבוע אותך. ונמצא שראובן חייב רק מדין ערב, וכן מוכח שהבין המהרי"ט (מובא בש"ך לקמן ס"ק נח), שאין על ראובן רק דין ערב. **אמנם**, בטור ובסמ"ע ובש"ך משמע שזה מטעם שגם לאחר הקנין, ראובן לא יצא מהתמנה לגמרי, וכמו שכתבו בשם הרא"ש י"כול לומר לראובן לטובתך עשיתי, שנתרציתי לקבל משמעון כדי להקל מעליך, אבל לא פטרתיך אם לא יתן לי. כי מעמד שלשתן הוא הלכתא בלא טעמא אלא שעשו כן לטובת המלוה והמפקד, ולא עשו התקנה שיהא נזק למקבל". ונמצא שצ"ל שהבינו שתקנת חכמים הייתה שמצד אחד ראובן מכר לגמרי ואף אינו יכול למחול, אך מאידך כדי שלוי לא יפסיד תיקנו שיוכל לחזור ולתבוע גם את ראובן. וכביכול לאחר מעמ"ש יש לו ב' חייבים. וכ"כ הש"ך להדיא בס"ק נח, שאע"פ ששמעון טוען שפרע ללוי, יכול לוי לומר שלא פרע לו ולחזור ולגבות מראובן, כיון ששמעון הוא עיקר החייב, אך גם ראובן ממשיך להיות חייב לו, ולא נפטר ממנו כלל.

2. אף לדעה השניה, אינו יכול לתבוע את ראובן תחילה, אלא הולך ותובע את שמעון קודם. וכתב הש"ך שכוונתו לומר שאם שמעון מוכן לשלם מיד, אינו יכול לתבוע מראובן. אך אם שמעון קצת מדחהו – יכול לתבוע את ראובן מיד; ולא כמו ערב שרק כאשר אינו יכול להוציא משמעון לגמרי – יכול לתבוע את ראובן. אמנם, פשטות דברי השו"ע שהיו ממש כערב, ולכן רק כאשר לא יוכל להוציא משמעון – יוכל לתבוע את ראובן לדעת הרא"ש. וכ"כ ר' עוזר בהגה"ה.

3. גם לדעה השניה, אם התרשל המקבל ולא תבע המעות עד שהנפקד העני, אינו יכול לחזור על הנותן. הש"ך נקט שדוקא כשפשע והתרשל, אך אם לא נתרשל עד שהעני, יכול לחזור ולתבוע מראובן. דכיון שהיה יכול לחזור ולתבוע מראובן, א"כ לא ברשותו העני, והיאך נאמר לו מזלך גרם! אולם, הסמ"ע כתב שאף אם לא נתרשל, אינו יכול לחזור ולתבוע את ראובן אף לדעת הרא"ש, דיכול לומר לו מזלך גרם, או שאם לא היית מקבל עליך – אני הייתי מוציא ממנו קודם שהעני, ונמצא שהפסדתני. ולכאוי' אם נאמר שטעמו של הרא"ש מדין ערב, א"כ פשיטא שהדין כש"ך, דכיון שהוא העני ואיני יכול לתבעו, א"כ אני יכול לחזור על הערב. והסמ"ע הוסיף, שדין זה נכון רק כאשר לוי הסכים להפרע משמעון.

4. מה הדין לדעת הרא"ש, אם ידע לוי בשעה ראשונה ששמעון עני? הסמ"ע כתב שבכה"ג אף הרא"ש מודה שאינו חוזר עליו, דיכול לומר לו סברת וקיבלת. ואילו הש"ך כתב שצ"ע, כיון שלאזו בשופטני עסקינן, ולכן אע"פ שידע שהוא עני אך היה סובר שיטרח לפרוע לו, ואילו היה יודע בודאי שלא יפרע לא היה מסכים.

5. אם הנפקד אומר שנתן, עי' בס"י צא סעיף ג. הסמ"ע כתב שאם אומר שנתן – ראובן פטור. הש"ך כתב שאף כשאומר שנתן, יכול לחזור על ראובן כיון שהוא בעל דברים שלו. והרב עוזר כתב, שכיון שטעמו של הרא"ש מדין ערב, א"כ ודאי שכשאומר שנתן נאמן ונפטר ראובן, דכשאומר הלוח שפרע, נפטר הערב.

סעיף י

אמר להם במעמד שלשתן: מנה לי בידך תנהו לפלוני, ונמצא הלוח עני ואין לו מנה לגבות ממנו, הרי זה חוזר וגובה מראובן, מפני שהטעהו ואם ידע לוי שהוא עני, או שהיה עשיר באותה שעה והעני, אינו יכול לחזור בו.

1. אם לאחר שעשו מעמ"ש, **נמצא הלוח עני**, יכול לחזור על הנותן מפני שהטעהו. פסק כהר"ף בסעיף הקודם, ולכן אם לא נמצא עני, אינו יכול לחזור על ראובן ולתובעו, דכיון שהקנה לו במעמ"ש נכנס המומחה תחת הממחה.

מקור דין זה הוא מהירושלמי (קידושין פ"ג ה"ד) "ראובן היה חייב לשמעון מנה סמכיה אצל לוי, איפרסן (כלומר העני) לוי, לית ראובן חייב. הדא דתימא כשלא עשו ערמה, אבל עשו ערמה חייב". מכאן הוכיח הר"ף את דינו שנפטר הלוח מהמלוה, ואילו לדעת הרא"ש צריך להעמיד את הירושלמי כשפטר בפירוש (כ"כ העיטור). ומבואר בירושלמי שכאשר ראובן ידע שלוי עני, יכול שמעון לחזור עליו מפני שהטעהו.

מה הדין כשראובן לא ידע שלוי עני, ולא התכוון להטעות את שמעון?

בדעת השו"ע: דעת הסמ"ע שאינו חוזר על ראובן. דעת הש"ך שחוזר על ראובן כיון דהוי מקח טעות.

בדעת עצמם: דעת הסמ"ע שחוזר על ראובן. דעת הש"ך שיכול ראובן לומר 'קים לי' כחולקים שאינו יכול לחזור. **בדעת הטור** נראה שהבין בדעת הר"ף שהירושלמי דיבר רק כשהטעהו בכוונה, ולכן בטל הקנין. אך אם ראובן לא הטעה את שמעון, הקנין חל אע"פ שנמצא שהיה עני באותה שעה. אולם, הביא דעה החולקת שאף כשראובן לא ידע שהוא עני באותה שעה, הקנין בטל דכיון שהתברר שהיה עני באותה שעה, א"כ ברור שהקנין הוא בטעות והוא בטל. **אולם, מהב"י** נראה שהבין שאין חילוק, שהקשה על הטור שהדעה השלישית היא דעת הירושלמי, א"כ הבין שאף הם דיברו כשראובן הטעה בכוונה. כך הבין הסמ"ע בדבריו, וכך הבין שפסק השו"ע. אולם, לדינא כתב שנראה כמו שהבין הוא בטור שאף כשלא עשו ערמה הקנין בטל.

אולם, הש"ך הבין שדעת הב"י שאף הירושלמי שכתב 'שלא עשו ערמה' אין כוונתו שראובן ידע והתכוון לעבוד על שמעון, אלא שבאמת באותה שעה לא היה עני, אך אם היה עני אע"פ ששניהם לא ידעו – הקנין בטל, וכך הבין שפסק בשו"ע. אולם, לדינא הסכים שפסק הירושלמי לא כך, אלא דוקא כשהתכוון להטעותו בפירוש; וכתב שכך משמע מהראב"ד ומבעל העיטור והרמב"ן ולכן אפשר לומר 'קים לי' כמותם. (וכתב שדעת הרמב"ן שאף כשידע ראובן שהוא עני, המקח לא בטל, ורק כשעשה ערמה ממש, כגון שמיד לאחר הקנין ברח שמעון לחו"ל, רק בכה"ג הקנין בטל. אך א"א לומר 'קים לי' כמותו, כיון שהוא יחידאה).

מדוע הוי מקח טעות, כשנמצא לוי עני? לדעת הירושלמי שדוקא כשעשו ערמה יכול לחזור – נראה שזה מטעם קנס, אך אין זה מקח טעות, שהרי באמת הקנה לו חוב, ואע"פ שהוא עני אך הוא חייב לו. לדעת הרמב"ן נראה כירושלמי, והלך יותר רחוק ואמר שאף כשנמצא עני לא קנסו, אלא רק כשהלך למדה"י. לדעת השו"ע מדין אונאה כ"כ הקצות, ואע"פ שאין אונאה לשטרות, דוקא שטרות שאין גופם ממון, אך עצם החוב גופו ממון, ובמעמ"ש הקנה את עצם החוב, וא"כ יש בזה אונאה. כ"כ הקצות. הקצות הוכיח ממכירת שטרות, שא"א לומר שכאשר נמצא הלוח עני זה מקח טעות, ולכן גם כאן א"א לבוא מדין מקח טעות, אלא מדין 'אונאה' או קנס. והאמר בינה כתב שאפשר לחלק בין מעמ"ש למכירת שטרות, דהתם הוא רוצה לקנות את השעבוד על חברו, מה שא"כ כאן שאין לו ענין בשיעבוד, אלא הוא רוצה את התשלום, ולכן הוי מקח טעות.

2. **אך אם ידע לוי שהוא עני, או שהיה עשיר והעני**, אינו יכול לחזור על הנותן. ומסתמא לא ידע, דלאו בשופטני עסקינן, וראובן אינו יכול להחרים עליו בסתם, ש"ך. ובטור משמע שיכול להחרים בסתם.

סעיף יא

טען לוי שהיה שמעון עני והטעהו, וראובן אומר: עשיר היה והעני, אם החוב שנתחייב ראובן ללוי הוא בשטר, על ראובן להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה, אם יש נאמנות בשטר גובה לוי חובו בלא שבועה; ואם אין בו נאמנות, ישבע לוי ויטול. ואם היה מלוה על פה, נאמן ראובן בשבועת היסת לומר: עשיר היה באותה שעה.

1. **טען לוי שהיה שמעון עני וראובן הטעהו**, וראובן טוען שעשיר היה והעני:

אם החוב הוא בשטר מקוים – על ראובן להביא ראיה. ואם לא הביא ראיה, אם יש בו נאמנות גובה בלא שבועה, ואם אין בו נאמנות – ישבע לוי אם טוען לו השתבע לי דלא פרעתיך ויטול.

אם החוב בע"פ – נאמן ראובן בשבועת היסט דיש לו מיגו דפרעתי או להדי"מ לומר שעשיר היה באותה שעה.

מה הדין אם לוי טוען שמא? כתב הנתיבות בשם התומים שאף בכה"ג על ראובן להביא ראיה, דטענת עשיר היה והעני היא טענה גרועה, ואינו נאמן אלא במיגו. ונראה שאפ"ה יכול להשביעו, אף למי"ד שבמחילה א"א להשביע (כמו שנתבאר בסי' פב) דשאני הכא שודאי עשו מעמ"ש אלא שיש ספק אם זה חל, ואע"פ שטענתו גרועה לגבי פרעון לגבי שבועה זה מספיק לחייב שבועה.

2. טען ראובן שלוי ידע שהוא עני וקיבל עליו, ולוי טוען שלא ידע:

הגידולי תרומה כתב שבכה"ג אף במלוה ע"פ אין ראובן נאמן, דאנן סהדי דלאו בשופטני עסקינן שיפסיד ממונו בכדי. **הש"ך חלק וסבר** שדינו כמו בסעיף הקודם שבמלוה ע"פ נאמן ראובן דלא יהא אלא טוען מחלת לי שנאמן כשיש לו מיגו דלהד"מ, ולא אמרינן לאו בשופטני עסקינן, אלא דילמא פיוסי פייסיה. וכ"ש הכא שאע"פ שהוא עני סמך שיפרע לו חובו. ובמלוה בשטר, יכול להשביעו היסט לכו"ע, דבכה"ג לא הוי כטענת פרעון, אלא כטענת מחילה שנחלקו בה אם אפשר להשביעו בנק"ח, אך לכו"ע יכול להשביעו היסט לאחר הפרעון.

סעיף יב

ראובן שאמר לשמעון: שטר חוב שיש לי בידך תנהו ללוי, והיה זה במעמד שלשתן, כל שלא חזר בו ראובן, חייב שמעון ליתנו ללוי. אבל אם חזר בו ראובן, לא. ואם כתב לו שהקנה לו הוא וכל שעבודו והמחהו אצל זה שמופקדים בידו, אינו יכול לחזור בו.

1. מעמ"ש לא מועיל להקנות שטרי חוב, אא"כ כתב לו שמקנה לו 'הם וכל שיעבודם' והמחהו אצל המופקדים בידו. והש"ך חלק, שאף כשכתב לא מהני, ויכול לחזור בו. מדובר כשרוצה להקנות לו שט"ח על אחרים, שהם מופקדים ביד שמעון, ורוצה להקנותם במעמד הנפקד ולא במעמד החייבים, ולכן לא מהני. אולם, אם מקנה במעמד החייב, מהני מעמ"ש אף בלא שיכתוב לו קנה לך הוא וכל שיעבודו; וכן מבואר בסי' סו סעיף כ.

2. אמנם אם אמר לנפקד במעמ"ש ליתן ללוי השטר, אע"פ שלא קנה ויכול לחזור בו, אך כל זמן שלא חזר צריך שמעון הנפקד ליתנם ללוי. דאע"פ שלא קנה, אך אם יתפוס לוי החוב אין מוציאין מידו, (כמו שמבואר בסי' סו סעי' יז) ולכן כל זמן שראובן לא חוזר צריך ליתנם לו.

סעיף יג

אם לאחר שנתרצה הלוח או הנפקד ליתן למקבל, אומר: עיינתי בחשבוני ולא היה לו אצלי כלום וטעיתי במה שהודיתי לו, אם יכול לברר בעדים שהוא אומר אמת, פטור, אפילו היה בעדים כשנתרצה ליתן לו, וחייב הנותן ליתן למקבל אם נתנו לו בפרעון חובו. ואם אינו יכול לברר הטעות, אם המחזה בפני עדים, וגם קבע זמן למקבל ליתנו לו לזמן ידוע, והוא בתוך זמנו, אינו נאמן לומר: טעיתי. וכן אינו נאמן לומר: משטה הייתי בך. ואם לא המחזה בעדים, יש מי שאומר שנאמן לומר: טעיתי, במגו דלהד"מ, או במגו דפרעתיך, אם הוא אחר זמן והדין בין הנותן למקבל. ויש מי שאומר דאינו נאמן לומר: טעיתי (במיגו דפרעתי), דאין כאן מגו, דהוי כמגו במקום עדים, דלא שכיח שיטעה, אלא אדרבה אדם מדקדק היטב קודם שיודה. הגה: וכן נראה לי עיקר. ודוקא אם הודה לו בפני עדים, אבל אם הודה לו בלא עדים, יכול לומר: טעיתי (ר"ן ספ"ק דגיטין), ואפילו אם נתן לו כתב ידו, נאמן לומר: טעיתי, במיגו דפרעתי, כן נראה לי, ודלא כיש חולקין על זה (מהר"ק שורש קצ"ג). ועיין לעיל סימן פ"א סעיף כ"ג.

אם טען הלוח או הנפקד, עיינתי בחשבוני וראיתי שטעיתי, ונמצא שלא חל מעמ"ש:

1. אם יכול לברר בעדים שטעה – פטור מלשלם. ואם נתנו לו בתור פרעון חוב, יכול המקבל לחזור על הנותן. אך אם נתנו במתנה אינו חוזר, דיכול לומר שאילו ידע שאינו חייב לו לא היה נותן.

2. אם אינו יכול לברר הטעות בעדים:

2.א. אם אין לו מיגו, כגון שהמחהו בעדים שאינו יכול לטעון להד"מ, וגם קבע זמן ליתן למקבל והוא בתוך הזמן שאינו יכול לטעון פרעתי – אינו נאמן לומר טעיתי דטענה גרועה היא דאדם מדקדק בחשבונו קודם שמודה בפני עדים. וכן אינו נאמן לטעון 'משטה הייתי בך' מבי' טעמים: א. דמעמ"ש הוא כקנין, וכשהודה בקנין

אינו יכול לטעון משטה (דכולי האי לא עביד כדי לשטות, סמ"ע). ב. השטאה שייכת לגבי התובע שתבעו בחינם, אך מדוע שיטה במקבל שאינו יודע כלום?! וכתב הש"ך שאף כאשר יש לו 'מיגו' אינו נאמן לטעון משטה, אף למ"ד שנאמן בטעיתו. וכתב הסמ"ע שכ"ש שאינו נאמן בטענת 'שלא להשביע' דלא שייכא אלא במודה מעצמו, כמבואר בסי' פא.

2.ב. אם יש לו מיגו דפרעתי: יש אומרים שנאמן, והדין חוזר להיות בין הנותן למקבל כפי שנתבאר בסעי' ט, שלדעת הרא"ש חוזר ותובע את הנותן, כיון שלא נפטר ממנו, ונשבע המומחה היסת למקבל שטעה ולא היה בידו ממון. ואף אם הנותן לא טוען ברי שלא טעה, יכול המקבל להשביעו בשמא, כיון שכדי להיפטר במיגו דפרעתי צריך ליטען היסת, שהרי אף בפרעתי היה צריך לישבע⁷. ולחולקים אם הנותן טוען שלא טעה – פטור מלשלם, כיון שהוא נסתלק ממנו לגמרי, אלא שנשבע הממחה היסת למקבל שבטעה שהמחה היה בידו ממון. ש"ך.

מדוע יש לו מיגו? הרי אם היה טוען פרעתי היה פטור לנותן, וכשאומר טעיתי מחייב לנותן (אליבא דה"א בסעי' ט)!! מהר"ט, נ"ב - כיון שאף אם היה טוען פרעתי, היה המקבל חוזר על הנותן ונשבע שלא נפרע ונוטל, כדן חנוני ופועלים; אלא שנשאר המהר"ט בצ"ע הרי הנותן הוא ערב, וכשאומר הלזה פרעתי אין הערב חייב. והש"ך דחה דבריו דפשיטא דהחייב עליו יותר מערב, אלא שעיקר החיוב על המומחה. והש"ך תירץ קושייתם, דהוי מיגו כמו בקידושין מג. 'הן הן שלוחיו הן הן עדיו' אע"פ שבטענת שילמנו הם פוטרים למשלח ובטענת החזרנו הם מחייבים אותו לשלם.

יש אומרים שאינו נאמן, דהוי כמיגו במקום עדים, דאדם מדקדק היטב בחשבונו קודם שיודה. וכתב הרמ"א שהעיקר כדעה זו. וכן דעת השו"ע שכתבה כ"א בתרא, וכן פסק הש"ך.

גיטין יד. "הנהו גינאי דעביד חושבנא בהדי הדדי, פש חמש איסתרי זוזי גבי חד מנייהו, אמרי ליה: יהבינהו ניהליה למרי ארעא באפי מרי ארעא וקנה מיניה. לסוף אזל עבד חושבנא בין דיליה לנפשיה, לא פש גביה ולא מידי, אתא לקמיה דרב נחמן, א"ל: מאי איעביד לך? חדא, דאמר רב הונא אמר רב; ועוד, הא קנו מינך. א"ל רבא: ואטו האי מי קאמר לא יהבינא? דליכא גבאי קאמר! א"ל: א"כ, קנין בטעות הוא, וכל קנין בטעות חוזר".

וכתבו התוס' בשם ר"ח ור"ת דמייירי שיש עדים שטעה או שחברו מודה לו, אבל בלאו הכי אינו נאמן במיגו. וביאר הרא"ש הטעם שאין דרך בני אדם להודות עד שיכוונו חשבונם יפה, והר"ן כתב שהוי כמיגו במקום עדים. אמנם, הר"ן כתב שדווקא כשהודה בעדים, אמרינן שלא הודה אא"כ דקדק חשבונו יפה, אולם כשהודה שלא בעדים נאמן לומר טעיתי במיגו דלהד"מ.

אמנם, הרמב"ן בספר הזכות כתב שכשיש לו מיגו נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי, ומה שהרי"ף כתב שאינו נאמן היינו כשאין לו מיגו, דטענת טעיתי בפני עצמה אינה טענה, אך במיגו היא מועילה. **וכן נקט בעל התרומות.**

מה הדין כשיש לו מיגו דלהד"מ? כתב הרמ"א שבכה"ג לכו"ע נאמן, דדוקא בפני עדים אין אדם מודה עד שידקדק בחשבונו יפה משא"כ הכא. מהי דעת השו"ע? הסמ"ע ומהר"ש כהן כתבו שמדסתם משמע שלא חילק, ואף בכה"ג נחלקו ואינו נאמן. והש"ך כתב שאף המחבר לא חולק, ואף הרא"ש שלא הביא דין זה לא חלק בו.

הש"ך כתב שדוקא כשהודה בפני עדים, ושיעבד עצמו במעמד שלשתן, אינו יכול לומר טעיתי. אך בסתם הודאה בעדים יכול לומר טעיתי אא"כ היה בפני ב"ד, או בקנין.

3. האם כשמוציא עליו כתב ידו יכול לומר טעיתי במיגו? הרמ"א הכריע שכן שהרי יכול לטעון על כתי"י אמנה, או חתמתי שמי על המגילה ומצאה זה וכתב עליה שטר. ודלא כמהר"ק שכתב שאינו נאמן דכתב ידו הוי כעדים שאינו נאמן לומר טעיתי במיגו. והש"ך הסכים לרמ"א דס"ל שאף כשהודה בעדים יכול לומר טעיתי במיגו.

סעיף יד

אם הנותן מודה שטעה בחשבון, והמקבל אינו יודע אם טעה אם לאו, אם נתנו למקבל בשביל חוב שהיה לו עליו והמחה אצלו ליפרע ממנו, אם יש לו נכסים לנותן שיכול המקבל ליפרע ממנו, נאמן הנותן לומר שטעה, ויחזור המקבל ויגבה חובו מהנותן. אבל

⁷ וחדש כאן הש"ך דין שאע"פ שהמקבל טוען שמא ואינו יכול להשביעו היסת שלא טעה, אך כיון שאינו נאמן אלא במיגו דפרעתי, ובטענת פרעתי היה משביעו היסת, א"כ כדי להיפטר בטעיתי צריך לישבע ג"כ, דאי לאו הכי אין לו מיגו. ולמד מכאן לכל מקום שבו נאמן במיגו, ובטענה המיגויית היה צריך לישבע היסת, אף עכשיו צריך לישבע. ולמד זאת מהדין של החזרתי מיגו דנאנסו, שצריך לישבע שבועה חמורה כדי שיהיה לו מיגו. ואע"פ שהיה מקום לחלק ולומר שדוקא שם צריך לישבע, שהרי מחויב שבועת התורה, ולולי שהיה נשבע היה חייב לשלם, ולכן כדי שיהיה לו מיגו צריך לישבע עכשיו. אולם, אצלנו מדובר על היסת, וא"כ היה מקום לומר שגם לולי שישבע יש לו מיגו, שהרי הוא זוכה בטענתו מצד עצמה אף בלא השבועה, וזה שיכל להשביעו היסת זה דין נוסף, וא"כ נאמן בטעיתי במיגו דפרעתי, ואע"פ שעכשיו אינו יכול להשביעו, מה בכך? הרי לא השבועה מזכה אותו בממון!!

אם אין לו נכסים, או שהוא גברא אלמא והשני נוח לו ליפרע ממנו, לא מהימן. (ואפילו יש עד אחד שמעיד כדבריו) (ר"ן ספ"ק דגיטין). ואם מתנה היא, אינו נאמן כלל, אפילו יש נכסים לנותן ואינו גברא אלמא, צריך הנפקד ליתנו למקבל וחוזר וגובה אותו מהנותן.

אם הנותן מודה שהמתחייב טעה בחשבון, והמקבל אינו יודע:

1. אם נתנו בתורת תשלום חוב:

אם יש לו נכסים שיכול המקבל לחזור עליו – נאמן הנותן לומר שטעה. כ"כ הר"ן בגיטין, אך הרשב"א חלק וכתב שאף בכה"ג אינו נאמן, דלאו כל כמיניה, כיון שמשעה שהמחהו אצל חברו הסתלק לו מכאן ושוב אינו נאמן כלל. והש"ך כתב לתרץ דעת הר"ן והשו"ע שכיון שיש לו לשלם והוא רוצה לשלם לו, א"כ **אנו סהדי דקושטא קאמר** שהרי הוא מפסיד את עצמו, ואין למקבל שום הפסד בכך. **ועוד שבכגון זה כופין על מידת סדום.**

אך אם אין לו נכסים, או שיש לו אך הוא **אדם אלים** שקשה להוציא ממנו – אינו נאמן כיון שהוא חב למקבל בהודאתו.

ואפי' בתור עד א' אינו נאמן לחייב שבועה של ע"א מעידה שהיא פרועה, כיון שהמקבל טוען שמא ואינו יכול להשבע, ולא תקנו חכמים שבועה אלא היכא דיכול להשבע. כ"כ הרשב"א והר"ן בגיטין יד.

האם הנותן יכול להצטרף להעיד עם אדם אחר שמודה לו? הרמ"א כתב שלא, ומבואר מדבריו שהנותן עצמו אינו חשוב כלל כעד, שהרי הוא נוגע בעדותו; ולכן אפי' יבוא עד נוסף שאינו נוגע לא מהני. הש"ך כתב שדברי הרמ"א הם דווקא כשאין לו נכסים, ולכן הוא חשיב 'נוגע' כיון שחיישין לקנוניא, אך כשיש לו נכסים נאמן, ואפי' הוא אדם אלם דאין כאן חשש קנוניא, שהרי אע"פ שהוא אלם הוא חייב לשלם. ונשאר בצ"ע על דברי הרמ"א שמשמע שאפי' באלם חשיב נוגע.

ברשב"א ובר"ן הנ"ל מבואר שהנותן אינו חשוב כנוגע, וממילא אם יבוא עד נוסף, יהיו נאמנים כב' עדים לומר שטעה הנפקד. אמנם, הש"ך הבין שלא אמרו דבריהם אלא כשיש לו נכסים, ולכן אינו נוגע בעדותו שהרי הוא מחייב את עצמו ולא מפסיד למקבל כלל. אולם, אם אין לו נכסים אע"פ שמחייב עצמו בהודאתו מיחשיב כנוגע ואינו נאמן, שהרי אנו חוששים שהוא עושה קנוניא. כלומר הש"ך הבין שהחשש קנוניא מגדיר שהאדם נוגע בעדותו. וצ"ע מדוע באדם אלם אין חשש קנוניא, שהרי אע"פ שבי"ד מחייבים אותו לשלם, אך סו"ס הוא לא ציית דינא והוא לא ישלם. ואולי הש"ך הבין שגם אדם אלם ישלם לבסוף, אלא שיהיה יותר קשה להוציא ממנו, ולכן זה חב לאחרניי אך אין כאן חשש קנוניא.

אולם, מפשט דברי הרשב"א משמע שבכל ענין אינו חשיב כנוגע בעדותו, אלא שכתב שאפי' הכי כאשר אין לו נכסים לא יהיה נאמן עם עד אחר, כיון שחיישין לקנוניא. א"כ **מבואר מדבריו שנגיעה בעדות וחשש קנוניא, אלו ב' דברים שונים**: נוגע זה כאשר האדם יש השלכה מהדין עצמו לזכותו, וא"כ הוא חשוב כקרוב שאינו נאמן. ואילו חשש קנוניא, זה דבר שהוא חוץ לדין, שאע"פ שמהדין הזה לא יוצאת שום השלכה לזכותו, אלא אדרבא היא אפי' מחייבת אותו, אך יש לנו חשש משקר, כיון שאנו חוששים שהוא מערים עלינו כדי שתצא לו מכך טובה אחרת.

2. אם נתנו במתנה, אינו נאמן בכל עניין, וצריך הנפקד ליתן למקבל, שהרי כשנמצא טעות הנותן אינו חייב ליתן לו ממון אחר במתנה, שיכול לומר שאילו ידע שאין לו ממון אצלו לא היה נותן לו מתנה. ולכן אינו נאמן בהודאתו, שהרי הוא חב לאחרים. (הש"ך כתב שהוא חב לאחרים כיון שאנו חוששים לקנוניא, ועיין בקצות סי' צט סק"ב שכתב שחב לאחרניי אינו נאמן מצד עצמו אף כשאין חשש קנוניא, אך בש"ך משמע שאינו נאמן בגלל החשש וכן משמע ברשב"א קצת בגיטין הנ"ל, ויש לדחות דמהרשב"א אין ראייה שכונתו לומר שמטעם חשש קנוניא הוא מוגדר חב לאחרים, דאי לאו הכי היה נאמן שהרי זה 'בידו'. וצ"ע).

3. כשהנפקד צריך לשלם למקבל, יכול לחזור על הנותן ולגבות ממנו. שהרי הנותן מודה שהנפקד שילם מכיסו הפרטי את חובו של הנותן, ואין זה בכלל פורע חובו שלא מדעתו, שהרי הוא ציוהו לשלם, ובגללו הוא מוכרח לשלם. **וכשנתן עבורו מתנה**, חייב לשלם לו כיון שבגרמתו הוא הפסיד את ממונו, שהרי לולי שהיה מצווה עליו לשלם לו, לא היה מתחייב בכך. **והש"ך חלק במתנה**, שאינו יכול לחזור על הנותן כיון שזה רק גרמא, ואף אם נאמר שזה גרמא שחייבים לשלם עליה, אך הרי שנינו טעינו, שהרי גם הנפקד טעה וחשב שיש לו בידו ממון, וא"כ אני לא גרמתי לך יותר ממה שאתה גרמת לעצמך? **והנתיבות הסכים לשו"ע שאף במתנה חייב**, שאע"פ ששניהם טעו, אך אדם צריך ליזהר שלא יזיק יותר משלא יזק; ולכן, כיון שהוא גרם לו הפסד הוא מחויב בכך.

סעיף טו

אם המקבל מודה שטעה בחשבון, והנותן אינו מודה, הנפקד פטור בלא שבועה, והנותן צריך לישבע למקבל אם המחוח בשביל חוב שהיה לו אצלו. אבל אם המחוח במתנה שנותן לו, פטור בלא שבועה.

אם המקבל מודה שטעה הנפקד בחשבון, והנותן אינו מודה :

1. הנפקד פטור בלא שבועה שהרי המקבל מודה לו שאין לו בידו ממון.

2. מה דין הנותן?

אם נתנו בחוב – דעת הסמ"ע וכן פשט השו"ע ע"פ דבריו בב"י שלכו"ע פטור מלשלם, אך צריך לישבע למקבל שהמחאה לא הייתה בטעות. ודעת הש"ך שלדעת הרא"ש בסעי' ט חייב לשלם. הרי"ן כתב שדין זה תלוי במח' הראשונים בסעי' ט, שלדעת הרא"ש ודעימיה יכול המקבל לחזור על הנותן כשהנפקד לא משלם לו, וא"כ גם כאן כיון שאינו יכול להוציא מהנפקד שהרי היתה פה המחאה בטעות, יכול לחזור ולתבוע את הנותן לשלם לו, ואע"פ שאח"כ הנותן יחזור על הנפקד ויתבענו שישלם לו שהרי הוא לא מאמין לו שטעה. אולם, לדעת הרי"ף כיון שבשעה שהמחאה נפטרה ממנו, שוב אינו יכול לחזור עליו ולתבוע, שהרי הנותן אינו מודה שהייתה פה המחאה בטעות, ולכן הוא פטור מלשלם.

הטור כתב שבכה"ג פטור מלשלם, **והקשה הב"י** מדוע לא כתב שלדעת הרא"ש חייב לשלם בכה"ג!! ולכן רצה לומר שהטור חולק על הרי"ן וסובר שבכה"ג אפי' הרא"ש מודה שפטור. וטעמו שאע"פ שבד"כ יכול המקבל לחזור על הנותן, אך זה רק כשהוא לא יכול לתבוע את הנפקד, משא"כ הכא שהוא יכול לתבוע את הנפקד ולהוציא ממנו, אלא שהוא מודה לו שטעה ולכן אינו תובעו, ונמצא שהוא הפסיד על עצמו ואינו יכול לחזור על הנותן. כלומר, שלנותן יש רק דין 'ערב', וכיון שאתה מודה שהלוא פטור א"כ אינך יכול לתבוע את הערב, גם לדעת הרא"ש. **ולכן כתב הסמ"ע שאף השו"ע סתם דין זה אליבא דכו"ע.**

אולם, הש"ך חלק על תירוץ זה מכל וכל, שהרי לשיטתו אין פה דין 'ערב', אלא ששניהם חייבים בשוה, ורק לכתחילה צריך לתבוע את הנפקד תחילה, וא"כ כאן שאינו יכול לתבוע שהרי הוא יודע שאינו חייב לו, פשיטא שיכול לחזור על הנותן ולתבועו, לדעת הרא"ש הנ"ל.

ואף כשהנותן אומר שאינו יודע אם הייתה טעות – פטור כ"כ הרשב"א בגיטין יד., וטעמו שאע"פ שהיה כאן חוב ודאי והוא אינו יודע אם נפטר ממנו, אין זה בכלל 'איני יודע אם פרעתיך' דחייב לשלם, מפני שכאן אומר לו שודאי פרעתיך שהרי המחיתך אצלו, אלא שאתה טוען שהיתה טעות ואיני יודע ממנה, ולכן פטור מלשלם. וכ"כ הש"ך בשמו.

הקצות בס"ע עה"ס"ק ו **כתב לבאר דבריו**, שדוקא הכא שטוען שהייתה טעות בהמחאה אמרינן הכי, כיון שטעות היא טענה גרועה שאנן סהדי דאדם מידק דייק, ולכן מבחינתנו ההמחאה היא מעשה פרעון מצוין ושוב איננו מסופקים בחוב, ואע"פ שהנותן מודה שאולי הייתה טעות.

אם נתנו במתנה – פטור בלא שבועה, ואפי' אם הנותן מודה שהייתה טעות – פטור שכיון שהייתה מתנה בטעות, יכול לומר אילו הייתי יודע שאין לי בידו ממון, לא הייתי נותן לך מתנה.

סעיף טז

אמר ליה במעמד שלשתן ליתן לבעל חוב מנה, והתחיל ליתן לו, ואחר כך נמצא שטעה בחשבונו ואינו חייב כלום, אף על פי שפטור מליתן לו יותר, מ"מ מה שנתן כבר, נתון, ואינו יכול להוציא מידו.

אם התחיל ליתן למקבל ואח"כ נתברר שטעה, אע"פ שפטור מליתן לו יותר - **מה שנתן נתן** ואינו יכול להוציא מיד הראשון **דאמרינן דניחא ליה דליקו בהימנותיה**, והשתא הוא דהדר ביה. כ"כ הרא"ש בתשובה כלל סט, ו. ועוד שמדובר כאן שלא הביא עדים על טעותו, אלא שיש לו מיגו דלחד"מ, אע"פ שהוא מועיל להחזיק ולא לשלם, אך הוא לא מועיל להוציא מה שכבר שילם.

מה הדין כשבירר שטעה בעדים? הב"ח והש"ך למדו מדברי הרא"ש בתשובה הנ"ל, שאפי' כשהביא עדים שטעה אינו יכול להוציא מה שכבר שילם. שהרי טעמו של הרא"ש שאפי' ידע שאינו חייב לשלם, הוי כמחל לו כדי דליקום בהימנותיה. והש"ך פקפק בדין הנ"ל, וכתב שכשיש עדים שטעה נראה שיצטרך להחזיר לו מה שכבר שילם ועיקר הטעם הוא מפני שמיגו מהני להחזיק ולא להוציא.

סעיף יז

ראובן חקר חכירות מהקהל, ונתחייב להם בסך דמי החכירות לפרוע לזמן פלוני, והקהל היו חייבים לשמעון חמשים זהובים, העמידו הקהל לשמעון אצל ראובן ואמרו לו במעמד שלשתן שיתן לו מאותו חכירות חמשים זהובים, אחר כך נתבטל החכירות

מדעת ראובן, מאחר שבשעה שאמר ליתן לשמעון היה חייב להקהל, אף ע"פ שנתבטל החכירות אחר כך, (מדעתו), חייב ליתן לשמעון.

ראובן שהיה חייב לקהל דמי חכירות ואע"פ שחכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, מיירי הכא שהתחייב בקנין מעכשיו, בדק הבית. והקהל היו חייבים לשמעון והמחאה אצל ראובן במעמ"ש, אע"פ שאח"כ נתבטל החכירות – חייב ראובן לפרוע לשמעון דכבר נתחייב לו.

השו"ע השמיט את תשובת הרא"ש לגבי סרסור, כיון שהתקשה במה מדובר. והרמ"א השמיטה כיון שלפי פירושו אין בה חידוש. **הב"ח ביאר** שמדובר שהסוחר המחא את הסרסור אצל השולחני, כדי שיטול ממנו את מעותיו של הסוחר ויביאם לסוחר (כלומר שיהיה שליח שלו, ולא שיקנם לעצמו), וכיון שלא אמר זאת בפירוש השולחני הבין שהוא מתכוון להקנותם לסרסור, ולכן רוצה לעכבם בחובו. ונמצא לפי זה, שאם הסרסור מודה שהוא חייב לשולחני, א"כ השולחני מעכבם כדין וחייב הסרסור לשלם לסוחר. ואם אינו מודה שחייב לשולחני, ישבע שאינו חייב לו ונפטר מהסוחר, וגם השולחני נפטר מהסוחר דכיון שלא פירש שיתנם בשליחותו, הסוחר אפסיד אנפשיה. **והסכימו עמו התומים והנתיבות. אולם, הש"ך ביאר** שמיירי שהסוחר אמר לשולחני שיתן מעות לסרסור בתשלום חובו, ותמורתם יחזיר לו הסרסור ממעותיו שבידו, והשולחני מעכב את מעות הסרסור בתשלום חובו. אם הסרסור מודה בחובו, א"כ השולחני תופס כדין והסרסור צריך להחזיר לסוחר מעותיו. אך אם הוא אינו מודה, ישבע שאינו חייב לו ובכך הוא נפטר מהסוחר ויכול לעכב את מעות הסוחר בידו בחוב שהסוחר חייב לו.

סעיף יח

ראובן השכיר חפץ לשמעון, בסך ידוע ליום, לזמן שיצטרך לו, וראובן היה חייב ללוי מאה זהובים והמחאה אצל שמעון במעמד שלשתן, ולא נתחייב בשכירות אלא חמשים זהובים, כי לא נצרך יותר לחפץ, אם שמעון יצא ללוי סתם במעות ואמר: מאה זהובים שיש לי משל ראובן אתנם לך, ולא הזכיר לו שכר החפץ, צריך ליתנם לו. ואפילו אמר: מאה זהובים שאני חייב לראובן משכר החפץ אתנם לך, חייב ליתנם, כיון שהודה שהיה חייב לראובן משכר החפץ. אבל אם מודה לוי שעל שכר החפץ הבטיחו לתת לו, ולא היה חייב לראובן, אלא שכר אותו החפץ, אינו חייב ללוי כלום, אפילו דמי השכר שנשתמש באותו החפץ עד אותו היום, דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, דהיינו כשיחזיר לו החפץ.

ראובן השכיר לשמעון חפץ עבור סכום מסוים לכל יום, עד מתי ששמעון ירצה. מאידך ראובן היה חייב ללוי מאה זהובים, והמחאה אצל שמעון במעמ"ש. לבסוף שמעון החזיר את החפץ מוקדם לראובן, ולא נתחייב לו אלא נ' זהובים.

1. אם שמעון התחייב בסתם ללוי לתת לו ק' זהובים שיש לו משל ראובן, ולא הזכיר שהם משכר החפץ. וכן אם הזכיר שהם משכר החפץ, אך אמר בלשון 'שאני חייב לו' שמשמע שהוא כבר מחויב בהם – חייב לשלם, שהרי הודה שהוא חייב לראובן ק' זהובים.

2. אולם, אם לוי מודה ששמעון לא היה חייב לראובן כסף אחר, אלא רק מחמת השכירות – שמעון פטור מלשלם ללוי, אפי' את הנ' זהובים שהתחייב לראובן. **דכיון ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, א"כ בשעה שהמחאה לא היה לו בידו כלום, ולא חל הקנין.** כן פסק השו"ע ע"פ תשובת הרא"ש. **הש"ך והגר"א** תמהו, שהרי אע"פ ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, אך החוב חל כבר משעה ראשונה, אלא שלא הגיע זמנו להיפרע עד שתסתיים השכירות! והשאירו את דינו של השו"ע בצ"ע. **והקצות תירץ** שרק כשמסתיימת השכירות חל החוב למפרע משעה ראשונה, אך קודם שהגיע זמנה, לא חל החיוב כלל. והוי דומיא דכתובה דכיון שאין חיובה ברור אין בה מעמ"ש, אף כאן כיון שבשעה ראשונה אין עליו חוב מבורר לא מהני מעמ"ש.

3. האם מועיל קנין מעמ"ש בחוב של שכירות? שו"ע – לא, ש"ך, גר"א – כן. טעמו של השו"ע דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף. והש"ך והגר"א חלקו שהרי החוב מתחיל משעה ראשונה אלא שהיו כתוב זמנו. והקצות תירץ דלמפרע היא חלה משעה ראשונה, אך כל זמן שלא הגענו לסוף אין עליו חיוב כלל.

סעיף יט

ראובן הקנה לשמעון מנה שיש לו ביד לוי, במעמד שלשתן, ונתן לוי לשמעון ערב, אף על פי שלא היה ערב בקנין, משתעבד, דהוי כערב בשעת מתן המעות. ויש מי שחולק.

ראובן שהמחה את שמעון אצל לוי במעמ"ש, ולוי נתן לו ערב, אע"פ שלא עשו קנין על הערבות משתעבד – דחשוב כערב בשעת מתן מעות. שהרי מעמ"ש הוא כמתן מעות, שהרי לוי התחייב לשמעון. ויש מי

שחולק וטעמו שדוקא כשהוציאו מעות על פיו משתעבד בלא קנין, אך כאן לא הוציא שמעון מעות על פיו, סמ"ע. והש"ך סובר שאין חולקים ותמה על הב"י שכתב שיש חולקים, וטעמו שדוקא לגבי מתנה בקנין נחלקו, אך במעמ"ש כו"ע מודים, שהרי ראובן חייב לשמעון, ואת החוב הזה התחייב לוי לפרוע, והרי זה כאילו הוא מחסר את לוי מעות.

אם ראובן היה חייב לשמעון, ועכשיו שמעון פטרו בפירוש כיון שנכנס לוי תחתיו, לכו"ע חשיב כערב בשעת מתן מעות. ש"ך.

סעיף כ

מעמד שלשתן על ידי שליח, כגון ששלח הנותן שלוחו לנפקד ליתנו למקבל, לא מהני. הגה: וכן אפוטרופוס של יתומים הוי כשליח של יתומים, ולא יוכל להקנות מעות יתומים במעמד שלשתן. (ת"ה סימן שמ"ז). ואם אמר הנותן לנפקד במעמד שליח המקבל, יש מי שאומר דמהני, והוא שעשאו המקבל שליח. אבל אם לא עשאו המקבל שליח, אלא שאמר ראובן לשמעון בפני לוי: מנה שיש לי בידך תנהו ללוי שיזכה בו ליהודה, יכול לחזור בו.

מעמד שלשתן ע"י שליח:

1. אם הנותן עשה שליח לא מהני (והוסיף הרמ"א שה"ה באפוטרופוס של יתומים) מפני שמעמ"ש חידוש הוא, והבו דלא לוסף עלה; כ"כ הרמב"ן. והש"ך כתב שדברי הרמב"ן חידוש הם, דמדוע לא יועיל הרי בכל התורה שלוחו כמותו?! ואדרבא מכך ששאר הפוסקים לא כתבו דין זה נראה שס"ל שאין חילוק בין נותן לשלוחו; אך לא חלק לדינא.

2. אם המקבל עשה שליח, יש מי שאומר דמהני, דבכל התורה שלוחו של אדם כמותו, כ"כ הרא"ש. מה החילוק בין שליח המקבל לשליח הנותן? הטור כתב דלענין הפקעת ממון אמרינן הבו דלא לוסף, אך לא לענין זכות המקבל.

מדוע כתב השו"ע 'יש מי שאומר'? הש"ך נקט שכוונתו שלא מצא זה מבואר אלא ברא"ש, אך ודאי שאין חולק על דין זה. אולם, הגר"א כתב שהמהרש"ל חולק על זה.

3. ודוקא כשעשאו המקבל שליח בפירוש, אך אם לא מינהו שליח אלא אמר 'תנהו ללוי שיזכה בו ליהודה', יכול לחזור בו. מה הדין אם אמר בסתם 'תנהו ללוי' ולא הזכיר 'שינתנו ליהודה', אך התנה עם לוי שהוא מקבל ע"מ ליתן ליהודה? **דעת הב"ח** - קנה יהודה, ואינו יכול לחזור בו. והוכיח כן מעובדא דסרסור דלעיל. דעת הש"ך - שלא מהני, ואין ראייה מעובדא דסרסור שהש"ך ביארה באופן אחר.

כשעשאו שליח בפירוש מהני, וזכה בו יהודה מיד. דאין כוונתו שיעשה מעשה זכיה, אלא שעכשיו במעמ"ש יזכה בו מיד ליהודה; ש"ך.

האם יכול לחזור בו לאחר שנתן ליהודה? סמ"ע - לא, דכבר זכה בו יהודה. ש"ך - כן, דכיון שלא קנה בשעה ראשונה, במה יקנה אח"כ?! אמנם, אם אמר לו בלשון 'זכיה' (כגון תן או הולך או זכי לו) מהני מדין זכיה.

4. אם המקבל הוא גבאי צדקה, מהני אע"פ שלא עשאו שליח במפורש, דידם כיד עניים ועדיפי משליח. והוא הדין באפוטרופוס של יתומים שלענין זה עדיף משליח (משא"כ בסעיף 1); ש"ך.

סעיף כא

מעמד שלשתן ליתיה מפי הכתב, אלא במעמד שלשתן ממש.

מעמד שלשתן ליתיה מפי הכתב כ"כ הריב"ש מטעם הנ"ל.

סעיף כב

יש מי שאומר שאין חילוק בין ישראל לעובד כוכבים במעמד שלשתן. לפיכך ישראל שאמר לעובד כוכבים: מנה שיש לי בידך תנהו לישראל פלוני במעמד שלשתן, הואיל ונתרצה המקבל, קנה. וכן עובד כוכבים שאמר לישראל: מנה לי בידך תנהו לישראל

פלוגי, במעמד שלשתן, ואמר הנפקד או הלוח: כן אעשה, קנה, וצריך ליתנו לו, ואינו יכול לומר: אנוס הייתי.

ויש מי שחולק ואומר שאם הנפקד או הלוח עובד כוכבים, וא"ל ישראל המפקיד או המלוה: תנהו לישראל פלוגי במעמד שלשתן, לא קנה. הגה: מיהו אם אמר לו: תנה אותו לפלוגי ותדור לו ליתן לו ובזה תהיה פטור ממני, יש אומרים דקנה המקבל (מרדכי פרק מי שמת ומהר"ו סימן ל"ג). ובכל ענין אם כבר נתן העובד כוכבים מה שבידו לישראל המקבל, אין מוציאין מידו. וכן בכל מקום שאין הקנין נתפס בו, אם זכה וקבלם כבר, שוב לא מפקינן מיניה. (תרומת הדשן סימן ש"ג). ואם הנפקד או הלוח ישראל, והמקבל עובד כוכבים, כל זמן שאין ישראל הנותן חוזר בו, יכול ליתנו לעובד כוכבים. אבל אם חזר בו הנותן, לא זכה העובד כוכבים, וחייב הנפקד להחזירו להמפקד. ומיהו אם אין הנפקד יכול להשטט מהעובד כוכבים, לפי שבדיניהם הוא חייב ליתן, כיון שאמר ליתן לו, יתן לעובד כוכבים והוא פטור מהמפקד. ואם הנותן עובד כוכבים, והמקבל והנפקד ישראלים, קנה הישראל ויכול להוציאו מיד הנפקד בב"ד. ואם העובד כוכבים הנותן אנוס, והוציא בכח מידו קודם שיתן לישראל המקבל, אם מלוה היא, חייב הלוח לפרוע גם לישראל המקבל. ואם פקדון הוא, ונכנס העובד כוכבים בבית הנפקד ונטלו בחזקה, אינו חייב לשלם לישראל המקבל. (ואפילו נטל שלו והציל הפקדון, נוטל מן הפקדון כל מה שהוציא עליו) (הגהות מרדכי פרק ג' דב"ב).

דין מעמד שלשתן בעכו"ם:

1. יש מי שאומר שאין חילוק בין ישראל לגוי במעמ"ש כן דעת הרי"ף בתשובה.

האם כשהממחה גוי צריך הישראל לומר 'כן אעשה'? דעת הסמ"ע והט"ז – כן, דאל"ה יכול לטעון שלא היה חייב לו כלום, ומה שהודה שהיה חייב לו זה מחמת אנוס. ודעת הש"ך – לא, כיון ששתיקה כהודאה ולא חיישינן לאנוס. ואפי' הנותן שלטון, אינו יכול לומר אנוס הייתי. וא"כ יטען במפורש באותה שעה שהממחה שאין לו בידו כלום, ואינו מודה אלא מחמת האנוס.

2. **יש מי שחולק ואומר** שאין מעמ"ש בגוי, אלא רק כאשר הנותן הוא גוי כן דעת ר"ת. וטעמו שכיון שאין דין זכיה בגוי, לא תיקנו בו מעמ"ש. אך מאידך כיון שממונו של ישראל הפקיעו ע"י מעמ"ש, כ"ש ממונו של הגוי. **ולכן:**

א. אם הנפקד גוי – אין בו מעמ"ש.

ואע"פ שלא קנה, אם נתן הגוי לישראל, אין מוציאין מידו. דאע"פ שמעמ"ש לא חל בגוי, אך כשהגיע לידו זכה בו, שהרי הנותן ציוה לתת לו, ולאחר שזכה בו שוב אינו יכול לחזור בו.

האם דין זה נכון בכל מקום? הרמ"א כתב "וכן בכל מקום שאין הקנין נתפס בו, אם זכה וקבלם כבר שוב לא מפקינן מיניה". לדוגמ' אם מכר שטר בלא כתיבה ומסירה, והלך הלוקח וגבה את החוב, שוב אין מוציאין ממנו, אע"פ שהקנין לא חל. והטעם, שכיון שהתכוון למכור לו, א"כ ודאי הרשהו לגבות את החוב, וא"כ לאחר שהגיע לידו שוב אין יכול המוכר לחזור בו. והוא הדין אצלנו, שאע"פ שהמעמ"ש לא חל, אך כיון שצויהו לתת לו, אם הלך ונתן לו, כיון שהגיע לידו ע"פ ציווי זכה בו, ושוב אין יכולים להוציא מידו. הש"ך חלק על העיקרון הזה בסי' סו סי"ז, אך הודה שאצלנו הדין נכון. כיון שהרשהו ליתן ועשה שליחותו ונתן לו, הרי זה כאילו בעצמו נתן לו. והקצות הסכים עם הרמ"א שהטעם משום מחילה, אלא שחידש שאף לדעת הרמ"א, אין מוציאין מיד המקבל, אך הנפקד צריך לשלם שוב לנותן. ולדידי צ"ע דאי נימא שהנפקד או הלוח צריך לשלם שוב לנותן, א"כ במה זכה המקבל? שהרי טעמו של הרמ"א שהנותן מחל למקבל, ואם הוא יכול לתבוע מהנפקד חזרה, א"כ במה מחל לנותן?!

מתי יועיל מעמ"ש בנפקד גוי? הרמ"א כתב שיכול לומר לנפקד הגוי 'תן את החוב לפלוגי, ותידור לו ובזה תהיה פטור ממני', ובכה"ג קנה. הש"ך הבין שכונתו שקנה מדין מעמ"ש, והקשה מה בכך שאמר לו לידור לו, ומדוע שיחול בכה"ג מעמ"ש? אך אפשר להבין שאין כוונתו לומר שקנה מדין מעמ"ש, אלא שבכה"ג זה מועיל כדי שלא יוכל לחזור בו, דמחל לעכו"ם על חובו, וממילא יכול המקבל להוציאו מידו. והש"ך הסכים לפירוש זה, אך התקשה כיון שבדברי הרמ"א משמע יותר מזה.

ב. אם המקבל גוי – יכול הנותן לחזור בו, אך כל זמן שלא חזר בו יכול הנפקד ליתנו לגוי דכיון שצויהו ליתנו לו ולא חזר בו, זכה בו המקבל כשנתנו לידו. ולדעת הקצות, דוקא בכה"ג שהנותן והנפקד ישראלים ויש בו דין

שליחות, ומדין שליחות יכול ליתנו לו כל זמן שלא חזר. אך אם הנפקד גוי שאין בו דין שליחות, אף אם נתנו העכו"ם לישראל לא מהני, דאע"פ שציוהו ליתנו לו זה לא חל, אלא שזה מועיל מטעם מחילה. אך אם נאמר שמחילה לא תועיל (כדעת הש"ך) נוכל להוציא מיד המקבל, ולכן תמה על הש"ך שחלק על הרמ"א לעיל, אך הסכים כאן לדין זה. ואם הגוי תובע מהנפקד שיתנו לו, ואינו יכול להשטט ממנו שהרי בדיניהם הוא חייב לו, נותן לו ונפטר דהנותן אפסיד אנפשיה, שציוהו ליתן לו וידע שבדיניהם הוא מתחייב לו.

ג. אם הנותן גוי – מהני מעמ"ש, דבכה"ג גם ר"ת מודה שאם הפקענו ממון ישראל במעמ"ש, כ"ש שנפקיע ממון הגוי. **ואם הנותן הוא גוי אנוס**, והוציא בכח מהנפקד:

אם מדובר במלוה – חייב לפרוע למקבל, שהרי משעה ראשונה חל מעמ"ש ונתחייב למקבל. וזה שהגוי אנוס – אין סיבה שגם הוא יאנוס את חברו. והש"ך נשאר בצ"ע בדין זה וטעמו שכיון שאין זכיה לעכו"ם, א"כ גם במקרה שלנו הוא לא יכול לזכות לישראל השני, אלא שאנו מפקיעים את ממנו ונותנים לשלישי, ולא ניתן לו לחזור בו. אולם, מאידך לשלישי לא נוצרה שום תביעה על הנפקד שהרי הוא לא זכה בממון מעולם!

אך אם מדובר בפקדון – אינו חייב לשלם לו דאינו אלא שומר לשני, ופטור מאונסין. ואפי' אם אנוס הגוי להביא החפץ לביתו פטור, ואין זה מציל עצמו בממון חברו, כיון שלא אנוס אלא על חפץ זה. כ"כ הטור.

מה הדין אם פשע בשמירתו? מדברי הטור משמע שחייב לשלם, ותמה הקצות מדוע שיתחייב להיות שומר, נהי שהחפץ נקנה לחברו, אך מדוע התחייב להיות שומר עבורו, במיוחד שהשו"ע פסק שמעמ"ש מועיל אף בע"כ, וא"כ כיצד התחייב בע"כ להיות שומר של השני? ולענ"ד לא קשה, דמה בכך שזה בע"כ, הרי כמו שאנו יכולים בע"כ להפוך אותו להיות חייב של השני במקום של הראשון, כך אנו יכולים להעביר את חיוב השמירה מהראשון לשני. אלא שהקצות מקשה שחיוב שמירה הוא לא ברור, שהרי לא ברור שיפסע ויתחייב לשלם, וא"כ הוי דומיא דכתובה שלא מועיל בה מעמ"ש, ומדוע שיוכל להעביר את חיוב השמירה? וצ"ל שכיון שהחפץ בעין, ואת החפץ אפשר להקנות במעמ"ש, ממילא גם חיוב השמירה נקנה אגביו, אע"פ שאת חיוב השמירה בלבד לא היה אפשר להעביר. עוד נראה שהקצות לשיטתו דחיוב השמירה אינו חל אלא משעה שפשע, אף אם משתעבד משעה משיכה. אך כל זמן שהחפץ בעין, אין עליו שום חיוב; אולם לשיטת הנתיבות שחיוב שמירה הוא אפי' כשהחפץ בעין א"כ פשיטא שחיובו ברור, שהרי מחויב להשיב לו החפץ או דמיו, ומועיל בו מעמ"ש לכו"ע. (מח' זו בקצות סי' פו, סק"ד; נתיבות סי' פו, סק"א).

מה הדין אם הציל את הפקדון, אך בגלל זה נטלו ממנו חפץ שלו, האם יכול לעכב את הפקדון עבורו? הרמ"א פסק שכן. ומקורו הוא מהג"מ, והקשה הש"ך שהרי בדרכי משה הביא שיש חולקים על זה, וכן נראית דעת הב"י, ומשמע שם שזו גם דעת הרמ"א. ואמר ששאלו הרמ"א הכריע כאן כהג"מ, או שיש לחלק: שכאשר נטלו מבית ראובן חפץ של ראובן עבור שמעון, אם חשבו שהוא של שמעון ולכן נטלוהו, בכה"ג הפסיד ראובן דמזלו גרם. אך אם ידעו שהוא של ראובן: אם נטלוהו כיון שלא יכלו ליטול את של שמעון, גם בכה"ג אינו יכול להוציא משמעון, שהרי האנוסים לא יכלו ליטול את ממנו של שמעון ומדוע שיתחייב?; אך אם יכלו להוציא משמעון אלא שלא רצו לטרוח, בכה"ג יכול ראובן להוציא משמעון, דהרי זה כאילו נטלו של שמעון.

3. האם יש מעמ"ש בישראל מומר? מהרשד"ם – לא דומיא דגוי. ש"ך – כן, שהרי יש לו זכיה, ודוקא בגוי שאין לו זכיה מדאורי' לא תקנו.

סעיף כג

מכנסת מלוה על פה לבעלה, אין צריך מעמד שלשתן.

אשה שמכניסה לבעלה מלוה ע"פ קנה שידו כידה, וא"צ לקנותו במעמ"ש.

שמעון מכר בית לראובן וקיבל עליו אחריות ושעבד מטלטלי אגב מקרקעי, ואח"כ הפקיד שמעון ביד ראובן טבעות זהב ולאחר זמן הקנס ללוי במעמ"ש, ולבסוף טרפו הבית מראובן: האם יכול לעכב הטבעות בחובו, שהרי שעבד לו מטלטלין באגב?!

מהר"מ אלשיך – כן, דאם ראובן ב"ח מוקדם מלוי הרי שעבד לו מטלטלי, ואע"פ שמכרם לא שייך הכא תקנת השוק, ואפי' אם ראובן הוא מאוחר – סו"ס בע"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה – גבה. ש"ך – לא, אם ראובן מאוחר לא שייך הכא מה שגבה גבה, שלא נאמר אלא כשגובה מהחייב לו, אך כיון שלוי קנה הטבעות במעמ"ש א"כ הרי זה כאילו שמעון כבר מכרם לאחרים. ואף אם ראובן מוקדם אינו גובה, דכיון שהקנס ללוי הרי זה כאילו מכרם כבר ואין גובים מהם.

ב"ה יום ד' י"ט אדר א' התשע"ד

הלכות ערב

סימן קכט

דין הערב בשטר ועל פה, ומתי נפרעין מן הערב, ובו כ"ב סעיפים.

מקור דין ערב:

ב"ב קעג: "א"ר הונא: מניין לערב דמשתעבד? דכתיב: אנכי אעריבנו מידי תבקשנו. מתקיף לה רב חסדא: הא קבלנות היא, דכתיב: תנה אותו על ידי ואני אשיבנו! אלא אמר רבי יצחק, מהכא: לקח בגדו כי ערב זר וכו'. אמר אמימר: ערב דמשתעבד - מחלוקת ר' יהודה ור' יוסי, לרבי יוסי דאמר: אסמכתא קניא - ערב משתעבד, לר' יהודה דאמר: אסמכתא לא קניא - ערב לא משתעבד. אמר ליה רב אשי לאמימר: הא מעשים בכל יום, דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד! אלא אמר רב אשי: בההוא הנאה דקא מהימן ליה - גמר ומשתעבד נפשיה". ועיין בהרחבות.

ערב שלאחר מתן מעות

סעיף א

המלוה את חבירו, ואחר שהלוהו אמר לו אחד: אני ערב, או שתבע את הלוה בדין, ואמר לו אחר: הנח ואני ערב, או שהיה חונק את חבירו בשוק ליתן לו, ואמר לו: הנח ואני ערב, אין הערב חייב כלום ואפילו אמר בפני ב"ד: אני ערב.

הגה: מיהו אם פרע למלוה בציווי הלוה, חייב לשלם לו מה שנתן למלוה (הגהות מ"י פכ"ה דמלוה).

אבל אם קנו מידו שהוא ערב ממון זה, בין בפני בית דין בין בינו לבין המלוה, נשתעבד.

האומר לחבירו: אני ערב לך בעד יום אחד, אינו כלום (תשובת רשב"א סימן אלף קמ"ח).

מקור הדין:

ב"ב קעה: מח' ר' ישמעאל ובן ננס במשנה האם ערב משתעבד גם לאחר מתן מעות או לא, והלכה כר' ישמעאל שמשמעבד. ובגמ' (קעו.) נחלקו רב יהודה בשם שמואל ורב נחמן האם ערב שלא בשעת מתן מעות בעי קנין או לא, ופסקה הגמ' הלכה כרב נחמן שבעי קנין. "והלכתא: ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין, אחר מתן מעות - בעי קנין; ערב דבית דין לא בעי קנין, דבההיא הנאה דמהימן ליה - גמר ומשעבד ליה".

1. ערב לאחר מתן מעות - בעי קנין. ודוקא כשאמר לו 'הנח לו עכשיו וישלם לך לאחר זמן', אך אם אמר - מחול לו ואני אשלם, הוי כערב בשעת מתן מעות, סמ"ע ושו"ך.

מדוע אין חיסרון של 'אסמכתא'? סמ"ע וט"ז - מכח ההנאה שחברו סמך עליו והמתין מלתבוע חברו, גמר ומשעבד נפשיה. ש"ך - אין פה אסמכתא גמורה ולכן מהני קנין, ועוד כיון שתולה בדעת אחרים לא הוי אסמכתא. עיין בהרחבות.

2. ערב לאחר מתן מעות בב"ד - לא בעי קנין, ואין הכונה שאמר שהוא ערב בפני ב"ד, אלא שב"ד האמינוהו כערב (וכמבואר בסעיף הבא). דעת הטור שאף שקיבל עליו ערבות בפני ב"ד, מועיל בלא קנין. אולם השו"ע פסק כרמב"ם שדוקא כשעשאוהו ב"ד ערב לא בעי קנין.

3. אמר לו הלוה לאחר מתן מעות 'ערבני', והלך ופרע עבורו למלוה - חייב לשלם. דכיון שאמר לו 'ערבני' הרי זה כאומר לו 'ערבני ושלם' וכאילו ציוהו בפירוש לשלם, ואין זה בכלל הפורע חובו שלא מדעתו; ש"ך וזהו חידושו של הרמ"א.

4. אם אמר לו 'אני ערב לך בעד יום א' ולא ביאר על מה הוא ערב לו - אינו כלום. אך אם ביאר שאינו ערב אלא בעד יום א', כלומר שלא יוכל להיפרע ממנו אלא באותו היום, הוי ערב, ש"ך.

5. אם כתב 'כל המלוה לפלוני כך ממון אני ערב עבורו', האם מועיל? ש"ך בשם מהרשד"ם, קצות - לא מהני. תומים ונתיבות - מהני ונכנס ערב בעדו. הש"ך בשם מהרשד"ם כתב שלא מהני, כיון שלא אמר בלשון ציווי. הקשה התומים, הרי הש"ך ביו"ד פסק שבכה"ג חייב לשלם, כגון 'כל הזן אינו מפסיד', וא"כ מדוע לא

השתעבד בתור ערב! ותיירץ הקצות שאע"פ שהתחייב לשלם, אך לא נעשה ערב כיון שערב לא מהני אלא מתורת שליחות, וכיון שלא ציווהו במפורש לא נהיה שלוחו. וטעמו שבערב יש חיסרון של אסמכתא, והשליחות פוטרת את האסמכתא, ולכן בלא ציווי לא נעשה שלוחו. והנתיבות דחה דבריו שודאי ערב אינו מדין שליחות, שהרי אף לאחר מתן מעות מהני, אע"פ שלא הלוח בשליחותו, ולכן הסכים לתומים שחייב לשלם מדין ערב.

6. אם נכנס כערב עבור אחד, הוא ערב עבורו רק עבור ההלואה הראשונה ולא עבור השניה.

ערב בשעת מתן מעות

סעיף ב

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

1. ערב בשעת מתן מעות – אין צריך קנין. ב"ב קעו: "והלכתא: ערב בשעת מתן מעות לא בעי קנין". ובקעג: למדו כן ממשלי "בני אם ערבת לרעך". והב"י הביא שלמדו מיהודה "אנכי אערבנו", והקשו הרי בש"ס דחו דיהודה היה קבלו? ותיירץ הט"ז שרב חסדא הקשה לשיטתו שסתם ערב הוא קבלו, אך לדינא שקי"ל שצריך לקבל קבלנות בפירוש, יהודה היה רק ערב, ולכן הב"י הביא את הלימוד מיהודה.

2. וכן אם הניחו ב"ד מלגבות, כיון שנכנס ערב עבורו – א"צ קנין. שם קעו: "ערב דבית דין לא בעי קנין, דבההיא הנאה דמהימן ליה – גמר ומשעבד ליה". וכדעת הרמב"ם שבי"ד קיבלוהו כערב, ולא כטור שכל היכא שקיבל עליו ערבות בפני ב"ד, הוי כערב.

3. אם אמר לו הלוהו כי הוא איש אמן ויש לו לפרוע, והלוהו על פיו ונמצא שקר – חייב לשלם, כ"כ הרמ"א. מדוע חייב? פשט דבריו משמע דהוי כערבות, שהרי הוא סמך עליך והלך והלוהו לו, או משום ההנאה שסמך על דיבורו גמר ומשעבד נפשיה. אולם, בש"ד ובסמ"ע משמע שאין זה מדין ערבות, אלא מדינא דגרמי, כמו המראה דינר לשולחני ונמצא רע (וכ"כ הדרכי משה בביאור דברי המהרי"י וייל שהוא מקור דין זה. והנפק"מ כתב התיבות שאם זה מדינא דגרמי, אז יש הפוטרים היורשים לשלם דאומרים שהחיוב הוא מטעם קנס ולא קנסו בנו אחריו.

המהרי"ו (סי' פ) דיבר במקרה שראובן שילם לשמעון בחוב של אחר, ואמר לוי לשמעון שהוא יכול לסמוך עליו ולקבלו בחובו, כי זה חוב בטוח, ולכן כתב שחייב לשלם לו אם לא יוכל לגבות את החוב שהרי סמך עליו. וביאר הרמ"א טעמו דהוי כמראה דינר לשולחני ונמצא רע (ב"ק צט:). דחייב מדינא דגרמי. ע"פ זה כתב הש"ך בשם המהרש"ל דדוקא כשאמר לו 'חזי דעלך קא סמיכנא', או שהדברים מוכיחים שידע שהוא סומך עליו. וזו כוונת הרמ"א שאמר 'ועשאו על פיו'. והכא לכוי"ע צריך לומר הכי, אף למי שלא מצריך זאת במראה דינר לשולחני, כיון שכאן לא היה מוכרח לשמוע בקולו. ואם הוא אומן הרי הוא פטור, דהוי אונס וכמו במראה דינר לשולחני שפטור.

ע"פ זה כתבו הש"ך והסמ"ע שדוקא כשהתברר שטעה, אך אם היה החוב בטוח באותה שעה ונתקלקל אח"כ – פטור, דאין הוא ערב ממש אלא שחברו סומך עליו, והרי צדק אלא שאחר זמן בא הפסד. וכן אם התברר שבאותה שעה היה מקולקל, אך לא כל לדעת זאת, הרי הוא אונס ופטור אף בלא היסת, שהרי חברו אינו תובעו בברי, ש"ך בשם מהרש"ל.

סעיף ג

אם על פיו החזיר שטר או משכון, הוה ליה ערב בשעת מתן מעות. הגה: וכן אם פטר הלוה על פי הערב, ה"ל כערב בשעת מתן מעות (מרדכי פרק איזהו נשך ותוספתא פרק המקבל). ו"א דאם היו לערב מעות של לוח בידו בשעה שערב, נשתעבד בכל ענין (מהרי"ו סימן ל').

1. ערב בשעת מתן מעות, זה בכל מצב שחברו עושה מעשה על פיו, כגון שמחזיר לו את המשכון או את השטר, או שהוא מוחל ללוה בציוויו.

2. י"א שאם היו המעות של הלוה ביד הערב בשעה שקיבל עליו ערבות, משתעבד אפ"י שלא בשעת מתן מעות ואפ"י לא מחל לו. כ"כ הרמ"א בשם המהרי"י וייל. וביאר הגר"א שהרי זה כאילו אמר הלוה פרע חובי, וכיון שמעותיו ביד הערב מחויב הערב לעשות שליחותו, ולכן נשתעבד הערב למלוה. והש"ך הקשה דמה בכך שמעות הלוה ביד הערב! ודחה דברי הרמ"א, שלא כתב מהרי"ו כן, אלא כשמעות ההלואה עצמם ביד הערב, ולא מעות אחרים של הלוה. ולא הבנתי מדוע כשמעות ההלואה עצמם ביד הערב, מהני שישתעבד!?

סעיף ד

ערב היוצא לאחר חיתום שטרות, דהיינו לאחר שחתמו העדים בשטר כתב: ואני ערב, וניכר שכתב ידו הוא זה, או שהעדים מעידים עליו, י"א שמשתעבד בלא קנין לגבות ממנו מבני חורין, וי"א שאינו משתעבד אלא בקנין. ולהרמב"ם אפילו ערב היוצא קודם חיתום שטרות, צריך קנין, כל שלא נכנס ערב אלא לאחר מתן מעות.

1. אם כתב בשטר לאחר החתימה אני ערב, האם חשוב כקנין? י"א שכן ראב"ד, רמב"ן ורשב"א. וי"א שלא, וצריך קנין נוסף הרמ"ה, הטור והרמב"ם. ועיין בהרחבות.

2. האם יש הבדל בין זה אם נכתבה הערבות קודם חתימת השטר? באופן פשוט לא, ואותה מח' שיש לאחר חיתום שטרות, קיימת גם קודם שטרות אם מדובר בערבות שלאחר מתן מעות. אולם, מדברי השו"ע משמע שקודם חיתום שטרות רק הרמב"ם מצריך קנין, ואילו הרמ"ה מודה לרמב"ן ולראב"ד בכה"ג. אך מדוע שיהיה חילוק? מהגר"א (ס"ק ו) משמע שאין חילוק והרמ"ה מודה לרמב"ם (ולא הבנתי כ"כ דבריו, אך כך משמע). אולם, מדברי הב"ח נראה שהבין שלדעת הרמ"ה לא בעי קנין מפורש בכה"ג, דכיון שהערבות היא קודם החיתום, נמצא שהקנין של השטר עולה על כל הכתוב בשטר (על השעבוד שבו, וממילא גם על הערבות). ולכן, אין צורך לעשות קנין נוסף כדי ליצור את הערבות.

סעיף ה

כשם שאין הערב משתעבד אלא בקנין, או בשעת מתן מעות או בבית דין, כך הקבלן אינו משתעבד אלא באחד מדרכים הללו, שאין חילוק ביניהם אלא לענין שעבוד כתובה (או נדוניא לחתן), כמו שנתבאר בטור אבן העזר (סימן ק"ב סעיף ו').

כל היכא דבעי קנין, אי לא קנו מיניה אינו גובה אפילו מנכסים בני חורין, אפילו כתב לו שטר. הגה: ואפילו נתן לו תקיעת כף, אם הוא במקום שלא נהגו לקנות בכך (ר' ירוחם נתיב ג' ח"ה). ומ"מ כופין אותו לקיים שבועתו (ד"ע) וע"ל סי' ע"ג סעיף ח'.

מי שנתן מתנה לחבירו ואמר ליתנה לו לאחר זמן והעמיד לו ערב, י"א דהוי כערב בשעת מתן מעות (ר' ירוחם נתיב ט"ו ח"א ותוספות פ' הנזקין), ויש חולקין: (הגהות מרדכי שם ותשובת רשב"א אלף ט"ז).

1. **אין הבדל בין ערב לקבלן**, וכדרך שהערב משתעבד כך גם הקבלן.

2. **לגבי שעבוד כתובה**, יש חילוק ביניהם: ערב לא משתעבד לכתובה, כיון דעביד מצוה ולא חיסרו מידי. אך קבלן משתעבד לכתובה.

ב"ב קעד: "דאיתמר: ערב דכתובה - דברי הכל לא משתעבד, קבלן דבעל חוב - דברי הכל משתעבד, קבלן דכתובה וערב דבעל חוב - פליגי, מר סבר: אי אית ליה נכסי ללוה - משתעבד, אי לית ליה - לא משתעבד; ומר סבר: בין אית ליה ובין לית ליה - משתעבד. **והלכתא: ערב, בין אית ליה ובין לית ליה - משתעבד, בר מערב דכתובה, דאע"ג דאית ליה לבעל - לא משתעבד, מאי טעמא? מצוה הוא דעבד ולא מידי חסרה**". מדוע כתובה מוגדרת כ'לאו מידי חסרה'? רש"י (גיטין מט: ס' כתב "שלא הוציאה כלום משלה", דהיינו שזה רק מניעת ריוח (כתובה) ולא הפסד ממון. אולם, הרשב"ם והנמוק"י (בב"ב) כתבו שהטעם משום 'טב למיתב טן דר', ומשמע שבגלל ההנאה שלה אין זה חשוב כהפסד, אך לולי ההנאה זה חשוב כחיסור ממון אע"פ שזה רק מניעת ריוח. וכן מוכח בנמוק"י שכתב שאם הוא ערב לבעל על הנדוניא שהיא מכניסה לו, משתעבד דחסרי ממונא. הסמ"ע נקט את הטעם של 'טב למיתב'. וכתב שלגבי ערבות על נדוניא זה מח' באה"ע ולכן השמיטו השו"ע.

דעת הטור והנמוק"י שהגמ' הנ"ל מיירי בלא קנין, אך אם עשו קנין משתעבד אף ערב בכתובה ואע"ג דאיכא תרתיה. אולם, דעת הרמב"ם וכן פסק השו"ע שהגמ' מיירי אף כשעשו קנין ואפי' הכי לא משתעבד.

3. **האם כדי שערב לא ישתעבד צריך את ב' הדברים?** כתבו התוס' גיטין נ. "תרתיה בעינן, אבל היכא דלאו מצוה עבד ולא חסרה כגון שנעשה ערב אחר הנישואין או עבד מצוה וחסרה משתעבד". וכ"כ הנמוק"י בב"ב "ולאפוקי המתחייב לחברו ונכנס זה ערב דלא עביד מצוה, דמשתעבד אע"ג דלא חסריה".

4. **האם ערב במתנה צריך קנין?** הרמ"א הביא ב' דעות, י"א שמועיל אע"ג דלא חסריה דתרתיה בעינן, ואין צורך בקנין דהוי כשעת מתן מעות, רבינו ירוחם. וי"א שלא מועיל דאע"ג דמשתעבד, בעינן קנין דלא חשיב מתן מעות.

ר"י הביא ראיה מדברי התוס' בגיטין, שכתבו שאם אין תרתי משתעבד, וא"כ משמע שאף בלא קנין משתעבד. הש"ך דחה דהתוס' לשיטתם שבכתובה מדובר אף כשעשו קנין שלא משתעבד, ולכן כתבו שבעינן תרתי אך בחדא בקנין משתעבד. ולכן פסק כדעה השניה שצריך קנין. אולם מדברי הנמוק"י מוכח שא"צ בקנין, שכתב שבקנין משתעבד אף בכתובה, ומה שאמרה הגמ' שלא משתעבד מדובר בלא קנין ומשום תרתי, אך בלא תרתי מועיל אף בלא קנין. ומוכח כרבינו ירוחם. וכן פסק הסמ"ע לדינא.

5. אם נעשה ערב עבור השבח בעיסקא: רבינו ירוחם כתב שמשתעבד, ואע"ג דלא חיסריה, אך לא עשה מצוה. הש"ך ביאר שמדובר שהנותן העמיד ערב לחצי השבח של המקבל, ואע"פ שהשבח אינו בעין זה מועיל מדין ערב בשעת מתן מעות, כיון שהרי זה כאילו שוכרו לעשות לו מלאכה בכך וכך, שהרי השבח הוא בשכר טרחתו. אך למקבל אסור להיות ערב לנותן דהוי כריבית, ואף אינו יכול להעמיד לו ערב אחר, כיון שהשבח אינו בעין צריך קנין כמו ערב שלא בשעת מתן מעות. והקצות חלק, שיכול המקבל להעמיד ערב לנותן, דכיון שפלא פקדון א"כ כשהסחורה משביחה אח"כ הרי חצי מהשבח שייך לנותן, והרי זה כאילו העמיד ערב שאם ילוהו לאחר זמן יחזיר לו. והנתיבות הסכים עם הש"ך, דלא דמי לערב להלוואה לאחר זמן, דשם הוא מוציא ממון ע"פ הערב ולכן הערב משתעבד; אבל אצלנו כיון שהשבח נולד ביד המקבל, א"כ הנותן לא הוציא אותו ע"פ הערב, והערב לא משתעבד בכך בלא קנין.

6. השו"ע כתב שאם לא עשו קנין, אינו גובה כלל ואפי' כתב לו שטר – הסמ"ע כתב שכוונתו שלמ"ד שערב בשטר בעי קנין (בסעי' הקודם), אפי' אם כתב לו שטר בפני עצמו לא מהני. והש"ך הסתפק שאולי שטר בפ"ע לכו"ע לא מהני, ודוקא בשטר ההלואה מהני, אפי' אחר חיתום שטרות. ולא הבנתי מה הטעם לחלק בכך?!

7. הנפק"מ בין חיוב מכח קנין, לחיוב מכח השבועה: שכשחייב מכח שבועה - אין מחייבים את יורשיו, ואין ב"ד יורדים לנכסיו, ואם התירו שבועתו בדיעבד מהני.

ובכל ענין אם פרע עבורו, חייב הלואה לשם לו. כן הסכימו הסמ"ע והש"ך, ולא כע"ש שפטור.

סעיף ו

נעשה לו ערב בקנין וכתב לו שטר, יש לו דין מלוה בשטר לטרוף ממשעבדי. לא כתב לו שטר, אף על פי שנעשה ערב בקנין, דינו כמלוה על פה ואינו גובה אלא מבני חרי.

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

1. אם כתב שטר על הערבות, הרי זה כמלוה בשטר וגובה ממשעבדי של הערב.

אם המלוה ע"פ וכתב שטר על הערבות: כתב ביד רמה' שלא גובין ממשעבדי, דכיון שהלואה יכול לטעון פרעתו, אף אם אינו טוען כן – טענינן ללקוחות. ובערוך השולחן (ס"ד) כתב שגובה ממשעבדי, ונראה שלא פליגי, וכוונתו שגובים ממשעבדים היכא שיוכל המלוה לברר בעדים שלא פרעו הלואה והערב.

2. לא כתבו שטר, אך עשו קנין על הערבות: רבינו האי, נמוק"י והטור – אינו גובה ממשעבדי, ואע"פ שסתם קנין לכתובה עומד, ואחריות ט"ס? הנמוק"י כתב שצריך לעשות קנין מפורש על האחריות, ובסתמא אמרינן שעשו קנין; אך בערב לא עשו קנין אלא על הערבות. והב"י הבין שאף על האחריות אין צורך לעשות קנין, אלא בסתמא קיבל עליו אחריות. אך ערב שאני דכיון שערב לאחרים לית ליה קלא, עד שיכתבו בפירוש שקיבל עליו אחריות. **וכן פסק השו"ע בסתם. הרמ"ה והראב"ד** – גובה ממשעבדי, דסתם קנין לכתובה עומד, ואחריות ט"ס, ואין חילוק בין לזה לערב.

3. ערב לו בב"ד, לכו"ע גובה ממשעבדים, דהודאה בב"ד דמיא למלוה בשטר. כ"כ הב"י מסברא דנפשיה שאף רב האי מודה בזה. ובקיצור פסקי הרא"ש (סי' נא) כתב שאף בכה"ג אינו גובה ממשעבדי.

4. אם עשו קנין מידו של הלואה, אע"פ שלא כתבו שטר – לכו"ע גובה ממשעבד, ולא פליגי אלא בערב; סמ"ע.

סעיף ז

לא עשה לו הערב שטר בפני עצמו, אלא כתב הערבות בשטר החוב עצמו, אם כתבו אחר חתימת העדים, אינו גובה אלא מבני חרי.

ואם כתבו קודם חתימת העדים, אם כתב: פלוני ערב, בלא וא"ו, ואח"כ חתמו העדים, גם זה אינו גובה אלא מבני חרי, מפני שהוא כתחלת דבר ואינו מעורב עם הלוח והמלוה. אבל אם כתוב: ופלוני ערב, בוא"ו, שהרי הוא מעורב עם הלוח והמלוה, ואחר כך חתמו העדים, הרי זה נפרע מנכסים משועבדים.

ערבות הכתובה בשטר החוב עצמו:

1. לאחר חתימות העדים: גובה רק מבני חורין. ב"ב קעה: "ערב היוצא לאחר חיתום שטרות גובה מנכסים בני חורין".

2. קודם החתימות: אם כתבו 'פלוני ערב' – גובה מבני חורין, דהרי זה עניין בפני עצמו, ואינו חלק מהשטר שלפניו. אך אם כתבו "ופלוני ערב" – גובה ממשועבדים, כיון שזה מורה שזה המשך של שטר ההלוואה, והקנין נעשה על השעבוד של הלוח עולה גם לערב.

גמ' שם: "ערב היוצא לאחר חיתום שטרות וכו'. אמר רב: קודם חיתום שטרות - גובה מנכסים משועבדים, לאחר חיתום שטרות - גובה מנכסים בני חורין. זמנין אמר רב: אפילו קודם חיתום שטרות - אינו גובה אלא מנכסים בני חורין. קשיא דרב אדרב! לא קשיא: הא דכתב ביה פלוני ערב, הא דכתב ביה ופלוני ערב".

לדעת הרמ"ה שכשקנו מידו בעדים מועיל לגבות ממשועבדים אע"פ שלא נכתב בשטר, מדוע אם כתוב 'פלוני ערב' אינו גובה ממשועבדים הרי לשיטתו שטר אינו חשוב כקנין וא"כ מדובר שעשו קנין מלבד השטר? **לדעת הסמ"ע** – שטר גרע, דכיון שכתבו בלא 'ואו', גילה בדעתו שאינו רוצה להשתעבד. **לדעת הש"ך** – לא גרע, והדין של השו"ע מדבר בלא קנין כגון בשעת מתן מעות, אך אם עשו קנין גובים ממשועבדים בכל ענין, ואפי' לא כתבו 'ופלוני'. **וכן מפורש בדברי היד רמה'** שפירש דברי רב בגמ' בערב בשעת מתן מעות בלא קנין. ומאידך את דברי ר' ישמעאל במשנה 'לאחר חיתום שטרות' כשעשו קנין שבלאו הכי לא משתעבד לאחר מתן מעות.

התומים תמה בדעת הרמב"ם: שערב קודם חיתום שטרות צריך קנין מלבד השטר, א"כ מדוע יש חילוק אם כתבו 'פלוני' או 'ופלוני', הרי עשו קנין לערבות וכתבו שטר ומדוע שלא ישתעבד? ותיירץ שלשיטתו צריך קנין נוסף על השעבוד, מלבד הקנין על גוף הדבר. לכן, אם כתבו 'ופלוני' גובה ממשעבדי, כיון שזה המשך של הרישא וזה עולה על הקנין של הלוח, משא"כ כשכתבו בלא 'ואו' דצריך קנין נוסף. **אמנם בדעת הרמ"ה** זה לא נכון, כיון שהוא סובר שאם עשו קנין על הערבות מהני לגבות ממשעבדי כשלא כתבו שטר, וא"כ מוכח שאין צורך בקנין נוסף. וצריך להגיע לטעמים שאמרו הסמ"ע או הש"ך.

סעיף ח

המלוה את חבירו על ידי ערב, אף על פי שהערב משתעבד למלוה, לא יתבע את הערב תחלה, אלא יתבע הלוח. ואפילו אין ללוח אלא זיבורית, לא יפרע מהערב. ואפילו אין ללוח נכסים ידועים, כגון קרקעות, ויש נכסים ידועים לערב, לא יגבה מהערב, אלא (צריך) לחזור אחר הלוח, אולי יש לו מטלטלין.

הגה: ואם אמר הלוח: פרעתיך, והוא מלוה על פה, נשבע הלוח היסת ונפטר הוא וערב (טור ס"ח). ואפילו הלוח עובד כוכבים, ואמר שפרע, נפטר הערב.

אבל אם אמר הלוח: לא לויתי מעולם, חייב הערב לפרוע (בית יוסף בשם התרומות).

מי ששאל חפץ מחבירו ואמר לו: אם לא אחזירנו לך לזמן פלוני אתן לך דמים כך וכך, והעמיד לו ערב בעד הדמים, אף על פי שלגבי השואל הוי' אסמכתא ופטור, הערב חייב לשלם (תשובת רשב"א אלף נ'). ועיין לקמן סוף סימן קל"א סעיף י"ב.

מכר הלוח קרקע וחתם המלוה עצמו בעד, נפטר הערב דאיהו דאפסיד אנפשיה. אבל בקבלן בכי האי גוונא, חייב הערב לפרוע (תשובת רשב"א סימן תתצ"ב).

1. המלוה את חבירו ע"י ערב לא יתבע את הערב תחילה. משנה ב"ב קעה. "לא יתבע את הערב". ובגמ' שם ע"ב: "מאי טעמא? רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו: גברא אשלימת לי, גברא אשלימי לך. מתקיף לה רב נחמן: האי דינא דפרסאי! אדרבה, בתר ערבא אזלי! אלא, בי דינא דפרסאי דלא יהבי טעמא למילתייהו! אלא אמר רב נחמן: מאי לא יפרע מן הערב? לא יתבע ערב תחלה".

ואפי' אין ללוח נכסים ידועים כמו קרקעות, צריך לחזור אחריו אולי יש לו מטלטלין. כ"כ שם תוס'.

2. במלוא ע"פ שטען הלוה פרעתי, נשבע הלוה ונפטר אף הערב.

האם גם הקבלן נפטר ע"פ הערב? הסמ"ע כתב שלא, ע"פ דברי הרמ"א לקמן סעי' טו. והש"ך שם הביא חולקים, והסכים לדינא שאין להוציא מהקבלן כשהלוה טוען פרעתי.

3. **אם הלוה אמר להד"מ, והערב מודה שלוה:** רמ"א - חייב לשלם. ש"ך - פטור, אך אם הלוה גוי חייב הערב. התרומות הסתפק בלוה עכו"ם שטען להד"ם, האם צריך הערב לשלם כשיודע שלוה. והב"י כתב שאינו יודע מה ספיקו, כיון שפשיטא שחייב לשלם שהרי כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי. וכ"כ הרמ"א לדינא. והש"ך פקפק בדין זה, שהרי קי"ל שאין נפרעים מהערב כשא"ל לחייב את הלוה בדין, ואפי' כשכופר בו (כמו בשני יב"ש הדריים בעיר אחת), והסכים עם הב"ח שדוקא כשהלוה גוי חייב הערב, דכיון שבדיניהם תובעים לערב תחילה הוי כקבלן, ולכן חייב גם אם לא תובע את הלוה תחילה. ועיין בהרחבות.

4. **אם הלוה התחייב באסמכתא שלא קניא, האם הערבות חלה? הרשב"א בתשובה כתב שכן, וכן פסק הרמ"א לדינא.** והש"ך הסכים עם הב"ח שאין להוציא ממון אא"כ קנו מידו. הרמ"א מדבר על שואל חפץ מחברו, שהתחייב שאם לא יחזירנו לו לזמן פלוני, ישלם לו סך מסוים, ונתן לו ערב על כך. כיון שאסמכתא לא קניא הלוה פטור מלשלם, אולם הערב חייב. וטעמו שהוא כמו כל ערב אחר, שמתחייב לשלם אם הלוה לא ישלם, שאע"פ שזה אסמכתא זה מועיל. ואע"פ שקי"ל בבכורות שאם א"א לתבוע את הלוה, אין הערב חייב, אך זה דווקא כשהלוה חייב וא"א להוציא ממנו. אולם, כאן מדובר שהלוה לא נתחייב מעולם, ואילו הערב נכנס מראש על דעת החיוב הזה, אע"פ שהלוה לא מתחייב. ודימה זאת לדין של יתן מנה לפלוני ואתקדש אני לך' דמקודשת מדין ערב (קידושין ז.), כיון שחייבה עצמה אע"פ שהמקבל לא התחייב. הש"ך חלק, ונראה שהבין שאין זה דומה לאשה, כיון ששם מראש אדעתא דהכי נכנסה; אולם, אצלנו הוא נכנס על דעת שהלוה יתחייב, ואע"פ שמראש זה לא חל מבחינה דינית, כיון שאסמכתא לא קניא, אך מבחינתו הוא לא רצה לערוב לחוב שלא קיים.

5. **אם חתם המלוה עצמו כעד, על מכירת קרקע של הלוה, האם נפטר הערב? מפשט הרמ"א משמע שכן.** אולם, הסמ"ע והש"ך הסכימו שלא, דומיא דסימן קי"א סעי' י"ז, שאם חתם המלוה כעד על מכירת קרקע של הלוה, שלא הפסיד זכותו כיון שיכול לומר 'השני נוח לי והראשון קשה הימנו', וא"כ מדוע שכאן יפסיד חובו?! ולכן ביאר הסמ"ע שמוכח מתשו' הרשב"א שהיא מקור הדין, שמדובר כאן שהוא חתם על שטר אחר בו כתוב שהוא מסכים שהלוה ימכור את הקרקע המשועבדת לו, ולא שהוא חתם כעד על שטר המכירה עצמו. וכיון שויתר על זכות הגביה שלו מהמשועבדים של הלוה, שוב אינו יכול לבוא ולגבות מהערב - דאיהו דאפסיד אנפשיה!

הסמ"ע אמר שאפשר גם לדחוק ולהעמיד שכוונתו שהמלוה חתם עצמו כעד על שטר מכירה, במקרה שהקרקע היתה ממושכנת לו, וכיון שעיקר שעבודו וסמיכתו היא על הקרקע הזאת והוא חתם עליה כעד, איבד זכותו ואינו יכול לומר 'השני נוח לי'. וצ"ע מדוע שלא יוכל לומר בכה"ג השני נוח לי? ונראה שכיון שמשכנה בפירוש, א"כ הוא סמוך ובטוח שהוא יוכל להוציאה ממנו, ואין זה כשיעבוד דעלמא שיוכל לומר 'השני נוח לי'.

סעיף ט

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

1. אם טען הלוה שאין לו כלום, צריך לישבע שאין לו כתקנת הגאונים, ואח"כ יוכל המלוה ליפרע מהערב.

2. כשנשבע שאין לו, כולל בשבועתו שלא פרע את החוב, כדי שלא יעשו קנוניא על הערב. כתבו הסמ"ע והש"ך שדין זה נכון במלוא ע"פ, שנאמן הלוה בטענת פרעתי, אך במלוא בשטר לא שהרי אף אם יטען הלוה פרעתי אינו נאמן.

האם בשטר צריך המלוה לישבע שעדיין חייב לו? הסמ"ע נקט כדבר פשוט שכן, כדן הבא ליפרע מלקוחות. התומים הסתפק בזה ורצה לומר שערב גרע מלקוחות, ולא תיקנו בו שבועה. והנתיבות הסכים עם הסמ"ע, ומטעם שחשיב כבא ליפרע שלא בפניו שצריך לישבע. וכן הסכים הקצות.

3. **מה הדין אם הלוה לא רוצה להישבע שאין לו או שלא פרע?** בסמ"ע כתב שאם לא נשבע שעדיין הוא חייב, נפטר הערב. הקצות הבין שכל זמן שלא נשבע הלוה, לא מתחייב הערב כלל. אך דוקא כשהוא יכול לישבע ואינו רוצה, אך אם הודה וברח קודם שנשבע, חייב הערב לשלם דבכה"ג אין השבועה מעכבת. אמנם בכה"ג נשביע את המלוה, כמו במלוא בשטר.

והנתיבות סובר שאם הלוח לא נשבע, גובים מהערב. כיון שהערב לא מתחייב מכח שבועת הלוח, אלא הוא חייב עוד קודם לכן, אלא שאין גובין ממנו קודם שיגבו מהלוח, ולכן משביעים את הלוח שאין לו, אך החיוב חל עוד קודם לכן. ולכן בכל ענין שהלוח לא נשבע – הערב חייב. אא"כ הלוח טוען פרעתי, שאם הוא נאמן בטענתו נפטר הערב מחיובו, וזוהי כוונת הסמ"ע שאם לא רוצה לישבע מחמת שטוען פרעתי, נפטר הערב. ונראה שהמלוח צריך לישבע, דלא גרע ממלוח ע"פ.

בפשטות היה אפשר לומר שמח' היא האם הערב זה איני יודע אם פרעתיך או איני יודע אם נתחייבתי, דהיינו שלדעת הקצות הערב מתחייב רק לאחר שהלוח לא פורע, וקודם לכן אין עליו שום חיוב כלל. ולכן אם הלוח לא רוצה לישבע, א"כ עדיין הערב לא התחייב לשלם. ואילו הנתיבות מבין שהחיוב חל מראש, אלא שזה דין בגביה שלא ניגשים לערב כל זמן שאפשר למצות את הדין עם הלוח, וכיון שא"א למצות את הדין עם הלוח, כיון שהוא לא רוצה לישבע, א"כ פשיטא שהערב חייב.

אולם, הקצות בסימן לט ס"ק ה כתב שערב הוי כאיני יודע אם פרעתיך, ונמצא שחיובו הוא משעה ראשונה, וא"כ מה בכך שאין הלוח רוצה לישבע, ומדוע אין זה דומה ללוח אלם? דמה לי אם אינו רוצה לשלם או אינו רוצה לישבע שאין לו, ומדוע שיגרע כוחו של המלוח? אפשר לתרץ בדוחק שזהו מדיני הגביה, שאם הלוח לא מוכן לרדת לדין כלל, או שאינו בפנינו, אז ניגשים לערב. אולם, אם הלוח יורד לדין, אלא שאינו מוכן לישבע, א"כ כל זמן שלא סיימת למצות את התהליך שלך מול הלוח אינך יכול לגשת לערב. ודחוק וצ"ע. וה' יאיר עינינו.

4. לאחר שנתחייב הערב לשלם, אינו יכול לגבות ממנו עד ל' יום, כדין סתם הלואה ל' יום, אא"כ היה תנאי ביניהם. **הב"ח** פירש שמדובר כשאין לו מעות או מטלטלין, כדין הלוח שאין לו המבואר בסעי' ק. **והש"ך חלק** וכתב שהטעם הוא מפני שהערב מתחייב עכשיו, וא"כ דינו כסתם הלואה ל' יום. וכן מורה לשון הרמב"ם בפכ"ו ה"ב.

סעיף י

ואם אין הלוח בפנינו, צריך להודיעו, אם הוא קרוב כדי שיוכל שליח לילך ולבא תוך שלשים יום, ואם לא יתן, אז יתבע לערב.

ואם הוא במדינת הים, שאי אפשר להודיעו ואין לו כאן נכסים, או אם הוא גברא אלמא דלא ציית דינא, אז יתבע את הערב ויגבה ממנו, ואח"כ יחזור הערב על הלוח ויוציא ממנו, או ינדהו עד שיפרע לו מה שפרע בשבילו. הגה: וכן נראה עיקר, אף על גב דיש חולקין וסבירא להו דאף על גב דהלוח אלם ולא ציית לדין אין נפרעין מן הערב עד שבית דין יכופו הלוח להיות ציית דין (המגיד פרק כ"ו דמלוה בשם יש חולקין ומרדכי פג"פ ב"י בשם תשובת הרשב"א).

טען הערב: תנו לי זמן ואביא הלוח לבית דין, אי ידעין היכן הוא יחזיר ליה זמן עד דאייתי. ואי לא ידוע, נותנין לו זמן ל' יום, ומשיביאנו לבית דין נפטר הערב, עד שישבע הלוח שאין לו. הביאו ערב שבת בין השמשות, ובמוצאי שבת ברח, לא נפטר הערב (טור).

1. אם אין הלוח כאן, צריך להודיעו.

דעת הסמ"ע: א. ב"ד מעצמן שולחין אחריו אם הוא במרחק ג' ימים. ב. אם הערב מבקש, שולחין אחריו אף במרחק של ל' יום. ג. אם אין ידוע היכן הוא, או שהוא במרחק יותר מל' יום, אין שולחין כלל. אך אם הערב מבקש נותנים לו זמן כפי צרכו. כמבואר ברמ"א.

דעת הש"ך: א. אם ידוע היכן הוא, והוא בתוך ל' יום, על המלוח להודיעו. ב. אם אינו ידוע היכן הוא, נותנים לערב ל' יום לטרוח. ג. אם ידוע היכן הוא, והוא רחוק יותר מל' יום, נותנים לו כפי צרכו.

2. אע"פ שאמרנו שצריך לתבוע את הערב תחילה, אם הלוח אלים ולא ציית דינא, או שהוא במדינת הים ואין לו כאן נכסים, יגבה מהערב תחילה. ואח"כ הערב יתבע את הלוח. **כן דעת הרמב"ם ורוב הראשונים. אולם, דעת הגאונים** הביאם הרשב"א בתשובה והסכים עמהם (אע"פ שבחידושו כתב להיפך), וכן דעת הראב"ד שאף באדם אלם צריך לתובעו לדין, קודם שיפרע מהערב. ומשמע שאף בהלך למדה"י חלקו, שאין נפרעין מהערב. וכן כתב המרדכי בפירוש, שלעולם המלוח צריך לטרוח ולחזור אחר הלוח.

הסמ"ע כתב בשם רבינו ירוחם שכשהמלוח אלם נפרעין מהלוח רק כשנעשה אלם אח"כ, אך אם היה אלם בשעת הלואה אין יכול ליפרע מהערב דאדעתא דהכי הלווהו. וכתב שכן עיקר, אע"פ שהב"י והדרכי משה חלקו עליו, וכתבו שאף

כשהיה אלם בשעת הלואה נפרע מהערב – דלא סמך אלא על הערב, ואפי' אם נכנס כערב רק לאחר מתן מעות. וכתב הש"ך שאם עשו ב"ד כפייה ועדיין קאי באלמותיה – לכו"ע נפרעים מהערב.

3. טען הערב תנו לי זמן ואביאנו לדין, נותנים לו זמן כדי צרכו. ואם הביאו לב"ד נפטר הערב, אע"פ שהלואה ברח ולא נשבע דכיון שפשע המלוה ולא השביעו, אין לו על הערב כלום, נתיבות. אולם אם הביאו וברח קודם שיכל להעמידו לדין, כגון שהביאו ע"ש ביה"ש וברח במוצ"ש, יכול לתבוע את הערב. וכן הסכימו הסמ"ע והש"ך לדינא.

כן כתב בעה"ת, הב"י הבין שמדובר כשערב לגופו של הלואה ולא לחובו, כיון שכתב שם שאם הלואה ברח לאחר שהביאו הערב, נפטר הערב. וכתב שלדינא זה לא נכון, כי א"א להיות ערב לדבר כזה כיון שאינו ערב לממון. **אולם, הרמ"א הביא זאת,** כיון שהבין שמדובר כשערב לחוב, וכיון שהמלוה במקום רחוק – אין ב"ד שולחין אחריו; ואפי"ה יכול הערב לבקש זמן כדי לטרוח ולהביאו לדין, כדי שישלם הלואה החוב. **והטעם שפטור הערב אם ברח הלואה לאחר שהביאו** – כתב הנתיבות שהוא מכיון שהמלוה פשע בכך שלא תבעו לדין, ולכן אין לו על הערב כלום, ולא מחמת שערב לגופו של לוח.

סעיף יא

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

1. אפי' אם יש ללוה נכסים במדינה אחרת, גובין מהערב. כן כתב הרשב"א בחידושו, ב"ב קעג:

סעיף יב

הא דכשהלואה במדינת הים נפרע מהערב בלי שיודיעו ללוה, דווקא כשהמלוה בשטר. אבל אם הוא מלוה על פה, לעולם אינו נפרע מהערב בלא הודאת הלואה, דחיישינן שמא פרעו, אלא א"כ הוא תוך הזמן. והוא הדין אם מת לוח, מלוה על פה אינו נפרע מהערב (המ"מ פכ"א ממלוה), אלא אם כן הוא תוך הזמן, או שהודה בשעת מיתתו, או שנידוהו מפני שאינו פורע חוב זה, ומת בנידויו.

הגה: טען הלואה שנתן דמי הפרעון לערב ליתנם למלוה, נשבע היסת ונפטר, במיגו דיכול לומר: פרעתי לך, נאמן גם כן לומר דפרע לערב, ונפטר בזה, דהא המלוה האמין לערב. ואם המלוה כופר ואומר שלא העמיד לו אותו ערב, נשבע הלואה שהעמיד לו הערב ושפרע לו, ונפטר בזה (תשובת מ"מוני סוף ספר שופטים סימן ג').

1. כשהלך הלואה למדה"י, אע"פ שגובין מהערב בלא לתבוע את הלואה, היינו דוקא במלוה בשטר. אך במלוה ע"פ – אין גובין מהערב קודם שיתבע הלואה ויודה שהוא חייב, דכיון שהלואה נאמן לטעון פרעתי, חיישינן לפרעון.

כ"כ הרמב"ם (פכ"ו, ה"ה), וכתב הה"ה שדין זה פשוט מסברא, שהרי אפי' מנכסיו אין גובין שלא בפניו, כשנאמן לטעון פרעתי. ואפי' בשטר אין גובין, אלא רק מחמת התקנה שלא יטול כל אחד מעותיו וילך למדה"י, ולכן לא חיישינן לשובר. (וכן כתב בפ"י ח"ב). **וע"פ זה כתב שאין הבדל בין לוח לקבלן,** דאף קבלן אינו חייב אם הלואה פרע.

אמנם, **הב"ח** הבין שהטעם הוא משום 'איני יודע אם נתחייבתי', ולכן צריך המלוה להביא ראיה שהלואה לא פרע והערב חייב לשלם. **ולכן כתב שבקבלן חייב לשלם,** כיון שזה 'איני יודע אם נפטרתי', שהרי ודאי נתחייב ואולי נפטר.

ובפתי"ש הביא בשם שו"ת 'ושב הכהן' סי' מב שאף ערב הוא 'איני יודע אם נפטרתי', אך סיבת הפטור כאן היא הגמ' בבכורות מח. שכל זמן שאינו יכול לתבוע את הלואה אינו יכול להוציא מהערב. וכיון שהלואה נאמן לומר שפרע, א"כ אינו יכול לחייבו לשלם, וא"כ הערב פטור, שהרי אתה לא יכול להוציא מהלואה. ועיין בהרחבות.

והגר"א כתב שהטעם מפני שטענין ללוה כשהוא לא כאן, שמא היה טוען פרעתי. שהרי מחמת זה אף הנפרע שלא בפניו בשטר, צריך לישבע (כשיטת רש"י בכתובות פז. וכתבנת הב"י בסי' קח. ולא כתבנת התוס' בשבועות מא. והנתיבות בקח ס"ק א שהוא דין בפני עצמו). וא"כ גם כאן טענין ללוה שפרע, וממילא הערב פטור, שהרי אין גובין מהערב אם הלואה פטור. ונראה שטענין ללוה ולא טענין לערב.

והסמ"ע כתב שהטעם הוא מפני ש'טענין' לערב, שמא פרע הלואה.

סיכום: בקבלן – דעת ה"ה והש"ך – פטור, דשמא פרע הלואה. ב"ח – חייב, ודווקא בערב חיישינן לפרעון.

אמנם, כשהלך למדה"י בתוך הזמן, נפרעין מהלוה דלא חיישינן שמא פרע בתוך הזמן.

2. וכן כשמת הלוה, במלוה ע"פ אינו נפרע מהערב, אא"כ מת תוך הזמן, או שהודה בשעת מיתתו, או שמתוהו ומת בשמתייה, כמבואר בסי' קח.

כשמת הלוה האם נפרעים מהערב? נחלקו הראשונים: הרמב"ן כתב שבכל ענין אין נפרעין, אפי' מערב קבלן. דכיון שחיישינן לצררי, א"כ אולי האבא פרע ונמצא שהערב לא חייב כלל. **והרא"ש כתב שבערב אין נפרעין** כיון שצריך לתבוע את הלוה תחילה, ואת היתומים א"א לתבוע א"כ א"א לתבוע את הערב. **ואילו הרמב"ם והשו"ע פסקו (סי' קי סעי' ג) כדעת הרשב"א שבכל ענין נפרעין מהערב,** וחשש צררי זה רק תקנה שלא גובין מקטנים כיון שאולי היו מוצאים שובר. וכאן הערב יכול לחפש ואולי ימצא שובר.

3. **אם טען שפרע לערב, האם נפטר בכך? רמ"א, סמ"ע – כן. ש"ך, ט"ז, ע"ש – לא.**

דעת הג' מיימוניות שכן, וכן פסק הרמ"א. והוכיחו כן מדין שליח שעשאו בעדים, שאם פרע לשליח נפטר מהמלוה. **והקשו עליהם הלבוש והמהרש"ל והש"ך והט"ז והפתי"ש שאין ענין זה לכאן?! כיון ששם המלוה ציוהו לפרוע ליד השליח,** ולכן נפטר בכך שפרעו. אולם, אצלנו אע"פ שסמכתי גם על הערב, אך הכסף לא הגיע לידי, ולא פרעת לי כלום, ולכן פשיטא שאע"פ שנאמן שפרע לידו במיגו דפרעתי לך, לא נפטר בכך. **והסמ"ע ביאר** טעמם שאם מסרו למי שהימניה הרי הוא כמוהו כמו שראינו בשומר שמסר לשומר, שאם הימניה לשני אינו חשוב כפושע. וצ"ע דאע"פ שלא הוי פשיעה בכך, אך סו"ס לא פרעת לידי!! **ועוד הקשה בט"ז** שכלל אינני סומך על הערב, ואינני מוסר לו את ממוני. אלא, שטובים השנים מן האחד, ולכן לא הסכמתי להלוות בלא ערב.

אמנם, הנתיבות כתב בשם התומים, שבקבלן כו"ע מודו שאם פרע לו פטור, כיון שהרי זה כשליח שעשאו בעדים; והסכים עמו לדינא.

4. לדעת הרמ"א, כשטען שפרע לערב והמלוה מכחיש שעשאו ערב, נשבע הלוה שעשאו ערב ושפרע לו ונפטר. במיגו שפרע למלוה.

סעיף יג

אין כל אלו הדברים אמורים אלא בשלא התנה המלוה עם הערב, אבל אם התנה עמו שיהא נאמן לומר שלא פרעו, הכל לפי תנאו.

יכול המלוה להתנות עם הערב, שיהיה המלוה נאמן לומר שלא פרעו הלוה, כמו שמועילה נאמנות לגבי הלוה עצמו; גר"א.

סעיף יד

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

1. **אם התנה עם הערב** שיוכל לגבות ממי שירצה, יכול לתבוע את הערב תחילה, ואפי' יש נכסים ללוה. **כדעת הר"י מיגש.** ויש חולקים שאפי' הכי אינו תובע את הערב תחילה, כשיש ללוה נכסים ידועים. והתנאי הועיל שאם אין לו נכסים ידועים אינו צריך לטרוח לתבוע הלוה. **וכן דעת ר"ת והרא"ש והרמב"ן והרשב"א והנמוק"י והרמ"ה. השו"ע פסק בסתם כר"י מיגש,** וכן נראית דעת הרמ"א שלא השיג. אולם, **הנתיבות חלק פסק כדעת רוב הראשונים.**

בפשט הגמ' נראה כדעת ר"ת ורוב הראשונים, כיון שהגמ' (קעג): אומרת: "ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה כו'. אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: לא שנו אלא שאין נכסים ללוה, אבל יש נכסים ללוה - לא יפרע מן הערב וכו' חסורי מחסרה והכי קתני: המלוה את חבירו על ידי ערב - לא יפרע מן הערב, ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה - יפרע מן הערב; במה דברים אמורים - בשאין נכסים ללוה, אבל יש נכסים ללוה - לא יפרע מן הערב; וקבלן, אף על פי שיש נכסים ללוה - יפרע מן הקבלן". מבואר בגמ' שאע"פ שהתנה עמו שיפרע ממי שארצה, לא מהני אלא כשאין נכסים ללוה. אלא שא"כ מה ההבדל בין זה לערב רגיל? ביאר ר"ת שבערב רגיל צריך המלוה לתבוע לדין את הלוה, ורק לאחר שבי"ד לא ימצאו ממה לגבות לו - ילך אל הערב. אולם, כאשר התנה עמו, אם יש ללוה קרקעות הידועות לו - אז צריך לתבוע; אולם, אם לא ידוע לנו שיש לו קרקעות, אע"פ שאולי יש לו המלוה לא צריך לטרוח ולחפש אלא הוא הולך ותובע לערב ישירות.

אולם, הר"י מיגש ביאר שאם התנה ע"מ שאפרע ממי שארצה, יכול לתבוע את הערב תחילה אפי' כשיש נכסים ידועים ללוה. ופירש דברי הגמ' "במה דברים אמורים בשאין נכסים ללוה", שקאי ארישא, דהיינו על הדין ש'המלוה את חברו

על ידי ערב לא יפרע מן הערב תחילה, דמשמע שאם תבע את הלוה יכול לגבות מהערב, קמ"ל שאם יש נכסים ללוה אינו גובה מהערב. וזה דחוק בלשון הגמ', וגם בסברא מאי קמ"ל? מה התחדש ביבמה דברים אמורים הללו? הרי לכאוי זה הפשט של 'לא יתבע את הערב תחילה' שכל זמן שיכול לגבות מהלוה, לא ילך לערב! וצ"ל שכוונתו שהייתה הו"א שרק אם יש ללוה מעות צריך לגבות ממנו תחילה, אך אם יש לו נכסים יכול לתבוע לערב. קמ"ל שלא.

הרמב"ם פסק כר"י מיגש (לפי הגירסא שלנו), וכתב התרומות שמסתברא כוותיהו. וכן פסקו השו"ע והרמ"א לדינא.

2. אם התנה בפירוש 'ממי שארצה אפרע תחילה', מהני לכו"ע. אמנם הרשב"א חלק אף בכה"ג, וכתב שאע"פ שכל תנאי שבממון קיים, 'הני פטומי מילי בעלמא נינהו'. וכתב הנמוק"י שנראית דעת החולקים.

סעיף טו

קבלן, לעולם יפרע ממנו תחלה אם ירצה, אפילו יש נכסים ללוה, אלא אם כן הלוה רוצה לפרעו (נ"י סוף ב"ב והרשב"א ר"פ הניזיקין). ואין הלוה נאמן לומר: פרעתי, דהוה ליה לקבלן להתנות (מרדכי סוף פ' ג"פ). (ונ"ל דהמלוה נשבע ונוטל).

1. אם נכנס כערב 'קבלן', יכול לתבוע תחילה אע"פ שיש ללוה נכסים. דאין הלכה כרשב"ג. אולם אם הלוה רוצה לפרוע, אינו יכול לתבוע לקבלן. ואע"פ שהלוה רוצה לפרוע מזיבורית ולקבלן יש בינונית, סמ"ע בשם הרשב"א.

ב"ב קעג: "חסורי מחסרא והכי קתני: המלוה את חברו על ידי ערב - לא יפרע מן הערב, ואם אמר על מנת שאפרע ממי שארצה - יפרע מן הערב; במה דברים אמורים - בשאין נכסים ללוה, אבל יש נכסים ללוה - לא יפרע מן הערב; וקבלן, אף על פי שיש נכסים ללוה - יפרע מן הקבלן; רבן שמעון בן גמליאל אומר אם יש נכסים ללוה - אחד זה ואחד זה לא יפרע מהן. אמר רבה בר חנה אמר ר' יוחנן: כל מקום ששנה רשב"ג במשנתו - הלכה כמותו, חוץ מערב וצידון וראיה אחרונה".

2. האם הלוה נאמן לומר פרעתי? דעת הרמ"א שלא, דהקבלן הפסיד בכך שלא התנה ואין הלוה צריך לשלם לו, והמלוה נשבע ונוטל. דלא כמו בערב לעיל בסעי' ח. ודעת הש"ך שנאמן הלוה כמו בערב רגיל ופטור הקבלן שכן דעת הרב המגיד והתרומות, וכן מוכח מדברי הטור והמחבר בסי' קל סעי' א.

סעיף טז

מלוה שבא לגבות מהקבלן, ואין שטרו בידו, וטען שאבד, ולוה מודה שלא פרעו, וקבלן טוען: שמא פרעך הלוה וקרע שט"ח, יש מי שאומר שהדין עם הקבלן.

1. מלוה שבא לגבות מהקבלן בלא שטר, וטען שאבד שטרו והלוה מודה שלא פרע, יש מי שאומר שהקבלן נאמן לומר **שמא** פרע הלוה וקרע שטרו. כ"כ הרשב"א בתשובה. אך אם הלוה טוען שפרע, לכו"ע פטור הקבלן.

סעיף יז

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

סעיף יח

אבל אם אמר לו: הלוה ואני ערב הלוה ואני פורע הלוה ואני חייב הלוה ואני נותן הלוה ואני קבלן תן לו ואני ערב (תן לו ואני פורע) תן לו ואני חייב ליתן לך, ואפילו אמר: תן לו ואני קבלן, כולם לשון ערבות הם. הגה: ויש אומרים דתן לו ואני קבלן, הוי קבלן (הרא"ש ורשב"א סוף ב"ב וטור), וכן נראה להורות. ושטר שכתוב בו: פלוני קבלן, הוי ערב קבלן, דודאי בלשון המועיל קאמר (טור בשם הרא"ש והמגיד פכ"ה דמלוה ותוספות).

1. איזהו קבלן? דוקא אם אמר 'תן לו ואני נותן לך'. ולאחר מתן מעות יאמר 'מה שנתת לו אני אתן לך', ויעשה על כך קנין.

ב"ב קעד. "אמר רב הונא: הלוה ואני ערב, הלוה ואני פורע, הלוה ואני חייב, הלוה ואני אתן - כולן לשון ערבות הן; תן לו ואני קבלן, תן לו ואני פורע, תן לו ואני חייב, תן לו ואני אתן - כולן לשון קבלנות הן. איבעיא להו: הלוה ואני קבלן, תן לו ואני ערב, מאי? אמר ר' יצחק: לשון ערבות - ערבות, לשון קבלנות - קבלנות. רב חסדא אמר: כולן לשון

קבלנות הן, בר מהלוהו ואני ערב. רבא אמר: כולן לשון ערבות הן, בר מתן לו ואני נותן". הרמ"ה פסק כרב הונא; אולם הר"ף והרא"ש והרמב"ם פסקו כרבא. והטעם מפני שדוקא כשאמר 'תן לו ואני נותן' שניהם לשון מתנה, ומשמע כאילו הוא עצמו קיבל מיד המלוה.

2. 'תן לו ואני קבלן' – דעת השו"ע שהרי הוא ערב רגיל, ודעת הרמ"א דהוי ערב קבלן. הרשב"ם והרא"ש כתבו דהוי לשון קבלנות, והתוס' כתב דלא הוי אלא ערב, וכ"כ הר"ף וכתב הב"י שכן נראית דעת הרמב"ם. השו"ע פסק כתוס' והר"ף והרמב"ם, והרמ"א כרא"ש והרשב"ם.

3. בלשון לעז צריך שלא יזכיר לשון הלואה ולשון פרעון. כן איתא בתוס' ובמרדכי. וכן הסכימו הש"ך והסמ"י.

4. שטר שכתוב בו 'אני פלוני קבלן', מהני כיון שודאי כוונתם להעיד שבלשון המועיל אמרו. כ"כ הרא"ש, ודלא כבעה"ת שפסק שלא מהני, דאולי אמר בלשון שלא מועילה. וכתב הש"ך שמהרשד"ם פסק כבעה"ת.

סעיף יט

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

1. **אם נשא ונתן ביד** – אינו יכול לתבוע אלא את הקבלן. ואם אין לו, גובה מהמלוה מדרכי נתן. גמ' שם: "ולא היא, לא מיפטר לוח מיניה דמלוה עד שישא ויתן ביד".

דוקא כשלקח בסתם או בשם עצמו. אך אם לקח בשליחות המלוה או הלוה, לא הוי כנו"נ ביד. **וכן במו"מ** אם כבר קנה הלוקח החפץ, אע"פ שלקח הקבלן החפץ מהמוכר ונתנו ללוקח, לא הוי כנו"נ ביד, שהרי נתן לו את מעותיו שלו, נתיבות.

2. **האם יכול הקבלן למחול ללוה?** בשו"ע מבואר שיכול למחול, שהרי כתב שאם מחל הקבלן ללוה, אין המלוה יכול לגבות ממנו. **וקשה** הרי בסי' פו סעי' ה פסק שכאשר יש שעבודא דר"נ אינו יכול למחול!?

דעת הסמ"ע – שכל זמן שלא נודע שאין לקבלן נכסים, לא חל דינא דר' נתן, ולכן יכול הקבלן למחול באותה שעה. דעת הש"ך – שדינא דר' נתן חל משעה ראשונה, ואע"פ שלא נודע עדיין שאין לו נכסים, ולכן לא יכול למחול. וחלק על דברי השו"ע כאן, וכתב שהם רק לשיטת הראשונים הסוברים שיכול למחול ולא קי"ל כוותיהו.

התומים תירץ, שאף כשנשא ונתן ביד, הוא עדיין בגדר ערב, ולכן כל זמן שלא פרע הקבלן עבור המלוה, לא נתחייב המלוה לשלם לו. ולכן יכול הקבלן למחול קודם שיפרע עבור המלוה, שהרי עדיין לא חל דינא דר' נתן כלל. ומה שיכול המלוה לתבוע את המלוה כשאין לקבלן, היינו מחמת שאנו מלמדים אותו לומר 'הריני כאילו התקבלתי מהקבלן ולזקוף עליו במלוה, וא"כ מעכשיו נתחייב המלוה לקבלן שהרי פרע עבורו, ויכול המלוה לתבוע את המלוה מר' נתן ושוב לא יוכל הקבלן למחול לו. אולם, אם מחל הקבלן קודם לכן מהני, שהרי עדיין לא נתחייב לו כלל.

והקצות חלק, שכל זה נכון בקבלן רגיל, אך כשנשא ונתן ביד אינו כלל ערב, אלא כאילו הוא המלוה של המלוה, והוא מלוה של המלוה השני, וא"כ משעה ראשונה חל דינו של ר' נתן, ושוב אינו יכול למחול!

והנתיבות הסכים עם התומים, שאף כשנשא ונתן ביד הוא עדיין ערב, ולא מתחייב המלוה לשלם לקבלן אא"כ יפרע עבורו. והביא ראיה שאם המלוה גר ומת נפטר הקבלן, המלוה פטור מלשלם לקבלן, דע"כ לא נתחייב לשלם לו אא"כ יפרע עבורו. אלא שכשנשא ונתן ביד, ההגדרה היא שהמלוה מסתלק מהמלוה כלל, ואין לו דין אלא על הקבלן. אלא, שהסכים עם הש"ך שא"א למחול מטעם אחר, שכיון שהקבלן יכול לכפות את המלוה לשלם כשיש לו נכסים, אע"פ שהמלוה אינו יכול לכופו. א"כ מדר' נתן יכול המלוה לכופו את המלוה על כך, כשאין לקבלן נכסים, שהרי המלוה קיבל את כוחו של הקבלן מדר' נתן.

3. **האם ערב שנשא ונתן ביד, דינו כקבלן?** השו"ע פסק בשם יש מי שאומר שכן. זו דעת הרא"ש שאין לחלק בין ערב לקבלן בהך, דהא הטעם מפני שהרי זה כאילו הוא לוח והלוה לחברו. אולם, הרמ"ה כתב שדין זה נכון דוקא בקבלן, אך ערב שנשא ונתן ביד דינו כערב רגיל. וכתב הב"י שכן נראית דעת הרמב"ם.

סעיף כ

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

1. ערבות וקבלנות, היינו דוקא כשביקש הלוה שילונו, ונכנס הערב בעדו. אך אם מלכתחילה אמר הערב למלוה שילוה ללוה, בלא שדיבר עמו הלוה קודם, אין למלוה על הלוה כלום, אלא על הערב. כן כתב הרא"ש.

סעיף כא

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

1. אם מכר הלוה כל נכסיו, יכול המלוה להוציא מלקוחות, ולא יוכלו לומר לו 'הנחנו לך מקום לגבות מן הקבלן'. כ"כ התרומות, כיון ששעבוד המלוה חל על נכסי הלוה ועל נכסי הקבלן, וא"כ בנכסי הלוה לא הניחו לו מקום לגבות.

2. והוא הדין בשנים שנעשו אחראין זה לזה, ומכר האחד נכסיו, שיכול להוציא מהלקוחות. לדעת הרמב"ם בשנים שערבו לא שיכול לגבות מאיזה מהם שירצה – פשיטא. ואף לדעת הראב"ד שאינו גובה מכל א' אלא החצי, אך כאן שנעשו קבלנים מודה שיכול לגבות מא' הכל, ולכן יכול להוציא מהלקוחות.

3. ודוקא בקבלן רגיל, אך בקבלן שנשא ונתן ביד, אינו יכול לגבות מהלקוחות של הלוה, שהרי לא חל שעבודו אלא על הקבלן. אא"כ אין נכסים לקבלן דאז מדרי' נתן גובה מהלוה.

סעיף כב

הערב והקבלן אין טורפין ממשעבדי דלוה, עד שימסור לו המלוה שטר חוב ויקנהו לו דרך קנין שטרות, כי היכי דלא ליהוי תביעה על פה. הגה: מי שנדר שטר לחבירו שיערב בעדו, אם קבל קנין ליתן לו שטר, חייב כפי מה שקצב. ואם לא קבל קנין, אין צריך ליתן לו שטר באמירה בעלמא (הרא"ש כלל ס"ד סימן ג').

1. הערב והקבלן שפרעו עבור הלוה, אינם יכולים לגבות מהמשועבדים של הלוה, דלא הוו אלא כמלוה ע"פ. אא"כ מסר להם המלוה השטר כדרך קנין שטרות, דאז קנו את שעבוד השטר.

2. מי שנדר שטר לחברו בשביל שיכנס ערב בעדו, לא קנה באמירה בעלמא כדין שכירות רגילה, אא"כ עשו קנין מפורש, דערבות אינו דבר שלוקחין עליו שטר. כ"כ הרא"ש והביאו הרמ"א.

במקרה זה קנין מהני להתחייב לכו"ע, אף לדעת הרשב"א באה"ע קסט לגבי חליצה שאפי' קנין לא מהני, שאני התם דאיכא אונס משא"כ הכא, **קצות**. ודלא כתומים שכתב שאף כאן קנין מהני רק לדעת הרא"ש, ולא לדעת הרשב"א.

ובלא קנין לא התחייב כלום, אף לא כפי הראוי לו. כן מפורש ברא"ש בתשובה, ודלא כתומים שכתב שכוונת הרמ"א דווקא יתר מכדי שכרו, אך בכדי שכרו חייב לשלם לו. קצות. הרא"ש דימה זאת לדין של 'טול דינר והעבירני' שיכול לומר משטה אני בך ולכן אין לו אלא שכרו. ומינה למד התומים שאף הכא אין לו אלא שכרו. אולם, בדבריו מפורש שאין לו כלום, ולכן ביאר הקצות שכוונתו שכיון שאין נותנים שכר על ערבות, א"כ הכל הוא יותר מכדי שכרו, ולכן לא חל חיוב כלל. ורעק"א הביא משו"ת של ר' יונתן אייבשיץ שטעמו מפני שבזמננו דרך לקצוב שכר על הערבות, ולכן כפי שכרו חייב לשלם לו.

הרחבות:**א. מקור דין ערב**

יש לשאול: מדוע רב הונא מתקשה מנין לערב שמשעבד, עד כדי כך שהוא צריך פסוק? וכי אין אדם יכול להתחייב לחברו ממון על תנאי? אלא שנראה פשוט שאפשר להתחייב ממון, אך צריך לעשות על כך מעשה קנין, ולכן שואל רב הונא מנין למדנו שערב משעבד בלא קנין. וכן כתב הרשב"ם שם "מנין לערב דמשעבד. באמירה בעלמא בלא קנין". ועל כך הגמ' עונה שלמדנו זאת מיהודה, ודוחה ומביאה פסוק ממשלי. ונראה פשוט שכוונת הגמ' לומר שמכך שהתורה משתמשת במושג ערבות אצל יהודה, אע"פ שלא מדובר שם ממש על ערבות ממונית, אך זה 'גילוי מילתא' שהתורה מכירה בדבר הזה שנקרא ערבות, וגם מדין תורה יש לו תוקף. (שהרי ערבות זה דבר שקיים גם בד"א האנושית, ולא חידוש שהמציאה התורה, אלא שהתורה נותנת לו תוקף). וא"כ למדנו שערב משעבד גם בלא קנין.

אמנם, אמימר מבין שאע"פ שהאמירה עצמה היא הקנין, ואין צורך למעשה נוסף, אך יש כאן חיסרון נוסף של אסמכתא. אולם, רב אשי דוחה ואומר שכיון שיש כאן הנאה לערב, אין בכך אסמכתא. ולמדנו מכאן חידוש, שאם יש הנאה אין חיסרון אסמכתא. (אמנם, הראשונים כתבו שדוקא אסמכתא כעין ערב שאינה אסמכתא ממש, מהני הנאה כדי להתגבר עליה, אך לא אסמכתא גמורה).

וא"כ צריך לשאול: מדוע באמת ערב משעבד בלא קנין? על כך מצאנו כמה שיטות בראשונים:

א. אפשר לומר שלעולם צריך מעשה קנין, ובערב התחדש שאע"פ שהערב לא עשה מעשה בעצמו, אך המעשה שנעשה בין הלוח למלוה עולה לו, וזה נחשב כאילו הוא עשה את המעשה בעצמו. וטעם הדבר שהרי המלוה לא סומך על הלוח אלא על הערב, וכשהוא מלוה ללוח בערבות הערב, כביכול הוא אומר לערב: אני מלוה לך, ואתה מלוה ללוח, אלא שיהפוכי מטרייתא למה לי? ולכן אני נותן את הכסף ישירות ללוח. אך בעצם אנו רואים כאילו הערב עשה בעצמו את מעשה הקנין שנעשה כאן. כך נראית דעת התוס', שכתבו בב"מ (בדף נז: , ובדף עא:) שאם אדם נתן לחברו כסף בהלוואה, ואמר לו תפרע לנכרי את ההלוואה בריבית, הרי זה אסור מדאורי, דכשנותן הלוח לנכרי הריבית הרי זה כאילו הערב קיבל את הריבית.

תוס' למדו זאת מהגמ' בקידושין ז'. שיתן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב, ואע"פ שחל כאן קנין ערב אך האשה לא קיבלה כלום ובמה התקדשה? למדו התוס' שבעצם כל ערב זה כאילו הוא קיבל את הכסף שמקבל הלוח, ולכן כשהוא נותן לפלוני מנה ע"פ ציוויה, הרי זה כאילו הוא נתן לה, והיא מקודשת בכך שהיא כאילו קיבלה מנה.

ב. אך היה אפשר ללכת צעד נוסף קדימה, ולומר שבאמת בערב התחדש שאין צורך במעשה קנין. צריך לשאול מדוע בכלל צריך מעשה קנין, מדוע לא מספיק להתחייב באמירה בעלמא? כיון שיש הבדל בין גמירות דעת של אמירה בעלמא, לגמירות דעת של אמירה המתבטאת במעשה בפועל; שכאשר יש כאן מעשה הרי זה מלמדנו שהוא גמר בדעתו בצורה מאד רצינית עד כדי כך שהוא ביטא אותה במעשה.

ממילא, בערב כיון שאתה יודע שהאמירה שלך כ"כ רצינית, עד כדי כך שהוא סומך על דיבורך ונותן את כספו לשני, הרי זה מחייב אותו. דהיינו, כיון שהאמירה שלך גורמת שאנשים אחרים עושים מעשים רציניים, הרי זה כאילו אתה עשית מעשה, כלומר בעצם אין צורך במעשה, והאמירה לבדה היא מספיק רצינית כדי להחיל עליך התחייבות. וכך משמע דעת הרמב"ם, כיון שבהלכות מכירה (פרק יא הלכה טו) כתב שאפשר להתחייב באמירה בעלמא בלא קנין, כשאומר בפני עדים 'הריני חייב לפלוני מנה' ואע"פ שכולם יודעים שהוא לא חייב לו כלום, כמו שמשעבד הערב. ומשמע שהוא מבין שגם בערב עיקר החיוב זו האמירה, וכשהוא יודע שהאמירה שלו היא רצינית והוא רוצה להתחייב בה, היא מחייבת אותו כאילו עשו עליה קנין.

אמנם, מלבד זאת יש בערב גם הנאה, שהיא פוטרת את האסמכתא, אך לא ההנאה היא המחייבת, אלא האמירה הרצינית היא מחילה את הקנין. אמנם, באשה לא מספיקה אמירה רצינית כדי להתקדש, כיון שצריך קנין כסף או שטר או ביאה, ולכן באשה כותב הרמב"ם שהיא מתקדש מכח ההנאה שנעשה רצונה, שזה קיים בכל ערב, אלא שלא זה המחייב בדיון ערב. ומדוע זה לא מחייב את הערב? כיון שא"א לקבל הנאה שהיא שווה פרוטה ולהתחייב עבורה מנה, זה לא מועיל בגדרי קנין כסף, אלא זה מועיל מדיני קנין ערב שכיון שיש לו הנאה קטנה הוא באמת גומר בדעתו להשתעבד לחברו באמירתו בעלמא בלא קנין כלל. וכך ראיתי שביאר האבן האזל ברמב"ם (הל' אישות פ"ה).

ג. אמנם, דעת הריטב"א שערב משעבד מכח ההנאה שהוא מקבל, שכיון שהוא מקבל הנאה ששמו עליו ונתנו לחברו מנה, הוא מוכן לשעבד עצמו עבור המנה הזה. אלא שקשה כיון שפשוט הגמ' בב"ב שהצורך בהנאה נועד רק כדי לפטור את בעיית האסמכתא, ולא כדי ליצור את הקנין? על כך משמע בריטב"א שבהתחלה הבנו שההנאה היא שווה פרוטה ותמורתה הערב משעבד, והיה צורך ללמוד זאת בדרך אסמכתא מהתורה, כיון שיש כאן חידוש שתמורת שווה פרוטה אפשר להתחייב מנה. אלא שעדיין הייתה לנו בעיה של אסמכתא, ועל כך תירץ רב אשי שבעצם ההנאה שנעשה רצונה אינה שווה רק פרוטה, אלא היא שווה כדי כל החוב! ולכן אין כאן חיסרון של אסמכתא שלא קניא.

נמצא לדבריו שלא חידשנו קנין חדש, אלא קנין ערב זה מגדרי קנין כסף, שתמורת זה שהאדם קיבל הנאה שהיא שווה ממון הוא יכול להתחייב לשלם לחברו אם הלוח לא יפרע עבורו. אלא שהחידוש הוא שההנאה של הערב שווה כדי החוב של הלוח, ולכן הוא מתחייב כדי כל החוב. וכך הם דברי הריטב"א בקידושין ז': "ערב לאו אע"ג דלא מטי הנאה לידיה. פ"י לאו למימרא דלא מטי ליה שום הנאה דאם כן במאי משעבד, אלא לומר דאע"ג דלא מטי לידיה הנאת המעות שהוציא המלוה ולא הגיע לידו של ערב לא כסף ולא שווה כסף, אפילו הכי משעבד בהנאה דמטי ליה שהלוח לזה על אמונתו, דהנאה בכל דוכתא חשובה ככסף".

ד. **הקצות** מבין שערב משתעבד מדיני שליחות, שכביכול המלוה הוא שלוחו של הערב, וכיון שעשה שליחותו שהלוה לחברו, נתחייב המשלח לשלם לשליח את מעותיו, אם לא יחזירם הלוה. ולכן ביאר שאין חיסרון של אסמכתא בערב, כיון שהחוב הוא מדיני שליחות, ואין זה התחייבות סתם. **הנתיבות** הבין שמדובר כאן על שליחות גמורה, והתקשה הרי זה מועיל גם שלא בשעת מתן מעות בקנין, שודאי לא שייך שם שליחות, שהרי ההלואה כבר נעשתה!:

ב. אסמכתא בערב

הגמ' שאלה מדוע ערב (בשעת מתן מעות) משתעבד והרי אסמכתא לא קניא? ותיירץ רב אשי ש"בההוא הנאה דקא מהימן ליה - גמר ומשתעבד נפשיה". ומבואר שההנאה שיש לערב מתגברת על חיסרון האסמכתא. אך לכאוף זה נכון רק בשעת מתן מעות, שחברו סמך עליו והלוה לשני, אך בערב שלא בשעת מתן מעות אע"פ שעשו קנין, אך זה אסמכתא? ולכאוף א"א לתירץ בההיא הנאה שהרי חברו לא סמך עליו והלוה על פיו, וא"כ מדוע זה מועיל?

הסמ"ע והט"ז הבינו שאף זה שאתה סומך עלי ולא תובע אותו לשלם עכשיו, זה נחשב הנאה מספיקה כדי שלא יחשב כאסמכתא. (אלא שודאי שאין זה הנאה שמספיקה כדי ליצור קנין ערב אליבא דהריטב"א).

אולם, **הב"י** בס"י קיג אות ד, מביא את **דברי הרמב"ן** שבאסמכתא גמורה לא מועילה הנאה או קנין כדי להתגבר עליה, ומה שמועיל קנין בערב או הנאה זה מפני שערב אינו אסמכתא גמורה, ולא ביאר מדוע אין זה אסמכתא גמורה? ונראה שאסמכתא זה דווקא בדבר של גזמא, דהיינו דבר שאין הגיון מדוע אתה מתחייב אותו. לדוגמ' 'אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי', שהיה מספיק לומר 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא', וכיון שהגזמת אנו אומרים שודאי אין כוונתך להתחייב אלא כוונתך להראות כמה אתה בטוח בכך שלא תוביר את הקרקע; אך באמת אם הוברת אותה אינך חייב כלום. אך בערב זה לא כך, דאע"פ שאתה לא מקבל שקל מהמלוה, אך סו"ס אתה רוצה שהוא יוציא מכיסו מנה ויתן לחברך, ואתה מבין שלולי שאתה תיכנס כערב ותתחייב לשלם לו אם הלוה לא יפרע, הוא לא ילוה לו. וכיון שכן ודאי שהאדם מוכן להתחייב לשלם אם הוא לא יפרע, אלא שזה קצת דמי לאסמכתא, שהרי אם תדע בודאות שהוא לא יפרע אתה לא תתחייב. אך זה לא אסמכתא גמורה, ולכן כיון שיש כאן הנאה, או כאשר תעשו מעשה קנין גמור, אנו אומרים שודאי התחייבת בלב שלם ונפש חפצה.

אמנם, **הריטב"א** כתב שזה לא אסמכתא גמורה, כיון שהוא תולה בדת אחרים, דבכה"ג לחלק מהראשונים לא הוי אסמכתא, ולכן בכה"ג מועילה הנאה או קנין כדי להתגבר על חיסרון האסמכתא.

הרחבה לסעיף ד

ג. האם מועילה ערבות בשטר או שצריך קנין נוסף?

הרמב"ן כתב על דברי הגמ' (ב"ב קעה:): 'ערב היוצא לאחר חיתום שטרות גובה מנכסים בני חורין', שנראה לו שמדובר שלא עשו קנין על הערבות, ואע"פ שערב לאחר מתן מעות בעי קנין, וכאן מדובר לאחר מתן מעות: אך כיון שהערב נכתב בשטר, השטר חשוב כקנין. כמו שק"ל לדינא בגמ' בכתובות קב. שהכותב לחברו בשטר 'חייב אני לך מנה' חייב לשלם לו, ואע"פ שלא היה חייב לו קודם, אך כיון ש'אלימא מילתא דשטרא' - הכתיבה בשטר חשובה כקנין ומחייבת אותו במנה. ע"פ זה מדמה זאת הרמב"ן שאף שצריך לעשות קנין כדי להיות ערב, הכתיבה בשטר חשובה כקנין ומחילה את חיוב הערבות.

ולכאוף מוכח כן בגמ' שם, כיון שר' יוחנן וריש לקיש נחלקו בדין זה, שר' יוחנן מחייב וריש לקיש פוטר, ואומרת הגמ' שם: "אמר רבא, כתנאי: ערב היוצא אחר חיתום שטרות - גובה מנכסים בני חורין, מעשה בא לפני רבי ישמעאל ואמר: גובה מנכסים בני חורין, אמר לו בן ננס: אינו גובה לא מנכסים בני חורין ולא מנכסים משועבדים, אמר לו: למה? אמר לו: הרי שהיה חונק את חברו בשוק, ומצא חבירו ואמר לו הנח לו ואני אתן לך - פטור, שלא על אמונתו הלוהו; לימא, **רבי יוחנן דאמר כרבי ישמעאל, וריש לקיש דאמר כבן ננס!** אליבא דבן ננס כ"ע לא פליגי, כי פליגי - אליבא דרבי ישמעאל, רבי יוחנן כרבי ישמעאל, וריש לקיש: עד כאן לא קאמר רבי ישמעאל התם - אלא דשייך ליה לשיעבודא דאורייתא, אבל הכא לא שייך שיעבודא דאורייתא".

ולכאוף מה הקשר בין המשנה שלנו למח' של ר"י וריש לקיש?! הרי הם נחלקו האם אלימא מילתא דשטרא וחשיב כאילו עשו קנין, ואילו ר' ישמעאל ובן ננס נחלקו האם אפשר להיכנס כערב לאחר מתן מעות?! שהרי לבן ננס אפי' עשו קנין לאחר מתן מעות לא מהני?! והרי הגמ' גם למסקנא מבינה שר' יוחנן לא יכול לסבור כבן ננס, וזה תמוה כיון שלכאוף אין שום קשר!:

מתרצים התוס' (שם ד"ה אליבא) שהגמ' מדייקת ממח' של ר' ישמעאל ובן ננס, שמלבד מה שנחלקו בשאלה האם אפשר להשתעבד לאחר מתן מעות בקנין, נחלקו גם בשאלה האם אלימא מילתא דשטרא או לא. שהרי אם היו חולקים רק בדין ערבות, א"כ מדוע דיברו על ערב לאחר חיתום שטרות, היו חולקים ישירות בדין ערבות שלאחר מתן מעות?! אלא מכך שדיברו בתחילה על שטר ואח"כ עברו לחנוק וקנו מידו, מוכח שנחלקו בתרתי! ולכן ודאי שר"י לא יכול לסבור כבן ננס, כיון שלבן ננס שטר לא מועיל להיחשב כקנין. וממילא למדנו מכאן כדברי הרמב"ן, שערב בשטר לא בעי קנין, כיון שעצם השטר חשיב כקנין!

אמנם, **רש"י ותוס'** ביארו שהסוגיא שם דיברה על הודאה בשטר ולא על התחייבות, וערב היוצא לאחר חיתום שטרות, היינו שהוא מודה בשטר שנעשה ערב בקנין, אך א"א להתחייב בשטר כשאין חיוב. אך **הרמב"ם** ו**רוב הראשונים** ביארו

שמדובר על התחייבות, וא"כ לכאוף מוכח משם ששטר חשיב כקנין, וא"כ מדוע אצלנו פסקו שערב בשטר צריך קנין מלבד השטר?!

כתבו הסמ"ע והש"ך שאע"פ שכתובה בשטר חשובה כקנין, ולכן אין צורך לעשות מעשה קנין חוץ מהכתובה בשטר. אך בערב יש חיסרון נוסף של 'אסמכתא', ואע"פ שבד"כ בערב לאחר מתן מעות מעשה הקנין מתגבר גם על חיסרון האסמכתא, אך זה דווקא בקנין גמור, אך כאן אע"פ שהשטר הרי הוא כקנין, אך הוא לא קנין ממש ולכן הוא לא מהני לפטור את האסמכתא, וצריך קנין מפורש.

אלא שקשה, שהרי לכאוף הגמ' הבינה שזה מועיל אף בערב, שהרי הוכיחה מהמשנה שלנו שאע"פ שלא עשו קנין אלא רק כתבו בשטר הוא מתחייב, ואם בערב צריך קנין חוץ מהשטר, א"כ אין ראיה מדברי ר' ישמעאל ששטר מועיל כקנין, שהרי ר' ישמעאל דיבר שעשו קנין מלבד השטר?!

הש"ך תירץ שהגמ' הבינה שהמשנה דיברה גם אליבא דמ"ד אסמכתא קניא, וא"כ לדידיה מדובר שלא עשו קנין, ואפ"ה סבר ר' ישמעאל שהוא מתחייב כערב, כיון שהשטר חשיב כקנין. וא"כ יש לנו ראיה לר' יוחנן, ואע"פ שלמ"ד אסמכתא לא קניא צריך קנין, אך זהו צורך צדדי, ואף הוא מודה שאת עצם ההתחייבות כשאין בעיה של אסמכתא, השטר מועיל כקנין, שהרי לא נחלק בזה על מ"ד אסמכתא קניא. וכן מוכח שכן ננס סובר ששטר אינו כקנין, שהרי אף למ"ד אסמכתא קניא הוא סובר ששטר לא מועיל להתחייב כערב, ואע"פ שאין חיסרון של אסמכתא? אלא מוכח שכן ננס סובר ששטר אינו חשוב כקנין, ואילו ר' יוחנן סובר ששטר חשיב כקנין. (כן ביאר הנהיגות בדבריו).

אך לכאוף קשה על דברי הט"ז, שהרי לשיטתו גם בערב שלא בשעת מתן מעות יש הנאה, והיא מתגברת על חיסרון האסמכתא, אלא שצריך לעשות קנין כדי להתחייב כערב. וא"כ גם ערב בשטר הוי קנין כדי להתחייב, ואת חיסרון האסמכתא נפטור עם ההנאה. וא"כ קשה מדוע לדעת הרמב"ם לא מהני שטר בערבות? וצ"ע.

הרחבה לסעיף ח

ד. האם אפשר לתבוע מהערב כשא"א לגבות מהלוה?

הרמ"א פסק ע"פ דברי הב"י שאם הלוה כופר בהלוואה, והערב מודה שהייתה הלוואה חייב הערב לפרוע, שהרי כל האומר 'לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי', והרי זה כאילו הודה הלוה שלא פרע.

לכאוף דין זה קשה מהגמ' בבכורות מח. "א"ר ירמיה: זאת אומרת, שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקחו שדה בשותפות - בעל חוב גובה אותה מהם, דאמר ליה, אי בדידך מסיקנא - מנתא דידך קא שקילנא, ואי בחברך מסיקנא - מנתא דחברך קא שקילנא. אמר רבא: מכדי, נכסי דבר איניש אינון ערבין ביה, מי איכא מידי דלדידיה לא מצי תבע ליה, ולערב מצי תבע ליה: והתנן: המלוה את חברו על ידי ערב - לא יפרע מן הערב, וק"ל: דלא יתבע מן הערב תחילה". **וכן נפסק לדינא בשו"ע סי' מט סעי' י:** "נמצא שהערב לשני יוסף בן שמעון, בין לשני מלוים בין למלוה אחד, כשם שאינו יכול לתבוע מהן, כך אינו יכול לתבוע מהערב".

וא"כ לכאוף גם אצלנו כיון שא"א לחייב את הלוה לשלם, שהרי הוא מכחיש שהוא לוח, א"א לחייב את הערב? ולכן **הש"ך והב"ח** כתבו שבאמת הערב פטור בכח"ג. ודינו של הרמ"א נאמר רק כשהלוה היה גוי, כמו הנידון של תרוה"ד, ומטעם שכיון שבדיניהם נפרעים מהערב אף קודם שהלוה פורע, א"כ ערב לגוי הוא כקבלן ולכן הוא חייב לשלם אע"פ שהלוה מכחיש. כיון שהדין של הגמ' בבכורות נאמר רק לגבי ערב רגיל, מטעם שאין נפרעין מהערב תחילה, ולא לגבי קבלן.

אולם, באחרונים נאמרו כמה תירוצים בזה (עיי' קצות ונתיבות בסי' מט, ועיי' שערי יושר שער ה' פרק יז). הצד השווה שבהם שכיון שהערב יודע בוודאות שהלוה חייב לשלם, ודאי שהוא חייב. והגמ' בבכורות דיברה כאשר הערב אינו יודע מעצמו שהלוה חייב רק מכח ממ"נ.

הקצות ביאר, שבבכורות מדובר בשט"ח, וכיון שמהשטר לא מוכח איזה יוסף בן שמעון חייב לשלם, השטר פסול כיון שבעינן 'מוכח מתוכו', ונמצא שבאמת אין כאן חיוב בשטר כלל, ולא חל שעבוד על הערב. אולם אצלנו מדובר שהערב יודע בוודאות שהלוה חייב לשלם, אלא שכיון שהוא שיקר ב"ד פטרוהו, אך הדין שלו שהוא חייב וחל הערבות.

הנתיבות הקשה שלא בעינן מוכח מתוכו, ולכן ביאר שבבכורות החיסרון הוא בדיני עדות, דהוי רק כחצי דבר, שהרי בעדות של העדים א"א לחייב אף אחד לשלם, ואף ע"פ שיש לנו ממ"נ ומכוחו חייב לשלם, אך אין זאת עדות גמורה, וא"א לחייב אותו בכך. אולם אצלנו כיון שהוא מודה שהוא חייב לשלם, א"כ איננו צריכים להגיע לדיני עדות, וחייב הערב לשלם.

ר' שמעון תירץ שכאן אני יודע שהלוה חייב לשלם, ולכן הערב חייב. אולם בבכורות הערב אינו יודע שחברו חייב, הוא רק יודע שהוא לא חייב. ואע"פ שהעדים מעידים שא' היוסף בן שמעון חייב, אולי הם משקרים? ואולי הוא פרע? אלא שהתורה אמרה לנו להאמין לעדים, וא"כ אם היתה כאן עדות טובה, היינו פוסקים שהלוה חייב וממילא גם הערב היה מתחייב. אך כיון שהשטר אינו טוב, שהרי ע"י השטר א"א לדעת ממי לגבות, נמצא שבי"ד לא יודע האם השני חייב. וכיון שכלל לא ידוע לנו שהלוה חייב, לכן הערב פטור. משא"כ הכא, שודאי שהלוה חייב, ורק א"א להוציא את הממון ממנו בבי"ד, בכח"ג הערב חייב לשלם.

ב"ה יום ב' א' אדר ב' ה'תשע"ד

סימן קל

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

סעיף א

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

ערב או קבלן שפרעו למלוה, וטוען הלוה שכבר פרעו קודם לכן (אפי' אם אין לו ראיה לכך):

1. אם פרעו קודם שהביא המלוה ראיה שלא פרעו – נאמן הלוה ופטור מהערב. **דעת הסמ"ע והט"ז** – דדוקא במלוה ע"פ מיירי, דכיון שנאמן הלוה לטעון פרעתי, לא היה לו לפרוע בלא ראיה. אך במלוה בשטר, חייב לשלם אע"פ שיש לו שובר, כיון שהערב מחויב לשלם ואינו צריך לחוש לשובר. **אולם דעת הש"ך והב"ח** – דאף בשטר אם יביא הלוה שובר, פטור מלשלם לערב.

2. אך אם פרעו לאחר שהביא המלוה ראיה שלא נפרע – חייב הלוה לשלם לערב, בין במלוה בשטר בין במלוה ע"פ.

3. מה הדין אם הלוה טוען פרעתי למלוה אח"כ, כיון שלא ידעתי שפרעת עבורו? סמ"ע ותומים – חייב לשלם לערב, דהערב פרע ברשותו ואינו צריך להודיעו שפורע עבורו. **ש"ך** – פטור מלשלם, דהערב צריך להודיעו שפרע עבורו, וכיון שלא הודיעו הפסיד. **אמנם במלוה בשטר מודה שחייב לשלם**, דהיה לוה לדרוש שטר מהמלוה, וכיון שלא הביא לו שטר לא היה לו לפרוע. **א"כ כתב לו המלוה שובר, דבכה"ג דינו כמלוה ע"פ. קצות:** אם נכנס ערב מאליו – פטור דהחויב רק מדין נהנה, וכיון שפרע שוב לא נהנה. ואם נכנס ערב בשליחותו – חייב דכיון שעשה שליחותו, חייב לשלם לו.

סעיף ב

יש מי שאומר במה דברים אמורים כשאמר ליה הלוה בעת שנעשה לו ערב: ערבני ושלם, אבל אם עמד מעצמו ונעשה לו ערב או קבלן וקדם ופרע למלוה, ולא הרשהו הלוה לפרוע, אין הלוה חייב לשלם לו כלום.

ואם אמר ליה הלוה: הכנס קבלן בעבורי, אף ע"פ שלא הרשהו לשלם, אם עמד הקבלן ופרע מדעתו, אפילו עד שלא עמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים, חייב לשלם לו.

אבל אם אמר ליה להכנס ערב, ולא הרשהו לשלם, אם משעמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים פרע הערב למלוה, חייב הלוה לשלם לו. ואם עד שלא עמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים פרעו הערב, אין הלוה חייב לשלם לו כלום.

ויש מי שחולק ואומר שאפילו ערב שאינו קבלן שנכנס בערבות מאליו ופרע מאליו, חוזר וגובה מהלוה. הגה: ע"ן לעיל סוף סימן מ"ט דאין ערב משתעבד אלא במקום שיכול לגבות מהלוה.

מה הדין אם פרע הערב בלא ציווי הלוה?

דעת הרמב"ם:

1. אם אמר המלוה לערב **'ערבני ושלם'** – חייב לשלם לו. וכן בקבלן אם ציוהו להיכנס קבלן עבורו – חייב לשלם, אע"פ שלא ציוהו לשלם. שהרי יכל המלוה לתובעו תחילה, ואינו צריך להמתין עד שיתבעו המלוה. כן ביאר הרב המגיד בדעת הרמב"ם.

2. אם אמר לו 'ערבני' סתם: אם עמד הלוה בדין והתחייב לשלם ולא נמצאו לו נכסים – חייב לשלם לו. דכיון שבי"ד חייבוהו, לא הוי כפורע חובו שלא מדעתו. אך אם לא עמד הלוה בדין – פטור. דכיון שלא ציוהו לשלם, הרי הוא כפורע חובו שלא מדעתו.

3. אם נכנס ערב או קבלן מאליו – פטור, דכיון שנכנס ערב מאליו, הרי הוא כפורע חובו שלא בציווי.

4. אם נכנס מאליו ועמד בדין ונתחייב: הרב המגיד – פטור, דכיון שנכנס מאליו דעתו למחול לו. נתיבות – חייב, וכן דקדק מדברי הסמ"ע, שבכה"ג לא שייך לומר שכוונתו למחילה שהרי בי"ד חייבוהו לשלם.

דעת הראב"ד:

אפי' אם נכנס בערבות מאליו, חייב לשלם לו. ואינו דומה לפורע חובו שלא מדעתו, דשאני התם שכיון שעמד ופרע מדעתו מוכח שכוונתו למחול, שהרי מדוע היה לך לפורעו? אולם, כשנכנס ערב עבורו, אע"פ שזה לא מחמת שציוהו, אך ודאי שלא התכוון למחול לו, שהרי הוא לא פרע חובו, אלא רק נכנס כערב. **כן דעת הרב המגיד בראב"ד**, וכן מסתבר שהראב"ד דיבר על כל המקרים שכתב הרמב"ם. **וכן פי' השו"ע דבריו. אולם, התרומות והטור הבינו שהראב"ד לא חלק, אלא כשציוהו להיכנס ערב עבורו אע"פ שלא אמר לו 'ערבני ושלם';** אך כשנכנס מאליו מודה שהרי זה כפורע חובו שלא מדעתו. **וכן כתבו הש"ך והסמ"ע.**

סעיף ג

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

1. אין הערב גובה מהלוה עד שיביא עדים שפרעו, ואפי' אם השט"ח בידו לא מהני, דאולי המלוה הפקידו בידו, או שנפל ממנו ומצאו הערב. ודלא כרשב"ם בב"ב קע"ד: אך אם כתב המלוה לערב בשטר החוב 'התקבלתי', יכול לגבות בו מהלוה. ודוקא כשכתוב בשטר שהוא ערב, או שהלוה מודה לו שהוא ערב.

ב"ב קע"ד: בראשונים יש ג' שיטות: **רשב"ם** – אם השטר בידו, הרי זו הוכחה שפרע ונאמן לגבות מהלוה ואינו נאמן לטעון פרעתי לך, ואם כתב לו 'התקבלתי' יכול לגבות אף ממשועבדים, דבכה"ג נתן לו המלוה כח השטר. **רבינו יונה** – אם השטר בידו אינו נאמן, דאולי מצאו בשוק. אך אם כתב התקבלתי מהני לגבות ממנו ומלקוחות, ומיירי בכתובה ומסירה כדין מכירת שטרות. **רשב"א** בחידושים – כמו רבינו יונה, אך לא הצריך כתיבה ומסירה, אלא מספיק שכתב לו 'התקבלתי' דערב שאני ששיך בשטר. ויתבאר בהרחבה בסמוך.

2. אם יש לו עדים שפרע, או שכתוב התקבלתי בשטר, האם נאמן הלוה לטעון פרעתי לערב? דעת הסמ"ע שאינו נאמן, דכיון שפרע ויש לו שטר ביד, העמידוהו חכמים במקום המלוה לענין שאין השני נאמן לטעון פרוע. **וכן דעת הטור והריב"ש. ודעת הש"ך שנאמן**, שהרי אין לו דין מלוה בשטר לגבות מלקוחות, וא"כ אינו עומד במקום המלוה. **וכן דעת הרמב"ן, והמהרש"ל.**

והב"ח כתב שכיון שהשטר בידו אינו נאמן לטעון 'פרעתיך', דחזקה שלא פרע לו והשאיר בידו השטר. (אך כאשר אין עדים שפרעו ולא כתב התקבלתי, נאמן לטעון שפרעו במיגו דיכל לומר שהערב כלל לא פרע ויממני נפל ומצאתו).

מקור הדין של סעיפים ג-ד: ב"ב קע"ד: "מיתיבי: ערב שהיה שטר חוב יוצא מתחת ידו – אינו גובה, ואם כתוב בו התקבלתי ממך – גובה; בשלמא לרב הונא בריה דרב יהושע – משכחת לה כשחייב מודה, אלא לרב פפא קשיא! שאני התם, להכי טרח וכתב ליה התקבלתי". מבואר בברייתא שאע"פ שהשטר ביד הערב אינו גובה בו, אך אם כתוב בו התקבלתי גובה. ובפירוש הברייטא נחלקו הראשונים, היו שפירשו שמדובר שהמלוה כתב התקבלתי (רשב"ם, רמב"ן, רשב"א בחידושים ועוד) והיו שפירשו (תוס' והרשב"א בתשובה) שמדובר שהלוה כתב 'התקבלתי', כלומר שבשעת ההלוואה עשה הלוה לערב שטר נפרד בו כתב הריני כאילו התקבלתי ממך חוב זה, ובו שעבד עצמו לערב; דאילו אם המלוה כתב 'התקבלתי' לא מהני, דמה בכך שהוא מודה שהתקבל ממנו חוב זה, אך כיצד יכול המלוה לשעבד לערב נכסי הלוה?!

דברי הרשב"ם מבואר שאף בלא 'התקבלתי', מועיל זה שהשטר בידו כדי לגבות מהלוה, ושוב לא נאמן הלוה לטעון נגדו כלום ואפי' פרעי לך אח"כ, דאם פרעת מדוע לא לקחת מהערב השטר?! וכיון שכך, אומר הרשב"ם שאף מיתומים גדולים גובה כשהשטר בידו אע"פ שלא כתב לו התקבלתי. והברייתא מדברת דוקא ביתומים קטנים, שכאשר השטר בידו אינו גובה כיון שזה רק מלוה ע"פ שאינה נגבית מיתומים, וכשכתב לו התקבלתי זה הופך להיות מלוה בשטר לכל דבר, ולכן גובה גם מיתומים קטנים, דבמלוה בשטר לכו"ע גובים גם מקטנים (הרשב"ם לשיטתו בסוגיא שם, שלא

נחלקו רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אלא במלוה ע"פ, אך בשטר כו"ע מודו שגובה; והראשונים חלקו עליו שאף במלוה בשטר אינו גובה מקטנים).

רבינו יונה ביאר שאין חילוק בין גביה מהלוה עצמו לגביה מיתומיו, ובכל ענין שהשטר ביד הערב אינו מועיל לו לגבות אפי' מהלוה עצמו, דאין זה מהוה ראייה שפרע למלוה ויכול הלוה לטעון אולי מסר לך השטר בפקדון, או שאבד ממני או ממנו ומצאתו וכדו'. וכשכתב לו התקבלתי מועיל לו לגבות מהלוה ומהלקוחות (אך לא מיתומים קטנים), כיון שמדובר שהקנה לו השטר בכתיבה ומסירה וכתב לו 'קני לך איהו וכל שיעבודיה', וזה הכוונה לכתוב 'התקבלתי', או שכתובת התקבלתי מוכיחה שכך עשו באותה שעה.

אמנם, ברשב"א ביאר שהברייתא דיברה על נכסי יתומים, דאילו מן הלוה עצמו פשיטא שאין נפרעין כשאינו מודה שהערב פרע. ומבואר בדבריו שעצם זה שהשטר ביד הערב אינו ראייה שפרע, כמו שכתב רבינו יונה. אולם, כשכתב המלוה לערב 'התקבלתי ממך', כוונתו ליפות את כוחו שיהיה דינו כמלוה בשטר. משמע מדבריו, שעצם הכתיבה התקבלתי מספיקה, ואין צורך שיכתוב לו 'קני לך איהו וכל שיעבודיה' כמו שכתב רבינו יונה. (אמנם, בתשובה ח"א סי' תתפח כתב שכוונת הגמ' היא שהלוה כתב לערב בשעת ההלוואה וכמו שכתבו התוס'). וצריך לומר שאע"פ שבד"כ כדי להקנות שטר צריך כתיבה ומסירה, אך ערב שאני. דכיון שמתחילה השתעבד כערב למלוה, ממילא כשפורע למלוה הרי זה כאילו הוא המלוה של הלוה, והשיעבוד עובר אליו, ולכן גם א"א למחול.

והתוס' (וכן ביאר הרשב"א בתשובה) ביארו שכוונת הברייתא שהלוה כתב לערב שטר נפרד בשעת ההלוואה, וכתב לו בו שכאשר הוא יפרע למלוה עברו, הרי זה כאילו הלוה קיבל את הכסף ישירות מהערב, ולכן הוא חייב לו ומשעבד לו נכסיו. וע"פ זה כתב השו"ע את הדין של הסעיף הבא.

סעיף ד

כשכתב לו: קבלתי ממך דמי החוב, יש מי שאומר דהוי כמלוה בשטר לטרוף בו מהלקוחות שקנו מהלוה. ויש מי שאומר שאע"פ שכתב לו כן לא מהני אלא לגבי הלוה בעצמו, שאינו נאמן לומר: פרעתי, אבל אינו יכול לגבות ממשעבדי שמכר הלוה, עד שימסור לו המלוה השטר חוב ויקנו לו דרך קנין שטרות, שלא תהא תביעתו תביעה על פה.

והוא הדין אם כתב הלוה לערב כשהכניסו ערב: הריני משעבד עצמי ונכסי מעכשיו שכל זמן שתפרע אותו חוב שנעשית עליו ערב לפלוני המלוה כאילו קבלתי המעות ממך, הרי זה גובה מהלקוחות ומיתומים גדולים, שאין לך מלוה בשטר גדולה מזו.

1. כשכתב המלוה לערב 'התקבלתי' בשטר, האם מועיל לגבות מלקוחות? רשב"ם – כן דבכה"ג דינו כמלוה בשטר וגובה אף מהמשועבדים של הלוה. רבינו יונה – לא, דאפי' הכי דינו כמלוה ע"פ, ואינו גובה ממשועבדים, עד שימסור לו המלוה השטר בדרך קנין שטרות, וכמו שנתבאר בסעי' הקודם בהרחבה.

2. האם מועיל שיכתוב 'התקבלתי' לאחר שפרע למלוה? בדרכי משה כתב שלא דומיא דסי' קטז ב. והסמ"ע חלק שבערב מועיל לכתוב אף לאחר הפרעון א. **ודאי על דעת כן פרע,** שהמלוה יכתוב לו התקבלתי ויתן לו השיעבוד שהיה לו על המלוה. ב. **כשפרע הערב לא נפקע השעבוד מעל הלוה,** שהרי הלוה לא פרע; משא"כ במלוה שגבה מלוקח, שבכך נפרע ונמחל שעבוד שהיה לו על הלוה. (נראה כוונתו, שכשגובים מלוקח, בעצם גובים מהלוה המוכר, שהרי רק מכח זה יכול המלוה לגשת ללוקח. אולם כשגובים מהערב, זה לא מחמת הלוה, אלא שמחמת שהערב שיעבד עצמו, והוי כאילו המלוה מעביר את החוב למלוה אחר, ולכן אף לאחר הפרעון לא נפקע השעבוד מעל הלוה).

3. אם כתב הלוה בשעת ההלוואה שטר לערב, שהוא משעבד עצמו ונכסיו לערב, שאם יפרע הרי זה כאילו הלוה לוח מהערב; אין לך מלוה בשטר גדולה מזו, וגובה מלקוחות ומיתומים גדולים. דין זה נכון אליבא דכו"ע, וכך פירשו התוס' הסוגיא בב"ב קעד:

סעיף ה

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

1. פרע הערב למלוה ולא ביקש שיחזיר לו השטר, פטור הלוה מלשלם לו. כיון שפשע במה שהניח השטר ביד המלוה. ואע"פ שלא הזכיר לו הלוה שיקח השטר, (דלא כמו בשליח לפרעון), שהרי הוא יודע שיש שטר ביד המלוה, סמ"ע. ועוד דכיון שהוא משלם למלוה ע"ד לתבוע מהלוה, צריך לקחת השטר כדי שיוכל לתובעו, ש"ך.

2. אם פרע הערב במלוה ע"פ בלא עדים, והמלוה מכחיש: דעת הקצות - צריך הלוה לשלם לשניהם, דהערב לא פשע במה שלא פרע בפני עדים, שהרי במלוה ע"פ אין דרך לפרוע בעדים. והמלוה נאמן לומר שלא פרעו לו. והוא דומיא דחנוני ופועלים. ודוקא כשאמר לו ערבני ושלם לדעת הרמב"ם, או אמר לו ערבני סתם לדעת החולקים; דחשיב כאילו ציוהו לשלם. דעת הנתיבות - אין הלוה חייב כלום לערב, ולא דמיא לחנוני דהתם אהימנותיה קסמך, שהרי ציוהו לשלם לפועלים, ועשאו שליח לכך. משא"כ הכא דלא ציוה לערב לשלם ללוה ולא עשאו שליח לכך, אלא רק להיכנס כערב עבורו.

סעיף ו

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

מת הלוה וקדם הערב ופרע קודם שהודיע ליורשים:

1. אם מדובר בא' מג' תנאים שנפרעים מהיורשים בלא שבועה, חוזר וגובה מהם של מה שפרע עבורם. שהרי גם הם היו מחוייבים לפרוע, דלא חיישינן לצררי בכה"ג.

2. אם לא מיירי בהכי, דעת השו"ע שאינו חוזר על היורשים כלל, ואפי' הם גדולים. ודעת הרמ"א דאינו חוזר על יתומים קטנים, אך אם הם גדולים חייבים לשלם לו. והשו"ע חשש לדעת השו"ע שאין להוציא ממון מהיתומים בכה"ג.

דין זה איתא בב"ב קעז. "ההוא ערבא דיתמי דפרעיה למלוה מקמי דלודעינהו ליתמי, א"ר פפא: פריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו; ורב הונא בריה דרב יהושע אמר: אימר צררי אתפסיה. מאי בינייהו? איכא בינייהו כשחייב מודה. אי נמי, דשמתוהו ומת בשמתיה. שלחו מתם: שמתוהו ומת בשמתיה, הלכתא כרב הונא בריה דרב יהושע". **ופסקו הראשונים כרב הונא** שהטעם שאין גובים מהיתומים הוא כרב הונא, מפני שחיישינן לצררי (כמו שנתבאר בס"י קז). **רב הראשונים פירשו שהגמ' עוסקת ביתומים קטנים**, דדוקא בכה"ג חיישינן לצררי, וכמו שאין המלוה נפרע מהם כך אין הערב נפרע מהן. **אולם, הר"י מיגש ובעקבותיו הרמב"ם פירשוהו אף ביתומים גדולים.** וכתב המ"מ שטעמם שמפני שהערב קדם ופרע למלוה מבלי להודיעם, זה גורם לבי"ד לחשוש שאביהם התפיס צררי. כיון שאם לא כן, מדוע לא הודיע ליתומים אולי היו פורעים למלוה? ואולי אביהם הודה בשעת מיתתו וכה"ג? לכן בכה"ג כשלא הודיעם חיישינן לצררי, ושוב אין הוא יכול לחזור ולגבות מהם אפי' כשהם גדולים. **וכן פסק השו"ע לדינא. אולם, הרמ"א נקט להלכה כרב הראשונים**, שדוקא בקטנים חיישינן לצררי, אולם בגדולים לא דכיון שהם גדולים הם יכולים ללכת ולברר בעצמם ולחפש אולי אביהם התפיס צררי.

לשיטת הרמ"א אף בקטנים חייבים לשלם לו כשיגדלו, דדוקא בקטנותם אין נפרעין מהם דחיישינן לצררי, אך לאחר שיגדלו יכול לתבעם ויתחייבו לשלם לו. אמנם, לדעת השו"ע אף בכה"ג פטורים, שהרי זה שהוא פרע בלא להודיעם זה יוצר לנו ריעותא לחשוש שכנראה התפיס צררי.

סעיף ז

היה המלוה עובד כוכבים, אין היורשים חייבים לשלם, שמא אביהם נתן ליד הערב כל החוב שהיה עליו, מפני שהעובד כוכבים תובע את הערב תחלה ולפיכך פרע זה מדעתו קודם שיודיע את היתומים. אבל אם הודיען שהעובד כוכבים תובע אותו והרי הוא נותן, חייבים לשלם. (ואם כפאו אותו בית דין לפרוע, הוי כאילו הודיעם) (בית יוסף בשם תשובת הריטב"א).

1. היה המלוה גוי, וקדם ופרע לו הערב קודם שיודיע ליורשים, פטורים מלשלם. דכיון שהגויים תובעים את הערב תחילה, חיישינן שלא הסכים להיכנס כערב עד שיתפיסו הלוה צררי, והראיה שפרע מדעתו תחילה. **ב"ב קעז:** "ההוא ערבא דעובד כוכבים דפרעיה לעובד כוכבים מקמי דלתבעינהו ליתמי, א"ל רב מרדכי לרב אשי: הכי אמר אבימי מהגרוניא משמיה דרבא, אפילו למ"ד: חיישינן לצררי - ה"מ ישראל, אבל עובד כוכבים כיון דבתר ערבא אזיל - לא חיישינן לצררי. א"ל: אדרבה: אפילו למ"ד: לא חיישינן לצררי - הני מילי ישראל, אבל עובדי כוכבים כיון דדינייהו בתר ערבא אזיל, אי לאו דאתפסיה צררי - מעיקרא לא הוה מקבל ליה (כלומר לא היה מסכים להיכנס כערב)".

2. אבל אם הודיע, ליתומים שהגוי תובעו ופרע לו, חייבים לשלם, דבכה"ג לא חיישינן לצררי. ואם כפאוהו בי"ד לפרוע, הרי זה כאילו הודיע. דלא חיישינן לצררי אלא היכא שפרע מעצמו.

ב"ה יום ג' ה' אדר ה'תשע"ה

סימן קלא

מי שחזר בו אחר שנתרצה להיות ערב, ובו י"ד סעיפים.

סעיף א

מי שנתפייס להיות ערב קודם שיתן המלוה המעות ללוה, יכול לחזור בו, אפילו קנו מידו. ואם לא חשש המלוה ונתן המעות ללוה, אין לו על הערב כלום. אבל ערב דלאחר מתן מעות, כיון שקנו מידו, אינו יכול לחזור בו. (ואין חילוק בזה בין ערב לקבלן) (מרדכי ס"פ ג"פ).

לכו"ע אם הערב חוזר בו – אף המלוה יכול לחזור בו מההלואה, ואע"פ שקנו מידו שילוח, שלא הסכים להלוות אלא ע"ד הערב; סמ"ע.

סעיף ב

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

טעמו שדין הערב עם הלוה כדין מלוה ע"פמ שיכול לומר פערתיך. אך אם כתב המלוה לערב 'התקבלתי' הרי דינו כמלוה בשטר ואין הלוה יכול לומר פרעתי; סמ"ע בשם הרב המגיד.

סעיף ג

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

נחלקו בדין זה הראשונים: בעה"ת, טור בשם רמב"ן, רבינו ירוחם – כמו שאין המלוה יכול לתבוע חובו תוך הזמן, כך אין זמנו של הערב כלפי הלוה עד שיפרע בשבילו, ולכן אפי' מבזבז נכסיו אינו יכול לתבוע שיוציאנו מהערבות. בעה"ת בשם הראב"ד וטור – המלוה יכול לתבוע מעותיו תוך הזמן אם רואה שהלוה מבזבזם (עג, י) ולכן אף הערב יכול לתבוע שיוציאנו מהערבות.

סעיף ד

ערב שבא אצל המלוה בזמנו והתרה בו שיתבע ממונו מהלוה ואם לא, יפטר מהערבות, ולא רצה המלוה והאריך זמן ללוה, יש מי שאומר שאין הערב נפטר בכך, ואצ"ל קבלן, ואפילו היו נכסים ידועים ללוה והערב אומר למלוה: רד עם הלוה לדין וגבה חובך מנכסים, והאריך זמן ללוה ובנתיים נשתדפו הנכסים, גובה מהערב. וצריך להתיישב בדין זה. הגה: כי יש חולקין בזה.

כ"כ רבינו ירוחם בשם הרמב"ן בתשובה, וכתב בבדק הבית שהוא לא מבין מדוע שהערב לא יוכל לומר למלוה שערבותו לא הייתה אלא לזמן, וכיון שיכלת לגבות באותו זמן ולא גבית – אתה הפסדת על עצמך. ולכן כתב שהאי תשובה לאו הרמב"ן חתים עלה.

מיהו אם הלוה היה מוכן ליתן למלוה מעותיו, והערב שלח אחריו שיבא לקבלם, או לשלוח לו שטר לתבוע החוב ולא רצה, ונאבד החוב, פטור הערב (מהר"ו סימן פ'). שהרי הלוה היה מוכן לשלם אלא שהמלוה לא רצה, ואיהו דאפסיד אנפשיה.

והערב יכול לכופ ללוה לפוטרו מן הערבות בזמנו, כי יכול לומר: לא נתרציתי להיות ערב, אלא עד כאן (טור). דין זה תלוי בדין שבתחיי הסעיף, דלדעת הרמב"ן כמו שאינו יכול לכופ את המלוה, כך אינו יכול לכופ את הלוה. והרמ"א נמשך אחר מה שכתב שגם ברישא יש חולקים; ש"ך.

ואם המלוה עובד כוכבים, והלוה נתן (המעות) לערב לפרוע לעובד כוכבים, ושכחם העובד כוכבים אצל הערב, צריך להחזיר המעות ללוה, ולא יוכל לומר: שמא יזכור העובד כוכבים, דהואיל וכבר ערב בעדו והימניה, צריך להמתין לו עוד יותר (מרדכי פ' הגוזל בתרא). וכן פסק השו"ע לקמן סי' קפג, ח.

סעיף ה

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

כ"כ הרי"ף בתשובה.

סעיף ו

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

כ"כ התרומות בשם רש"י, וטעמו: "הדין נותן שחייב הערב כיון שזה מסר לעכו"ם משכון שבידו על פיו והרי הוא כערב בשעת מתן מעות שא"צ קנין והתראה שהתרה בו אינה כלום שהוא היה לו לישמט מן העכו"ם ולדחותו מלהיות ערב לו וכיון שלא עשה כן אלא שהודה בערבות בפני העכו"ם אינו יכול הלה לישמט ולומר לעכו"ם איני מקבל לזה ערב שהכל יודעין שראוי הוא שיקבלהו לערב והוא כבר הודה לעכו"ם שיחזיר לו המשכון ע"י ערבות".

כתב הסמ"ע שבכל ענין התראתו אינה התראה, כיון שיכול בעל המשכון לומר לו 'מדוע שאני אתגרה עם הגוי יותר ממך, והיה לך לומר לו שאינך רוצה להיות ערב עבורי'. **אולם, הש"ך נקט** שדווקא אם הערב הסכים בתחילה להיות ערב, ורק אח"כ התרה בלשון הקודש בפני ישראל, אך בלאו הכי – לא.

סעיף ז

שמעון יצא ערב לעובד כוכבים בשביל ראובן, והלך לו ראובן, והוצרך שמעון לפרוע בשבילו, וכשבא ראובן תבעו שמעון, א"ל: לא היה לך לפרוע כי כבר פרעתיו ויש לי שטר פרעון ממנו, א"ל שמעון: הוצרכתי לפרוע כל זמן שלא הנחת בידי שטר הפרעון והנחת שטר החוב ביד העובד כוכבים, הדין עם שמעון, וחייב ראובן לשלם כל מה שיברר שנתן לעובד כוכבים, אפילו שהעובד כוכבים תבע ממנו הממון שלא כדין ואנסו ליתן לו. והבירור יהיה על ידי עדים או על ידי פתקא של העובד כוכבים ניכרת, או שכתוב ביני שיטי בשטר. כ"כ הרא"ש בתשובה. (ביני שיטי- דעת הסמ"ע דהיינו שהעכו"ם כתב ביני שיטי בשטר כמה קיבל, והש"ך בשם הב"ח הביא שהכוונה שכתוב ביני שיטי ע"י ערכאות שלהם, אך אם העכו"ם כתב לא מהני דחיישינן לקוניא).

הגה: וה"ה בכל ערב לעובד כוכבים בשביל ישראל חבירו, אפילו העליל העובד כוכבים על הערב מכח הערבות, חייב הלוה לסלקו. כיון שמחמת הערבות שלו באה אליו צרה זו, כ"כ בדרכי משה.

ודוקא שאין הערב מודה שהעובד כוכבים פוטרו בפניו, אבל אם מודה שהעובד כוכבים פוטרו, או שיש עדים על כך, ואח"כ חזר והעליל עליו, פטור הלוה. ואין הערב נאמן, אפילו בשבועה, כמה

הוציא על העלילה, אלא צריך עדים שהוצרך להתפשר עם העובד כוכבים מכח הערבות, ואז נוטל בשבועה, אם לא שהעדים או אחד מהן מעידים דבר ברור, שאז נוטל בלא שבועה, אבל אם לא העמיד עדים, איהו דאפסיד אנפשיה (מרדכי פרק הגזל בתרא). וי"א הא דמחייב לפוטרו מן האונסין, דוקא באונס דשכיח; אבל באונס דלא שכיח, לא (מהרי"ק שורש ז' וקל"א).

סעיף ח

וכן ב' שקבלו חכירות מעובד כוכבים ונעשו ערבים זה לזה, והעובד כוכבים מצא אחד מהם וגבה ממנו, חייב חבירו לפרוע חלקו מכל הפסד שבאה לו מאותו העובד כוכבים. ואם היה מזומן לפרוע חלקו, וההפסד בא לו מכח חבירו שלא פרע, חייב חבירו לפרוע לו כל ההפסד.

סעיף ט

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

ערבות במכר: דעת הרמב"ם – אינה מועילה, דהוי אסמכתא. אא"כ עשו קנין וקבל אחריות על דמי המכר ולא על דמי השדה. דעת הראב"ד – מועילה, דהוי ככל ערב בשעת מתן מעות שהרי על אמונתו קנה השדה. ואין בערב משום אסמכתא כמו שיתבאר בסעי' הבא. השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א כראב"ד.

בביאור דעת הרמב"ם (הל' מלוה פכ"ה, ז) נאמרו ג' טעמים: הטור פירש שכיון שעבד איננו דובין ארעא ליומיה, א"כ אף בלא אחריות היה קונה השדה, ולכן בלא קנין מפורש לא מועיל דהוי כערב שלא בשעת מתן מעות, שהרי לא על אמונתו הלווהו. **המגיד משנה** ביאר שטעמו מפני שבהלוואה הערבות היא על המעשה שהמלוה עושה עכשיו, דהיינו על המעות שהוא מוציא שאם לא יפרענו הלואה יפרע הערב, אולם במכר אינו ערב לו על דמי המכירה אלא על הקרקע, שאם יוצאו הקרקע מידו ישלם לו שווייה באותה שעה, ונמצא שאם תתייקר או תוזל ייתן לו יותר או פחות מהדמים ששילם בשעה ראשונה. ונמצא שאין כאן ערבות על התשלום, אלא ערבות על תנאי והוי ככל אסמכתא דעלמא דלא מהני. וכשעשו קנין היינו שנכנס כערב על דמי המכר ולא על דמי השדה, ולכן מהני; כן ביאר הסמ"ע, והב"י ביאר טעמו שבקנין התחייב לשלם כל עת שירצה, והוי כמעכשיו שמהני לסלק אסמכתא. **הב"י פירש** שהחיסרון במכר הוא שבהלוואה כיון שמוציא המעות משעה ראשונה, א"כ הערב נכס על דעת שאם לא יהיה לו לבסוף מעות ישלם הוא, שהרי ודאי שהוא הוציא את המעות ואולי יהיה לו לבסוף לפרוע. אולם, בקרקע הרי הקרקע אינה הולכת לשום מקום, אלא שהוא מקבל אחריות שאם יוצאו ממנו – ישלם לו. וא"כ הוא לא מעלה על דעתו שיוציאו ממנו, דהוי דבר רחוק, וחשיב כאסמכתא ולא מהני בלא קנין.

סעיף י

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

ערב ששיעבד עצמו על תנאי: דעת הרמב"ם דלא קנה דהוי אסמכתא, אא"כ קנו מידו מעכשיו דמעכשיו מבטל האסמכתא. כדעת השו"ע, ולדעת הרמ"א צריך קנין בבי"ד חשוב, נתיבות. **וכן פסק השו"ע**. יש אומרים – קנה, דאין בערב חסרון אסמכתא, שהרי כל ערב זה אסמכתא, דלא משתעבד אלא אם לא יפרע הלואה, ואע"פ כן בהחיה הנאה גמר ומשעבד נפשיה, וא"כ תו אין חילוק בין אסמכתא לאסמכתא. **וכן פסק הרמ"א**. וכתב הסמ"ע שהוא טעמו של הראב"ד שחלק בסעי' הקודם וכמותו פסק הרמ"א שם. וכן חלק בסעי' יב.

סעיף יא

ראובן קנה שדה משמעון וכתב לו שטר, וא"ל שיעשה לו שטר גם על אשתו, ולא היתה שם, נתערב לוי בשבילו שלכשתבא שתעשה שטר עליה, וכשבאה, לא רצתה, ותבע ראובן לערב שיכתוב לו הוא שטר על נכסיו, והערב טוען שאינו חייב אלא יחזיר לו מעותיו, הדין עם הערב.

תשו' הרא"ש, וסיים שם בטעמו: "כי לא נדר לו שמעון המוכר אלא שתעשה אשתו השטר ואם לא תעשנו שיתבטל המקח וכיון שלא נתחייב המוכר אלא בחזרת המעות גם הערב לא נשתעבד אלא לדבר זה".

סעיף יב

מי שאמר לחבירו: הלוהו ואני ערב לגופו של לוח ולא ערב לעצמו של ממון אלא כל זמן שתראה אביאנו לך, וכן אם אמר ליה לאחר שהלוהו ותבעו: הניחהו וכל זמן שתתבענו אביאנו לך, וקנה מידו על כך, אפילו התנה ואמר: אם לא אביאנו או שמת או שברח אהיה חייב לשלם, הרי זה אסמכתא ולא נשתעבד. (ו"א דאין בערבות משום אסמכתא) (וע"ל סימן קכ"ט ס"ח).

הרמב"ם כתב שיש מהגאונים שאם ערב לגופו של הלוה אפי' לא קנו מידו, וכ"ש אם קנו מידו על כך – הוי ערבות וחייב לשלם לו אם לא הביאו. ודעת הרמב"ם שאפי' אם קנו מידו על כך, ואפי' התנה בפ"י שאם לא יביאו יתחייב לשלם – פטור דהוי אסמכתא, וכן פסק השו"ע לשיטתו. אולם, הראב"ד שחולק וסובר שאין בערבות אסמכתא מחייב לשלם אם התנה בפ"י, אך אם לא התנה מודה גם הוא שפטור, שהרי לא ערב אלא על גופו ולא על הממון, או שיביא גופו תחת גופו עד שיתפשר עמו; כ"כ הטור בשמו.

סעיף יג

מי שלא פירש קצב הדבר שערב, כגון שא"ל: כל מה שתתן לו תן לו ואני ערב, או: מכור לו ואני ערב, או: הלוהו ואני ערב, להרמב"ם אין זה הערב חייב כלום. וכל הבאים אחריו חלקו עליו, והכי נקטינן.

אם ערב לדבר שאינו קצוב: שו"ע, ש"ך – הערבות חלה. והרמב"ם שחלק דבריו נדחו, וא"א לומר קים לי כמוהו. סמ"ע – אינו ערב, דאף החולקים במתחייב דבר שאינו קצוב מודים הכא, דהוי תרי ריעותות: ערבות ודבר שאינו קצוב.

הרמב"ם פסק שהערב לדבר שאינו קצוב – לא מהני. **הב"י והש"ך** הבינו שטעמו הוא מפני שא"א להקנות דבר שאין לו קצבה, וכיון שכל הראשונים חלקו בדין זה כמבואר בסי' ס' – א"כ אין הלכה כרמב"ם ואף א"א לומר קים לי כמותו. הראב"ד חלק על הרמב"ם וכתב שאוליין בתר אומדנא, שאם זה דבר שהוא רגיל ואמוד בו משתעבד ואם לא – לא. והשיג עליו ה"ה וכתב שאין לדבר קצבה, ולכל דבר משתעבד. וכן פשט השו"ע, וכ"כ הש"ך שהעיקר כה"ה.

אולם, הסמ"ע הבין שטעמו של הרמב"ם אינו כב"י, אלא שהכא אף החולקים שם יודו, והראיה שהרי אף הראב"ד הודה במקצת בדבר שאינו אמוד בו. והטעם שהכא מצטרפות שתי ריעותות, שמיירי בערבות שהיא קצת אסמכתא, ועוד שהוא דבר שאינו קצוב ולכן לא מהני. ולכן פסק כרמב"ם.

סעיף יד

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

הערב לערבותו של חברו מהני, ואינו צריך קנין דאע"פ שחברו נכנס כערב בקנין שלא בשעת מתן מעות, אך אותה שעה היא כשעת מתן מעות עבור השני, שהרי על אמונתו סמך ונכנס כערב.

ב"ה יום ג' ה' אדר ה'תשע"ה

סימן קלב

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

סעיף א

עבד או אשת איש שערבו לאחרים, או נכנסו קבלנים ונתחייבו לשלם, אין חייבים לשלם עד שיתחרר העבד ותתאלמן האשה או תתגרש. אבל קטן שערב לאחרים, אינו חייב לשלם אף לכשיגדיל (טור ס"ב בשם הגאונים).

הטעם: דעבד ואשה בני חיובא והקנאה נינהו, אלא שאין להם ממון לשלם. אולם קטן אף אם נכנס בתור קבלן, ואפי' הגיע לעונת הפעוטות – לאו בר הקנאה הוא בדבר שאין לו הנאה ממנו; סמ"ע.

סעיף ב

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

פנויה שערבה לאחרים ונשאת, דינה כלוותה ונשאת:

1. אם ערבה בעל פה – אינה חייבת לשלם עד שתתאלמן או שתתגרש. ואם המטלטלין ששעבדה לו קודם שנשאת בעין – גובה מהם, דומיא דמעות בעין; ש"ך.

2. אם ערבה בשטר – גובה ממנה שהכניסה לבעלה, ודווקא קרקעות. דבעל בנכסי אשתו כלוקח הוא, ולכן אינו יכול לגבות את חובותיה, אלא מנכסים משועבדים שחל שעבודו עליהם מעיקרא.

מה הדין במטלטלין? אם שעבדה באג"ק – מדינא דגמ' גובה מהם, אך לאחר תקנת השוק: לדעת השו"ע והרמ"א לעיל בסי' קיב – אינו גובה, שהרי תקנת השוק שאין מוציאים מלקוחות אף מטלטלין ששיעבדם במפורש. לדעת הסמ"ע והש"ך – גובה מהם, דדוקא מלקוחות אינו גובה, אך מיורשים גובה כששעבד במפורש. ובעל בנכסי אשתו כלוקח דווקא כשליכא פסידא, אך כשיש פסידא למלוה עשאוהו כיוורש, ומיורשים גובין אף ממטלטלים המשועבדים.

אם לא שעבדה באג"ק: סמ"ע – אינו גובה, שהרי הוא לוקח ולא נשתעבדו לו. ש"ך – גובה, דאף בכה"ג כיון שיש לו פסידא עשאוהו לבעל כיוורש, ודווקא במלוה ע"פ אמרינן שעשאוהו כלוקח כיון שהמלוה אפסידא אנפשיה שהלווה בלא שטר, אך אצלנו שהלווה בשטר – גובה (וצ"ע מדוע לא נאמר שאיהו אפסידא אנפשיה שלא שעבד מטלטלי בא"ג:!).

סעיף ג

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

שניים שערבו לאחד: דעת הרמב"ם והרשב"א שיכול לפרע מאיזה מהם שירצה, ואינו דומה לשנים שלוו יחד שאמרינן שכ"א לווה בחצי וערב בחצי האחר – כיון שכאן ההלוואה אחת, ואין ערבות לחצאין וא"כ כל אחד נכנס כערב על כל ההלוואה. משא"כ כשלוו יחד, הרי כל אחד קיבל רק חצי ההלוואה, ורק עליה נשתעבד כלווה. **וכן פסק השו"ע בסתם.** דעת הרמב"ן והראב"ד – כל א' ערב רק על חצי, ואינו יכול לגבות מא' הכל אם יש גם לחברו לפרוע. אך אם אמר 'ממי שארצה אפרע' – יכול לפרע הכל מהאחד, כדין ערב שאמר 'ממי שארצה אפרע'. והביאו ראייה לשיטתם מהתוספתא ב"ב פרק י' ה"ח: "המלוה את חברו ע"י ב' ערבין לא יפרע מא' מהם, ואם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה הרי זה נפרע ממי שירצה". והיינו שלא יפרע מא' מהם תחילה. וכתב הש"ך שפי' הנמוק"י אליבא דהרמב"ם צ"ע.

ועיין בסי' עז, ג מדין זה.

סעיף ד

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

פרע א' מהם כל החוב, אע"פ שלא אמר לו בפירוש 'ערבני ושלם' – חייב חברו לשלם חלקו. ואפי' לדעת הרמב"ם (סי' קל, ב) שערב שלא אמר לו הלווה 'ערבני ושלם' ופרע למלוה – פטור הלוה לשלם לו, דהוי כפורע חובו שלא מדעתו, הכא חייב דכיון שיכל המלוה לגבות מאיזה שירצה הוי כקבלן, שהרי המלוה יכל לתובעו תחילה, א"כ הרי זה חובו שלו ולא של חברו. **וכן הסכימו הסמ"ע והש"ך. ודלא כמבי"ט** שכתב שדין זה נכון רק אליבא דהרמב"ן, שכיון שלא יכל לתבוע ממנו הכל אלא רק חצי, א"כ נמצא שגם חברו מחויב בחצי. אולם, לדעת הרמב"ם חברו פטור, שהרי לא פרע בעדו כלל, כיון שיכל לגבות ממנו הכל. **ומדברי השו"ע מוכח כסמ"ע והש"ך ודלא כמבי"ט.**

סעיף ה

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

אם ערב בשביל שני לוויין, כשפורע למלוה יודיענו עבור מי פורע, דא"כ כל אחד מהלוויים יוכל לדחותו ולומר לו: לא פרעת אלא עבור חברי; כ"כ הש"ך. והסמ"ע ביאר שהכוונה שהמלוה יודיענו עבור מי הוא גובה ממנו, שהרי המלוה יכול להחליט על איזה חוב הוא רוצה לקבל המעות. (והש"ך כתב שכאן משמע שמירי שלמלוה לא אכפת).

סעיף ו

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

הטעם דס"ל כרמב"ם שבלאו הכי יכל לתבוע מאיזה שירצה הכל.

אך בב' לוויים שמחל לא' מהם – אינו יכול לתבוע מהשני אלא חצי, כיון שלא היה יכול לתבוע מא' מהם אלא רק חלקו, אלא שאם אין לשני יכול לתבוע מהראשון הכל דהוא ערב על חלק חברו; משא"כ כשמחל לחברו. **ואף לדעת הרא"ש שיכול לתבוע מהא' הכל**, אך אם מחל לחברו אינו יכול לתבוע ממנו אלא חלקו; וכ"כ הטור שם. סמ"ע.

ב"ה יום ד' י' אדר ב' ה'תשע"ד

חזקת מטלטלין

סימן קלג

מי שמוחזק במטלטלין הידועים לאחר, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

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

1. כל דבר שנמצא ביד האדם, הרי זה בחזקת שהוא שלו. ואפי' אם לשני יש עדי 'מרא קמא', נאמן הראשון לומר קניתי ממך או נתת לי מתנה.

2. וכן יכול לטעון 'הרי זה משכון בידי על חובי', ונאמן עד כדי דמי החפץ, ונשבע בנקיטת חפץ ונוטל. ואפי' אם מודה שלא קיבל בתורת משכון, אלא שתפס החפץ בתור משכון נאמן, סמ"ע. והצורך בשבעה בנק"ח מפני שהוא נוטל ע"י שבעתו (כדעת הגאונים, עי' ר"ן שבעות ריש פ"ז, כז.).

3. אם טען נתחייבת לי כנגד החפץ מעסק משא ומתן שהיה בינינו, נכון הדבר שיבררו הדיינים מה בדיוק היה ביניהם, דשמא הוא סבור שנתחייב לו ואינו חייב לו.

4. האם יש דין 'מוחזקות' בקטן? דעת הקצות – לא, דבעינן חזקה שיש עמה טענה, וקטן לאו בר טענה הוא. אולם בא בטענת אביו, טענינן ליה טענתא דאבוהון. דעת הנתיבות – כן דקטן בר טענה הוא, ודוקא בקרקע לא מהני שאין לו בה קנין (שהרי תמיד יכול לחזור בו), ומתנה לא שכיח. ואף אם תאמר שאינו בר טענה, טענינן ליה דכשלא בפניו הוא.

סעיף ב

אפילו אם מסר המערער החפץ למחזיק בעדים, אם אין עדים שהוא עתה בידו, נאמן בשבעות היסת לומר: החזרתיו לך; וכן נאמן לומר: לקוח הוא (בידי), במגו דהחזרתיו לך. ואם אמר ליה: אל תחזיר אלא בעדים, והוא אומר: החזרתיו לך, נאמן במגו דנאנסו, וישבע שבעה דאורייתא. ואם טוען: החזרתיו לך בפני פלוני ופלוני, 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.

1. אפי' כשיש עדי פקדון, אם אין עדי 'ראה' נאמן לטעון החזרתיו דהמפקיד אצל חברו בעדים אין צריך להחזירו בעדים. ולכן נאמן לטעון 'לקוח הוא בידי' במיגו ד'החזרתיו'.

שבעות מא: "אמר רב פפי משמיה דרבא, הלכתא: המלוה את חברו בעדים - צריך לפרועו בעדים; ורב פפא משמיה דרבא אמר: המלוה את חברו בעדים - אין צריך לפרועו בעדים, ואם אמר אל תפרעני אלא בעדים - צריך לפרועו בעדים, ואם אמר לו פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים - נאמן". **וכן איתא בב"ב קע.** "והא קיימא לן המלוה את חברו בעדים אינו צריך לפרועו בעדים". **וכן מוכח משמעתא דאומן ב"ב מה.** שרבה חזר בו והודה לאביו דאין צריך להחזיר לו בעדים. וכיון שנאמן לומר החזרתי נאמן לומר לקוח; ושם מוכח שנאמן לומר לקוח במיגו דהחזרת.

מהם עדי ראה? עדים שראוהו בידו סמוך לתביעה, באופן שאינו יכול לטעון החזרתו אח"כ. אולם הראיה בב"ד אינה כלום, שהרי שטרו ושוברו בצידו.

מה הדין אם ראוהו עדים בידו מחוץ לבי"ד וטען לקוח? כתב ההג"מ שאינו נאמן אח"כ בבי"ד לומר לקוח, דכיון שטען אז לקוח א"כ אכן סהדי שלא החזיר שהרי אין אדם מחזיר דבר שהוא חושב שהוא שלו, וא"כ עכשיו בבי"ד אין לו מיגו דהחזרתו. ולא מועיל לו המיגו שהיה לו בפני העדים, כיון שזה מיגו למפרע שהרי עכשיו כשבא לזכות אין לו מיגו. והש"ך חולק וסובר שאם היה לו מיגו בפני העדים, הוא מועיל לו בבי"ד, ולכן בטענת קניתי לחוד מהני. וההג"מ דיבר דוקא במקרה שמלבד המיגו היה צריך שבועה כדי לזכות, ונמצא שבאותה שעה לא זכה במיגו שלו שהרי לא נשבע, וכשעומד בדין שוב אין לו מיגו.

2. כשיש עדי פקדון, ואמר לו 'אל תחזירה לי אלא בעדים' – האם נאמן לומר החזרתו במיגו דנאנסו? השו"ע פסק שנאמן בשבועה בנק"ח כדי שיהיה לו מיגו, שהרי אף בנאנסו היה צריך לישבע. ודעת הש"ך והנתיבות – דאינו נאמן דכיון שהתנה עמו, כוונתו הייתה שלא יהיה לו מיגו. ודעת הקצות שאף הש"ך לא חלק אלא בטענת החזרתו ומודה בטענת קניתי, והנתיבות חולק וס"ל שנחלקו בכל ענין.⁸

אע"פ שהתנה עמו, אם טוען 'החזרתו בפני פלוני ופלוני ומתו או שהלכו למדינת הים' – נשבע היסטר ונפטר. **שבועות מא:** למסקנת רב פפא. אם אמר לו 'פרעתוך בפני פו"פ והלכו להם למדה"י' – תוס', רא"ש, ר"ן והרמב"ם גורסים 'נאמן'. הרי"ף והרמב"ן גורסים 'אינו נאמן'. השו"ע פוסק שנאמן. ודעת הראשונים שכמו שנאמן לומר שהלכו למדה"י, כן נאמן לומר שמתו. אולם, הרשב"א כתב שאינו נאמן לומר מתו, דבכך שהרג את העדים נראה כמשקר שא"א לברר את עדותם.

3. אם אין עדי פקדון אע"פ שיש עדי 'ראה' – נאמן לומר לקוח.

4. כשיש עדי פקדון ועדי ראה – אינו נאמן וצריך להחזיר. ודוקא כשמעידים שקיבלו בתורת פקדון, אך אם מעידים שנתנו לו סתם, יכול לומר זה היה מכר או מתנה.

סעיף ג

אם ראו עדים 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, ויתרה

⁸ תוס' ב"ב מה: הקשו מדוע לרבה שסובר בהו"א ש'המפקיד אצל חברו בעדים צריך להחזיר לו בעדים', אינו נאמן לומר לקוח במיגו דנאנסו? ותיצרו בשם ר"ת שנאמן, ובשם ר"ח שאינו נאמן דהוי כאילו התנה עמו בפירוש שלא יועיל לו מיגו; ודחו פירוש ר"ח מהסוגיא שם. הש"ך נקט שהתוס' לא דחוהו אלא במפקיד סתם, אך כשמתנה בפירוש מודים לו שלא יועיל מיגו. אולם, הרא"ש והטור כתבו שאף אם יתנה בפירוש לא מהני, ונאמן במיגו דנאנסו. התומים הקשה על הש"ך, הרי אפי' כשמפקיד בשטר נאמן לומר החזרתו במיגו דנאנסו? ותיירץ הנתיבות שלא דמי, כיון שהשטר מועיל שלא ימותו העדים ושלא יהיה נאמן לטעון לקוח; אולם אם נאמר שאף בתנאי נאמן לומר החזרתו במיגו דנאנסו, א"כ במה הועיל תנאו? והחולקים יתירו שמועיל לענין שבועה, או שמועיל כדי שיפרע בעדים ולא יסמוך כ"כ על המיגו כיון שזה לא נראה טוב בעיני העולם.

הקצות כתב שאף הש"ך לא חלק אלא בטענת החזרתו, אולם בטענת קניתי מודה שנאמן במיגו דנאנסו, דהתנאי מועיל לגבי טענת החזרתו שהיא העיקר ולא לגבי קניתי. **והנתיבות דחה דבריו,** שמה לי החזרתו החפץ או דמיו (קניתי)? ונראה לענ"ד כדברי הנתיבות, שהרי התוס' בב"ב הביאו את דברי ר"ח לגבי טענת קניתי; והקצות תירץ דלדעת רבה שכל מפקיד בעדים צריכים להחזיר לו בעדים מפני שהוא חושדו לשקר, א"כ החשד כולל בין את טענת קניתי ובין את טענת החזרתו. ולכן תוס' דיברו גם על טענת קניתי. אולם לדידן דבסתם נאמן, ודוקא כשהתנה אינו נאמן, א"כ התנאי כולל רק את טענת החזרתו שדוקא עליה אדם חושש.

והוסיף שלדעת הרב המגיד שהטעם שאינו נאמן לומר החזרתו כשהתנה, הוא מפני שהתנאי היה שכל זמן שלא יברר שהחזיר הרי הוא מחייב את עצמו לשלם אע"פ שהחזיר. כל זה דוקא במלוה, אך בפקדון לא, דכיון שהחפץ הגיע ליד המפקיד נפטר הנפקד ואינו מתחייב בכלום. ולכן בפקדון יהיה נאמן לומר החזרתו מיגו דנאנסו לכו"ע. והנתיבות חלק דמה לי מלוה מה לי פקדון? הרי בשניהם יכול לחייב עצמו אע"פ שלא חייב? (ונראה דתליא במח' במקום אחר האם חיוב פקדון מתחיל משעת ההפקדה, או משעה שהפקדון אבד. דהקצות סובר שכל זמן שהפקדון בעין אין שום חיוב על הנפקד, וא"כ אם החזיר הפקדון לא התחייב בשום דבר, לכן לא שייך לומר שהתנאי היה שהוא מתחייב בתשלום חדש, אלא שהתנאי הוא שאם לא יברר שהחזיר לא יפטר מחיוב התשלום של הפקדון, אך כיון שהחפץ הגיע ליד המפקיד א"כ נמצא שמועיל לא התחייב בתשלום על הפקדון. והנתיבות סובר שמשעה ראשונה חל עליו חיוב או לשלם את החפץ או לשלם את דמיו, וא"כ דמיא ממש למלוה).

בו בפני אותם עדים שלא יחזירו לו אלא בפני פלוני ופלוגי, כדי שלא יוכל לטעון: החזרתיו לך (ועיין לעיל סימן ע"ב סעיף י"ח).

מקור הדין הוא מתשובת הרא"ש כלל קו אות ב, ולמד כן מדברי הגמ' לגבי רמאי דפומבדיתא.

1. אם קודם שבא לבי"ד ראו עדים החפץ בידו, וטען בפניהם קודם שהראהו ממושכן הוא בידו:

א. אם בנוסף יש עדי פקדון – לכו"ע אינו נאמן, כיון שהעדים הללו חשובים כראה. ואע"פ שהיה יכול שלא להראותו להם, אין זה מיגו. לדעת הסמ"ע, רעק"א והקצות – כיון שאין מיגו מחוץ לבי"ד. (ולכן אף אם יטען קניתי אינו נאמן). לדעת הש"ך – יש מיגו מחוץ לבי"ד (ולכן בטענת קניתי נאמן), אך כיון שטוען משכנו אינו נאמן אלא בשבועה ונמצא שהמיגו לא הועיל לו באותה שעה, וכשעומד בפני בי"ד כבר אין לו מיגו שהרי יש עדים שראוהו בידו והוי מיגו למפרע דלא אמרינן. וכמו שנתבאר בסעיף הקודם.

ב. אם אין עדי פקדון – דעת הסמ"ע, הקצות ורעק"א – נאמן לומר ממושכן הוא בידו. ודעת הש"ך והנתיבות – אינו נאמן, כיון שהעדים הללו הרי הם כעדי פקדון וראה?.

⁹ הסמ"ע נקט שהרא"ש דיבר כשהיו לו עדי פקדון מלבד עדי הראיה. והקשה הש"ך שלכאור' אין חילוק, שהרי טעמו של הרא"ש הוא מפני שבאותה שעה שהראה החפץ לעדים אע"פ שהיה לו מיגו לא היה זוכה, שהרי היה צריך להישבע ולא נשבע! וא"כ מה לי אם מלבד העדים הללו אנו יודעים שהחפץ היה פיקדון בידו, או שאנו יודעים רק מכח עדי הראיה שהוא הודה בפניהם שהחפץ אינו שלו אלא ממושכן הוא בידו! שהרי אע"פ שבאותה שעה היה לו מיגו לא זכה בו, וא"כ עכשיו בבי"ד שוב לא יזכה בו. וכתב שהרא"ש דיבר כשהיה עד א' ולא ב' עדים.

וכמו כן, בס"ק ו הביא את דברי המבי"ט, שכתב בדומה לסמ"ע שלא אמר הרא"ש אלא בעדי ראה ולא בעדי הודאה, וחלק עליו וכתב שמה לי עדי ראה או עדי הודאה.

אולם, הקצות ורעק"א ביארו את דברי הסמ"ע והמבי"ט, שיש חילוק בין המקרים. העיקרון העולה מדבריהם הוא שאין טענות מחוץ לבי"ד, ולכן אנחנו כלל לא מתייחסים לדברים שהוא אומר מחוץ לבי"ד, אלא א"כ יש פה הודאת בע"ד שמהני לחובתו.

ונמצא שכשאר יש לנו עדי פקדון, א"כ כשעכשיו העדים באים ורואים את החפץ בידו, מבחינת הראיה של העדים הם רואים חפץ של פקדון, והם לא רואים אותו כמוחזק שהרי הם יודעים שהוא קיבל אותו בתורת פקדון. ומה שהוא טוען ואומר שזה לקוח, או שהוא טוען משכנו – זה לא מעלה ולא מוריד, שהרי אין טענות מחוץ לבי"ד.

א"כ לאחר מכן כשנגיע לבי"ד, יש לנו עדי פקדון ועדי ראה ושוב לא יהיה לו 'מיגו' לומר לקוח או החזרתי, שהרי אנו רואים את החפץ בידו ויודעים שהוא הגיע אליו בתורת פקדון. ולהיפך, כשטען קניתי בפעם הראשונה, אף אם עבר זמן מאז שראינוהו בידו – לא יהיה נאמן לטעון בבי"ד קניתי (אם יש לחברו עדי פקדון), דשוב אין לו מיגו 'דהחזרתי' שהרי אנו סהדי שאדם שחושב שהחפץ שלו לא מחזירו. וכמו שכתב ההגמ"י הובא בסעי' הקודם. (והש"ך שם חלק דס"ל שיש מיגו מחוץ לבי"ד, ונאמן במיגו שהיה לו באותה שעה).

אולם, כאשר אין לנו עדי פקדון, א"כ בשעה שהוא מראה את החפץ לעדים העדים רואים חפץ שהוא שלו, שהרי מבחינתם הוא מוחזק בו. ואע"פ שהוא טוען שזה משכנו בידו, אין לזה משמעות שהרי אנו לא שומעים טענות מחוץ לבי"ד. ונמצא שכאשר הוא יבוא אח"כ לבי"ד, אין לנו כאן אלא עדי ראה ותו לא, ועדי ראה בלא עדי פקדון אינם אומרים שום דבר, שהרי הוא נאמן לטעון קניתי והוא מוחזק בחפץ, וא"כ הוא נאמן לטעון ג"כ משכנו הוא בידו ולזכות בשבועה עד כדי דמיו.

אמנם, הנתיבות הסכים עם הש"ך, וביאר שאף הסמ"ע לא הצריך עדי פקדון אלא כדי שנוכל לכוף את הנתבע להחזיר את הפקדון. הנתיבות הקדים שבעצם גם בטענת משכנו נאמן בלא מיגו דומיא דטענת לקוח, שהרי מה לי לקחתי את גוף החפץ או את שווי? וכל הצורך במיגו הוא כדי שיהיה נאמן גם להוציא מחברו ולשם כך צריך גם שבועה. לכן, כאשר יש עדי פקדון שוב אינו נאמן לטעון קניתי, וא"כ גם אינו נאמן לטעון משכנו אלא במיגו. וכיון שאין לו מיגו נצריך אותו גם להחזיר את החפץ לבעליו. אולם, כאשר אין לנו עדי פקדון, א"כ נאמן לטעון קניתי ונאמן גם שהוא משכנו, ולכן הוא יכול להשאיר את החפץ אצלו. אלא שאינו נאמן לטעון שהוא משכנו כדי לגבות מחברו את דמיו, אא"כ יהיה לו מיגו וישבע. וכיון שכשהיה לו מיגו לא יכל להישבע, שהרי זה היה מחוץ לבי"ד, נמצא ששוב אין לו מיגו לענין הזה בבי"ד, ותו לא יוכל לגבות מחברו, אך החפץ ישאר אצלו.

2. **וצריך להתנות עמו בפני אותם עדים שלא יחזירו לו החפץ אלא בפני פלוני ופלוני**, כדי שלא יוכל לטעון החזרתו לך. כלומר, אם הוא יקח אותו מיד לבי"ד אין צורך בתנאי, אך אם הוא לא תובע אותו מיד צריך להתנות, דא"כ יוכל לטעון לאחר שהעדים ראוהו בידי החזרתו; וכיון שכן יהיה נאמן לטעון משכון במיגו דהחזרתו¹⁰.

סעיף ד

אמר המערער להמחזיק: מה טיבו אצלך, ואמר לו: אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה, וטען המערער: לפלוני הפקדתו ואמרתי לו: אל תחזירה לי אלא בעדים, ולא החזירו לי ונתנו לך שלא במצותי, ישבע המחזיק שהמערער מכרו או נתנו לו, ויפטר.

1. טען המחזיק קניתי ממך, וטען המערער הפקדתו לפלוני ע"מ שלא יחזיר אלא בעדים ולא החזירו לי – ישבע המחזיק שקנאו ויפטר. ואפי' אם יש למערער עדים על טענתו.

רבינו יונה בב"ב כתב שבב' המצבים הללו נאמן המערער ומוציאים מיד המחזיק, דכיון שאנו יודעים שזה יצא מתחת ידו בהשאלה ולא היה השואל נאמן לטעון החזרתו, א"כ גם הבא מכוחו אינו נאמן. ואע"פ שטוען קניתי ממך ישירות אינו נאמן, דאינו חשוב מוחזק. שהרי אנו יודעים כיצד החפץ יצא מתחת ידי המ"ק.

אולם, **הטור** דחה דבריו, שהרי השני מוחזק בחפץ וטוען קניתי ממך, א"כ מה בכך שהפקידו אצל חברו? וביאר **הבדק הבית** שאע"פ שרבינו יונה סובר כר"ף שאם התנה עמו 'אל תחזירה לי אלא בעדים' אינו נאמן לומר החזרתו בפני פו"פ והכלו למדה"י, ונמצא שלמחזיק אין שום טענה כדי להיפטר; אך זה עדיין לא מסביר מדוע אין המחזיק נאמן, שהרי מה בכך שהתנית עמו אולי יש לו עדים שהחזירו לך? **ועוד**, הרי המוחזק טוען שקנה את החפץ ישירות מהמערער, וא"כ הוא טוען ודאי שהוא החזירו לך שהרי אתה מכרתו לי, וא"כ אתה משקר ואין שום ראיה בכך שפעם הפקדת אותו לאותו פלוני. ולכן פסק השו"ע להלכה שהמוחזק נאמן.

2. אפי' הביא המערער עדים שהתנה עמו ע"מ שלא יחזירו אלא בפני פו"פ, ואותם פו"פ מעידים שלא החזירו בפניהם – נאמן המחזיק. כ"כ הש"ך וטעמו דשמה ביטל ההתראה בפני עדים אחרים, או שהחזירו בפני עדים אחרים ואילו היה כאן היה מביאם. ועוד שהרי הוא טוען 'שקר אתה דובר, שהרי אתה מכרתו לי'. אמנם, **הב"ח** חולק וסובר שבכה"ג מוציאין מידו, וביאר שלא נחלקו **הטור** ורבינו יונה, שר"י דיבר כשהביא עדים שהתרה בו אל תחזירה לי אלא בפני פו"פ והעידו שלא החזירו, ולכן בכה"ג מוציאין מיד המחזיק. והטור הבין שר"י דיבר כשלא הביא עדים ולכן השיג; ולכן ביאר שהשו"ע דיבר כשאין עדים, אך אם יש עדים הוא מודה לרבינו יונה שמוציאין מידו, דאע"פ שהנפקד עצמו יכל לטעון החזרתו לך במיגו דנאנסו, אך לא טענינן הכי למחזיק כיון שזוהי טענה גרועה (כמו שליתומים לא טוענים נאנסו אלא רק החזרתו מיגו דנאנסו).

3. **האם טענינן שמה היה מביא עדים שהחזיר? הקצות** התקשה כיון שמדברי בדק הבית והש"ך משמע שטענינן אולי היה מביא עדים, וקשה שהרי א"כ אף ליתומים בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר לא נוציא מידיהם, שמה היה לאביהם עדים שקנאם? ותוכן דבריו שהרי טענינן זה רק בטענות, ולא טוענים אולי היו לו ראיות? ולכן תירץ שכאן באמת הוא נאמן בטענת החזרתו, אלא שהנפקד קיבל על עצמו לא להיות נאמן בטענה זו אלא א"כ יביא עדים, ולכן אינו נאמן לטעון כך. אולם, המחזיק לא קיבל על עצמו זאת, וא"כ הוא נאמן בטענה שהנפקד החזירו, שהרי בעצם

¹⁰ והתקשו האחרונים בשאלה: מה יועיל לו התנאי? הרי עדיין יכול חברו לטעון נאנסו, וא"כ נאמן אף במשכון מיגו דנאנסו? ואין לומר שבאנו להרויח את השבועה, שהרי בכל ענין הוא יצטרך לישבע כשיבוא ליטול את דמי המשכון!! **רעק"א** תירץ שכדי להחזיק במשכון לא יצטרך שבועה, כיון שיהיה נאמן לטעון משכון במיגו דהחזרתו, ואינו צריך שבועה אלא כשבא לגבות את דמיו, אך אם רוצה להחזיק בו הרשות בידו. ולכן מועיל התנאי שלא יוכל להחזיק בו בלא שבועה, שהרי כל המיגו שלו זה מכח נאנסו, ונאנסו עצמו שבועה בעי.

הקצות תירץ שכיון שטען בתחילה בפני עדים שהוא משכון בידו, והוא לא נאמן בכך, א"כ הרי הוא ככופר בפקדון ומתחייב אף באונסין. ולכן אף כשיבוא לפני בי"ד אח"כ ויטען שהפקדון נאנס, הוא חייב לשלם כיון שכפר מתחילה וטען משכון הוא בידו. ונמצא ששוב אין לו מיגו דנאנסו. **הנתיבות כתב** שבטענת לקוח אולי הוא צודק, כיון שסו"ס מבחינתו הוא אינו נאמן ונמצא שמבחינתו הוא כופר בפקדון ומתחייב באונסין. וא"כ זה מועיל להסביר את דברי הרמ"א בס"י עב. אולם, אצלנו מדובר כשטוען משכון הוא בידו, ונהי שאינו נאמן כדי שנגבה לו את החוב, אך זה לא אומר שהוא כופר בפקדון, כיון שהוא טוען שהוא מחזיק אותו עבור חוב שיש לחברו בידו, ולא מתחייב באונסין בשביל כך?!

לכן תירץ הנתיבות, שבכה"ג ודאי שאינו נאמן במיגו דנאנסו, שהרי כל כוונתו בתנאי הזה שהוא לא יוכל להשתמש ממנו, ואם יהיה נאמן במיגו א"כ לא הועיל כלום שהרי לעולם יש לו מיגו דנאנסו!! ולכן ודאי שהתנאי מועיל כדי לבטל לו את המיגו.

זו טענה טובה. ולכן כאן אנו טוענים 'החזרת' וזה מועיל לנפקד. **והנתיבות** כתב שכלל לא קשה מידי, **דשאני** הכא שהוא מוחזק בחפץ, אלא שהמערער בא לבטל חזקתו ע"י עדים אלו, ולכן אנו טוענים לו דשמה חברו היה מביא עדים שהחזירו לו, דבכה"ג טענין עדים לקיים החזקה. **אולם**, ביתומים בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר לא טענין להו, שכיון שאינם מוחזקים בחפצים כלל, לא נעשה טענין בכה"ג לייצר להם חזקה. (לפי"ז צ"ל שטענין אינו רק בטענות, אלא כעין 'פתח פיד לאילם' שכיון שהמציאות הפשוטה שהוא מוחזק והלה בא לטעון שזה לא נכון, אנו אומרים לו שהוא צריך לברר דבריו בצורה יותר טובה). **אולם**, **היה מקום להבין** (ואולי בעצם זו כוונת הנתיבות) שאין זה מדין 'טענין', אלא שבעצם אנו אומרים למערער שכיון שהשני מוחזק בחפץ, הוא צריך להביא ראיה שבאמת הוא לא קנה ממנו, ועדי הפקדון אינם ראיה שהרי יכול להיות שהנפקד החזיר לו. ואע"פ שהנפקד לא היה נאמן לטעון שהחזיר, אך אולי היו לו עדים שהוא החזיר. ולכן, נמצא שבעצם אין לך באמת ראיה שהשני לא החזיר ואתה לא מכרת, ולכן המוחזק נאמן בטענתו שהוא קנה את החפץ ממך.

סעיף ה

במה דברים אמורים שהמחזיק נאמן, בדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר. אבל בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, ויש למערער עדים שהיה שלו, וראו אותו עתה ביד המחזיק, וזה אומר שהשאלו 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 היורש בלא שבועה, (ויש אומרים דצריך (המערער) לישבע וליטול) (רמב"ם פ"ח מטוען בשם הגאונים והראב"ד וכן"ל עיקר). ואם טען היורש טענת ודאי ואמר: בפני נתנו למורישי או מכרו לו, הרי המערער נשבע היסת.

1. בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אם יש למערער עדי מ"ק, וראו אותם עתה בידו – אין המחזיק נאמן לטעון לקוח או ממושכן הוא בידי; ואע"פ שאין למ"ק עדי פקדון. ואחר שמחזירו יכול להשביעו היסת, ש"ך.

שבועות מו: "דשלח רב הונא בר אבין: דברים העשויין להשאיל ולהשכיר, ואמר לקוחין הן בידי - אינו נאמן. כי הא דרבא אפיק זוגא דסרבאלא וספרא דאגדתא מיתמי, בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר". **אמנם**, **רש"י ור"ח** שם פירשו שדוקא כשראוהו יוצא וכלים מוצגים תחת כנפיו, ובעה"ב אינו עשוי למכור כליו, ודברים שאין דרכן להטמין והוא לא אינש דצניע. ודוקא כשמתקיימים כל התנאים הללו בצירוף דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אז אין המחזיק נאמן לטעון קניתי.

אולם, **דעת התוס'** **שם והרי"ף והרמב"ם ורוב הראשונים** שבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אין צורך בכל התנאים הללו, אלא עצם זה שעשויים להשאיל מספיק כדי שהאדם לא יחשב מוחזק, שהרי אנו יודעים כיצד החפץ הגיע לידו, שהרי הוא שאל אותו מבעליו ואינו נאמן בטענת קניתי.

2. אף אם שהו בידו ג' שנים אין לו חזקה. כ"כ בעל העיטור ורבינו יונה; וטעמם דשמה שכח למי השאילם, ועוד שלפעמים משאילים אותם ליותר מג' שנים.

3. אם מת המחזיק, מוציאין אותו מיד היורשים. **האם צריך שבועה?** דעת השו"ע שלא, ודעת הרמ"א שכן. ואם טען היורש טענת ברי שקנאו מורישו, נשבע המערער היסת.

נחלקו בדין זה הגאונים, הרמב"ם והראב"ד: **דעת הגאונים** שצריך להישבע היסת ואח"כ ליטול, דטענין ליתומים כל מה דמצי למיטען אבוהון. **והרמב"ם חלק** דכיון שאף מאביהם היו מוציאים בלא שבועה כך גם מהם. (וטעם מח' נראה שהוא בשאלה האם טענין היסת בשמא, שלדעת הגאונים כן, ולכן משביעים כאן היסת. אולם לדעת הרמב"ם לא). **ודעת הראב"ד** שנשבע ונוטל בנקיטת חפץ כדין כל הנשבעין ונוטלים. השו"ע פסק כרמב"ם, והרמ"א פסק לכאוי' כראב"ד כיון שכתב "וישבע ויטול". אולם, כתב **הסמ"ע** שכוונתו שבועת היסת, וכתב שאף הראב"ד לא הצריך נקי"ח אלא כשמוציא מהאבא ולא מהיתומים. **והש"ך** כתב שהראב"ד ודאי פליג והצריך נקי"ח אף ביתומים, וכן משמע פשוט לשון הרמ"א. **אולם** לדינא הכריע שצריך רק היסת כפשט הבנת הרמב"ם בגאונים, וכתב שאולי אף ברמ"א הוא ט"ס.

הסמ"ע והש"ך התקשו בסתירה מדברי המחבר והרמ"א מסי' ק"ן סעי' ו, ששם השו"ע הביא את ב' הדיעות ואילו כאן נקט כרמב"ם, ואף הרמ"א שם לא כתב שהעיקר כדעה האחרונה כמו שנקט כאן!! ותירץ הש"ך דשם הוא לא טוען שגוף הפירות שלו, אלא שהוא טוען על דמיהם דומיא דמשכון, וא"כ מיירי שם שבועת הגאונים של נשבע על המשכון ולכן שייכת שם שבועה בנק"ח של נשבע ונוטל, שהרי הוא רוצה להוציא מהיתומים את שווי הפירות. משא"כ כאן שהמערער טוען שהחפץ עצמו שלו ואותו הוא רוצה ליטול, ובוה לא שייכת שבועת הגאונים על המשכון. אלא שלאחר שאביהם היה מחזיר את החפץ, היה יכול להשביעו היסת, והיסת אין משביעים בשמא ולכן פסק השו"ע כאן שאין משביעים את היתומים כלל.

הסמ"ע ביאר שבכלים העשויים להשאיל ולהשכיר היתומים מוחזקים, ולכן הרמ"א מצריך שבועה. משא"כ בסימן קמט סעי' כב שהמערער הוא מוחזק, לכן הוא אינו צריך שבועה.

סעיף ו

במה 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 שני"ז ושס"ד (ונתבאר לעיל סימן צ').

1. אף בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר, נאמן המערער דווקא כשטוען השאלתי או השכרתי. אולם, אם טוען גנבת ממני - לא, אלא אם יצא לו שם גניבה בעיר. דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן.

שבועות מו: לגבי ראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו ויצא שאינו נאמן לומר לקוחים, "ולא אמרן אלא זה אומר שאולין וזה אומר לקוחין, אבל בגנובין - לאו כל כמיניה, לאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן". **וכתבו רוב הראשונים שדין זה נכון אף בכלים העשויים להשאיל ולהשכיר,** וכמו שביאר הרא"ש "דכיון דאמר גנובים איתרע לה חזקתו של כלים שהן עשויין להשאיל ולהשכיר כיון שהוא טוען שלא יצאו מתחת ידו בתורת שאלה ושכירות, ובמיגו דשאלה ושכירות לא מחזקינן אינשי בגנבי". אמנם, התוס' שם למעלה (אך למטה כתבו כרא"ש) כתבו שבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר נאמן בעה"ב אף לטעון גנובים, והביא השו"ע בסי' צ דעתם, אולם כאן השמיטה לגמרי.

סעיף ז

מי שהיו בידו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר, אף על פי שהודה ואמר לו: יודע אני שהיה שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי במתנה, והלה טוען שנגנבו ממנו, אין מוציאין אותם מידו, אפילו הביא זה עדים שהיו ידועים לו, שאדם עשוי למכור כליו. (ויש חולקין וס"ל דלא עדיף (המחזיק) מאותו פלוני בעצמו, וכיון שאותו פלוני אינו נאמן, גם הוא אינו נאמן (ראב"ד וטור ותשובת מ"י דמשפטים סימן ל"ב), כנ"ל עיקר). ואם טען זה עליו ואמר: אני השכרתים לך, או: השאלתים לך, מוציאים אותם מידו. ואם היו מדברים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר, הרי זה נשבע היסת שלא השאיל לו ולא השכיר לו אלא מפלוני לקח, ויעמיד כליו בידו.

דברים העשויים להשאיל ולהשכיר וטען המחזיק יודע אני שהיו שלך אבל קניתי מפלוני, והמערער טוען נגנבו ממני:

1. **אם טוען השאלתים לפלוני והוא גזלם בכך שמכרם לך:** ש"ך - שו"ע אינו נאמן, רמ"א - נאמן וכן עיקר. נתיבות - לכו"ע נאמן בכה"ג. הש"ך ביאר שזו מח' הרמב"ם עם הראב"ד והטור¹¹, דעת הרמב"ם

¹¹ **מקור דין זה הוא בדברי הרמב"ם** (טו"נ פ"ח ה"ז): "מי שהיו בידו דברים העשויין להשאיל ולהשכיר אף על פי שהודה ואמר לו יודע אני שהם שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי במתנה אין מוציאין אותם מידו, אפילו הביא זה עדים שהיו ידועין לו שאדם עשוי למכור את כליו". **וכתב עליו הראב"ד:** "א"א לא ידעתי למה אם בשביל שטוענין ללוקח הלא הראשון שזה בא מכחו - לא היה יכול לטעון, ועוד הרי לא טען רבא ליורש בספרא דאגדתא". **וכן תמה עליו הטור:** "ואיני מבין דבריו מה יועיל שיאמר פלוני מכרם או נתנם לי אפי' אם היה אותו פלוני לפנינו והיה טוען שהמערער מכרם או נתנם לו לא היה נאמן א"כ מה יועיל למחזיק שטוען שפלוני מכרם או נתנם לו כיון שהמערער טוען שהשאלים או השכרים לאותו פלוני וכן השיג עליו הראב"ד".

וליישב קושייתם כתב הרב המגיד (שם ה"ה): "דע שדעת רבינו ז"ל עיקר, וטעמו הוא מפני שאין מחזיקין בני אדם בגנבים, וכל שהוא מודה שלא השאיל ולא השכיר לזה כלי זה אינו נאמן לומר נגנב ממני או השאלתיו לאחר והוא מכר לך וכן עיקר". דהיינו שהרמב"ם לא מחלק בין טענת פלוני גנב ממני ומכר לך, לטענת פלוני שאל ממני ומכר לך שהרי אף זה קרוי גניבה; ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן.

אולם, הראב"ד והטור מחלקים בין טענה שפלוני גנב, דהיינו החציף פניו והלך ונכנס לביתו של חברו וגנב ממנו חפץ זה; לבין טענת השאלתי לפלוני ומכרו לך, שאע"פ שזה אסור וזה נחשב כגניבה, אך אין בזה את החוצפה של הגניבה ולכן בכה"ג אדם נאמן לטעון שפלוני גנבו ממני.

יש לשאול: מדוע כשהוא טוען הפקדתי חפץ זה או השאלתי לך, והלה טוען ממך קניתי - נאמן המערער בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר!! מדוע לא נאמר הכיצד אתה נאמן לטעון שחברך כופר בפקדון, הרי אתה בעצם טוען שחברך גונב את זה ממך עכשיו בכפירתו!! לשיטת הראב"ד זה לא קשה, שהרי לא אמרנו שאדם אינו נאמן לטעון שחברו גוזל אותו, אלא שאינו נאמן לטעון שחברו כ"כ חצוף עד כדי כך שהוא יכנס לתוך ביתו ויגנוב ממנו. אולם, כשהחפץ הגיע לידו בהיתר והוא רוצה עכשיו לגזול ממנו, או שהוא הולך ומוכר אותו למישהו אחר, בזה נאמן.

שאינו נאמן 'דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן', והרי אומר שפלוני גנב. אך הראב"ד והטור סוברים, שנאמן שהרי אינו אומר שפלוני העיז פניו לפרוץ לביתו ולגנוב, אלא שמכר חפץ שאינו שלו; ודומיא דכופר בפקדון שאע"פ שהוא גונב בכפירתו לא אמרינן ש'אחזוקי בגנבי לא מחזקינן'. אך הנהיבות כתב שמוכח מקלד, ד שלכו"ע נאמן המערער, ולא אמרינן 'אחזוקי אינשי בגנבי וכו' בכה"ג, שהרי שם המחזיק טוען קניתי מהאומן, והמערער נאמן להוציא מידו בטענה שהאומן מכר לו שלא כדין; וכן הקשה הט"ז. לכן, הנהיבות ביאר מח' במקרה הבא.

2. אם טוען פלוני נכנס לביתי וגנב ממני: ש"ך וסמ"ע – לכו"ע אינו נאמן, דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. **נהיבות** – שו"ע אינו נאמן, דאחזוקי וכו'. רמ"א – נאמן, דדוקא כשטוען שהנתבע גנבו אינו נאמן, שהרי זה נגד חזקת כשרות שלו. אולם, כשטוען שפלוני שאינו לפנינו גנבו – נאמן, שהרי אין זה נגד חזקת כשרות שלו, שאולי אף הוא קנה ממשהו אחר ולא גנב בעצמו. ובה נחלקו השו"ע והרמ"א. הסמ"ע הבין כנהיבות שהשו"ע דיבר במקרה זה, אלא שתמה על הרמ"א שחלק וכתב שא"א לא חולק בדיון זה. ומשמע שהודה לש"ך שהרמב"ם והראב"ד נחלקו במקרה הקודם, אלא שהבין שלא על זה דיבר השו"ע.

3. אם טוען נגנבו מביתי ואיני יודע מי גנב: ש"ך – נאמן במיגו דהשאלתים לך, ואפי' אין ידוע שנגנבו כליו. ולא הוי מיגו להוציא כיון שצריך לשלם דמיהם ללוקח מתקנת השוק. ולפ"ז אם המחזיק טוען פלוני נתנם לי במתנה, כיון שאינו צריך לשלם דמיהם לא נאמן דהוי מיגו להוציא. קצות – אינו נאמן דהוי מיגו להוציא, ואע"פ שהתוס' כתבו בחד תירוצא כש"ך, אך זה לשיטתם שגם לאחר שעושים טענין טענתו מוגדרת כשמא, וא"כ מיגו להוציא בברי ושמא אמרינן. אך לדעת הרמב"ם לאחר שעושים טענין הוי טענתו טענת ברי, ובכה"ג לא אמרינן מיגו להוציא.

כ"כ התוס' והרא"ש בשבועות מו. לגבי המכיר כליו וספריו ביד אחר שאינו נאמן לטעון נגנבו ממני א"כ יצא לו שם גניבה בעיר. והתקשו התוס' מדוע אינו נאמן במיגו דהשאלתים לך? ותירצו שמדובר באדם שאינו רגיל עמו, שאינו עשוי להשכיר לו; וכ"כ הרא"ש. אולם הרב דודי תירץ בתוס' שמיגו להוציא לא אמרינן. אך מבואר בתוס' וברא"ש שאין זה בכלל מיגו להוציא. **הש"ך כתב** מפני שהוא צריך לשלם את דמיו מתקנת השוק. ולי היה נראה שזה מפני שבכלים העשויים להשאל ולהשכיר המ"ק נחשב כמוחזק בחפץ, כל זמן שלא טוען שחברו גנבם. וכיון שכאן אין חיסרון של 'אחזוקי אינשי' א"כ הוא ממשיך להיות מוחזק.

הקצות והנהיבות הקשו על הש"ך, שהרי אם טוען שקיבל במתנה מפלוני אין המוכר צריך לשלם לו, דבכה"ג לא שייכת תקנת השוק, וא"כ לטעמו של הש"ך הרי זה מיגו להוציא ולא אמרינן!! ולא ראינו מי שחילק בזה! **ולכן כתב הנהיבות שאפשר לומר 'קים לי' כחולקים.**

4. אולם, אם טען המערער אני השכרתים או השאלתים לך, נאמן ומוציאים מידו שהרי אלו כלים העשויים להשאל ולהשכיר. אך אם מדובר בכלים שאינם עשויים להשאל ולהשכיר, נשבע המחזיק היסת שקנאם מפלוני, ואין מוציאים מידו.

אך לדעת הרמב"ם והשו"ע קשה!! וצריך לומר ש'אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן' אין כוונתו לומר שאנשים לא גונבים, כיון שיכול להיות שאנשים גונבים ועושים הרבה איסורים, וכמו כן ודאי לנו שיש הרבה גנבים בשוק. אלא **הכונה** שכאשר אנו דנים על המוחזקות של האדם, אנו לא מפרשים שהיא נוצרה באיסור. כלומר, כאשר אנו רואים חפץ אצל פלוני ואיננו יודעים כיצד הוא עבר אליו, יש לנו כמה אפשרויות כדי להשלים את התמונה: או שהוא קנה את החפץ מהבעלים או משליחיו, או שהוא גנב אותו. על כך אומרת הגמ' ש'אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן', ולכן אנו לא נשלים את התמונה שחסרה לנו באמירה שהוא גנב. אנו לא נפרש את המציאות כגניבה כשהיא לא מוכרחת להיות כזאת. **אך כל זה נכון כאשר אנו צריכים לפרש את המציאות**, דהיינו כשאנו באים לדון האם הוא מוחזק בחפץ הזה או לא? האם האחיזה שלו מתפרשת כבעלות או לא? אולם, כאשר ודאי לנו שהאחיזה שלו היא פקדון, וא"כ חלה עליו חובת השבה, אלא שהוא רוצה להיפטר ממנה בטענה קניתי ממך, או אתה ציוויתני למוכרו לפלוני, הוא לא נאמן בכך. ולא אמרינן בכה"ג 'אחזוקי אינשי וכו' וא"כ ודאי שזה שהוא מכר את החפץ זה היה בהיתר. אלא הוא חייב לשלם את דמיו, כיון שהשאלה שלנו אינה איך לפרש את החזקה שלו בחפץ, אלא השאלה שלנו היא האם הוא נפטר מחובת ההשבה של החפץ? ועל כך אין לנו שום מידע. נמצא, שהשאלה היא על מה אנו דנים, אם הדיון הוא על המוחזקות של האדם **כיצד לפרש אותה, על כך נאמר אחזוקי אינשי בגנבי. אולם כאשר השאלה אינה על המוחזקות, אלא האם הוא נפטר מחובת ההשבה של החפץ? על כך אין לאחזוקי אינשי מה לומר, כיון שאין זה ידיעה כמו אנו סהדי וכדו'.**

לכן, כאשר הוא טוען גנבים גנבו ממני ומכרו לך הוא נאמן בכלים העשויים להשאל ולהשכיר במיגו, שהרי הוא לא טוען שהחזקה שלך נעשתה באיסור אלא אתה באמת קנית כדין, אלא שהגנבים שלהם ודאי אין מוחזקות, הם גנבו ומכרו לך. אך אם יטען פלוני (שאינו מוחזק כגנב) גנב ממני ומכרו לך אינו נאמן, שהרי הוא רוצה לומר לנו שנדון את מוחזקותו של אותו פלוני כגניבה, וזה אנו לא עושים.

ב"ה יום ה' י"ח אדר ב' ה'תשע"ד

סימן קלד

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

סעיף א

האומן, בדבר שהוא אומן, אין לו חזקה בכלים שתחת ידו, אחד כלים העשויים להשאל ולהשכיר, ואחד שאר כלים. כיצד, ראה כליו ביד האומן, והביא עדים שהם יודעים שהכלים שלו, הוא טוען ואומר: לתקן נתתי לך, והאומן אומר: לא בא לידי אלא במכירה, או מתנה, או שטען: אתה נתת לי, אתה מכרת לי אחר שבא לידי לתקן, 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 היסת על טענתו. ואם לא ראה הכלי ביד האומן, אלא טען: כלי פלוני נתתי לו לתקן, והאומן אומר: החזרתיו ומכרתו, או נתת לי במתנה, (או לקוח הוא בידו) (טור ס"ב), האומן נשבע היסת, ונפטר, מתוך שיכול לומר: לא היו דברים מעולם.

1. אומן, בדבר שהוא אומן אין לו חזקה בכלים הנמצאים אצלו, ודינם כמו כלים העשויים להשאל ולהשכיר. ולכן, אין צורך בעדי מסירה אלא מספיק עדי ראה; ושוב אין האומן נאמן לומר קניתי או נתתו במתנה, או מכרתו לי אחר שבא לידי. דכלי אומנותו הוי דומיא דכלים העשויים להשאל ולהשכיר שאנו יודעים כיצד הגיעו לידו¹².

2. אפי' אם שהה הכלי ביד האומן כמה שנים – אין לו חזקה. כן כתב הטור דומיא דכלים העשויים להשאל ולהשכיר. אולם, רבינו ירוחם הביא שהרשב"א חלק וכתב שאם הניחם ביד האומן ימים רבים כשיעור שאין דרך בני אדם להניחם – יש לו חזקה.

¹² **ב"ב מה. - מו.** איתא במשנה "אומן אין לו חזקה", ונחלקו אביי ורבה האם צריך עדי פקדון או שמספיק עדי ראה, וקיי"ל כאביי **כיון דאיתותב רבה**. דעת רבה שאומן אין לו חזקה רק כשאתה מוכיח שמסרת לו את הכלי לתקנו ואיכא עדי ראה. ודחתה הגמ' את דבריו שהרי א"כ מה בינו לאדם רגיל, שהרי כל אדם אינו נאמן כשיש עדי פקדון וראה!! וביארו הראשונים שרבה סובר שבאומן מספיק עדי מסירה אע"פ שאינם יודעים אם נמסר לו בתורת מכירה או תיקון, שבאדם רגיל נאמן לומר שזה היה מכר או מתנה אך באומן סתם מסירה היא לתיקון. אולם אביי סובר שאומן אין לו חזקה כל היכא דאיכא עדי ראה, דהרי זה ככלים העשויים להשאל ולהשכיר שכיון שהם עשויים לכך אנו תולים שהגיעו לידו בשאלה ושכירות ועליו חובת הראיה שלא כך. אותו דבר אומן שכיון שאנשים מוסרים לו חפצים לתיקון, אנו תולים שהחפץ הזה הגיע לידו כדי לתקן. אך גם אביי מודה שאם יש לאומן מיגו שהוא נאמן, ולכן כשאין עדי ראה שיכול האומן לטעון להד"מ נאמן לומר לקוח. **כך ביארו רוב הראשונים, וכך פסקו הרמב"ם, הטור והשו"ע לדינא.**

אולם, דעת הרי"ף ור"ת והרמב"ן שנחלקו בשאלה האם יש לאומן מיגו, שלדעת רבה אומן נאמן במיגו ולדעת אביי לא. ולכן כשאין עדי ראה, אע"פ שהאומן נאמן לטעון להד"מ אם מודה שהחפץ אצלו וטוען קניתי ממך – אינו נאמן. והוא תימא!! מדוע שלא יהיה לאומן מיגו!! התייב כשיש עדי ראה, א"כ כיון שאנו יודעים שהחפץ בידו אנו תולים שהגיע לידו בתורת אומנות, ושוב אין החזקה שלו מוכחת כלום, ולכן הוא צריך להביא עדים שקנה מהמ"ק; אולם כשאין יודעים כלום, והוא מספר לנו שהחפץ בידו ושקנאו מבעליו מדוע שלא יהיה נאמן!!

הרמב"ן (ב"ב מו.) מבאר "ותקנה תקנו באומנין שלא יהיו נאמנין לעולם לומר לקוחה היא בידי משום מגו, שאם אתה אומר כן לא שבקת חיי לכל בעלי בתים שאין אדם עשוי ליתן כליו לאומן בעדים כל שעה ושעה וכו', ותקנתן של אומנין עצמן היא כדי שיהיו בעלי בתים מצויין אצל האומנין שאם היו יראין להפסיד שלהן לא היו מצויין כל כך אצלם".

אולם, התומים הבין שלדעת הרי"ף אין זו תקנה, אלא מדינא אין האומן נאמן כלל. וטעם הדבר שכיון שהוא אומן, א"כ המוחזק בחפץ הוא בעה"ב ולא האומן, וא"כ מה בכך שיש לו מיגו? הרי זה מיגו להוציא, שלא אמרינן. ואע"פ שהחפץ נמצא ביד האומן מבחינה פיזית, אך מבחינה דינית כיון שלאחיות האומן אין משמעות, א"כ אנו הולכים אחר המ"ק ומבחינתנו האומן רוצה להוציא ממנו.

3. אם אין עדי ראה, נאמן האומן בכל ענין. ולא כדעת ר"ת והר"ף שאומן אינו נאמן אפי' במיגו דלחד"מ, משום תקנה שהתקינו לאומנים כדי שיהיו בעה"ב מצויים אצלם (רמב"ן); ורק כשטוען להד"מ ממש נאמן.

4. אם המ"ק טוען **השאלתי לאומן** בכלים שאינם עשויים להשאל ולהשכיר: דעת הסמ"ע שאינו נאמן שהרי האומן מוחזק, ומיגו להוציא לא אמרין. ודעת התומים והנתיבות שנאמן וטעמם מפני שהאומן אינו מוחזק כלל בכלי אומנותו, ולא הוי מיגו להוציא. מבואר שמח' היא האם בכלי אומנותו אומן אינו מוחזק כלל, כדעת התומים. או שהאומן מוחזק, ורק כשבעה"ב טוען הבאתי לך לתקן אז האומן אינו מוחזק, שהרי אנו יודעים כיצד זה הגיע לידו. וכך סובר הסמ"ע.

ולכאור' זה דומה למח' האם בכלים העשויים להשאל ולהשכיר וטוען בעה"ב גנובים נאמן? שדעת התוס' בשבועות שנאמן, שכיון שהם עשויים להשאל א"כ אין שום משמעות למוחזקות של השני, אלא המ"ק מוחזק בהם. ואע"פ שאחזוקי אינני בגנבי לא מחזקינן הרי יש לו מיגו ולא הוי להוציא. אולם, הרא"ש שם דחה דבריהם וכתב שכיון שמודה שלא השאילם או השכירם א"כ נעשה השני מוחזק בהם. ומבואר מדבריו שרק בטענת השאלתי או השכרתי השני אינו מוחזק אלא המ"ק, אולם כשטוען גנבת אינו מוחזק.

סעיף ב

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

1. אפי' מסרו לאומן בעדים, אם אין עדי ראה נאמן האומן במיגו דהחזרתי; ונשבע היסת ונפטר. כיון שהמפקיד אצל חברו בעדים אין חייב להחזירו בעדים.

2. אין מחייבים את האומן להוציא את הכלי, כדי להראותו. ב"ב מו. "א"ל אביי לרבא: תא אחוי לך רמאי דפומבדיתא מאי עבדי; א"ל: הב לי סרבלאי, לא היו דברים מעולם. הא אית לי סהדי דחזיוה גבך! אמר ליה: ההוא אחרינא הוה. אפקיניה ונחזינהו! אמר ליה: איברא, לא מפיקנא ליה. אמר רבא: שפיר קאמר ליה, ראה תניא. אמר רב אשי: ואי חכים - משוי ליה ראה, דאמר ליה: אמאי תפיסת ליה, לאו משום דאית לך גבאי? השתא אפקינהו ושימינהו, שקול את דידך ואשקול אנא דידך. א"ל רב אחא בריה דרב אויא לרב אשי, מצי א"ל: לא צריכנא לשומא דידך, כבר שמוה קמאי דקמך".

3. אך אם הוציאו, ויש לבעה"ב עדי מ"ק מוציאים מיד האומן. אף בלא עדי פקדון, כדעת אביי ולא כרבה שהצריך עדים וראה.

סעיף ג

אף על פי שמסרו בעדים, אם העדים שראו החפץ בידו אין מכירים בודאי שזהו של המערער, אלא שנדמה להם בסימנים כמו שלו, אם טוען: לא נתת לי מעולם, נאמן. אבל אם טוען: נתת לי לתקן ושוב לקחתיו ממך, אינו נאמן. הגה: דאין כאן מיגו טוב, שירא לומר: לא היו דברים מעולם, כיון שהעדים ראו כיצא בזה בידו (טור ס"ב).

עדי ראה שאין מכירים החפץ בודאות, אלא שנדמה להם בסימנים כאילו הוא שלו:

1. אם טוען האומן להד"מ, נאמן. דלא חשיבי עדי ראה, שהרי לא זיהו את החפץ בידו.

2. אך אם טוען אמת שנתת לי אך חזרתי וקניתי ממך - אינו נאמן. דאינו רוצה לטעון להד"מ, כיון שהעדים ראו כיצא בו בידו, ולכן אין לו מיגו.

מקור דין זה הוא מהסוגיא הקודמת לגבי רמאי דפומבדיתא, שאמר רבא 'שפיר קאמר ליה, ראה תניא' **והתקשו התוס'** מדוע היה צריך לומר 'ראה תניא'? שיאמר שפיר קאמר שהוא לא מוציא, שהרי אם יוציא יתחייב לשלם, ופשיטא שאינו חייב להוציאו! ולכן ביארו 'שפיר קאמר כלומר שטוען טענה זו לא היו דברים מעולם', ולכן אין כאן עדי ראה, אך אם היה טוען קניתי ממך העדים היו נחשבים כעדי ראה, דכיון שהם ראו משהו דומה שנמצא בידו, שוב אין לו מיגו.

אולם, הרא"ש בתשובה למד מהסוגיא שהכוונה שאם יראו את החפץ בידו מחוץ לבי"ד שוב לא יהיה לו מיגו, ואע"פ שהוא טען לפני שהראה שהחפץ שלו או שהוא ממושכן בידו, וטעמו שאין מיגו מחוץ לבי"ד; וכמו שנתבאר בסי' קלג ס"ג. **והבין רעק"א שהרא"ש ותוס' חלוקים**, והתקשה כאן הרי השו"ע בסי' קלג פסק כרא"ש, וא"כ כיצד פסק כאן כתוס', הרי אם אנו פוסקים כתוס' אין ראייה לדינו של הרא"ש.

סעיף ד

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

1. אם הטלית יוצאת מתחת ידי אחר, והוא טוען קניתי מהאומן וברי לי שאתה מכרתו לו - נאמן; במיגו דקניתי ממך. וכגון שטוען שאתה אמרת לו למכרו לי, או שאתה מכרת לו בפני. **ב"ב מה:** "אמר רבה: סיפא - ביוצא מתחת ידי אחר, וקאמר ליה אחר: בפני אמרת לו למוכרו וליתנו במתנה, מיגו דאי בעי א"ל מינך זבנתיה, כי א"ל נמי בפני אמרת לו למוכרו - דבריו קיימין ומהימן".

2. אך אם הוא טוען קניתי מהאומן, שאמר לי שקנאו ממך - אינו נאמן ומוציאין מידו. שהרי האומן עצמו אינו נאמן בטענת קניתי.

3. **האם יש צורך בעדי ראה?** דעת הסמ"ע והש"ך והנתיבות שכן, שהרי בלא עדי ראה אף האומן נאמן לטעון קניתי ממך, וטענין ללוקח. והלוקח אינו נחשב כעד שהרי הוא נוגע בעדותו. והקצות חלק שהלוקח נחשב כעד ראה ומחייב את האומן שבועה והוי משול"מ¹³.

סעיף ה

ירד האומן מאומנותו, הרי הוא כשאר כל אדם, ונאמן אפילו בכלי שבא לידו בעודו אומן. וי"א דדוקא שנשתהה בידו אחר שירד מאומנותו זמן שאין דרך להניח כל כך זמן כלים בבית האומן, אחר שנודע שירד מאומנותו.

1. אם האומן הפסיק להיות אומן, הרי הוא כשאר כל אדם. **ב"ב מז:** "תנו רבנן: אומן אין לו חזקה, ירד מאומנותו - יש לו חזקה. אריס אין לו חזקה, ירד מאריסותו - יש לו חזקה".

2. **מה הדין בכלים שבאו לידו בעודו אומן?** אם נשתהו ברשותו הרבה (זמן שאין דרך להניח כלים בבית האומן) נאמן לטעון שקנאם. כ"כ התוס' והרא"ש שם בסוגיא, שאפי' כלים שנתנו לו בעודו אומן, אם נשתהו בביתו הרבה זמן שאין רגילות להניחם אצלו, יש לו חזקה. ועיין בהערה 15 שנראה שאין חולקים על כך, ומדוע הביא השו"ע דין זה בשם י"א.

¹³ **האם הלוקח נחשב כעד ראה? הרשב"א** כתב שכן, שכיון שהלוקח טוען שקנה מהאומן, א"כ הוא מעיד שהאומן לא החזיר, והוא מחייב את האומן שבועה שהחזיר את החפץ, וכיון שאינו יכול להשבע נגדו (שהרי טוען קניתי) הוי משול"מ. **הש"ך דחה דבריו**, שהרי הוא נוגע בעדותו ואינו נאמן כיון שהוא מוכרח לומר שהאומן לא החזיר את החפץ אלא מכרו לו, דאם יודה שהאומן החזיר ויטען קניתי ישירות מהמערער, יתחייב שבועת היסט שהרי המערער יודע שלא קנה ממנו. אך כשטוען קניתי מהאומן אין המערער יכול להשביעו היסט, ונמצא שהוא נוגע בעדותו ואינו נאמן.

הקצות דחה שאינו נחשב נוגע בעדותו, כיון שהמערער יודע בבירור שלא מכרו למחזיק וא"כ לא ישביעו היסט על כך. והוכיח דבריו מסוגיית אין שליח נעשה עד, שכאשר המשלח הלך עם השליח ויודע ששילם למלוה השליח אינו נוגע, שהרי אם יטען החזירתי לך לא יתחייב שבועה מהמשלח, כיון שהמשלח יודע שהוא שילם למלוה. **ולענ"ד לא דמיא כלל**, שהרי שם המשלח לא ישביענו היסט כיון שאין לו תביעת ממון על השליח, שהרי הוא יודע שעשה שליחותו, ואע"פ שהוא לא מוכן לסייע לו ולהעיד נגד המלוה, אך אין לו תביעה ממונית על השליח, ולכן השליח אינו נוגע בעדותו. משא"כ אצלנו שיש לי תביעה על המוחזק, שהחפץ שלי אצלו שלא כדין, ואם הוא יטען קניתי ממך אני אשביע אותו כיון שאני יודע שלא קנה ממני ואני רוצה שיחזיר לי את הממון.

אמנם איציק רצה לתרץ שאצלנו אינו חשוב כנוגע כלל, שהרי הוא יכול להודות שהאומן החזיר את החפץ למ"ק, ולטעון שהוא קנה אותו מאדם אחר שקנאו מהמ"ק. וא"כ הוא לא מוכרח להודות שהחפץ אצל האומן כדי להיפטר מהיסט, שהרי אם היה טוען קניתי מאחר שקנה ממך, לא היה יכול להשביעו היסט. **ולענ"ד אין בכך כלום**, כיון שזוהי גופא הטענה שלד' קניתי מאדם אחר שקנה ממך, אלא שהאדם האחר הזה הוא אומן וממילא נפלה טענתך. ולכן לא שייך לומר שיש לך מיגו שיכלת לטעון כך וכך, כיון שזוהי גופא הטענה שאתה טוען! (ואע"פ שעכשיו אתה מדבר על ראובן ויכלת לדבר על שמעון, אך זוהי טענה אחת ממש). וכיון שכך, בטענה שטענת אתה נוגע בעדותך, שהרי אתה מוכרח לטעון שאותו אחד שקניתי ממנו לא החזיר את החפץ, כיון שאם הוא היה מחזיר אותו לבעליו, היית מתחייב להשיב עיניך ואתה רוצה להיפטר מהשבועה. וה' יאיר עינינו, אכ"י.

סעיף ו

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

בן האומן שאינו אומן:

1. אם בא בטענת עצמו שטוען שקנה את החפץ מבעליו, הרי הוא ככל אדם.
 2. אם טוען שירש את החפץ מאביו, דינו כדין אביו.
 3. אם טוען שירשו מאביו, אך הוא יודע בודאות שאביו קנאו כגון שבפני הודה המערער לאבי שמכרו לו, או אני ראיתי אותו מוכר לו, יש לו חזקה דנאמן במיגו שקניתי ממך¹⁴.
- וי"א שדוקא כשהה אחר מות אביו הרבה זמן**¹⁵, דאז דווקא נאמן לטעון קניתי ממך, וממילא יש לו מיגו ונאמן לטעון אבי קנה ממך. אולם, מיד לאחר שמת אביו אינו נאמן, שהרי אפי' היה טוען אני קניתי ממך -

¹⁴ **ב"ב מז.** "אמר רבי יוחנן: אומן אין לו חזקה, בן אומן יש לו חזקה וכו' גזלן ובן גזלן אין להן חזקה. היכי דמי? אין אתו בטענתא דאבוהון, אפילו הנך נמי לא! אי דלא אתו בטענתא דאבוהון, אפילו בן גזלן נמי! לא צריכא, דקא אמרי (עדים): בפנינו הודה לו, הנך איכא למימר קושטא קא אמרי, האי אף על גב דאודי נמי לא מהימן, כדרב כהנא, דאמר רב כהנא: אי לאו דאודי ליה, הוה ממטי ליה ולחמריה לשחור". **הרשב"ם גרס** "כגון דקאמרי עדים בפנינו הודה לו", וביאר שכאשר יש לנו עדות על הודאת בע"ד נאמן בן האומן בטענת 'אבינו לקחה ממך', אך בן גזלן אינו נאמן אפי' כשיש עדים, שהרי ההודאה אינה הודאה כדרב כהנא וכו'. **אולם, התוס' הקשו**: אם יש עדים אפי' האומן עצמו נאמן בטענת קניתי ממך, ועוד כשיש עדים אין צורך במוחזקות כלל! ולכן גרסו שמדובר שאין עדים, אלא שבן האומן טוען אני יודע בודאות שאביו לקחה ממך, כגון בפנינו הודית לו שמכרת לו; ולכן בכה"ג בן אומן דוקא נאמן, שהרי יכל לטעון אני קניתי ממך ויש לו מיגו. משא"כ האומן שאינו נאמן לטעון קניתי ממך, אינו נאמן גם לטעון הודית לי שמכרת לי.

ע"פ זה יוצא שיש ג' חילוקים: א. אם טוען בן האומן, אני קניתי ממך - נאמן. ב. אם טוען ירשתי מאבי שכנראה קנה ממך - אינו נאמן. ג. אם טוען אבי קנה ממך - נאמן במיגו דקניתי ממך.

¹⁵ **כ"כ התוס' והרא"ש שם**, שבן אומן נאמן זה דווקא כשהיה ברשותו הרבה, דאי לאו הכי אפי' בטענת לקחתי ממך לא היה נאמן. וטעמם מפני שאנו תולים שזה הגיע אליך בירושה, ושוב אין מוחזקותך בחפץ מורה על בעלות, שהרי כל מה שהיה אצל אביך עבר אליך. ודומיא דגודרות ודברים העשויים להשאיל ולהשכיר, שאנו תולים שהם הגיעו אליך בהיתר ולא מחמת שהתרחש פה מעבר בעלות.

האם יש חולקים על זה? השו"ע כתב בסעיף שלנו ובסעיף הקודם את הצורך בשהו בידו בשם י"א, ומשמע שיש החולקים על כך. וא"כ נראה שכוונתו לפסוק שאין צורך שישתהו ברשותו הרבה, והאומן שירד מאומנותו ובן האומן שירש מאביו, נאמן מיד לטעון קניתי, שהרי הוא מוחזק! ודברי תימה הם! שהרי אנו יודעים כיצד זה הגיע אליו, שהרי אנו יודעים שזה הגיע לידו באומנות קודם שירד מאומנותו, וא"כ מדוע שיהיה נאמן מיד?!

ולענ"ד היה נראה שאין כוונת השו"ע לומר שיש חולקים על כך, שהרי בב"י הביא דברי הרא"ש והתוס' בלא שום חולק, וכן כתב הטור במפורש לגבי האומן שירד מאומנותו, ומה שהשמיט לגבי בן האומן זה מפני שסמך על מה שכתב קודם לכן. **וא"כ מה שכתב השו"ע בשם י"א, אין זה אלא מפני שלא מצא כן במפורש בפוסקים אחרים**. ומה שכתב בסתם קודם לכן, אין כוונתו לומר שדעת הסתם לחלוק.

וכן הביא בשו"ת יחיה דעת (חלק ב', סימן מ' עמוד קנד) בשם הבית דוד "שאף על פי שבכל מקום הכלל בשלחן ערוך, שסתם ויש אומרים הלכה כסתם, אך זהו כשכותב בפירוש בדברי הסתם היפך סברת היש אומרים, אבל אם בסברת הסתם לא כתב אלא עיקר הדין השנוי במשנה ובגמרא, ואחר כך הביא סברת יש אומרים שאמרו איזו סברא וחילוק בעצם הדין, דעתו של מרן לפסוק כדברי היש אומרים, כיון שבסברא הראשונה שבסתם אין שום גילוי מפורש היפך סברת היש אומרים. וזה כלל ברור ואמיתי". ועיין שם שהביא שכן כתב הש"ך (חו"מ סי' מב) וביד מלאכי.

אינו נאמן שהרי אנו יודעים כיצד זה הגיע לידך, ירשת אותו מאביך! וכיון שיש לתלות בכך שוב אין מוחזקותך אומרת כלום.

וכן פסק הרמ"א לדינא, והוסיף **שכל הדין הוא בנן אומן לאחר מיתת אביו**, אך בחיי אביו, נאמן בכל ענין לטעון קניתי דהרי הוא כאיש אחר מהשוק וא"כ הוא סמוך על שולחן אביו.

אולם, הסמ"ע הבין שהרמב"ם חולק, ואף הטור והרא"ש לא כתבו זאת אלא על אומן בקרקע, אך אומן במטלטלין כיון שהם נמצאים ביד בנו נאמן לטעון קניתי ממך מיד לאחר מות אביו, שהרי הוא מוחזק בחפץ והוא אינו אומן, ואע"פ שאביו היה אומן אין זה אומר שהוא ירש את זה. וכי מפני שאביו אומן, זה אומר שהוא לא קונה כלים כאלה?! וכי כל הנמצא בידו ירש מאביו? **אמנם, גם הוא מודה שדבריו דחוקים מאד** בפירוש דברי הטור והרא"ש. **והש"ך דחה דבריו**.

והנתיבות ביאר שדעת הרמ"א שכל חפץ הנמצא ביד בן האומן אין לו חזקה, כיון שאנו תולים שזה הגיע לידו בירושה מאביו, וא"כ שהו בידו הרבה. אולם, דעת השו"ע שיש לו חזקה, ונאמן לטעון לקוח הוא בידי אף מיד לאחר מיתת אביו, דאין הכרח שחפץ זה הגיע לידו בירושה. אולם, כאשר יש לנו עדי מסירה לאביו ועדי ראה בידו אין לו חזקה, דאנו יודעים בודאי שזה הגיע לידו מכח אביו, וא"כ דינו כדין אביו.

ב"ה יום ג כ"ג אדר ב' ה'תשע"ד

סימן קלה

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

סעיף א

אף על פי שהמחזיק בדבר המיטלטל נאמן לומר שהוא שלו, על בהמה וחייה 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 היסט ונוטל. ואם אין לו עדים, נשבע המחזיק היסט, ועומד בשלו. ובמקום שדרך למסור בהמה לרועה, שחרית, ולקחה מידו ערבית, בענין שאינה הולכת לבדה כלל, דינה כשאר מטלטלין ונאמן המחזיק בשבועת היסט 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 (טור והמגיד פ' י' מטוען בשם רשב"ם וכו' התוספות בפ"ג דגיטין).

1. גודרות (בהמה וחייה וכל דבר המהלך מאליו) אין להם חזקה, דיש לחוש שמא מעצמם נכנסו לרשותו. ולכן אם יש למערער עדי מ"ק, נשבע היסט ונוטל. ואם אין לו עדי מ"ק, נשבע המחזיק היסט ונפטר. ב"ב לו. "והאמר ר"ל הגודרות אין להן חזקה". וכתב הרשב"ם: "גודרות צאן וכל דבר המהלך בדרכים ובשווקים שיכול לומר מעצמו נכנס או אתה הכנסתו לבינתך והחזקת בו אינה חזקה".

2. במקום שדרך למסור הבהמה לרועה בבוקר ובערב מיד ליד, דינה כשאר מטלטלין ונאמן המחזיק בה לטעון שקנאה. שם, "הנהו עיזי דאכלו חושלא בנהרדעא, אתא מרי דחושלא תפסינהו והוה קא טעין טובא. אמר אבוא דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיה, דאי בעי אמר לקוחות הן בידי. והאמר ריש לקיש: הגודרות אין להן חזקה!! שאני עיזי דמסירי לרועה, והא איכא צפרא ופניא? בנהרדעא טייעי שכיחי ומידא לידא משלמי".

3. וכן נאמן בכה"ג לטעון שהזיקה לו, או שהוא חייב לו כנגדה עד כדי דמיה. ונשבע בנק"ח ונוטל. טעם השבועה: א. מפני שנוטל, וכל הנוטל אינו נוטל בלא שבועה, כדעת הגאונים. ב. גם החולקים שם כאן מודים, כיון שהיו מיגו גרוע, שהרי בטענת קניית היה מעיז ובטענת הזיקה אותי אינו מעיז; כ"כ הנמוקי". וכן הסכימו הסמ"ע והקצות, ודלא כתומים.

4. האם לאחר ג' שנים יש לגודרות חזקה? דעת הרמב"ם והשו"ע - לעולם אין להם חזקה. דעת הרמ"א - לאחר ג' שנים הוי חזקה. שם, "עבדים יש להם חזקה! והאמר ר"ל: הגודרות אין להן חזקה! אמר רבא: אין להן חזקה לאלתר, אבל יש להן חזקה לאחר ג' שנים". **פשוט הגמ' מורה כדברי הרמ"א**, שעבדים שוים לגודרות ובשניהם אין חזקה לאלתר, אך יש חזקה לאחר ג' שנים; **וכן כתב הרשב"ם. אולם, הרמב"ם** לא הזכיר דין זה לגבי גודרות אלא לגבי עבדים, והבינו בדבריו שגודרות לעולם אין להם חזקה. **וכתב ה"ה** שיש ראייה לדברי הרמב"ם מהמשנה שם שכתבה שלעבדים יש חזקה לאחר ג' שנים ולא הזכירה גודרות. והראשונים האחרים תירצו שהמשנה השמיעתנו לגבי עבדים והוא הדין לגודרות. **הש"ך האריך לטעון** שאף הרמב"ם והשו"ע לא נחלקו על שאר הראשונים, ואף לדבריהם יש חזקה לאחר ג' שנים, ומה שלא הזכירו זאת לגבי גודרות כיון שסמכו על כך שכתבו דין זה לגבי עבדים.

סעיף ב

עבד כנעני גדול, דינו כבהמה ואין לו חזקה עד אחר שלשה שנים, מאחר שהוא מהלך. (וצריך המחזיק להביא ראיה ששמש לו כל שלשה שנים אלו כדרך עבד לרבו) (רמב"ם פרק י' מטוען). ואם הוא קטן שאינו מהלך על רגליו, דינו כשאר מטלטלין ויש לו חזקה מיד, אפילו אם יש לו אם שרגילה לצאת ולבא בבית המחזיק.

1. עבד כנעני גדול, דינו כבהמה ואין לו חזקה.

2. אם החזיק בו ג' שנים יש לו חזקה. גמ' שם.

מדוע יש הבדל בין עבד לשאר דברים? הרי לגבי דברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואומן, פסקנו שאין להם חזקה לעולם!! **באמת דעת הרשב"א שאין חילוק**, ובכל הדברים הללו יש חזקה לאחר שעבר הזמן שאין דרך להשאירם אצל השוכר או האומן. ולגבי עבדים בעיני ג' שנים מפני שעושים פירות תדיר, וא"כ אין ההחזקה בהם ראייה על קנין הגוף (בפחות מג' שנים) אלא על קנין פירות. **אולם, בפשטות פסקנו שבשאר דברים אין חזקה אף לאחר ג' שנים. לדעת**

הרמ"א ניתן לבאר שהחילוק הוא בשאלה האם 'באיסורא או היתרא אתי לידיה'; כלומר דברים שהגיעו ליד המחזיק בהיתר, אין לו חזקה לעולם, כיון שהאדם עשוי להשאירו אצלו לזמן מרובה, ואינו חושש למחות עליו. אולם, דבר שהגיע אליו שלא כדין, כגון גודרות או עבדים שאנו חוששים שהלכו מאליו ליד המחזיק, א"כ אם כדבריה היה לך למחות בתוך ג' שנים, ולכן אדם שמחזיק בהם ג' שנים ושותק הוא מצטייר בעינינו כבעלים.

3. עבד קטן שאינו מהלך, יש לו חזקה מיד כשאר מטלטלין. ואפי' אם אמו רגילה לבוא ולצאת בבית המחזיק, לא אמרינן ששכחתו שם. שם, "אמר רבא: אם היה קטן מוטל בעריסה - יש לו חזקה לאלתר. פשיטא! לא צריכא דאית ליה אימא, מהו דתימא: ניחוש דלמא אימיה עיילתיה להתם, קמ"ל: אימא לא מנשיא ברא".

ב"ה יום ג' כ"ג אדר ב' ה'תשע"ד

סימן קלו

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

ב"ב מו. "ת"ר: נתחלפו לו כלים בכלים בבית האומן - הרי זה ישתמש בהן עד שיבא הלה ויטול את שלו, בבית האבל או בבית המשתה - הרי זה לא ישתמש בהן עד שיבא הלה ויטול את שלו. מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא? אמר רב: הוה יתיבנא קמיה דחביבי, ואמר לי: וכי אין אדם עשוי לומר לאומן מכור לי טלית? אמר רב חייא בריה דר"נ: לא שנו אלא הוא, אבל אשתו ובניו - לא. והוא נמי - לא אמרן אלא דא"ל טלית סתם, אבל טליתך - לא, האי לאו טלית דידיה הוא".

סעיף 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.

1. אם הביא כלי לאומן לתקן, והחזיר לו האומן כלי אחר, מותר לו להשתמש בו עד שיבא בעל הכלי ויטול את שלו. **דאנו תולים שהאומן לא התבלבל והחליף את כליו, אלא נתן לו בכוונה כלי של אדם אחר שביקש ממנו למכור אותו,** וטעה האומן ומכר את הכלי שלו. ולכן הוא נתן לו תמורתו את הכלי של האחר, עד שהוא יחזיר לו את הכלי שלו שמכרו בטעות.

ואנו מתירים לו להשתמש בכלי, ולא חוששים שמא הלוקח יבטל המקח כגון שימצא בו מום או שיטען מקח טעות, ונמצא שהשתמש בטלית שאינה שלו; דכיון שהמוכר קיבלת מעותיו ומשתמש בהם אינו מקפיד שישתמשו בטליתו. סמ"ע בביאור דברי הרא"ש.

2. ודוקא אם נתנו לו האומן עצמו ולא אשתו או בניו. וכן דוקא כשאמר לו סתם: הילך טלית, ולא הילך טליתך. דבכל המקרים הללו אין לתלות שנתן בכוונה.

3. מה הדין אם הטלית שהביא לו האומן שווה יותר מטליתו? ישתמש בה, וכשיבוא בעליה יתן לו העודף, או יחזיר לו טליתו וישלם לו דמי טליתו שנמכרה. טור. ביד מי הברירה? הסמ"ע כתב שביד מי שנמסר לו הטלית. והנתיבות חלק וכתב שזה תלוי בטענותיהם ועל ב"ד להחליט כל מקרה לגופו.

4. אם יבוא הבעלים ויטען שמעולם לא צוה לאומן למכור טליתו - נאמן ומוציא טליתו מידו. והוא יחזיר אחר האומן שיחזיר לו טליתו. כמו שכתב ברמ"א בסמוך.

סעיף ב

נתחלפו לו כליו בבית האבל או בבית המשתה, לא ישתמש בהם. הגה: וכשיבא בעל החפץ צריך ליתן החפץ לבעליו, אעפ"י ששלו נאבד. וכן כובסת עובדת כוכבים המכבסת לרבים והביאה לאחד שאינו שלו (תרומת הדשן סימן ש"ט).

1. אם התחלפו כליו בבית האבל ובית המשתה, אסור להשתמש בהן. דבכה"ג אין לומר כמו שאמרנו קודם, דדוקא גבי אומן אמרינן שאדם עשוי לבקש מהאומן שימכור את כליו.

2. צריך להחזיר החפץ לבעליו (אם יבואו), ואעפ"י ששלו נאבד.

3. **מה הדין אם נשתהה בידו הרבה? בט"ז משמע שמותר להשתמש בו שהרי נתיאשו בעליו. והקצות כתב שאסור,** ואעפ"י שנתאשו הבעלים, אך כיון שהשינוי רשות קדם לייאוש, באיסורא אתא לידה ולא זכה בו. והנתיבות כתב שאף הט"ז לא התכוון אלא כשמסתמא הגיע החפץ לידו לאחר ייאוש.

ב"ה יום ג' כ"ג אדר ב' ה'תשע"ד

סימן קלז

מי שלקט פירותיו של חברו, ובו ג' סעיפים.

ב"ב לג: "אמר רב זביד: אם טען ואמר לפירות ירדתי - נאמן, לאו מי אמר רב יהודה: האי מאן דנקיט מגלא ותובליא, ואמר: איזיל איגדריה (פ"י הראשונים אלקט פירותיו) לדיקלא דפלניא דזבניה ניהלי - מהימן? לא חציף איניש דגזר דיקלא דלאו דיליה, הכא נמי לא חציף איניש למיכל פירי דלאו דיליה"¹⁶.

סעיף א

היורד לתוך שדה חברו ולקט פירותיו, בעל השדה טוען: שבגזל לקחם, וזה אומר שמכרם לו, נאמן בשבועת היסט, אפילו יש עדים שליקטן.

סעיף ב

אם אין בעל השדה והאילן כאן, ואמר אחד: אלך ואלקוט פירות האילן והשדה של פלוני שמכרה לו, אין בית דין צריכין למנעו. ואם באו הבעלים קודם שליקטם, 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.

לכאוי יש סתירה בדברי השו"ע בב' הסעיפים הללו, שבסעיף א' מבואר שאם ליקט פירות מקרקע חברו וטוען שמכרם לו נאמן בכל ענין. ואילו בסעיף ב' מבואר שדוקא אם אמר קודם לכן 'אלך ואלקוט פירותיו של פלוני' נאמן, כיון שלא חציף איניש! ונחלקו הסמ"ע והקצות בביאור דבריו:

¹⁶ **התוס' הקשו** מדוע צריך לומר 'לא חציף איניש', הרי בלאו הכי הוא נאמן לטעון לפירות ירדתי כדין כל אדם שמוחזק במטלטלין שתחת ידיו שנאמן לטעון שקנאם! ולכן חידשו התוס' שמחמת סברת 'לא חציף' הוא נאמן לטעון שקנה את הפירות אע"פ שהוא אינו מוחזק בהם, וכגון שהם ברה"ר או שהניחם בשדה חברו, אך כיון שאם הוא לא קנה אותם זה מעשה של חוצפה שאנשים אינם עושים, יש לנו אומדנא שהוא באמת קנאם.

אולם, **בהגה' מיימוני (פ"ט מטוען) הביא בשם ריצב"א** שכלל לא שייך כאן מוחזק, שהרי כיון שיש לנו עדים שהוא נכנס לרשות חברו ונטל דברים שלו בלא ידיעתו, אין משמעות לתפיסתו. **וכן כתב הרי"ף בשבועות** (פרק כל הנשבעין) שאם ראינו שנכנס לבית חברו כשהוא לא היה שם, והוציא משם חפצים אינו נאמן לטעון שקנאם. ואע"פ שאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, אך כל זה נכון כשחסרה לנו הידיעה כיצד החפץ בא לרשותו, והוא טוען שקנה וחברו טוען שגנב. אולם, כאשר אנו רואים כיצד החפץ הגיע לידך, אנו רואים שנכנסת לרשותו ונטלתו משם בלא ידיעתו, א"כ פשט המציאות שאנו רואים מול העיניים זה גניבה (אע"פ שאפשר לומר שאולי קנית ממנו קודם לכן ועכשיו באת לקחת אותו), ולא שייך לומר 'אחזוקי אינשי בגנבי'. ולכן בכה"ג צריך את הסברה של 'לא חציף איניש למיגזר דיקלא דלאו דיליה', וזה החידוש של הסוגיא שלנו, כיון שאין שום משמעות לתפיסה מצד עצמה, אלא רק מכח 'לא חציף'. שזה סוג של אומדנא שאומרת שאדם שמלקט את הפירות של חברו, הוא כנראה קנאם, ולכן הוא נאמן בטענתו זאת. **הסמ"ע הבין שהשו"ע פוסק כשיטת התוס', ואילו הקצות נקט שהשו"ע אזיל בשיטת הריצב"א והרי"ף.**

הנתיבות כתב ליישב את דעת הסמ"ע, שהרי להלכה פסקנו בסי' צ כדברי הרי"ף בשבועות, וא"כ כיצד אפשר לומר שהשו"ע פוסק כאן כתוס', הרי לכאוי התוס' חלוקים על הרי"ף הנ"ל וסוברים שאף כאשר אדם נטל חפצים מבית חברו שלא בפניו הוא מוחזק בהם! **ותירץ הנתיבות שאף התוס' מודה כשנטל חפצים מבית חברו**, כיון שהכניסה לבית חברו עצמה היא גזל, שהרי אסור לו ליכנס לשם. אך כניסה לשדה חברו אינה איסור, ולכן אינו נראה לנו כגנב כשהוא נכנס ללקט פירות, ולכן בכה"ג הוא נחשב מוחזק.

עוד נחלקו הראשונים בשאלה האם סברת 'לא חציף' היא דווקא כשהאדם מכריז קודם ירידתו לקרקע שהוא הולך ללקט את פירותיו של פלוני, וההכרזה עצמה היא גורמת לאומדנא הזאת, שהרי אם הוא גנב הוא היה הולך בשקט ולא מכריז על כך בקולי קולות, **כמו שכתב הנמוק"י**. או שעצם ליקוט הפירות הוא האומדנא שאדם לא חצוף ללקט את פירותיו של חברו, **וכמו שכתבו התוס'** שכל היכא שאינו עושה זאת בצורה שנראית כגניבה, אמרינן לא חציף. **וכך הבין הב"י**. **אמנם, הסמ"ע הבין שלכו"ע בעינן אמירה**, אלא שנחלקו האם צריך אמירה בפרהסיא או שמשפיקה אמירה בצינעא.

שיטת הסמ"ע:

א. אם ליקט פירות חברו והוא מוחזק בהם - נאמן לטעון מכרתם לי כמו כל מוחזק רגיל. וזה הדין של סעי' א.

ב. אם ליקט את הפירות אך אינו מוחזק בהם כגון שהניחם בשדה חברו, אינו נאמן אא"כ אמר קודם לכן 'אלך ואלקט פירות פלוני שמכרם לי' ולכו"ע צריך הכרזה קודם, אלא שנחלקו האם צריך אמירה בפרהסיא או בצינעא, דלא חציף איניש ללקוט פירות שאינם שלו. וזה הדין של סעי' ב.

שיטת הקצות:

א. אם לא ראינו שליקט את הפירות, או שראינו ובעה"ב היה בשדה שאפשר לתלות שהוא קנה אותם, נאמן לטעון מכרתם לי כדין 'מוחזק'.

ב. אם ראינוהו מלקט מהשדה כשבעה"ב לא שם, אין משמעות למוחזקותו שהרי אנו יודעים כיצד זה הגיע לידו, הוא גזל אותם משדה חברו, שהרי חברו לא היה שם ולא יכל למוכרם לו. ולכן לולי סברת 'לא חציף איניש' לא היה נאמן. וכיון שאמרין 'לא חציף איניש לרדת וללקט פירות שאינם שלו' נאמן. ולי נראה שאפי' אין צורך להכריז קודם שיוֹרד, כיון שלא בהכרזה תליא מילתא. וכמו שמבואר בתוס' וכפי שכתב בב"י, ודלא כסמ"ע שהבין שלכו"ע צריך הכרזה.

1. כשהוא נאמן לטעון לקחתי, צריך שבועת היסט. כדין כל מוחזק שצריך היסט. ו'לא חציף' אינה ראייה שהרי זה לא מועיל לו לאכול פירות מכאן ולהבא; גר"א.

2. אם אומר 'אלך ואלקט פירות פלוני', אין ב"ד מוחין בידו מלידד לשדה וללקט, אם הבעלים אינם כאן. אך אם הם כאן ומוחים בידו, אין מניחים לו לירד וללקט.

3. אם טען שמכר לו הקרקע, ואין לו חזקה או שטר, אינו נאמן אף על הפירות שאכל ולא אמרינן בכה"ג לא חציף איניש. גמ' שם: "ההוא דאמר ליה לחבריה: מאי בעית בהאי ארעא? אמר ליה: מינך זבני ואכלתיה שני חזקה, אזל אייתי סהדי דאכלה תרתי שני; אמר רב נחמן: הדרא ארעא והדרי פירי וכו'. אי הכי, ארעא נמי! ארעא, אמרינן ליה: אחוי שטרך. אי הכי, פירי נמי! שטרא לפירי לא עבדי אינשי".

סעיף ג

האומר: אלך ואכרות אילנות של פלוני, בית דין מוחים בידו.

1. 'לא חציף איניש' אמרינן רק לגבי אכילת פירות, ולא לגבי קציצת הדקל. תוס' לג: "ונראה לר"י ולריב"ם שאם היה בא לקצוץ הדקל עצמו לא היה נאמן, דדוקא פירות הוא דעבדי אינשי דמזבני אבל דקל אין דרך בני אדם למכור לקוץ. תדע דאמרין בפי' החובל (ב"ק דף צא: ושם) שורי הרגת, נטיעותי קצצת, אתה אמרת לי להרגו אתה אמרת לי לקצצו פטור ופריך א"כ לא שבקת חיי לכל בריה וכו' משמע דאינו נאמן במיגו דאי בעי אמר מכרת לי לקצצו". וכן פסקו הטור והרא"ש. אך הרמב"ם (טוען ונטען פ"ט ה"ו) כתב במפורש שדין זה נאמר בין בלקיטת פירות ובין בקציצת הדקל, שאף כאן אין אדם מעיז פניו לכרות דקלו של חברו בלא רשות.

ב"ה יום ד' כ"ט שבט ה'תשע"ה

חזקת קרקעות

סימן קמ

דין החזיק בקרקע של חבירו, ודין חזקת הבתים והחנויות, ובו ט"ו סעיפים.

סעיף א

קרקע, בחזקת בעליה עומדת, שקרקע הידוע לראובן בעדים שיודעים שהיה בחזקתו אפילו יום אחד, אף אם אינם יודעים שקנאו ראובן, אלא שראו ראובן או לאביו דרים בו. וה"ה קולמבור; סמ"ע בשם הרשב"א. והוא עתה בחזקת שמעון ומחזיק בו ואוכל פירותיו, וטוען שלקחו, וראובן מערער לומר שהיא גזולה בידו, נאמן, וישבע שבועת היסת ונוטל את שלו, אא"כ החזיק בו שמעון כראוי ובטענה, אז אין מוציאין אותו מידו, אלא נשבע (היסת) ועומד בשלו. הזוכה מכח חזקת ג"ש צריך לשבע היסת, כ"כ התוס' והרא"ש בסוגיא של רבה בר שרשום, וכן דעת הר"י מיגש והעיטור; ש"ך. ואם אין עדים לראובן שהיה שלו, אין צריך שמעון חזקה, אלא נשבע ועומד בשלו, אף על פי שלא החזיק בו. (ועיין לעיל ריש סימן צ"ה דאין נשבעים על קרקעות רק היסת). וה"ה שבועת המשנה, ש"ך.

סעיף ב

זה שהחזיק שלש שנים, אין מוסרין אותו לשבועה, אבל אם רצה להחרים סתם על כל מי שהחזיק בשלו שלא כדין, הרשות בידו. הגה: זהו סברא אחרת, וחולקת על מה שכתב ראשונה שאף על פי שהחזיק כראוי ובטענה, נשבע ועומד בשלו (וכן הוא בסמוך סעיף ד') (והיא סברת הרמב"ם פ"א מטוען בטור בסי' זה).

אדם שזוכה בחזקת ג"ש וטענה, האם צריך לישבע היסת? דעת הרשב"ם (ב"ב לג., בסוגיא דרבא בר שרשום), וכן דעת הרשב"א שלא, כיון שחזקה במקום שטר עומדת, ועוד דאין נשבעין על הקרקעות ואפי' היסת. ודעת התוס' והרא"ש והרמב"ם שאף הזוכה בחזקת ג"ש צריך שבועת היסת, דאין נשבעין היינו שבועת התורה אך שבועה דרבנן נשבעין, ועוד דלא גרע מחזקת מטלטלין דצריך היסת.

כמי הלכה? בסעי' א ו-ד' כתב השו"ע שצריך שבועת היסת, אך אצלנו כתב שא"צ לישבע! הסמ"ע כתב ב' אפשרויות: א. פסק כרשב"ם, ובסעי' א לא התכוון לפסוק אלא לומר שהכי הרבה צריך שבועה למאן דאית ליה. ובסעי' ד' הצריך שבועה דריע טענתה שטען שיש לו שטר ואינו יכול לקיימו. ב. הכריע דכשאין לאי עדיפות על חברו צריך שבועה, כגון שיש למערער עדי מ"ק ולחברו חזקה, או שלראשון אין עדים ולמחזיק אין עדי חזקה. אך כשלמחזיק יש עדי חזקה, ולמערער אין עדי מ"ק – אין צריך שבועה. ש"ך – העיקר שצריך לשבע.

סעיף ג

טען שמעון שיש לו שטר שמכרה לו, וראובן אומר ששטרו מזויף או שטר אמנה, יתקיים השטר בחותמיו; ואם לא נתקיים, מוציאין השדה מידו. כתובות יט. קיים שטרך וחות לדינא.

סעיף ד

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

ב"ב קסט: -קע: "ת"ר: הבא לידון בשטר ובחזקה - נידון בשטר, דברי רבי; רשב"ג אומר: בחזקה. וכו' אלא הכא בלברר קמפלגי וכו' ואף רבי לא אמר אלא לברר! א"ל: אנא נמי לברר קאמינא". ואם לא בירר לא הפסיד מה שלא היה חייב לברר, כ"כ התוס' שם ודלא כרשב"ם דלשיטת רבי אם לא בירר הפסיד. (ואין להקשות מסי' ע, ב שאף אם יש עדים ולא

באו לא הפסיד, דשאני התם דא"צ לפרעו בפני עדים והוי מילי דכדי ולא דכירי אינשי, ואף אם באו והכחישוהו – פטור; סמ"ע. ובאבן העזר יז, לגבי שבויה שאמרה 'נשביתי וטהורה אני' הקלו שא"צ לברר).

סעיף ה

אם טען אח"כ: אבד השטר, אינו נאמן. וכן אם הביא השטר ונמצא בטל כגון שעדיי קרובים או פסולים, וכ"ש אם נמצא מזויף; סמ"ע, נתבטלה נמי החזקה.

סעיף ו

(הנותן קרקע לאחד בעדים וחזר והחזיק בה), אפילו אם החזיק הנותן ג' שנים בחצר לאחר המתנה, אינו נאמן לומר: טעות סופר הוא (במתנה), מגו דאי בעי אמר תחלה: חזרתי ולקחתי ממנו, מ"מ עכשיו שטוען: טעות סופר הוא, אין זה אלא כמכחיש את העדים, וקיימא לן דמגו במקום עדים לא אמרינן. כ"כ הרשב"א בתשובה.

סעיף ז

כיצד היא החזקה, שישתמש בו ויהנה ממנו ג' שנים מיום ליום, כל דבר כפי הנאתו ותשמישו. הגה: וא"צ להביא ראיה שהשתמש בכל החדרים שבבית, אלא אם נשתמש כדרך הבעלים החזיק בכל הבית (תשובת רשב"א סימן תתקמ"א), שכיון שהחזיק בו ג' שנים ולא מיחה בו שום אדם, לא נזהר עוד בשטר, 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 (ב"י בשם הרשב"א).

בע"ח הבא לגבות מלוקח גובה וא"צ חזקה, דאינו צריך למחות שהרי אין גוף הקרקע שלו אלא רק יש לו שעבוד עליה, ואולי לא יממש השעבוד; סמ"ע בשם תש"י מיימון מאישות.

סעיף 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 בבקר.

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, אף על פי שלא טען: ברי לי שלא היה דר בו בימים ובלילות, טענינן 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, אף על פי שלא טען המערער, טענינן ליה ואומרים למחזיק: הבא עדים שהחזקת בו ביום ובלילה שלש שנים.

הגה: ור"ת והרא"ש חולקין על כל זה, אלא כל שהעידו השכנים שדר בו כמנהג שרגילים השכנים לידע, אף על פי שלפעמים יצאו השכנים לעסקיהם מהעיר, ולא ידעו אם נשאר המחזיק בבית בעוד שלא היו בעיר, אלא מעידין שכשיצאו מן העיר הניחוהו בבית וכשבאו אותו דר בו, הוי חזקה.

ואם אמר המחזיק לעדים סתם: העידו לי שדרתי בו שלש שנים בחזקת ימים ולילות, אף על פי שאין 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 הדירים בו רוכלים המחזירין בעיירות (ר"ח וטור הביאו בסט"ו), אף על פי שיצאו לפעמים מן הבית ולא דרו בו שלש שנים רצופים, הואיל והוי שלש שנים בחזקתן, הוי חזקה אף על פי שהיו

מחזרין ימים רבים ולא לנו בבית. והוא הדין לשאר מחזיק (שם בשם רא"ש לדעת ר"ח) שיצא לפעמים מן הבית אחר עסקיו, ומיד כשבא היה חוזר לבית, מקרי חזקה בשלש שנים.

וכן מקומות בית הכנסת (שם סי' ו' ורשב"א סימן תתקמ"ג), אם מעידים העדים שישב עליה כל עת שנכנס לבית הכנסת, אף על פי שלפעמים שינה מקומו מחמת אבילות, או לא נכנס לבית הכנסת, הוי חזקה, הואיל ועשה בחזקה כמנהג העולם (כל זה בטור). **ונ"ל שכן ראוי להורות, אף על פי שיש חולקין (נ"י ר"פ חזקת בשם ה"ר יונה).** והש"ך כתב שהעיקר לדינא כדעת הרמב"ם, וכמו שהביא השו"ע, ונראה לו שאף הרמ"א לא פסק כן אלא במקומות בית הכנסת. ואף התוס' והרא"ש לא פליגי לדינא כשטוען המערער ברי לי, אלא בסתמא.

מקומות של בית הכנסת שהמנהג שכל אחד כותב שמו עליו, הוי כשטר, וכל מי ששמו עליו הוי שלו ואין למערער בו כלום (תשובת הרא"ש כלל ה' סימן ה').

ב"ב כט. "והא בתים - דביממא ידעי, בליליא לא ידעי! אמר אבי: מאן מסהיד אבתים? שיבבי, שיבבי מידע ידעי ביממא ובליליא. רבא אמר, כגון דאתו בי תרי ואמרי: אגרינן מיניה, ודרינן ביה תלת שנין ביממא ובליליא. אמר ליה רב יימר לרב אשי: הני נוגעין בעדותן הן, דאי לא אמרי הכי, אמרינן להו: זילו הבו ליה אגר ביתא להאי! א"ל: דייני דשפילי הכי דאיני, מי לא עסקינן כגון דנקיטי אגר ביתא ואמרי: למאן ליתביה? אמר מר זוטרא, ואי טעין ואמר: ליתו תרי סהדי לאסהודי ליה דדר ביה תלת שני ביממא ובליליא, טענתיה טענה. ומודי מר זוטרא, ברוכלין המחזירין בעירות, דאע"ג דלא טען - טענינן ליה אגן. ומודה רב הונא, בחנותא דמחוזא - דליממא עבידא, לליליא לא עבידא".

סעיף ט

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

סעיף י

אפי' אם כבר פרע שכר למחזיק, אם יטעון המחזיק בבית דין קודם שיבא המערער, יעידו השוכרים בפניהם שדרו בו ג' שנים, טענתו טענה ולא הוו נוגעים בעדות, כיון דלא הוי מערער קמן. הגה: ואף על גב דאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין, כיון דהשתא כשרים, ואם יעידו משיבא המערער יהיו נוגעין בעדות, מקבלין שלא בפניו. (טור) ותשובת רשב"א סימן אלף כ"ו /כ"א/.

סעיף יא

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

סעיף יב

יש אומרים שאין עדות השוכרים מועיל אלא אם כן שכרו בשטר, אבל אם שכרו בלא שטר, לא. ויש אומרים דאפילו שכרום לשלשה שוכרים זה אחר זה, לכולם בלא שטר, מצטרפים.

סעיף יג

עדות השוכרים מועיל אפילו לא דרו בו שניהם ביחד, אלא זה אבי"ג וזה דה"ן, ואפילו היו ששה, אחד בכל שנה, עלתה לו חזקה. הגה: י"א שאם היה ידוע שהמערער היה דר בחדר הפנימי מן הבית, וטוען שהיה עובר דרך הבית החיצון ולכך לא מיחה במחזיק בבית החיצון, אף על פי שיש לחדר הפנימי עוד דרך מצד אחר, ולא ידעין אם עבר דרך

הראשון, אפילו הכי טענתו טענה וצריך המחזיק להביא ראיה שלא עבר דרך בית החיצון (טור). ויש אומרים דזה לא מבטל החזקה אלא אם כן טען: כשרציתי הייתי משמש בכל בית הראשון, והוצרכת לדחות מפני, ולא החזקת בבית החיצון רק כשלא הוצרך לי. (נימוקי יוסף ומרדכי פרק חזקת).

סעיף יד

החניות של תגרים וכיוצא בהם, שאין דרים בהם אלא ביום, כיון שדר בהם ג' שנים ביום, הרי זה חזקה. הגה: וי"א דבענין שהחזיק בהן ששה שנים ביום (טור בשם הרא"ש והראב"ד בהשגתו והמגיד פי"ב מטוען והרשב"א וכ"כ התוס'). ויש מחלקים דאם היתה כבר חנות, סגי בחזקת ג' שנים. אבל אם היה כבר בית, והוא עשה ממנה חנות, צריך שיחזיק בה ששה שנים ביום (מרדכי פרק חזקת); וכסברא זו נראה לי להורות.

סעיף טו

היה מעמיד בהמה במקום מסוים מחצר חברו, או שהיה מגדל שם תרנגולים, או מעמיד שם תנור וכיריים ורחיים, או שנתן שם זבלו, בין שהעמיד שם מחיצה בין שלא העמיד, אם נשתמש בדברים אלו וכיוצא בהם ג' שנים, וטען על בעל החצר ואמר: אתה נתת לי מקום זה, או: מכרתו לי, הרי זה חזקה. הגה: (טור סעיף ט') ואפילו היה לו חלק בחצר בשותפות, אם הוא מקום שדרך להקפיד בזה, או שעשו שאר דברים שדרך להקפיד עליו ולא הקפידו עליו, הוי חזקה למה שהחזיק (כן דעת ריב"ש סי' רמ"ט /רמ"ח/).

ב"ה יום א' ט"ו תמוז ה'תשע"ד

נזקי שכנים

סימן קנג

דין הוצאת זיז ומרזב והעמדת סולם ונעיצת קורות, ובו כ' סעיפים.

א-ה דין הוצאת זיז לחצר חברו

סעיף א

המבקש להוציא זיז (פי' 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 (טור סעי' ר).

1. הרוצה להוציא זיז מכותלו לאויר חצר חברו - יכול חברו לעכב עליו משום היזק ראייה. ואפי' אם הזיז קטן מאוד. ב"ב נט. במשנה: "הזיז, עד טפח - יש לו חזקה, ויכול למחות. פחות מטפח - אין לו חזקה, ואינו יכול למחות". ונחלקו בגמ' רב הונא ורב יהודה, האם בפחות מטפח בעל החצר יכול למחות בבעל הגג (שהוציא זיז) או לא. רב יהודה סבר שאינו יכול למחות בו, כיון שאין בו משום היזק ראייה שהרי א"א לעמוד על הזיז ולהביט, וכשתולה חפצו יחזיר פניו ולא יסתכל לחצרו. ורב הונא סבר שחיישין שמא כשיתלה יציץ לחצר, ויתנצל לומר שהיה ירא מליפול ולכן הביט ולא יתפס כגנב; ולכן אין בזה משום מידת סדום. ופסקו כרב הונא.

2. כל זמן שבעל הגג לא הסירו - יכול בעל החצר להשתמש בו. משנה הנ"ל: "פחות מטפח - אין לו חזקה, ואינו יכול למחות", ומבואר בגמ' שלכונ"ע המשנה מדברת על בעל הזיז שאינו יכול למחות בבעל החצר מלהשתמש בו. והטעם מפני שאין בעל החצר מזיקו בהשתמשותו, שהרי אינו מזיקו בראייה כיון שהוא משתמש בתוך חצרו. ואע"פ שהוא ממלא מקום הזיז, ובעל הגג לא יוכל לתלות בו את חפצו, הרי בלאו הכי אין בעל הגג יכול לתלות בו חפצו; ועוד שהוא יכול לדרוש ממנו לחתוך את הזיז.

וכתב הסמ"ע שדין זה נכון גם לדעת השו"ע שפסק שהחזקה נוצרת לאלתר, ומדובר כשבעל החצר מיחה בבעל הזיז מיד, ולכן כל זמן שלא הסירו עדיין, יכול בעל החצר להשתמש בו.

סעיף ב

הוציא את הזיז ולא מיחה בו בעל החצר לאלתר הרי החזיק בעל הזיז. (ומשתמש בו ומונע בעל החצר להשתמש בו) (טור סעי' ב). הגה: וי"א דכל חזקות אלו בעינן ג' שנים, וכל שלא החזיק ג' שנים יכול למחות. וכן בעינן שיבא בטענה, כמו בחזקת קרקע (טור בשם ר"ת והרא"ש), וכמו שנתבאר לעיל בסימן קמ"ו סעיף ט'.

ו"א דבזיז שאין בו טפח לא מהני חזקה כלל, ויכול בעל החצר למחות בו כל זמן שירצה; ואם לא מיחה בו והניחו מרצונו, בעל החצר יכול להשתמש בו אבל לא בעל הזיז (טור בשם הרמ"ה והר"י ברצלוני והרא"ש).

1. אם הוציא את הזיז ולא מיחה בו חברו, **מתי נוצרת לו חזקה?** שו"ע - לאלתר. רמ"א - לאחר ג' שנים, ודווקא כשיש לו טענה.

האם חזקת תשמישין וחזקת נזיקין נוצרת לאלתר או לאחר ג' שנים? ד' שיטות מצאנו בדין זה:

א. **דעת רבינו יונה (ב"ב ו.)**, **התוס'**, **הרא"ש**, **הרשב"א (כג.)** ו**הטור** שאין חזקה בפחות מג' שנים, וכן אין חזקה בלא טענת מכר או מתנה. ולכן אף אם החזיק ג' שנים בתשמיש מסוים על חברו, ומודה שלא קנאו ממנו, אינו יכול לטעון מחלת לי על כך, וראיה מכך שלא מיחית בי.

ב. **דעת הגאונים**, **הרמב"ם (פ"ח משכנים)**, ו**הרמב"ן (ב"ב ו.) במלחמות, ובחידושים בדף נט.)** היא שכאשר בא להחזיק בשימוש מסוים בנכס של חברו, אין צורך בג' שנים וכן אין צורך בטענה; אלא מכיון שהשתמש פעם אחת וראה חברו ושתק - מחל לו, ושוב אינו יכול למחות בו. והא דבעינן ג' שנים, זה דווקא כשטוען על גוף הקרקע שקנה אותה, וממילא יש לו שטר והיה לו לזהר בו עד ג' שנים. אולם, הכא שבא בטענת מחילה - לא בעינן ג"ש. **וכן פסק השו"ע.**

ג. דעת הרשב"ם נראה שמחלק בין תשמישים שאינם חלק מגוף הקרקע, לתשמישים שהם חלק מגוף הקרקע: דבתשמישים שהם חלק מגוף הקרקע - בעיני ג"ש וטענה, ובלאו הכי לא הוי חזקה, דדרך לכתוב עליהם שטר. אולם, אם אינם חלק מגוף הקרקע - לאלתר הוי חזקה, דאין דרך לכתוב עליהם שטר. ואפי' הכי בעיני טענה של קניה או מתנה, וטענת מדלא מחית בי מחלת, אינה טענה. (מחלק בין מרזב שבוטל לחצר חברו (בפרק ג) שצריך ג"ש, כיון שהוא משעבד את חצר חברו למרזב, ואין חברו יכול לבנות שם וכדו'; לבין נטפי ושפכי שמדובר שהמרזב נמצא באויר חצרו שלו, ורק המים נשפכים לחצר חברו, ואין לו שעבוד על גוף הקרקע רק על חברו לקבל מימיו).

ד. דעת הריב"ם (בתוס' כג.) - לעולם בעיני ג' שנים, אף בחזקת תשמישין. אלא שבחזקת תשמישין לא בעיני טענה, אלא אענת מחילה מועילה.

בביאור דעת הרמ"א עיין לקמן סעיף ט"ז.

2. האם בזיו פחות מטפח נוצרת חזקה? שו"ע - כן, כדעת הרמב"ם. רמ"א - לעולם לא, כדעת התוס' והרא"ש.

"הזיו, עד טפח - יש לו חזקה, ויכול למחות. פחות מטפח - אין לו חזקה, ואינו יכול למחות". **הרמב"ם והשו"ע מפרשים** שה'חזקה' היא לגבי השימוש באויר שתחת הזיו, שאם הוציא זיו טפח יש לו חזקה באויר תחתיו, שלא יוכל בעל החצר לבנות תחתיו דמבטל תשמיש הזיו (שהרי תולין עליו דברים); וממילא הוא יכול למחות בבעל החצר שלא יבנה תחתיו. אולם, אם הזיו פחות מטפח אין לו חזקה באויר שתחתיו, וממילא גם אינו יכול למחות בבעל החצר שרוצה לבנות תחתיו. אך המשנה לא דיברה לגבי עצם הוצאת הזיו, ולענין זה אין הבדל בין זיו טפח או פחות, אלא בכל ענין שבא להוציא זיו יכול בעל החצר למחות בו של יוציא, ואם לא מיחה בו לאלתר - הוי חזקה, ואינו יכול לדרוש ממנו להסירנו משם.

מדוע הרמב"ם מחלק בין עצם הזיו, לבין התשמיש שתחתיו? כלומר מדוע לעצם הזיו תמיד השתיקה מהוה חזקה, אולם לא לגבי השימוש תחתיו? טעם הדבר נראה מפני שלעולם שתיקת מהוה הסכמה למציאות החדשה שנוצרה, והיא שיש פה זיו, ולכן אינך יכול להסיר אותו מכאן לעולם. אולם, האם בשתיקת כלולה גם הסכמה לשעבד את חצרך לזיו הזה? דהיינו שלא תוכל לבנות תחתיו וכדו'? לא בהכרח, בדבר חשוב וקבוע, אז התשובה היא כן, שהרי אתה רואה שהוא מחדש כאן דבר רציני וקבוע, א"כ בכך שאתה שותק ומסכים למציאותו, אתה מסכים לכך שהוא יוכל להשתמש בו, דהיינו שחצרך תשתעבד אליו. אולם, אם מדובר בדבר קטן וארעי, אז אין בשתיקתך ראייה שהסכמת לשעבד לו גם את החצר, ולכן הוא לא החזיק באויר שתחת הזיו. וכח"ג דעת הרמב"ם גם לשאר התשמישים ולחלוטות בסי' קנד.

אולם, רשב"ם, תוס', הרא"ש והנמוק"י פירשו שהחזקה האמורה במשנה היא לגבי עצם הזיו, שאם הוציא זיו טפח יש לו חזקה, ואין בעל החצר יכול לדרוש ממנו להסירו משם (ומיירי בחזקת ג"ש כשיטתם לעיל). וממילא בעל הזיו יכול למחות על בעל החצר מלהשתמש בזיו. אולם, אם הזיו פחות מטפח - לעולם אין לו חזקה, כי חברו אינו מקפיד על כך. ולכן, אין בעל הזיו יכול למחות בבעל החצר שלא ישתמש בזיו שלו, שהרי בעל החצר יכול לדרוש ממנו לסלק את זיו משם, ועוד שאין בעל הזיו יכול להשתמש בו מפני היזק ראייה.

3. מהו גדר לאלתר? סמ"ע: חלון - מיד דודאי ראה זאת מיד, ושאר דברים - בכדי שיתברר היזקו ושתק. קצות: בכל הדברים - שיעור שיתברר היזקו ושתק דאין חילוק בין סוגי הנזקים; אמנם בריב"ש משמע כסמ"ע, שבחלון אמרינן שלא לתר התברר היזקו. נתיבות: שיעור שרואים שהוא סובל את נזקו. כלומר, לא מספיק שיראה שפתחו לו חלון, אלא שיראה שזה פוגע בו ומזיק אותו, ואפי' הכי ישתוק.

מדוע מועילה טענת סבלנות לגבי נזקי ממון, הרי קי"ל (ב"ק כז.) שהמניח גחלת על בגד חברו בפניו ושתק - חייב לשלם! נתיבות: הנזק אינו מבורר בשעת עשייתו, דהוא מועט מועט כל יום וא"א לשומו, ולכן אמרינן שמחל לו מדלא תבעו מיד. אולם, בב"ק הנזק מבורר מיד, ולכן אמרינן שחושב בליבו 'למחר אתבענו בדין' ולא מחל לו. ע"פ הרב מרדכי: בטענת סבלנות אין צורך בקנין כיון שאתה שיעבדת עצמך למציאות הממונית החדשה שנוצרה. שהרי אנו שכנים, ואני יוצר כאן מציאות ממונית חדשה ואני מוציא הוצאות לשם כך וכדו' ואתה רואה ושותק! א"כ מוכח שאתה מאפשר לה לקרות, וממילא אתה משועבד אליה. ואף כאשר אני משתמש בשלך, אך כיון שאני משתמש בצורה הגיונית כדרך בני אדם, ואתה שותק - אתה משתעבד לזה.

4. האם מועילה חזקה בזיו, לדעת הסוברים שאין חזקה להיזק ראייה? רמב"ן: גם בזיו מדובר בחצר שאין בה היזק ראייה, כגון שכבר פתוחים לה חלונות. נמוק"י וטור: כן, דדוקא לגבי היזק ראייה דחלוטות, שהיזק מרובה - אין חזקה. משא"כ בזיו שזהו היזק מגג לחצר, שהיזקו מועט (שהרי אין משתמשים בגג תדיר כמו בבית), ועוד שזה רק זיו בעלמא שאין משתמשים עליו כ"כ - מהני חזקה בכה"ג.

סעיף 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.

1. אם הוציא זיז טפח והחזיק בו - יש לו חזקה אף באויר החצר שתחתיו, ואין בעל החצר יכול לבנות שם ולבטל תשמישו.

2. אולם, אם החזיק בזיז קטן מטפח - אין לו חזקה באויר שתחתיו, ויכול בעל החצר לבנות שם ולבטל תשמישו.

מה כלול בחזקת הזיז? סמ"ע - לעולם יכול בעל החצר לבנות תחת הזיז, והחילוק בין זיז טפח לפחות מטפח הוא רק לגבי השאלה האם יכול להסיר את הזיז, דבטפח אינו יכול להסיר הזיז ע"י בניינו, ובפחות מטפח יכול להסירו. אלא שכל זמן שלא הסירו יש לבעל הזיז חזקה לענין זה שיכול להשתמש בו ואין בעל החצר יכול לעכב עליו. (ודוקא כשרחב ד' אינו יכול לבנות תחתיו, וחייב להשאיר לו י' טפחים).

ט"ז ונתיבות - כפשט השו"ע, שלעולם כשהחזיק אין בעל החצר יכול להסיר הזיז לגמרי. אלא שבפחות מטפח יכול לבנות תחתיו עד שיגיע צמוד אליו, שבעל הזיז לא יוכל לתלות עליו דברים, אלא רק להשתמש מעליו. ואם רחב טפח - אינו יכול לבנות תחתיו, אלא צריך להשאיר לו כדי מקום תליית דברים ע"ג הזיז.

דין זה הוא ע"פ שיטת הרמב"ם והשו"ע, וכבר נתבאר בסעי' הקודם שיטת שאר הראשונים שפליגי עליה, ונראה שהרמ"א פסק כוותיהו.

סעיף ד

היה הזיז שהוציא, רחבו טפח ומשוך באויר חצירו של חבירו ארבעה טפחים, (או שבולט טפח במשך ארבעה טפחים באורך הכותל) (טור), ולא מיחה בו, החזיק בארבעה על ארבעה. ואם רצה להרחיב את הזיז עד שיעשה ארבעה על ארבעה, מרחיב. הגה: אבל אם החזיק בזיז בולט טפח במשך י' טפחים, אינו יכול להשלים כשיעור משכו, אלא יכול לעשותו ד' ולא יותר. הוציא זיז טפח במשך ג', אינו יכול להרחיבו, אלא ישאר כמו שהוא (טור ס"ז בשם הר"ף).

ואין בעל החצר יכול לבנות באויר חצירו תחת הזיז כלום, אא"כ 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 (טור).

1. אם הזיז רחב טפח וארכו ארבעה טפחים, או שאורכו טפח ורחבו ארבעה טפחים - החזיק ברוחב ארבעה על ארבעה, ולכן הוא יכול להרחיבו לגודל הזה.

ב"ב נט: "אמר רבי אסי אמר רבי מני, ואמרי לה אמר רבי יעקב אמר רבי מני: החזיק בטפח החזיק בד'. מאי קאמר? אמר אביי, ה"ק: החזיק רוחב טפח במשך ארבע, החזיק ברוחב ארבע". וכתב הרשב"ם: "דכיון דהניח לו אורך של מקום חשוב נתרצה לו נמי ברחבו דאין מקום חשוב בפחות מד' על ד'".

2. אם החזיק באורך או רוחב של יותר מארבעה טפחים, אינו יכול להרחיב את הצד הקצר אלא לאורך ד' טפחים. כ"כ הרשב"ם שם ושאר הראשונים.

3. אם היה רחב טפח ואורך פחות מד' טפחים, אינו יכול להרחיבו כלל. דדוקא בד' טפחים אמרינן שהחזיק במקום חשוב שהוא ד' על ד'.

4. כשהחזיק במקום חשוב, זכה גם באויר שתחתיו כדי י' טפחים. כן היא דעת הרמב"ם, וטעמו דשיעור מקום חשוב הוא: ד' על ד' בגובה י'. אולם, הר"ף כתב שאין לו אלא ד' טפחים באויר שתחתיו. והרא"ש כתב שלא זכה אלא להשתמש על גביו, ואין לו כלום באויר שתחתיו.

5. אין בעל החצר יכול לקבוע זיז בכותלו של חבירו, ואפי' פחות מטפח. הר"י מברצלונה כתב שבכה"ג כופין על מידת סדום, ואין בעל הגג יכול למחות בבעל החצר שבא להכניס זיזים פחות מטפח בכותלו, שהרי אינו מזיקו בכה"ג

בכלום (משא"כ אם יש בו רוחב טפח, שבכה"ג יש לו חזקה עליו ויכול לגרום נזק לכותל). והטור חלק וכתב שלא מסתבר כלל שבעל החצר יכול להכניס זיזים בכותל בעל הגג בעל כרחו. וכן פסק הרמ"א כאן¹⁷.

מפשט הרמ"א משמע שפסק כטור, אולם הסמ"ע והנתיבות כתבו שהטעם הוא מפני שבעל הגג יכול לומר 'זיזך יקלקל כותלי' ומשמע שהסכימו עקרונית עם הר"י ברצלוני שכופין על מידת סדום בכה"ג, אלא שחלקו ואמרו שאין כאן מידת סדום כיון שהזיז יכול לקלקל הכותל. ומדוע לא פירשו בפשטות שהרמ"א פסק כטור?! נראה שכיון שבסעי' יג השו"ע פוסק כרמב"ם (שמסכים עם הר"י ברצלוני) והרמ"א לא השיג שם, א"כ נראה שלא חלק על הר"י ברצלוני אלא הכא, והיינו מטעם שכאן באמת יש חשש של נזק שיגרם לכותל בעקבות הזיז, ושוב אין פה משום מידת סדום; אך באופן עקרוני אם לא היה חשש היזק, לא היה יכול בעל הזיז לעכב על בעל החצר.

הב"ח רצה להוכיח מדברי הרשב"ם שכתב: "אי נמי הכי קאמרה מתני' אין לו חזקה לבעל הגג, וגם אינו יכול למחות בבעל החצר אם בא לקבוע זיזין סמוך לכותל דהא ליכא היזק ראייה". שהוא סובר כר"י מברצלוני; אולם, הש"ך דחה וביאר שהרשב"ם מדבר כשבעל החצר מוציא זיזים מכותל שלו שמגיעים עד סמוך לכותל חברו.

סעיף ה

יש מי שכתב שכל זה אינו אלא בחצר חבירו שאין לו בו לא פתח ולא חלון, אבל בחצר של שותפים שיש עליו פתחים וחלונות, אם רוצה להוציא זיז לפני חלונות להשתמש עליו, אינו יכול למחות בו, שהרי מחלונו רואה בו ומה יעשה לו היזק; וגם לבנות כנגדו, בלא הזיז אינו יכול לבנות מפני חלונותיו. הגה: ויש מי שכתב שאותן זיזין שמוציאין מגג של רעפים מפני קיום הכותל מן המטר, אין בעל החצר יכול למחות, ואין לו חזקה, וכשירצה זה לבנות יסלקם לגמרי (נ"י פרק חזקת).

1. דווקא בחצר שיש בה משום היזק ראייה יכול למחות על חברו שלא יוציא זיז, אך בחצר השותפין שיש לו פתחים וחלונות - אינו יכול למחות בו, שהרי אין לו שום היזק: לא היזק ראייה שהרי בלאו הכי יכול להסתכל עליו מחלונותיו; ואינו מונע ממנו מלבנות בחצרו כנגד הזיז, שהרי בלאו הכי אינו יכול לבנות כנגד החלונות. ואע"פ שהוא מוציא זיזים לתוך חצרו, בכה"ג כופין על מידת סדום, כמו שנתבאר בסעי' ד' בהערה. כ"כ הטור בשם רבינו ישעיה.

2. אותן זיזים שמוציאים מגג רעפים, כדי להגן על הכותל מהגשם, אין בעל החצר יכול למחות ואין לו חזקה, ויכול לסלקם בכל עת שירצה. כ"כ הנמוק"י בשם הריטב"א. וכתב הנתיבות שמיירי באופן שאינו מקרב הגשמים לחצר חברו, דאם כן יכול לעכב עליו כדן מרוב.

הקשה הסמ"ע: הרי בסי' קנד סעי' ט"ז פסק השו"ע שיכול למחות בו בטענה שאינו רוצה לירד עמו לדין לאחר מכן כשירצה לסלקו, וא"כ מ"ש הכא דלא יכול למחות!! ותירץ שכאן הכל יודעים שדרך העולם להניח לחברו להוציא זיזים אלו לרשותו עד עת שירצה להשתמש בהם. והט"ז תירץ דשאני הכא שאינו צריך לטרוח לתבעו לדין, אלא הוא יכול לסלק את הזיז מחצרו, וחברו יצטרך לתבעו לדין. משא"כ התם שהוא יצטרך לתבעו את בעל החלון לדין, ולכן יכול לעכב עליו מלכתחילה.

¹⁷ לכאוי' צודק הר"י ברצלוני, מפני שאין שום סיבה שאני לא אשתמש בכותל שלך, שהרי מדובר בזיז קטן שאינו מזיק לכותל, וכמו כן לא תיווצר לו חזקה על הכותל, א"כ מדוע שבעל הכותל יעכב על בעל החצר מלקבוע זיזים בכותלו?! ומדוע אין זה בכלל 'כופין על מידת סדום'!! ועוד, הרי מבואר בגמ' לגבי זיז, שאם 'היזק ראייה לא שמיה היזק' - יכול בעל הגג להוציא זיזים לתוך חצרו של חברו, ואין בעל החצר מעכב עליו מפני ש'כופין על מידת סדום'!! אלא, שהטור מבין שכפייה על מידת סדום זה רק כדי לוותר על זכות תביעה, כלומר מפני שזה מידת סדום לתבוע זאת, א"כ כופין אותך לוותר עליה. אולם, אין כופין אדם לתת דבר משלו, משום מידת סדום! מפני שאין זו מידת סדום כלל, שהרי אם אתה כופה אותי לתת חפץ שברשותי, נמצא שאתה פוגע בבעלותי, וזה עצמו סיבה שלא לכפות על מידת סדום! לכן, פשוט שאיני חייב לתת לך לקבוע זיזים בכותלי ולהשתמש בו. אולם, כאשר אתה קובע את הזיז בכותלך, אלא שהוא בולט לתוך אויר חצרי, בכה"ג אינך לוקח ממני כלום, אלא רק דורש ממני לוותר על זכותי, ולכן אם אין לי טענה - שייך כאן כופין על מידת סדום. אך כאשר אתה רוצה לקבוע זיזים בכותל שלי, א"כ אתה דורש ממני לתת לך את הכותל שלי, וזה לא בכלל כופין על מידת סדום. ועי' בסעיף יג לגבי סולם, שנחלקו במח' זו הטור והרמב"ם, והשו"ע פסק כרמב"ם, וא"כ לכאוי' כאן יחלוק על דברי הרמ"א.

ו-יב דיני מרזב המקלח לחצר חברו

סעיף ו

הרוצה להוציא צנור על חצר חבירו כדי שיקלח שם המים, או שעשה מזחילה (פי' צנור גדול שהמים עוברים בו) על כתלו כדי שיהיו המים נזחלים ויורדים לחצר חבירו, בעל החצר מעכב עליו. ואם לא מיחה בו, החזיק זה בצנור. (ויש אומרים דגם בחזקה זו בעינן חזקה שלשה שנים וטענה, ובלא זה לא מקרי חזקה) (טור וב"י בשם רשב"ם ורשב"א).

רצה אח"כ לסתום הצנור, בעל החצר מעכב עליו, שכשם שהחזיק בעל הגג לשפוך מימיו לחצר חבירו, כך החזיק בעל החצר שיהיו מימי גגו של חבירו באים אצלו לרשותו.

הגה: (טור ס"ך וב"י בשם רשב"א ורשב"ם) מיהו אם סתר בעל הגג, וראה זה ושתק, אבד זכותו, דהוי מחילה מיד, כדאמרינן לגבי סתימת חלון (רשב"א ס"י אלף רל"ג /קל"ג/), (נ"י). וכן אם סילק בעל הגג מרזב 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 (תשובת רשב"א אלף קל"ג).

1. הרוצה לקלח מים לחצר חברו (ע"י צנור או מזחילה), יכול בעל החצר לעכב עליו. ואם לא מיחה בו - החזיק בצנור. לדעת השו"ע חזקה זו לאלתר, ולדעת הרמ"א - דוקא לאחר ג' שנים ובטענה.

ב"ב נח. במשנה: "המרזב אין לו חזקה, ויש למקומו חזקה".

2. כיון שהחזיק בצנור - אין בעל החצר יכול לעכב עליו לסותמו; וכן אין בעל הצנור יכול להסירו דאדעתא דהכי השתעבד לו שיקלחו מימיו לחצרו. מימרא דשמואל שם: "אמר רב יהודה אמר שמואל: צנור המקלח מים לחצר חברו, ובא בעל הגג לסותמו - בעל החצר מעכב עליו, דאמר ליה: כי היכי דאת קנית לך חצר דידי למשדא ביה מיא, לדידי נמי קני לי מיא דאיגרך. איתמר, רבי אושעיא אמר: מעכב, ר' חמא אמר: אינו מעכב. אזל שייליה לרבי ביסא, אמר להו: מעכב. קרי עליה רמי בר חמא: והחוט המשולש לא במהרה ינתק - זה רבי אושעיא בנו של רבי חמא בנו של רבי ביסא".

3. מחילת שעבודים - לכו"ע לאלתר. ודוקא כשמוכח שמחל, אך אם נפל הכותל ועמד כך שנים רבות - כשחוזר ובונהו יכול לעשות לו מרזב. כ"כ הנמוק"י, והרשב"א בתשובה.

סעיף ז

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.

1. אע"פ שאין בעל הגג יכול לסתום המרזב, אך הוא יכול לשנותו, כגון לקצר אותו או להחזיר אותו מרוח אחת לרוח אחרת. שלא החזיק אלא במימי הגג, והרי הם באים אליו מכל מקום.

ב"ב נח: במשנה "המרזב אין לו חזקה, ויש למקומו חזקה". ובגמ': "מאי המרזב אין לו חזקה ויש למקומו חזקה? אמר רב יהודה אמר שמואל, הכי קאמר: המרזב אין לו חזקה - מרוח אחת, ויש למקומו חזקה - משתי רוחות. רבי חנינא אמר: המרזב אין לו חזקה - שאם היה ארוך מקצרו, ויש למקומו חזקה - שאם בא לעוקרו אינו עוקרו. רב ירמיה בר אבא אמר: המרזב אין לו חזקה - שאם רוצה לבנות תחתיו בונה, ויש למקומו חזקה - שאם בא לעוקרו אינו עוקרו".

הרשב"ם והרא"ש פירשו שג' התירוצים פליגי, ונמצא שלתירוץ השלישי אין בעל החצר יכול לדרוש מבעל המרזב להטות מרזבו או לקצרו. וכתב הרא"ש: "יראה כיון דפליגי הני אמוראי ולא איפסק הילכתא כמאן וזה החזיק במרזב אזלינן בתר המיקל ולא יגע במרזב".

אולם, הנמוק"י כתב בשם הר"ן שמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, ובעל החצר יכול לדרוש מבעל המרזב להטות מרזבו לצד אחר, או לקצרו או לבנות תחתיו. וכתב שכיון שהר"ף הביא הנך ג' תירוצים, מוכח שלמד שלא פליגי ולכן פסק ככולם.

הרמב"ם השמיט את ב' התירוצים הראשונים, וכתב רק שבעל החצר יכול לבנות תחת הצנור. אולם, מאידך כתב שבעל המרזב יכול להטות מרזבו לצד אחר, וכן לקצר אותו, ובעל החצר לא יכול לעכב עליו; אע"פ שדן זה לא הוזכר כלל

בש"ס. הסמ"ע למד מכאן שכך הרמב"ם מפרש את הסוגיא, שהמשנה מדברת על בעל הגג, שאין למרזב חזקה ולכן בעל הגג יכול להטותו לאן שירצה ובלבד שלא יעקרנו מהחצר; וכן שהוא יכול לקצרו. והאוקימתא השלישית פירשה את המשנה על בעל החצר. ולא פליגי ונקטינן להלכה ככולהו. (הנמוק"י כתב שהרמב"ם סובר כר"ף, שג' התירוצים לא פליגי, וקשה, הרי אדרבא הרמב"ם כתב רק את התירוצ' השלישי! ולכן כתב בדרישה שהנמוק"י למד כמותו את דברי הרמב"ם).

אולם, הרב המגיד הבין שהרמב"ם לא הוציא את דינו מהסוגיא, כיון שאת הסוגיא הוא למד כרגיל, שהיא מדברת על בעל החצר שאינו יכול למחות בבעל הגג. והבין שג' האוקימותות פליגי ביניהם, ופסק כמו האוקימתא השלישית, שיש למרזב חזקה גמורה, אלא שיכול בעל החצר לבנות תחתיו, וכמו שמובא בסעיף הבא. אלא שמתוך דברי הגמ' מתבאר שלא פליגי אלא ביכולת המחאה של בעל החצר, אך משמע שפשיטא להם שבעל הגג יכול להטות מרזבו לאן שירצה. ונמצא שהוציא את הדין שלנו מסברא דנפשיה. וכן כתב כאן הש"ך.

סעיף ח

וכן אם רצה בעל החצר לבנות תחת הצנור, אין בעל הגג יכול לעכב עליו, שאין הצנור עשוי לתשמיש, כזיז, כדי שיחזיק באויר החצר, שאינו עשוי אלא לקילוח המים. הגה: והואיל ואין עליו אלא לקבל מימיו, אם ירצה לקבלם בכלי או בצנור, הדין עמו (טור סט"ו בשם הרמ"ה ונ"י בשם רשב"ם פרק חזקת).

אבל לא יוכל לומר לבעל הצנור להטותו לרוח אחרת או לשנות בו כלל. ואפילו אם הוא ארוך אינו יכול לקצרו, והוא שיש קפידא לבעל הצנור, אבל בלאו הכי כופין על מדת סדום, ובלבד שיקלחו מימיו יפה (כל זה בטור).

1. אע"פ שהחזיק בעל המרזב במרזבו, יכול בעל החצר לבנות תחתיו. דלא החזיק באויר שתחתיו, שאינו עשוי לתשמיש כזיז, אלא לקילוח המים.

2. בעל החצר יכול לקבל את מי המרזב בכלי או בצנור, דלא נשתעבד בדווקא שיקלחו לחצרו.

3. הרמ"א כתב שבעל החצר לא יכול לדרוש מבעל הצנור להטותו לרוח אחרת, או לקצרו. ודוקא שיש לבעל הצנור קפידא בהכי, דאם לא כן - כופין על מידת סדום. כ"כ הטור בשם הרא"ש.

האם השו"ע מודה לדין זה? לדעת הרב המגיד והש"ך - כן, שהרי הרמב"ם לא נחלק על זה. גם לדעת הסמ"ע אולי כן, שהרי הרמב"ם למד אחרת בגמ', אך לדינא לא נראה שיחלוק על כך. אולם, לדעת הנמוק"י בהבנתו ברמב"ם, הרמב"ם סובר שבעל החצר יכול לדרוש מבעל הגג להטות מרזבו לצד אחר או לקצרו, ונמצא שהשו"ע שפסק כרמב"ם אינו מודה לדין זה שהביאו הרמ"א בשם הרא"ש.

סעיף ט

ראובן שרצה להחזיר שופכי גגותיו לרשות הרבים, בני רשות הרבים יכולים לעכב עליו. הגה: והוא הדין אחד מבני מבוי שרצה להחזיר שופכו למבוי, ומזיק לאחר בכותלו שיש לו אצל מבוי זה, אף על פי שאין לבעל הכותל שום זכות במבוי הזה שהשופכין יורדין לתוכו (ב"י בשם הרשב"א).

1. הרוצה לשים מרזב שישפוך מימיו לרה"ר - בני רה"ר יכולים לעכב עליו. כ"כ הרשב"א בתשובה (ח"ג קנז) וטעמו "מפני שהמים הנשפכים דרך מרזב חוסמין הם את העוברים, ועוד שפעמים יורדים בקילוח על המשואות העוברות ברשות הרבים ומקלקלות. וכל שכן אם מקלחין לביב של בעלי בתים [מעכבין] שמא יתקלקל הביב מרוב המים שלא יכיל המים ויצפו וישטפו בתיהם".

2. אחד מבני מבוי רצה לשפוך מימיו למבוי, ומזיק בכך כותל שנמצא במבוי, אע"פ שאין לבעל הכותל שום זכות במבוי זה - יכול לעכב עליו שלא ישפוך. כ"כ הרשב"א בתשובה (ח"ג קפא) שאם יעשה מרזב ויקלח המים ע"ג כותל חברו - הרי זה ממונו המזיק ואסור; ואם המים מקלחים דרך גגו על הרצפה, ומגיעים קרוב לכותל ומזיקים אותו, ג"כ אסור דדמיא לנברכת הכובסים וכדו' שצריך להרחיק מהכותל ד"א משום מתונתא.

סעיף י

מי שהוריד מי גגו על חצר חבירו ולא מיחה בו, והחזיק בדבר זה, אם המים מנטפים ורצה לקבצם למקום אחר ולעשותם צנור, עושה. וכן אם היו באים דרך צנור ממקום אחד וחילקן על רוחב הכותל והחזירן נוטפים, עושה. ואפילו לבנות על גגו כמין צריף

(פירוש מלון של שומרי שדות שאין לו גג, אלא הקורות למעלה נוגעים זו בזו והולכות ומתרחבות למטה) עד שירדו המים במהרה לחצר חבירו, בונה, שהרי הוחזקו מימיו של זה לירד לחצר חבירו.

מי שהחזיק לשפוך מי גגו לחצר חבירו :

אם החזיק לשופכם דרך מרזב, יכול להסיר המרזב ושהמים ינטפו בלא מרזב. וכן אם היו מנטפים בלא מרזב, יכול לקבצם למקום אחד ולשופכם דרך מרזב. וכמו כן יכול לבנות על גבי גגו כעין מגלשה שתגרום למים לזרום יותר מהר לחצר חבירו.

ב"ב ו. "אמר רב נחמן : אחזיק לנטפי (פי' בלא מרזב) אחזיק לשפכי (פי' מרזב), אחזיק לשפכי לא אחזיק לנטפי ; ורב יוסף אמר : אפילו אחזיק לשפכי אחזיק לנטפי. א"ד, אמר רב נחמן : אחזיק לשפכי אחזיק לנטפי, לנטפי - אחזיק לשפכי, אבל לצריפא דאורבני לא ; רב יוסף אמר : אפי' צריפא דאורבני. עבד רב יוסף עובדא בצריפא דאורבני". ופסקו הפוסקים כרב יוסף.

נחלקו הראשונים בהבנת צריפא דאורבני : רש"י והרמ"ה למדו שהכוונה שמכסה את הגג בענפי ערבה, וזה גורם לטיפות המים הנופלות מהגג להיות עבות יותר ולרדת בצפיפות גדולה יותר, עד שאי אפשר להשתמש תחתיהם. **וכן כתב הטור**, אלא שכתב שלא נח להשתמש תחתיהם. ומה למדו שלדעת רב יוסף, מותר לאדם לשנות אפי' אם השינוי גורם לחברו קצת יותר נזק, וזהו טעם היש מתירים של הסעיף הבא. אולם, הרמב"ם והר"י מייגש פירשו שהכוונה שעושה כמין צריף על גבי גגו, ומחמת השיפוע שעושה יורדים המים במהרה לחצר חבירו, ואין מזה היזק לבעל החצר ולכן מותר לעשות זאת. אולם, אם זה היה גורם היזק לבעל החצר - היה אסור. וזו דעת האוסרים בסעיף הבא להגביה את המרזב עצמו, כיון שבכך המים יורדים בכח חזק יותר ומזיקים לחברו. (ההבדל הוא שאצלנו המים יורדים במהירות על הגג ומשם לחצר, וא"כ הכח נשבר על הגג, וזה רק זורם יותר מהר. אולם, בסעיף הבא הם יורדים מלמעלה ישירות על החצר, וא"כ הם יורדים גם בעצמה חזקה וזה מזיק לחברו).

סעיף יא

מי שבא להגביה השופכין כדי שיהיו יורדים ממקום גבוה, שזה ודאי מוסיף בהיזק הוא, אין שומעין לו. וכן כל כיוצא בהם. ויש מתירין גם בזה. הגה: ואם רוצה להשפיל הצנור, בעל החצר מעכב עליו, שהרי יכול לבנות תחתיה, וכשישפילה לא יוכל לבנות תחתיה כל כך (טור בשם הרמ"ה).

1. אם רוצה להגביה המרזב - יכול חברו לעכב עליו, כיון שזה גורם לו היזק שיהיו המים יורדים בקילוח רב יותר. כן דעת הרמב"ם והר"י מייגש, כמו שנתבאר בסעי' הקודם. ויש מתירים, רש"י, טור והרמ"ה שהבאנו לעיל.

2. אם רוצה להנמיך המרזב - יכול חברו לעכב עליו, כיון שלא יוכל לבנות מעבר לגובה המרזב.

סעיף יב

ראובן היה לו בית אצל חצר שמעון, ומי גגו נוטפים לחצר שמעון, ונפל ביתו של ראובן, ושוב בנה שמעון בית בחצירו וקנה מראובן שיקבל מי גגו בחרבתו בכ"מ שירצה, ואח"כ בנה ראובן חורבתו והחזיר מי גגו לחצירו של שמעון כבתחלה, ומי גגו של שמעון שקנה מראובן שיקבלם (נוטפין) על גג ראובן (וחוזרים לחצר שמעון עם מי גג ראובן), ושמעון טוען שאין לו לקבל מי גגו דראובן אלא אדרבא הוא צריך לקבל מי גגו, הדין עם שמעון.

הגה: ראובן שמימיו יורדין על גגו של שמעון והחזיק בזה, ובא שמעון להגביה גגו, צריך לכנוס בשלו כדי הנחת מרזב במקום ראשון, שלא יפסיד חבירו (מרדכי ריש ב"ב).

מי שהחזיק בחצר חבירו לשפוך בה מי כביסה אחת, ממחין בידו שלא ישפוך בה חמשה כביסות. וכן אם החזיק למי גשמים, לא ישפוך שם מי כביסה (נ"י פ"ק דב"ב). אבל השופך שופכין ברשותו דרך ביב העוברת בחצר חבירו, אף על פי שלא החזיק אלא לדבר אחד, יכול לשפוך שם מה שירצה, הואיל דברשותו הוא שופך (שם ד"ד).

1. במקרה של השו"ע הדין עם שמעון, דאע"פ שבתחילה נשתעבד שמעון לקבל מימיו של ראובן, מ"מ לאחר שנפל ביתו של ראובן ועשה עמו שמעון קנין שיקבל מימיו בחורבתו, הרי מחל ראובן על זכותו.

2. דוקא כשעשה שמעון עם ראובן קנין על כך, דבחורבה לא שייך חזקה, סמ"ע.

3. מי שהחזיק בחצר חברו לשפוך שם מי כביסה אחת, אינו יכול לשפוך יותר. וכן אם החזיק למי גשמים - לא ישפוך כביסה.

4. **מתי מותר להרבות ולשפוך יותר? דעת הסמ"ע** - שאם שופך את השופכין לחצר חברו - אסור להרבות. אך אם הביב נמצא בחצרו - מותר, דבשלו הוא שופך. **דעת הנהניבות** - לעולם מדובר כששופך בחצרו, דאם שופך בחצר חברו כלל אין לו חזקה. אולם, אם הביב של חברו, והוא הרשה לו לעשות ביב בחצרו ולהתחבר אליו - אסור לו להרבות יותר ממה שהיה רגיל. אולם, אם הם שותפים בביב, אע"פ שעשאוהו מתחילה לשפוך רק מי גשמים - מותר להם לשפוך גם כביסות, דאמדין דעתייהו דכל שופכין שיש להם שופכים לביב.

יג - סולם

סעיף יג

המעמיד סולם קטן שאין לו ד' שליבות בצד כתלו בתוך חצר חבירו 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 (נ"י). ואם היה סולם גדול שיש לו ד' שליבות או יותר, החזיק, ואם בא לבנות ולבטלו, בעל הסולם מעכב עליו עד שירחיק 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 שתראה תטלנו.

המעמיד סולם בצד כתלו בתוך חצר חברו או בשדהו:

1. אם הוא סולם קטן, שאין לו ד' שליבות, אין לו חזקה, ובעל החצר יכול לבנות בצידו ולבטל תשמישו. ולא דמי לזיו פחות מטפח שיש לו חזקה, דשאני התם שיש בו משום היזק ראייה. אולם, כאן מדובר שבלאו הכי נכנס ויוצא בחצר, וחברו לא מקפיד אלא על העמדת הסולם, ולכן אין כאן חזקה; סמ"ע.

2. אך אם הוא גדול, שיש לו ד' שליבות ומעלה, יש לו חזקה, ואין בעל החצר יכול לבנות בצידו ולבטל תשמישו.

ב"ב נח: במשנה: "סולם המצרי אין לו חזקה. ולצורי - יש לו חזקה". ובגמ' נט. "היכי דמי סולם המצרי? אמרי דבי ר' ינאי: כל שאין לו ארבעה חווקין". **רשב"ם פירש** שמדובר שהוא מעמיד את סולמו בחצר חברו, וכיון שהוא קטן אינו דבר של קביעות ולא חש חברו למחות בו, ולכן אין לו חזקה. **אולם ר"י כתב** שאם הסולם בחצר חברו לעולם יש לו חזקה, שהרי כל פעם שהוא משתמש בו הוא צריך להיכנס לחצר חברו, ובכה"ג ודאי מקפידים! ולכן פירש שהמשנה דיברה כשהסולם נמצא בחצר שלו, אלא שהוא משעין אותו על כותל חברו, ובסולם קטן חברו לא מקפיד שאינו מזיק לכותל, אך בגדול שהוא כבד - מקפיד.

הרמב"ם למד כפירוש רשב"ם, אלא שהוסיף שכיון שאין מקפידים על קטן ולא נוצרת חזקה - אין יכול בעל החצר לעכב על בעל הסולם מלהניחו בחצרו, משום כופין על מידת סדום. והטור דחה דבריו, שלא שייך בזה כפייה על מידת סדום, שהרי אי אפשר להכריח אדם להשתמש בשלו משום מידת סדום. מח' זו של הטור והרמב"ם, דומה למח' של הטור ור"י ברצלוני לגבי זיו שהבאנו בסעי' ד', בהערה 17.

לפיכך:

3. אם בא חברו להעמיד בחצרו סולם גדול - יכול לעכב עליו, כדי שלא יחזיק עליו. אולם אם זה סולם קטן - אינו יכול למחות בידו, שהרי יכול לסלקו כל זמן שירצה. לא כטור שכתב שאף בסולם קטן יכול לעכב עליו.

יד-כ נעיצת קורות

סעיף יד

כותל שבין ראובן ושמעון, אם היו שותפים בו, זה חופר מצד זה ומכניס קורותיו כל שהן, וזה חופר מצד זה ומכניס קורותיו. הגה: ואף על פי שהאחד הכניס והשני לא הכניס זמן ארוך, יכול להכניס כשירצה, הואיל וחצי כותל שלו (ב"י בשם הרשב"א). ואין כל אחד יכול להכביד על הכותל רק כמנהג (ב"י בשם רשב"א).

1. כותל שבין השותפין ושייך לשניהם - כל א' יכול לנעוץ בו קורותיו מהצד שלו. ואין יכול לשים שם קורות כבדות יותר מכפי המנהג.

2. אם הא' הכניס והשני לא הכניס - יכול להכניס כשירצה, ולא אמרינן שמחל לחברו. פשוט, וכן כתב הרשב"א בתשובה (ח"א תתקלא) "שדרך השכנים כן, זה צריך בנין וזה אינו צריך עכשיו כחבירו וכשיצטרך בונה".

סעיף טו

היה הכותל של ראובן לבדו, אין שמעון יכול להשתמש בו.

אם הכותל רק של א' מהם, אין חברו יכול לסמוך עליו קורותיו. אך בסתמא בכותל שבין ב' שותפין, אמרינן שהוא של שניהם כיון שהיזק ראייה שמיה היזק, וכ"א יכול לכופ את השני לבנות עמו, מסתמא לא בנאו לבדו; וא"כ היה בו חזית.

סעיף טז

חפר שמעון בכותל זה והכניס בו קורה אחת, ושתק ראובן ולא מיחה בו, החזיק במקום הקורה; אפילו היתה קטנה ורצה שמעון להחליפה בקורה גדולה ועבה, מחליף.

הגה: ובחזקת סולם ונעיצת קורות, י"א דבעינן חזקה ג' שנים וטענה (טור בשם ר"ת ואביו הרא"ש) וה"ה בפ"א מה"ח בשם התוס' והר"ר יונה והרשב"א, ויש חולקין בכל חזקות אלו (שם בשם רשב"ם ובשם הגאונים והרמב"ם שם וכן כתב הרב המגיד שם בשם הרמב"ן).

1. אם שמעון הכניס קורה אחת, בכותל הידוע שהוא של שמעון, ושתק ראובן - החזיק במקום הקורה. ואם רצה יכול להחליפה באחרת אפי' גדולה הימנה, אך אין יכול להוסיף עוד קורות.

2. כיצד פסק הרמ"א? כבר ביארנו לעיל בסעי' ב' שיש מח' ראשונים בשאלה האם חזקת תשמישים נוצרת לאלתר או לאחר ג' שנים, והאם היא צריכה טענה או שמספיקה טענת מחילה. השו"ע פוסק כרמב"ם שהחזקה נוצרת לאלתר ובלא טענה. אולם, מהי דעת הרמ"א? שהרי הרבה פעמים הביא את דעת החולקים, אולם בסי' קנה סעי' לה הסכים עם הרמב"ם?

שיטת הסמ"ע: לגבי נזיקין - פסק כרמב"ם, כיון שהמחזיק עושה בשלו, וחברו בא להוציא מידו, א"כ חברו מיקרי מוציא ועליו להביא ראיה. אך לגבי תשמישין שמשתמש בשל חברו - חברו מיקרי מוחזק והוא בא להוציא ממנו, אך לא ממש שייך עליו שם מוציא - לכן הרמ"א הסתפק בהכי. וכתב הש"ך שממילא הוי דינא 'כל דאליס גברי'. ולגבי חלונות - דעתו נוטה שלא בעינן ג"ש.

שיטת התיבנות: בהרחקות נזיקין - פסק כרמב"ם, כיון שעושה בשלו ורק מזיק לחברו, ולכן מועילה מחילה דומיא דקרקע כסותי והיפטר. אך בתשמישין שבא להשתמש בשל חברו - בעינן ג"ש וטענה, כיון שצריך קנין קרקע לפירות, ומחילה לא יכולה ליצור קנין לפירות. ובחלון יש בו גם בעיה של היזק ראייה (שזה נזק) וגם בעיה שמעבד אויר ואור חצר חברו אליו, ולכן לגבי היזק ראייה מהני מחילה, אך לגבי שיעבוד חצר חברו שלא יוכל לבנות - בעינן ג"ש וטענה.

3. **מדוע מהניא מחילה לשיטת הרמב"ם והגאונים?** הרי גם אם מחל לו, אך במה קנה חברו, הרי לא עשה שום מעשה קנין? כתב הקצות שלדעת הרמב"ם אכילת פירות מועילה אף לקנות את גוף הקרקע, ואף לדעת החולקים מהני לקנות את גוף הקרקע לפירותיה. והכי נמי, כדי לקנות תשמיש מסוים, מספיק לעשותו, כמו שביל של כרמים שנקנה בהילוך. הרב מרדכי תירץ - שאין צורך בקנין, כיון שאנו שכנים, ואני יוצר כאן מציאות ממונית חדשה ואני מוציא הוצאות לשם כך וכדו' ואתה רואה ושותק! א"כ מוכח שאתה מאפשר

לה לקרות, וממילא אתה משועבד אליה. ואף כאשר אני משתמש בשלך, אך כיון שאני משתמש בצורה הגיונית כדרך בני אדם, ואתה שותק - אתה משתעבד לזה.

סעיף יז

היתה הקורה סוכת עראי, כל ל' יום לא החזיק בה סתם, שהרי ראובן אומר: לא מחלתי והנחתיך אלא מפני שהוא עראי. לאחר ל' יום, החזיק, שאין זה עראי. ואם סוכת החג היא, כל שבעת ימי החג לא החזיק, לאחר שבעה, החזיק. ואם חיבר ראש הקורה בכותל בטיט, מיד החזיק, והוא שיביא ראיה שראובן סייע עמו, או ראה ולא מיחה.

1. אם הניח קורה בשביל סוכה - עד ל' יום אין לו חזקה, דהרי זו סוכת עראי ואין מקפידים עליה. לאחר ל' יום - עלתה לו חזקה. דפחות מל' יום אין זה מבנה קבוע, ואדם מוחל לחברו על כך שהוא משתמש בכותלו.

2. אם הניח קורה עבור סוכת החג - כל ז' ימי החג אין לו חזקה, לאחר החג עלתה לו חזקה מיד, דאע"פ שלא עברו ל' יום, אך כיון שלא פירקה מיד לאחר החג, מוכח שלקביעות עשאה.

3. אם חיבר את הקורה בטיט - החזיק לאלתר, שהרי זה מורה שכוונתו להשאירה כאן באופן קבוע.

מקור הדין: ב"ב ו': "אמר רבינא: האי כשורא דמטלטלא - עד תלתין יומין לא הוי חזקה, בתר תלתין יומין הוי חזקה; ואי סוכה דמצוה היא - עד שבעה יומין לא הוי חזקה, בתר שבעה יומין הוי חזקה; ואי חברה בטיטא, לאלתר הוי חזקה". **הגאונים והרמב"ם** הוכיחו מכאן שחזקת תשמישין היא לאלתר, **אולם ר"ת והרא"ש** ביארו שהגמ' לא עוסקת בחזקת תשמישין אלא בדין המשנה "מעל ד' אמות בחזקת שלא נתן, עד שיביא ראיה שנתן", ועל כך אמר רבינא באיזה מצבים יש לו חזקה לומר שאף הוא שילם את מחצית דמי הכותל. אולם, אם הוא מודה שלא שילם מחצית דמי הכותל, אלא רוצה לטעון שקנה ממנו רשות להניח קורות, על כך בעינן חזקה של ג' שנים ואע"פ שחיבר את הקורות בטיט. השו"ע פוסק כרמב"ם.

4. על בעל הסוכה להביא ראיה שחברו לא מיחה בו, או שחברו סייע עמו להניח הקורה. האחרונים התקשו, שהרי לגבי חזקת תשמישין פסק הרמב"ם שעל המוחה להביא ראיה שמיחה בו, ואילו המחזיק פטור מלהוכיח שחברו שתק, וא"כ מאי שנא כאן שפסק הפוך!! **הקצות תירץ בשם הכנה"ג** שכאן זהו דין מיוחד שכיון שהחזקה נוצרת רק בגלל החיבור בטיט, א"כ אולי חברו לא ראה זאת? ולכן עליו להביא ראיה שחברו ראה וידע ושתק; אולם בשאר הדברים בד"כ חברו יודע מהם, וא"כ מסתמא אמרינן שידע ושתק.

אולם, הנהיבות כתב שרק לגבי חזקת נזיקין כתב הרמב"ם שעל המוחה להביא ראיה, דכיון שהאדם עושה בתוך שלו וממילא זה מזיק לחברו, א"כ העושה בתוך שלו מוחזק בנזק, ועל חברו שבא להוציא מידו להביא ראיה שמחה. **אולם, בחזקת תשמישין כיון שהוא בא להשתמש ברשותו של חברו, א"כ הוא המוציא ועליו להביא ראיה שחברו לא מיחה בו.**

סעיף יח

מי שהחזיק בכותל זה בקורה אחת, אינו יכול להחזיק בקורה שניה, שהרי לא מחל לו אלא על אחת.

במה דברים אמורים, כשהודה שאין כותל זה שלו אלא של חברו והוא מחל לו על הכנסת הקורה זו. אבל אם טען: כותל זה אני שותף בה, הואיל ונשתמש בקורה אחת, נאמן, ומשתמש בכולה אחר שישבע שבועת היסת שהוא שותף בכל הכותל. הגה: (ריב"ש סי' ר"ו / ר"י / ר"א / מ"מ שם) ו"א דדוקא כשאומר שמתחלה היתה הכותל משותף בין שניהם. אבל אם מודה שמתחלה היתה של חברו, אין נעיצת קורות ראיה על הכותל עצמה, אא"כ עשה תקרה עליה. ו"א שאין לחלק והוי חזקה לחלק באבני הכותל אם תפול, אבל לא על מקום הכותל (כל זה בטור).

1. אם החזיק בכותל לנעוץ בו קורה אחת, אין יכול להוסיף עוד קורות, שהרי לא מחל לו אלא על אחת. ב"ב ו'. "אמר ר"נ: אחזיק להורדי (קורות דקות) לא אחזיק לכשורי (קורות כבדות), לכשורי - אחזיק להורדי; רב יוסף אמר: אחזיק להורדי אחזיק לכשורי. א"ד, אמר רב נחמן: אחזיק להורדי אחזיק לכשורי, לכשורי - אחזיק להורדי". ופסקו הפוסקים כרב יוסף, או כלישנא בתרא שאף רב נחמן מודה. לשיטת התוס' והרא"ש מדובר כשהחזיק

ג' שנים וטוען שקנה ממנו מקום הנחת הקורות, והטעם דאמרינן שאין אדם קונה לחצאין¹⁸, וא"כ כשקנה - קנה ממנו רשות לסמוך אפי' קורות כבידות, אלא שלא הוצרך אלא לדקות. אולם, לשיטת הגאונים והרמב"ם מיירי לאלתר ובטענת מחילה, דמדלא מיחה בו סימן שמחל לו. ונמצא שלרא"ש ותוס' יכול להוסיף כמה קורות שירצה; אולם לדעת הרמב"ם אינו יכול להוסיף קורות - אלא יכול לשנות את הקורות שנתן מקלות לכבידות. וכן פסק כאן השו"ע¹⁹.

2. אם טוען שהוא שותף בכל הכותל, והקורה שנעץ היא ראייה על כך - נאמן, וישבע היסת שנשתתף בכל הכותל. הסמ"ע ביאר שמדובר שאיננו יודעים מי בנה הכותל, ונאמן לטעון שבנו יחד כיון שסמך עליו קורות, וכמו שיתבאר בסמוך. והקצות ביאר ע"פ הכסף משנה שמדובר שידוע שרק א' בנה לבד, ונאמן השני לטעון שקנה ממנו חלקו.

דין זה כתבו הרמב"ם, והתקשו בדבריו הרי מדובר בכותל שעומד בחצר בין שניהם, וא"כ קשה מה טוען? אם טוען שבנו יחד, הרי נאמן על כך אף אם לא נעץ בו שום קורה, שהרי כיון שהיזק ראייה שמה היזק, יכל חברו לכופו לבנות יחד כותל, ואינו נאמן לטעון שבנה לבד; ומדוע כתב הרמב"ם שנעץ בו קורה? **לכן תירץ הב"י שמדובר בכותל שידוע שאחד בנה לבד**, והשני טוען שאח"כ קנה ממנו ובכח"ג אינו נאמן לטעון ששילם לו אח"כ א"כ נעץ בו קורות והשתמש בו.

אלא שא"כ מדוע נאמן בכך בלא חזקת ג"ש, הרי הרמב"ם כתב שחזקה לאלתר מועילה רק כשטוען מחילה! **הקצות תירץ דמיירי בכותל שנבנה על חצר שניהם**, ולכן כשסמך קורותיו על גביו קנתה לו חצרו, ונתחייב לשלם לו ונאמן לטעון שילמתי, דכיון דסמך קורותיו ידע שיחייבוהו רבנן על כך, והוי כטענת פרעתי לאחר זמני. אך בכותל שנבנה רק על חצר חברו, אינו נאמן לטעון שקנה ממנו, דאין נאמן בטענת לקוח אח"כ ביא ראייה, שהרי הכותל כולו בחזקת חברו; משא"כ כשזכה כבר במחצית הכותל, א"כ הכותל בחזקתו ולא הוי אלא כטענת פרעון חוב, שנאמן לומר שפרע לאחר זמני. **אולם הנהיבות תירץ שכאשר האדם מחזיק בדבר שמקלקל לחברו ומתקן לעצמו**, דומיא דהכא שחופר בכותל חברו ושם שם קורותיו, **הוי חזקה לאלתר אף בטענת לקוח**, דהיה צריך למחות בו מיד.

אולם הסמ"ע ביאר שמדובר שאיננו יודעים מי בנה הכותל, וביאר הנהיבות כוונתו שמדובר שחצר שמעון סמוכה לכותל ביתו של ראובן, ובכח"ג אם לא היו קורות שמעון נעוצות בכותל, היינו אומרים שרק ראובן בנאו, כיון שעיקר תשמישו הוא לביתו והוא נקרא מוחזק בו. אולם, כיון שקורותיו של שמעון סמוכות עליו, א"כ גם הוא משתמש בכותל ושניהם מוחזקים בו, ונאמן לטעון ששניהם בנו אותו יחד מעיקרא.

3. האם כשטוען שקנה ממנו חלקו, וראייתו שסמך קורות וחברו שתק, האם יש לו חלק גם באבנים ובמקום הכותל? מדברי הרמב"ם מבואר שכן, והרמ"א הביא שאין לו חלק בקרקע, אך באבנים יש אומרים שדווקא אם עשה תקרה ע"ג הקורות, וי"א שאף בלא תקרה.

הטור הביא ב' דיעות בדין זה: א. **הר"י מברצלוני** סובר שאע"פ שהחזיק בנעיצת קורות, אין לו חלק לא באבני הכותל ולא במקומו, שלא קנה ממנו אלא רשות להשתמש בכותל, ולא חלק באבנים ובקרקע. ב. **דעת רבינו יונה והרא"ש** שכשקנה ממנו חלק בכותל לסמוך קורות, קנה גם חלק באבני הכותל אך לא במקום הכותל. אלא שנחלקו אימתי נאמר דין זה, דלרבינו יונה כל הדין לא נאמר אח"כ נתן תקרה ע"ג הקורות, אך אם לא נתן תקרה - לא החזיק כלל. ואילו לדעת הרא"ש אין צורך בנתינת תקרה ע"ג הקורות.

עוד כתב בשם **הרמב"ן** שאם טוען שקנה ממנו הכותל לסמוך קורותיו, נאמן ויש לו חלק בין באבנים ובין במקום הכותל. שנעיצת הקורות בכותל היא מעשה קנין לגוף הכותל ולמקומו. (לדעת הרמב"ן הדין היסודי עוסק בטענת סבלנות, וא"כ פשיטא שאין לו חלק כלל לא באבנים ולא במקום, שהרי מודה שהכותל אינו שלו אלא שחברו מחל לו על ההשתמשות בכותל. אלא שאם החזיק ג' שנים וטוען שקנה ממנו לסמוך קורות - נאמן, ונאמן אף לטעון שקנה את האבנים והקרקע. אולם, הרא"ש והר"י ברצלוני פירשו שמדובר כשטוען שקנה והחזיק ג"ש, ונחלקו מה כלול בחזקה זו, לדעת הר"י ברצלוני בסתמא לא מכר לו את גוף הכותל, אלא רק רשות להשתמש בו, ולדעת הרא"ש בסתמא אמרינן שמכר לו חלק גם באבנים).

¹⁸ הראשונים הנ"ל התקשו מהגמ' בפרק העליה (ב"מ קיז:): "עליון שבא לשנות בארזים אין שומעין לו", שמוכח משם שאין יכול הא' להכביד בניינו יותר מכפי שהיה בתחילה! ותיירצו דהתם מיירי כשקנו בשותפות או שירשו זה בית זה עליה, וא"כ אין לו אלא כפי שהיה בתחילה. אבל אם לקחו יחד חורבה ובנאוה, וזה בנה בית זה עליה, אע"פ שסיכך עלייתו בקורות דקים יכול לשנותם אח"כ לארזים, דכיון שמלכתחילה יכל לבנות בארזים - לא איבד זכותו. וכן אצלנו כשלקח ממנו רשות לסמוך קורות - יכל לסמוך מה שרוצה, ולכן אע"פ שסמך קורות דקים - לא איבד זכותו. כן כתב רבינו יונה והרא"ש והנמוק"י.

¹⁹ הסמ"ע ביאר שמדובר כשראובן ושמעון דרים בשני צידי רה"ר, ולכן ברור שרק א' מהם בנה הכותל ואינו נאמן לטעון שבנו יחד, ולכן אינו נאמן לטעון שקנה ממנו לשים יותר קורות במיגו שהיה טוען שבנו יחד. והש"ך דחה דבריו דאע"פ שהיה יכול לומר שבנו יחד, אם מודה שלא בנה אלא שחברו מחל לו סמיכת הקורה, לא מהני לו מיגו להוסיף קורות, שהרי אינו טוען שמחל לו בפירוש, אלא שמכך שלא מיחה בו מחל, וא"כ פשוט שלא מחל לו אלא על מה שהניח, ומה בכך שיש לו מיגו? אך באמת אם יש לו מיגו ויטען שחברו מחל לו בפירוש שיסמוך קורות על כל הכותל - נאמן!

וכתב הקצות שלדעת הרא"ש הוא שותף לגמרי בכל הכותל, ולכן אף אם מצד א' יש אבנים יקרות, אע"פ שהוא לא משתמש בצד הזה, אם נפל הכותל - חולקין בשווה, דיש לו חזקה לכל הכותל.

4. האם כשטוען שקנה מחברו ונתן קורה או שסמך תקרה, צריך שיחזיק ג' שנים לדעת הרמב"ם או לא? הסמ"ע כתב שמייירי בחזקה לאלתר, ועל כך הקשו הקצות ורעק"א שלא שמענו לרמב"ם חזקה לאלתר אלא בטענת סבלנות, אך לא בטענת מכירה! ולכן נקטו שאף הרמב"ם מודה שבעיני ג"ש (נא"כ מדובר שהכותל בחצרו בין שניהם, שאז הקצות מודה שנאמן כמו שביארנו למעלה). והנתיבות ביאר דברי הסמ"ע, שכיון שהוא מקלקל לחברו ומתקן לעצמו בכה"ג הוי חזקה לאלתר גם בטענת מכירה.

סעיף יט

היו קורותיו של ראובן בתוך הכותל, ובצד שמעון מקומות חפורים להכניס בהם ראשי הקורות, לא החזיק בהן שמעון להכניס בהם קורות, ואינו יכול לטעון שהוא שותף בו, שהרי אין לו בו תשמיש, ויכול ראובן לטעון: אני חפרתי מקומות אלו מצדו כדי שיהיו מוכנים עד שתקנה ממני או שתבקש ממני ואמחול לך ותכנס הקורות בלא חפירה בכותל כדי שלא יתמטמט כותלי בעת החפירה.

כותל הידוע שהוא של ראובן, והיו בו מקומות עשויים להכנסת קורות בצד שמעון, אין שמעון נאמן לטעון שהוא שותף בכותל, והראיה שיש לו מקומות להכנסת קורות. כיון שאנו אומרים שראובן עשה זאת כדי שכאשר שמעון ישלם לו, לא יצטרך להרוס כותלו ולחפור לו בו מקום להכנסת ראשי קורותיו.

ב"ב ו. "אמר רב הונא: בי כוי לא הוי חזקה, ואף על גב דעבד ליה הימלט, דא"ל: אמינא לכי פייסת לי לא ליתרע אשיתא".

סעיף כ

ראובן החזיק בנעיצת קורות בכותל הידוע לחבירו, ונפל אותו כותל, וחזר בעל הכותל ובנאו, אין לו לנעוץ על אותו כותל חדש. וכיון שכן, אם היה רעוע ובא ראובן לשפצו ולתקנו, חבירו יכול לעכב ע"י.

הגה: ראובן שבנה יסוד חומתו בחצר שמעון חבירו טפחיים יותר מן החומה, ובא בטענה ובחזקה, החזיק למעלה כל כנגד היסוד עד רום רקיע, ואף על גב שהחומה אינה רחבה למעלה ואיכא למימר שכוונתו לתוך שלו הוי, ועכשיו הוא חפץ להחזיר החומה למקומה. וצריך לישבע שלא השיג גבול רעהו (מרדכי ס"פ חזקת). ונראה לי דזה דוקא במקום שאין מנהג, אבל במקום שיש מנהג להרחיב היסודות כמו במדינות אלו, אין לו רק היסוד שהחזיק בו.

1. מי שהחזיק לסמוך קורותיו על כותל חברו, לא החזיק אלא על כותל זה בלבד. לפיכך אם נפל הכותל, אין לו לסמוך על הכותל החדש. כ"כ הרשב"א בתשובה (ח"ג קפה) ששיעבד לו את מקומם, שהוא הכותל, וכשנפל הכותל - אזדא ליה.

2. לכן, אם הכותל הראשון רעוע, וראובן רוצה לשפצו שלא יפול, יכול בעל הכותל לעכב עליו, כיון שהוא רוצה שהכותל יפול כדי שחברו לא יוכל לסמוך עליו קורות. כ"כ הרשב"א בתשובה.

3. מה דין חזקה ביסוד הכותל?

מעיקר הדין - אם בנה את יסודות כותלו בריחוק מן הכותל בחצר חברו, יש לו חזקה להשתמש בהם. אולם, כתב הרמ"א שבמדינתנו אין לו אלא היסוד, אך אסור לו להשתמש עליו, דלא קנה ממנו אלא בשביל להניח שם יסוד.

ב"ה יום ה' י"ט תמוז ה'תשע"ד

סימן קנד

חזקת חלונות ופתחים, וכמה צריך להתרחק מהן, ובו ל"ב סעיפים.

סעיף 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) (טור סע"ב).

אפילו בנה עלייה על גב ביתו, לא יעשה לה (פתח) 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. ואצ"ל שאם רצה לחלוק (ביתו) לשנים, חולק, כיון שאינו פותח פתח אחר לחצר.

בד"א שאם לקח בית בחצר אחרת אינו יכול לפתוח פתחו לחצר השותפים, הפותחו לחצר ממש, אבל יכול לפתחו לתוך ביתו, והוא שיסתום הפתח שהיה לו בחצר אחרת. (ויש חולקין דאפילו לתוך ביתו אסור לפתחו) (טור בשם הרא"ש).

1. השותפים בחצר אינם רשאים לשנותה מכפי שבנאוה תחילה, או ירשוה, או קנאוה, אלא מדעת שניהם. לכן, אין האחד יכול לפתוח לחצר פתחים נוספים. ולכן אם קנה בית בחצר אחרת אינו יכול לפתוח לחצר זו, או אם בנה עליה ע"ג ביתו אינו יכול לעשות לה פתח נפרד לחצר, וכן אם יש לו עליה שאינה פתוחה לחצר - אינו יכול לפתוחה לחצר. והטעם משום שיש הרבה אנשים בחצר, ואין בה צניעות כבתחילה (סוג של חיזוק ראייה); כ"כ הרשב"ם.

הט"ז הקשה מדוע אם בתחילה יכל לבנות כמה פתחים שרוצה ולא בנה, מדוע עכשיו אינו יכול לבנות? הרי קי"ל לגבי כשורי והורדי שאע"פ שבתחילה לא נתן קורות כבידות, יכול אח"כ לשנות דלא הפסיד זכותו, וא"כ מדוע כאן הפסיד זכותו?! ותיירץ והסכים עמו הנתיבות ששאני הכא **שכיון שלא פתח, זכה חברו בשאר החצר להשתמש בה, ולכן הוא כמחילה והפסיד זכותו** משא"כ שם.

2. אולם אם אינו מוסיף פתח חדש לחצר - מותר. ולכן מותר לו לפתוח בית מחצר אחרת לתוך ביתו, והם נכנסים ויוצאים לחצר דרך ביתו. וכן מותר לו לבנות עליה ע"ג ביתו, ונכנסים לה דרך ביתו. אע"פ שעכשיו נתווספו דיורים בחצר, ויש בה פחות צניעות. כדעת הרמב"ם, הרי"ף, הרמב"ן, הרשב"א והנמוק"י. והרמ"א הביא את דעת הרא"ש שדווקא אם בונה עליה או מוסיף חדר - מותר לפתחו לתוך ביתו, אולם אם קנה בית בחצר אחרת - אסור לו לפתחו לתוך ביתו, וביאר הנתיבות שהטעם מפני שבית בחצר אחרת אין לו שום זכות להרבות את הדרך בחצר, אך אם בונה עליה או חדר, א"כ מראש היה יכול לבנות ולהוסיף דיורים, ואע"פ שלא מימש זאת בתחילה לא איבד זכותו.

משנה ב"ב נט: "לקח בית בחצר אחרת - לא יפתחנה בחצר השותפין. בנה עלייה על גבי ביתו - לא יפתחנה לחצר השותפין, אלא אם רצה - בונה את החדר לפניו מביתו, ובונה עלייה על גבי ביתו, ופותחה לתוך ביתו". ובגמ' ס. "מאי טעמא? מפני שמרבה עליהם את הדרך", ופירש רשב"ם "שרוב בני אדם יוצאין ונכנסין עכשיו בחצר יותר מבתחלה וליכא צניעות כדמעיקרא". הגמ' מקשה: "אימא סיפא: אלא אם רצה - בונה את החדר לפניו מביתו, ובונה עלייה על גבי ביתו; והלא מרבה עליו את הדרך! אמר רב הונא: מאי חדר? שחלקו בשנים, ומאי עלייה? אפתא".

ד' שיטות מצאנו בראשונים בביאור מסקנת הגמ':

א. רשב"ם - אסור לשנות שום דבר בבנין החצר, אך מותר להוסיף לתוך ביתו דיורים, כיון שמותר לאדם למלא כל ביתו דיורים. ולכן המשנה התירה לחלוק את החדר ברוחו או בגובהו לשנים, ולעשותו כשני דירות ובלבד שלא יוסיף פתחים לחצר.

ב. רי"ף, רמב"ן, רשב"א ונמוק"י וכן דייקו בלשון הרמב"ם - אסור להוסיף פתחים חדשים לחצר, אך מותר להוסיף בתים או לבנות על הקיים ובלבד שהכניסה תהיה דרך בית שפתחו כבר לחצר, ולא יעשה כניסה נפרדת. כמו כן, אם מדובר בבית קיים שהיה פתוח לחצר אחרת - צריך לסתום את הפתח הקודם לחצר השניה, כדי שלא יקצרו אחרים את דרכם לחצר ההיא ונמצא שירבה דיורים בחצר. וטעמם שכיון שהוא לא עושה כניסה נפרדת, אלא הכניסה והיציאה דרך ביתו אינו עשוי להשכיר זאת לאחרים שהרי אינו רוצה שיעברו דרך ביתו, ולכן הרי זה כאילו הוא מרחיב את ביתו.

ובביתו שלו אין בעיה להוסיף דיורים, כרשב"ם. ודעת הרמב"ם שאסור להוסיף דיורים שאינם מבני ביתו, לא כרשב"ם.

ג. רא"ש - הרא"ש בפסקיו רק ציטט את לשון הגמ', אולם הטור כתב בשמו שהוא מחלק בין אם פותח בית מחצר אחרת, שאז אסור לו לפתחו לחצר זו, אפי' אם לא עושה לו פתח בפני עצמו אלא רק דרך פתח ביתו. לבין אם הוא בונה עליה או חדר לביתו, שאז מותר אם הפתח הוא דרך ביתו. וביאר התיבות חילוקו, שההיתר להרחיב ביתו הוא מפני שמלכתחילה יכל לעשות כן, ואע"פ שלא בנה לא הפסיד זכותו, ולכן אין חבריו יכולים לעכב עליו. אולם, כאשר מדובר בבית מחצר אחרת, או שרוצה לבנות במקום שלא יכל לבנות בו בתחילה, א"כ אין לו זכות להוסיף את הדיורים הללו בחצר, וחבריו יכולים לעכב עליו. ונמצא שעקרונית הוא מסכים לרשב"ם, אלא שהוא מחדש שאם יכל לבנות בתחילה אע"פ שלא בנה - לא איבד זכותו.

ד. רמ"ה - הרמ"ה נקט שלא רק שאסור לשנות בבנין כרשב"ם, אלא שאף אסור להוסיף דיורים. ולכן אף לחלק חדר אחד לשניים - אסור, שהרי הוא מרבה בדיורים חדשים. וכל מה שהתירו לחלוק חדר לשנים, זה רק כאשר עושה זאת בשביל מחסן וכדו'. אמנם, להוסיף דיורים, הכוונה להוסיף דיירים חדשים שאינם ממשפחתו, שהרי ודאי שמותר לו להוליד עוד ילדים, וכן מותר לו שידורו אצלו משרתיו ושפחותיו. אך דיירים שאינם חלק מהמשפחה וצרכיה - אסור לו להביא, אע"פ שהוא לא מוסיף כלל על הבנין.

סעיף ב

אחד מהשותפין בחצר שהביא לביתו אנשי בית אחרת, יש לחבירו לעכב עליו, מפני שמרבה עליו את הדרך. וכן המשכיר ביתו לבעל הבית אחד, ואחר כך הביא עמו קרוביו או מיודעיו לשכון עמו כאחד בבית זה, הרי המשכיר מעכב. ואם הם סמוכים על שולחנו, אינו יכול לעכב עליו לא השותף ולא המשכיר. הגה: ו"א דשותף יכול למלאות ביתו אכסנאים ודיורים, כל שאינו מוסיף בנין חדש (טור בשם רשב"ם ונ"י בשם הרי"ף והרמב"ן וריטב"א). אף על פי שחולק ביתו לדיורין ויש להן בית הכסא אחד ביחד, ולא יוכל השני למימר: הם ממלאים לי הבית הכסא. שנים שיש להם בשותפות בית אחד, אין האחד יכול להרשות לאחרים להשתמש בחלקו, אף על גב דבביתו אין להקפיד בכהאי גוונא, מיהו בבית קפידא אינשי (כ"ז מרדכי פרק חזקת).

1. האם בני חצר יכולים לעכב על אי מהם שלא ישכן בתוך ביתו עוד אנשים?

שו"ע - כן, אם אותם אנשים אינם סמוכים על שולחנו, מפני שמרבה עליהם את הדרך. כן היא דעת הרמב"ם. רמ"א - לא, כיון שיכול אדם למלא כל ביתו דיורים, ואינם יכולים לעכב עליו. כדעת הרשב"ם, הרי"ף, הרמב"ן והריטב"א.

2. האם המשכיר יכול לעכב על השוכר שלא יביא לתוך ביתו עוד אנשים? כן, אם אינם סמוכים על שולחנו, לכו"ע.

3. לדעת הרמ"א, האם יכול השותף למחות בחברו שלא יביא עוד אנשים מפני שממלאים לו בית הכסא? לא, כ"כ הרמ"א בשם המרדכי. וכתבו הפת"ש והתח"ס בשם הדגול מרבבה, דמיירי כשיש לכל אי' בית כסא נפרד, רק שהכל נופל לחפירה אחת. אולם, אם יש רק בית כסא אי', יכול לעכב עליו בטענה שיצטרך להמתין כשימצאהו נעול.

4. מה דין שותפין בבית? אסור לאחד מהשותפין להביא אורחים לתוך ביתו, אפי' כאשר חברו לא נמצא, דחברו יכול לעכב עליו מפני שנכנסים לתוך שלו. אך הוא יכול להכניס אחר במקומו, אך לא להרבות מכמו שהוא יכל לדור שם, וחברו לא יכול לעכב עליו בטענה שאינו יכול לדור עמו, שהרי הוא יכול למכור חלקו לאחר; דלא כמו בשוכרים.

דין זה כתבו המרדכי בשם המהר"ם (הובא בדרכי משה), והשווה זאת לדין שהמודר הנאה מחברו יכול להכנס לחצר, אע"פ שחברו שותף בה, כיון שיכול לומר לו: בשלי אני נכנס. וכתב שזה נכון דווקא בחצר, שעל הילוך החצר לא קפדי אינשי ומחלי, אולם על הילוך הבית קפדי, ולכן לא יכול לומר 'לתוך שלי אני נכנס'. מבואר שטעם ההקפדה היא מפני שהבית שייך לשנינו, ואינך יכול להכניס אנשים לחלקי, כיון שבבית מקפידים. ומוכח שמדובר כאן אפי' על כניסה של ארעי, כיון שעל הילוך קבוע בחצר מקפידים, שהרי מרבה עליהם את הדרך. וכ"כ הסמ"ע.

הסמ"ע הוסיף שדין זה נכון גם כשחברו לא נמצא שם עכשיו, ולא כע"ש, שהרי הטעם שהוא מעכב מפני שבכניסתם מתקלקל הבית. ונראה שזה דווקא על שימוש ממושך, ולא על כניסה ארעית.

לגבי החלפת דיירים: הסמ"ע כתב שאע"פ שאם שנים שכרו יחד, אין האחד יכול להכניס אחר במקומו, כיון שחברו יכול לומר לו 'עמך אני יכול לדור ולא עמו'. אך כשקנו יחד, הדין שונה, שהרי הוא יכול למכור חלקו לאחר ואין חברו

יכול לעכב עליו (משא"כ בשכירות שאינו יכול לדרוש מחברו גוד או אגוד). אך אינו יכול להרבות בדירורים, יותר ממה שהוא דר. וכן הסכים הנהיבות. אולם, הט"ז כתב שכיון שיכול למכור חלקו אפי' לכמה אנשים, כך יכול להכניס במקומו אפי' יותר ממה שהיה הוא דר. ותמה עליו הנהיבות, מדוע יכול למכור חלקו לכמה חלקים? ועוד, אם כדבריו אז אפי' כשהוא דר שם מדוע לא יוכל להוסיף עוד אנשים (והט"ז מודה שא"א)?! ולכן דחה דבריו והסכים עם הסמ"ע.

סעיף ג

לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו; ואפילו אחד מהשותפים בחצר שבקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר, מעכב עליו שותפו, מפני שמסתכל בו ממנו. ואם פתח, יסתום.

ואם נתנו לו השותפים בחצר רשות לפתוח חלון או פתח, רשאי, והוא שלא יפתח פתח כנגד פתח או חלון כנגד חלון. הגה: ובפתח כנגד פתח לא מהני חזקה. והוא הדין בחלון נגד חלון (ב"י בשם רשב"ם). וי"א בחלון נגד חלון מהני (טור בשם הרמ"ה). ואם באו שניהם לפתוח בבת אחת פתח נגד פתח או חלון נגד חלון, אם אחד מהן אינו חסר וחבירו נהנה, כופין על מדת סדום. ואם שניהם כאחד חסרים, יעשו פשרה ביניהם (נ"י פרק חזקת); אלא ירחיק משהו זה מכנגד זה. ואם הוא לחצר אחרת שנתנו לו רשות לפתוח פתח או חלון, צריך להרחיק מכנגד פתחו או חלונו של חבירו עד שלא יוכל לראות בו כלל.

אבל פותח אדם לר"ה פתח בית כנגד פתח בית וחלון כנגד חלון, אם אינם גבוהים ד' אמות, מפני שאומר לו: הריני כאחד מבני ר"ה שרואים אותו. הגה: והבא לבנות ראשון בעליה, אם חבירו שכנגדו יכול לעכב עליו לומר: היום או מחר אפתח ג"כ ותעכב עלי, ע"ל סי' זה סעיף י"ד ט"ו וט"ז וי"ז.

ולמבוי, כל שיש למטה ממנו ג' בתים, יש מי שאומר שדינו כר"ה, וי"א שכל שאינו מפולש אין דינו כרשות הרבים.

פתח לר"ה ויש בזה היזק ראייה לחצר שבצד רה"ר שכנגדו, חבירו יכול למחות בו (נ"י ומרדכי פ"ק דב"ב וד"ע מדקדוק הפוסקים).

ואף על פי כן לא יפתח אדם חנות כנגד פתח או חלון חבירו, מפני שזה היזק קבוע תמיד, שבני ר"ה עוברים ושבים ואינם מביטים בו תמיד, וזה יושב בחנותו כל היום ומביט בפתח או בחלון חבירו; לפיכך צריך להרחיק עד כדי שלא יהא יכול לראות בו כלל.

(י"א שצריך ליזהר אדם מלהסתכל בבית חבירו, עד שהוא נתפס כגנב בראייה ההיא כיון שאין לו טענה) (נ"י פ' חזקת).

1. אסור לאדם לפתוח חלון לחצר השותפין, ואפי' אחד מבני החצר אינו יכול לפתוח חלון לחצר, מפני שמסתכל ממנו לחצר ומזיקו בראיה. ואם עבר ופתח - יסתום. וכ"ש שאסור לו לפתוח לחצר חבירו.

ב"ב נט: במשנה: "לא יפתח אדם חלונותיו לחצר השותפין". ובגמ': "מאי איריא לחצר השותפין? אפילו לחצר חבירו נמי לא! לא מיבעיא קאמר, לא מיבעיא לחצר חבירו דלא, אבל לחצר השותפין דא"ל: סוף סוף הא קא בעית אצטנועי מינאי בחצר, קא משמע לן דאמר ליה: עד האידנא בחצר הוה בעינא אצטנועי מינך, השתא אפי' בבית נמי בעינא אצטנועי מינך". ופי' רשב"ם ב' פירושים: הא' כשאני בבית אני צריך להצטנע ממך שלא תסתכל בי דרך חלונותיך. הב' כשאתה בבית אני יכול להשתמש בחצר, ועכשיו גם כשאתה בבית אני צריך להצטנע ממך. ותוס' נקט כפי הב'.

2. במצב בו מותר לו לפתוח, כגון שנתנו לו רשות - **אסור לו לפתוח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון, אלא צריך להרחיק כדלהלן:** אם הוא שותף בחצר - ירחיק משהו שלא יהיה זה כנגד זה, שלא יוכל להביט להדיא, ואע"פ שיכול לראות באלכסון, אך בלאו הכי יכול לראות זאת כאשר הוא משתמש בחצר. אם אינו שותף - ירחיק באופן שלא יוכל לראות לתוך פתחו דקודם שפתח לא יכל להביט כלל לתוך פתחו, שהרי אין לו רשות ליכנס לחצר, ונמצא שמזיקו עכשיו בפתיחתו.

ב"ב ס. במשנה: "לא יפתח אדם לחצר השותפין פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון". ולמדה זאת הגמ' מבלעם שנאמר 'וירא את ישראל שוכן לשבטיו' ראה שאין פתחיהם מכוונים זה לזה, אמר: ראויים הללו שתשרה עליהם שכניה. וטעם האיסור משום צניעות, שלא יסתכל עליו מתוך ביתו. הטור כתב בשם התוספתא שצריך להרחיק ד' אמות מפתח חבירו, אולם הרשב"ם כתב שמספיק להרחיק קצת כדי שלא יהיה מכוון ישירות, וכ"כ הרמב"ן והנמוק"י שמספיק להרחיק

קצת כדי שלא יציץ, דהיינו שלא יראהו ישירות כשעומד בפתח ביתו. ואע"פ שיכול עדיין להציץ עליו - הרי גם מחצרו יכול להביט בו. ומכאן למד הרמב"ן שאם אין לו חלק בחצר - צריך להרחיק לגמרי כדי שלא יוכל להציץ כלל.

מה הדין כשבאים שניהם לפתוח יחד, מי צריך להרחיק? עושים פשרה, ואם א' נהנה וחברו אינו חסר - כופין על מידת סדום. כ"כ הנמוק"י בשם הריטב"א.

3. האם מועילה חזקה בפתח כנגד פתח? דעת הרמ"ה בפתח לא, אך בחלון כן. ב"י בשם הרשב"ם - לעולם לא וביאר הסמ"ע שחלקו האם האיסור להביט תלוי בהקפדת האנשים או לא, דדעת הרשב"ם שלעולם אסור וכיון שעשה באיסור לא מהני חזקה; אולם דעת הרמ"ה שהאיסור מוגדר לפי דעת בני האדם, וכיון שבחלון לא מקפידים - מהני חזקה; ולדעתו אפי' בפתח מהני קנין מפורש. הב"ח למד שהרשב"ם לא חולק. הרמ"א הביא את דעת הרשב"ם בסתם, ואת דעת הרמ"ה בשם יש אומרים.

בדעת הרשב"ם נראה לחלק בין היזק ראייה דבית להיזק ראייה דחצר, כיון שהרשב"ם סובר שחזקה מועילה להיזק ראייה בחצר לאחר ג' שנים (כן מוכח בנט: ד"ה לך יגע וסתום), ואע"פ כן הבין הב"י שלגבי פתח כנגד פתח הוא סובר שלא מהניא חזקה. צ"ל שלדעתו יש איסור להביט לתוך בית חברו (אולי זה נלמד מבלעם), והאיסור אינו מוגדר ע"פ דעת האנשים, ולכן לא תועיל בזה חזקה ואפי' מחילה מפורשת בקנין, שהרי אסור לך להתבונן לתוך ביתי!! אולם, לגבי חצר זה רק נזק ממוני, ועל כך מועיל קנין, ולכן אם החזיק ג' שנים מהני. אולם, הרמ"ה סובר שלעולם זה אותו איסור, והאיסור מוגדר ע"פ דעת בני האדם, וכיון שאנשים לא מקפידים מהני חזקה.

4. אם מפסיקה רה"ר בינו לבין חברו, מותר לפתוח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון. ודווקא כשחלונות חברו אינם גבוהים מד' אמות, כיון שבלאו הכי צריך להצטנע מבני רה"ר שמביטים בו. אך מעל ד' אמות אין בני רה"ר רואים אותו, ולכן אסור לפתוח שהרי מזיקו בראיה. כדעת הרמב"ן, ולא כרשב"ם שהתיר אף למעלה מד' אמות, שהרי רוכבי חמורים וגמלים יכולים להביט בו גם מעל ד' אמות. משנה שם "אבל פותח הוא לרה"ר פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון; היה קטן - עושה אותו גדול, ואחד - עושה אותו שנים". ובגמ' "דא"ל: סוף סוף הא בעית אצטנועי מבני רה"ר". וכתב הרא"ש בתשובה שאין צורך בגדרי רה"ר לענין שבת, אלא כל שמהלכים שם רבים - מותר.

מה הדין כשחלונות חברו מתחילים מתחת לד' ועולים גם מעל ד'? סמ"ע - מותר לפתוח, דבלאו הכי צריך להצטנע מרה"ר שמביטים בו. ש"ך ונתיבות - אסור, שהרי בני רה"ר אינם יכולים לראותו כ"כ, ולכן יכול להצטנע מהם ע"י שיתכופף וכדו', אך עכשיו חברו יוכל לראותו לגמרי.

מה הדין במבוי? מבוי המפולש דינו כרה"ר. מבוי שאינו מפולש - אם יש ג' בתים ממנו לקצה המבוי הוי כרה"ר, וי"א שלעולם לא חשיב כרה"ר. הדעה הראשונה היא דעת הרשב"א, שכל שהרבים תדירים בו חשיב כרה"ר, והדעה השניה היא דעת הרמ"ה והריטב"א שלעולם אין מבוי שאינו מפולש חשיב כרה"ר, שאין רבים תדירים בו; והביאו ראייה מהירושלמי.

5. מצבים האסורים אף ברה"ר:

א. חנות - אסור לפתוח חנות כנגד פתחו או חלונו של חברו, אע"פ שמפסיקה רה"ר. כיון שזה היזק קבוע, שיושב שם כל היום ומביט בו. כן איתא בתוספתא. וכתב הסמ"ע שבחנות צריך להרחיק לגמרי שלא יוכל לראות לתוך ביתו.

ב. אם מוסיף בנזק - אם ע"י מה שפותח מזיק לו יותר מבני רה"ר. כן ביאר הדרכי משה את דברי הנמוק"י בשם העיטור, שאם מינכרא היזקא אסור אף ברה"ר. ותמה הב"י הרי כיון שזה רה"ר אין שום נזק? ותירץ הדרכי משה שכוונתו שאם מזיקו יותר מבני רה"ר, כגון שהוא גבוה מהם וכדו' אסור.

6. אסור להביט בבית חברו או בחצרו שלא יהא נתפס כגנב. והקשה הסמ"ע הרי האיסור הוא מצד עצמו, וא"כ מדוע אומר הרמ"א שאסור כדי שלא יתפס כגנב? ותירץ שהחידוש הוא שאע"פ שאין כוונתו להציץ לחצר חברו, אלא שהוא עוסק במלאכתו, ג"כ צריך לזהר שלא יראה כאילו הוא מציץ לחצרו שלא יהא נתפס כגנב. והט"ז ביאר שכוונת הרמ"א רק להשמיען חומרת האיסור, שהשווהו רבנן לגנב.

סעיף ד

היה פתח של אחד מהשותפין בחצר קטן, אינו יכול להרחיבו, שהרי שותפו אומר לו: בפתח קטן אני יכול להסתיר ממך בשעת תשמיש, ואיני יכול להסתיר ממך בפתח גדול. ואם היה הפתח גדול, לא יעשו שנים, שהרי אומר לו: בפתח אחד אני יכול להסתיר, 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) (טור וב"י בשם הרמב"ם).

1. אם היה לו פתח בחצר אינו יכול להרחיבו, כיון שבפתח קטן אני יכול להצטנע ממך, אך בגדול יותר קשה. אך אם רוצה להקטין אותו ולהשאירו באותו מקום - מותר. ב"ב ס. במשנה "היה קטן - לא יעשנו גדול, אחד - לא יעשנו שנים". ופירשו בגמ' שהטעם אינו מפני שנוטל יותר ד"א בחצר, אלא משום צניעות, ולכן אסור אף בפתח של ח' אמות לעשותו ב' של ד"א.

כתב הסמ"ע (טז) דדוקא אם היה לו חלון מותר לו להקטין, אך אם אין שם קיר כלל והוא רוצה לבנות כותל ולעשות בו חלון - יכול למחות בו מב' טעמים: א. כל עוד שאין כותל ביניהם לא החזיק בכך, ויכול לכופו בעתיד לבנות כותל משום היזק ראייה; אולם עכשיו יחזיק עליו שיהיה לו בו חלון. ב. כשאין כותל אני יכול לראות אם אתה לא נמצא ולעשות תשמישים צנועים, אולם כשיש קיר עם חלון יותר קשה לי להצטנע ממך.

2. אף כשאינו רוצה להרחיבו, אלא לעשות מפתח א' שני פתחים - אסור, כיון שפתח אחד אני יכול להצטנע ממך כשהוא סגור, אך בב' פתחים כשהוא סגור השני פתוח ואיני יכול להצטנע ממך.

3. כמו כן, אסור לו להעביר את הפתח למקום אחר בחצר, ואע"פ שהוא יקטין אותו, כיון שהוא יכול לומר לו כבר החזקתי להשתמש במקום זה בצניעות, ועכשיו לא אוכל.

האם מותר לפתוח חלון באותו מקום רק גבוה יותר? הב"י כתב בשם המ"מ **שדעת הגאונים שאם סותם את הפתח הזה, יכול לפתוח אחר** למעלה ממנו באותו מקום ממש, שהרי אינו מוסיף לו בנוק, אלא אדרבא ממעט (שהרי בחלון גבוה יותר פחות נח להסתכל דרכו). **אולם הרמב"ם חולק ואוסר** אף בכה"ג, כדעת רב משה גאון, ונראה שטעמו מפני שאע"פ שפחות נח להסתכל דרכו, אך כשיסתכל יוכל לראות יותר שהרי הוא נמצא במקום יותר גבוה.

4. אם פתחו פתוח לרה"ר - מותר לו להרחיבו ולשנותו, וכן לעשות מא' שניים, ואין חברו מעכב עליו, שהרי אינו מזיקו בכך, דבלאו הכי צריך להצטנע מבני רה"ר.

סעיף ה

אחד מהשותפים בחצר שהיה לו פתח פתוח לחצר, והיו לו שתי דלתות, ורוצה לעשותם דלת אחת, יש מי שאומר שאינם יכולים לעכב עליו, אף על פי שנפתח כולו תמיד מה שאין כן שהיה בשתי דלתות. הגה: אבל היו לו שני פתחים של שני שני אמות, לא יוכל לעשות פתח אחד של ארבע אמות. (גמרא פרק חזקת).

1. אם היו לפתח ב' דלתות, יכול לשנותו לדלת אחת, כן כתב הריטב"א: "ושמעין מינה **דדוקא כשהוא מרבה גופו של פתח ממה שהיה**, וכדקס"ד למימר דקני ד' אמות, אבל לעשות משתי הדלתות דלת אחת שנפתח כולו תמיד, או לסלק משם הדלת לגמרי בענין שהיא פתוח תמיד - הרשות בידו, וכן באידך [אחד] לא יעשנו שנים שאם ירצה לשנות מדלת אחת לשתי דלתות הרשות בידו".

2. אם היו לו ב' פתחים של ב' אמות, האם יכול לעשות מהם פתח אחד של ד"א? דעת הרמ"א והסמ"ע - אסור. דעת הש"ך והט"ז - מותר. כמובן שמדובר דווקא שהם סמוכים, והוא רוצה לחבר אותם, דאי לאו הכי פשיטא שאסור להרחיב פתחו או להזיזו למקום אחר, נתיבות.

בגירסת הגמ' שלפנינו לא מופיע דין זה, ולכן כתבו הש"ך והט"ז שדין זה אינו נכון. אולם, הב"י והב"ח והרמ"א גרסו כן בגמ', וטעמם שבחלון א' יותר נח לראות דרכו, ולכן הוא מרבה בנוק.

סעיף ו

מי שבא לפתוח חלון לחצר חבירו, בין חלון גדולה בין חלון קטנה, בין למעלה בין למטה, בעל החצר מעכב עליו, שהרי אומר: תזיק לי בראיה ואף על פי שהוא גבוה תעלה בסולם ותראה.

הבא לפתוח כל סוג של חלון לחצר חבירו, בין גדול ובין קטן, בין גבוה מד' אמות ובין נמוך מד' - יכול חברו לעכב עליו שלא יזיקו בראיה, ואע"פ שהוא למעלה מד' יכול לעלות בסולם ולראות דרכו.

ב"ב נח: במשנה: "חלון המצרית אין לה חזקה, ולצורית - יש לה חזקה. איזו היא חלון המצרית? כל שאין ראשו של אדם יכול ליכנס לתוכה; רבי יהודה אומר: אם יש לה מלבן, אף על פי שאין ראשו של אדם יכול ליכנס לתוכה - הרי זו חזקה". ובגמ' מבואר שלמטה מד' יש חזקה ויכול למחות, ולמעלה מד' אין חזקה, ונחלקו רבי זירא ורבי אילעא האם יכול למחות בו שלא יפתח, וקי"ל כרבי אילעא שאף למעלה מד' יכול למחות בו, כיון שהוא חושש שמא יעמוד על שרשיפא ויביט בו דרך החלון; וכמותו עשו מעשה בגמ'.

נחלקו הראשונים באיזה חלון דיברה הגמ': דעת הרשב"ם והראב"ד - מדובר על חלון צורי, אך חלון מצרי לעולם אין לו חזקה ואינו יכול למחות בו. אלא שלרשב"ם אינו יכול למחות אע"פ שמזיקו בראיה, ולראב"ד דווקא היכא שאין בו משום היזק ראייה ורוב הראשונים - מדובר על חלון מצרי, דבצורי לעולם יש חזקה ויכול למחות, ולגבי מצרי נחלקו, וקיי"ל שאף למעלה מדי יכול למחות בו. והעיד ר"ת שאף הרשב"ם חזר בו בסוף ימיו. וא"כ הדין של שיטתנו הולך לפי פירושם בסוגיא, שאף בחלון קטן שהוא למעלה מדי - יכול למחות בו שלא יסתכל עליו דרכו ע"י שרשיפא.

מדוע בכותל שבין ב' חצירות אין חוששין לשרשיפא ולא יכול לכפותו לבנות למעלה מד"א? **הרמב"ן תירץ** שבחצר אין חשש שרשיפא, כיון שלא מצוי שהוא יהיה שם, ועוד שחברו רואהו מציץ עליו ולכן הוא מתיירא להציץ; משא"כ בחלון. **אולם, הקצות כתב**, שחשש שרשיפא אינו חשש רציני אלא חשש רחוק, ולכן ודאי לא נחייב לבנות כותל למעלה מדי כדי להסיר אותו, אולם, הוא מספיק כדי לומר לנו שיכול למחות בחברו ואין בו משום מידת סדום; ולכן בחלון כיון שיש חשש שרשיפא אין בו משום מידת סדום, ויכול לעכב על חברו.

סעיף ז

הרי שפתח חלון לחצר חבירו ומחל לו בעל החצר, או שגלה דעתו שהניחו כגון שבא וסייע עמו, או שידע הניזק ולא ערער, הרי זה החזיק בחלון, ואינו יכול אחר כך לחזור ולערער עליו לסתום. הגה: כן ראוי להורות מאחר שכבר החזיק זה בחלון, אף על פי שרבים חולקים וסבירא להו דאין חזקה מהני בהיזק ראייה.

ואפי' למ"ד יש לו חזקה, היינו לגופו של חלון דלא יוכל בעל החצר לסתמו או למחות בו, אבל הוא אסור לעמוד בחלון ולראות בחצר חבירו, כדי שלא יזיקנו בראייתו, ובזה איסורא קא עביד ולא מהני ליה חזקה, וזה יוכל בעל החצר למחות בו (ב"י בשם הרשב"א).

אבל כל זמן שאין לו חזקה יוכל לערער עליו וצריך לסותמו, אף ע"פ שעכשיו א"צ לבנות בצדו. ואי בעינן חזקה ג' שנים, יש בו מחלוקת, וכמו שנתבאר לעיל סימן קנ"ג לענין זיזין ושאר דברים כיוצא בו (וע"ל סימן קנ"ה סעיף ל"ה).

1. אם פתח חלון לחצר חברו, וחברו שתק ולא מחה, וכ"ש אם סייע בידו לפתוח או שמחל לו בפירוש - יש לו חזקה, ואין חברו יכול לחייבו לסותמו. דחזקה מועילה אף להיזק ראייה, כדעת הרשב"ם והרא"ש והרמב"ם, ודלא כר"י והרמב"ן והנמוקי" שסברו דלא מהני חזקה להיזק ראייה.

הרי"ף בתשובה הוכיח כן, מב"ב ב: שהגמ' מוכיחה מהמשנה שהיזק ראייה לאו שמיה היזק, מכך שאין כופין אותו לבנות כותל; וקשה אולי אע"פ ששמיה היזק, אך מדובר במקום שהחזיקו לא לבנות כותל, ולכן אינו יכול לכפותו!! ולכן הוכיח שבהיזק ראייה לא מהני חזקה! ועוד הביאו מהירושלמי שאע"פ שחברו סייע עמו לפתוח חלון - לא מהני. וביאר הרמב"ן הטעם מפני שדמי לקוטרא וביה"כ שלא ידע כמה מטי ליה דלימחול, ועוד שזה איסור ואע"פ שחברו מחל לו - אסור לו להזיקו, ואם יפתח חלון ודאי יביט דרכו. ונדחקו להעמיד המשנה של חלון צורי במקום שאין בו היזק ראייה. והמשנה של זיז אף במקום של היזק ראייה, דבזיז אף הרי"ף מודה. אולם, החולקים סוברים שדוקא בחצר לא מהני חזקה, או משום שזה קורה ממילא (ולא כמו חלון שעשה מעשה כדי להזיק) וכ"כ השו"ע, או מפני ששניהם מזיקים אי את חברו וכ"כ הרא"ש, או מפני שבחצר זה נזק גדול כקוטרא, משא"כ חלון. והירושלמי חולק על ש"ס דידן, והמשנה דחלון צורי כפשטה אף במקום שיש בו היזק ראייה. (הטור הבין בדעת הרמב"ם שסובר כר"י שאין חזקה להיזק ראייה, וכבר הקשה עליו בב"י והוכיח שאף הרמב"ם מודה לרא"ש שיש חזקה).

2. החזקה היא רק שאינו צריך לסתום את החלון, אך אסור לו לעמוד ולהביט בחצר חברו. דאע"פ שחברו נתן לו רשות לפתוח חלון, זה רק בשביל שיכנס לו דרכו אור ואויר, אע"פ שהוא לפעמים יראהו תוך כדי השתמשותו, אך לא התיר לו לעמוד ולהסתכל בכוונה לתוך חצרו; ואף אם יתיר לו - לא מהני, שהרי אסור לו לעמוד ולהציץ לתוך חצרו.

3. האם החזקה לאלתר או בעינן ג"ש? נחלקו בזה הראשונים, השו"ע פסק כדעת הרמב"ם והגאונים דהויא לאלתר, ובדעת הרמ"א עיין בסי' קנג סעיף יב.

סעיף ח

בד"א שיש חזקה להיזק ראייה, בעושה מעשה, כגון פותח חלון על חצר חבירו. אבל חצר השותפים, אף על פי שעמדו שנים רבות בלא מחיצה, כיון דממילא בלא עשיית שום מעשה הם מזיקים זה את זה בראיה, אין להם חזקה וכופים זה את זה לעשות מחיצה.

1. אע"פ שיש חזקה להיזק ראייה, אך זה דווקא כשעשה מעשה כגון שפתח חלון על חצר חברו. אולם, בחצר השותפין אין חזקה, דאע"פ שעמדו כך שנים רבות יכול הא' לכופו חברו לבנות כותל.

2. מה דין גג וחצר? לטעמו של השו"ע - אין חזקה. אולם לטעמו של הרא"ש - לנתיבות יש, ולקצות לטעם א' יש ולשני אין.

דין זה הוכיחו הרי"ף מהגמ' בריש ב"ב ב:, כפי שנתבאר בסעיף הקודם. והטעם כתב השו"ע מפני שלא עשה מעשה, אין חברו מוחה בו. והרא"ש כתב ב' טעמים נוספים: א. מפני שכל א' הוא גם מזיק וגם ניזק, ולכן אינו חושש למחות בחברו. ב. בחצר זהו היזק תדיר ודמי לקוטרא, שלא ידע כמה מטי ליה דלמחול. **וכתב הקצות** שהנפק"מ היא בהיזק ראייה של גג על חצר, שרק בעל הגג מזיק לחצר ולכן לטעם הרא"ש הא' יהיה חזקה, אך מאידך זהו היזק תדיר ולטעם הב' לא תהיה חזקה. **והנתיבות כתב** שגג לא קביע תשמישתיה, ואינו תדיר כמו חצר, ולכן גם לטעם הב' יש לו חזקה. אולם לטעמו של השו"ע כיון שאף כאן זה ממילא - אין לו חזקה.

סעיף ט

הרי שפתח חלון לחצר חבירו וידע בעל החצר ולא ערער, ונפל הכותל שהחלון בו, לא הפסיד זכותו, וכשיבנה הכותל יחזיר בו החלון.

1. אם החזיק בחלון ונפל הכותל - לא הפסיד זכותו, וכשיבנה מחדש יכול לפתוח חלון. שהרי החזיק בחצר לפתוח עליה חלון, והחצר קיימת. ולא כמו בסמיכת קורות (בסי' קנ"ג סעיף כ) שאם נפל אין לו חזקה, שהרי שם לא החזיק אלא על הכותל, והכותל נפל. כ"כ הרשב"א והביאו הסמ"ע.

סעיף י

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 מצדדין, אא"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 הנחתיך לפתוח אלא מפני שהיא קטנה וגבוהה, אבל שתחזיק עלי עד שארחיק הבנין, לא הנחתי.

בד"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 שירחיק ד' אמות, כדי שלא יאפיל עליו, שהרי מחל לו על האורה. (ובענין איזה חלון עשוי לאורה, תולה בעיני הדיין ולפי ענין החלון) (טור וב"י בשם הרשב"א).

פתח חלון והחזיק בו:

1. אם החלון גדול בכדי שיכנס בו ראש אדם, או שהוא למטה מד' אמות, זכה גם בשעבוד על חצר חברו, שלא יוכל לבנות כנגדו או בצדדיו אא"כ הרחיק ד"א.

אך אם הוא קטן מהשיעור הנ"ל, והוא מעל ד"א, אע"פ שהחזיק בו ואין חברו יכול לסותמו, אך לא החזיק בחצר חברו שיצטרך להרחיק ממנו ד"א.

ב"ב נח: במשנה: "חלון המצרית אין לה חזקה, ולצורית - יש לה חזקה. איזו היא חלון המצרית? כל שאין ראשו של אדם יכול ליכנס לתוכה". **וכבר נתבאר בסעיף ו' דברי הגמ', ומח' הראשונים בפירושה.** השו"ע פסק כדעת הרמב"ם שהגמ' דיברה על חלון מצרי, שאע"פ שהוא קטן כאשר הוא למטה מד' יש לו חזקה, ובצורי שהוא גדול אף למעלה מד' יש לו חזקה. אלא שהוא מפרש שהחזקה האמורה במשנה אינה לענין עצם החלון שלא יוכל לסותמו, שזה בכל ענין אין חברו יכול לסלקו אם שתק לו בתחילה; אלא עניינה לגבי העיכוב על חברו מלבנות בחצרו כנגד החלון, וכמו שביאר לגבי מרזב וזיז וסולם. וכן פסק כאן השו"ע, שלכל חלון יש חזקה לענין שאינו יכול לכופו לסותמו אחר שהחזיק, אך לגבי הצורך להרחיק ד"א יש חילוק באיזה חלון החזיק.

טעם החילוק מפני שהרמב"ם מדבר על חזקה בלא טענה, אלא שכיון ששתקת הסכמת למציאות הזאת - שיש כאן חלון, ודבר זה נכון בין בחלון קטן ובין בגדול. אלא, שיש פה דבר נוסף והוא שמלבד ההסכמה למציאות שיש פה חלון, אני מסכים גם לשעבד את חצרי אליו, שיהיה לך שיעבוד בחצרי שלא אבנה בה כותל בתוך ד"א לחלון. כאשר מדובר בדבר קטן שאינו חשוב, א"כ הוא ארעי כאן, ולדבר כזה לא נכון לומר ששתיקתי כוללת בתוכה גם הסכמה לשעבד את חצרי אליו. אולם כאשר חברך עושה כאן חלון של קבע, בנין רציני וחשוב, א"כ שתיתקן כוללת בהכרח גם הסכמה שהמציאות

הזאת תהיה משמעותית, דהיינו שהיא תימשך לאורך ימים, ולכן שתיתקן מורה על הסכמה לשעבד את חצרך לחלוטית.

2. חלון שפתחו לאורה, בכל עניין אפי' קטנה פחות מטפח וגבוהה ביותר, אין חברו יכול לבנות כנגדו או בצדדיו אפי' הרחיק ד"א. שהרי כיון שפתחו לאורה, ודאי שמחל לו על האור והאור, ואינו יכול להאפיל עליו. ב"ב נט. "אמר שמואל: ולאורה אפי' כל שהוא יש לו חזקה". ופי' הרשב"ם כיון שהוא דבר קבוע, שהרי אדם תמיד צריך אור, ולכן היה לו למחות בו. ולדעת הרמב"ם נראה שהטעם הוא שכאן ודאי שזה כלול בשתיקתך, שהרי אתה הסכמת שיהיה לי פה חלון לאורה, דהיינו חלון שלא מאפילים עליו.

בפירוש 'אפי' כל שהוא' שבדברי שמואל: דעת ר"ת והרמב"ם שאפי' פחות מטפח יש לו חזקה. אולם דעת העיטור והמרדכי שפחות מטפח אפי' עשוי לאורה אין לו חזקה. ופסק השו"ע כרמב"ם.

3. מהו חלון העשוי לאורה? הכל לפי ראות עיני הדיין, ולפי ענין החלון. הרשב"ם פירש שמדובר כשאין לו אורה ממקום אחר. ר"ח פירש שהוא עשוי להאיר במקום שהוא אפל. הרמ"ה כתב שאפי' כשהוא רק בא להוסיף אור, אך כדי שהבית יהיה מואר כשאר בתים. והעיטור כתב שצורתו החיצונית ניכרת שהוא עשוי לאורה, כגון שהוא צר מבחוץ ורחב מבפנים. וכתבו העיטור והרשב"א שהכל תלוי לפי ראות הדיינים.

סעיף יא

י"א דהא דיש חזקה לחלון, דוקא כשיש לה צורת הפתח או מלבן, דבלאו הכי לא הוי אלא כחור שחררוהו עכברים. (ו"א דהכל לפי ענין בני המדינה) (ב"י בשם הרשב"א), (וכנ"ל).

יש אומרים שכל חלון שיש לו חזקה, היינו דווקא כשיש לו צורת הפתח או מלבן (כלומר מסגרת מדי צדדיו), דאי לאו הכי הרי הוא כחור ולא כחלון. כן כתב הנמוקי יוסף שדעת האחרונים. והרמ"א הביא שהכל לפי ענין בני המדינה ודוקא בחלון העשוי לאורה.

הב"י הביא את דברי הנמוקי"י הללו, וכתב שמקורם הוא מהתוספתא שכתבה במפורש שגם לדעת רבי מאיר בעינן צורת הפתח או מלבן; וכתב שאפשר שגם הרמב"ם והרא"ש מודים לזה בסתם חלון. אולם, כתב שבחלון העשוי לאורה ודאי שהרמב"ם חלק ולא הצריך צורת הפתח או מלבן, שהרי כתב שאפי' אם הוא פחות מטפח יש לו חזקה, וחלון פחות מטפח לא עושים צורת הפתח. והרשב"א כתב במפורש בתשובה שלגבי חלון העשוי לאורה לא בעינן צורת הפתח או מלבן, אלא הכל לפי ראות עיני ב"ד האם הוא חלון או שאינו אלא חור שחררוהו עכברים.

העולה מדברינו שהרמ"א לא כתב את דבריו אלא בחלון העשוי לאורה, אך בשאר חלונות מודה שבעינן צורת הפתח או מלבן. וכ"כ הגר"א.

סעיף יב

וכן מי שהיתה לו חלון מוחזקת, ובא חבירו ובנה כנגדה או מצדדיה בלא הרחקה או סתמה, ושתק בעל החלון, אינו יכול לחזור ולערער לפתוח 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 (טור בשם ר"ת והרא"ש).

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 שניכר שאינו רוצה לפתחו עוד, או שבנה בנין גמור לפניו וכיוצא בזה (מרדכי פ"ק דב"ב).

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 (ב"י בשם הריטב"א). ועיין לקמן (בסעיף כ') ובסימן קנ"ה סעיף ל"ה.

1. אם היה לו חלון, שהיה מוחזק בו, וחברו בנה בלא הרחקה או שסתם לו החלון, ושתק - איבד חזקתו מיד לכו"ע בין לדעת הרמב"ם, ובין לדעת הרא"ש; שאין אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק. ב"ב נט: אמר רב נחמן: ולסתום - לאלתר הוי חזקה, שאין אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק.

מה הכוונה מיד? סמ"ע וקצות - כפשוטו, כיון שמסתמא הרגיש מיד שסתם חלונו, משא"כ בשאר ניזקין שבעיני זמן מה שיוכל להתברר הנוק; לשיטת הרמב"ם.

האם צריך טענה על כך? שו"ע - לא דהוי מחילה, כמו שאר החזקות. רמ"א - י"א שכן, אם לבעל החלון יש שטר או ראייה שהיתה לו זכות לפותחו - וצריך הסותם לטעון שקנה ממנו לסותמו. אך אם לבעל החלון יש רק חזקה, יכול הסותם לטעון שהחזקה הייתה בטעות.

(בדעת הרשב"ם נלע"ד שהחזקה לאלתר היא רק כשאתה טוען שהוא לא קנה וחזקתו שהחזיק הייתה בטעות, והראיה שסתמתי אורו ושתק. אולם, אם יש לו שטר או ראייה שקנה חלונו, ואתה טוען שקנית ממנו חזרה, לא מועילה הסתימה לאלתר אלא רק לאחר ג"ש, דכיון שקנית היכן שטרך! וכמו שחזקת חלון בעיא ג"ש וטענה, כך גם חזקת סתימת חלון. ודוקא כשטוען שהחזקה בטעות, הסתימה מועילה לאלתר. כן משמע לי מלשון הרשב"ם).

2. מה הדין כשסתם בעל החלון בעצמו? לא איבד חזקתו, אא"כ פרץ פצימיו. מח' בראשונים ופסק כריטב"א והמרדכי. דעת הנמוק"י שאף כשהוא סתם בעצמו איבד חזקתו, ואפי' לא פרץ פצימיו. ודעת המרדכי והריטב"א שדוקא כשסתמו בפניו ושתק הוי חזקה, משא"כ כשסתם בעצמו לא איבד חזקתו, שיוכל לומר להנאתי סתמתי באותה שעה. אך אם פרץ פצימיו - איבד זכותו, דגלי אדעתיה שסתמו לעולם. (ולמד כן מהדין של פתח בדף יב. "בית סתום - יש לו ד' אמות, פרץ את פצימיו - אין לו ד' אמות").

3. מה הדין כשיש מח' ביניהם מי סתם? בעל החלון נקרא מוחזק, ואע"פ שהחלון סתום, ולכן על חברו להביא ראייה שהוא סתמו; כ"כ הריטב"א.

סעיף יג

מי שהיו חלונות למטה בכותלו, ובא חבירו לבנות בפניהם, ואמר ליה: אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה למעלה מאלו, הרי זה מעכב עליו ואומר לו: בעת שתפתח החלונות תרעיד הכותל ותקלקל אותה; ואפילו אמר: אני אסתור כל הכותל ואבנה אותו לך חדש ואעשה בו חלונות למעלה ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה, יכול לעכב עליו, שאומר לו: אין רצוני שאטרך ממקום למקום, אפילו אינו משתמש בו אלא בעצים. לפיכך אם לא היה שם טורח כלל, ואינו צריך לפנות, אינו יכול לעכב עליו.

אבל בעל החלונות שרצה לשנות מקום חלונות, בין למעלה בין למטה, אפילו היתה גדולה ואמר: אפתח אחרת קטנה ואסתום זו, בעל החצר מעכב עליו, וכן אינו יכול להרחיב בחלון כל שהוא. הגה: כותל שבין ראובן לשמעון, והכותל של אחד מהן, יכול לסתור כשירצה, ואין חבירו יכול לעכב (מרדכי ריש ב"ב).

1. אם החזיק בחלונות ורוצה חברו לבנות כנגדו ולהאפיל עליו, ולשם כך רוצה להגביה חלונותיו של חברו, חברו מעכב עליו אע"פ שאין מגיע לו שום נזק מזה, בטענה שאינו רוצה לטרוח ולצאת מביתו. ואף אם אין לו שם אלא מחסן, יכול לעכב שאינו רוצה לטרוח לפנות מחסנו. אולם אם אין לו לא נזק ולא טורח - אינו יכול לעכב על חברו דכופין על מידת סדום.

ב"ב ז. "ההוא גברא דהוה בני אשיתא אחורי כווי דחבריה, אמר ליה: קא מאפלת עלי, א"ל: סכרנא לך הכא ועבידנא לך כווי לעיל מאשיתאי. א"ל: קא מרעת ליה לאשיתאי, א"ל: סתרנא לך לאשיתך עד דוכתא דכווי, ובנינא לה ועבידנא לך כווי בבנינא לעיל מאשיתאי. א"ל: אשיתא מתתאה עתיקא ומלעיל חדתא לא קיימא, אמר ליה: סתרנא לה עד לארעא, ובנינא לה ועבידנא לך כווי בגוה. א"ל: חדא אשיתא חדתא בכוליה ביתא עתיקא לא קיימא, א"ל: סתרנא לה לכוליה ביתא, ובנינא לך כווי בבנינא. א"ל: לית לי דוכתא למידר בה, א"ל: אגירנא לך דוכתא, א"ל: לא טרחנא. אמר רב חמא: בדין קא מעכב. היינו הך, והא תו למה ליה? הא קמ"ל, דאע"ג דלא משתמש אלא תיבנא ובי ציבי בעלמא".

הרמב"ם למד מכאן שדווקא אם יש לו תשובה, אך כאשר אין לו טורח כלל, כגון שאינו גר שם, ואין לו שם שום דבר - אינו יכול לעכב על חברו. ואף הטור שחלק עליו בסי' קנג לגבי סולם מודה כאן, שהרי הביא דבריו ולא חלק עליהם. והטעם דהכא שאני, שהרי הוא לא רוצה להשתמש בשל חברו אלא לבנות בשלו, וחברו רוצה לעכב עליו מפני שמזיקו, וכיון שהוא מוכן לקחת על עצמו את כל ההיזקים והטורח, אין לחברו במה לעכב.

2. אבל בעל החלון אינו יכול לשנות חלונותיו ממקום למקום אחר, אפי' אם הוא מקטין את החלון שהרי הוא מונע ממנו להשתמש במקום אחר. וכן אפי' אם הוא מגביה אותם שיש פחות היזק ראייה, שהרי הם למעלה מדי' אמות. אולם אם הוא מקטין את החלון באותו מקום - רשאי. וכמו שנתבאר דינים הללו לגבי פתח בסעיף ד, ועיי' שלגבי להגביה את החלון נחלקו הרמב"ם והגאונים.

3. כותל חצר שבין ראובן לשמעון, ששייך לראובן יכול ראובן לסותרו כשצריך, ואין חברו יכול למחות בו. ודווקא כשיש לו צורך, דאי לא הכי כופין אותו על מידת סדום, וחברו ישלם לו דמי חצי הכותל; נתיבות וסמ"ע. ואע"פ שעכשיו יהיה היזק ראייה, אך שניהם יזיקו זה לזה ולכן אין הוא חשוב כמזיק, אלא אח"כ אם ירצה יכון חברו לבנות עמו יחד.

סעיף יד

הבא לפתוח ראשון בעלייה שכנגד עליית חברו, לה"ר יונה אינו יכול לפתוח אלא עד חצי עלייתו, כדי שישאר השאר לכשנגדו. ולהרא"ש ולהרשב"א אין יכול חברו לעכב עליו ולומר: היום או למחר אפתח ותעכב עלי, שרשות הרבים הפקר הוא והראשון שפתח הוי כזוכה מהפקר.

הבא לפתוח חלון בעליה שכנגד עלית חברו, ורה"ר באמצע, האם חברו יכול למחות בו? **רבינו יונה:** כן, בטענה שמא למחר ארצה אני לפתוח חלון ולא אוכל לפתוח כנגד חלוני. ולכן אינו יכול לפתוח אלא עד חצי עלייתו. **הרא"ש והרשב"א:** לא, כיון שרה"ר הפקר היא, והרי הוא זוכה מן ההפקר, ולא לוקח ממך כלום ומדוע שתוכל לעכב. ואם למחרת תרצה לפתוח חלון לא תוכל, שהרי אתה מזיקו בראיה.

הטור הביא את מח' רבינו יונה והרא"ש, וכתבו הב"י והב"ח שמהנמוק"י בריש לא יחפור משמע שזו אותה מח' שמובאת לקמן בסעיף טז, דהיינו השאלה האם יכול הראשון לפתוח חלון על חורבת חברו כיון שלא מזיקו בראיה כעת, או שחברו יכול לעכב עליו שלא יחזיק בו לאחר זמן. אולם, דחו דבריו שהרי הרשב"א שסובר כרבינו יונה שם, מודה כאן לרא"ש שכיון שהוא פותח חלון לרה"ר ולא לחצר חברו, אין חברו יכול לעכב עליו, אלא כיון שקדם ופתח זכה מההפקר. **ולכן כתב בבדק הבית** שנראה שלא פליגי, אלא הרא"ש והרשב"א דיברו במקום שאין רשות להוציא זיזין וגזוזטראות ונמצא שאויר רה"ר הוא הפקר, וכל הקודם ופותח חלון זוכה באויר; אולם רבינו יונה מייירי במקום שיש רשות להוציא זיזין ונמצא שאויר רה"ר שייך לשניהם כחצר השותפין, ולכן חברו יכול לעכב עליו.

אולם, קשה מדוע השו"ע כותב שיש מח' בין הרא"ש לרבינו יונה?! והנתיבות ביאר שבאמת יש מח' ביניהם בשאלה האם אויר רה"ר הוא הפקר או לא. רבינו יונה סובר שרה"ר שייך למלך, והמלך שיעבד האויר לשותפין שקנו הקרקעות הסמוכות בשוה. אולם, הרא"ש והרשב"א סוברים שהמלך לא שיעבדה לאף אחד, אלא כל הקודם - זוכה.

סעיף טו

וה"מ במקום שאין אדם רשאי להוציא זיזין וגזוזטראות מעלייתו לרשות הרבים. אבל במקום שרשאי להוציאם, לא הוי האויר שלפני עלייתו הפקר, אלא הוי כחצר השותפין, וכשפתח זה חלונו כנגד אויר שלפני עלייה שכנגדו שלא כדין פתח, כיון שגם האחר יכול להוציא בניינו לרשות הרבים.

גם הרא"ש והרשב"א מודים שבמקום שכל א' רשאי להוציא זיזים וגזוזטראות לאויר רה"ר, א"כ מוכח שהאויר לא הפקר, אלא הרי הוא כחצר השותפין. ולכן אם פתח חלונו כנגד האויר, הרי עשה שלא כדין. ודינו יתבאר בסעיף הבא, שזה מח' הרא"ש עם רבינו יונה והרשב"א האם יכול למחות בו שלא יפתח כדי שלא יחזיק עליו, או שאינו יכול למחות בו אך אין לו חזקה, ולכן אח"כ יכול השני לבנות כנגדו ולהאפיל עליו.

סעיף טז

דעת הרא"ש שהפותח חלון לרשות חברו למקום שעכשיו אינו מזיקו בהיזק ראייה, אין שכנו יכול לעכב עליו בטענת שהיום או למחר יבנה הוא המקום ההוא ויזיקנו זה מחלון זה בהיזק ראייה, מפני שכיון שעכשיו אינו מזיקו אינו יכול לעכב עליו, דזה נהנה וזה אינו חסר הוא, וכיון שאינו יכול לעכב עליו אין לו חזקה, וכשיבנה הלה יכופנו לסתמו כדי שלא יזיקנו בהיזק ראייה, וכן יכול לבנות כנגד אותו חלון בלא הרחקה.

ועל פי הדברים האלה פסק בראובן שהוציא בליטת עלייתו לחוץ ופתח בו חלון, ולסוף נמלך שמעון שכנו שכנגדו להוציא גם הוא בליטת עלייתו, וטוען ראובן שירחיק בניינו מכנגד חלונו, כדי שלא יאפיל, שהדין עם שמעון, מפני שכיון שמנהג המקום שרשאי להוציא זיזין וגזוזטראות לרשות הרבים, הוי כחצר השותפין, וכשפתח ראובן חלונו כנגד האויר של עליית שמעון שלא כדין פתח, כיון שגם שמעון היה יכול להוציא בניינו, ועד עתה לא היה שמעון מקפיד כי לא היה מזיק לו ולכן לא היה יכול למחות בידו, הלכך אין חזקה לראובן, ויכול שמעון לבנות כנגד חלונו.

ומטעם זה פסק בראובן שבא לפתוח חלון לחורבת שמעון אינו יכול למחות בו, כיון שאינו מזיקו, וכיון שאינו יכול למחות בו אין לו חזקה, לפיכך אם נמצא חלון פתוח לחורבה אין לו חזקה, אם לא שיביא עדים שהחזיק בו קודם שנעשה חורבה. ואדם שיש לו חלון פתוח לרשות חבירו ונחרב, טוב הוא שיעמיד עדים שהחזיק בחלון זה קודם שנחרב המקום, ויכתוב עדותם להיות בידו לראיה.

ומטעם זה פסק בגגים שהם מכוסים רעפים ואין עליהם תשמיש, שיכול לפתוח עליו חלון, ואם אחר זמן יפתח את גגו ויכול לראות מאותו חלון לחצר, כופהו לסותמו. הלכך חלון הפתוח לחצר חבירו והוא במקום גבוה, ובא חבירו לבנות תחתיו ולעשות על הבנין גג של רעפים, ואותו הבנין מונעו מלהסתכל בחצר, יכול למחות בידו מלעשות הבנין והגג, כי יאמר לו: היום או למחר תסתור הבנין שלך ותכופני לסתום חלוני, כי תאמר: אין לך חזקה כי היה פתוח על גג, ואני לא אוכל למצוא עדים שהחזקתי בו בעוד שהייתי יכול להסתכל בחצרך.

אבל הרשב"א כתב שראובן הבא לפתוח חלון על חצר שמעון במקום שאין מזיקו עכשיו בהיזק ראייה, ושמעון טוען שהוא יבנה בשלו היום או למחר ויזיקנו בראייה, שהדין עם שמעון לעכב על ידו, דלא בעי למיקם בהדיה למחר בדינא ודיינא כשיבא לבנות. ואפילו אם רצה לכתוב לו שטר הודאה בכך, אין שומעין לו, דנמצא זה צריך להיות שומר שובר מהעכברים. וכן דעת הראב"ד, ולזה הסכים הריב"ש, וכתב שכן דעת הרבה מהאחרונים, וכן דעת ה"ר יונה והרמב"ן, והכי נקטינן. (ובמקום שיש מנהג הולכי אחר המנהג) (ריב"ש סימן תע"ב /תע"א/), ומיהו כתב הרמב"ן שני"ל שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין.

הגה: ואפילו למ"ד שיש לו חזקה הואיל והיה יכול למחות, הני מילי בפותח לרשות חבירו. אבל בפותח לרשות הרבים וכדומה, שאין בידו למחות כלל, לכולי עלמא לא הוי חזקה.

ראובן שהיו לו חלונות בביתו נגד חצירו או גינתו של חבירו וכותל ביניהן, ונפל הכותל וע"י זה ראובן רואה לרשות חבירו, צריך לסתום חלונותיו, ואף על פי שעשאו בהיתר. כן כתב הרא"ש בתשובה (הביאו הטור סכ"ב). מיהו אם היה בית מפסיק והיה ג"כ של ראובן או של אחר שהיה רואה מאותו בית לרשות חבירו, ונפל ועל ידי כך רואה מבית אחר, א"צ לסתום חלונותיו דמאי שנא (שרואין) מבית זה או מבית אחר (טור שם). מיהו יש חולקין וסבירא להו דהיזק ראייה מיקרי היזק דממילא, ומאחר שעשה בהיתר על הניזק להרחיק עצמו. ועיין לקמן סימן קנ"ה.

1. מה הדין באדם שפותח חלון במקום שאין בו היזק ראייה? כגון שפותח חלון על חורבת חבירו שאינו משתמש בה, או שפותח על גג רעפים של חבירו שאינו יכול להשתמש בו.

דעת הרא"ש - אין חבירו יכול לעכב עליו מלפתוח, כיון שאין בו משום היזק ראייה מדוע שיעכב עליו? וממילא כופין על מידת סדום בכה"ג (כמו שמתבאר בנט. לגבי שרשיפא), וממילא אין לו חזקה דכיון שאינו יכול לעכב עליו מלפתוח, אין לו חזקה.

דעת הרשב"א ורבינו יונה - חבירו מעכב עליו מלפתוח, ולכן יש לו חזקה שהרי יכל למחות בו. אך נחלקו בשאלה מדוע יכול לעכב עליו: רבינו יונה סובר שכיון שחבירו עושה חלון, ממילא לאחר ג' שנים תהיה לו חזקה, ולכן אתה צריך למחות בו כל ג' כדי שלא תיוצר לו חזקה. ממילא זה טעם מספיק טוב כדי לעכב עליו מלפתוח, מחמת שאינך רוצה למחות בו כל ג' שנים. אולם, הרשב"א כתב שהטעם שיכול לעכב משום שהוא אינו רוצה כשיבנה חורבתו לאחר זמן, לעמוד עמו בדין כדי לדרוש ממנו לסלק חלונותיו, וממילא כיון שיכלת לעכב עליו מלפתוח - אם לא מחית בו עלתה לו החזקה.

מדוע יכול לעכב בטענת 'לא בעי למיקם בהדיה למחר בדינא ודיינא'? כתב הנתיבות (יו) שלכאוי זה לא טענה מצד עצמה, אלא רק לומר שאין פה מידת סדום לעכב עליך. לכן, רק כאשר הוא עושה בשל חבירו, כגון כאן שפותח חלון ונהנה מאורו של חבירו, יכול חבירו לעכב עליו בטענה זו. משא"כ כאשר הוא עושה בתוך שלו, כגון כשפותח חלון לרה"ר שאחריה יש חורבת חבירו, שאינו יכול לעכב עליו. אולם, מהרשב"א מוכח שאף בכה"ג אפשר לעכב משום טעם זה, שהרי כתב כן בחידושו לגבי סומך גפת (יו:), וכן מדברי הריב"ש מוכח הכי. ונראה לתרץ שלעולם ב'שכנים' יש כאן מציאות משותפת בין שנינו, ולכן כרגע המציאות הנתונה בינינו היא כך, ואתה בא לשנות אותה ולכן אני יכול לעכב עליך מלשנות אותה אפי' בחשש קלוש כזה. בעצם נכון לומר שזה לא נקרא שאתה עושה בשלך, אלא תמיד כשאתה עושה בשלך אתה בעצם עושה בשלי.

דעת הרמב"ן - חברו מעכב עליו מלפתוח, כיון שאינו רוצה למיקם עמו בדינא ודיינא, כרשב"א; ואפי' הכי אין לו חזקה דכיון שבאותה שעה עדיין לא הגיע לו נזק מהחלון, יש לו הסבר מדוע לא מחה, כיון שלא הפריע לו שחברו נהנה מהחלון, ולא חשש שיצטרך למיקם עמו בדינא ודיינא.

ב"ב יז: "איתמר: הבא לסמוך בצד המצר - אביי אמר: סומך, ורבא אמר: אינו סומך וכו'". נחלקו אביי ורבא מה הדין באדם שבא לסמוך מזיק (בור) כשאין ניזק (קודם שחברו חפר בור ברשותו), אביי התיר ורבא אסר וקי"ל כרבא. הגמ' מקשה על רבא "תא שמע: מרחיקין את הגפת, ואת הזבל, ואת המלח, ואת הסיד, ואת הסלעים מכותלו של חבירו ג' טפחים או סד בסיד; טעמא דאיכא כותל, הא ליכא כותל - סומך!! לא, כי ליכא כותל נמי לא סמך. ואלא מאי קא משמע לן? הא קא משמע לן, דהני קשו לכותל". **התקשו הראשונים** מה הקושיא מגפת, הרי כיון שזה דבר המטלטל אי"כ כשיבוא חברו לבנות כותל, הוא יסלק את הגפת ונמצא שלא נכון לומר שעכשיו כשהוא סומך הוא סומך מזיק; ואין זה דומה לחופר בור שהוא דבר של קבע, ולכן רבא אוסר לעשותו עוד קודם שחברו יחפור גם הוא בור!! **התוס' והרא"ש תירצו** שהגפת כבר עכשיו מזיקה את המקום, וגם לאחר שיסיר אותה הוא לא יוכל לבנות כאן כותל; או שזה דבר שקשה לסלקו ויש לחוש שחברו יתעצל, וא"כ אנו רואים את זה כדבר של קבע. **אולם, רבינו יונה תירץ** שהסיבה שהוא יכול לעכב הוא מחשש פן חברו יחזיק עליו ג' שנים, ושוב לא יוכל לסלק את הגפת שלו כשירצה לבנות כותל! ממילא, נכון לומר שהוא מזיק אותו כבר עכשיו, שהרי הוא מצריכו למחות בו כל ג'! והרא"ש דחה דבריו, וכתב שכיון שאין חברו יכול לסלק לו את הגפת, מדוע שתיוצר לו חזקה!! וכיון שלא נוצרת חזקה, מדוע שיצטרך למחות!! ולכן דחה דברי רבינו יונה. **אולם הרשב"א** הביא תירוץ נוסף (בתחילה כתב כרבינו יונה, ואח"כ כתב עוד תירוץ) והוא שיכול חברו למחות בו כבר עכשיו מלהניח את הגפת, בטענה שאולי כשהוא יבנה כותל וידרוש ממנו להרחיק את הגפת, חברו לא יסכים והוא יצטרך לסחוב אותו לבי"ד, וממילא כבר עכשיו זו טענה טובה לעכב עליך מלהניח כאן את הגפת.

בביאור מחלוקתם: יש לנו ב' דינים הפוכים: בעל בנכסי אשתו (מב), משכנתא דסורא (לה:). לגבי בעל בנכסי אשתו מבואר שאין לו חזקה, שהרי כיון שתיקנו לו שהוא אוכל פירות, אי"כ ברור שהוא לא קנה ממנה את השדה, ואכילתו אינה ראייה. אולם, לגבי משכנתא דסורא מבואר שאע"פ שבעל השדה אינו יכול לעכב אותו מלאכול פירותיו, אך הוא צריך למחות כדי שלא תעלה לו חזקה. ובטעם הדבר כתב הרשב"א (מט.) שהוא מפני שלגבי בעל בנכסי אשתו - הכל יודעים שבתורת פירות ירד לקרקע זו, וא"כ הוא כלל לא נראה לנו כבעלים בשדה. אולם, לגבי משכנתא דסורא, יש לנו ספק שהרי אולי הוא קנה או שהוא ירד בתורת משכנתא? ולכן אכילתו ג' שנים שלו, נראית לנו כבעלים, ולכן הבעלים זקוקים למחות.

ממילא נחלקו הרא"ש ורבינו יונה איך להתבונן על חלון שאין בו היזק ראייה? לדעת הרא"ש - כמו על בעל בנכסי אשתו, שהרי כולם יודעים שכיון שאין כאן היזק ראייה - לא יכל לעכב עליו מלפתחו, וא"כ ברור שלא קנה ממנו את הזכות לפתוח את החלון. כמו בעל שכיון שרשאי לאכול פירות אשתו בחינם - פשוט שלא קנה ממנה את הקרקע שלה. אולם, לדעת רבינו יונה - כמו משכנתא דסורא, שהרי אע"פ שאני יכול לפתוח בחינם, אך כיון שאתה יכול להאפיל עלי ולבטל תשמישי בחלון, אי"כ אדם לא משקיע כסף לפח, ולכן אדם עשוי לקנות את הזכות של החלון, כדי שעבודתו לא תיחד לטמיון. וכיון שהדבר ספק, צריך למחות בו שלא תעלה לו חזקה.

הריב"ש הקשה על הרא"ש שלדבריו צריך להעמיד את הגמ' בנט. בחלון צורי, ואילו בפסקיו כתב במפורש שהגמ' מדברת על חלון מצרי, אך לחלון צורי לכו"ע יש חזקה אף למעלה מדי אמות; ואע"פ שלר' זירא אין חשש שרשיפא וא"כ אין בו משום היזק ראייה, אי"כ מדוע יש לו חזקה הרי אין חברו יכול למחות בו!! אלא שכיון שהוא דבר של קביעות, חברו יכול לעכב עליו מלפתחו. וא"כ במפורש הרא"ש מודה שאפשר לעכב על פתיחת חלון גם כשאין בו היזק ראייה, ומדוע כתב בריש "לא יחפור" שפותח חלון לחורבת חברו כיון שאין בו משום היזק ראייה אין חברו יכול לעכב עליו ואין לו חזקה!!

ממילא נראה שאף הרא"ש לא אמר את דבריו אלא בחורבה ולא בחצר. בחצר, כיון שחברך נמצא בה תדיר, אי"כ הרא"ש מודה שפתיחת חלון עליה דומה למשכנתא דסורא, שאע"פ שאתה יכול לעשות זאת בחינם, אך אולי קנית ממנו זכות זאת, כדי שלא יאפיל עליך. וכיון שיש לנו ספק, אתה צריך למחות בו כדי שלא יחזיק. אולם, בחורבה כיון שהוא לא נמצא כאן כלל, אי"כ אין סיבה שאדם ישקיע ויקנה מחברו את הזכות, שהרי הוא יכול לעשות זאת בחינם.

הנתיבות תירץ שאף הרא"ש מודה לרבינו יונה, ורק לגבי חלון מצרי בחורבה כתב שא"א למחות, שכיון שאין בו היזק ראייה והוא לא קבוע, בכה"ג ברור שלא קנית מחברך דבר כזה, שהרי זה דבר שאינו של קביעות. אולם, פשט דברי הרא"ש נראה שדיבר בכל עניין, ולכן נראה לחלק כמו שכתבנו.

2. אם הוא פותח לרה"ר - לכו"ע אינו יכול לעכב עליו, וממילא אין לו חזקה. וחברו יכול לבנות כנגדו בשלו ולהאפיל עליו, שהרי לא החזיק בחצרו; אולם, אינו יכול לפתוח חלון כנגדו להזיקו בראיה כמבואר בסעי' יד. טעם החילוק כתב הרשב"א מפני שאם הוא פותח על חצר חברו ומשתמש בשל חברו - יכול חברו לעכב עליו, אך כשאינו משתמש בשלו (כגון כאן שפותח לרה"ר) אינו יכול לעכב עליו וא"כ הוא מזיק אותו.

הנתיבות הקשה, הרי מדובר כאן שרה"ר רחב פחות מדי"א, וא"כ מדוע מותר לו לפתוח חלון הרי הוא משתמש בשל חברו באמה האחרונה של הדי"א? וכי יהיה מותר לאדם לכנוס לתוך שלו אמה אחת ולפתוח חלון על חורבת חברו!! ולכן נדחק להעמיד שמדובר כאן בחורבת בית, שכיון שאין בית אין לו זכות על האויר שהאויר הוא הפקר, ואסור לי לפתוח רק משום נזק, וכיון שאין כאן נזק עכשיו אני יכול לפתוח ונמצא שאני זכיתי באויר ואתה לא תוכל לפתוח שוב כנגדי לאחר שתבנה. אולם, אם זה חורבה של חצר, אז כיון שהחורבה עשויה ליבנות, וכשתיבנה אני יזיק אותך בראיה, כבר

עכשיו אתה יכול לעכב עלי שהרי אני משתמש באויר שלך ו'לא בעינא למיקס עמך בדינא ודינא'. אך הסתפק אולי אף בכה"ג מותר לבנות עכשיו, ורק אח"כ כשתיבנה החצר יצטרך לסתום.

אולם, נראה לומר שבאמת גם אם היה בא לכנוס לתוך שלו אמה ולפתוח חלון היה מותר לו, ואף כאן מותר לו לפתוח כנגד רה"ר בכל ענין. מפני שלא נכון לומר שהוא משתמש בשל חדרו כלל, כיון שכאשר אנו אומרים שהחלון משתמש בד"א שכנגדו, זה מה שחכמים הגדירו את הצורך של החלון, שכדי שהוא יעשה את תפקידו בצורה טובה הוא צריך שיהיה כנגדו ד"א פתוחות. אולם, גם בפחות מכך הוא עושה את תפקידו כחלון. ולכן כאשר אדם כונס לתוך שלו ופותח חלון, חדרו לא יכול לעכב עליו כיון שהוא יכול לומר לו: אני פותח את החלון על חצרי, שהרי אפי' אם אתה תבנה כותל על שפת חצרך, החלון שלי ימשיך להיות חלון. וא"כ אני כלל לא משתמש בשלך, כיון שאני פותחתי כאן חלון דפוק, ומדוע שתעכב עלי? ורק כאשר אני פותח חלון על שפת חצרי, כיון שבהכרח אני משתמש בשלך בשביל החלון שלי, אמרו חכמים שהגדר של החלון הוא ד"א, כיון שזה המינימום של החלון. אולם, כאשר אני פותח את החלון על שלי, אע"פ שחלק מהד"א הם בתוך שלך - אין בכך כלום, שהרי אינני משתמש בשלך. וממילא לא תהיה לי שום חזקה עליך בכה"ג.

3. פתח חלון בהיתר, ועכשיו הוא מזיק האם צריך לסתום? כגון שהיו לו חלונות כנגד חצר חדרו ובאמצע הפסיק כותל שנפל. הרמ"א כתב בשם הרא"ש שכן, ואע"פ שכשסמך בהיתר דעתו שעל הניזק להרחיק עצמו, אך זה דוקא כשהניזק בא לחדש ולשים שם עכשיו את הדבר הניזק; אך בכה"ג שהדבר הניזק כבר שם אלא שפתח חלונותיו מחמת הכותל וניטל הכותל - על המזיק להרחיק עצמו. וכתב שיש אומרים שהיזק ראייה הוא היזק דממילא, ולכן אינו צריך לסתום דבכה"ג על הניזק להרחיק את עצמו.

ראובן שחלונותיו פתוחים על בית שמעון, ולשמעון היו חלונות על חצר לוי, ונפל ביתו של שמעון ונמצא שראובן רואה בחצרו של לוי. דעת הרמ"א בחצר לוי - אין צריך לסתום חלונותיו, שהרי גם קודם שנפל בית שמעון היה שמעון רואה בחצרו של לוי. דעת הרמ"א שבכל ענין אינו צריך לסתום, אולם הקצות דייק מדברי הרא"ש שדווקא כאשר ראובן קנה את ביתו של שמעון, ונמצא שהוא זכה בזכות להביט לחצרו של לוי. אולם, בלאו הכי יכול לוי לומר לו שכיון שבית שמעון נפל הוא רוצה לעשות תשמישים צנועים שם, ומדוע שראובן יוכל להזיקו? ולענ"ד פשט דברי הרא"ש בתשובה מורים כרמ"א, כיון שהוא כתב ב' טעמים: טעם א' - מפני שלא ניתוסף שום היזק לגינת לוי שהרי מעיקרא נמי היה צריך להצטנע מהדירים בבית שמעון, וא"כ החצר שלו אינה עומדת לתשמישים צנועים. טעם ב' - כיון שראובן קנה את בית שמעון, הרי הוא יכול לחזור ולבנותו ולפתוח חלונותיו לגינת לוי, וא"כ מה לי חלונות ראובן מה לי חלונות שמעון? הקצות עשה עיקר מהטעם השני, ואף את הטעם הראשון הבין שזה בגלל שראובן קנה את בית שמעון, אך בלאו הכי לא. אולם, יותר משמע בלשון הרא"ש כרמ"א, שהרי הוא כתב שהחצר הזאת א"א לעשות בה תשמיש צנוע, וא"כ משמע שאין כאן נזק כלל ומה לי הוא מה לי אחר. ובנתיבות (חידושים מא) הסכים עם הקצות.

סעיף יז

ראובן שפתח חלון לחצר שותפין, והאחר איננו פה והתנה עם זה שהוא פה ששכיחלוקו
אם יפול חלקו אצל ראובן לא יוכל למחות בו, אין תנאי זה כלום.

א"א להחזיק בחלון על חצר השותפין, אם הא' אינו פה. כ"כ הרא"ש בתשובה, וטעמו ששותפין שחלקו הם לקוחות דאין ברירה, ונמצא שהוא מחזיק בחלק חדרו שלא כאן, ולא עלתה לו חזקה כלל. ודוקא בחלון שהוא מחזיק רק באויר שכנגד חלונו, אולם בדבר שהוא מחזיק על כל החצר, עלתה לו חזקה לגבי אותו שותף שכאן; סמ"ע וב"ח.

ואף אם יקנה מאותו שנמצא כאן, ששכיחלוקו אם יפול החלון בחלקו לא יוכל למחות בו - לא מהני. דדמי לאומר 'שדה זו לשכאקחנה תהא קנויה לך' - דלא קנה, דהוי דבר שלא בא לעולם.

סעיף יח

ראובן יש לו בית אצל עובד כוכבים, ופתח חלון על גגו של עובד כוכבים, לאחר ימים מכר העובד כוכבים ביתו לישראל, ובא הלוקח להגביה ביתו בענין שסותם החלון של ישראל, וטוען ראובן: אתה מאפיל על אורות חלוני, אף על פי שהלוקח בא מחמת עובד כוכבים, אסור לו לסתום כדין ישראל עם ישראל, דלא אשכחן דקאי במקום עובד כוכבים אלא לגריעותא. הגה: ו"א דהואיל והעובד כוכבים היה יכול לסתמו, גם הלוקח הבא מכחו יכול לסתמו, וכן כל כח העובד כוכבים יש לישראל הבא מכחו, וכן הורו מהר"ם והרא"ש, וכן נ"ל להורות. וכ"ש במקום דאיכא דינא דמלכותא דאזלינן בתרה. וצריך הלוקח להזהר שיחזיק בקרקע העובד כוכבים קודם שיתן לעובד כוכבים המעות, כי אם יתן לו המעות קודם החזקה מיד נסתלק העובד כוכבים והוי כהפקר וזכה הישראל השני בחלונות אלו קודם שיחזיק הישראל השני (מרדכי פרק חזקת).

וכל זה מיירי שידוע שחצירו של עובד כוכבים היה קודם לחלונות של זה, אבל אם ספק אם החלונות היו קודמים והחזיק בשל הפקר, על הלוקח הבא לסתום להביא ראיה (תשובת רמב"ן סי' י"א).

ואין חזקה מועלת נגד עובד כוכבים והבא מכחו א"כ החזיק בו לאחר שלקחו מן העובד כוכבים, (תשובת רשב"א) ועיין לקמן סימן קצ"ד.

1. ישראל שלקח מגוי ודיני הגוי הם שכל אי עושה בשלו, ואין חברו מוחה בו (זה פותח וזה מאפיל):

שו"ע - אם ראובן פתח על הגוי חלון, אסור לשמעון שלקח מהגוי להאפיל עליו. דלא קאי במקום גוי אלא לגריעותא. רמ"א - מותר לו להאפיל עליו, דכוחו של הגוי עובר לישראל. אמנם, צריך הלוקח לזהר שיחזיק בקרקע העכו"ם קודם שיתן מעות, דאי לאו הכי כשיתן מעות נסתלק העכו"ם וזכה הישראל השני בחלונותיו, ושוב לא יוכל להאפיל עליו.

ג' דיעות בראשונים בדין זה: א. שיטת הרא"ש והמהר"ם - ישראל הבא מגוי יש לו את כל כח הגוי, וכיון שבדיני העכו"ם כל אי יכול לפתוח איפה שרוצה ומאידך חברו יכול להאפיל עליו כשירצה, כך גם הבא מכוחו יכול להאפיל על חברו או לפתוח עליו חלונותיו. וכן פסק הרמ"א. ב. שיטת הרשב"א - ישראל הבא מגוי הרי הוא כגוי, זה נאמר רק לחובתו ולא לזכותו, ולכן זה לא שייך הכא. אולם מאידך, כיון שהגוי לא יכל לעכב על הישראל מלפתוח, לא נוצרה לישראל חזקה בחלונותיו, ולכן יכול עכשיו הלוקח להאפיל עליו שהרי לא החזיק בהם. אולם, לגבי דרישה לסתום החלונות, אם יש בהם היוק ראייה, יכול לדרוש לסותמם. אולם, אם אין בהם משום היוק ראייה, אינו יכול לכופו לסותמם, דכיון שהוא לא פשע בפתיחתם אין לחברו יכולת לכופו לסתום, אם אינו מזיקו. (ואע"פ שלכתחילה אפי' בכה"ג יכול לעכב עליו שלא יפתח כדי שלא יחזיק עליו, אך כאשר האם כבר פתוחים ולא עשה איסור בפתיחתם - הרי הוא צריך למחות בו כדי שלא יחזיק). ג. שיטת הגאון - ישראל הבא מגוי הרי הוא כגוי, זה רק לחומרא, כרשב"א. אולם, מאידך אין הקונה יכול להאפיל על חברו, שהרי אין לו לעבור על דיני תורה, ובדינינו הרי אסור להאפיל על בעל החלון. וכן פסק השו"ע. אולם, קשה הרי גם בדין תורה אין איסור להאפיל על אדם שפתח חלונות כשלא החזיק בהם? והרי בכה"ג הגוי לא יכל למחות בו, וממילא לא נוצרה לישראל חזקה כלל, ומדוע שלא יוכל לסתום חלונותיו? נראה לבאר זאת על פי הסברו של הרב מרדכי בשיטת הגאונים והרמב"ם בחזקת תשמישין, שהחזקה נוצרת לאלתר ובשתיקה, והטעם מפני שכיון שאני משנה את המציאות הממונית שבינינו, ואתה שותק נמצא שאתה מסכים לכך שהמציאות תשתנה, ועכשיו ששתקת נמצא שהמציאות החדשה שבינינו כוללת חלון. וכיון שיש כאן חלון בינינו, ממילא אסור לך להאפיל עליו ולבטל תשמישו. ממילא אומר הגאון שכך גם כאן, כאשר הישראל פתח חלון על הגוי נמצא שהמציאות הממונית שביניהם כוללת חלון, אלא שכשהגוי ירצה מותר לו לשנות את המציאות הזאת, כיון שכך הוא בדיניהם. אולם, כאשר הוא לא שינה, ומכר את חצרו לישראל אחר, נמצא שהישראל קנה מציאות שיש בה חלון, וממילא שוב אסור לו להאפיל עליו, שהרי בדיני ישראל אסור לשנות את המציאות שלא בהסכמת חברו.

2. גם לדעת הרמ"א: אם יש ספק האם העכו"ם קדם או הישראל ונמצא שהישראל החזיק בהפקר - על הלוקח להביא ראיה. כיון שהישראל מוחזק במציאות הממונית הזאת, וחברו בא לשנות ממנה.

3. אין חזקה לישראל מול העכו"ם או הבא מכוחו, דכיון שבדיניהם אינו יכול לעכב, אין לו חזקה, כ"כ הרשב"א.

סעיף יט

ראובן שהיה לו בית אצל חצרו של עובד כוכבים ופתח עליו חלונות, כי כן דיניהם של עובדי כוכבים, ועתה מכר העובד כוכבים חצרו לשמעון, ואמר שמעון לראובן: סתום חלונותיך, הדין עמו ואפילו טען ראובן שלקח מהעובד כוכבים. הגה: וכבר נתבאר בסמוך דיש חולקין.

ראובן שהיה לו בית אצל עובד כוכבים והעובד כוכבים פתח לו חלונות לחצרו של ראובן, וקנה שמעון הבית מן העובד כוכבים, ובא ראובן לסתום החלונות ומראה שטר שכן כתב לו העובד כוכבים שיוכל לסתום, ושמעון אומר כי הבית שקנה היה כבר של ישראל והוא החזיק בחלונות קודם שמכרו לעובד כוכבים, אם העובד כוכבים היה צריך לסתמו בדיניהם או שכתוב בשטר שמראה ראובן שאין לו חזקה בחלונות כי נעשו שלא כדין או בדרך שאלה, שמעון הבא מכר עובד כוכבים לא עדיף מיניה. אבל אם העובד כוכבים לא היה צריך לסתמן, גם לא הודה שאין לחלונותיו חזקה, רק שכתב: אני אסתום כשתרצה וחייב עצמו במה שלא היה מחוייב מדינא, אין צריך שמעון לסתמן (תשובת רשב"א אלף קק"ט).

ועובד כוכבים שהחזיק בחלונות אינה חזקה, מאחר שבדיניהם אינם יכולים למחות בהן אם כן החזקה אינה חזקה (שם).

1. אם הישראל פתח על הגוי חלון שיש בו היזק ראייה - יכול הלוקח מהגוי לדרוש ממנו לסתום חלונו, וכ"ש שיכול להאפיל עליו. וכתב הרמ"א שנתבאר בסמוך שיש חולקין, וביאר הנתיבות דהיינו החולקים בסעיף טז וסוברים שהיזק ראייה הוא היזק דממילא, וכיון שסמך בהיתר אינו צריך להרחיק.

לכא"ד דין זה שותר את הדין של הסעי' הקודם, שאין הלוקח מהגוי יכול להאפיל על חלונותיו של חברו!! אלא שהחילוק הוא ששם מדובר בחלון על גג שאין בו היזק ראייה, ואילו אצלנו מדובר בחלון על חצר שיש בה היזק ראייה. והטעם הוא מפני שכאשר יש היזק ראייה, אע"פ שאנו אומרים שהישראל החזיק בחלון על הגוי, אך בחזקה הזו לא כלול היזק ראייה (אע"פ שחזקה מועילה אפי' להיזק ראייה). מפני שהגויים אינם חוששים לצניעות, ולכן לא אכפת לגוי שחברו מסתכל עליו, ונמצא שכאשר הוא פתח את החלון זה לא גרם לגוי לבטל מתשמישיו בחצר, ונמצא שהישראל לא החזיק עליו להזיקו בראיה. (כן מתבאר מהרשב"א בתשובה ח"ג סימן קס). ולדעת הרמ"א לעיל פשיטא שיכול לכופו לסתום חלונו, שהרי הישראל לא החזיק בחלון כלל. וא"כ קשה מדוע כתב הרמ"א שיש חולקים, הרי כ"ש שהוא מודה לדינו של השו"ע הכא!! כן הקשה הש"ך. אמנם, הנתיבות תירץ שאין כוונתו שהרשב"א והרא"ש חולקים, אלא כוונתו לחולקים הסוברים שאף בהיזק ראייה כשעשה בהיתר אינו צריך להרחיק, אף כאן אינו צריך להרחיק שהרי עשה בהיתר כשפתח מול הגוי.

2. אם ראובן מוציא על הלוקח מהעכו"ם שטר, שהעכו"ם התחייב לסתום חלונותיו, ודורש מהלוקח לעשות זאת: אם העכו"ם היה מחויב בזה מדינא - חייב גם הלוקח לעשותו. אך אם התחייב בכך מעצמו - אין הלוקח מחויב בכך.

3. עכו"ם שהחזיק בחלונות על הישראל - אין לו חזקה, שהרי בדיניהם אין הישראל יכול לעכב עליו, וכל שאינו יכול לעכב אין לו חזקה.

סעיף כ

ישראל שהיה לו חלון פתוח לחצר העובד כוכבים, וסתם אותו מבחוץ והניחו פתוח לצד פנים, לאחר זמן מכר העובד כוכבים חצרו לישראל ואותו הישראל בונה כותל נזדמן קרן כותלו לסתום החלון, וטען הישראל: אני מפני העובד כוכבים סתמתי מפני היזק ראייה ועתה ארצה לפתחו, אינו יכול לחזור ולפתחו, כיון שסתם חוצה לו ושייר הכותל כולו לפנים, גילה בדעתו שעקרה מלהשתמש לאורה ועשאה כחלון שאדם עושה בתוך ביתו.

ועוד יכול הקונה לומר: אני מצאתי חלון זו סתומה מנין שפתוחה היתה ונסתמה יש לחוש שמא העובד כוכבים סתמה ונעשית חזקה כדאמרן ולסתום לאלתר הויה חזקה.

מדוע יכול הקונה לטעון מנין שפתוחה היתה ונסתמה, הרי בסעיף יב פסק הרמ"א שכאשר יש ספק לגבי הסתימה בעל החלון מוחזק!!

הסמ"ע תירץ דשאני הכא שאין העכו"ם לפנינו ואולי היה טוען שהוא סתם, ועוד שם ניכר שהסתימה זמנית (שלא הסיר פצימיו) ואילו הכא לא ניכר אם היו שם פצימין. ה"ט דחאו שהרי הכא מיירי שלא סתם מבפנים, וא"כ ניכר שהיה כאן חלון ושהסתימה זמנית!! אלא תירץ דשם הייתה לו חזקה ברורה, ויש לנו ספק אם הוא איבד אותה, ולכן אנו מעמידים אותו על חזקתו הראשונה. אך כאן יש לנו ספק אם מעולם הייתה לו חזקה בחלון (שהרי ישראל מול עכו"ם אין לו חזקה). ובדומה לזה תירצו הקצות והנתיבות, ששם הוא מרא קמא בחלון, שהרי ודאי שהחזיק בה ולכן מוקמינן ליה אחזקת מרא קמא.

סעיף כא

מי שהיתה לו חלון בכותלו, ובא חבירו ועשה חצר בצדו, אינו יכול לומר לבעל החלון זה: סתום חלון זה כדי שלא תביט בי, שהרי החזיק בהיזק זה.

אם בא חבירו לבנות כותלו כנגד החלון כדי שיסיר היזק ראייתו, צריך להרחיק את כותלו מכנגד החלון ד' אמות, כדי שלא יאפיל עליו; וכיון שהרחיק ארבע אמות, אף על פי שמאפיל, אינו צריך להרחיק יותר.

היתה החלון למטה בכותל, כופה את חבירו לבנות כנגדה ברחוק ד' אמות ולהגביה הבנין ד' אמות, כדי שלא יביט בו מהחלון. היתה החלון למעלה בכותל, ובנה חבירו כותל כנגד החלון מלמטה. אם היה מראש הכותל שבנה עד החלון גובה ד' אמות או יותר אינו יכול למנעו, אף ע"פ שלא הרחיק מהכותל כלום, שהרי לא האפיל עליו ואינו מזיקו בראייה. אבל אם נשאר גובה מראש הכותל עד החלון פחות מד' אמות, כופהו

למעט הכותל, כדי שלא יעמוד על ראש הכותל וישקיף מהחלון, או יגביה הכותל על החלון ד' אמות ויהיה הכותל רחוק מהחלון ד' אמות, כדי שלא יאפיל ולא יציץ ויראה. הגה: וכל זה בבונה נגד חלון שעל גבי חצר, אבל חלון שהולך לר"ה אין לו חזקה, כמו שנתבאר סעיף י"ו, ולכן יכול לבנות כנגדו אף על פי שמאפיל עליו (תשובת הרשב"א אלף פ"ה, ואלף קל"ה /קל"ב/ וב"י ד"ק לה מלשון הטור). ועיין לקמן סימן זה סעיף ל"א ול"ב.

1. אם היה לו חלון בהיתר על חצרו, אינו יכול לומר לו לסותמו מפני שמזיקו בראיה, שהרי החזיק בנזק זה, כדעת הסוברים שיש חזקה להזיק ראייה, כמו שנתבאר בסעיף ז.

2. רצה בעל החצר לבנות כותל כנגד החלון, צריך להרחיק מכנגדו ד' אמות, כדי שלא יאפיל עליו. וכיון שהרחיק כדן, אע"פ שעדיין מאפיל עליו אין צריך להרחיק יותר. כ"כ רבינו ירוחם, וכ"כ הרשב"א בתשובה: "ד' אמות שאמרו מחלוננו של חבירו שיעור מוחלט הוא שכך שיערו חכמים שבכך די לו".

ב"ב כב. במשנה: "החלונות, בין מלמעלן בין מלמטן בין כנגדן - ארבע אמות". וכתב הרא"ש: "ואף על גב דאוקמא למתניתין מן הצד ולא איירי בכנגדן, מ"מ נראה דה"ה מכנגדן צריך להרחיק ד' אמות דפשוטא דמתני' הכי משמע, אלא משום קושיא דדוושא צריך לאוקמא בבא מן הצד. ועוד, דמעיקרא דפרק טעמא דשלא יאפיל הוה פשיטא דכשכנגדו צריך ארבע אמות, ומסברא זו לא חזר בו הגמרא".

3. מלבד זה, צריך שיגביה כותלו ד"א מכנגד החלון, כדי שלא ישען על הכותל ויצץ לתוך ביתו.

4. אם החלון גבוהה, והוא אינו רוצה להגביה מכנגדה ד"א, יכול להנמיך את כותלו ד"א מגובה החלון, כדי שלא יעמוד על כותלו ויצץ לתוך ביתו דרך החלון. ובכה"ג אין צריך להרחיק ד"א, שכיון שמנמיך כותלו מחלון חצרו שוב אינו מאפיל עליו, אא"כ צריך להרחיק ד"א משום דוושא, כמו שיתבאר לקמן בס"י קנה ס"י"ב.

5. דין זה נכון דווקא כשהחלון סמוך לחצר חצרו, אך אם החלון פתוח לר"ה, וחצר חצרו נמצאת מעבר לר"ה, אין לחלון זה חזקה כלל, ויכול חצרו לבנות כנגדו ולהאפיל עליו. כמו שנתבאר בסעיף טז בשם הרשב"א, שכיון שאויר רה"ר הפקר, כ"א יכול לפתוח חלונו לשם ואין חצרו מעכב עליו, אך אינו יכול לשעבד חצר חצרו, ולכן יכול השני להאפיל עליו.

סעיף כב

בנה כותל בצד החלון, צריך להרחיק מהחלון טפח, ומגביה הכותל ארבע אמות על החלון, או כונס ראש הכותל, כדי שלא ישב עליו ויצץ ויראה. הגה: ומוודין טפח זו מן החלון עצמו ולא מן השקיפה, וכל מי שיש לו חלון יכול לשקפו אחר כך בין מבחוץ בין מבפנים ואין חבירו יכול לעכב, ולכן השקיפה אין לה חזקה (מרדכי פרק לא יחפור).

1. אם הכותל שבונה הוא בצד החלון, צריך להרחיק מהחלון טפח.

ב"ב כב: "תנן: החלונות, בין מלמעלן בין מלמטן בין מכנגדן - ארבע אמות, ותני עלה: מלמעלן - כדי שלא יציץ ויראה, מלמטן - שלא יעמוד ויראה, ומכנגדן - שלא יאפיל; **טעמא שלא יאפיל, אבל משום דוושא לא! הכא במאי עסקין - בבא מן הצד.** וכמה? אמר ר' יבא חמוה דאשיין בר נדבך משמיה דרב: כמלא רחב חלון. (הרי"ף גרס כאן "וכמה? טפח"). והלא מציץ! א"ר זבדי: במדיר את כותלו. והא אנת תנן: ארבע אמות! לא קשיא: כאן מרוח אחת, כאן משתי רוחות".

מה הכוונה 'בא מן הצד'? בפשטות ביארו הרא"ש והטור שאם הכותל עם החלון הולך מצפון לדרום, אזי הכותל החדש הולך ממזרח למערב, וכיון שכן הוא לא מאפיל כ"כ על החלון אלא קצת ע"י הצל שלו, ולכן סגי בהרחקת טפח. אולם מלשון הרמב"ם והשו"ע משמע לי שהבינו שהשאלה היכן הכותל נבנה? אם הוא נבנה כנגד החלון אז צריך תמיד להרחיק ד"א, גם אם הוא אנכי לחלון. אולם, אם הכותל נבנה בצד החלון, וגם הוא בנוי בצורה אנכית (כיון שאחרת יש בעיה של דוושא) אז מספיק להרחיק מהחלון טפח. אולם המגיד משנה כתב שכוונת הרמב"ם היא כמו שכתבו שאר הראשונים.

2. כמו כן, צריך להגביה הכותל ד"א מהחלון, או לעשות ראש הכותל בשיפוע חד כדי שלא יוכל לישב עליו ולהציץ בחלון חצרו. הגמ' הקשתה: "והלא מציץ! א"ר זבדי: במדיר את כותלו". וביארו התוס' שכיון שהוא בא מן הצד לא סגי בהגבהת ד"א, כיון שהוא יכול לעמוד על הכותל במקום יותר רחוק ולהציץ דרכו. ולכן תירצה הגמ' במדיר את כותלו, דהיינו שעושהו חד שא"א להישען עליו. אולם, הרב המגיד כתב שדעת הרמב"ם והר"י מיגש שהגמ' הקשתה דוקא משום שסברה שאין צורך להגביה ד"א, ולכן העמידה במדיר את כותלו, אולם אם מגביה ד"א אין צורך להדיר.

3. את הטפח מודדים מהחלון עצמו, ולא מהמשקוף שלו. ולמשקוף החלון אין חזקה, שאין חברו יכול לעכב עליו איך יעשה משקופו.

סעיף כג

בנה כתלים משני צידי החלון, צריך להיות ביניהם רוחב ד' אמות, והחלון באמצע הארבע, ולא יסכך על גביהם אלא אם כן הרחיק הסיכוך מהכותל שיש בו החלון ד' אמות, כדי שלא יאפיל עליו.

1. אם בנה שני כתלים הבאים מן הצד, צריך שיהיה **ביניהם** רוחב ד' אמות כדי שלא יאפיל על החלון, דאם יהיו סמוכים מדי לא יכנס ביניהם אור ואויר לחלון חברו. ודוקא ביניהם, אך מן החלון מספיק שירחיק טפח כמו בסעיף הקודם.

2. רוחב ד"א שמשייר ביניהם, הוא כולל את רוחב החלון. כן דעת הרמב"ם, ולא כדעת הרא"ש והטור שמלבד רוחב החלון צריך שיהיה ביניהם ד"א.

3. אסור לסכך על גביהם, שהרי בכך הוא מאפיל על חלון חברו, אא"כ הרחיק את הסיכוך מן החלון ד"א. כן כתב הרמב"ם מסברא דנפשיה.

סעיף כד

עשה גג משופע אצל חלון חברו, אף על פי שאין עליו תשמיש קבוע, צריך להשפיל ממנו ד' אמות.

אף אם בנה גג משופע, שאין עושים בו תשמיש קבוע, צריך להרחיקו מן החלון כדיני ההרחקות. כ"כ הרא"ש בתשובה (כלל ק, ו), וטעמו: "ויותר הוא גרוע ממקום שעולין עליו תמיד, כי אז נזהרים בני הבית לעשות תשמיש צנוע בפני החלון שמא יעלו ויראו, אבל בעליית עראי אין נזהרין דאיכא היזק טפ"י".

סעיף כה

אם פתח בתקרת עלייתו כעין ארובה ומשם נכנס אור לביתו, אם בא שכנו לבנות אינו צריך להרחיק כלל.

הגה: ראובן שבנה בביתו חדר לאוצר יין ושמן וצריך אויר לקרר היין, ובא חבירו לבנות כותל כנגדו, יכול ראובן למחות בו אף על פי שהרחיק ד' אמות, דמאחר שהחדר מוכן לאוצר ועשאו בביתו ברשות, אין חבירו רשאי לעשות לו היזק בבניינו (ב"י בשם הרשב"א).

1. אם פתח חלון בתקרת ביתו, כעין ארובה, אם בא שכנו לבנות אינו צריך להרחיק. כ"כ הרשב"א בתשובה (ח"ב, קעו): "שלא אמרו שצריך להרחיק מלבנות כנגד חלון חברו אלא בחלון הפתוח על חצר חברו בלבד **והטענה להרחיק ארבע אמות אינו אלא משום שפתיחת החלון על חצר חברו ראייה שמכר לו בעל החצר בחצירו ארבע אמות לשעבוד זה שלא יבנה שם כנגד החלון כדי שלא יאפיל**. אבל אם פתח בתקרת עלייתו כעין ארובה ומשם נכנס אור לביתו אם בא שכנו לבנות אינו צריך להרחיק כלל".

2. אם בנה האחד חדר לאוצר יין ושמן, שצריך לשם כך אויר לקררו, אסור לחברו לבנות כותל כנגדו ולמעט אוירו, אע"פ שהרחיק ד' אמות, ואע"פ שכרגע אין שם יין. כ"כ הרשב"א בתשובה, וכתבו הקצות והנתיבות דמייירי שהראשון בנה חדרו כאשר לחברו לא הייתה שם חצר, ולכן זכה מההפקר באוירו כדי לקרר יינו. אולם, בלא הכי אינו יכול לשעבד אוירו של חברו לקרר בו יינו, ואע"פ שהוא קדם ועשה אוצר יין קודם שחברו בנה כותל, דומיא דדושא.

סעיף כו

אחד מהשותפין שרצה להגביה הכותל המשותף ביניהם (על) הוצאתו יותר על ד' אמות, אף על פי שהוא מאפיל החצר אין חבירו יכול לעכב עליו.

יכול השותף להגביה הכותל שבין החצרות על חשבונו כמה שירצה, ואין חברו יכול לעכב עליו בטענה שהוא מאפיל עליו. כ"כ הריב"ש (סימן רפט), וטעמו כמו שכתב הרשב"א בסעיף הקודם, שהיכולת לעכב על האפלה היא דוקא בחלון שאורו בא מכנגדו, ונמצא ששיעבד לו אויר חצרו לכך, אולם בחצר האור בא מלמעלה ואינו יכול לעכב עליו שהרי לא שיעבד לו חצרו לכך.

סעיף כז

שני אחים שחלקו חצר מדעתן ושמו הבנין והעצים זה כנגד זה ולא השגחו על שומת האויר, והגיע לא' מהם בחלקו תרבע החצר ולשני האכסדרה, אם רצה בעל החצר לבנות כותל בסוף חלקו, בונה בפני האכסדרה, ואף על פי שמאפיל עליו, שהרי לא שמו האויר. והוא הדין אם היו חלונות פתוחות מחצר של זה לשל זה, יכול לבנות בפניהם. מיהו כל שלא בנה בפניהם אינו יכול לומר לו: סתום חלונותיך, אף על פי שיש היזק ראייה. הגה: ו"א דיכול לומר לו: סתום חלונותיך (טור בשם הרא"ש ונראה מהרמב"ם פ"ז דשכנים).

ודוקא באכסדרה שיש לו אור יותר מדאי, אבל החלונות הצריכים לבית אינו יכול לבנות כנגדן, וכל שכן שלא לסתמו, דבית בלא אור אינו שוה כלום (טור וכ"כ הרא"ש).

1. שני אחים שחלקו חצר ובית, ושמו ביניהם את הפער בשווי העצים והבנין, אע"פ שא' קיבל בית עם חלונות, יכול חברו לבנות בחצרו ולהאפיל עליו. כיון שלא שמו ביניהם את שווי האויר. אך אם עשו שומא בסתם, אינו יכול להאפיל עליו, דבסתמא שמו גם את האויר; כן הכריע הש"ך.

ב"ב ז. "הנהו בי תרי אחי דפלגי בהדי הדדי, חד מטייה אספלידא וחד מטייה תרביצא, אזל ההוא דמטייה תרביצא וקא בני אשיתא אפומא דאספלידא. א"ל: קא מאפלת עלי, א"ל: בדידי קא בנינא. אמר רב חמא: בדין קאמר ליה. א"ל רבינא לרב אשי, מאי שנא מהא דתניא: שני אחין שחלקו וכו' א"ל: התם דעלו להדדי. אבל הכא מאי? דלא עלו להדדי, וכי בשופטני עסקין וכו' א"ל: נהי דעלו להדדי דמי ליבני כשורי והודרי, דמי אוירא לא עלו להדדי" ומבואר בגמ' בהמשך שרב חמא סובר כשמואל ש'האחין שחלקו אין להם דרך זה על זה, ולא חלונות זה על זה'. ונחלקו הראשונים במה מדובר? **רבינו יונה** ביאר שמדובר ששמו בפירוש העצים והבנין ולא הזכירו האויר, ולכן הדין עמו שיכול להאפיל; אולם אם שמו סתם, אינו יכול להאפיל דפשיטא שהתכוונו גם לחלונות. **וכתב ה"ה שכן דעת הרמב"ם. אולם, הרא"ש כתב** שמדובר ששמו בסתם, ואפי' הכי אין האויר בכלל השומא.

2. האם יכול לדרוש ממנו לסתום חלונותיו שלא יזיקנו בראיה? שו"ע - לא, רמ"א - כן. נח' בדבר הראשונים: דעת הרא"ש שצריך לסתום חלונותיו, מפני שמזיקו בראיה; ודעת הרמב"ן והרשב"א שאין צריך לסתום חלונותיו, אלא שיכול להאפיל עליו ולסתום אורו. ובדעת הרמב"ם כתבו ה"ה והריב"ש שדעתו כרא"ש, אולם בבדק הבית כתב שנראה לו שדעתו כרמב"ן, וכן פסק בשו"ע.

3. דין זה נכון דווקא לגבי ריבוי אורה, שיכול להאפיל עליו. אולם, בחלונות הצריכים לבית אינו יכול להאפיל עליו, דבלא זה אין שם בית עליו כלל. כ"כ ר"י בתוס', אולם מרש"י משמע שאפי' אם מאפיל עליו לגמרי, אינו יכול לעכב עליו.

כתב הבי"ב בשם הנמוק"י שדין זה נכון דווקא כאשר חלקו האכסדרה והחצר בסתם, או שבעל החצר יזם את החלוקה; אולם אם בעל האכסדרה יזם את החלוקה, אמרינן שודאי רצה לקבל דווקא אכסדרה עם ריבוי אורה, ולכן בכל ענין אינו יכול להאפיל עליו. והביאו הש"ך, וכתב שלדעת הרא"ש והתוס' בסי' שכא אין זה נכון.

סעיף כח

ראובן שנתן או מכר כאחד הבית לשמעון והחצר ללוי, והיו חלונות פתוחים מהבית לחצר, אם רצה אותו שזכה בחצר לבנות בפניהם (הרשות בידו).

וה"ה אם מכר או נתן החצר ושייר הבית לעצמו, דרשאי אותו שזכה בחצר לבנות בפני החלונות, (ו"א דאין יכול לבנות, אלא אם כן הרחיק ארבע אמות).

הגה: מכר הבית ושייר החצר לעצמו, י"א דאינו יכול לסתום חלונותיו, דמוכר בעין יפה מוכר, והוא הדין לנותן (רבי ירוחם נל"א ח"י וב"י). ויש חולקין (נ"י ס"פ לא יחפור ב"י בשם הריטב"א) (ועיין לקמן סימן קנ"ה סעיף כ"ה).

1. ראובן שמכר או נתן בית לשמעון והחצר ללוי, הדין הוא כמו באחין שחלקו. כ"כ הרמב"ם (שכנים פ"ב, הי"ב), וכתב ה"ה שכן דעת הר"י מייגש, ושכן פשוט מסברא, דהאחין שחלקו לקוחות הן. וכיון שלקחו **כאחד** אין לזה זכות בה יותר מזה; אך אם לקחו בזה אחר זה, אז הלוקח הראשון בעין יפה מוכר, והשני הפסיד. ודוקא כשלקחו מא', אך אם כל אחד לקח מחברו, כל א' זכה בכל הזכויות שהיו למי שלקח ממנו.

2. וכן הדין אם מכר או נתן החצר לאחד, ושייר הבית לעצמו. דבעין יפה נותן או מוכר, וא"כ הקנה לו החצר לכל דבר, ואפי' לענין זה שיוכל להאפיל עליו. ויש חולקים, דבכה"ג לא אמרינן בעין יפה מוכר, כשזה גורם לו הפסד. הר"י ברצלוני כתב ב' הדעות הללו, והכריע כדעה הראשונה.

3. אם מכר הבית ושייר החצר לעצמו: י"א דאינו יכול להאפיל עליו, שהרי מוכר בעין יפה מוכר, וא"כ מכר לו גם שעבוד לחלוטותיו בחצר. כן דעת הרא"ש. וי"א דיכול להאפיל עליו, שאין אדם מוכר נזקין, ואינו רוצה שחברו יזיקו בראיה דרך חלוטותיו. כ"כ רבינו יונה. וכתב הסמ"ע שהני מילי כשהיה הנזק בשעת המכר, כגון שבשעת המכירה היתה כאן חצר. אולם, אם בשעה שמכר הבית היה פתוח לחורבה שלו (שאינו מזיקו באותה שעה), זכה בחלוטו ואינו יכול להאפיל עליו.

סעיף כט

מי שהיה מזיק את חברו בהיזק ראייה, וכשראה שהיה חברו תובעו נתן אותו הכח לבנו קטן, אין אומרים: נמתין עד שיגדיל, אלא מסלקין ההיזק מיד. (ואם קדם ומכר הבית לעובד כוכבים, כופין המוכר לסלק היזקו) (ב"ב בשם רשב"א).

כן כתב הרשב"א בתשובה, ולמד כן מב"ק קיב: "דאמר רב יוסף בר חמא אמר רבי אושעיא: תינוק שתקף בעבדיו, וירד לתוך שדה של חברו ואמר שלי הוא, אין אומרים נמתין עד שיגדיל, אלא מוציאין מידו מיד, ולכשיגדיל יביא עדים ונראה". דכיון שהוא עושה שלא כדין מוציאין מידו מיד, הכי נמי כיון שהוא מזיק לאחרים - מוציאין מידו מיד.

סעיף ל

מי שיש לו חלוטות על חצר חברו, והן סתומות מכמה שנים אלא שלא נפרצו הפצימין (פי' המשקוף מלמעלה ומלמטה מימין ומשמאל ב'), א"נ שיווי חלוטות נקרא פצימין וכשרוצה לסתום פורץ השיווי כדי לחבר הכתלים ערוך), אם רצה לחזור ולפתחן, הרשות בידו, מאחר שלא נפרצו הפצימין.

כן כתב הרשב"א בתשובה, ולמד כן מב"ב יב. לגבי פתח: "בית סתום - יש לו ד' אמות, פרץ את פצימיו - אין לו ד' אמות". ודלא כנמוק"י שאע"פ שלא פרץ את פצימיו איבד חזקתו. ועיין בסעיף יב בפסקא 2.

סעיף לא

כתב הרשב"א שאף על פי שהפותח חלון לרשות הרבים אין חברו שכנגדו רשאי לפתוח חלון כנגד אותו חלון, אם בא להגביה כותלו מגביה ואינו נמנע, ואף על פי שאין ביניהם ד' אמות, ובלבד שיגביה ד' כדי שלא יציץ ויראה.

טעמו שרה"ר הפקר הוא, ולכן כל א' יכול לפתוח חלוטו לשם, ואם קדם ופתח זכה ואין חברו יכול להזיקו בראיה. אולם, מאידך כיון שאין חברו יכול לעכב עליו, אינו יכול הוא לשעבד חצר חברו שלא יוכל להאפיל עליו, ולכן חברו רשאי להגביה כותלו אע"פ שלא הרחיק ד' אמות. ועיין בסעיף טז פסקא 2.

סעיף לב

ראובן שזכה בחורבה של הפקר, ובנה בה בתים ועליות בחלוטות ופתחים, ובא שמעון וזכה גם כן מההפקר ובנה בתים ועליות כנגדו, ונמצא השני ניזוק מהראשון מהיזק ראייה ותובע מהראשון שיסיר הזיקו, אין בדברי השני כלום, שהראשון זכה ואין השני יכול למנעו. ולא עוד אלא שאם בא השני להזיקו בהיזק ראייה גם הוא, כגון שרוצה לפתוח חלון כנגד חצרו של ראשון או לחצרו, אינו רשאי.

ראובן שבנה בתים ועליות כנגד ההפקר, זכה בחלוטותיו ופתחיו; ואם בא אח"כ חברו וזכה מההפקר ובנה כנגדו, אינו יכול למנוע מהראשון להביט בו, שכבר זכה זה בחלוטותיו. ואין השני רשאי לפתוח חלוטותיו לחצר הראשון, שהרי מזיקו בראיה.

ב"ה יום ב' כ"ט מנחם אב ה'תשע"ד

סימן קנה

דין הרחקת נזיקין, ובו מ"ד סעיפים.

א-הרחקת תנור

סעיף א

הבית והעלייה של שנים, לא יעשה בעל הבית תנור בתוך ביתו אלא אם כן יש לו על גביו גובה ד' אמות בינו לתקרת העליה, (שלא ישרוף העליה). וכן לא יעמיד בעל העליה תנור, עד שיהיה תחתיו מעזיבה שלשה טפחים, מלבד שיהא על גביו גובה ד' אמות; ובכירה, טפח מעזיבה מתחתיה. ואם תנור של נחתומין הוא, צריך שיהיה תחתיו ד' טפחים. ובכירה של נחתומין ג'.

ואף על פי שהרחיק כשיעור, אם יצא האש והזיקה, משלם מה שהזיקה.

וכל אדם בביתו צריך להרחיק כשיעורים הללו מפני השכנים שמעכבים עליו.

1. הרוצה לעשות תנור בתוך ביתו צריך שיהיה גובה ד' אמות בין התנור לתקרה, כדי שלא ישרוף את התקרה ויזיק לעלייה שעל גביו, או שישרף ביתו ותתפשט האש ותזיק לשכניו. **ומסתימת לשון השו"ע משמע שאף בכירה צריך גובה ד' טפחים, ואף בתנורים שלנו שפתח מן הצד; סמ"ע.**

משנה ב"ב כ: "לא יעמיד אדם תנור בתוך הבית - אלא אם כן יש על גביו גובה ארבע אמות". ולא פירשה המשנה האם יש בזה חילוק בין תנור לכירה, כמו שפירשה בסיפא, ונחלקו הראשונים בדין זה: דעת הרמ"ה - בכירה סגי בח' טפחים, שליש משיעור התנור (כמו בסיפא). דעת הרשב"ם - כיון שפתח מן הצד, אין צריך להרחיק מחמת השלהבת ד' אמות, אלא מחמת החום ולכן מספיק ג' טפחים. וכן כתב הנמוק"י בשם הירושלמי. **ע"פ זה כתבו שתנורים שלנו שפתח מהצד - א"צ להרחיק אלא ג' טפחים.** אולם הרא"ש חלק וכתב שתנורים דידן שחומן רב - צריך להרחיק יותר מד"א. **ומסתימת דברי השו"ע משמע שלעולם בעינן ד' אמות.**

2. אם בא לעשות תנור בעליה, צריך שיהיה תחתיו מעזיבה ג' טפחים. ואם הוא תנור של נחתומין - ד' טפחים. ואם בא לעשות כירה, מספיק טפח, אך אם היא של נחתומין - ג' טפחין.

משנה שם: "היה מעמידו בעליה, צריך שיהא תחתיו מעזיבה שלשה טפחים, ובכירה - טפח". ובגמ': "והתניא: בתנור - ארבעה, ובכירה - שלשה! אמר אביי: כי תניא ההיא - דנחתומין, **דתנור דידן כי כירה דנחתומין**".

3. **אע"פ שהרחיק - אם הזיק משלם מה שהזיק.** משנה שם: "ואם הזיק - משלם מה שהזיק. ר' שמעון אומר: לא אמרו כל השיעורין האלו, אלא שאם הזיק - פטור מלשלם". ואין הלכה כר"ש, דהא אוקמיה אביי בשיטה (ב"מ קיח). "אמר אביי: רבי יהודה ורבן שמעון בן גמליאל ורבי שמעון כולו סבירא להו: כל מקום שנתנו לו חכמים רשות והזיק - (פטור)". וכתב רש"י "ואעפ"כ מעכבין עליו השכנים להרחיק בכל השיעורים הללו, שמא ידליק בתיהם ואין לו מה לשלם".

סתירה בין הגמ' בב"ק לגמ' בב"ב:

הרי"ף בב"ק (סא:) הקשה מדוע אצלנו אע"פ שהרחיק כשיעור אם הזיק חייב לשלם, ואילו בב"ק לגבי מדליק בתוך שלו אם הרחיק כשיעור - פטור מלשלם, ואף רבנן מודים שם לר"ש! ותירץ "הכא דלפי צורך שעה מדליק וקא מרחיק כשיעורא וקא עברה הדליקה יתירא משיעורא וקא מזקה **אנוס הוא דמאי הוה ליה למעבד** וכו', **והתם גבי תנור כיון דתדיר הוא מדליק איבעי ליה לעיוני** אי איכא היזקא לחבירו נסליק היזקא **וכיון דלא עביד הכי פושע הוא** ולפיכך חייב". **וביאר הנהיבות דבריו** שבדבר חד פעמי אנו דורשים ממך להרחיק שיעור מקסימלי, ולכן אם בכל זאת הזקת - הרי זה אנוס; אולם בתנור א"א לדרוש מהאדם להרחיק כ"כ הרבה, דא"כ א"א לדור בבית כלל! ולכן הקלנו שאינו צריך להרחיק השיעור הראוי, אך דרשו ממנו לעמוד ולהשגיח שלא יזיק, וכיון שלא עשה כן - הרי הוא פושע וחייב לשלם! שהרי לא עשה מה שהיה צריך לעשות. **אולם, הרב מרדכי ביאר** שכוונתו שבדבר ארעי אין לנו לחשוש לדבר רחוק, וא"כ אם זה קרה אז הוא אנוס ופטור. אולם, בדבר שהוא תדיר, אז צריך לחשוש אף לזקת רחוק, ולכן אם הזיק חייב לשלם; ולא בגלל שהוא פושע בכך, אלא בגלל שאין זה מכה בידי שמים ואין זה אנוס אלא בכלל מעשיו. אולם לא דרשנו ממנו להרחיק יותר מד"א, כיון שזה לא הגיוני לדרוש מאדם להרחיק כך בשביל נזק רחוק. **הקצות כתב שוליי דברי הרי"ף** היה אומר שאצלנו לא הזיקוהו להרחיק אלא ד"א, כיון שפחות מכך הרי הוא מזיק בידיים, ולכן אע"פ

שהרחיק חייב לשלם. אולם בב"ק הזקיקוהו להרחיק שיעור גדול שלא יוכל להזיק אפי' ע"י גרמא, ולכן אם הזיק פטור שהרי הוא אנוס.

ב-ג הרחקה מאוצר

סעיף ב

מי שהיתה לו חנות תחת אוצר חבירו, לא יעשה בה לא נחתום ולא צבע ולא רפת בקר, ולא יכניס שם אספסתא (פי' תבואה שלא הביאה שלישי והוא מאכל בהמה תרגום על בלילו (איוב ו, ה), על אספסתיה), וכיוצא בהם מדברים שעולה מהם הבל חס הרבה, מפני שהחום מפסיד פירות האוצר. (וה"ה שלא יפתח חלון מבית שיש בו דברים אלו לחדר שיש לו תחת האוצר) (טור בשם הרשב"א). לפיכך אם היה אוצר יין בא"י, שאין החום מפסידו, הרי זה עושה בחנותו כל מלאכת אש שירצה, אבל לא יעשה רפת בקר, מפני שמפסיד ריח היין. (וכן במקום שקול ונדנד קשים ל"ן, שצריך להרחיק) (ריב"ש סימן קצ"ו).

ואם הוחזקה החנות בתחלה לרפת או לנחתום וכיוצא בו, ואח"כ רצה בעל העלייה לעשות עלייתו אוצר, אינו יכול למחות בידו.

1. אם בעליה יש אוצר של תבואה או יין או שמן, אין לעשות תחתיה חנות של נחתומין או צבעין או להכניס אספסתא מכיון שעולה מהם חום רב, או רפת בקר מפני שיש לה ריח רע; וכל הדברים הללו מפסידים האוצר. משנה ב"ב כ: "לא יפתח אדם חנות של נחתומין ושל צבעין תחת אוצרו של חבירו, ולא רפת בקר; באמת, בין התירו, אבל לא רפת בקר". רש"י פירש שהעשן מזיק לאוצר, אולם התוס' נקטו שההבל (חום) מזיק, וכן פסק השו"ע.

2. **האם מותר לעשות חנות תחת דירת חבירו?** הרמב"ן בשם הירושלמי - אסור, דאוצר קתני וכ"ש דירה. וכן הסכים עמו הקצות. הפת"ש בשם הנו"ב - אין בעל הדירה יכול למחות בחבירו שתחתיו מלעשות חנות. וכן מוכרחים לומר לדעת הר"י מיגש לקמן סעיף 4.

3. אם היה אוצר יין בא"י, שאין החום מזיק לו, מותר לעשות תחתיו חנות של נחתומין או צבעין, אך אסור לעשות רפת בקר או להכניס אספסתא, כיון שהריח מזיק ל"ן. במשנה שם, ובגמ': "תנא: בין התירו מפני שמשיחו, ולא רפת בקר מפני שמסריחו. אמר רב יוסף: האי דידן, אפילו קוטרא דשרגא נמי קשיא ליה. א"ר ששת: ואספסתא - כרפת בקר דמיא".

4. אם קדם בעל החנות או הרפת, ורוצה בעל העלייה לעשותה אוצר - אינו יכול למחות ביד חבירו ולסלקו. גמ' שם: "תנא: אם היתה רפת קודמת לאוצר - מותר". ובדף יח. הקשו על רבא מדוע מותר לסמוך חנות כשאינו אוצר? ותירצו דירה שאני. לשי' רש"י והר"ף לקמן זה נכון למסקנא, שכל ההיתר לקדום ולסמוך הוא בגלל 'דירה שאני'. ולראשונים הסוברים שרבא חזר בו כתבו התוס' (ב"ב כה:): שאין צורך בתירוץ דירה שאני, שהרי לעולם מותר לסמוך מזיק כשאינו ניזק. אולם, הרא"ש כתב שאפי' הכי צריך לתירוץ זה, דאע"פ שמותר לסמוך אך כשיבוא הניזק צריך המזיק לסלק היזקו, אך ברפת וחנות משום 'דירה שאני' א"צ לסלק היזקו. (כך ביארו הפנ"י ורעק"א בתשובה קנא). וכן היה אפשר לומר שהכא משום דהוי גירי המתחדש צריך להרחיק אח"כ, משא"כ בשאר גירי א"צ להרחיק כשסמך בהיתר, ולכן צריך לתירוץ 'דירה שאני' דאע"פ שמתחדש א"צ להרחיק. אולם רעק"א מוכיח שדעת הרא"ש שאפי' כשאינו מתחדש צריך להרחיק אע"פ שסמך בהיתר (כן משמע לו מלשון הטור שאין חילוק בין סוגי 'הגירי').

מה פירוש 'דירה שאני'? רש"י פירש: "שאינו לנו לאסור דירתו של אדם עליו", כלומר זהו היתר מיוחד בדירה, שאין זה נורמלי לדרוש מהאדם שלא יעשה בביתו חנות וכדו', ולכן כל האיסור הוא דווקא כשקדם האוצר. אולם, הר"י מיגש פירש שהכוונה שאין זה שכיח שאדם יעשה אוצר בתוך הדירה, ולכן אין הוא צריך לחשוש לכך ומותר לו לפתוח חנות או רפת בקר תחת דירת חבירו. ולשיטתו תחת דירת חבירו מותר לסמוך, ואינו יכול למחות בו, ודלא כירושלמי לעיל סעיף 2.

5. **אם שניהם באים כאחד: סמ"ע - יעשו פשרה.** ואע"פ שבעל הרפת הוא המזיק היחיד, וא"כ מדוע לדרוש מבעל האוצר לוותר?! אלא שבשכנים אני מוגדר כמזיק, רק בגלל שאני משועבד להרחיק את ההרחקה, וכיון שלא הרחקתי נמצא שאני לא בסדר ואני מזיק. וכיון שיש לנו כאן ספק האם אני משועבד לך או לא, א"כ יעשו פשרה שהרי כלל לא ברור שבעל הרפת מוגדר כמזיק.

סעיף ג

גילה בעל העלייה דעתו שחפץ לעשות בה אוצר, כגון שכיבד וריבץ עלייתו או שריבה בה חלונות כדרך שעושים לאוצר, וקדם זה ועשה תנור קודם שיכניס פירות לאוצר, או שהתחיל לאצור שומשמן או רמונים או תמרים וכיוצא בהם וקדם זה ועשה התנור קודם שאצר חטים, או שעשה בעל החנות מחילה על גבה להבדיל בין החנות ובין האוצר, בכל אלו בעל האוצר מעכב עליו, ואם עבר ועשה - אינו יכול להסירו.

1. אם גילה בעל העלייה דעתו שרוצה לעשות אוצר, כגון שכיבד וריבץ, או שהוסיף בה חלונות לאיורור, או שהתחיל לאצור בה דברים אחרים שאין החום והריח מזיק להם, אך הגיוני שאח"כ יאצור בה גם דברים שיזקו ע"י חום וריח. - לכתחילה הוא יכול לעכב על חברו מלעשות תחתיו חנות או רפת, ובדיעבד אם עבר חברו ועשה - אינו יכול לסלקו.

2. כמו כן, אם קדם בעל האוצר, ובנה התחתון חלל בתקרה, כדי שהחום לא יעבור לעליית חברו והוא יוכל לעשות שם אוצר - הדין כן, שלכתחילה אין זה מועיל, אך בדיעבד אינו צריך להסתלק.

גמ' שם: "בעי אביי: כיבד וריבץ לאוצר, מהו? ריבה בחלונות, מהו? אכסדרה תחת האוצר, מהו? בנה עלייה על גבי ביתו, מהו? תיקו. בעי רב הונא בריה דרב יהושע: תמרי ורמוני, מאי? תיקו." רש"י פירש 'בנה עליה על גבי ביתו' שהעליון בנאה כדי לעשות אוצר, והספק האם זה נחשב כקדימת האוצר או לא, כמו הבעיות הקודמות; וכן פירש הטור. אולם, הרמב"ם והשו"ע ביארו שהספק כאן הוא על התחתון, שהיה אסור לו לפתוח מפני שחברו קדם, אך רצה לעשות מעין עליה בתוך ביתו כדי שהחום לא יזיק לעליון, והשאלה האם זה מהני או לא.

הגמ' לא פשטה את הספק. הרשב"א והרמב"ם וכן נקט השו"ע סברו שהיו 'חומרא לתובע וקולא לנתבע' כמו בכל ספק ממון, ולכן אם לא פתח עדיין חנות - יכול בעל האוצר לעכב עליו, אולם אם פתח כבר אינו יכול לסלקו. אולם, הרא"ש כתב "וכיון דלא אפשר לא מזיקנא ליה להרחיק", כלומר שאף לכתחילה יכול לפתוח רפת או חנות. **לכונ"ע הספק הוא ממנו ולא איסורי**, דהאיסור להזיק מוגדר ע"פ השיעבוד הממוני, (כלומר רק בגלל שאתה משועבד אלי, אתה מוגדר כמזיק אותי), וכשיש ספק האם אני משועבד, א"כ הספק הוא ממנוי והאיסור הוא רק השלכה מהממון. **אלא שנחלקו בשאלה האם קודם שפתח אחד מהם יש שיעבוד או לא?** דעת הרא"ש שאם אף אחד לא עשה כלום - אין שום שיעבוד, ונמצא שאין כאן תובע ונתבע כלל שהרי א"א לא מוחזק בשעבוד על חברו. אולם, דעת החולקים שלעולם בעל החנות והרפת משועבד לבעל האוצר שלא להזיקו, אלא שאם קדם ופתח נסתלק השעבוד, וממילא יש לנו ספק האם השעבוד נסתלק, וחברו מוחזק בשעבוד ולכן צריך להרחיק לכתחילה. אולם, הגר"א ביאר שנחלקו האם זה ספק ממון או ספק איסור, והשווה זאת למח' בדינים אחרים.

3. מה הדין אם בעל החנות או הרפת עשה דברים הללו, האם זה נחשב קדימה? הנתבות כתב שכן, שכל הספק הוא רק לגבי בעל האוצר, אך לגבי בעל החנות פשוט שזה נחשב שהוא קדם ושוב א"א לסלקו. והטעם מפני ש'דירה שאני' (כך רצה לבאר את דברי הרא"ש), ולכן אנו מקילים עליך שזה נחשב שאתה כבר נמצא שם. ולולי דבריו היה נראה שאין חילוק, אלא הספק הוא אותו דבר.

סעיף ד

היו מימי העליון יורדים על התחתון ומזיקין אותו, אם אין שם מעזיבה, בענין שכששופך מימיו מיד יורדים לתחתון ומזיקים אותו, חייב לסלק היזקו. ואם יש מעזיבה שהמים נבלעים בה ואינם יורדים מיד, אלא לאחר מכאן יורדים ומזיקים, אינו חייב לסלק הזיקו. הגה: והכל לפי הענין, דאם המים מועטין וכלין לאלתר, אפילו בלא מעזיבה אינו חייב לסלק היזקו. ואם היו מרובים ומזיקים לו תדיר דרך המעזיבה, חייב לסלקו (מרדכי ר' פ"י דב"מ). וכל זה במי תשמיש דבעל עלייה ששופך על העלייה, אבל אם ירדו גשמים על העלייה ויורדין למטה, על הניזק לתקן שלא יזק (ריב"ש סי' תקי"ז).

מרחיקין את הגפת (פירוש פסולת של זיתים) ואת הזבל ואת המלח ואת הסיד ואת הסלעים וחול הלח מכותלו של חברו שלש טפחים, או סד בסיד.

1. אם מימי בעל העליה נופלים ומזיקים לדייר התחתון: אם הם נופלים ישירות על התחתון - חייב העליון לתקן המעזיבה כדי לסלק היזקו דהוי גירי דיליה. אולם, אם הם נבלעים במעזיבה ואח"כ מחלחלים למטה ונופלים על התחתון - אינו חייב לתקן שאין זה גירי דיליה, וקיי"ל כר"י שבכה"ג על הניזק להרחיק את עצמו.

ב"מ קיז. "הנהו בי תרי דהוו דיירי, חד עילאי וחד תתאי. איפחית מעזיבה. כי משי מיא עילאי - אזלי ומזקי לתתאי. (מי מתקן)? רבי חייא בר אבא אמר: העליון מתקן, ורבי אלעי משום רבי חייא ברבי יוסי אמר: התחתון מתקן. וסימן ויוסף

הורד מצרימה. לימא וכו' בפלוגתא דרבי יוסי ורבנן קמפלגי וכו'. איני? והאמר רב אשי: וכו' מודה רבי יוסי בגירי דיליה! - דפסקי מיא והדר נפלי". רש"י ביאר שהחילוק הוא בשאלה האם המים נופלים ישירות על הדייר התחתון, או שהם נופלים על הרצפה ומשם זורמים למטה; ואזיל לשיטתו שגירי דילה היינו אדם המזיק. אולם, הרא"ש פירש כמו שפסק השו"ע שהשאלה האם המים נופלים וזורמים ישירות למטה, או שהם נבלעים ברצפה ואח"כ הולכים ומזיקים לחברו, שבכה"ג לא הוי גירי כיון שהמזיק לא נמצא במקום הנחתו.

2. אמנם, אם המים מועטים וכלים לאלתר, לא הוי היזק אע"פ שאין מעזיבה. וכן להיפך, אם יש מעזיבה אך כיון שהמים מרובים הם עוברים אותה, ומזיקים לו נזק גדול - חייב העליון לסלק היזקו. כ"כ הרמ"א ע"פ דברי המרדכי, וכ"כ הרא"ש בתשובה (כלל קח, י) שנפסקה ע"י השו"ע לקמן סעי' כ. וטעמו שאע"פ שאין זה גירי דיליה ממש, אך כיון שזה נזק גדול שאין הניזק יכול להינצל ממנו בקלות, בכה"ג מודה ר' יוסי שעל המזיק להרחיק עצמו. כלומר, ר' יוסי סובר שהשיעבוד הבסיסי הוא על הניזק, ולכן אין המזיק מוגדר כמזיק ואינו צריך להרחיק. אא"כ המזיק מזיק בגירי דיליה, או שזהו נזק גדול מאד שאז ההיגיון אומר שהשיעבוד מוטל על המזיק להתרחק, ונמצא שהוא מוגדר כמזיק. הנהיבות כתב דין זה, אך נראה מדבריו שלא הבין שזהו תוכן דברי הרמ"א. וכן הטי' ביאר את דברי הרמ"א באופן אחר, שאם בד"כ המים נבלעים במעזיבה, אף אם לפעמים לא, אינו צריך להרחיק. וכן להיפך, אם בד"כ הם לא נבלעים ונופלים ישירות על התחתון צריך להרחיק, אע"פ שלפעמים הם נבלעים במעזיבה. והעיקר נראה כמו שכתבנו, שכן משמע ברא"ש שהבין את דברי המרדכי.

3. דין זה נכון דוקא כשהמים הם מי תשמישו של בעל העליה, אולם אם מי הגשמים יורדים ומזיקים לו - על התחתון לתקן שלא יזק. והקשו הסמ"ע והש"ך שלקמן סי' קסד כתב הרמ"א שמוטל על בעל העליה לתקן הגג!! ותירצו שמדובר כאן באופן שבעל הגג עשה מה שצריך לעשות ולא פשע, ואפי' הכי המים יורדים ומזיקים לתחתון.

4. מרחיקין את הגפת פסולת של זיתים, ואת הזבל, ואת המלח, ואת הסיד, ואת הסלעים שמוציאין מהן אש, וכל הדברים הללו מזיקים בכך שמוציאין הבל ומזיקין לכותל. ואת חול הלח שרטיבותו מזיקה לכותל - מכותלו של חברו ג' טפחים או סד בסיד. ב"ב יז. בסיפא של המשנה, וביט. מתבאר שפשיטא לגמ' שבסיפא של המשנה 'או סד בסיד' תנן, ואין צורך בשניהם. כמו כן מתבאר שם, שדוקא חול הלח צריך להרחיק, דחול מחמם את הדברים החמים, ומקרר את הקרים, ולכן אינו מזיק משום הבל.

והקשה הש"ך מדוע השו"ע הביא כאן חול לח הרי אין היזקו משום הבל אלא משום 'מתונתא' (רטיבות) ונתבאר בסעי' י' (לדעת השו"ע) שבכה"ג צריך גם להרחיק וגם לסוד בסיד!! ונשאר בצ"ע. והנהיבות תירץ שדוקא בסעי' י' צריך גם וגם מפני ששם מלבד המתונתא יש נזק של כל מרא ומרא, אולם בחול אין את זה ולכן מספיק או הרחקה או סיד.

סעיף ה

מרחיקין את הזרעים ואת המחרשה ואת הגומא שמתקבץ בה מי רגלים מן הכותל, שלשה טפחים. הגה: ובגומא צריך לסוד גם כן בסיד. וע"ל סעיף י"ד. ואפילו בלא גומא אסור לשפוך מי רגלים סמוך לכותל, פחות משלשה טפחים (נ"י פרק לא יחפור).

1. מרחיקים את הזרעים מן הכותל ג' טפחים, דמחלידים את הקרקע ומעלים עפר תיחוח, וממוטט את הכותל, ולכן אסור לזרוע סמוך לכותל אע"פ שאינו חורש שם.

הראשונים הקשו מדוע היזק הזרעים חשוב כגירי? הרי הוא לא מתחיל מיד? ביארו הרשב"א והרמב"ן שהנזק אינו השרשין שהולכין ומזיקים, אלא היניקה של הזרע שהיא מייבשת את הקרקע ומחלידה אותה ומעלה עפר תיחוח. ואע"פ שהיניקה אינה מתחילה מיד, אלא לאחר זמן, אך כבר ברע הראשון כח היניקה טמון בזרע, וההיזק יהיה במקום זה ולא במקום אחר, נמצא שכל המזיק טמון בזרע כבר בשעה הראשונה, ולכן זה מוגדר כ'גיריה'. וכן כתבו כאן הקצות והנהיבות, אולם הטי' בסעי' לב הקשה קושיא זאת, והתעלם מתירוץ הראשונים ותירץ שדוקא כאשר השני עשה קצת שלא כהוגן פטר ר' יוסי את השני מלהרחיק, אך בזרעים שבעל הכותל לא עשה כלל שלא כהוגן, חייב בעל הזרעים להרחיק. וכבר כתב הקצות שדבריו אינם מובנים.

2. מרחיקים את המחרשה מן הכותל ג"ט, אע"פ שאינו זרע שם וכגון שחורש לאילנות, מפני שהחרישה מרפה את הקרקע וממוטטת הכותל.

3. מרחיקים את הגומא של מי רגלים מן הכותל ג' טפחים. לדעת השו"ע - א"צ לסוד בסיד. לדעת הרמ"א - צריך בנוסף גם סיד.

4. האם מותר לשפוך מי רגלים ליד הכותל? שו"ע - כן, וא"צ להרחיק כלל. רמ"א - לא, אא"כ הרחיק ג' טפחים.

ב"ב יז. במשנה: "מרחיקין את הזרעים ואת המחרישה ואת מי רגלים מן הכותל שלשה טפחים". ובית. "זרעים, תיפוק ליה משום מחרישה? במפולת יד. מחרישה, ותיפוק ליה משום זרעים? בחורש לאילנות וכו'. למימרא, דזרעים לצדדין קא משתרי וכו' אמר רבי חגא בשם רבי יוסי: מפני שמחלידין את הקרקע ומעלין עפר תיחוח".

ובעמוד ב' אמר רבה בר בר חנה: מותר לאדם להשתין מים בצד כותלו של חברו, דכתיב: והכרתי לאחאב משתין בקיר ועצור ועוזב בישראל. והא אגן תנן: ואת מי רגלים מן הכותל - שלשה טפחים! התם בשופכין. ת"ש: לא ישתין אדם מים בצד כותלו של חברו - אלא אם כן הרחיק ממנו ג' טפחים; בד"א - בכותל לבינים, אבל בכותל אבנים - בכדי שלא יזיק, וכמה? טפח, ושל צונמא - מותר; תיובתא דרבה בר בר חנה! תיובתא". **נחלקו הראשונים** בפירוש דברי הגמ' "התם בשופכין" - **רש"י והנמוק"י פירשו** שמדובר שהוא שופך שם עבית של מי רגלים, וכן הבין הרמ"א, ולכן פסק שאם עושה גומא צריך לסוד בסיד, שהרי המשנה לא דיברה אלא על שפיכת מי רגלים, ולכן לא הצריכה לסוד, אך אם עושה חפירה לשפוך לתוכה מי רגלים - הרי זה דומה לנברכת הכובסין שצריך גם לסוד בסיד. וכתבו הראשונים (נמוק"י והרב המגיד) שדוקא מי רגלים אסור לשפוך, אך סתם מים - מותר, ואע"פ שחולח צריך להרחיק ג"ט, אך זה דוקא בחול שאינו מתייבש במהרה, אך המים מתייבשים מהר ואינם מזיקים לכותל. (וראה להלן סעי' י' שהמרדכי חולק). **אולם, הרמב"ם פירש** שהכוונה שהוא עושה גומא לשפוך לתוכה מי רגלים, אך בלא גומא מותר לשפוך אף בסמוך לכותל ממש, וא"צ להרחיק אלא כפי שנתבאר בסעיף הבא לגבי השתנה בסמוך לכותל. ונמצא שאע"פ שהוא חופר גומא א"צ לסוד בסיד, שהרי המשנה לא הצריכה אלא להרחיק. וטעמו של דבר מפני שאין זה דבר של קביעות כמו נברכת הכובסין. וכמו כן יוצא שאם הוא עושה גומא לשפוך לתוכה מים - א"צ להרחיק כלל, ואין זה דומה לחולח כמו שביארנו. **וכן פסק השו"ע.**

סעיף ו

לא ישתין אדם בצד כותל חברו, אם הוא של לבנים, אלא אם כן הרחיק ממנו שלש טפחים. ואם היה כותל אבנים, די בהרחקת טפח. ואם היו האבנים צחית סלע, משתין בצדו בלא הרחקה.

דין הטלת מי רגלים בסמוך לכותל חברו:

אם הוא של לבנים - צריך להרחיק ג' טפחים. אם הוא של אבנים - מרחיק טפח. ואם הוא עשוי מסלעים - א"צ להרחיק כלל. כבר נתבאר מקורו בסעיף הקודם. ונחלקו רש"י והרמב"ם בביאור הגמ'. רש"י הבין שבכותל אבנים הנזק הוא לקרקע הסמוכה לכותל, שמסמס אותה וממילא נופל הכותל, אך האבנים עצמם אינם ניזוקות ממי הרגלים, חוץ מלבנים העשויים מטיט. ונמצא שההיתר בצונמא הוא כשהכותל בנוי ע"ג קרקע של צונמא, שאז מי הרגלים אינם מזיקים לכותל, ודוקא כשהכותל עצמו בנוי מאבנים, אך בלבנים אין היתר אפי' בצונמא. וכן פירש הנמוק"י. אולם, הרמב"ם ביאר שהנזק הוא לכותל עצמו, ואע"פ שהוא עשוי מאבנים, אלא שהנזק קטן יותר ולכן מספיק להרחיק טפח. וכשהכותל בנוי מסלעים (צונמא) אין צורך להרחיק כלל, כיון שאינו ניזוק כלל. ואע"פ שהקרקע אינה עשוי מסלע - אין בכך כלום, כיון שהנזק לעולם אינו מחמת הקרקע שליד הכותל, אלא הוא לאבני הכותל עצמו. ופסק השו"ע כדעת הרמב"ם.

הטור הבין שגם הרמב"ם למד כרש"י, שהנזק הוא לקרקע עצמה ולא לכותל, ולכן כתב שגם מה שהצרכנו בסעיף הקודם להרחיק הגומא ג' טפחים מן הכותל, אין זה אלא במקרה רגיל, אך אם הכותל בנוי ע"ג קרקע של צונמא - אין צורך להרחיק כלל. אולם, כבר כתב בבדק הבית שהרמב"ם חולק על רש"י, ונמצא שלעולם בעינין להרחיק את הגומא ג' טפחים מן הכותל, אא"כ הכותל עצמו בנוי מצונמא והקרקע שתחתיו היא צונמא, שאז אין מה לחשוש.

סעיף ז

מרחיקין את הריחים מן הכותל ג' טפחים מהריחים התחתונה, שהם ארבע מהעליונה, כדי שלא יניד אותו, או כדי שלא יבהילו בקול הריחיים. הגה: וכל זה ברחיים קטנה, כגון רחיים של יד; אבל רחיים גדולה שבהמות מוליכות אותה, צריך הרחקה טפי. ואם לא הרחיק והזיק בית חברו, חייב לשלם לפי ראות הדיין שישומו אם הוא גרם לו ההיזק (תשובת הרא"ש כלל ק' סימן ד'). וכן בשאר נזיקין, כגון האורג שמזיק לחבירו בהכאות שעושה בשעת אריגה, ישומו על פי בקיאי' ואומנין, וכל כיוצא בזה (ריב"ש סימן קצ"ו).

1. מרחיקין את הריחיים מן הכותל, מפני שמרעידים אותו או מפני שעושין הרבה רעש ועלולים להפיל הכותל, ולכן צריך להרחיק ג' טפחים מלמטה, שהם ד' מלמעלה שהריחיים רחבות למטה ומתקצרות למעלה טפח. ושיעור זה הוא בריחיים קטנות של יד, אך בגדולות המונהגות ע"י בהמה, צריך להרחיק טפי.

יז. במשנה: "ומרחיקין את הריחים שלשה מן השכב, שהן ארבעה מן הרכב". ובגמ' כ: "מאי טעמא? משום טיריא. והא תניא: ושל חמור - שלשה מן האיסטרוביל שהן ארבעה מן הקלת, התם מאי טיריא איכא?! אלא משום קלא". **רש"י** פירש שהגמ' חוזרת בה מהטעם של טיריא (הרעדת הקרקע), ונשארט בטעם של קלא, שהוא קול הריחיים או קול החמור המנהיג הריחיים. **אולם, התוס'** הביאו שהיו שלא גרסו 'אלא', וביארו שבריחיים של יד הטעם משום טיריא, ובשל חמור

משום קלא. וכן נראה שפסק השו"ע. כמו כן נחלקו בפירוש 'ריחיים של חמור': לרש"י הכוונה לריחיים המונחגות ע"י בהמה, והתקשו הראשונים אם כך מדוע אין בהם משום טיריא, הרי הם יותר גדולות ואדרבא היזקם גדול טפי! ולכן פירשו ע"פ פירוש ר"ח שהכוונה לריחיים הנמצאות ע"ג בנין, ולבנין האבנים קורא - 'חמור', ולכן אין בהם משום טיריא, ואדרבא הם ריחיים שיותר קטנות מריחיים רגילות. אולם בריחיים המונחגות ע"י בהמה צריך להרחיק יותר מג' טפחים. וכן פסק הרמ"א.

2. אם לא הרחיק והזיק לחברו - חייב לשלם כפי ראות עיני הדיינים. וכן בשאר נזיקין. כ"כ הרמ"א, ע"פ מה שנתבאר בסעיף א.

סעיף ח

מרחיקין את התנור מן הכותל שלשה טפחים מקרקעיתו, שהם ארבע משפתו, כדי שלא יחם הכותל. ומודד מהשפה הפנימית, שעובי כותלי התנור בכלל השלשה טפחים.

1. מרחיקין את התנור מהכותל - ג' טפחים מלמטה, שהם ד' מלמעלה, שלא יזיק לכותל בחומו. ומודד שיעור זה מהשפה הפנימית של התנור. ב"ב יז. במשנה שם. ודין המדידה מפורש בירושלמי בפרקין, הביאורו הראשונים, ופסקו הטור.

סעיף ט

יש מי שאומר שכל אלו ההרחקות מהכותל דוקא בכותל של לבנים. ויש מי שאומר דאפילו בכותל של אבנים, וזה דעת הרמב"ם והר"ר יונה ז"ל.

1. דעת הר"ד ורש"י שכל ההרחקות שנשנו לגבי כותל, הם דווקא בכותל לבנים שהוא חלש יותר, ולא בכותל אבנים. אולם, דעת הרמב"ם ורבינו יונה שאף בכותל אבנים צריך להרחיק. **וכתב בבדק הבית שהכי נקטינן.**

וכתב הסמ"ע (כה) שהיינו דוקא בהרחקה מפני שהדבר מזיק לכותל עצמו, לאפוקי הרחקת זרעים ומחרישה ומי רגלים שהיא מפני שמזיקים לקרקע וממילא הכותל נופל, שבוזה לכו"ע בכל כותל צריך להרחיק. והנתיבות חלק עליו וכתב שדין זה נכון בכל ההרחקות.

סעיף י

לא יחפור אדם בור ולא שיח ולא מערה, ולא יביא אמת המים, ולא יעשה בריכת המים לשרות בו בגדים לכבסם בצד כותלו של חבירו, אלא אם כן הרחיק מהכותל שלשה טפחים ויסוד בסיד לכותל בור זה או מקוה המים זה או כותל האמה מצד חבירו, כדי שלא יבליעו המים ויזיקו כותל חבירו.

הגה: וי"א דאפילו לא היו המים קבועים שם תמיד, כגון צנור השופכת מים מבית לחוץ, אפילו הכי צריך להרחיקו (מרדכי ריש פ' לא יחפור). ויש חולקין (נ"י ריש פ' הנ"ל והמגיד פ"ט משכנים). מיהו במי רגלים לכולי עלמא אסור, כמו שנתבאר סעיף ה'.

והוא הדין בור שאין בו מים כלל אסור לחפור סמוך לכותל חבירו, וצריך לתקן לפי עיני אומנין הבקיאין בכך (ב"ב בשם הרשב"א).

1. הבא לחפור בור עגול, או שיח ארוך וקצר, או מערה מקורה בקירוי, או אמת המים, או נברכת הכובסין ששורין בה בגדים סמוך לכותל חברו - צריך להרחיק ממנו ג' טפחים, ולסוד בסיד את כותל הבור או השיח וכדו', כדי שלא יחלחלו המים ויזיקו לכותל חברו.

ב"ב יז. "לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חבירו, ולא שיח ולא מערה, ולא אמת המים ולא נברכת כובסין - אא"כ הרחיק מכותל חבירו שלשה טפחים וסד בסיד".

נחלקו הראשונים מהי מהות הנזק בבור? רש"י והרמב"ן נקטו שהנזק הוא "שהחפירה הסמוכה לבור מחלשת כותלי הבור ומרפה אותו". לשיטתם הצורך להרחיק הוא אף כשאין בבור מים. אמנם, באמת המים ונברכת הכובסין הם מודים שהנזק הוא משום 'מתונתא' (רטיבות). **וכן דעת הטור. אולם, התוס' והרשב"א** נקטו שהנזק בא מחמת הרטיבות של המים, שמחלחלים ומזיקים לחברו; ולכן בור שאין בו מים - א"צ להרחיק ג' טפחים. אולם, נזק המים לבדו אינו סיבה כדי לחייב הרחקה, כיון שאינו חשוב כ'גירי דיליה'; אולם כיון שהחפירה עצמה גם מזיקה, הרי זה בכלל גירי,

וממילא חייבנו אותו להרחיק כדי שלא יזיק אף ע"י הרטיבות²⁰. **ודעת הריטב"א** (בשם הרא"ה) ששני הטעמים קיימים, וכל א' בפני עצמו מספיק כדי לדרוש הרחקה של ג' טפחים, אך הסיד מועיל רק לחפירה, כיון שהוא מחזק את הקרקע שלא תהיה רפה. הרמ"א כאן הביא את דברי הרשב"א, שבור בלא מים א"צ הרחקה של ג' טפחים, אלא פחות מכן כפי ראות עיני האומנים הבקיאין בכך.

האם צריך גם לסוד בסיד? בדף יט. הגמ' הסתפקה האם יש צורך גם בהרחקה וגם בסיד או א' מהם מספיק, ולא איפשיטא. **הרא"ש נקט** שאזלינן לקולא ומספיק להרחיק ואין מחייבין אותו לעשות יותר. **אולם, הרמב"ם כתב** (פ"ט ה"א) שצריך גם להרחיק וגם לסוד בסיד, **וכן פסקו הרשב"א, רבינו יונה והריטב"א**. וטעמם ביאר הרשב"א: "ולענין פסק הלכה כיון דאמר' פשיטא דוסד בסיד תנן הכין קיי"ל, דאע"ג דדחינן דילמא משום דלא דמי האי הזיקא להאי הזיקא לא שבקינן מאי דאיפשט ליה לגמרא מעיקרא ותפסינן דחויא בעלמא, וכן פסק מורי הרב ז"ל וכן פסק הרמב"ם ז"ל".

פשוט הסוגיא שהספק הוא לגבי הבבא הראשונה במשנה, דהיינו הרחקת בור ואמת המים, **וכן ביארו כל הראשונים**. לגבי מציעתא: גפת וזבל וכו' - רוב הראשונים פירשו שהיה פשוט לגמ' שמספיק בא' מהדברים, או מסברא או שגם כך גרסו במשנה (או סד'), מלבד רבינו גרשום שביאר שהסיפא יותר חמורה מהרישא, ובסיפא פשוט שצריך את שניהם, והספק האם גם ברישא או לא. אולם, הבי"ל למד בדעת רש"י שברישא פשיטא שצריך הרחקה וסיד, והספק הוא לגבי הסיפא (גפת). ולמד שהטור סבור שכך גם דעת הרא"ש, ונמצא שאף הרא"ש מודה שברישא צריך גם סיד, ורק בסיפא הקל בלא סיד. **והתקשו בדבריו כל האחרונים** (בי"ח, לח"מ, פרישה, כנה"ג, חזו"א) היאך למד כן בגמ', הרי בסוגיא מפורש שהספק על הרישא ולא על הסיפא!! ואולי הייתה לו גירסא אחרת בגמ'. וכן כתבו שהטור לא הזכיר דברי הרא"ש, כיון שסמך על כך שהזכירם בסעיף יח.

ועיין לקמן בסעיף יח, בשאלה האם דין זה נכון גם כשמרחיק מכותל בורו של חברו, או רק מכותל בנין חברו.

2. מה הדין אם הבור עשוי לתשמיש שאינו קבוע? י"א שצריך להרחיק מרדכי, וי"א שאין צורך נמוק"י ומ"מ. כבר הזכרנו דין זה בביאורים בסעיף ה, שרבינו יונה והנמוק"י למדו זאת מכך שהמשנה שאסרה לשפוך מים ליד הכותל, דיברה דווקא במי רגלים, ומשמע שסתם מים מותר. וביארו שזה שונה מחול הלח שאסור, כיון שהמים מתייבשים מהרה, ולכן דווקא נברכת הכובסים דקו וקיימי אסור. אולם, המרדכי חלק והבין שדברי המשנה אינם בדווקא על מי רגלים, ואף סתם מים אסור לשפוך כיון שהם מזיקים לכותל.

3. אסור לחפור גם בור שאינו עשוי לתשמיש מים בסמוך לכותל חברו, אך בכה"ג ההרחקה היא לפי עיני האומנים הבקיאין בדבר. כ"כ הרמ"א בשם הרשב"א, וכבר ביארנו בסעיף 1 שכן היא דעת התוס'. אולם, לדעת רש"י והרמב"ם והטור, אף בבור בלא מים צריך להרחיק גיט, כיון שהנוק בא מחמת החפירה, ולא מחמת המים, וכן הסכים הריטב"א לדינא.

4. **האם יש חילוק בין כותל בנין לכותל בור לדעת הרא"ש? הסמ"ע** כתב שבכותל בנין דעת הרא"ש והטור שאין צריך לסוד בסיד, אלא להרחיק. **והתקשה הש"ך** בדבריו, הרי לדעת הרא"ש גם בכותל בור א"צ לסוד בסיד, שהרי הגמ' הסתפקה ולא איפשיטא ואזלינן לקולא, וא"כ מה החילוק בין כותל בנין לכותל בור!! **והקצות והנתיבות ביארו דבריו**, שלדעת הרא"ש ספק הגמ' הוא רק בכותל בור, ולכן אזלינן לקולא שאין בי"ד יכולים להכריח אותו לסוד אם הרחיק, אולם לכתחילה האדם צריך גם להרחיק וגם לסוד, שהרי אולי הוא מזיק לחברו! מה שאין כן בכותל בנין שהוא קל מכותל בור, וא"כ בכה"ג אפ"י לכתחילה א"צ לסוד, כיון שבו הגמ' כלל לא הסתפקה! **ודעת הש"ך** אפשר להבין בביאור אופנים: א. אין חילוק בין כותל בור לכותל בנין, ובשניהם הנוק אותו נזק וא"כ הדין שווה ואסור לכתחילה. ב. אע"פ שזה ספק, אך מותר לאדם לכתחילה לא לסוד בסיד, ואין זה מוגדר כספק איסור, כיון שלא ברור שזה מזיק בלא סיד, ויש לנו ספק האם חכמים הטילו עליך לעשות זאת²¹.

²⁰ ויש לשאול, הרי כיון שההיזק של מתנותא אינו חשוב גירי, א"כ מדוע שלא ירחיק רק כמה שהחפירה מזיקה!! הדרישה (יח) תירץ שהנוק של החפירה גורם שכשיבואו לאחר מכן מים הם יזיקו לחברו, ואילו לא החפירה לא היו מזיקים, ממילא הנוק של המתנותא מתחיל מעכשיו. אך נראה לומר, שגם אם אין קשר בין החפירה להיזק המתנותא, וגם אם לא היה מרפה את הקרקע מעכשיו היו המים מזיקים לאחר זמן, אך כיון שיש לי תביעה עליך שאתה לא בסדר מחמת שאתה מרפה את הקרקע, א"כ אתה חשוב מזיק בחפירה זאת, ואני יכול לגלגל עליך את כל הנוקים שעתידיים לבוא ע"י הפעולה הזאת, אע"פ שהם מצד עצמם לא היו מגדירים אותך כמזיק.

²¹ אין להביא ראיה מהספק בחנות ואוצר, כיון ששם הספק האם אתה מוגדר כמזיק, ולכן כיון שלא אפשיטא אזלינן לקולא שאין עליך כלל שיעבוד, וממילא אינך מוגדר כמזיק. אולם, כאן ודאי שבעל הבור מוגדר כמזיק, שהרי הוא צריך להרחיק, אלא שיש ספק האם די בכך או שצריך יותר. אולם, לענ"ד נראה שאף בכה"ג נכון לדמות זאת לאוצר, דכיון שהרחיק שוב אינו משועבד לעשות יותר, וממילא שוב אינו מוגדר כמזיק. ויש לדחות, שהרי אע"פ שהרחיק אם יזיק - חייב לשלם! משא"כ בחנות, שאף אם יזיק אינו חייב לשלם, וא"כ כיון שאסור להזיק ולשלם, צריך לסוד בסיד, דשמא זה מזיק? אך יותר נראה, שכיון שלא ברור שזה מזיק, שהרי לא ברור שמוטל עליך לעשות זאת, א"כ אתה לא משועבד להרחקה הזאת, ודי בהרחקת ג' טפחים. וה' יאיר עינינו, אכ"ר.

5. לדעת הרא"ש נראה שא"א לסוד בסיד, בלא הרחקה. דלגבי ההרחקה חברו חשוב כמוחזק, וא"כ הוא יכול לעכב עליך מלחפור בלא הרחקה. אולם, לגבי הסיד - בעל הבור מוחזק בבורו, והוא יכול לטעון לחברו, תוכיח שאני חייב לסוד - ואסוד!

סעיף יא

אבן שהכובס מכה בגדים עד שיתלבנו, צריך להרחיק אותה ד' אמות מכותל חבירו, שבעת שהכובס מכה עליה המים ניתזים ומזיקים לכותל.

אבן שהכובס מכה עליה הבגדים, צריך להרחיק ד' אמות, מפני המים שניתזים ומזיקים לכותל. ב"ב יט. "אמר רב נחמן אמר רבה בר אבא: לא שנו אלא מן המחמצן, אבל מן הנדיין - ד' אמות". ופירש"י: "ונברכת שכובסין ומשפשפין בה מתוך שהמים נתזין למרחוק צריך להרחיק ד' אמות".

יב-יד ד"ה

סעיף יב

ראובן שהיה כותלו סמוך לכותל שמעון כמין גם, ובא ראובן לעשות כותל שני כנגד כותל שמעון עד שיעשה השלשה כתלים כמין ב"ת, הרי שמעון מעכב עליו עד שירחיק מכנגדו ד' אמות, כדי שיהיה המקום בין הכותלים רחב, כדי שידושו בו רבים ותתחזק הארץ. הגה: ואפילו עמדה שם הכותל ימים רבים ונפלה, כשחוזר ובונה צריך להרחיק (טור).

1. ראובן שיש לו כותל אנכי לכותל שמעון, ורוצה לבנות כותל נוסף במקביל לכותל שמעון ולהצמידו לכותלו, צריך להרחיקו ד"א מכותל שמעון, כדי שיהיה מקום רחב וישתמשו בו אנשים, וממילא ידושו הקרקע ותתחזק.

2. האם כשבא ראובן לסמוך כותל במקביל לכותלו של שמעון, צריך להרחיק ד"א? סמ"ע - כן. ט"ז, לבוש, לח"מ - לא, וכן נראה דעת הטור ברמב"ם.

3. אפי' היה לראובן כותל מקביל לשמעון בריחוק ד"א במשך זמן רב, ונפל הכותל - כשירצה לבנות חדש צריך להרחיק, ולא אמרינן שכבר נידוש הקרקע מספיק ויכול לסמוך. כ"כ הרמ"א, ונראה שהבין כסמ"ע שאין מח' עקרונית בין הרמב"ם לרש"י ותוס'. ולא כט"ז וסייעתו.

ב"ב כב. במשנה: "מי שהיה כותלו סמוך לכותל חבירו, לא יסמוך לו כותל אחר אא"כ הרחיק ממנו ארבע אמות". והקשו בגמ': כיצד סמך את הכותל הראשון לכותל חברו בלא הרחקה? ותיירץ זאת רבא. בתירוץ של רבא יש ב' גירסאות: ג' הגאונים, וג' רש"י ותוס'. א. גירסת הגאונים: "אלא אמר רבא הכי קתני מי שהיה כותלו סמוך לכותל חברו בקרוב ד"א, לא יסמוך לו כותל אחר אלא א"כ הרחיק ממנו ד"א, מ"ט? דושה דהכא מעלי להתם". ב. גירסת רש"י ותוס': "אלא אמר רבא הכי קתני מי שהיה כותלו סמוך לכותל חברו בריחוק ד"א ונפל, לא יסמוך לו כותל אחר אלא א"כ הרחיק ממנו ד"א מ"ט דושה דהכא מעלי להתם". בגירסת הגאונים מצאנו ג' פירושים:

א. שיטת הגאונים: מדובר ששמעון כבר סמך בהיתר בתוך ד"א, כותל מקביל לכותל ראובן, ועכשיו הוא רוצה לבנות מאחורי כותלו כותל נוסף, וקמ"ל שאסור אא"כ ירחיק ממנו ד"א. ומדובר שחברו הרשה לו לסמוך את הכותל הראשון, וקמ"ל שאע"פ שהוא ויתר על הדושה הקרובה לכותל, אך הוא לא ויתר על הדושה הרחוקה מהכותל, שאף היא מועילה לכותל הרחוק. ואע"פ שדושה רחוקה מועילה, אך הדושה הקרובה מועילה טפי, ולכן אין לו רשות לסמוך את הכותל הראשון, אא"כ חברו הרשהו בפירוש.

ב. שיטת הר"י מיגש (ע"פ הבנת הרשב"א): מדובר שהכותל הראשון אינו מקביל לכותל ראובן, אלא הוא אנכי אליו (כמין גאם), ובכח"ג מותר לסמוך אף בלא רשות, כפי שמתבאר בהמשך הגמ' (סעי' יד) כיון שעדיין אנשים הולכים באלכסון ויש דושה. ועכשיו הוא רוצה לבנות כותל נוסף מקביל לכותל ראובן, ובצמוד לכותלו הראשון. וקמ"ל המשנה שאסור לו לסמוך את כותלו השני לראשון, אלא הוא צריך להרחיק ביניהם ד"א, כדי שלא יסגר המעבר והאנשים יוכלו להמשיך ללכת באלכסון, וממילא לא יתמעט הדושה מכותל ראובן. בעצם המשנה מלמדת אותנו ב' דברים: א. אסור לו לסמוך את כותלו לכותל חברו אם ע"י זה הוא מונע את הדושה. ב. אסור לו לסמוך את כותלו לכותל אחר שלו, אם ע"י זה תתבטל הדושה!

ג. שיטת הרמב"ם והשו"ע (ע"פ הבנתם בר"י מיגש): אותו מקרה כמו ב', אך מותר לשמעון להצמיד את כתליו א' לשני, אלא שהוא צריך שהכותל השני יהיה רחוק ד"א מכותל ראובן, כדי שיווצר מקום חשוב שיוכלו אנשים להשתמש בו וממילא יהיה שם דושה. אלא שקשה מדוע המשנה דיברה בכזה מקרה מוזר, ולא דיברה במקרה רגיל? לכן, למדו הלבוש, ט"ז והלח"מ שרק במקרה זה צריך להרחיק ד"א, מפני שאם לא יהיה כאן מקום מרווח אנשים לא יכנסו לכאן, שהרי הדרך חסומה בקצה ואין להם בשביל מה להיכנס, אך כאשר יש ד"א הם נכנסים כדי לעשות שם תשישים.

אולם, אם הדרך מפולשת אין צורך להרחיק ד"א, שהרי אפי' אם המקום יהיה צר - אנשים יעברו דרכו כדי לקצר את הדרך, ונמצא שצריך להרחיק אך לא ד"א. **כן נראה שהבין גם הטור בדעת הרמב"ם**, כיון שכתב "ולרמב"ם דרך אחרת בזה", ואם הוא מודה לדינא לכולם אלא שרק הסביר אחרת את הגמ', מדוע זה נקרא דרך אחרת? אלא שקשה על כך מדברי הגמ' בהמשך לגבי חלונות, שאם הדין כך, אז מה הקושיא מחלונות? ונשאר בצי"ע. **אולם, הסמ"ע הבין שהרמב"ם לא חולק עקרונית**, אלא מודה שלעולם צריך להרחיק ד"א, ורק את הגמ' פירש באופן הזה לרבותא, שאע"פ שגם ככה אין שם כ"כ דוושא, שהרי האנשים עוברים באלכסון, אך אסור לו למנוע את הדוושא לגמרי ולסמוך בלא להרחיק ד"א מהכותל.

ד. שיטת רש"י ותוס': מדובר במשנה שהכותל הראשון היה רחוק ד"א ונפל, ועכשיו כשהוא רוצה לבנות אותו חזרה אסור לו לקרב אותו ולבנות בתוך ד"א, אלא צריך להרחיק ד"א משום דוושא. ואע"פ שכבר נידושה הקרקע במשך זמן רב, שהרי כבר היה שם כותל ואנשים הלכו בין הכתלים ודשו שם - אפי"ה אסור, כיון שצריך עוד דוושא. ועיין בסיכומי הסוגיות לב"ב בביאור סוגיא זאת בהרחבה.

סעיף יג

במה דברים אמורים, בכותל גנה, או בעיר חדשה בכותל חצר; אבל בעיר ישנה כבר נתחזקה, ובונה כנגדו בלא הרחקה. הגה: ועד חמשים שנה מקרי העיר חדשה (מרדכי פרק לא יחפור). ובית דירה דינו ככותל גינה (טור בשם רבינו תם).

1. דינו של הסעיף הקודם נכון בכותל גינה, שלא נידושה מספיק, כיון שאין אנשים מהלכים בתוכה. או בכותל חצר בעיר חדשה, אך בכותל חצר בעיר ישנה - אינו צריך להרחיק שכבר נתחזקה הקרקע מספיק.

2. בית דירה - דינו כעיר חדשה, דאין דרך האנשים לילך סמוך לכתלים, שהרי יש שם מיטות וארונות כ"כ ר"ת. הגמ' הקשתה מהמשנה של חלונות, שמשמע שלא צריך להרחיק משום דוושא, ותיצרה שהכותל הוא מן הצד. והקשו התוס' מדוע לא העמדנו שמדובר בעיר ישנה, ודומיא דכותל חצר שא"צ להרחיק? ותיירץ ר"ת שבית הוא כמו גינה. אולם, ר"י תירץ שהגמ' העדיפה להעמיד את כל המשנה באופן אחד, ומבואר בדברי ר"י שחולק על ר"ת וסובר שבית לא הוי כגינה אלא כחצר, ואע"פ שאין הולכין צמוד לכתלים, אך הולכים סמוך אליהם בתוך ד"א וזה מספיק.

3. עד מתי נקראית עיר חדשה? הרמ"א כתב נ' שנה, וכתבו הסמ"ע, ש"ך, גר"א - שזה טעות, וצריך להיות ס' שנה. והש"ך חולק וסובר שכל שאין אדם זוכרה נקראת ישנה. הרמ"א כתב כן ע"פ המרדכי, הסמ"ע הבין שלמד כן מלוט, לגבי צוער שקרובה ישיבתה, והיינו שהייתה בת נ"א שנים; ולכן התקשה ואמר שצריך לתקן לס' שנה. הש"ך והגר"א כתבו שלמד כן מכתובות כ: שנחלקו ר"מ ורב יהודה לגבי טומאה אימית נקראית יתולולית ישנה: ר"מ - ס' שנה, ור"י - כל שאין אדם זוכרה. ולכן כתב הש"ך שהרמב"ם פסק שם כר"י, וא"כ גם אצלנו ההלכה היא כל שאין אדם זוכרה. אולם, הגר"א ביאר שכיון שלגבי דוושא אין משמעות לזכירת האדם, לכו"ע הגדר כאן הוא ס' שנה. אמנם, הרשב"א בחידושו כתב "שהכל תלוי כפי ראיית ב"ד שבאותו מקום ושבאותה שעה שאין כל המקומות שוים".

סעיף יד

וכן אם לא היה באורך כותל שמעון שבונה כנגדו ארבע אמות, אינו מרחיק, אף על פי שמונע הרגל מלהלך שם, שהכותל שהוא פחות מארבע אמות אינו צריך חיזוק הארץ. הגה: וכן אם כותל ראובן הולך ממזרח למערב, ושמעון בא לסמוך כותל מצפון לדרום, אין צריך להרחיק (טור). "א דכל זה לא מיירי אלא כשקנו הקרקע מן השר או מן ההפקר, אבל בלאו הכי יכולין לסמוך כותל לכותל (נ"י פרק לא יחפור והמגיד פ"ט מה' שכנים ורבי ירוחם נ' ל"א ח"ו)".

1. אם כותל ראובן אינו באורך ד"א, אין שמעון צריך להרחיק ממנו. כ"כ הרמב"ם (פ"ט, ה"ט), וכתב עליו הראב"ד סברא יפה היא. וכתב המ"מ שלא מצא מקור לדין זה. הב"י רצה לומר שלמד כן מהדין הסמוך, שבכותל הבא מן הצד לא חיישין לדוושא, והרי אולי הכותל רחב יותר מג' טפחים? ומשמע שאפי' הכי אין חשש במניעת הדוושא, וכיון דאפיקתיה מג' טפחים אוקמיה אד' אמות. וכבר הקשה עליו בחידושי הגהות, שאין משם ראייה שהרי שם מדובר שכותל חברו יותר רחב מהכותל הבא מהצד, וא"כ הדוושא שבשאר הצדדים מחזקת אותו, ואין במיעוט קטן כזה כלום. אולם, היכא שכל הכותל בגודל הזה, מנלן שלא צריך דוושא? ועיי' ובדרישה שנדחקו לתרץ, וצי"ע.

2. אם שמעון רוצה לסמוך את כותלו בצורה אנכית לכותל ראובן - אינו צריך להרחיק. כן למדה הגמ' מכך שהמשנה אמרה שצריך להרחיק מחלונות ד"א, ומשמע שלולי החלונות לא היה צריך להרחיק משום דוושא! ותיצרו שמדובר שהכותל בא מן הצד, ולכן אין בכך משום מיעוט הדוושא.

3. האם דין זה של דוושא נכון תמיד? מסתימת דברי השו"ע - כן. דעת הרמ"א - לא, אלא רק בקונה מן המלך או מההפקר. **התקשו הראשונים בשאלה** מדוע אדם שסומך כותלו לחברו ומונע ממנו הדוושא נקרא מזיק? הרי הוא לא לוקח ממנו כלום, אלא הוא רק מונע ממנו ריוח! והכיצד הקרקע שלי משועבדת לספק ריוחים

לחברי על חשבוני!! לכן, אמרו **הרשב"א**, **הר"ן הנמוק"י** ו**רבינו ירוחם** שמדובר כאן בלוקח קרקע מן המלך, שכיון שהכל שלו הוא מתכוון להקנות לך אף שיעבוד של ד"א לדוושא, ולכן הקונה הראשון זכה בדוושא, וחברו שקנה אחריו משועבד שלא למנוע ממנו הדוושא. ודעתם שדין זה נכון אף בזוכה מההפקר, מלבד רבינו ירוחם שכתב שבקונה מההפקר אין לו דוושא. **אולם**, בתוס' וברמב"ן מפורש שדין זה נכון תמיד **וכן משמע מסתימת דברי הרא"ש, הטור, הרמב"ם והשו"ע** שהביאו דין זה, ולא הזכירו שהוא נכון רק בקונה מן המלך!! ותמה הקצות במה נשתעבד האדם לתת לחברו את קרקעו לדוושא!! ואפשר לתרץ ע"פ מה שביארנו לגבי חזקת תשמישים (סי' קנ"ג), שכיון שאני בונה כותל בשלי ואיני מזיקך, א"כ המציאות הממונית בינינו כוללת את הכותל שלך, ואם אני אסמוך עליו קורות ואתה לא תמנע ממני - לא תוכל אח"כ לסלקני, כיון שהכותל שלך השתעבד לקורות שלי, שהרי זה מה שהמציאות בינינו כוללת עכשיו, ואע"פ שלא עשינו על כך קנין. כך גם לגבי דוושא, שכיון שהמציאות כוללת את הכותל, והדוושא היא חלק מהצורך האלמנטרי של הכותל, א"כ היא כוללת גם את הדוושא. אלא שכמובן זהו חידוש יותר גדול, שהרי כשהראשון בונה את כותלו השני אינו יכול למחות בו, ובעל כרחו הוא משתעבד לדוושא של חברו! אך זה דומה ליורד לאומנותו של חברו, שאע"פ שאינך יכול למחות בו מלהיות אומן, אך לאחר מכן כשאתה תרצה להתחרות בו - לא תוכל, כיון שהוא עשה בהיתר גמור, ואתה משועבד שלא לבטל את המציאות שנוצרה בהיתר.

סעיף טו

הכותש הריפות (פ' חטים הנכתשים במכתשת) וכיוצא בהם בתוך שלו, ובעת שמכה מנדנד לחצר חברו עד שנדנד כיסוי החבית שעל פי החבית, (ו"א שאין צריך כל כך, רק שינדנד הכותל קצת) (טור והמגיד פ"א דשכנים בשם הרשב"א וב"ש בתו'), ה"ז מזיק בחציו וחייב להרחיק כדי שלא ינדנד, או יבטל מלאכתו שמזקת.

ואם הזיק בעת הנדנד, חייב לשלם שהרי מכחו בא הנזק.

הגה: ואפילו נבנה החצר אחר שבא המזיק לכאן, צריך המזיק להרחיק נזקו (הגהות מ"י פ"ט והגהות אשירי ונ"י ס"פ לא יחפור).

וה"ה אם אין מזיק לחצר, אלא שיש חולי הראש לבעל החצר וקול ההכאה מזיק לו, צריך להרחיק עצמו (ריב"ש סימן קצ"ז/קצ"ו).

1. אם עושה מלאכה המרעידה את כותל חברו, חייב להרחיק כדי שלא ירעיד לו, או שיבטל מלאכתו שמזיקה לחברו, שהרי הוא מזיק לו בגירי דיליה.

איזה נדנד מזיק הרחקה? **רמ"א**: מספיק שינדנד הכותל קצת, **שו"ע**: **הבנת הסמ"ע** - רק נדנד רציני שמרעיד הכותל עד כדי כך שגם כיסוי החבית היושבת על הכותל מתנדנדת. **הבנת הגר"א** - נדנד קל, שכיסוי החבית היושבת בחצר מתנדנדת.

ב"ב כה: "פאפי יונאה עני והעשיר הוה, בנה אפדנא, הוה הנך עצורי (פירש"י: עוצרי שומשמן לעשות שמן) בשיבבותיה, דכי הוה דייקי שומשמי הוה נידא אפדניה; אתא לקמיה דרב אשי, א"ל, כי הואן בי רב כהנא הוה אמרינן: מודי רבי יוסי בגירי דיליה. וכמה? כדנייד נכתמא אפומיה דחצבא". רש"י והר"י מיגש פירשו - שמדובר שכיסוי החבית המונחת על הכותל זו מחמת הרעידות של עוצרי השומשומין, ורק ברמה כזאת היו נזק. תוס' והרשב"א הקשו הרי זהו נזק גדול מאד שהבנין כמעט נופל!! לכן ביאר ר"י שמדובר שהאדם מחזיק את החבית בידו, ומהרעידות מתנועע הכיסוי. ריצב"א ביאר בדעת רש"י שאע"פ שהבנין לא זו, הכיסוי זו כי הוא יותר רגיש לתנודות (לא כמבואר בר"י מיגש בפירוש). הרמב"ם השמיט שמדובר שהחבית יושבת על הכותל, וכתבו המ"מ והסמ"ע שקיצר בלשונו שהרי פשוט שאין שייך נדנד לקרקע כי אם לבנין שעליה, וממילא דעתו כרש"י. אולם, הגר"א כתב שהוא חולק על רש"י, וכוונתו שהחבית יושבת על קרקע החצר, וא"כ זהו נדנד יותר קל. השו"ע נקט לשון הרמב"ם, והרמ"א הביא דעת התוס'.

2. אם הזיק ע"י הנדנד - חייב לשלם. כ"כ הרמב"ם, וכתב הב"י שטעמו שכל היכא דהוי גירי - פשיטא שחייב לשלם.

3. אע"פ שהמזיק קדם - צריך לסלק היזקו. כ"כ הרמ"א ע"פ התוס'.

האם כשסמך בהיתר צריך להרחיק? הראשונים התקשו מדוע אמרה הגמ' "עני והעשיר הוה"!! **תוס'** **תירצו** שהחידוש שאע"פ שקדמו בהיתר קודם שבנה את האפדנא, וא"כ מעיקר הדין לא היו צריכים לסלק היזקם? שאני הכא שלא קביענא תשמישייהו ויכולים להסתלק בקל - עליהם מוטל לסלק היזקם. **אולם**, **הרא"ש** ו**הרשב"א** כתבו זאת כדי ללמדנו שלא נוצרה להם חזקה כיון שהוא היה עני ולא היתה לו אפדנא. הרא"ש ביאר שממילא לא יכל למחות בהם, וכל היכא שאין מחאה - אין חזקה (וכשיטתו לעיל קנד סעיף טז לגבי חלון על חורבה, שא"א למחות מחמת שלא תחזיק). ולאחר שבנה האפדנא אין חזקה דהוי כקוטרא. אך הרשב"א ביאר שהטעם שלא עלתה להם חזקה, אע"פ שיכל למחות בהם גם כשהיה עני (לשיטתו שם), הוא מחמת שלא אסיק אדעתיה למחות בהם. ולכאוי' קשה, הרי דעת הרא"ש שמותר לסמוך מזיק כשאין ניזק כתוס', וא"כ מה בכך שאין להם חזקה, מדוע צריכים להסתלק משם? מכאן הוכיח

הפני" והסכים עמו רעק"א (ח"מ קנא) שדעת הרא"ש שאע"פ שסמך בהיתר - צריך להרחיק כשיבוא הניזק. ולכן, לולי הטעם של חזקה היה פשיטא לרא"ש שצריכים להסתלק. אמנם, היה מקום לומר שדוקא כאן פשיטא לרא"ש מפני שהוא גירי דיליה המתחדש, וא"כ לא מועילה בכה"ג קדימה, שהרי בכל יום ויום הם מזיקים מחדש בידיים. וכך רצה רעק"א לתרץ בתחילה, אולם למסקנא הסכים עם הפני" מכיון שהיה משמע לו בטור שאין חילוק. (וכן מוכח שתוס' הבינו שאין חילוק בין סוגי הגירי, שהרי הבינו שאף כאן אינם צריכים להסתלק אע"פ שהיו גירי המתחדש, ורק מחמת שיכולים להסתלק בקל הזקיקו אותם להרחיק).

האם מועילה חזקה בקוטרא, אף קודם שהיה כאן ניזק? מבואר מדברי הרא"ש, שאילו החזיקו עליו כשהיה עשיר ולא הייתה לו אפדנא - מועלת חזקה ואע"פ שזה קוטרא, וכן כתב הרשב"א במפורש. אולם, הנמוק"י תירץ שכאן היו צריכים להרחיק כיון שלא עלתה להם חזקה מחמת שלא יכלו למחות בהם כרא"ש, או מחמת שזה קוטרא ובית הכסא שאין להם חזקה. מוכח מדבריו שאף אם היו מחזיקים עליו בשעה שהיה עשיר ולא הייתה לו אפדנא - לא הייתה עולה להם חזקה; ולא כרא"ש והרשב"א. כך גם הבין הב"י בדעת הרמב"ם שבקוטרא ובית הכסא וה"ה הכא, לא מועלת חזקה בכל ענין, ואע"פ שהם עשו זאת עוד קודם שהוא היה ניזוק. **ויבואר לקמן בסעיף לו.**

4. לאו דווקא אם מזיק לכותל חברו, אלא אפי' אם חברו חולה וקול ההכאה מזיק לו, וכל הדומה לזה - חייב לסלק הניזק. כ"כ הריב"ש (סי' קצו), והוכיח כן מרב יוסף (כג.). שאמר 'הני לדידי כקוטרא ובית הכסא דמו'. וכ"כ הרא"ש שם: "מכאן משמע דכל נזק שידוע שאין המערער יכול לסובלו, אף על פי שסובלין אותו שאר בני אדם אין לו חזקה נגד מערער זה".

סעיף טז

מרחיקין את הסולם מהשובך של חברו ארבע אמות, כדי שלא תקפוץ הנמיה (פי') הערוך חיה קטנה ענין חתול, והר"ן פי' בפרק אלו טריפות מרטינה בלע"ז, בעת שמניח הסולם, ותעלה לשובך ותאכל את הגוזלות.

מרחיקין את הסולם משובך חברו ד' אמות, כדי שלא תקפוץ הנמיה לשובך בעת שמניח הסולם ותאכל הגוזלות. משנה כב: ובגמ' שם אמרו שבהא אפי' ר' יוסי מודה דהוי גירי דיליה, ואע"פ שזה גרמא - גרמא בניזקין אסור.

האם צריך להרחיק מהכותל או מהשובך? דעת השו"ע - מהשובך, אע"פ שסומך על הכותל ויכולה לילך מהכותל לשובך, לא חשיב גירי אלא כשיכולה להגיע לשובך בקפיצה אחת. וכן דעת רש"י, נמוק"י והרמב"ם. דעת הטור - מהכותל, דאם יכולה לטפס על הכותל ולהגיע לשובך הוי גירי. כ"כ הסמ"ע.

סעיף יז

מרחיקין את הכותל מן המזחילה של חברו ארבע אמות, כדי שיהיה מקום לבעל המזחילה לזקוף סולם ולתקן מזחילה שלו, הואיל והחזיק בה. הגה: יש אומרים לענין שאם קנה ממנו מקום כדי לעלות למזחילתו צריך להניח לו מקום ארבע אמות שיעור זקיפת סולם. (טור בשם ר"י וב"ש בשם הרא"ש).

1. מרחיקים את הכותל מהמזחילה של חברו ד' אמות, כדי שיוכל בעל המזחילה להעמיד סולם ולנקות את מזחילתו מצרורות ועפר.

2. האם דין זה נכון תמיד? שו"ע - כן. כך למדו בפשטות בדעת הרמב"ם, ואף כאשר לא קנה ממנו כלום, אלא רק בנה מזחילה, נשתעבד חברו להעמיד לו ד"א בחצרו, והטעם כמו שביארנו לגבי דוושא, כיון שזהו חלק משימושי המזחילה. רמ"א - רק כאשר קנה ממנו מקום לצורך תיקון המזחילה, ושיערו חכמים ששיעור המקום הוא ד"א, כפי הצורך לתיקון המזחילה. כ"כ התוס', הרא"ש והטור, שדין זה נכון רק כאשר קנה ממנו מקום עבור זה. והרמב"ן העמיד שהמשנה מדברת באחין שחלקו, והעלה אחד מהם בדמים כדי לקנות את המזחילה, שבכלל זה גם ד"א בחצר כדי להשתמש בה כמו שהשתמשו בה מעיקרא.

סעיף יח

מי שבא לחפור בור בסוף שדהו סמוך למיצר חברו, אם שדה חברו אינו עשוי לבורות, סומך ואינו יכול למחות בידו. ואם ימלך חברו לחפור בור בצדו, צריך להרחיק מכותל הבור ששה טפחים, עד שיהיה בין חלל שני הבורות עובי ששה טפחים. ואם היתה שדה חברו עשויה לבורות, אינו סומך עד שירחק מהמצר שלשה טפחים ויחפור, וכשיבא חברו לחפור ירחיק גם הוא שלשה טפחים בתוך שדהו ויחפור.

הגה: וכשמרחיק י"א דצריך ג"כ לסוד בסיד כותל בורו, וכמו שנתבאר סעיף י' (טור לדעת הרמ"ה).
ויש אומרים דבחדא מנייהו סגי (שם בשם הרא"ש).

1. החופר בור בקצה שדהו בסמוך לחברו :

אם שדה חברו אינה עשויה לבורות - סומך וא"צ להרחיק. ואם יבוא חברו לבנות אח"כ בסמוך לו - צריך להרחיק מכותל הבור ו' טפחים.

אך אם שדה חברו עשויה לבורות - צריך להרחיק מקצה השדה ג' טפחים, ואם יבוא חברו לחפור יצטרך גם הוא להרחיק ג"ט מקצה שדהו.

ב"ב יז : "איתמר : הבא לסמוך בצד המצר - אביי אמר : סומך, ורבא אמר : אינו סומך וכו'. איכא דאמרי : בשדה שאינה עשויה לבורות - דברי הכל סומך, כי פליגי - בשדה העשויה לבורות, אביי אמר סומך, אפילו לרבנן דאמרי : מרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמשה אמה, התם הוא דבעידנא דקא נטע איתא לבור, אבל הכא בעידנא דקא חפר ליתא לבור ; ורבא אמר אינו סומך, ואפילו לר' יוסי וכו' הני מילי התם - דבעידנא דקא נטע ליתנהו לשרשין דמוקי לה לבור, אבל הכא - אמר ליה : כל מרא ומרא דקא מחיית קא מרפית לה לארעא". ופסקו הלכה כרבא וכלישנא בתרא. (אמנם, נחלקו הראשונים האם רבא חזר בו למסקנת הסוגיא או לא, אך גם לסוברים שרבא חזר בו זה נכון רק לגבי שאר הרחקות אך לא לגבי בור, כיון שבבור הוא מזיק כבר בשעה הראשונה משום 'כל מרא ומרא'.

מה הדין כשהראשון לא היה צריך להרחיק, האם השני מרחיק ו' או ג' טפחים? דעת רוב הראשונים - ו' טפחים, שהרי אסור לו להזיק לחברו. כ"כ רוב הראשונים (תוס', רשב"א, רא"ש, רמב"ם וטור). אולם, יש הסוברים שהשני צריך להרחיק רק ג' טפחים (הובאה דעתם ברשב"א, והגהות אשר"י), וטעמם ש"לא דיך שלא הרחקת מהמיצר שלי, אלא שתזיקני להרחיק ולכנוס יותר מדיני!!". ואינו מובן, שהרי דינך להרחיק ו' טפחים שהרי אסור לך להזיק, אלא שאם שניכם מרחיקים אפשר להסתפק בג' טפחים, וכאן אתה המזיק היחיד, שהרי הראשון בשעה שסמך לא היה מחויב להרחיק!! ופסק השו"ע כרוב הראשונים.

2. כשצריך להרחיק, האם צריך גם לסוד בסיד? דעת השו"ע - לכו"ע לא. דעת הרמ"א - תלוי באותה מח' שבסעיף י'. כבר ביארנו בסעיף י' שנחלקו הרא"ש והראשונים בשאלה האם כשחופר בור צריך להרחיק ולסוד בסיד, או שדי בהרחקה לבד. דעת הרא"ש שמספיק להרחיק, וא"צ לסוד בסיד; דכיון שזה ספק אזלינן לקולא. אולם, רוב הראשונים, וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע, סוברים שכיון שהגמ' אמרה בתחילה 'פשיטא וכו' א"כ כך אנו פוסקים שצריך להרחיק ולסוד בסיד.

בפשטות מדובר בין כשבא להרחיק מכותל בורו של חברו, ובין אם בא להרחיק מכותל הבית של חברו. שהרי המשנה והגמ' דיברו בפשטות רק על כותל בור, ולא עסקו בשאלה האם צריך להרחיק זאת גם מכותל בנין. אלא, שהרמב"ם כתב דין זה על כותל בנין, וכשכתב את הדין של סעיפנו השמיט את הצורך לסוד בסיד. **הב"י הבין שדעת הרמב"ם שרק כשמרחיק מכותל בנין צריך סיד, אך כשמרחיק מכותל בור - אין צורך בכך;** וכך נראה שפסק לדינא. אולם, בדף יז : מוכח שהגמ' מבינה שבמשנה מדובר על כותל בורו של חברו, ולא על כותל ביתו, וא"כ מוכח שגם כשמרחיק מכותל בורו צריך לסוד בסיד!! **וכבר תמהו האחרונים על דבריו אלו.** וכתבו שאף הרמב"ם מודה שלעולם צריך לסוד בסיד, ומה שהשמיט דין זה כאן, מכיון שסמך על כך שכתבו בתחילה, וכאן בא לעסוק בשאלה מתי צריך הראשון להרחיק. וה' יאיר עינינו בתורתו, ויזכנו להבין דברי הב"י, אכ"ר.

בדעת הרא"ש האם מותר לכתחילה להסתפק בחדא מינייהו? דעת הקצות - לא, אלא לכתחילה צריך לעשות שניהם כמו בסעיף ג, ורק בדיעבד סגי בחד מינייהו, ואפי' כבר חפר לא יתן מים בבור עד שלא יסוד בסיד. **אך מסברא היה נראה לחלק** שדוקא שם צריך שניהם, כיון ששם הוא ודאי מזיק אלא שהספק האם הוא פטור מלהרחיק מדין קדימה, ולכן לכתחילה ירחיק ורק בדיעבד שרי. אולם, הכא הספק האם הרחקה בלא סיד מזיקה, וממילא הספק האם הוא בכלל משועבד לזה ולכן אף לכתחילה יכול להרחיק בלא לסוד בסיד, כיון שעל חברו חובת הראיה שהוא משועבד גם לסוד בסיד (דזהו ספק ממוני ולא איסורי). **וכן כתבו בשם הבית הלוי ורעק"א** שחלקו על הקצות מטעם זה.

אף לדעת הרא"ש אם בא לסוד בסיד לבד, צריך שיהיה כותל ג' טפחים, ולכן אם באו לחפור יחד - ירחיק כל אחד טפה וחצי. (שהרי הסיד לבד לא מהני בלא כותל, וכותל מינימלי הוא ג' טפחים).

סעיף יט

החופר בור לתוך שדהו ומכר חצי השדה, ובא הלוקח לחפור גם הוא בור, צריך להרחיק כל שיעור הרחקה אפילו אם היתה עשויה לבורות, כיון שהראשון בהיתר עשה, שהרי בשלו חפר.

הגה: וכן מותר לעשות בכל נזקין אלו בשלו, בשאין שם דבר הניזוק, חוץ מחפירת בור אצל שדה העשויה לבורות (טור בשם ר"ח והת' והרא"ש). ויש חולקין בזה (שם בשם רש"י והר"ף).

1. אם חפר בורו בהיתר כגון שחפר באמצע שדהו ואח"כ מכר חציה, צריך השני להרחיק כל ההרחקה אפי' בשדה העשויה לבורות.

ואע"פ שבסי' קנד סעי' כח מבואר שלגבי חלונות יכול הלוקח להאפיל על המוכר מטעם שבעין יפה מוכר, אי"כ מ"ש מהכא? שאני התם שאינו מזיק לו בידיים, אך כאן כל מרא ומרא הורס את בורו בידיים, ובכח"כ אסור לו להזיק לחברו, סמ"ע.

כן מתבאר מתוך שמעתתא דחרדל, שבלוקח כיון שסמך בהיתר על המזיק השני מוטל להרחיק כל ההרחקה. דין זה נכון אליבא דכל הראשונים בפירוש הסוגיא שם.

2. האם מותר לסמוך מזיק כשאין ניזק כגון גפת וכדו'? דעת הרמ"א - מותר. אע"פ שיש חולקין (רש"י והרי"ף).

מקור הדין נובע מביאור סוגיית חרדל, האם למסקנת הסוגיא רבא חזר בו מהאיסור לסמוך מזיק גם כשאין עכשיו ניזק שהרי הוא עתיד לבוא ולהיזק או לא. רש"י, הרי"ף והרשב"א נקטו שרבא לא חזר בו, ואף למסקנת הסוגיא אסור לסמוך גפת וכדו' אע"פ שלחברו אין עדיין כותל, שהרי הוא עתיד לעשות שם כותל ולהיזק, וא"כ כבר עכשיו אתה קרוי מזיק. אולם, ר"ת והרא"ש נקטו שלמסקנת רבא חזר בו (כיון שגרסו 'אלא אמר רבינא' דמשמע שהוא חולק), והוא מודה שכאשר אין כותל אינך חשוב מזיק ומותר לך לסמוך, ולא אסור אלא בבור כיון שכל מרא ומרא דמחי מרפי ליה לארעא דחבריה, וא"כ כבר בשעה ראשונה הוא קרוי מזיק, שהרי כבר עכשיו הוא טומן כאן מוקש שבשעה שחברו יבוא הוא ינזק מיד. (משא"כ בגפת שכאשר הוא יבוא הגפת תתחיל להשפיע ועד שינזק יקח זמן).

נמצא שהרמ"א פוסק בדעת ר"ת והרא"ש, אלא שעדיין יש לעיין שהרי הסוגיא שם היא אליבא דרבנן הסוברים שצריך להרחיק גם בדברים שאינם גירי, אולם להלכה אנו פוסקים כר' יוסי שרק בגירי דיליה צריך להרחיק, וממילא צריך לשאול האם הדין ישתנה בעקבות כך לטוב או למוטב?

ברמב"ן וברשב"א מבואר שאע"פ שהניזק לא נמצא כאן בשעה שאתה סומך הרי זה חשוב כגירי, כיון שהכל מזומן ומוכן בשעה הראשונה והמזיק מזיק ממקומו, ולא חסר כלום רק שהניזק יבוא והוא ינזק. נמצא שלא תועיל קדימה, כיון שאע"פ שהניזק לא נמצא אתה קרוי מזיק! אמנם, בלוקח דהיינו שעשה באמצע שדהו מזיק ואח"כ הלך ומכר חצי שדהו - אינו צריך להרחיק, דבשעה שהניח את הגירי לא היה חשוב כלל כמזיק, וכמו שביארנו לגבי בור.

אולם, בתוס' וברבינו יונה מבואר שאף בדברים שמצד עצמם הם גירי, אך אם הניזק לא נמצא עדיין מותר לסמוך דאין זה חשוב גירי כיון שהניזק לא נמצא כאן, וכ"כ רבינו יונה. וכן פסק כאן הרמ"א.

אלא שיש לשאול האם כשסמך בהיתר צריך להרחיק לאחר מכן כשיבוא הניזק? בתוס' (כה: ד"ה עני) מבואר שאינו צריך להרחיק לאחר מכן, וכן מבואר ברבינו יונה. דכיון שבשעה שסמך לא היה קרוי מזיק, אי"כ מדוע שלאחר מכן יצטרך להרחיק, דאע"פ שחבירו ניזק אך הוא לא הזיקו!

בדעת הרא"ש נחלקו האחרונים הפנ"י ורעק"א הוכיחו שדעתו שאע"פ שמותר לסמוך כשאין ניזק, אך כשיבוא הניזק חייב המזיק להרחיק את עצמו, שהרי זה גירי דיליה ואסור לך להזיקו בגירי. אלא, שאם הוא לא כאן מותר לך לסמוך, שהרי עכשיו אתה לא מזיק אותו, וכשיבוא אתה תסתלק. אולם, הנהיבות חלק עליהם וכתב שלדעת הרא"ש אין צריך להרחיק כשיבוא הניזק, אלא בגירי המתחדש היזיקו כל שעה, דבכח"כ לא תועיל הקדימה שהרי אתה מזיק בידיים בכל יום מחדש!

להלכה הביא הפת"ש בשם רעק"א בתשובה (קנא) שא"צ להרחיק כשאין ניזק כמו שפסק הרמ"א, כיון שיכול המזיק לטעון קים לי כתוס' ורבינו יונה והנמוק"י ובעל המאור שמותר לסמוך וא"צ להרחיק אח"כ לעולם. ואין חברו יכול לעכב עליו מלסמוך בטענה שלמחר כשירצה לבנות כותל לא יוכל לחייבו לסלק.

הנהיבות סובר שאף רש"י והרי"ף לא חולקים לדינא, ומה שכתבו שרבא לא חזר בו ואסר לסמוך מזיק גם כשאין ניזק, ואפי' אם סמך בהיתר גמור (לוקח) כשיבוא הניזק לאחר מכן - צריך המזיק להרחיק; כל זה נכון דווקא אליבא דרבנן, אך לא אליבא דר' יוסי. דכיון שר' יוסי מחייב להרחיק רק כאשר זה 'גירי דיליה', אי"כ כשאין ניזק לעולם זה לא יחשב כגירי, וא"כ פשוט שאף הם מודים שמותר לסמוך בכח"כ, וכן שאם סמך בהיתר גמור (לוקח) אינו צריך להתרחק לאחר מכן. ולעני"ד כיון שהרשב"א והרמב"ן נקטו במפורש שאע"פ שאין ניזק הרי זה קרוי 'גירי דיליה' לר' יוסי, ממילא שוב אין צורך לומר שכל מה שכתב רש"י בסוגית חרדל נכון רק לרבנן ולא לר' יוסי.

סעיף כ

ראובן חפר גומא בחצירו שמי גשמים יקלחו לתוכה, וכשרבו המים בוקעין ועוברים דרך חומות מרתף שמעון, חייב ראובן לסלק היזקו. הגה: וכל היזקות שלא נתבארו שיעור הרחקתן, בכדי שלא יזיק לפי ראות הבקיאין (טור בשם הרא"ש).

כ"כ הרא"ש בתשובה כלל קח סעיף י. והובא ברמ"א לעיל בסעיף ה, לגבי מי העליון שנופלים על התחתון. ויש לעיין מדוע זה נחשב היזק של גירי, הרי זה כלל לא נזק ישיר ממני לחברי? וכשחפרתי את הגומא כלל לא היה הנזק מוכן באותה שעה? וא"כ מדוע זה גירי? ברא"ש משמע קצת שהכל זה תקנת חכמים, וממילא כיון שיש כאן נזק גדול מאד והניזק לא יכול להרחיק את עצמו, וא"א לדרוש ממנו לבטל תשמישו - א"כ פשוט שאף ר' יוסי מודה בכ"ה.

אולם, נראה להסביר שאף הרא"ש לא התכוון לומר שהצורך בהרחקה הוא רק מדיני תקנת חכמים, אלא נראה ברור שהיסוד להרחיק הוא כדי שלא תזיק. אלא, שהשאלה תמיד היא מיהו המזיק? שהרי אני עושה בתוך שלי, ואע"פ שזה משפיע עליך, אך הרי מותר לי להשתמש בצורה הגיונית בחצרי! אמנם, כאשר אני מזיק לך בידיים, כגון שאני שם כאן דבר שמזיק לך ישירות - כיון שאסור לי להזיק, אין לי את ההיתר של 'עושה בתוך שלי'. אולם, כאשר אני מזיקך ישירות, מותר לי לעשות בשלי אע"פ שאתה נפגע מזה לאחר זמן, שהרי אם נדרוש ממני לבטל תשמישי - נמצא שגם אני ניזוק! ולכן אני משועבד אליך לדבר זה. אולם, כאשר אני יכול להמנע מדבר זה בקלות, ואילו אתה ניזוק בצורה רצינית ואינך יכול להשתמש בחצרך - בכ"ה ברור שאני משועבד אליך שלא לעשות בשלי דבר זה, ונמצא שאני מוגדר כמזיק שהרי אסור לי לעשות זאת! נמצא שזה מוגדר כגירי דיליה.

סעיף כא

יש מי שאומר שלא אמרו דבהרחקת ששה טפחים בין בור לבור סגי, אלא בארץ הרים, אבל במקום דרפיא ארעיהו צריך להרחיק יותר. לפיכך צריך להרחיק בית הכסא מבור חבירו עד שיכירו בני אדם שאינו עובר מלחות בית הכסא לבור, ולרווחא דמלתא ירחיק חמשים אמה. הגה: ויש מי שחולקין על זה (מרדכי פ"ק דב"מ ופ' לא יחפור). וכל מקום שמזיק צריך להרחיק עצמו, אפילו היה רשות הרבים מפסיק בין הבתים, כגון שתי חצרות בשני צדי רשות הרבים, אפילו הכי צריך להרחיק (בית יוסף בשם הרשב"א).

1. האם הרחקת ו' טפחים בין בורות זה דבר קבוע? שו"ע - לא, אלא הכל לפי המקום והזמן. כ"כ הרא"ש בתשובה שבסעי' הקודם בשם רב מתתיה גאון. רמ"א - י"א שכן. דעת הט"ז שאין חולקים, ופסק שהעיקר כשו"ע. סמ"ע ודרכי משה - כן דעת המרדכי, שלעולם אינו יכול לדרוש ממנו יותר מג' אמות מכותל בור חברו. והגר"א כתב שזוהי דעת רש"י והר"ף שביותר מזה אע"פ שניזוק, אך אין זה גירי, כיון שאין זה נחשב כעושה בידי ממש.

2. אע"פ שמזיק דרך רה"ר - חייב להרחיק עצמו. כ"כ הרשב"א בתשובה. והגר"א כתב שהמקור הוא מהיזק ראייה שמפורש כן לגבי הפותח לרה"ר שאין חברו שכנגדו מעכב עליו מחמת שבלאו הכי ניזוק מבני רה"ר - הא לאו הכי מצי מעכב.

סעיף כב

מרחיקין את גורן קבוע מהעיר חמשים אמה, כדי שלא יוליד הרוח התבן בעת שזורה, ויזיק לבני העיר. ואם הגורן קודם לעיר, מסלקו ובני העיר נותנים לו דמיו. ספ"ק, מסלקו בלא דמים.

ומזה יש מי שלומד על דוכוס ממדינה שגזר על יהודים שיעשו עם היהודים הדריים תחת שרים קטנים בכפרים שידורו תחתיו, ואם לא, יגרש. כולם צריכים לקיים דברי הדוכוס ולסלק היזק הרבים וליסע תחת הדוכס תחלה, ולדון אח"כ עם הרבים אם יש להם היזק בזה (הגהות מרדכי דקידושין).

וכן לא יעשה אדם גורן קבוע בתוך שלו, אלא אם כן היה לו חמשים אמה לכל רוח, כדי שלא יזיק התבן לנטיעת חבירו או לנירו.

1. מרחיקין גורן קבוע מהעיר נ' אמה, מפני המוץ שמזיק לבני העיר. ב"ב כד: "מרחיקין את גורן קבוע מן העיר חמשים אמה. לא יעשה אדם גורן קבוע בתוך שלו - אא"כ יש לו חמשים אמה לכל רוח, ומרחיק מנטיעותיו של חבירו ומנירו בכדי שלא יזיק". ואמרין בגמ' למסקנא "רב אשי אמר: מה טעם קאמר, מאי טעמא מרחיקין גורן קבוע מן העיר חמשים אמה? כדי שלא יזיק". וביאר הרשב"א שהיה צורך להשמיענו הטעם שלא יזיק, כיון שהמשנה הקודמת דיברה על הרחקה משום נוי העיר והו"א שגם במוץ הטעם משום נוי ולא משום נזק, וממילא הוא נוהג רק בא"י - קמ"ל שדין זה משום נזק ונוהג אף בחו"ל.

מה הדין בגורן ארעי? הסמ"ע והב"י כתבו שגורן ארעי א"צ להרחיק - דבנזק ארעי לא חששו. אולם, הגר"א ציין כאן 'מתני', דהיינו שפשוט ציטטו את לשון המשנה, ולקמן בסעי' לד כתב השו"ע 'גורן' סתם ולא הזכיר קבוע? ולכן כתב הגר"א שדעתו שאף באינו קבוע צריך להרחיק בכדי שלא יזיק, אך א"צ נ' אמה. ואע"פ שדברי אב"י נידחו בסוגיא, אך דווקא בתור אוקימתא לגמ', אך דינו אמת שהרי ר' יוסי בר חנינא קאי כוותיה.

2. אע"פ שהגורן קדם לעיר - צריך לסלקו אך נוטל דמים אח"כ מבני העיר, וקודם מסלק ואח"כ נוטל דקדרא דבי שותפי - לא חמימא ולא קריא. ספק מי קדם - מסתלק ולא נוטל דמים. כמבאר לגבי קדימת אילן.

מכאן למדנו, שכל מקום שיש נזק לרבים - מוטל על היחיד לדאוג שלא ינזקו הרבים; ואף אם נמשך להם מזה הפסד - ימנעו נזק הרבים ואח"כ יתבעו לדין שישלכו הפסדם. שהרי אע"פ שבעל הגורן קדם הוא צריך להסתלק כדי שלא יפסידו הרבים, ורק לאחר מכן הוא יכול לתבעם לדין. כ"כ בהג' מרדכי בקידושין והביאו הרמ"א.

3. כמו כן, אסור לאדם לעשות גורן קבוע בתוך שדהו אע"פ שהוא מחוץ לעיר, אא"כ ירחיק נ' אמה משדות או מטעים של חברו. כיון שהמוץ מזיק לניר, שמזבלה יותר מדאי והיא נפסדת; וכן לנטיעות שהוא מרקב הפירות.

4. **בארץ ישראל:** מרחיקין את האילן מן העיר - כ"ה אמה, ובחרוב ובשקמה שנופן גדול - נ' אמה, משום נוי העיר. אם האילן קדם - קוצץ ואח"כ נוטל דמים, אם העיר קדמה - קוצץ ואינו נוטל דמים. ספק מי קדם: קוצץ - ואינו נוטל דמים. שהרי ממה נפשך צריך לקצוץ, ואינו נוטל דמים - דהמע"ה. דעת הרמב"ן והנמוק"י, והטור והמ"מ וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע שדין זה אינו אלא בא"י; אולם דעת הרמ"ה שדין זה נוהג אף בחו"ל. הש"ך התקשה בזה ואמר שמצא גירסא בילקוט שעל פיה מסתדרים דברי הראשונים, אולם החת"ס מכח קושיא זו הסכים עם הרמ"ה.

סעיף כג

מרחיק את הנבילות ואת הקברות ואת הבורסקי ואת הכבשונות והדבורים מהעיר, חמשים אמה. ואין עושים בורסקי אלא למזרח העיר, מפני שרוח מזרחית חמה וממעטת היזק [ריח] עיבוד העורות.

1. מרחיקין את הנבילות ואת הקברות ואת הבורסקי מן העיר נ' אמה - מפני ריח רע.

2. אין עושין בורסקי אלא למזרח העיר, שרוח מזרחית חמה וממעטת ריח עיבוד העורות, כפירוש הרמב"ם. אולם רש"י פי' מפני שמנשבת בנחת והריח לא מגיע לעיר.

משנה ב"ב כה. ור"ע חלק שם והתיר לעשות בכל רוח ולהרחיק נ' אמה, חוץ מבמערב שהשכינה שם. וכתב הנמוק"י שכוונתו קי"ל מפני ששקלו וטרו אליביה בגמ', אולם הב"י כתב שפשיטא שכת"ק קי"ל.

3. מרחיקין את הדבורים ואת הכבשונות מן העיר נ' אמה. דבורים כדי שלא ינשכו את האדם, וכבשונות מפני העשן. כן איתא בתוספתא והביאה הרא"ש בפסקיו.

סעיף כד

מרחיקין השובך מהעיר חמשים אמה, ולא יעשנו בתוך שלו אלא אם כן יש לו חמשים אמה לכל רוח.

ואם לקחו כמו שהוא, אפילו הוא בתוך (בית) רובע, הרי הוא בחזקתו. ואף אם יפול, יכול לחזור לבנותו, שטוענים ללוקח לומר ראשון עשאו ברשות, לא שנא נגד יחיד לא שנא נגד רבים.

1. מרחיקין את השובך מהעיר נ' אמה, מפני היונים שאוכלים הזרעונים השטוחים בגנות, אך לאחר נ' אמה כיון שכבר מילאו כריסן אינן אוכלות. ואף מחוץ לעיר לא יעשנו בתוך שלו, שהרי מזיק לחברו, אא"כ יש לו נ' אמה לכל רוח. ב"ב כג. במשנה "מרחיקין את השובך מן העיר חמשים אמה. ולא יעשה אדם שובך בתוך שלו - אלא אם כן יש לו חמשים אמה לכל רוח". ובגמ' "אמר אביי: מישט שייטי טובא, וכרסייהו בחמשים אמתא מליא".

2. אם קנה את השובך, אע"פ שאיננו רחוק מהעיר או מחברו - אינו צריך להרחיק, דטוענין ללוקח שהמוכר עשה ברשות בין נגד יחיד ובין נגד רבים. גמ' שם: "לוקח נמי תנינא: לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות - הרי זו בחזקתה! צריכא, דאי אשמעינן התם גבי רשות הרבים - דאימור כונס לתוך שלו הוא, אי נמי אחולי אחול בני רשות הרבים גביה, אבל הכא לא; ואי אשמעינן הכא, דכיון דיחיד הוא - אימא פיוסיה פייסיה, אי נמי אחולי אחיל גביה, אבל רבים - מאן פייס ומאן שביק? אימא לא, צריכא".

3. מהו הנזק ביונים? נמוק"י - שן אע"פ שאינן שלו מדאורי אלא מדרכי שלום, חשבינן ליה כאילו הוא שלו לענין חיוב בתשלומין. רמב"ן - משום גירי דשכיח היזקא. ולפי זה לענין חיוב תשלומין תליא במח' הראב"ד והרא"ש, לראב"ד - פטור, לרא"ש - חייב לשלם, דהוי כמעמיד בהמת חברו ע"ג קמתו של חברו דחייב משום שן.

סעיף כה

מי שהיתה שדה חבירו נטועה גפנים או שאר אילנות, ובא הוא לנטוע בתוך שדהו גפנים בצד גפנים או אילנות בצד אילנות, צריך להרחיק ד' אמות. הגה: (כ"פ ר"ח) כי כן דרך צורך המחרישה בין האילנות. ואם אין דרך לחרוש בין האילנות, אין צריך להרחיק כלל (ב"י). ובמקום שצריכים להרחיק, ובאין שניהם ליטע בבת אחת, כל אחד מרחיק חצי השיעור (המגיד פ' עשירי דשכנים). בד"א, בא"י, אבל בחוצה לארץ מרחיק בין גפנים לגפנים ובין אילנות לאילנות שתי אמות, ובין גפנים לשאר אילנות (או שדה לבן) ארבע אמות. הגה: וי"א דבין גפנים לאילנות בעינן להרחיק כפי אומד הדעת שלא יפריחו העופות מן האילנות אל הגפנים בשיטה אחת (טור). וי"א דזקא בנוטע אילנות, אבל נוטע גרעין והאילן ממילא גדל, אין צריך להרחיק (הגהות אשירי ומרדכי פרק לא יחפור וב"י בשם התוס').

ראובן שמכר ביתו לאחד וגינתו לאחר, אין בעל הגינה צריך להרחיק אילנותיו אף על פי שמכר הבית תחלה, ואין אומרים בזה מוכר בעין יפה הוא מוכר (ריב"ש סימן ק"ל). וע"ל ס' קנ"ד סעיף כ"ח.

ובכל מקום אם היה גדר בנתיים, זה סומך לגדר וזה סומך לגדר.

1. הבא לנטוע בצד שדה חברו הנטועה באילנות או גפנים :

אם בא לנטוע אילנות ושל חברו נטועה אילנות, או שבא לנטוע גפנים ושל חברו נטועה גפנים - מרחיק ד"א בא"י, ובחוצה לארץ - ב' אמות. ב"ב כו. במשנה: "לא יטע אדם אילן סמוך לשדה חבירו - אלא אם כן הרחיק ממנו ארבע אמות, אחד גפנים ואחד כל אילן". ובגמ': "תנא: ארבע אמות שאמרו - כדי עבודת הכרם. אמר שמואל: לא שנו אלא בארץ ישראל, אבל בבבל - שתי אמות". ופירש"י, תוס' והנמוק"י שהוא מפני שאסור להשתמש בשל חברו בלא רשות, ולכן צריך להרחיק ד"א מסוף שדהו כדי שלא יכנס לתוך של חברו כשיבוא לסובב מחרישתו. ובא"י שהיא ארץ הרים וגבעות מחרישתן ארוכה, ובשאר ארצות שהקרקע רכה המחרישה קצרה.

ע"פ זה מבואר שאף הראשון כשסומך אילנותיו - צריך להרחיק. אמנם, הסמ"ע כתב שאם הראשון לא הרחיק - החזיק בד"א בשל חברו לסיבוב מחרישתו, ויכול לעכב עליו מלשתול שם. אך זה דווקא לדעת הרמב"ם שמותר לו להשתמש בשל חברו בלא רשותו כשאינו מזיקו, משום כופין על מידת סדום, וכמו שנתבאר בס' קנ"ג לגבי זיו וסולם. וכן לשיטתו שחזקת תשמישין נוצרת לאלתר ובלא טענה. וא"כ על כרחך הצורך בהרחקה במשנה הוא כדי שלא יזיק לחברו שנטע או שתל בשדהו, ע"י מחרישתו. ונמצא שהראשון שבא לסמוך - אינו צריך להרחיק.

אם בא לנטוע אילנות בצד גפנים או שדה הלבן, סמ"ע בשם הרא"ש: שו"ע - מרחיק ד"א בכל מקום כדעת הרמב"ם. רמ"א - י"א שצריך להרחיק כפי האומד, כדי שלא יגיעו העופות לגפנים במעוף אחד. כדעת הרא"ש דיותר מזה אין זה גירי. וי"א שצריך להרחיק יותר כדי שלא יעופו העופות לגפנים כדעת התוס'.

מעשה בגמ': "רבא בר רב חנן הוה ליה הנהו דיקלי אמיצרא דפרדיסא דרב יוסף, הוו אתו צפורי יתבי בדיקלי ונחתי בפרדיסא ומפסדי ליה; א"ל: זיל קוץ, א"ל: והא ארחיקי לי! א"ל: ה"מ לאילנות, אבל לגפנים בעינן טפי. והא אנת תנן: אחד גפנים ואחד כל אילן! א"ל: ה"מ אילן לאילן וגפנים לגפנים, אבל אילן לגפנים בעינן טפי. א"ל: אנא לא קייצנא, דאמר רב: האי דיקלא דטעין קבא - אסור למקציה, ואמר ר' חנינא: לא שכיב שכתת ברי, אלא דקץ תאנתא בלא זימניה, מר אי ניתא ליה ליקוץ". הר"ף השמיט דין זה, ותמה הרא"ש מדוע השמיטו. אך כל הראשונים כתבו שהלכה כרב יוסף, וכן פסק השו"ע. הר"י מיגש העיד בשם רבו הר"ף שאף הוא פסק שבגפנים צריך להרחיק יותר מהרגיל.

מדוע נזק הציפורים חשוב כגירי? הרא"ש, הרמב"ן, הרשב"א ורבינו יונה כתבו שהטעם מפני שכאשר הוא בא לקטוף מהדקלים הוא מבריק הציפורים בידיים, ומעיף אותם לכרם חברו, ונמצא שהוא מזיק בידיים ממש. לכן, כתב הרא"ש שהצורך בהרחקה הוא בכדי שלא יעופו במעוף אחד לכרם, דרך כה"ג הוא גירי ידיה. אולם, **מהתוס'** משמע שהציפורים עפות מאליהם לגפנים, ובכל זאת הוי גירי כיון שבגרמתן הם מגיעים לכאן ומזיקים לגפנים, וזהו דבר ודאי שהרי הבע"ח הם חלק מהכוחות הפועלים במציאות. בתוס' משמע שהצורך להרחיק הוא עד כדי שלא יזיקו הציפורים לגפנים. **אולם, הר"י מיגש כתב** שמספיק להרחיק ד' אמות, כיון שזהו שיעור ההרחקה המירבי שמצאנו באילנות (בא"י). **וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע.**

בהנחת טעמו של הר"י מיגש: ברמב"ן נראה שהבין את הר"י מיגש כשיטתו, שהאדם עצמו מעיף את הציפורים מהדקל לגפנים, ואפ"ה סגי בהרחקת ד"א. מפני שאע"פ שציפורים יכולות לעוף רחוק בשיטה אחת, אך כאשר מגרשים אותם

הם עפות למקום הסמוך, ולכן מספיק ד"א. ואע"פ שכשאר הם עפות ורואות גפנים - הם יעופו לגפנים ויזיקו להם, אך זה לא חשוב כגירי, כיון שזה דבר שנלווה לפעולה שלי, שהרי מצד פעולתי לא היו עפות אלא ד' אמות ותו לא, ורק מחמת הגפנים שלך הם עפו יותר. וכן כשיש גדר א"צ אף בד"א, כיון שמבחינה אמיתית הם היו עפות ונחות על הגדר, אלא שכיון שיש כרם הם יעופו לכרם, אך זה מחמתך ואין זה בכלל גירי דיליה.

אולם, לענ"ד בדברי הר"י מיגש משמע לא כך, אלא כתוס' שהציפורים עפות מאליהם אל הגפנים. ובאמת בהתחלה הוא הבין שזה מגדיר אותך כמזיק ואתה צריך להרחיק בכדי שלא יזיקו לגפנים ואפי' אם זה דורש הרחקה מרובה. אלא שבדרך השניה שלו הוא מסיק שא"צ להרחיק יותר מד"א, כיון שלא מצאנו שדרשו להרחיק יותר. ומשמע מדבריו שבעצם הנזק שנגרם מחמת היונים אינו מספיק לבדו כדי להחשיב אותך כגירי, ולדרוש ממך להרחיק. אלא, שמכיון שאתה משועבד להרחיק כדי עבודת הכרם, ממילא אנו מטיילים עליך להרחיק יותר כדי שלא תזיק אף ע"י הציפורים²². אך בלא שהיית משועבד לעבודת הכרם, לא היינו מחייבים אותך להרחיק עבור הציפורים. ולכן כשיש גדר בינתיים, שאינך משועבד להתרחק כלל, אע"פ שהיונים עדיין מזיקות לכרם, אך אינך משועבד להרחיק.

התוס' הוסיפו שדווקא כשהוא נוטע אילנות גדולים צריך להרחיק, שהרי כרגע הנזק מזומן שהאילן מושך את הציפורים. אולם, אם הוא זורע אילנות, כיון שאינם מזיקים רק לאחר שיגדלו, לא חשיב גירי. אולם, לשיטת הרא"ש ודעימיה אסור אף לנטוע גרעין, שהרי כשהוא יגדל ויבואו הציפורים האדם יסלקם בידיו והוא גיריה דיליה.

אם באו לנטוע כאחד - כל אחד מרחיק חצי ההרחקה. ובאילנות וגפנים: בעל הגפן מרחיק טפח בחו"ל, ובעל האילן ג' טפחים.

אם היה גדר ביניהם - כל אחד סומך לגדר וא"צ להרחיק. במשנה שם: "היה גדר בינתיים - זה סומך לגדר מכאן וזה סומך לגדר מכאן". וכתב הסמ"ע שאפי' בגפנים ואילנות. לשיטת הרא"ש מפני שהציפורים ינחו על הגדר, וממילא אין זה גירי מה שהולכות אח"כ לכרם. ולשיטת השו"ע והרמב"ם או מפני שבכה"ג כבר אינך משועבד, או מפני שכיון שיכולות לנוח על הגדר, גם אם אינם נחות אין זה גירי; כמו שביארנו לעיל בביאור דברי הר"י מיגש.

סעיף כו

מי שהיה אילן חבירו נוטה לתוך שדהו, קוצץ כמלא מרדע ע"ג המחרשה, ובחרוב (פי' חרוב אילן של חרובין) ובשקמה (פי' שקמה אילן שעושה מין תאנים מדבריות), כל הנוטה עד שיהיה שקול כנגד המצר. וכן אם היה נוטה על בית השלחין של חבירו, או על בית האילן, קוצץ (אפילו בשאר אילנות) (טור) את כל הנוטה עד שיהיה שקול כנגד המצר.

ב"ב כז: במשנה: "אילן שהוא נוטה לשדה חבירו - קוצץ מלא המרדע על גבי המחרשה, ובחרוב ובשקמה - כנגד המשקולת, בית השלחין - כל האילן כנגד המשקולת; אבא שאול אומר: כל אילן סרק כנגד המשקולת". ופירש"י שחרוב ושקמה צילתן מרובה ולכן בעיני טפי. וכן לגבי בית השלחין אמרינן בגמ' שהצל רע לבית השלחין. עוד אמרינן שאבא שאול מודה לסיפא, וחלק על הרישא שבכל אילן סרק כנגד המשקולת. הר"י מיגש פסק כאבא שאול, אולם ר"ח, הטור והרמב"ם והשו"ע פסקו כת"ק.

כתב הב"י שרש"י גורס "בית השלחין - כל האילן כנגד המשקולת". אולם הטור והרמב"ם גורסים: "בית השלחין וכל האילן כנגד המשקולת", כלומר שאף בשדה האילן צריך לקוץ כנגד המשקולת. וכן פסק בשו"ע.

סעיף כז

אילן שהוא נוטה לרשות הרבים, קוצץ כדי שיהא הגמל עובר ברוכבו. הגה: וה"ה אם רוצה להוציא ז"ז למעלה מגמל ורוכבו, אפילו בר"ה, וכל שכן במבוי, אין יכולין לעכב עליו (טור בשם הרמ"ה וכ"כ הרי"ף). אבל אינו יכול לעשות גשר מבית לבית, דמאפיל על בני רשות הרבים או בני המבוי (שם בשם תשובת אביו הרא"ש). ואפי' ז"ז אחד, אם מאפיל או שופך משם שופכין לאמצע הדרך, אסור (ריב"ש סימן תנ"ה).

1. **אילן הנוטה לרה"ר - קוצץ כדי שיהיה עובר תחתיו גמל ורוכבו.** ב"ב כז: במשנה: "אילן שהוא נוטה לרה"ר - קוצץ כדי שיהא גמל עובר ורוכבו; רבי יהודה אומר: גמל טעון פשתן או חבילי זמורות; רבי שמעון אומר: כל

²² כך מוכח מקושייתו בהמשך דבריו שהקשה רק על הפירוש הראשון, ולכאוי' זה קשה גם על הפירוש השני שלו!! אלא, לפירוש השני חובת ההרחקה אינה מחמת שאתה מזיק אלא מחמת שאתה משועבד לעבודת הכרם, וממילא קושיא זו אינה קשה אלא על הפירוש הראשון.

כעין זה מצאנו בתוס' בתחילת הפרק לגבי הרחקה של בור, שלר' יוסי חפירת בור מוגדרת כגירי משום 'כל מרא ומרא', ואע"פ שמחמת זה מספיק להרחיק רק טפח א', אך כיון שאתה כבר מחויב להרחיק הזקקנו אותך להרחיק ג' טפחים משום 'מתונתא', אע"פ שהמתונתא עצמה אינה מוגדרת כגירי.

האילן כנגד המשקולת, מפני הטומאה". ואמרינן בגמ' ששיעורא דרבנן נפיש מרבי יהודה, דלר' יהודה רוכב הגמל יכול להתכופף. ופסקו הפוסקים כת"ק.

2. מותר להוציא זיז לרה"ר למעלה מגמל ורוכבו, וכ"ש למבוי, ואינם יכולים לעכב עליו. כ"כ הטור בשם הרמ"ה. אך אם הוא מאפיל עליהם, או שופך עליהם שופכין - אסור. כ"כ הדרכי משה בשם הריב"ש סי' תנה.

3. אסור לעשות גשר מבית לבית מעל רה"ר, מפני שמאפיל עליהם. כ"כ הטור בשם תשובת הרא"ש (כלל ק' סי' ח).

סעיף כח

ראובן יש לו תאנה והנוף (פי' חלק האילן שעל הארץ היינו נופו של אילן) נוטה על עלייתו של לוי ומעכבו מלהטיח גגו, יכול לוי לקוץ הנוף המעכבו.

כ"כ הטור בשם הגאון, מפני שהתורה נתנה רשות לניזק לקוץ כדי היזקו.

סעיף כט

אילן העומד על המצר, אף על פי שהוא נוטה לתוך שדה אחד מהם, שניהם חולקים פירותיו.

כיון שהשרשין יונקים משל שניהם, אין הולכים אחר הענפים. ב"מ קז. "איתמר, אילן העומד על המיצר. אמר רב: הנוטה לכאן - לכאן, והנוטה לכאן - לכאן, ושמאל אמר: חולקין". ופסקו הרי"ף והרא"ש כשמואל. ולא כמו שכתב כאן הטור בשם הגאון שהלכה כרב. וכתב הסמ"ע שאף הגאון מודה שהלכה כשמואל, אלא שכתב כן מפני שבאותו מקום נהגו כרב, שהולכים אחר הנוף.

סעיף ל

ראובן שחפר בור וירד ומצא שרשי אילן של שמעון בתוך שדהו, קוצץ וחופר והעצים שלו. ואם היה קרוב לאילן שמעון בתוך ט"ז אמה, השרשים של שמעון וקוצצם ונותנם לו. ואם אינו צריך לחפור בור, ויצאו השרשים של שמעון בתוך שדהו, הרי מעמיק ג' טפחים כדי שלא יעכב המחרישה, וכל שורש שמצא בתוך ג' טפחים קוצצו, ואינו חושש שמא ייבש אילן של חברו, שזה בתוך שלו הוא חופר.

1. אם חופר בשדהו ומצא שרשי אילן חברו - קוצץ וחופר, ואע"פ שהאילן ימות לאחר מכן. כיון שאילן חברו יונק משלו, והוא אינו מזיק במעשיו ישירות לאילן, אלא רק מונע ממנו את היניקה מקרקעו, ולאחר זמן הוא מתייבש מאליו; משא"כ בבור שחבריו סמך בהיתר, שאסור לו לחפור סמוך אליו כיון שמזיק כותל חברו בידיים, וחברו אינו נוטל ממנו כלום. נתיבות.

של מי השרשין? אם האילן בתוך ט"ז אמה - של חברו. אם הוא חוץ לט"ז אמה - שלו.

2. אם אינו חופר בור - מותר לו לקצוץ את השרשין עד עומק ג' טפחים, כדי שלא יעכבו את המחרישה.

ב"ב כו. במשנה: "היו שרשים יוצאים לתוך של חברו - מעמיק ג' טפחים כדי שלא יעכבו את המחרישה. היה חופר בור, שיח ומערה - קוצץ ויורד, והעצים שלו". ובגמ': "בעא מיניה יעקב הדיבא מרב חסדא: עצים של מי? וכו' רבינא אמר לא קשיא: כאן בתוך שש עשרה אמה, כאן חוץ לשש עשרה אמה".

סעיף לא

מי שבא לעשות משרה (פי' חפירת מים שמשרין בה הפשתן) של פשתן בצד ירק של חברו, שהרי מי המשרה נבלעים בארץ והולכים ומפסידים את הירק, או שנטע כרישין קרוב לבצלים של חברו, שהם מפגיגים טעמם, או שנטע חרדל בצד כוורת דבורים, שהרי הדבורים אוכלים העלים ומפסידים הדבש, כל אלו וכיוצא בהם אינו צריך להרחיק בכדי שלא יזיק. ומ"מ צריך שירחיק משרה מהירק, וכרישין מהבצלים, וחרדל מהדבורים ג' טפחים או יותר מעט, כדי שלא יהיה היזק בידיים. והוא הדין בכל כיוצא בזה, שאין ההיזק בשעת מעשה אלא באחר כך, על הניזק להרחיק עצמו (טור סמ"ח).

1. אין צריך להרחיק אלא כשמזיק בגירי דיליה, אך אם אין זה מוגדר כגירי - על הניזק להרחיק את עצמו. כמו שמתבאר בסעיף הבא.

2. לכן, מי משרה של פשתן שמזיקים לירק, וכרישין שמזיקים לבצלים שמפיגין טעמם, וחרדל שמזיק לדבורים שאוכלות אותו וכיון שהוא חריף הם אוכלות את הדבש שבפיהם - אינו צריך להרחיק אלא ג' טפחים כדי שלא יזיק לחברו בגירי. והסמ"ע והנתיבות הסכימו שרק במשרה צריך להרחיק ג' טפחים, אך בכרישין וחרדל אי"צ להרחיק כלל, דלא הוי גירי.

ב"ב כה: במשנה: "ומרחיקין את המשרה מן הירק, ואת הכרישין מן הבצלים, ואת החרדל מן הדבורים, ורבי יוסי מתיר בחרדל". ובגמ' בעמוד ב: "תנא: רבי יוסי מתיר בחרדל, שיכול לומר לו: עד שאתה אומר לי הרחק חרדלך מן דבורי, הרחק דבורך מן חרדלי, שבאות ואוכלות לגלוגי חרדלי". ונתבאר בהרחבה בדף יח: שלר' יוסי אין צורך להרחיק בכל אלו כיון שאינם חשובים כגירי, ולא חלק אלא לשיטת רבנן הסוברים שצריך להרחיק אף כשאין גירי, וסבר שבדבורים וחרדל שניהם מזיקים אחד לשני, ולכן אין בעל החרדל צריך להרחיק כלל. ואילו רבנן סברו שרק החרדל מזיק לדבורים, ולכן רק עליו מוטל להרחיק. במח' זו - כתב הרמב"ן במלחמות שקי"ל כרבנן, שרק החרדל מזיק לדבורים.

הרשב"א התקשה בשאלה מדוע החרדל חשוב כמזיק? הרי הדבורים באים בגבולו ואוכלות אותו ולכן הם ניזוקות, ואדרבא אם לא היו אוכלות אותו - לא היו ניזוקות!! ואע"פ שהדבורים אינם חשובות כמזיקות לחרדל, כיון שהוא חוזר וגודל, אך מדוע הוא נחשב כמזיק!! וכתב שאולי החרדל מזיק ממקומו את הדבורים אף בלא שהם באות ואוכלות אותו, אלא שהתקשה א"כ זה צריך להיות גירי!! ונשאר בצ"ע. אולם, ניתן לומר שבעל החרדל מוגדר כמזיק, כיון שזה כאילו הוא הניח כאן מלכודת שמושכת אליה את הדבורים ומזיקה להם, שכוון שכך הוא טבע החרדל והדבורים, א"כ כשאתה מניח חרדל אתה צריך להיות מודע להשלכות הללו, וממילא אתה מוגדר כמזיק. וכמו שמצינו לגבי 'אפיקו לי קורקור' לרב יוסף, וכן לגבי הרחקת אילנות מהגפנים בסעיף כה. אמנם, גם שם היו ראשונים שפירשו שהנזק היה מחמת שהם מעיפים את העורבים בידיים על הדקלים של רב יוסף, וא"כ לשיטתם קשה מדוע החרדל מוגדר כמזיק!!

האם צריך להרחיק ג' טפחים בכרישין וחרדל? הרי"ף והטור כתבו שאע"פ שקי"ל כר' יוסי, והדברים הללו אינם מוגדרים כגירי, אך משרה צריך להרחיק מירק ג' טפחים כדי שלא יזיק לו בידיים. שהרי כשבא לסמוך משרה לא גרע מחפירת בור מים או נברכת הכובסין שצריך להרחיק ג' טפחים גם לר"י!! וכן פסקו כולם. **אולם, הרמב"ם כתב** שאף בכרישין וחרדל צריך להרחיק ג"ט כדי שלא יחשב כגירי, **ותמנהו עליו הרמב"ן והטור** מדוע להרחיק, הרי אין זה גירי כלל, שהרי בשעה שזורע אותם אינם מזיקים אלא רק לאחר זמן!! **הב"י** תמה על הטור מדוע תמה על הרמב"ם, והבין שאף הרא"ש והרי"ף מודים לו שבכל אלו צריך להרחיק ג' טפחים. **אולם, תמנהו עליו הסמ"ע והקצות** מדוע זה נקרא גירי!! וצ"ע. **הט"ז ביאר** שזה נקרא גירי כיון שצריך לחרוש כדי לזרוע אותם, והחרישה מרפה את הקרקע כמו בור. אולם, לענ"ד זוהי השוואה קשה, שהרי בחפירת בור שהוא גדול ועמוק י" טפחים אמרנו שצריך ג"ט משום שהחפירה מרפה את הקרקע, אך האם נאמר כן גם כשעושה חריץ קטן כדי לזרוע!!

סעיף לב

מי שהיה לו אילן בתוך שדהו קרוב לבור חבירו (או בא לנטוע) (טור), אין בעל הבור יכול לעכב עליו ולומר לו: הרי שרשי האילן נכנסים לבור שלי ומפסידים אותי, שזה נזק הבא מאילוי לאחר זמן, ובעת שנטע אינו מזיקו, וכשם שזה חופר בתוך שלו כך זה נוטע בתוך שלו.

1. מותר לנטוע אילן בסמוך לשדה חברו, אע"פ שיש לחברו בור בסמוך, ואינו צריך להרחיק, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו.

ב"ב כה: במשנה: "ומרחיקין את האילן מן הבור עשרים וחמש אמה, ובחרוב ובשקמה - חמשים אמה, בין מלמעלה בין מן הצד. אם הבור קדמה - קוצץ ונותן דמים, ואם אילן קדם - לא יקוץ, ספק זה קדם וספק זה קדם - לא יקוץ; ר' יוסי אומר: אף על פי שהבור קודמת לאילן - לא יקוץ, שזה חופר בתוך שלו וזה נוטע בתוך שלו". ובגמ': "אמר רב יהודה אמר שמואל: הלכה כרבי יוסי. אמר רב אשי, כי הואין בי רב כהנא הוה אמרין: מודי ר' יוסי בגירי דידיה".

מתי הדבר מוגדר כגירי? להשלים בהמשך..

לג-חייב תשלומין

סעיף לג

סמך באחד מאלו שהיה לו להרחיק וגרם היזק לחבירו, יש מי שפוטר מלשלם ויש מי שמחייב.

דעת הראב"ד שבכל הדברים שהצרכנו להרחיק, אע"פ שלא הרחיק והזיק - פטור מלשלם, כמו שאמרו בגמ' לגבי רקתא ונמיא, שאין זה אלא גרמא. **אולם**, בעל העיטור חלק וכתב שאע"פ שהרחיק - אם הזיק חייב לשלם, כמו שמצאנו לגבי תנור. וכתב הטור **שדעת הרא"ש כדעת בעל העיטור**.

השו"ע הביא את ב' הדיעות, ולכאוף פוסק כדעה השנייה שחייב בתשלומין, שהרי הלכה כ"א בתרא. וכתב הנהגות שאף השו"ע אינו מחייב אלא אם לא הרחיק, אך אם הרחיק - פטור, ודלא כבעל העיטור.

סעיף לד

מי שעשה גורן בתוך שלו, או קבע בית הכסא או מלאכה שיש בה אבק ועפר וכיוצא בהם, צריך להרחיק כדי שלא יגיע העפר או ריח בית הכסא או האבק לחבירו, כדי שלא יזיקו; אפילו היתה הרוח הוא שמסייע אותו בעת שעושה מלאכתו ומוליכה את העפר או נעורת הפשתן והמוץ וכיוצא בהן ומגיעתן לחבירו, הרי זה חייב להרחיק, כדי שלא יגיעו ולא יזיקו, ואפילו ע"י רוח מצוייה, שכל אלו כמי שהזיקו בחיצו הן; ואף על פי שהוא חייב להרחיק כל כך, אם הולכה הרוח המצויה המוץ והעפר והזיקה בהן, פטור מלשלם, שהרוח הוא שסייע אותו.

1. אע"פ שהנזק בא ע"י הרוח, כגון שהוא זורה והרוח מעיפה המוץ ומזיק לחברו - חייב להרחיק כדי שלא יזיק. אך בכה"ג אם הזיק - לכו"ע פטור מלשלם.

ב"ב כו. "דבי בר מריון בריה דרבין כי הוה נפצי כיתנא, הוה אזלא רקתא ומזקא אינשי; אותו לקמיה דרבינא, אמר להו: כי אמרין מודה ר' יוסי בגירי דיליה - הני מילי דקא אזלא מכחו, הכא זיקא הוא דקא ממטי לה. מתקיף לה מר בר רב אשי: מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו? אמרוה קמיה דמרימר, אמר להו: היינו זורה ורוח מסייעתו. ולרבינא, מאי שנא מגץ, היוצא מתחת הפטיש והזיק דחייב לשלם? התם ניחא ליה דלזל, הכא לא ניחא ליה דלזל". ופסקו הראשונים כרב אשי.

מדוע 'רקתא' אינה חשובה כאש? הרי קי"ל שאש זהו דבר שכח אחר מעורב בו, ואע"פ כן הוא אחד מארבע אבות נזיקין!! וא"כ מדוע רבינא לא מחייב להרחיק, וכן מדוע להלכה קי"ל שזה רק גרמא ופטור מלשלם? הרי מצינו ש'אבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו - חייב לשלם'!

כתבו התוס', הרשב"א והרמב"ן שאש זה דבר שטמון בו פוטנציאל ההזיק, וכן אסו"מ הם חשובים כממונו המזיק, שהרי יש הכובד שבהם הוא המזיק, אלא שהרוח מוליכה ומביאה אותם אל הדבר הנזק, אך נכון לומר שהם הזיקו בשיתוף עם הרוח. אולם, ברקתא המוץ מצד עצמו הוא קל ואינו יכול להזיק כלל, אלא שהרוח לוקחת אותו ומעיפה אותו בכוח ומזיקה אותו, ונמצא שהרוח היא היוצרת את המזיק, שקודם שהיא באה כלל לא יכל להזיק. כך גם בגץ, שהגץ מצד עצמו כבה מיד ואינו יכול להזיק, אלא שהרוח מעיפה אותו וגורמת לו להגיע לדבר מסוים שהוא יוכל לשרוף אותו, אך לולי הרוח לא היה מזיק כלל.

אלא שלגבי גץ מבואר בגמ' שחייב לשלם, והטעם הוא מפני ש'ניחא ליה דלזיל'. התוס' ביארו שהכוונה שהאדם מכה בכח כדי שהגץ יצא מרשותו, ונמצא שגם האדם וגם הרוח שותפים בהולכת הגץ, ולכן חייב לשלם. אולם ברקתא רק הרוח היא שמעיפה את הגץ ונותנת לו את יכולת ההזיק. אולם, ברמב"ן נראה שהשאלה היא האם הרוח פועלת היפך מרצונך או לא. ברקתא אין לאדם שום אינטרס שהרוח תוליד אותה למרחוק, ולכן אין שייכות בין פעולת הרוח למעשי האדם. אולם, בגץ הרוח פועלת וממשיכה את רצונו של האדם, שהרי הוא רוצה שהגץ יעוף למרחוק, ולכן פועלת הרוח חשובה כהמשך של מעשי האדם, והרי זה כאילו האדם משתמש ברוח.

להלכה: כתבו הר"י והרא"ש שאע"פ שחייב להרחיק, אך אם לא הרחיק והזיק - פטור מלשלם, כיון שזה גרמא, וכמו שאמר רב אשי בב"ק ס. לגבי 'ליבה וליבתו הרוח': "רב אשי אמר: כי אמרין זורה ורוח מסייעתו - ה"מ לענין שבת, דמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל הכא גרמא בעלמא הוא, וגרמא בנזקין פטור". אך כיון שזה גרמא דגירי - חייב להרחיק.

אולם, בדעת השו"ע לכאוף יש סתירה, כיון שאצלנו הוא פוסק שפטור מלשלם, ולכאוף כיון שזה גרמא, אולם בסי' תיח סעיף ט פסק שאם ליבה וליבתו הרוח - חייב לשלם, א"כ מוכח שסבר שאין זה בכלל גרמא, וא"כ מדוע אצלנו לגבי רקתא פסק שזה נחשב גרמא!! הש"ך תירץ שבאמת ליבה וליבתו הרוח זה גרמי, אלא שרב אשי פטר כיון שהוא לא דאין דינא דגרמי, אך אגן דדיינינן דינא דגרמי - אנו מחייבים לשלם. אולם, ברקתא זה גרמא ולא גרמי. והטעם לחלק ביניהם, מפני שכליבה וליבתו הרוח - הרוח עשתה את רצונו ללבות את האש, אולם לגבי רקתא הרוח עושה היפך כוונתו שהרי אין רצונו שהרקתא תעוף למרחק, ולכן אין זה בכלל גרמי.

אולם, הנהגות כתב כאן ייסוד לשיטתו, שכל הסימן שלנו אינו שייך כלל לדיני ד' אבות נזיקין, אלא הכל מדיני שכנים. כיון שיסוד חיוב התשלום בד' אבות נזיקין, הוא מכח חיוב השמירה שהתורה הטילה על האדם לשמור על ממונו, וכיון

שלא שמר עליו כראוי והלך והזיק - חייב לשלם. אולם, בדיני שכנים אם התורה הייתה מטילה על האדם חיוב שמירה, זה היה דורש ממנו לבטל תשמישו לגמרי, שהרי אם היינו מחייבים את האדם לשמור על שרשי אילנו שלא ילכו ויזיקו - לא יכל לטוע אילנות, וכן על זה הדרך. לכן, במקרים הללו התורה הטילה על הניזק את חובת ההרחקה, ולא הטילה על המזיק את חובת השמירה על ממונו שלא יזיק. אלא, שחכמים באו והטילו על האדם חיוב להרחיק הרחקה מסוימת כאשר זה גירי, אך גם אם לא הרחיק - הוא אינו חשוב כמזיק ואינו חייב לשלם.

לכן, אע"פ שאדם שמלבה את האש ביחד עם הרוח - חייב לשלם, כיון שזה אי' מארבע אבות נזיקין. אך אם הוא זורה את הגורן והמוץ הולך ומזיק לחברו - הוא פטור מלשלם, ואע"פ שזה נעשה בסיוע עם הרוח, אין זה בגדר אש, כיון שהתורה לא הטילה עליו לשמור עליו, כיון שזה היה דורש ממנו לבטל תשמישו, אלא שחכמים דרשו ממנו להרחיק בכדי שלא יזיק. ונמצא שחכמים החמירו עליו יותר מדיני תורה.

אמנם, גם התיבות מודה שזה נכון רק לגבי ממונו המזיק, אך כאשר האדם מזיק בגופו ממש, בכה"ג ודאי שהתורה לא התירה לו להזיק בידיו מטעם שזה מבטל רשותו, ולכן בכה"ג שהזיק בידים - חייב לשלם.

2. בדין גורן שאינו קבוע - עיין בסעיף כב.

לה-מד דיני החזקה בניזקין

סעיף לה

כל הרחקות שאמרנו, אם לא הרחיק וראה חברו ושתק, הרי זה מחל ואינו יכול לחזור ולהצריכו להרחיק, והוא שראו ממנו שמחל, כגון שסייע עמו מיד, או שאמר לו לעשות, או שראוהו שעשה בצדו בלא הרחקה ושתק ולא הקפיד על זה, זכה. הגה: ועיין לעיל סימן קנ"ד סעיף י"ב. וכן ראוי להורות, אף על גב ד"א דבעינן חזקה שלש שנים וטענה (טור בשם הרא"ש).

אע"פ שצריך להרחיק, אם לא הרחיק וראה חברו ושתק, וכ"ש אם סייע עמו - מחל לו, וזכה חברו ואינו צריך להרחיק. וכן הסכים הרמ"א.

פסק כדעת הרמב"ם והגאונים, ולא כחולקים הסוברים שבעינן ג"ש וטענה כדי להחזיק; וכן הסכים עמו הרמ"א כאן לגבי חזקת נזיקין. וכבר נתבאר לעיל בסיכום על סימן קנ"ג סעיף ב השיטות השונות בדין זה, ובסעיף טז שם נתבאר מהי שיטת הרמ"א בחזקת תשמישין.

הקצות הקשה מדוע מועילה חזקה לניזקין ואינו יכול לחזור בו אח"כ מהסכמתו, הרי אף באומר קרע כסותי והיפטר יכול לחזור בו קודם שהזיק!! ותירץ שהטעם של החזקה אינו משום מחילה, אלא שכיון שהסכמת לי להשתמש כאן ואיני מזיק בדידים, אי"כ זה נחשב שאני עושה ברשות ואיני צריך להרחיק. ואף לשיטת רש"י הסובר שאף לוקח צריך להרחיק עצמו, אך הכא שאני דעשה ברשות ואף רש"י מודה שבכה"ג חובת ההרחקה מוטלת על הניזק. ולדברינו שביארנו שאתה קרוי מזיק, רק כיון שעליך מוטל השיעבוד להרחיק, אי"כ כיון שהוא מחל לך - נמצא שהשעבוד להרחיק עבר אליו, ושוב לא יוכל לחזור בו, ולא דמי לאומר 'קרע כסותי והיפטר' כלל. ואולי זו כוונת הקצות.

סעיף לו

במה דברים אמורים, בשאר נזקים, חוץ מארבע שהם העשן וריח בית הכסא ואבק וכיוצא בו ונדנדד הקרקע, שכל אחד מאלו אין לו חזקה, ואפילו שתק כמה שנים הרי זה חוזר וכופהו להרחיק. הגה: ואפילו סמך קודם שבא לשם דבר הניזק (טור בשם הרא"ש ור"ת והרמב"ם). מיהו אם זכו שניהן בשל הפקר, כל הקודם, זכה, ואין השני אחריו יכול למחות בו. (ריב"ש סימן שכ"ב).

וכן הניזק ראייה במקום שצריך מחיצה, כגון חצר השותפין שיש בו דין חלוקה, יש לכל אחד מהם לכוף את חברו לבנות הכותל באמצע, כדי שלא יראהו חברו בשעה שמשתמש בחלקו; ומאחר שממילא הם מזיקים זה את זה בלי עשיית שום מעשה, אין להם חזקה אלא אף על פי שעמדו כך שנים רבות בלא מחיצה כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה.

ולמה שינו נזיקין אלו משאר נזיקין, לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזיקין אלו, וחזקתו שאינו מוחל, שהזיקו הניזק קבוע.

ואם קנו מידו שמחל בנזיקין אלו (או שמכרן לו או נתנן לו) (טור בשם ר"י והרא"ש וב"י בשם הרשב"א), אינו יכול לחזור בו.

1. אע"פ שיש חזקה לנזיקין, אך בעשן, ריח בית הכסא, אבק ונדנוד קרקע - אין להם חזקה, כיון שאין דעתו של אדם סובלתו, וחזקה שאינו מוחל עליהם. ב"ב כג. "והא אחזיק [להו]! הא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוב: אין חזקה לנזיקין. ולא איתמר עלה, רב מרי אמר: בקוטרא, ורב זביד אמר: בבית הכסא? אמר ליה: הני לדידי דאנינא דעתאי, כי קוטרא ובית הכסא דמו ליי".

מדוע אין חזקה בנזיקין אלו? מפני שהיזקם תדיר. כתבו התוס': "נראה לר"י דדוקא בקוטרא דכבשן שהוא גדול ומזיק ביותר אין חזקה", וכתב הנמוק"י: "והאי קוטרא שפירש בו כעשן הכבשונות היינו סבורין דכעשן הכבשונות דוקא בעינן בין בריבוי עשן בין בתדיר וכו' ובא מעשה לפני מורי ה"ר חסדאי נ"ר בעשן הרגיל לעשות בביתו של אדם לתיקון מאכליו ואמר דכל עשן המזיק לאדם זהו קוטרא דגמ' ומה שפירש בו כעשן כבשונות לא בא למעט אלא אינו תדיר דוקא ואחר שכתבתי הראיתי אל הרב עצמו נ"ר ואמר לי שעדיין לא היה צלול בדין ואח"כ מצאתי בחושן המשפט בסימן קנ"ו בשם ר"ת כסברתנו וכן כתב הרמ"ה ז"ל כבשונות של נחתומין ושל יוצרין וכיוצא בהן אבל תנור שהיחיד אופה בו פיתו וכן כירה כיון דלא שהי קוטרייהו רובא דיומא לאו תדיר הוא ואית להו חזקה". היו שהבינו שהתוס' חולק על הנמוק"י ומצריך גם תדירות וגם נזק גדול כעשן הכבשונות; אולם מדברי הרא"ש מוכח שהבין כנמוק"י, כיון שכתב שכדברי ר"ת מצא בירושלמי שבעינן עשן תדיר, ומוכח שהבין שהיינו הך. ונראה להוסיף שכיון שהיזק הוא בצורה תדירית, ממילא הוא נזק גדול ורב ואין אדם מוחל עליו.

2. כמו כן, לגבי היזק ראייה בחצר - אין חזקה, כגון שלא עשו מחיצה ביניהם, אע"פ שעמדו כך שנים רבות יכול לכופו לחברו לבנות כותל באמצע, כיון שהוא היזק דממילא. ועיין בסיכום סימן קנד סעיף ז.

3. אע"פ שאין חזקה, אך יש ראייה, דהיינו שאם קנו מידו - אינו יכול לחזור בו.

ג' שיטות בראשונים: א. דעת ר"ת - אפי' קנין אינו מועיל - דקנין בטעות הוא, כיון שהנזק גדול לא ידע כמה לימטי ליה דלימחול. הבין שהטעם שאין חזקה, מפני שאפי' קנין אינו מועיל דהוי קנין בטעות, וא"כ מה בכך שהחזקת? ב. דעת ר"י בתוס' והרא"ש והרמב"ם - קנין מועיל וכן מחילה מפורשת בקנין. וכן פסק השו"ע. דהבינו שהטעם שחזקה אינה מועילה, מפני שאינו צריך למחות כיון שכונ"ע ידעי שאין אדם מוחל על דברים כאלה. ג. יש אומרים שקנין בדמים מועיל, אך קנין של מחילה - לא.

4. האם מועילה חזקה כשסמך נזקים אלו קודם שהיה נזק? רבינו יונה כתב שכן כיון שסובר שיכול למחות בו כדי שלא תיוצר לו חזקה, ומדלא מיחה - החזיק, והרא"ש כתב שלא שהרי כל זמן שאינו ניזוק - אינו יכול למחות בו וממילא לא עלתה לו חזקה, וכן פסק הרמ"א.

5. אם זכו שניהם בשל הפקר, כל הקודם זכה ואין השני יכול למחות בו אף בקוטרא ובית הכסא.

6. לא מועילה מחילה בלא מעשה קנין. וכתב הנהניבות שאף בשאר נזקין, לדעת הסוברים שבעינן ג"ש וטענה, דדמי לאומר קרע כסותי והיפטר. אולם, קודם שהיה דבר הנזק מועילה מחילה בלא קנין, דהוי כנתינת רשות וויתור על הזכות להשתמש כאן את התשמיש הניזוק. ובכה"ג מהני אף לגבי קוטרא.

סעיף לו

עשן שאמרו, דוקא בעשן תדיר, כגון כבשונות של נחתומין ושל יוצרים וכיוצא בהן. אבל תנור שהיחיד אופה בו פת, וכן כירה, כיון דלא שהי קוטרא רובא דיומא, לאו תדיר הוא. (אבל אי שהי רובא דיומא, מקרי עשן תדיר ודינן כשל נחתומין ויוצרים) (בית יוסף ממשמעות דברי הרמ"ה). ואי חזא ושתק, מחל ושוב אינו יכול למחות.

ומיהו לכתחלה מצי מעכב אפילו בעשן שאינו תדיר. (וי"א דבעשן שאינו תדיר, אפילו לכתחלה לא יוכל למחות) (פסקי מהרא"י סי' קל"ז), (וכן נראה לי להורות).

ועשן תדיר נמי דוקא היכא דמטי לרשותא דחבריה ברוח מצויה, אבל אי לא מטי ליה אלא ברוח שאינה מצויה, לא מחייב לסלוקי.

ואפילו ברוח מצויה נמי, דוקא דמזיק לאינשי, אבל אי לא מזיק לאינשי, אף ע"ג דמטי לביתיה ומשחיר לאישיתיה (פירוש כותלו), אם ראה ושתק מחל, ושוב אינו יכול למחות. אבל לכתחלה, מצי מעכב.

נזק עשן:

1. דווקא עשן **תדיר** אין לו חזקה, אך עשן שאינו תדיר - יש לו חזקה. כ"כ הראשונים, הובאו בסעיף הקודם.

2. ודווקא שהוא מגיע לרשות חברו ברוח מצויה.

3. ודווקא שמזיק לגופו של חברו, אך אם מזיק לממון חברו - יש לו חזקה.

4. האם יכול לעכב לכתחילה שלא יעשה עשן שאינו תדיר? שו"ע - כן כיון שזה חשוב כנזק, כ"כ הרמ"ה. רמ"א - לא כדעת התרוה"ד, בפשטות משמע שהבין שעשן שאינו תדיר אינו מוגדר כנזק כלל, ולכן א"א למנוע מחברו לעשותו. אולם, הש"ך השיג על הרמ"א, וכתב שאף תרוה"ד עצמו לא ברירא לו דין זה, ולכן הסכים עם השו"ע. בש"ך נראה שהבין שטעמו הוא אע"פ שזה מזיק אך אינו יכול למונעו, ולכן תמה עליו. אולם, רעק"א (הובא בפת"ש) הבין כדברינו, שבכה"ג לא מיקרי נזק כלל. (הש"ך דחה דברי התרוה"ד שכתב שבהכ"ג על הניזק להביא ראיה, שהמזיק צריך להרחיק. ותמה על זה, הלא על המזיק להביא ראיה שהרי הניזק מוחזק? אולם, רעק"א כתב שבמקרה בו ודאי שחברו מזיק אלא שיש לנו ספק האם מותר לו להזיק (כגון שקדם וכדו') בכה"ג המזיק קרוי מוציא; אולם, במקרה בו הספק האם הוא מוגדר מזיק - על הניזק להביא ראיה, שהרי הוא המוציא, ולכן הסכים עם הרמ"א.

סעיף לח

בית הכסא שאמרו, דוקא כעין בתי כסאות שלהם שהיו על גבי קרקע ומגולים. אבל שלנו שהם מכוסים בחפירות, אם ראה ושתק, מחל, ושוב אינו יכול למחות. אבל לכתחלה, מצי מעכב. הגה: ראובן ושמעון שהיה להם בית הכסא בשותפות, והחפירה הולכת לתוך חצירו של לוי, ועכשיו ראובן ושמעון רוצים לחלוק ולעשות שתי בתי כסאות, לוי יכול למחות (בית יוסף בשם הריטב"א).

בית הכסא:

1. דווקא בבית הכסא שלהם שהיה ע"ג קרקע ומגולה, שבכה"ג ריחו רע ביותר. אך בתי כסאות שלנו שהם מכוסים - מועילה חזקה, אך לכתחילה יכול לעכב.

2. שותפין שהחזיקו בבית הכסא ונפרדו, אינם יכולים לחלק ולעשות ב' בתי כסאות, כיון שהם מוסיפים בנזק, שהרי עכשיו יהיו יותר אנשים ויתווסף הריח.

סעיף לט

מי שהחזיק לעשות מלאכת דם או נבילות וכיוצא בהן במקומו, ויכנסו העורבים וכיוצא בהן בגלל הדם ויאכלו, והרי הם מצירים את חבירו בקולם ובצפצופם או בדם שברגליהם שהם יושבים על האילנות ומכלים פירותיהם, אם היה קפדן או חולה שצפצוף הזה מזיקו, או שפירות שלו נפסדים לו בדם, חייב לבטל אותה המלאכה או ירחיק עד שלא יבא לו נזק מחמתן, שהיזק זה דומה לריח בית הכסא וכיוצא בו שאין לו חזקה. וה"ה כל נזק גדול שאין אדם יכול לסבלו (טור בשם הרא"ש).

ב"ב כב: "רב יוסף הוה ליה הנהו תאלי דהוו אתו אומני ויתבי תותייהו, ואתו עורבי - אכלי דמא וסלקי אבי תאלי ומפסדי תמרי, אמר להו רב יוסף: אפיקו לי קורקור מהכא. א"ל אביי: והא גרמא הוא! א"ל: הכי אמר רב טובי בר מתנה, זאת אומרת: גרמא בניזקין אסור. והא אחזיק [להו]! הא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח: אין חזקה לנזקין. ולא איתמר עלה, רב מרי אמר: בקוטרא, ורב זביד אמר: בבית הכסא? אמר ליה: הני לדידי דאנינא דעתאי, כי קוטרא ובית הכסא דמו ליי".

סעיף מ

בני מבוי או בני חצר שנעשה אחד מהן אומן, ולא מיחו בידו, ואחר כך רוצים למחות בידו, יתבאר בסימן שאחר זה.

סעיף מא

כל דבר שידוע שאין המערער יכול לסבלו, אף על פי ששאר בני אדם סובלים אותו, אין לו חזקה כנגד מערער זה.

כן מוכח מעובדא דרב יוסף שהבאנו בסעיף לט, וכן כתבו שם הראשונים.

סעיף מב

הא דקוטרא ובית הכסא אין להם חזקה, דוקא דעביד להו מזיק ברשות דנפשיה. אבל אי אחזיק ועביד בית הכסא בגופא דארעא דחבריה דפתוח לביתיה דמזיק, אי נמי דעבוד בית הכסא ברשותא דנפשיה ועוקא דיליה אזיל לביתיה דחבריה, כיון דבגופא דארעא קא מחזיק אית ליה חזקה. ואי טען דזבניה ניהליה, נאמן בשבועה.

ומכל מקום אית ליה לכסויי לההוא בית הכסא או לההוא עוקא, כי היכי דליסתליק מיניה ריחא, אף על גב דאחזיק ביה בהכי בלא כיסוי.

ואי לא מסלק ליה לריחא, לא הוי חזקה כלל, אפילו אם אמר: מסליקנא ליה לבית הכסא ומשתמשנא ביה במלתא אחריתי, לאו כל כמיניה, דלבית הכסא אחזיק, וכיון דלא הוי חזקה לגופיה לא הוי חזקה למילתא אחריתי. ויש מי שאומר שכיון שהחזיק בגוף הקרקע, הרי הוא שלו לאיזה תשמיש שירצה, ובלבד שלא יגיע לחבריו ממנו שום נזק.

1. אין חזקה לקוטרא ובית הכסא דווקא כשאדם עושה ברשותו, אך אם פלש לרשות חברו ועשה שם קוטרא וכדו' - **יש לו חזקה לענין שגוף הקרקע שלו**. כמו כל חזקת קרקע שמועילה חזקה, וכמובן דווקא כשיש לו ג' שנים וטענה.

2. אע"פ שעלתה לו חזקה לגבי גוף הקרקע, **לא עלתה לו חזקה לגבי ההיזק** שהרי לנזק זה לא מועילה חזקה, ולכן חייב לסלק היזקו.

3. **אם אינו יכול לסלק היזקו**: י"א שלא עלתה לו חזקה כלל, כ"כ הרמ"ה וטעמו שכיון שידע שלא יוכל לסלק היזקו, לכן לא מחה בו מעיקרא, שהרי ידע שיחייבוהו להסתלק משם. וי"א שעלתה לו חזקה לגבי גוף הקרקע, ויכול לעשות בה דברים אחרים, כ"כ הטור, וטעמו שהרי החזיק בקרקע ג"ש, אלא שאסור לו להזיק לחברו ולכן צריך לסלק היזקו.

סעיף מג

מי שהחזיק בנזק שיש לו חזקה, כגון שפתח חלון או העביר את המים, או שלא הרחיק מה שראוי להרחיק, והרי המחזיק טוען: אתה אמרת לי לעשות, או: מחלת לי אחר שראית, או: הוכר הנזק ושתקת ולא מחית בי, והניזק אומר: עכשיו הוא שראיתי ולא ידעתי מקודם, או שאמר: כשראיתי מחיתי בדך ואתה אמרת: עתה ארחיק או אסתום ואתה מדחה אותי מיום אל יום כדי שתקבע היזיקך, בכל אלו וכיוצא בהם על הניזק להביא ראיה, ואם לא הביא ישבע המחזיק היסת, ויפטר.

מי שהחזיק בנזק שיש לו חזקה, וטוען חברו שמחה בו, או שלא ידע על כך - **על הניזק להביא ראיה**, ואם לא הביא ראיה ישבע המחזיק היסת ויפטר. כ"כ הרמב"ם, ודווקא לשיטתו שהחזקה נוצרת לאלתר, אולם לשיטת הראשונים שבעינין ג"ש וטענה - פשוט שעל המחזיק להביא ראיה שנוצרה לו חזקה, וכ"כ הטור.

סעיף מד

החזיק בנזק שאין לו חזקה, כגון עשן ובית הכסא וכיוצא בהם, וטען המזיק שקנה מידו של נזק, על המזיק להביא ראיה שקנו מידו; ואם לא הביא, ישבע הנזק היסט שלא קנו מידו על כך, ויסלק זה היזקו.

הגה: לעיל סי' קנ"ד נתבאר בסעיף י"ט דהבא מכח עובד כוכבים הוי כעובד כוכבים לענין נזקין דאתו ממילא (הרא"ש בתשובה בכלל י"ח סימן ט"ו), אבל בנזקין אלו שנתבארו בסימן זה דצריך להרחיק עצמו משום דהוי כמזיקו בידים, אין חזקת עובד כוכבים מהני לזה דיזיקו בידים.

שני שכנים הדרים ביחד, וביתו של אחד נפרץ, וע"י זה באים גנבים לבית השני, ואמר השני: גדור ביתך או מכרנה לאחרים כי אתה גורם לי היזק [קל], י"א דהדין עמו וצריך לתקן היזקו (ר' ירוחם נתיב ל"א חלק ו' וכ"כ הטור בסי' קנ"ז בשם הרמ"ה), ויש חולקין דלא הוי גירא דיליה (ב"י). וכן אם לא גדרה ונעשה לו היזק, פטור מלשלם לדברי הרא"ש.

1. מי שהחזיק בנזק שאין לו חזקה, וטוען שקנה ממנו - על המזיק להביא ראיה, ואם לא הביא - ישבע הנזק היסט ויסלק חברו היזקו. טעם החילוק בין דין זה לדין שבסעיף הקודם, כיון ששם מדובר בדברים שיש להם חזקה, לכן מבחינתנו הוא נראה כמוחזק, אולם כאן מדובר על דברים שאין להם חזקה, ומי שרוצה לטעון שקנה וכדו' - עליו להביא ראיה.

2. בכל הנזקים שהתבארו בפרקנו - הבא מכח גוי אין לו את חזקתו של הגוי, שהרי הוא מזיקו בידים. אף לדעת הסוברים בסימן הקודם (סעיף יח) שהבא מכח גוי יש לו חזקה.

3. שני שכנים שבית א' מהם נפרץ, ודרך שם באים גנבים לבית חברו - האם יכול לכוף חברו לסתום את הפרצה? י"א שכן, וי"א שלא.

הב"י (מחודש ד) הביא בשם תשובות הגאונים שחייב לגדור, שהרי מודה ר' יוסי בגירי ואף זה היזק הבא מכוחו; וכ"כ רבינו ירוחם. וכן כתב הטור בסי' קנז בשם הרמ"ה, שאדם המחויב לגדור בינו לחברו ולא גדר, ובאו גנבים והזיקוהו חייב לשלם. אולם, כתב שם שהרא"ש חולק עליו דהרי הפורץ גדר בפני בהמת חברו בידים - פטור מלשלם. הב"י תמה על הגאונים שאין זה גירי וא"כ מדוע חייב להרחיק? אולם, הב"י בסי' קנז הסכים עם דבריהם, וכתב לבאר שאין כוונתם שזה גירי, אלא שכיון שמודה ר' יוסי בגירי א"כ הוא הדין כאן שהרי זה נזק גדול וברי היזקא ונעשה מיד. וכתב עליו הש"ך שדבריו דמי כאוכלא לדנא, שהרי גנבים מאן לימא לן דאתו לעומת מחיצת הכרם דברי היזקא, ולכן פסק דהעיקר כב"י שאינו חייב לגדור. וכן הסכים הנתיבות לדינא, אך כתב שהטעם אינו בגלל שזה לא ברי היזקא, שאע"פ שזה ברי היזקא לא תמיד זה גירי. אלא מטעם שבמחיצת הכרם זה גירי דממונו, לעומת גנבים שאין לזה כל שייכות אליו.

ובאמת שדברי הגאונים הם תימה, מדוע שיתחייב לבנות חצרו כדי שלא יגיעו גנבים? אלא שמכאן מוכח כמו שביארנו לאורך כל הדרך, שכיון שאנו עוסקים כאן בשיעבודים שבין השכנים, א"כ אומרים הגאונים שאתה משועבד להתנהג בצורה נורמלית, והנורמליות היא שהבתים בנויים ולא חרבים, וכיון שהחורבה שלך מושכת גנבים ומביאה נזק - אתה מחויב לבנות אותה.

ב"ה

סימן קנו

דין מי שירד לאומנותו של חברו ומי שמביא סחורה לעיר אחרת, ובו ז' סעיפים.

סעיף א

אחד מבני המבוי שאינו מפולש, (ו"א דבמבוי אינם יכולים למחות ואין דינן אלו אמורים רק בחצר) (טור וב"ש בשם קצת הפוסקים), שבקש ליעשות רופא או אומן (פי' אומן להקיז דם) או גרדי (פי' גרדי אורג בגדים) או סופר שטרות או מלמד תינוקות לימוד שאינו של תורה בני המבוי מעכבין עליו, מפני שמרבה עליהם הנכנסים והיוצאים. ואפילו נתרצו לו כולם חוץ מאחד, אותו אחד מעכב עליו. וכן מי שיש לו בית בחצר השותפין לא ישכירנו לאחד מאלו. הגה: אבל למכרו י"א דשרי, ואחר כך ישתעו דינא בהדי לקוח, ובלבד שלא ימכרו לעובד כוכבים דלא ציית דינא (מרדכי ריש פרק לא יחפור).

א-ד היכולת לעכב על א' מבני המבוי שלא לעשות דברים המזיקים להם

1. אחד מבני מבוי שאינו מפולש – לדעת השו"ע, או מבני החצר – לדעת הרמ"א, שביקש ליעשות רופא (של הגוף) או מקיז דם (אומן) או אורג בגדים (גרדי) או כותב שטרות או מלמד תינוקות לימודי חול – יכולים בני המבוי לעכב עליו מפני שמרבה עליהם את הנכנסים והיוצאים. לדעת השו"ע – הטעם הוא מפני הרעש שנוצר מחמת כן. ולדעת הרמ"א – מפני שמרבה עליהם את הדרך (כלומר, שנכנסים הרבה אנשים ואין צניעות בחצר כבראשונה).

2. אפי' אם כולם מסכימים וא' מתנגד – מעכב עליו, כיון שהטעם הוא משום נזק אפי' אחד יכול לעכב. משא"כ בתקנות הקהל שהולכין אחר הרוחב; סמ"ע בשם תשובת הרא"ש.

3. כמו כן, אסור להשכיר בית בחצר בלא רשות השותפין לא' מאלו האנשים.

4. מה הדין במכירה? רמ"א – מותר למכרו לו, כיון שהמכירה אינה מובהקת לצורך זה, דאולי קנאה לצורך בנו או להשכירה לאחרים, ואח"כ בני החצר יוכלו לעכב על הלוקח. אך אסור למכור לגוי דלא ציית דינא. כדעת המרדכי, ולא כדעת הטור שפסק שאסור למכור למי שאסור להשכיר, דאין חילוק ביניהם. וכתב הב"י שנראין דברי המרדכי.

ב"ב כ: במשנה: "חנות שבחצר – יכול למחות בידו ולומר לו: איני יכול לישן מקול הנכנסין ומקול היוצאין; אבל עושה כלים, יוצא ומוכר בתוך השוק; ואינו יכול למחות בידו ולומר לו: איני יכול לישן לא מקול הפטיש ולא מקול הריחים ולא מקול התינוקות". ובגמ' "מ"ש רישא ומ"ש סיפא? אמר אביי: סיפא אתאן לחצר אחרת. א"ל רבא: אי הכי, ליתני: חצר אחרת – מותר! אלא אמר רבא: סיפא אתאן לתינוקות של בית רבן, ומתקנת יהושע בן גמלא ואילך". ובהמשך (כא). "מיתבי: אחד מבני חצר שביקש לעשות רופא, אומן, וגרדי, ומלמד תינוקות – בני חצר מעכבין עליו! הכא במאי עסקינן – בתינוקות דעכו"ם".

ד' שיטות מצאנו בראשונים לבאר את הנזק במשנה: א. מאירי – קול נחש כנזק, ולכן בחנות יכול לעכב דאין עושים חנות בחצר אלא בשוק. אולם, לגבי פטיש וריחים אינו יכול, כיון שכך עושים בבית וזה נורמלי ולא נזק. **ב. רש"י** – קול עצמו אינו נזק אע"פ שאתה ניזוק, כיון שזה נורמלי להתנהג כך. קול הבא מחמת אחרים הוא נזק, וצ"ל שהיכולת לעכב היא מדיני שותפין שאיני רוצה שהקונים יעברו בחצרי (ולכן דווקא באותה חצר, אך לא בחצר אחרת). **ג. רמב"ם** – קול נחש כנזק, ולכן תמיד יכולים לעכב עליו לכתחילה שלא יפתח. אולם, המשנה עסקה בשאלה האם נוצרה לך חזקה? ובחנות הוא כקוטרא וביה"כ שאין לה חזקה. **ד. שאר הראשונים** – קול אינו נזק, ולכן מותר לעשות מלאכת פטיש וריחים, אך ריבוי הדרך הוא נזק (מיעוט צניעות) ולכן אסור לפתוח חנות.

הרמב"ם גרס בבריתא בכא. 'אחד מבני מבוי, והתוס' וש"ר גרסו 'אחד מבני חצר'. לדעת הרמב"ם כיון שהנזק הוא מחמת הרעש, א"כ מובן מדוע זה נכון אף במבוי שאינו מפולש, כיון שאתה עושה לי רעש בריבוי האנשים שעוברים כאן אע"פ שאינך מבני חצרי. וצ"ל שלטעמו רבא חלק על אביי, וסבר שהאיסור הוא אף בבן חצר אחרת; **וכן פסקו לדינא ברמב"ם ובשו"ע** שהיכולת לעכב היא על כל א' מבני המבוי שאינו מפולש, אע"פ שאינו גר עמו בחצר. **אולם, ש"ר נקטו** שהיכולת לעכב היא דווקא על השותפים שבחצר, והטעם מפני שדווקא בכה"ג הוא מונע מהם צניעות, אך בחצר אחרת זה לא מפריע להם כלל; **וכן נקט הרמ"א לדינא**.

סעיף ב

חנות שבחצר, יכולים השכנים למחות בידו ולומר לו: אין אנו יכולים לישן מקול הנכנסים והיוצאים, אלא עושה מלאכתו בחנותו ומוכר לשוק. אבל אינם יכולים למחות בידו ולומר: אין אנו יכולים לישן מקול הפטיש או מקול הריחים, מאחר שכבר החזיק לעשות כן ולא מיחו בידו. הגה: ו"א דכל מה שעושה בחנותו ובביתו, אפילו לתחלה אין יכולין למחות (המגיד פ"י דשכנים בשם הרמב"ם ורשב"ם וב"ש בשם התוס' ומרדכי). ודוקא בני אדם בריאים, אבל אם הם חולים והקול מזיק להם, יכולים למחות (ריב"ש סימן קצ"ו).

1. מה הדין בפתיחת חנות בחצר, ועשיית בית חרושת בביתו (כגון נגר וטוחן)? שו"ע – לכתחילה יכולין לעכב עליו שלא יפתח, כיון שמזיק אותם בקול הפטיש/ריחים/נכנסים ויוצאים. אך אם פתח והחזיק בנזק כדי שיראה חברו וישתוק ולא בעינן ג"ש כשיטתו בכל חזקת נזיקין; סמ"ע. – יש לו חזקה בקול פטיש וריחים, אך לא בחנות דהוי נזק גדול כקוטרא ובית הכסא. רמ"א – קול אינו נזק, ולכן אין יכולים לעכב על עשיית מלאכה בביתו קול פטיש וריחים, אך לגבי חנות יכולים למחות בו, מפני שמרבה עליהם את הדרך שנכנסים לחצר ומפסידים צניעותם. ולכן זה שייך דווקא בחצר ולא במבוי שאינו מפולש.

אף לשיטת הרמ"א בבני אדם חולים יכולים למחות בנזק קול, כיון שזה מזיק להם.

כבר נתבארה מח' הרמב"ם ושאר הראשונים בפירוש הסוגיא בגמ', והדין שלנו נובע ממח' זו.

הסמ"ע כתב שהטעם שחנות הוי כקוטרא ולא קול פטיש וריחים, מפני שאלו נזקים שאדם עושה בתוך רשותו, לעומת חנות שהרעש בא מחמת אחרים שהולכים גם בתוך רשותם. והקשה הנהיבות שטעם זה אינו לרמב"ם, שהרי לשיטתו אף בפטיש וריחים אפשר לעכב לכתחילה! ולכן ביאר שפטיש וריחים זה דבר קצוב ואפשר לסובלו. אולם, רעש נכנסים ויוצאים של חנות זה דבר שמשנתנה ומתחדש כל הזמן, שהרי הוא תלוי באנשים הבאים אליה מבחוץ, ולכן זה דבר שלא ידע כמה דמטי ליה דלימחול.

סעיף ג

וכן יש לו ללמד תינוקות ישראל תורה בתוך ביתו, ואין השכנים יכולים למחות בידו ולומר לו: אין אנו יכולים לישן מקול התינוקות של בית רבן. והוא הדין לכל מילי דמצוה, שאינם יכולים למחות בידו.

מותר ללמד תשב"ר בביתו, אע"פ שזה עושה רעש לשכנים; וכן כל מידי דמצוה. כן מתבאר מתירוצו של רבא "סיפא אתאן לתינוקות של בית רבן, ומתקנת יהושע בן גמלא ואילך". וכתבו הטור והריטב"א דהוא הדין כל מילי דמצוה. ולא כרש"י שנקט דווקא ת"ת של תשב"ר, כיון שפירש 'סופר מתא' שמלמד את המלמדים ועליו אפשר לעכב. והרמב"ן פירש שהוא סופר סת"ם, ומוכח שאע"פ שהוא עוסק במצווה אפשר לעכב. אך הרמב"ם והטור פירשו שהיינו סופר שטרות העיר, דבסופר סת"ם וכדו' אינו יכול לעכב, כיון שבכל מילי דמצוה אינו יכול למחות בידו.

סעיף ד

בני מבוי או בני חצר שנעשה א' מהם אומן, ולא מיחו בידו, שהרי הוחזק והיו העם נכנסים ויוצאים לקנות (ושתקו, לא החזיק בדבר זה) ויש להם בכל עת לעכב ולומר: אין אנו יכולים לישן מקול הנכנסים והיוצאים, שהיזק זה הוא כמו העשן והאבק שאין להם חזקה.

כל קול הבא מחמת אחרים אין לו חזקה דהוי כקוטרא ובית הכסא, ולכן לא רק בחנות אין חזקה, אלא אף באומן וגרדי וכל המנויין בסעיף א; ולשיטתם אזלי דלעיל.

בדין זה נראה שאף הרמ"א מודה, שהרי לא השיג על השו"ע. והטעם מפני שאף הרשב"א שפירש הגמ' שהטעם אינו משום קול אלא מחמת ריבוי הדרך, כתב שאין לנזק זה חזקה דהוי כקוטרא, ודקדק כן מלשון המשנה: "חנות שבחצר יכולין למחות", ומשמע שאפי' כבר קיימת החנות יכולים למחות ואין לו חזקה; ולא כמו שכתבו בד"כ 'לא יעמיד' וכדו'.

סעיף ה

כופין בני מבוי זה את זה שלא להושיב ביניהם לא חייט ולא בורסי ולא אחד מבעלי אומניות. היה שם במבוי אחד מבני מבוי אומן ולא מיחו בו, או שהיתה שם מרחץ או חנות או רחים ובא חבירו ועשה מרחץ אחרת כנגדו, אינו יכול למונעו ולומר לו: אתה

פוסק חיי; ואפילו היה מבני מבוי אחר, אינם יכולים למונעו, שהרי יש ביניהם אותה אומנות. הגה: ורבים האומרים דבני החצר או המבוי שאינו מפולש אפילו בכי האי גוונא יכולים למחות, אלא דבעל האומן אינו יכול למחות לומר: אתה פוסק חיי. (בית יוסף בשם הרבה פוסקים). אבל גר ממדינה אחרת שבא לעשות חנות בצד חנותו של זה, או מרחץ בצד מרחצו של זה, יש להם למונעו. ואם היה נותן עמהם מנת המלך, אינם יכולים למנעו. הגה: ורבים האומרים דאפילו הכי אין לו רשות ליכנס למבוי שיש שם בני אומנתו, דבעל האומנות יכול לעכב עליו שלא ליכנס למבוי שלו, הואיל והוא מעיר אחרת. אבל במבוי אחר אינו יכול למחות בו, הואיל ונותן מס (טור והמגיד פ"ו משכנים ובית יוסף בשם רש"י ותוס'). ובני העיר יכולין למחות בכל ענין ויכולין לומר: אין אנו יכולין לישן מקול הנכנסים, אף על פי שיש להן כבר אותו אומנות.

ואם לא נתן מס עד עכשיו ובא לעסוק במלאכתו ולתת מס, י"א דבר אומנתו יכול לעכב עליו, עד שישכור לו בית ויהיה כבני העיר (תה"ד סי' שמ"ב). ויש אומרים דלא מקרי נתינת מס במה שנותן מנת המלך, אלא עד שיתן מס שלו למושל העיר הזאת דשייך לגבול שלהן (בית יוסף בשם רש"י).

ואין חילוק בכל זה בין תלמיד חכם לאחר, דאין חילוק אלא ברוכלין, כמו שיתבאר בסמוך (טור). ויש אומרים דאם בני העיר צריכין לתורתו, אינן יכולין למחות בידו אף על פי שיש תלמיד חכם אחר בעיר, דקנאת סופרים תרבה חכמה (בית יוסף בשם הגהות אשירי). תלמיד חכם המביא סחורה לעיר, חייבין למנוע לכל אדם למכור, עד שהוא ימכור שלו (טור). ואי איכא עובדי כוכבים דמזבני, דליכא רווחא לת"ח, מותר כל אדם למכור (טור בשם הרמ"ה). ועיין ביורה דעה סימן רמ"ג.

אדם שיש לו עובד כוכבים מערופיא יש מקומות שדנין שאסור לאחרים לירד לחיותו ולעסוק עם העובד כוכבים ההוא, ויש מקומות שאין דנין. ויש מתירין לישראל אחר לילך להעובד כוכבים ההוא להלוות לו ולעסוק עמו ולשחודיה ליה ולאפוקי מיניה, דנכסי עובד כוכבים הם כהפקר, וכל הקודם זוכה. ויש אוסרין (כל זה במרדכי פרק לא יחפור והגהות מיימוני פרק ו' דשכנים וע' לקמן סי' שע"ו). ואפילו ישראל שעושה מלאכה אצל עובד כוכבים, ורגיל בכך, אסור לישראל אחר ליכנס שם ולהזיל המלאכה, ואם רוצה לעשות גוערין בו. מיהו אם עבר ועשה, אין מוציאין מידו (בית יוסף בשם הרשב"א). ועיין לקמן סימן רל"ז. שני בני אדם הדרים ביחד, והאחד רוצה להזיל בהלוואת הרבית לעובד כוכבים, אין חבירו יכול למחות בו (רבינו ירוחם נ' נ"א ח"ו). והוא הדין בכל כיוצא בזה, ועיין לקמן סימן רכ"ח סעיף י"ח.

ה-ז יורד לאומנותו של חברו

דעת השו"ע: בני מבוי שאינו מפולש יכולים לכפות הא' את השני שלא להושיב ביניהם א' מבעלי אומנויות מפני שמרבה עליהם נכנסים ויוצאים, וניזוקים מהרעש. אולם, אם כבר יש ביניהם בעל אומנות ולא מיחו בו, יכול אחר לבוא ולפתוח ביניהם ואין הם יכולים למחות בו מצד רעש, ולא בעל האומנות האחרת מצד שיוורד לאומנותו. אא"כ הוא בן עיר אחרת שאינו נותן עמהם במס, שאז יכול האומן לעכב עליו שלא יפתח וירד לאומנותו.

דעת הרמ"א: בני חצר (או מבוי שאינו מפולש) יכולים למחות שלא יוסיפו להם בעלי אומנות בחצר, ואע"פ שכבר יש א' יכולים לעכב כיון שמרבה עליהם את הדרך. וככל שיש יותר נכנסים יש יותר נזק. והש"ך פקפק בדין זה, דדילמא הם מודים לרמב"ם שאין זה בכלל תוספת נזק (ולמה שביארנו בסעי' א' שהרמב"ם מדבר מנזק קול, והם מצד ריבוי נזק, מובן מדוע לרמב"ם פשוט שהם חולקים. דכלל שיש יותר נכנסים ויוצאים כך יש פחות צניעות בחצר; משא"כ בנזק רעש, שכיון שיש חנות א' כבר יש רעש ואינו יכול לישן. וצ"ע דאף בכה"ג יש תוספת רעש...). לגבי יורד לאומנותו, דווקא כשהוא בן העיר אינו יכול לעכב עליו שלא יכנס למבוי שלו ויפתח בו חנות; אולם, אם הוא בן עיר אחרת אע"פ שנותן מס, יכול לעכב עליו שלא יפתח במבוי שלו, אלא שילך למבוי שאין בו בעל אומנות כמותו. אך אם אינו נותן מס בעיר, יכול לעכב עליו שלא יפתח בכל העיר. ושאר בני העיר שאינם אומנים, יכולים לעכב על בן עיר אחרת שלא יפתח במבוי שלהם שאין בו אומן אחר, מפני שמרבה עליהם את הדרך.

מח' תלויה בביאור סוגיית הגמ' בדף כא: "כופין בני מבואות זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסקי, ולא מלמד תינוקות, ולא אחד מבני בעלי אומנויות, ולשכנו אינו כופיהו; רשב"ג אומר: אף לשכנו כופיהו. אמר רב הונא בריה דרב יהושע: פשיטא לי, בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב, ואי שייך בכרגא דהכא - לא מצי מעכב, בר מבואה אבר מבואה דנפשיה - לא מצי מעכב. בעי רב הונא בריה דרב יהושע: בר מבואה אבר מבואה אחרת, מאי? תיקו".

הרמב"ם ביאר שהכפייה של בני המבוי היא מצד קול הנכנסים והיוצאים, וממילא ילשכנו אינו כופהו היינו כשיש כבר בעל אומנות במבוי, אין הם יכולים למנוע מאדם אחר לפתוח, שהרי הם לא הקפידו על הראשון. וכמו כן, אין בזה משום קא פסקת לחיותי, מפני שלא קי"ל כרב הונא. ממילא בא רב הונא ומלמדנו שאם הוא בן עיר אחרת יכולים לעכב עליו מדין יורד לאומנותו, אא"כ הוא משלם עמם מס שאז א"א לעכב עליו כלל. אולם, על בן מבוי אחר הסתפק רב הונא בריה דרב יהושע האם יכול לעכב, דיכול לומר לו תפתח איפה שאתה גר ומדוע באת לכאן?! וכיון דלא איפשיטא ספיקו נקטינן לקולא. **וכן פסק השו"ע.**

אולם, שאר הראשונים ביארו שהברייתא עצמה דיברה על עיכוב מדין יורד לאומנותו, ונמצא שהברייתא מלמדת אותנו שיש יכולת לבני המבוי לעכב על אחרים שלא יפתחו כאן אומנות נוספת כדי לא לפגוע בבני המבוי באומנותו. אולם, אם הוא ישכנו, דהיינו שהוא חלק מהמבוי אינו יכול לעכב עליו. רב הונא אומר שעל בן עיר אחרת יכולים לעכב, אא"כ נותן מס עמם. ומסתפק לגבי בן מבוי אחר האם יכולים לעכב עליו. אלא שהתקשו הראשונים הרי בברייתא כתוב שבני המבוי יכולים לעכב על מי שאינו בן מבואם, א"כ פשיטא שהכונה לבן מבוי אחר, שהרי אם גם עליו אינם יכולים לעכב, אז על מי כן? על בן עיר אחרת?! והרי על בן עיר אחרת כל בני העיר יכולים לעכב, ומדוע דיברה הברייתא על בן מבוי?! מוכח שלבני המבוי יש יכולת יותר גדולה לעכב מאשר לבני העיר, וא"כ פשיטא שהם יכולים לעכב על בני מבוי אחר?! לכן ביארו התוס', הרשב"א והטור שכוונת הברייתא שאף על בן עיר אחרת שפורע מס יכולים בני המבוי לעכב שלא יפתח במבוי שלהם, אלא שילך למבוי שבו אין מבני אומנותו. אלא שהסתפק האם על בן מבוי אחר יכול לעכב או שהוא מכלל שכינו, ולא אפשיטא ואזלינן לקולא. ונמצא שעל בן עיר אחרת אפי' אם הוא פורע מס – יכולים לעכב שלא יפתח כאן, אלא שילך למבוי אחר. ועל בן מבוי אחר – אינם יכולים לעכב עליו מלפתוח במבוי זה. **וכן פסק הרמ"א.**

סעיף ו

רוכלים המחזרים בעיירות, אין בני המדינה יכולין לעכבן, שתקנת עזרא היא שיהיו מחזרין כדי שיהיו הבשמים מצויין לבנות ישראל. הגה: ולכן נראה לי דוקא מוכרי בשמים וכי האי גוונא, אבל בשאר דברים אין חילוק בין רוכל לאחר. אבל אינם קובעים מקום ויושבים בו, אלא מדעת בני העיר. ואם תלמיד חכם הוא, קובע בכל מקום שירצה. הגה: והוא הדין מלמדי תינוקות, דין כתלמיד חכם (טור).

ב"ב כב: "אמר רב נחמן בר יצחק: ומודה רב הונא בריה דרב יהושע ברוכלין המחזירין בעיירות דלא מצי מעכב, דאמר מר: עזרא תקן להן לישראל שיהיו רוכלין מחזירין בעיירות, כדי שיהיו תכשיטין מצויין לבנות ישראל. והני מילי לאהדורי, אבל לאקבועי לא. ואי צורבא מרבנן הוא, אפילו לאקבועי נמי. כי הא דרבא שרא להו לר' יאשיה ולרב עובדיה לאקבועי, דלא כהלכתא (רש"י – לפנים משורת הדין; ב"י – דווקא בהני מילי שהאיסור מדרבנן, לגבי ת"ח התיירו), מאי טעמא? כיון דרבנן נינהו, אתו לטרו דמגירסייהו". ודווקא לגבי רוכלין יש הבדל בין ת"ח לאחר, אך לא בשאר דיני יורד.

סעיף ז

הסוחרים שמביאים סחורתם למכור בתוך העיירות, בני העיר מעכבין עליהם מלמכור יד על יד כדרך חנונים. ואם מכרו ביום השוק בלבד, אין מונעים אותם, והוא שימכרו בשוק אבל לא יחזרו על הפתחים, אפילו ביום השוק. ואם יש להם מלוה בעיר, מוכרים כדי פרנסתם אפי' בלא יום השוק, עד שיפרעו חובם וילכו להם. הגה: וכן לענין הלוואת רבית לעובדי כוכבים, יכולין לעכב בידן. אבל אין יכולין לעכב בידן אם באים ביום השוק ומלוים ברבית לבני עיירות המתקבצים שם לבא בשוק (טור והגהות מיימוני פ"ו דשכנים). ואם יש להן מלוה בעיר, יכולין ללות עד שישתכר כדי פרנסתו כדי שיגבה חובותיו (טור וב"י בשם תוס' והרא"ש).

ב"ב כב. "הנהו דיקולאי דאיתו דיקלאי לבבל, אתו בני מתא קא מעכבי עלויהו, אתו לקמיה דרבינא, אמר להו: מעלמא אתו ולעלמא ליזבנו. והני מילי ביומא דשוקא. אבל בלא יומא דשוקא לא. וביומא דשוקא נמי לא אמרינן אלא לזבונא בשוקא, אבל לאהדורי לא. הנהו עמוראי דאיתו עמרא לפוס נהרא, אתו בני מתא קא מעכבי עלויהו, אתו לקמיה דרב כהנא, אמר להו: דינא הוא דמעכבי עליכו. אמרו ליה: אית לן אשראי, אמר להו: זילו זבנו שיעור חיותייכו, עד דעקריתו אשראי דידכו ואזלינתו". וכתב הרא"ש: כתב הרא"ש שכל הדינים הללו לא נאמרו אלא למי שבא לפתוח חנות ולמכור סחורה כדרך המוכרים. אולם, אם בא למכור כל סחורתו בבת אחת – מותר, אע"פ שהוא בן עיר אחרת. וכתב הב"י שטעמו מפני שאם אי אתה אומר כן נמצא משאו ומתנו של עולם בטל.

כשמוכרים בשוק – כתב הב"י שמותר להם למכור אף לאנשי העיר הנמצאים בשוק. וכתב הסמ"ע דדוקא במכירה, אך להלוות אסור אף לבני העיר שנמצאין בשוק, כיון שעיקר הריוח בהלוואה הוא לאחר יום השוק שפורעו, משא"כ במכירה שהכל נגמר בשעת המכר; סמ"ע.

כדי פרנסתם – היינו שירווחו כדי לפרע מחובם, והוצאותיהם יהיו מהרווחים ולא מהקרן; כן פשט הגמ' והטור, ואף דברי הרמב"ם יש לפרש כן, וכן הבין הרמ"א. והסמ"ע הבין שדעת הרמב"ם והשו"ע שפרנסתם מהקרן ולא מהריוח, אך כתב הש"ך שאין חילוק.

י"א הא דבני העיר יכולין למחות בבני עיר אחרת, היינו דוקא בדליכא פסידא ללקוחות, שמוכרין כשאר בני העיר וגם סחורתם אינה טובה יותר משל בני העיר, אבל אם נותנין יותר בזול, או שהיא יותר טובה, שאז נהנין הלוקחין מהן, אין מוכרי הסחורות יכולים למחות (הרא"ש וטור בשם הר"י הלוי), ובלבד שיהיו הלוקחים ישראלים, אבל בשביל עובדי כוכבים הנהנים, לא (רבינו ירוחם נל"א ת"ו והמ"מ בפ"ו משכנים). וכשמביאים סחורה אחרת שאין לבני העיר, אף על פי דלא מוזלי במקח ואינה יותר טובה, אינם יכולין למחות (ב"י מדברי הפוסקים).

כ"כ הראשונים בשם הר"י מיגש, שדוקא כשמביאים אותה סחורה. וביארו שסחורה אחרת היינו אפי' אותו סוג אם הוא באיכות שונה. וכן אותה סחורה אם מורידים במחיר – שרי (דווקא הוזלה משמעותית, ולא הוזלה קטנה). והב"י הבין שאפי' אם היא יותר גרועה שרי, דחשיב כשני מינין; ונשאר בצ"ע.

בני העיר שברחו ליישוב מפני חשש סכנה, אין בני הישוב יכולין לעכב בידן מלהרויח כשיעור חיותם עד שיעבור זעם, וכפי מיעוט עסקן שנושאים ונותנים ישאו בעול עם הקהל. ואם שייכים במס העיר, לא יכולין לעכב (שם בשם המרדכי פרק לא יחפור). וכן מי שבאו להוציאו מן העיר, שאין לו חזקת ישוב, אין יכולים להוציאו עד שיגבה חובותיו ויכול להרויח בכדי כך כדי חיותו (ת"ה סימן ש"מ /שמ"ב/). ויש אומרים הא דאינו צריך לתת מס רק כפי עסקיו היינו כשאנו רוצים להתיר לו הישוב, אבל אם רוצים להתיר לו הישוב לגמרי, צריך לתת מס כפי אחד מבני העיר מיד, או ילך לדרכו (שם). ויש מי שחולק בזה (תשובת רשב"א סימן תרס"ו /תרס"ד/). בני העיר שעוסקין בסחורה בעיר אחרת, אינן ברשותן לכופ אותן ליתן מס כפי רצונם, אלא אומרים להם: תנו כך וכך או מוחין בידן מלעסוק בעירם (רשב"א הנ"ל). בני עיר אחרת שבאין לפזר בעיר ואין מרויחין, אין בני העיר יכולין למחות בהם, אף על פי שמייקרים השער (מהרי"ק שורש קע"ג /קע"ב/).

וכל זה לא מיירי אלא כשבאים אחרים לעסוק בעיר שאין דרים שם, ולכן יכולין למחות בידן אף על פי שרוצים ליתן מס, הואיל ולא היו שייכים במס עד הנה; אבל אם רוצים לדור במקום ההוא וליתן מס ולהיות כאחד מבני העיר, י"א דהרשות בידם, דיוכל אדם לדור בכל מקום שירצה ואין הראשונים קנו העיר בחזקה (טור בשם הרא"ש ומרדכי פרק הנ"ל ועיין בב"י). ויש חולקין ואומרים ד יכולין למחות בידם, בפרט בזמן הזה שדרים תחת האומות ויש לחוש שאם יתוספו הדיורין שיבא לידי קלקול מן הגוים, ולכן הבא לדור הוי כרודף. ולכא ע"י מונע אחר, הרשות בידם (מהרי"ק שורש קצ"ה /קצ"א/). עם המושלים שימחו בבאים לגור, או ע"י מונע אחר, הרשות בידם (מהרי"ק שורש קצ"ה /קצ"א/). ויש מקומות שנהגין לעשות חרם חזקת ישוב (כ"כ המרדכי), ואז יכולין לכופ (על פי החרם) ולא מדינא. ויכולין לגזור שלא לישא וליתן עם הבאים לדור בלא רשותם. ואם יש רב בעיר יכול לגזור על הבא לדור, אם הוא תלמידו (מרדכי פ' הנ"ל ותוס'). וי"א דאין חרם חזקת ישוב חל על תלמיד חכם, כי הוא יכול לדור בכל מקום שירצה (מהרי"ו סימן קנ"א והגהות המרדכי ישן). ואם התירו לאחד החרם על זמן ונתנו לו רשות לדור, לא אמרינן שהותר כולו, ויכולין לגרשו אחר כך (מרדכי פ' חזקת).

נחלקו הראשונים כאשר בן עיר אחרת רוצה לשלם מס כדי לפתוח חנות, האם יכולים בני העיר לעכב עליו מלשלם מס? הטור הביא בשם הרא"ש בתשובה, שאין יכולים למנעו "אבל דבר פשוט הוא שאדם יכול לגור בכל מקום שירצה ואין בני העיר יכולין לעכב עליו, וכי קנו אותו הראשונים בחזקה?!" אולם, הבית יוסף הביא בשם האור-זרוע שרש"י ורבינו תם נחלקו בדין זה, ר"ת סובר כרא"ש שאין יכולים לעכב, אולם רש"י סובר שיכולים לעכב. אך הרמ"א השיג בדרכי משה (אות ח') וכתב שלא נחלקו ר"ת ורש"י כלל; אלא שרש"י דיבר במקרה בו אין השני רוצה לגור בעיר, אלא רק לשלם מס כדי לפתוח חנות ולכן אפשר לעכב, ובדין זה אף הרא"ש ור"ת מודים. ואילו הרא"ש ור"ת דיברו כאשר הוא רוצה לבוא ולגור ולהיות כא' מבני העיר, ולכן אין הם יכולים לעכב עליו. אלא שאף הוא מודה שהמהרי"ק כתב שאף כשרוצים לגור יכולים לאסור עליהם, אך מפני תקנת היישוב ולא מדינא.

חרם חזקת הישוב – "שעושים חרם ביניהם ששום אחד לא יכניס בביתו לאותו הבא לדור שם בלי רשות כל הקהל, ואף אם הוא רוצה לדור אצל גוי או לבנות לו בית לעצמו, אכתי עושין ביניהם חרם שלא ישאו ויתנו שום אחד מהקהל עמו וכדמסיק. אבל אין עונש החרם חל על הבא לדור שם, מאחר שאינן יכולין למחות מן הדין. אבל חרם הרב על תלמידו חל"; סמ"ע.

עוד כתב בסמ"ע: "בד"מ [סעיף ט"ו] כתוב ז"ל, ראיתי באור זרוע דמסכת ברכות [ח"א סי' קט"ו] שרבינו תם לא רצה להורות בחזקת הישוב, כי אמר קדמונינו לא תיקנו חזקת ישוב אלא מפני אלמים ומוסרים שאינן רוצים לפרוע מס, אבל על אחרים אין תקנה. ויש תמהון במנהגם, שמוחים ישוב לאדם שיש בו צרכי ציבור ואינו יורד לחייהם, והוא חטא גמור וממדת סדום, ולא יזכה להיות במחיצתן של צדיקים, עכ"ל."

ראובן ובניו שהיו דרין בישוב אחד וטוענין חזקה שיש עמה טענה, חזקתם חזקה ויכולין למחות בשמעון הבא לגור שם. ואם שמעון טוען בעדים שהיה ירא למחות משום שראובן ובניו מוסרין, אין

חזקתן חזקה. אבל אם ראובן מוסר ובניו אינן מוסרים, יש לבניו חזקה, דבן גזלן יש לו חזקה (מרדכי פרק חזקת). **וכן דנין בחזקת ישוב כמו בחזקת קרקע לענין שאר דברים.** נהגו הקדמונים שאם אחד נסע מן העיר י"ב חדש וגילה בדעתו שאין דעתו לחזור, אבד חזקתו. אבל אם לא גילה בדעתו בכך, לא אבד חזקתו עד שלש שנים. ואם גילה שדעתו לחזור, לא אבד חזקתו אפילו בשלש שנים (מהרי"ק שורש קצ"ב /קצ"א/). ויש אומרים דאפילו בסתם לא אבד חזקתו (וכן משמע מתשובת רשב"א סימן אלף קל"ג). בני העיר שהיה להם חזקת ישוב, אם נתייאשו פעם אחת מן העיר ואחר כך חזרו מקצתן והשתדלו הישוב, אין לאחרים עליהם כלום (מהרי"ק שורש הנ"ל). עיין סוף סימן קמ"ט מדין מי שהחזיק במצוה עם הקהל.

ב"ה יום ב' ה' אייר ה'תשע"ד - יום הזכרון לחללי מערכות ישראל (נדחה)

חלוקת שותפות

סימן קעא

איזה דבר שהשותפין כופין זה את זה לחלוק, וכל דיניו, ובו י"ז סעיפים.

פתיחה

מדוע א' השותפים יכול לכוף לחברו לחלוק? ברשב"א בתשובה (ח"א תתקנ"ו) מבואר שזהו מעיקר הדין, ואף כשאין דין חלוקה היה יכול לכוף חברו, אלא שמשום 'ועשית הישר והטוב' תיקנו חכמים גוד או אגוד או שיחלקו בזמנים.

היו שרצו לומר שהרא"ש בתשובה (כלל צ"ח אות ז) חולק וסובר שמעיקר הדין א"א לכוף לעולם, ורק מתק"ח יכולים להיפרד כיון ש'קדירה דבי שותפי לא חמימא ולא קריא'. ולענ"ד נראה שגם הרא"ש לא חלק, ולא כתב את דבריו אלא במקום שיכול לבוא פסידא לא' מהשותפין ע"י החלוקה, ואפי' הכי אינו יכול לעכב מתק"ח.

סעיף א

אחד הקונה מחבירו חצי שדהו, או שנים שקנו מאחד שדה, או שירשו או שניתן להם במתנה או שהחזיקו בו מהפקר, וביקש אחד מהשותפין לחלוק וליטול חלקו לבדו, אם יש באותו קרקע דין חלוקה כופה את שאר השותפין וחולקין עמו. ואם אין בו דין חלוקה, אין אחד מהם יכול לכוף את חבירו לחלוק. וכן הדין במטלטלין. הגה: ואם היה בו דין חלוקה וקבלו קנין שלא לחלוק, אין יכולין לחזור בהן (תשובת רשב"א סימן תתק"ז).

ראובן ושמעון שיש להן מקומות בבית הכנסת זה אצל זה, וראובן רוצה לעשות מחיצה ביניהם ולהכניס המחיצה בתוך שלו, ושמעון רוצה לעכב באמרו שאם יעשה מחיצה המקום יהיה דחוק, הדין עם ראובן (בית יוסף סימן קנ"ז בשם הרשב"א והרא"ש כלל ה' סימן ג').

וכן רבים היושבים על ספסל אחד בבית הכנסת, והיושב בראש רוצה להוסיף עוד מקום אחד אצל מקומו, והיושב אצלו רוצה למחות באמרו שעכשיו הוא שני אצל הראש ואם יוסיף יהיה שלישי, הדין עמו ויכול למחות. (הרא"ש כלל ה' סי' ד'). ועיין לעיל סימן קס"ב ס"ז מדיני מקומות בבית הכנסת.

1. אחד מהשותפין שביקש לחלוק, יכול לכפות את שאר השותפין לחלוק אם יש בדבר הזה דין חלוקה. בין בקרקע ובין במטלטלין. ואין זה משנה כיצד נשתתפו (קנו / ירשו / קיבלו מתנה וכדו').

ואם אין בו דין חלוקה - אינו יכול לכופם לחלוק; ויתבאר דינו בסעי' ו.

ב"ב יא. במשנה: "זה הכלל: כל שיחלק ושמו עליו - חולקין, ואם לאו - אין חולקין. אימתי? בזמן שאין שניהם רוצים, אבל בזמן ששניהם רוצים - אפי' פחות מכאן יחלקו".

2. אם עשו קנין שלא לחלוק - מהני, ואין בזה משום קנין דברים. רשב"א. ודעת הש"ך שמהני מחילה בלא קנין, והנתיבות חולק שלא מהני כאן מחילה בלא קנין.

שותפין במקומות ביה"כ: ראובן שרצה לעשות מחיצה במקומו בביה"כ הרשות בידו, ואין שמעון יכול לעכב. ראובן שרצה להוסיף מקום לידו, ושמעון מוחה בטענה שהוא יהיה שלישי במקום שני, הדין עמו.

סעיף ב

במה דברים אמורים, כשאין אחד מהם מכיר את חלקו במקום שהם שותפין בו, אלא יד כולם משתמשת בכל מקום. אבל אם היה אחד מכיר חלקו, אף על פי שאין בו דין חלוקה, כופה כל אחד מהם את חבירו להבדיל בין חלקו לחלק חבירו, כדי שלא יזיקו זה את זה בראיה.

דבר שאין בו דין חלוקה, שכ"א משתמש בחלקו בנפרד, יכול לכוף את השני לבנות מחיצה כדי למנוע היזק ראייה (במקום שיש בו היזק ראייה).

כך ביאר הב"י את כוונת הטור. אולם, הסמ"ע ביאר שכוונתו שאף במקום שאין היזק ראייה, יכול האחד לכופ את חברו להפריד בין החלקים, דהיינו לעשות גבול ניכר ביניהם שלא יהיה נתפס עליו כגנב.

סעיף ג

אי זהו דין חלוקה, כל שאילו יחלק לפי השותפים יגיע לפחות שבהם חלק ששם הכל קרוי עליו. אבל אם אין שם הכל קרוי על החלק, אין בו דין חלוקה.

כיצד, כל חצר שאין בה ארבע אמות על ארבע אמות מרובעות, חוץ מארבע אמות של הפתחים, אינה קרויה חצר. וכל שדה שאין בה כדי זריעת ט' קבין, אינה קרויה שדה. וכל גנה שאין בה כדי זריעת חצי קב, אינה קרויה גנה. וכל פרדס שאין בה כדי זריעת ג' קבין, אינה קרויה פרדס. לפיכך אין חולקין את החצר עד שיהא בה ד' אמות לכל אחד ואחד מהשותפין; ולא את השדה עד שיהא בה זריעת ט' קבין לכל אחד; ולא הגנה עד שיהא בה חצי קב לכל אחד ואחד; (ולא את הפרדס עד שיהא בה בית ג' קבין לכל אחד ואחד).

בד"א, בא"י וכיוצא בה, אבל בבבל וכיוצא בה אין חולקין את השדה עד שיהא בה כדי חרישת יום לזה וכדי חרישת יום לזה; ולא את הפרדס עד שיהא בה ל"ו אילנות לזה ול"ו אילנות לזה, כדי עבודת אדם אחד ביום אחד; ושדה שמשקים אותה בכלי, עד שיהא בה כדי שימלא הפועל יום אחד לזה ויום אחד לזה.

הגה: היה בו דין חלוקה, ומכר אחד מהן לשנים או הורישו לב' בניו, ואין לאחד מהן כדי חלוקה, אינן יכולין לעכב מלחלוק, דלא עדיפי מגברא דאתו מחמתיה (מרדכי ס"פ השואל וסוף כתובות וטור סימן קע"ד).

היו ארבע שותפין ביחד, לב' יש להן שיעור חלוקה ולב' אין להם שיעור חלוקה, הב' שיש להן חלוקה נוטלין חלקן, והב' האחרים נשארו שותפין. ואפילו אמר אחד מאותן שאין בו כדי חלוקה: תנו לי ג"כ חלקי, ואם כן ישאר לרביעי פחות מכדי חלוקה, וכדי לבטל החלוקה אמר כן, אין שומעין לו (תשובת מ"י דקנין סימן י"ד).

שלשה שהיו שותפין בבית, לשנים היה להן כדי חלוקה, ולאחד אין בו כדי חלוקה, וקנה אחד מן השנים חלקו של האחד שאין לו כדי חלוקה, אין יכול לבטל החלוקה, אף על פי שהמוכר היה יכול לבטל (מרדכי סוף כתובות).

1. מהו דין חלוקה? כל שיחלק ושמו עליו, דהיינו שאחר שיחלקו לא יגיע לחלק הפחות שבשותפין דבר שא"א להשתמש בו את אותו תשמיש שהיה ראוי לפני החלוקה.

לגבי זה יש חילוק בשיעורים בין א"י לבבל, בא"י שהיא חשובה ומוציאה הרבה פירות, אפי' חלק בשיעור קטן יותר יש עליו שם שדה. אולם, בבבל השיעור המינימלי הוא כדי עבודת פועל ליום א'. ב"ב במשנה יא. ובגמ' יב.

2. מה הדין בבבל כשיש לכל א' שיעור עבודת יום וחצי? סמ"ע - חולקין, כיון שפועל אינו נשכר לפחות מיום, אך ליום וחצי נשכר. ט"ז - חולקים כשיעור יום, והשאר יהיו שותפים. דבגמ' מבואר בפירוש שפועל אינו נשכר ליום ומחצה. ולענין נראה שודאי חולקים ואע"פ שפועל אינו נשכר, והטעם שלאחר שאנו מגדירים את השיעור המינימלי שוב אין צורך לבדוק האם יש לך יכולת למצוא פועל או לא, אלא מספיק שיש על זה שם שדה כדי שנוכל לחלוק. אלא שהגמ' דנה בשאלה מדוע יש על זה שם שדה, הרי כשיש לו יום חרישה הוא לא ימצא פועלים בשעת הזריעה, וא"כ אין על זה שם שדה. אך לאחר שהגדרנו את השיעור המינימלי לשדה, שוב כל שיש שם כשיעור זה חולקים ואע"פ שהוא יתקשה למצוא פועלים לחצי יום האחרון.

סעיף ד

יש מי שאומר שאם יש לו אצלו קרקע הראוי להצטרף עמו, יכול חבירו לכופו לחלוק.

קרקע שאין בה דין חלוקה, אם יש לאחד מהם קרקע אחרת הראויה להצטרף עמה, יכול חברו לכופו לחלוק. כ"כ הטור בשם הרמ"ה. וכתב הסמ"ע שאף במקום שאם היה דין חלוקה לא היה חייב ליתן לו בסמוך לשדהו,

אך כאשר הוא רוצה לחלוק יכול לכופו, כיון שיכול לצרפו לשדהו. ולא כמו שכתב הטור בשם הרמ"ה דדוקא במקום בו צריך ליתן לו בסמוך לשדהו.

סעיף ה

יש מי שאומר שאם באים לחלוק בית או (חצר), אף על פי שיש בו כדי חלוקה, אם אין בו כדי שיגיע לכל אחד דרך בפני עצמו שלא יצטרך לעבור על חלק חבירו, אין בו דין חלוקה.

הגה: ו"א עוד דבעינן גם כן שיוכל להשתמש בחלקו כל מה שהיה משתמש בכולו, כגון אם היה מרחץ או בית הכסא צריך שיהא ג"כ בחלקו (נ"י בשם הרא"ה ות' הרשב"א סימן תתקי"א).

וכן אם רוצים לחלוק בית שיש בו דין חלוקה, והבית יהיה נפסד ונגרע, אין יכול לכוף חבירו, כל שנראה לבית דין שההפסד יותר מחומש (תה"ד סימן של"ו). וכן אם אין בו דין חלוקה, ויש חומה רחבה ואם יקלישוה יהיה בו דין חלוקה, אם נראה לבית דין שאינו מזיק לבנין, כופין זה את זה לחלוק (תשובת מ"י דקנין סימן י"ד).

ובית שיש בו בו דין חלוקה אם יחלקוהו לרחבו, אבל אם יחלקוהו לארכו לא הוי דין חלוקה, חולקין לרחבו (שם ובס"ר). ואם יש בצד אחד בניינים ובצד שני אין כל כך בניינים, (או בצד א' ר"ה ובצד א' סימטא), מעלין בכספים עד שיהיו החלקים שוים, והכל כדי שלא יצטרכו לשבר הבניינים ולהפסיד; אבל מדעת שניהן עושין כמו שירצו (תשובה הנזכרת לעיל סימן ל"ו).

1. אע"פ שיש בו כדי חלוקה, אם לא יהיה לכל אחד דרך בפני עצמו, הרי זה נחשב שאין בה דין חלוקה. כ"כ הרמ"ה; ואע"פ שב"ב סה. אמרינן "אמר שמואל האחין שחלקו אין להן לא דרך זה על זה וכו'", צ"ל שמדובר שם כשחלקו בסתם ואח"כ הוא דורש את הדרך ובהכי אמרינן שבעין יפה מוכר ולא שייר לו דרך. אולם, אם מראש היה רוצה לשייר לו דרך - יכול.

2. כמו כן, צריך שיוכל להשתמש בחלקו כמו שהשתמש בו קודם לכן, כגון שיהיה לכל א' מרחץ או בית הכסא בחלקו שלו.

3. מה הדין אם יפסד ע"י החלוקה? תה"ד כתב שאם יפסד עד חומש חולקים, אך יתירה מזאת אין חולקים. והחת"ס הסכים עמו לגבי יורשים, ופקפק בדין זה לגבי שותפין.

סעיף ו

אחד מהשותפין שאמר לחבירו במקום שאין בו דין חלוקה או בדבר שאי אפשר שיחלוקו, כגון שפחה או כלי: מכור לי חלקך בכך וכך או קנה ממני חלקי כשער הזה, הדין עמו וכופין את הנתבע למכור לחבירו או לקנות ממנו. (אפי' אמר ליתן בו הרבה יותר מדמיו, צריך השני לקנות או למכור) (טור בשם הרא"ה ומרדכי ספ"ק דב"ב והמגיד פ"א דשכנים וריב"ש סימן תפ"ג וב"י בשם הרמב"ם ותשובת רמב"ן סימן מ"ג ורש"י ותוס').

אבל אם אין התובע רוצה לקנות, או לא ימצא במה יקנה, אינו יכול לכוף את חבירו לקנות ממנו אפילו בשער הזול, שהרי חבירו יכול לומר לו: איני רוצה שאקנה אלא שאמכור.

לפיכך שני אחים, אחד עני ואחד עשיר, שהניח להם אביהם מרחץ או בית הבד, עשאו האב לשכור, השכר לאמצע כל זמן שירצו לעמוד בשותפות. (ואין העשיר יכול לומר: השכר חלקך, דאין דרך לשכור דברים כאלו לחצאין, מה שאין כן בטרקלין) (המגיד). עשאו האב לעצמו, אין יכול לכוף אחיו לשכור אותם, אלא משתמשים בהם כדרך שנשתמש אביהם, והרי עשיר אומר לעני: קח לך זיתים ובא ועשאו בבית הבד; קנה לך עבדים ויבואו וירחצו במרחץ.

ואין העני כופה את העשיר לקנות חלקו, אא"כ אמר לו: קנה ממני או מכור לי והריני לוח וקונה או מוכר לאחרים וקונה, הדין עמו. הגה: ו"א דלא יוכל לומר: גוד או אגוד כשאין לו מעות רק צריך למכור (חלקו) (טור בשם י"א מרדכי פ"ק דב"ב).

ואין אדם יכול לומר לחבירו: גוד או אגוד בפחות משויו, דאם לא כן ידחוק העשיר את העני למכור את שלו פחות משויו (ב"י בשם הרמ"ה).

1. גוד או אגוד - בדבר שאין בו דין חלוקה או שא"א לחלקו, יכול האחד לומר לחברו או קנה אתה חלקי בכך וכך דמים, או שאני אקנה חלקך בסך הנ"ל. ב"ב יג. מח' רב יהודה ורב נחמן, וק"ל כרב יהודה מדאמר אמימר בעמוד ב' "אמר אמימר, הלכתא: אית דינא דגוד או אגוד. אמר ליה רב אשי לאמימר: הא דרב נחמן מאי? אמר ליה: לא שמיעא לי, כלומר לא סבירא ליי. וכן פסקו הרי"ף, הרא"ש והרמב"ם.

2. יכול המציע להעלות בדמים, אפי' שוה מנה במאתיים; שהרי הוא מוכן לשלם לחברו את המחיר הזה על חלקו, א"כ בשבילו זה באמת המחיר. כ"כ התוס' בשם ר"י בב"ב יג., וכן הוכיח הרא"ש מדברי רש"י שכתב "קוף לי דמים" והסכים עמהם לדינא. וכן דעת הרמב"ם והרמב"ן והרבה ראשונים. לעומת הריצב"א שחולק וס"ל שא"א להעלות בדמים, וכן דעת רבינו ישעיה והגאונים. **אך השו"ע והרמ"א פסקו שיכול.**

3. אך אין הוא יכול להציע מחיר יותר זול, ואע"פ שהוא מוכן למכור את חלקו במחיר הזה. כ"כ הרמ"ה וטעמו כדי שלא ידחוק העשיר את העני למכור לו בזול, שהרי אין לו כסף לקנות ממנו אפי' בזול.

4. אם אין התובע יכול לקנות, או שאינו רוצה לקנות - אינו יכול לכופ את חברו לקנות ממנו ואפי' בזול. כיון שגוד או אגוד זה דווקא כאשר הוא נותן לחברו את יכולת הברירה בין ב' האפשרויות, האם לקנות או למכור, אך בכה"ג חברו מוכרח לקנות, ואין הוא יכול להכריח אותו לקנות ממנו. כך מבואר בגמ' הנ"ל לגבי עבד "שאני הכא, דאגוד איכא, גוד ליכא"; וכן להיפך. ועוד מבואר שם שאפי' עני שאינו יכול לקנות מבחינה טכנית, מפני שאין לו כסף, אינו יכול לומר גוד או אגוד.

5. עשיר ועני שירשו מרחץ או בית הבד (שאינו יכול להחלק אך יכולים לעבוד בו יחד) אין העני יכול לומר לעשיר 'גוד או אגוד' שהרי אינו יכול לקנות.

ב"ב יג. "ת"ש: שני אחין, אחד עני ואחד עשיר, והניח להן אביהן מרחץ ובית הבד, עשן לשכר - השכר לאמצע, עשן לעצמו - הרי עשיר אומר לעני: קח לך עבדים וירחצו במרחץ, קח לך זיתים ובא ועשה בבית הבד! התם נמי גוד איכא, אגוד ליכא". מבואר בגמ' שכיון שהעני אינו יכול לקנות, אינו יכול לומר לאחיו גוד או אגוד.

ולכן יש ב' אפשרויות אחרות: חלוקת שכירות או חלוקת זמנים. אם האב עשן להשתמש בהם לעצמו - אין העני יכול לכופ העשיר להשכיר ולחלוק השכר, אלא עושין חלוקת זמנים, וכיון שאין לעני במה להשתמש הפסיד; ואינו העני יכול לומר שהוא רוצה שבזמן שלו המרחץ יהיה ריק סתם אלא משתמש בו העשיר. וכתב הנה"ח שפשיטא שהעני יכול להשכיר חלקו שלו לאחר, אם ימצא שוכר.

אך אם האב עשן להשכיר, כופה העני את העשיר להשכירם ולחלוק בדמיהם.

פסק כשיטת הרמב"ם שעשן לשכר או לעצמו היינו שהשאלה מה הייתה מטרת השימוש של האב, ולא כר"י בתוס' שפירש שהכוונה האם המקום ראוי להשכרה או לא, ולדעתו תמיד השכרה עדיפה. השו"ע פסק כן לגבי יורשים, השאלה מה דעתו לגבי שאר שותפים? שיטת הנה"ח והגר"א שה"ה בשאר שותפין, שהשאלה מה היה הייעוד המקורי של הדבר, ואינו יכול לכופו לשנות ממנו. אולם, דעת הסמ"ע שדין זה נכון דווקא כשא' עני וחברו עשיר, אך אם שניהם עשירים יכול לכופו להשכיר, שהרי אף הוא עצמו יכול לקנות הכל. ולענ"ד נראה שדעתם שדווקא ביורשים הדין כן משום תחת אבותיך יהיו בניך ובעינא למידר בה כי היכי דדרו בה אבהתי, אולם בסתם שותפין כו"ע מודו שחלוקת שכירות עדיפה טפי.

הרחבה: בפשט הגמ' משמע שאם האב עשן להשכיר חולקים את השכירות, ואין הא' יכול לכופ את חברו לחלוק באופן שיגרום לשינוי מהייעוד המקורי; וכן להיפך. וכך פסק הרמב"ם בפשטות (המ"מ פירש בדבריו כדברי התוס'). אולם, התוס' פירשו שדברי הגמ' 'עשן לשכר' או 'עשן לעצמו' הם לאו דווקא, ופירש הרשב"א שלדבריהם 'עשן לשכר' היינו שעשן גדולים באופן שהם ראויים להשכרה. (וכן פירשו רבינו יונה, רשב"א וריטב"א).

נמצא שלדברי הרמב"ם כאשר אין דין 'גוד או אגוד', או מפני שאין א' מהם יכול לגוד או מפני שאינם רוצים למכור חלקם, יש לנו ב' מסלולים נפרדים: אם הנכס היה מושכר קודם לכן, חולקים את השכר. ואם היו משתמשים בו בעצמם, חולקים את זמני השימוש.

אולם, לדעת ר"י כאשר אין דין גוד או אגוד, אנו מעדיפים להשכיר את הנכס ולחלוק את דמיו, ואם א"א להשכירו (או שלא מוצאים שוכרים) - יחלקו את זמני השימוש.

האם דין זה נכון רק בעני ועשיר?

השו"ע בסעיף ח' כתב לגבי שאר אנשים, שאם לא רצו לעשות גוד או אגוד: "אם היה המקום עשוי לשכור שוכרין אותו וחולקים שכרו, ואם אין המקום עשוי לשכור" חולקים את השימוש לזמנים. בפשטות משמע שהשאלה אם ראוי

להשכיר את המקום או לא, שאם אפשר להשכיר עדיף להשכיר, ואם לא יחלקו את זמני השימוש. וכן הבין ה'דרכי משה' שכתב שמדברי הרמב"ם הללו (שהשו"ע העתיק לשונו) משמע שחלוקת שכירות עדיפה על חלוקת זמנים. אולם, לפי זה קשה מדוע בסעיף ו' פסקו השו"ע והרמב"ם שאם האב לא עשאו על דעת להשכיר, אין העני יכול לכוף את העשיר להשכיר את הנכס? שהרי לא עולה על הדעת שאם הוא היה עשיר, היה יכול לכפות אחיו להשכיר את הנכס, אך כיון שהוא עני ולא יכול להשתמש בו, אז הוא לא יוכל לכוף אותו להשכיר. אע"פ שכן כתב הסמ"ע בס"ק יג שדין זה של סעיף ו' נכון רק לגבי עני, אך בשניהם עשירים יכול לכוף להשכיר. אך כבר תמה עליו ה'נתיבות בס"ק י, וכתב שאין זה מן הסברא.

לכן, פירשו הגר"א והנתיבות שכוונת השו"ע באומרו "עשוי לשכור", לא במובן ראוי אלא במובן שהוא עשוי לכך מעיקרא, ונמצא שכוונתו שאם עד עכשיו השכירו, גם עכשיו ישכירו ויחלקו את שכרו; אולם, אם היו משתמשים בו יחד, יחלקו את השימוש בזמנים. ונמצא שלדבריהם אין חילוק בין עני ועשיר לעשיר ועשיר, אלא שבכל ענין אם לא עושים גוד או אגוד, אז א"א לשנות מהיעוד המקורי.

ולענ"ד נראה מלשון השו"ע והרמב"ם יותר כמו שהבינו הדרכי משה והסמ"ע, שבאמת יש חילוק בין סעיף ו' לסעיף ח', אלא שהחילוק אינו בין עני ועשיר כמו שהבין הסמ"ע, אלא שהחילוק הוא בין שותפות בירושה לשותפות רגילה. הדין העקרוני הוא הדין המבואר בסעיף ח', שלעולם אנו מעדיפים חלוקת דמי השכירות על פני חלוקת זמנים, ואע"פ שקודם לכן לא השכירו, אך עכשיו כשרוצים להיפרד יכול האחד לכוף את חברו להשכיר ולחלק בשכר, שהרי א"א לחלוק את הנכס ממש (כיון שאין בו דין חלוקה). אולם, בסעיף ו' מדובר על יורשים שירשו נכס משותף שאינו ניתן לחלוקה, שכאן הגמי' אומרת שזה תלוי בדעתו של האב, שאם עשאו האב לשכר או לשימוש העצמי, אין אחד מהירשים יכול לכוף את אחיו לשנות את הייעוד המקורי. ואולי החילוק הוא מפני ש"תחת אבותיך יהיו בניך" ו"בעינא למידר בה כי היכי דדרו בה אבהתי".

אף כשעשאו האב לעצמו שאין העני יכול לכוף העשיר להשכיר, היינו דווקא כשרוצה להשכיר את כל הנכס, אך יכול העני להשכיר חלקו לבד, נתיבות בשם המרדכי.

6. האם העני יכול לומר לעשיר או קנה אתה חלקי, או אמכור חלקי וחלקך לאחר ואתן לך את מחצית הדמים? שו"ע - כן כדעת הרמב"ם. רמ"א - לא כדעת הרא"ש. אך לכו"ע יכול למכור חלקו לאחר, ואח"כ הקונה יוכל לומר לעשיר 'גוד או אגוד' אלא שכך הוא יצטרך למכור יותר בזול.

והסכימו הסמ"ע והש"ך שהיינו כאשר אין העני רוצה להשתמש בזה לעצמו, אלא שהוא רוצה למכור הכל לאחר כדי להעלות הנכס במחיר, ולכן כתב הרמ"א שבכה"ג אינו יכול לומר לעשיר שימכרהו לאחד מהשוק, שהרי העשיר רוצה לקנות כפי שוויו. אולם, אם העני רוצה לקנות לעצמו כדי להשתמש בנכס, אלא שהוא רוצה לשם כך לקחת הלוואה מאחר – שומעין לו אף לדעת הרמ"א. **והנתיבות (ח) כתב** שאם העשיר אומר לעני 'גוד או אגוד' יכול העני לומר אגוד ואמכרנה לאחרים, דכיון שיש מי שרוצה ליתן בה יותר הרי זה כאילו העשיר נותן פחות מהשווי של הנכס. ודווקא כשהעני אומר לעשיר גוד או אגוד ואמכרנו לאחר – אינו יכול.

סעיף ז

אמר כל אחד מהם: איני קונה אלא הנני מוכר חלקי, מוכרים אותה לאחרים.

1. אם אחד רוצה לחלוק, אך אינו רוצה לקנות וגם השני אינו רוצה לקנות, אלא שניהם רוצים למכור - מוכרים לאחרים. וכתב הנתיבות שהחידוש הוא שאע"פ שאחד רוצה למכור רק חלקו לבד לקרובו, יכול חברו לעכב עליו שימכרו את הכל יחד לאחר, ויקבלו מחיר מלא.

סעיף ח

אמר כל אחד מהם: איני מוכר אלא כל אחד מהם רוצה שיקנה חלק חבירו, או שאין אחד מהם רוצה לא לקנות חלק חבירו ולא למכור חלקו אלא ישארו שותפין, אם היה המקום עשוי לשכור שוכרין אותו וחולקים שכרו.

הגה: ויכול אחד לומר לחבירו: או שכרהו אתה בכך או אני אשכרהו בכך, כדינא דגוד או אגוד (ריב"ש סי' רכ"ז).

וכל מקום שיכולין להשוות עצמם כדינא דגוד או אגוד, עדיף מחלוקת אלו. (טור והמגיד פ"א דשכנים ותשובת רשב"א סימן תתקנ"ו).

ואם אין המקום עשוי לשכור, אם הוא חצר (או חנות או בית שאי אפשר להם לדור ביחד) (טור), שוכנים בה שנה שנה, שאי אפשר שישכנו שניהם כאחד, מפני היזק ראיה, שהרי אין בה דין חלוקה; ואין אדם עשוי לטרוח כל שלשים יום לפנות מחצר לחצר, אלא

משנה לשנה. הגה: ו"א דבחצר צריכין להשתמש ביחד, דהרי משועבד לכל אחד לביתו המיוחד לו, ומהאי טעמא אין בחצר דין גוד או אגוד (טור בשם הרא"ש וב"י בשם הרמב"ן ובשם הרשב"א). ודווקא בד' אמות הצריכין לכל פתח, או בדרך הצריך לכניסה ויציאה, אבל בשאר חצר אמרינן: גוד או אגוד ועיין לקמן סעיף י"ז.

ואם האחד יש לו שני שלישים, והאחד יש לו שליש, יטילו שני גורלות אחד משנה ואחד משנתים, ואותו שיש לו שני שלישים ישתמש בו שני שנים רצופות.

ואם מרחץ הוא, נכנסים בה שניהם תמיד בכל יום. וכן כל דבר שראוי להשתמש בו (ביחד) ואינו עשוי לשכור, כגון ספר תורה או מצע, אינו יכול לומר לו: השתמש אתה יום ואני יום, שהרי אומר לו: בכל יום אני רוצה להשתמש בו.

ואם הוא דבר שאין יכולין להשתמש בו כאחד, חולקין אותו בימים.

הגה: לא חלקו, והשתמש בו אחד מן השותפין כמה שנים, לא יוכל אחר כך האחר לומר: אשתמש ג"כ זמן שנשתמשת, דכל זמן שלא חלקו כל אחד בשלו הוא משתמש (רשב"א ח"ב סימן קמ"א).

1. אם אף אחד אינו רוצה למכור חלקו, ישארו שותפים. וכיצד ישתמשו? אם זה דבר שאפשר להשכירו ולחלוק בשכרו - ישכירוהו. ואם אינו ראוי להשכרה - יחלקו את זמני השימוש בו, א"כ זה דבר שיכולים שניהם להשתמש בו יחד בלא להפריע האחד לשני כגון מרחץ ובית הבד, שאז ישתמשו בו יחד. כנלע"ד דעת השו"ע, וכן ביאר הסמ"ע. וכן דעת הרמ"א לכו"ע. אולם, הנתיבות והגר"א ביארו שלדעת השו"ע השאלה למה הדבר היה משמש קודם לכן, וכמו שביארנו בסעיף ו'.

דבר שראוי להשתמש בו יחד כגון מרחץ וכדו', נראה לי שהכוונה ששניהם יכולים להשתמש בו כל יום יחד, ואין הכוונה שיכולים להשתמש בו באותו רגע יחד, כיון שהוא יכול לטעון לא רוצה לראות אותך. אך סו"ס אתה צריך להתקלח רק פעם ביום אז תבוא כשהוא לא נמצא. וכן ס"ת כל אחד יכול לבוא ולקרוא בו בזמנו, ולאו דווקא שניהם יחד באותו רגע ממש.

2. דין חצר: השו"ע פסק כרמב"ם שמשתמשים בה שנה שנה. ודעת הרמ"א שמשתמשים יחד, כיון שהיא משועבדת לכל אחד לשימושי ביתו. והיינו בד' אמות שלפני הפתח, או בדרך הנצרך לכניסה ויציאה; רמ"א.

3. האם יכול לומר 'גוד או אגוד בחצר: לדעת השו"ע - כן. לדעת הרמ"א - לא שהרי שנינו זקוקים לחצר כדי להיכנס לבית.

4. אם יש לא' $\frac{2}{3}$ ולאחד $\frac{1}{3}$ - אפי' בדבר שיכולים להשתמש בו כאחד - חולקים את הימים. כן דייק הנתיבות, שכיון שאם ישתמשו בו יחד לא תהיה משמעות לבעלות של בעל $\frac{2}{3}$, שהרי השימוש שלו אינו יותר משל חברו, ולכן זה עצמו סיבה כדי לדרוש חלוקת שכירות.

5. לא חלקו, והשתמש בו אחד כמה שנים, אין השני יכול לדרוש להשתמש בו כנגד הזמן שהשתמש בו חברו, כיון שהראשון בשלו השתמש. כ"כ הרשב"א בתשובה ח"ב קמ"א.

6. איש ואשה שגרים ביחד ורוצים לחלוק: אם שניהם רוצים לקנות - האיש קודם והאשה נדחית, דטלטולא דגברא קשה מדאיתתא. אולם, אם היא תובעת גא"א והוא אינו רוצה לקנות - היא קודמת, דלא הפסידה זכותה משום טעם זה. וכן אם התגרשו אם היא רוצה לקנות - קונה, ובעלה צריך להסתלק, אך אם שניהם רוצים לקנות - הוא קודם. פת"ש בשם שער המשפט.

סעיף ט

אחד השוכר מחבירו מקצת שדה, או חצר שאין בה דין חלוקה; או שנים ששכרו מקום אחד בשותפות, כל אחד מהם יכול לכופף את חבירו ולומר לו: או שכור ממני חלקי או השכר לי חלקך. ואם יש בה דין חלוקה, חולקין. (ויש חולקין וסבירא להו דלא שייך חלוקה בדבר השכור לזמן (טור). ועיין לקמן סימן ש"ו סעיף ב').

1. האם יש דין 'גוד או אגוד' בשכירות?

א. ראב"ד, רא"ה, ר"י מיגש - אין דין גוד או אגוד אלא ביורשים או מקבלי מתנה, אך לא בלקוחות ושוכרים דכיון שמדעתם נכנסו להשתתף בדבר שאין בו דין חלוקה, על דעת זה נשתתפו בו שישארו יחד שותפים. הרשב"א כתב שאף לשיטתם אם היורש מכר חלקו - יכול הלוקח הבא מכוחו לדרוש גוד או אגוד, כיון שהוא קנה את הכח שהיה לראשון בשדה זו. ובמקרה ההפוך כתב כסף הקדשים (סעי' ו) שאם מכר אחד מהשותפים חלקו לאחר וחברו לא מיחה, אע"פ שקודם המכירה לא יכלו לומר 'גוד או אגוד' (לשיטה זו), אך לאחר המכירה יכול השני לומר 'לא נח לי להיות שותף של הקונה', ואע"פ שהוא הסכים למכירה אך זה רק בגלל שידע שכלפי הראשון לא יוכל לתבוע גוד או אגוד, אך מול השני יוכל.

ב. דעת רב האי והרא"ש - יש דין גוד או אגוד אף בלקוחות, אך לא בשכירות, בטור משמע שאף הם לא חלקו אלא כשהמצב השתנה משעת הלקיחה, כגון שלקחו בית להשכירו ונפל ביתו של אחד מהם והוא זקוק לבית המשותף כדי לדור בו; אך אם לקחו בית כדי לדור בו ביחד, או כדי להשכירו יחד והמצב כשהיה - לא יוכלו לבטל השותפות; כן משמע מלשון הרא"ש בתשובה. אולם, מדברי הרשב"א בתשובה המובאת בב"י שם משמע שבכל ענין יכולים לבטל השותפות מטעם של 'סבור הייתי שאני יכול לקבל ועכשיו אני יכול לקבל', ואע"פ שלא קי"ל בהכי כר"מ לגבי מומין באשה וכדו', אך דווקא התם כשקיבל עליו בפירוש משא"כ הכא כשקיבל עליו בסתם כו"ע מודו. ועדיין זה נכון דווקא במקרה שלקחו להיות שותפין לעולם, אך כששכרו לזמן לא שייך לומר כן, אלא תחכה עד סוף הזמן ותיפרד ואדעתא דהכי נשתתפת.

ג. דעת הרמב"ם - אף בשכירות ואע"פ שמסתמא קיבלת על עצמך שלא לפרק השותפות עד סוף הזמן, אך יכול הוא לומר 'סבור הייתי שאני יכול לקבל, ועכשיו אני יכול לקבל'. וה"ה כתב טעם נוסף שיכול לומר לא נשתתפתי עמך אלא ע"ד לעשות אח"כ גוד או אגוד, ומה שנשתתפנו יחד היה רק כדי להוריד את המחיר, שלא כ"א יעלה לחברו.

מה פסק השו"ע?

אצלנו פסק השו"ע כרמב"ם, אולם בסימן שט"ז ס"ב פסק כרא"ש!! הסמ"ע חילק בין חלוקה במחיצה לחלוקה בלא מחיצה, שאצלנו מדובר בחצר דומיא דשדה שאין בה היזק ראייה, ולכן יכול לכוף כיון שאין צריך לבנות מחיצה; אולם שם מדובר בבית שצריך לחלקו במחיצה ולכן פסק כרא"ש שא"א לכוף, דכיון שאינו שלהם איך יחלקוהו במחיצה. וקשה, שהרי הב"י תמה על הטור וכתב שמפני היזק ראייה אין בעיה שיבנו מחיצה אע"פ שזה דבר שכור; וא"כ קשה לומר שפסק כטור שא"א לעשות מחיצה?!

אולם, הש"ך חילק שאצלנו מדובר שיש היזק ראייה, ולכן פסק כרמב"ם שאפשר לכוף לחלוק אף בשכירות. אולם שם מדובר שאין בעיה של היזק ראייה שהרי מדובר על שנים שדרים כאחד באותו בית, אלא שהוא רוצה לעזוב ולהביא אחר במקומו, וכיון שהשני מסרב הוא רוצה לחלוק, ובכה"ג פסק השו"ע כרא"ש שאין יכולים לחלוק כיון שהם רק שוכרים. נמצא שלשיטתו השו"ע פסק כרא"ש שבעצם בשכירות האדם נכנס על דעת שלא לפרק עד סוף הזמן, אלא שהוא יכול לטעון סבור הייתי שאני יכול לקבל רק על דברים מהותיים כגון היזק ראייה.

סעיף י

אם אין בו דין חלוקה, ואמר האחד: נעשה ב' חלקים, אחד שיהא בו כשיעור ואחד קטן, ואני אטול הקטן ואתה טול הגדול, ותן לי דמים ששוה יותר הגדול, אינו יכול לכופו.

ואפילו אם אמר לו: טול אתה הגדול במתנה, יכול הלה לומר: אין רצוני לקבל מתנה. ויש חולקין בזו.

אבל אם אמר לו: טול אתה הגדול בשווי ואני הקטן או: אקח אני הגדול בשווי ואתה טול הקטן ואם תאמר שאינך חפץ בקטן אני אקח הכל, שומעין לו, אף על פי שאינו מניח את חבירו ליטול הכל.

מצבים של 'גוד או אגוד'

1. אין יכול לומר "טול אתה שיעור בדמים כלומר תיקח יותר מחלקך ותשלם לי כנגד חלקי ואני פחות", כיון שיכול לומר שאינו רוצה לשלם כסף, ומאידך הוא לא רוצה שחברו יקח שיעור וישאיר לו חלק קטן שהרי הוא אינו ראוי לשימוש.

2. האם יכול לומר לו "טול אתה שיעור בחינם ואני פחות"? כתב השו"ע שאינו יכול לומר כן, אך יש חולקים שיכול. ב"ב יג: "טול אתה שיעור ואני פחות - שומעין לו, רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין שומעין לו; היכי דמי? אילימא כדתני, מאי טעמא דרשב"ג? וכו'. לעולם כדקתני, ודקאמרת: מ"ט דרשב"ג? משום דאמר ליה: אי בדמי - לית לי דמי למיתן לך, במתנה - לא ניחא לי, דכתיב: ושונא מתנות יחיה". הרי"ף כתב שהלכה כרשב"ג דמסתבר -

טעמיה, והר"ח והרא"ש כתבו שהלכה כת"ק דהלכה כרבים, ועוד ששיטת הגמ' כת"ק. ופסק השו"ע כרי"ף, וכן הסכים הש"ך.

3. אך יכול לומר "טול אתה שיעור בדמים ואני פחות, או אטול אני שיעור בדמים ואתה פחות, ואם אינך רוצה אטול הכל בדמים". כ"כ רבינו יונה. ואע"פ שאינו נותן לו את האפשרות לקנות הכל, אך סו"ס נותן לו ברירה לקנות לעצמו חלק כשיעור, או שיקנו ממנו חלק כשיעור או הכל.

סעיף יא

חצר שיש בו שבעה אמות, וראובן יש לו ארבע אמות, ושמעון אין לו אלא שלש, ואין שמעון רוצה לחלוק, יכול ראובן לומר לו: אטול חלקי חוץ מאמה אחת שאשאר שותף בה עמך, ואחר כך יאמר לו: גוד או אגוד.

1. אם לראובן יש ד' אמות ולשמעון ג' אמות, יכול ראובן ליטול ג' אמות לעצמו, ואמה אחת יניח בשותפות כדי שיהיה בה דין חלוקה, ואין שמעון יכול לעכב עליו. ואח"כ יוכל לומר לשמעון גוד או אגוד.

האם מלכתחילה יכול ראובן לומר 'גוד או אגוד'? הב"ח - לא, כיון שיש לו ד' אמות אין שמעון יכול לומר לו 'גוד או אגוד', ולכן צריך לעשות דוקא בצורה הזאת. ש"ך - כן, ותמה על הב"ח מדוע אין שמעון יכול לטעון 'אגוד'? ואע"פ שראובן יכול לעכב עליו מלגוד כל הדי' אמות שלו, אלא יוכל להניח לו רק אמה אחת, אך עדיין מסתמא לא יעשה כן; ועוד מה בכך שיעשה כן?! וכתב שהרבותא היא שראובן לא יכול ליטול כל חלקו ולהשאיר את חברו בלא דין חלוקה.

הב"ח תמה מדוע השו"ע והטור כתבו באופן הזה, ומדוע שלא מלכתחילה ידרוש 'גוד או אגוד', דהיינו גוד אמה אחת ממני, או אגוד את השלש שלך? ורצה להוליד מזה דין חדש, שבאמת בכה"ג אינו יכול לדרוש גוד או אגוד עד שיטול את הג' אמות שלו. וטעמו נראה מפני שבעל הדי' אמות יכול להכריח את בעל הג' למכור לו את כל חלקו; שאם יסרב הקטן, ויאמר לא אמכור לך אלא אמה אחת, יאמר לו א"כ גילית אדעתך שאתה מוכן לקבל פחות מדי' אמות, וא"כ יוכל לכופו על חלוקה. אולם בעל הג' אמות, לא יכול לכופו את הגדול למכור כל חלקו אלא אמה אחת, שהרי הגדול יכול לומר לו 'לא אמכור לך אלא אמה אחת' וזה מספיק כדי שיהיה ראוי לו לתשמיש.

אולם, הש"ך חלק ודחה דבריו, וכתב שודאי שבכה"ג יכולים שניהם לומר גוד או אגוד, ואע"פ שרק הגדול יכול להכריח לקטן שימכור את כל חלקו, ואילו הקטן אינו יכול להכריח לגדול. דאין צורך שיהיה את השוויון הזה. וכתב שהרבותא של השו"ע היא שאין הגדול יכול לקחת את כל חלקו וללכת (שהרי יש לו חלק הראוי בפני עצמו), אלא הוא משועבד לקטן שיהיה לו כדי שימוש.

והנתיבות והט"ז כתבו שהרבותא היא שדוקא במקרה זה יכול הגדול לקחת את חלקו ולהשאיר אמה אחת, ואין השני יכול לעכב עליו. אולם כשיש לכל אחד מהם ג' אמות ומטה, אין האחד יכול לומר אקח ב' אמות משלי ואשאיר לך אמה אחת בשיתוף, דיכול השני לעכב עליו ולומר אני גם רוצה לקחת את השתיים שלי. מה שאין כן כשיש לאחד ד' אמות, שאם השני יעכב ויאמר שהוא רוצה לקחת את השתיים שלו, יאמר לו הגדול א"כ קח את כל חלקך ולך, ואני אשאר עם הדי' אמות שלי.

סעיף יב

דינא דגוד או אגוד אפילו בדבר שכולו אינו ראוי לאחד הוא, (ויש חולקין בזה) (טור).

1. האם אפשר לתבוע 'גוד או אגוד' כאשר הכל ביחד אינו ראוי אפי' לאחד? כגון חצר שכולה ג' על ג'. שו"ע - כן. רמ"א - לא. נחלקו בדין זה הרמב"ן והטור, הרמב"ן סובר שאף בכה"ג אמרינן 'גוד או אגוד', והטור חולק וסובר שהשני יכול לטעון איני חפץ לקנות דבר שאינו ראוי לתשמיש חצר.

והרמ"ה כתב שבכה"ג שיש בו ג' על ג' אין שם חצר עליו כלל, ואין בעיה לחלקו לחצאין, שהרי גם לאחר החלוקה שמו עליו. וכתב הסמ"ע שכולם מודים לרמ"ה, ולא פליגי אלא במצב שבו עדין יש על זה שם חצר בדוחק.

סעיף יג

דבר שאין תשמישו שוה, כגון שתי שפחות שהאחת יודעת לאפות ולבשל והאחת יודעת לטוות, או שני כלים שאין מלאכתן שוה וכל אחד צריך לשניהם, אפילו אם דמיהם שוים, אין אחד יכול לומר לחבירו: טול אתה זה ואני השני או איפכא, לפי שכל אחד צריך לשניהם. וכן אם יש להם שדה וחרם, ואין בשום אחד מהם כדי חלוקה, אפילו אם דמיהם שוים, לא יאמר: טול אתה שדה ואני חרם או איפכא. ואפילו אם יאמר לו:

גוד או אגוד בשניהם כאחד, אין שומעין לו, אלא אם ירצה יאמר לו באחד מהם: גוד או אגוד והשני ישאר בשותפות, או יאמר בכל אחד זה אחר זה: גוד או אגוד. ושני דברים שתשמישן שוה ודמיהן שוין, ואין בשום אחד מהם כדי חלוקה, הא ודאי שיכול לומר כל אחד מהם לחבירו: גוד או אגוד (דהיינו שחולקין אחד נגד חבירו, ואחד נוטל אחד והשני שני) (טור). והוא הדין לאם אין דמיהם שוים. הגה: ואין חילוק בין אם אחד נותן לשני מה דביני ביני, או שאומר לו שיקח אחד מהן בלא תוספת דמים והוא יקח השני או להפך (טור). ויש מי שחולק בזה.

1. דבר שאין תשמישו שוה, אפי' אם דמיהם שוים, אין חולקים אותם זה כנגד זה, כיון שכל אחד צריך את שניהם.

ב"ב יג: "רבי בר חיננא ורב דימי בר חיננא שבק להו אבוה תרתי אמהתא, חדא ידעא אפיא ובשולי, וחדא ידעא פילכא ונוולא, ואתו לקמיה דרבא ואמר להו: לית דינא דגוד או אגוד! שאני התם, דלמר מיבעי ליה תרוייהו ולמר מיבעי ליה תרוייהו, כי קאמר ליה: שקול את חדא ואנא חדא - לאו גוד או אגוד הוא". וכתב הרמב"ן שהטעם שאינו מכריח את האדם למכור או לקנות, אלא צריכים לתת לו את הברירה לבחור אחד מהם; ולכן בכה"ג שהברירה היא איזה חפץ לקנות ואיזה למכור, ולא האם לקנות או למכור, לא הוי בכלל גוד או אגוד.

אך יכול לומר לחברו על כל א' מהם בנפרד: גוד או אגוד. ואינו יכול לומר 'גוד שניהם או אגוד שניהם'. כדעת הרמ"ה שיכול חברו לומר לו די לי באחת מהן. ודלא כרש"י שכתב שיכול לומר 'גוד או אגוד' על שניהם יחד.

2. דבר שתשמישו שוה ודמיו שוים, חולקים אחד כנגד השני. בפשטות היינו אומרים שזה מדין חלוקה וכלל לא מדין 'גוד או אגוד', וכן מבואר ברמב"ן בחידושים, שהרי בכה"ג אנו מכריחים את האדם גם לקנות וגם למכור. אך מלשון הטור והשו"ע משמע שאף זה מדין 'גוד או אגוד', כיון שסו"ס אתה מכריח אותי להסתלק מהחפץ האחד ולמכור לך חלקי.

3. ואם אין דמיהם שוים: ג"כ חולקים אחד כנגד השני, ונותן לחברו הברירה האם ליקח הגדול ולהוסיף דמים או להיפך, וכן יכול ליתן לו במתנה את התוספת. ולא שייך כאן הטעם של 'שונא מתנות יחיה', דיכול לומר לו אם אינך חפץ במתנה קח הקטן או שלם לי את דמי התוספת.

ויש מי שחולק הרמב"ן והרשב"א, דס"ל שכאשר יש הפרש במחיר, הוי כאין תשמישו שוה.

סעיף יד

שני אחים שירשו שני בתים גדולים שיש בכל אחד כדי חלוקה, והאחד אומר: נחלוק כל בית בפני עצמו, והשני אומר: לא כי אלא נחלוק בית כנגד בית, לזה שאמר נחלוק בית כנגד בית, שומעין. הגה: וכל שכן אם אין בכל בית כדי חלוקה, שחולקין בתים כנגד בתים, הואיל ותשמישן בשוה. וכמו שנתבאר בסמוך (דעת עצמו).

והא דבית נגד בית חולקין, היינו בדבר שתשמישן שוה. אבל יש אומרים דרוב בתים אין בהם דין חלוקה, שאין כל הבתים והחדרים שוין, ואין חולקין בית נגד עלייה או חדר שאין תשמישו שוה לו, וכל שכן במקום שיצטרך לסתור בחלונות או פתחים ולחזור ולבנות, שיצטרך להוציא הוצאות, שאין חולקין בית אחד (ריב"ש סימן רכ"ז). אבל מדברי הרא"ש בתשובה (הביאו הטור בסימן זה סכ"ח) נראה דחולקין בית נגד חנות או מרתף, ונראה לי דהוא הדין נגד חדר או עלייה, דזה מקרי תשמישו שוה. גם לענין הוצאת הבנין, אם נראה לבית דין שאינו מזיק להם כל כך, חולקים, וכמו שנתבאר לעיל סעיף ה' לענין הפסד הבתים.

מיהו לענין גוד או אגוד אין חילוק בין בית או מקום ב"ה או שאר דברים, שיוכל לומר על כולו ביחד: גוד או אגוד (ד"ע ותשובת רשב"א סימן תתקנ"ו).

יש אומרים דאין דין גוד או אגוד רק בדבר שהגוף שלהן, אבל במשכנתא או כדומה, שעתידין לגבות מעותיהן, אין אומרים: גוד או אגוד, רק חולקין המעות (רבי' ירוחם נכ"ז ח"ב ותשובת רמב"ן סימן ע"ג מ"ג/ג). ונראה לי דאם משתמשין במשכנתא, הוי כמו שכירות, כמו שנתבאר סעיף ט' דיש חולקין.

1. כשירשו ב' בתים ויש בכל אחד מהם כדי חלוקה, האם חולקים בית נגד בית? שו"ע ורמ"א בשם הרא"ש - כן. ריב"ש - לא (ודעת הסמ"ע והט"ז שאף הרא"ש לא חלק ומודה לריב"ש, והש"ך הסכים עם הרמ"א). וטעמו של הריב"ש שכיון שבד"כ הבתים שונים אחד מהשני, בגודל ובאורה, נמצא שאין זה בגדר תשמישן שווה, ועוד צריך להוציא הוצאות כדי להשוות אותם אחד לשני; ולכן לא שייך בהם חלוקה של אחד כנגד אחד, או חלוקה לחצאים, אלא רק גוד או אגוד. ואילו דעת הרא"ש שאע"פ שיש הבדלים טכניים בין הבתים, אך מבחינה מהותית זה לא משנה, שהרי כל הבתים עשויים לדירה, וחשיב דבר שתשמישו שווה ואין דמיו שוים; ולכן אפשר לחלוק אחד כנגד אחד, וכן ראוי לחלוק כדי שלא יפסידו דמים בחלוקת כל בית לשנים.

מקור הדין שחולקים חפץ כנגד חפץ: ב"ב יב: "תרי ארעתא אתרי נגרי - אמר רבה: כגון זה כופין על מדת סדום. מתקיף לה רב יוסף, זמנין דהאי מדויל והאי לא מדויל! והלכתא כרב יוסף. תרתי אחד נגרא - א"ר יוסף: כגון זה כופין על מדת סדום. מתקיף לה אביי, מצי אמר: בעינא דאפיש אריסי! והלכתא כרב יוסף, אפוישי לאו מילתא היא". ומינה נלמד גם לבתים.

האם חלוקת בית נגד בית היא מדין חלוקה או מדין גוד או אגוד? ע"י בסיכום בדיני חלוקת שותפות.

3. האם יש גוד או אגוד במשכנתא ושטרי חוב? כתב הרמ"א שלא אמרינן בהו גוד או אגוד, שהרי אין הגוף שלהן ועתידין לגבות מעותיהן לבסוף, וא"כ יחלקו את המעות. כלומר, זה דבר שיש בו דין חלוקה, שהרי יוכלו לחלקו לבסוף. והוסיף שאם משתמשין במשכנתא דינה כמו שכירות שאמרינן 'גוד או אגוד', והסמ"ע והש"ך חלקו, דלא דמי לשכירות שאינה בת חלוקה כלל, שהרי לא יקבלו לבסוף מעות; מה שאין כן כאן שעתידין לקבל מעותיהן לבסוף, א"כ כבר עכשיו זה בר חלוקה, ולא אמרינן בה 'גוד או אגוד'.

וצ"ע על דברי הרמ"א, שהרי בסי' סו סעי' מא, ולקמן קעו סעי' כ כתבו המחבר והרמ"א שאמרינן אף בשטרות גוד או אגוד, ולא כתבו שיש חולקין. סמ"ע.

סעיף טו

יש אומרים דלא אמרינן: גוד או אגוד, אלא בנתינת דמים מיד, אבל אם אמר: גוד ואמתין לך המעות שלשים יום או אגוד ותמתין לי המעות שלשים יום, אין שומעין לו, שיכול לומר לו: אני נוח לך ואתה קשה ממני.

1. לא אמרינן גוד או אגוד אלא א"כ נותן המעות מיד.

כמה דינים שכתבם הטור והשמיטום השו"ע והרמ"א, והביאום הסמ"ע והש"ך:

2. אם הנתבע מבקש לי יום - נותנים לו, אע"פ שהתובע רוצה ליתן מעות מיד. הש"ך כתב דמיירי כשהתובע נשבע ואינו יכול לחזור בו, דאלי"כ מאי נפק"מ?! ור' צבי גילה הי"ו תירץ שהרבותא היא שאע"פ שהתובע רוצה לגוד מיד, אין נותנים לו אלא ממתנינים לנתבע לי יום.

3. אם התובע מבקש זמן - אין נותנים לו, אלא אומרים לו כשיהיה לך כסף תבוא ותתבע. ונפק"מ שמא הנתבע ימצא כסף לגוד; או דילמא ימצא קונה אחר שיקנה ממנו ביותר; ועוד, שכשהתובע ימצא כסף לקנות, יוכל הנתבע לבקש לי יום להשיג כסף מאז. (ודוקא כשלא נראה לבי"ד שהוא סתם משתמט, ע"י ב"ח, ש"ך ונתיבות).

4. אם טען התובע 'שהנתבע יקנה מעכשיו ולאחר לי יום, ועל מנת שאם הוא לא יביא אז כסף - השדה תיקנה לי מעכשיו' - אין שומעין לו.

5. הנתבע והתובע יכולים לחזור בהם, כל זמן שלא קנו מידם על כך.

ולכן יכול הנתבע לומר 'לא בעינא למיטרח בתר זוזי כל זמן שלא יקנה לי התובע בא' מן הקנינים שלא יוכל לחזור בו'. והטעם, דילמא הנתבע ילך וימכור נכסיו בזול, כדי שיהיה לו כסף לקנות, וכשיבוא לקנות - יחזור בו התובע.

6. האם יכול לחזור בו מהסכום שבו הציע 'גוד או אגוד'? הסמ"ע כתב שלא, ובפרישה כתב שאם חוזר בו מהתביעה לחלק, יכול לאחר זמן לתבוע 'גוד או אגוד' בסכום אחר. והנתיבות פקפק בדבר וכתב שלעולם לא יוכל להעלות את הדמים. וכן כתוב ביד רמה, וכן פסק בערוך השולחן. אולם החזו"א פקפק בדין זה, ותמה מדוע שלא יוכל לחזור בו אף מקציצת הדמים!?

סעיף טז

היכא דאין דין חלוקה, ויש שם יתומים גדולים וקטנים, והגדולים רוצים לחלוק, יש מי שאומר שבית דין מעמידים אפוטרופוס לקטנים, ודנים להם גוד או אגוד. ויש אומרים דלא שייך ביתומים גוד או אגוד, שאין אפוטרופוס רשאי למכור חלקם.

האם אפשר לתבוע מיתומים קטנים גוד או אגוד? רב האי - כן, ובי"ד מעמידים להם אפוטרופוס. רא"ש ור"ת - לא, שאין כח לאפוטרופוס למכור חלקם.

סעיף יז

לא נאמר דין גוד או אגוד בד' אמות של פירוק משא, ולא במה שצריכים ליציאה וביאה, ואף על פי שהבתים פתוחים מצד אחד לרשות הרבים, שאין אדם עשוי לפרוק משאו בדרכים לעין כל.

גוד או אגוד אמרינן רק על שטח החצר שמלבד הד' אמות שלפני הפתח, ומלבד השטח הנדרש לכניסה ויציאה מהבית. בסעי' ה' התבאר ששטח זה אינו נחשב כדי להגדיר שיש בו כדי חלוקה, וכאן מתבאר שאף במקום שאין בו דין חלוקה, לא עושים בשטח זה 'גוד או אגוד'.

ב"ה יום ב' כ"ז שבט ה'תשע"ה

סימן קעה

אחין שרצו לחלוק, וכל דיני דבר מצרא, ובו ס"ג סעיפים.

סעיף א

לא היו כאן כל האחים, ואותו שלפנינו מבקש לחלוק, חולק בפני שלשה, אפילו הם הדיוטות, ובלבד שיהיו נאמנים ובקיאים בשומא. ואם חלק בפחות משלשה, לא עשה כלום. ואם היו מעות, וכולם מטבע אחד ושונים, לאפוקי מקצת טבי ותקולי; סמ"ע. א"צ שלשה, אלא שנים, לראיה בעלמא. הגה: וכן אם היו הנכסים מופקדים ביד אחר, ובאו מקצת האחין, נותנין להן חלקן בדרך הנזכר (מרדכי פ' המפקיד). (ועיין לעיל סימן ע"ז סעיף ט').

כן למד הרמב"ם מעובדא דאיסור ורב ספרא, **ב"מ לא:** "איסור ורב ספרא עביד עיסקא בהדי הדדי, אזל רב ספרא פלג ליה בלא דעתיה דאיסור באפי בי תרי. אתא לקמיה דרבה בר רב הונא. אמר ליה: זיל אייתי תלתא דפלגת קמיהו, אי נמי תרי מגו תלתא, ואי נמי - תרי סהדי דפלגת באפי בי תלתא. - אמר ליה: מנא לך הא? - אמר ליה: דתנן אם יש שם בית דין - מתנה בפניהם, אין שם בית דין - בפני מי יתנה? שלו קודם. - אמר ליה: מי דמי? התם דמפיק ממונא מהאי ומותיב להאי - בעינן בית דין, אבל הכא ידידיה שקלי, גילוי מילתא בעלמא הוא, בתרי סגי ליה. תדע, דתנן: אלמנה מוכרת שלא בפני בית דין. - אמר ליה אביי: ולאו מי אתמר עלה, אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן: אלמנה אינה צריכה בית דין של מומחין, אבל צריכה בית דין של הדיוטות".

סעיף ב

אם אחר שחלק זה בפני שלשה שלא בפני אחיו ובא אחיו ואמר: אותו החלק שוה בעיני יותר ואני מוסיף דמים יותר ממה ששמתם אותו, שומעין לו לבטל החלוקה. אבל אם בא לבטל החלוקה בלא טענה, ולומר: נפיל גורל אחר, אין שומעין לו.

סעיף ג

שני אחים שחלקו ואחר כך בא אח שלא היו יודעים בו, בטלה החלוקה. ואפילו שהיה להם שלשה שדות ונטל כל אחד מהם אחת מהן, והשלישית חלוקה ביניהם, וכשבא האח השלישי נפל חלקו באותה שחלקו ביניהם, לא נאמר ישאר כל אחד מהם בשלו, אלא אי זה מהם שירצה יכול לבטל כל החלוקה, ויפילו גורל אחד לכולם. ואפי' נתרצה האח השלישי ליטול מעט מזה ומעט מזה בלא גורל, אפילו הכי יכול כל אחד מהשנים לבטל החלוקה, כיון שהיתה בטעות.

סעיף ד

וכן אם בא בעל חוב של אביהם וגבה חובו מחלקו של אחד מהם, כגון שעשאו אפותיקי, דאי לאו הכי לא היה נוטל כל חלקו מאחד מהם, אי נמי כגון שחלקו של השני במקום רחוק; סמ"ע. בטלה החלוקה וחולקין חלוקה אחרת.

ב"ב קו: "איתמר: **שני אחין שחלקו, ובא להן אח ממדינת הים** - רב אמר: בטלה מחלוקת, ושמואל אמר: מקמצין". ובקז. "**איתמר: אחין שחלקו, ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן** - רב אמר: בטלה מחלוקת, ושמואל אמר: ויתר, ורב אסי אמר: נוטל רביע בקרקע ורביע במעות. רב אמר בטלה מחלוקת, קא סבר: האחין שחלקו יורשין הן; ושמואל אמר, ויתר, קא סבר: האחין שחלקו לקוחות הוו, וכלוקח שלא באחריות דמי; רב אסי מספקא ליה אי יורשין הוו אי לקוחות הוו, הלכך נוטל רביע בקרקע ורביע במעות. אמר רב פפא, הלכתא בכל הני שמעתתא: מקמצין. **אמימר אמר: בטלה מחלוקת. והלכתא: בטלה מחלוקת.**"

הלכות מערנות

סעיף ה

אחד מן האחים או השותפין שמכר חלקו לאחר, שאר האחין או השותפין מסלקים ללוקח. ויש אומרים שאפילו אם הוא מצרן, מסלקו השותף (או האחין, וכן עיקר).

1. אף כאשר יש ג' או ד' שותפין בשדה, ומכר א' חלקו לאחר – יכולים השותפין או האחים האחרים לסלקו מדינא דבר מצרא ואינו יכול לומר להם שמא כשתחלקו לא יפול חלקך על המיצר שלי ונמצא שאינך בר מצרא, כיון שקודם שחלקו הרי הוא שותף בכל השדה, וחשיב כמצרן; סמ"ע.

ב"מ קח. "אמר רב יהודה אמר רב: האי מאן דאחזיק ביני אחי וביני שותפי - חציפא הוי, סלוקי - לא מסלקין ליה. ורב נחמן אמר: נמי מסלקין, ואי משום דינא דבר מצרא - לא מסלקין ליה. נהרדעי אמרי: אפילו משום דינא דבר מצרא מסלקין ליה, משום שנאמר ועשית הישר והטוב בעיני ה'". רש"י פירש בענין א', והתוס' והר"ן בענין אחר, והרמב"ם והשו"ע פירשו כרב האי גאון (שהובא ברא"ש): "פי' גאון כגון ג' או ד' שותפין ואיניש מעלמא קנה חלקו של אחד מן השותפין חציפא הוי סלוקי לא מסלקין ליה מדין מצרנות דמצי א"ל שמא לא יפול חלקך במיצר שדה שקניתי וכן יאמר לכולן ור"נ אמר מסלקין ליה שכל א' שותף בכל השדה אבל משום דינא דבר מצרא אם קנה אצל שדה השותפות לא מסלקין ליה נהרדעי אמרי מסלקין ליה כי הוא טוב לי כי אפייס את חבריי שיתנו לי סמוך לוי".

אפ"י כשהאחר מצרן סמוך לשדה המשותפת, יכולים שאר השותפין לסלקו שלא יקנה חלק השותף; שהרי להם יש חלק בגוף השדה. וכן כתב המחבר לקמן סעיף יב.

ב"מ קח: "לאשה וליתמי ולשותפי - לית בה משום דינא דבר מצרא". רש"י פירש שאם השותף בא למכור חלקו לחברו, אין המצרן יכול לעכב ולומר שאף הוא בר מצרא, כיון שלשותף האחר יש חלק בגוף השדה. וכתב הרא"ש שמסתבר שאף אם קדם המצרן ולקחו – מסלקין ליה דעדיף מהמצרן, וכן פסק השו"ע. עוד כתב שם הרא"ש שיש מפרשים כאן המימרא כפירוש של רב האי במימרא הקודמת. ורבינו תם פירש שאם הוא שותף עמו בדברים אחרים, ומכר לו שדה זו אין המצרן יכול לסלקו.

סעיף ו

המוכר קרקעו לאחר, בין שמכרה הוא בין שמכר שלוחו בין שמכרו בית דין, יש לחבירו שהוא בצד המצר שלו ליתן דמים ללוקח ולסלק אותו; ואפילו הלוקח ת"ח ושכן וקרוב למוכר, והמצרן עם הארץ ורחוק מן המוכר, המצרן קודם ומסלק את הלוקח. הגה: ואפילו אם אומר המוכר קודם שאמכור למצרן לא אמכור כלל, אפילו הכי קנה המצרן בעל כרחו של מוכר (תשובת מ"מוני ס' קנין ס' ל"ב); וזה הלוקח הרחוק חשוב כשלוחו לכל דבר, ועדי הקנין של לוקח יכתבו שטר בשם המצרן, ואין צריכים קנין אחר. וכן אם הוקרה, צריך ליתנה לו כמו שקנאה, ואם הוזלה צריך ליקח אותה כמי שקנאה, אם חפץ בה. ואם תיקן בה והשביחה, ה"ל כיורד ברשות ושמן לו וידו על העליונה. ואי בתר דתבעיה (השביחה), ה"ל כיורד שלא ברשות. ואם עקר ממנה נטיעות או קלקל, מנכה לו מן הדמים מה שקלקל, ואפילו קלקל קודם שיבוא המצרן. ואם אכל פירות, אותם שאכל אחר שבא והביא מעות לסלקו, צריך לשלם; ושאל קודם, אינו צריך לשלם. ואם לזה הלוקח קודם שבא המצרן, אין שיעבוד הבעל חוב חל עליו, ואינו טורף מהמצרן.

1. דינא דבר מצרא קיים גם כשמכר ע"י שליח או ע"י ב"ד. ב"מ קח: 'לכרגא למזוני ולקבורה ליכא דינא דבר מצרא', ושם מיירי שבי"ד מוכרים, ודווקא בהני תלת ליכא אך באחריני איכא; גר"א.

2. אף כשהלוקח ת"ח, שכן או קרוב של המוכר, אך הוא לא מצרן של השדה – יש דינא דבר מצרא. ומה שאמרה הגמ' שם "שכיני העיר ושכיני שדה - שכיני העיר קודמין, שכן ותלמיד חכם - תלמיד חכם קודם, קרוב ותלמיד חכם - תלמיד חכם קודם. איבעיא להו: שכן וקרוב מאי? - תא שמע טוב שכן קרוב מאח רחוק". אינו לגבי דינא דבר מצרא, אלא לגבי העדפה בסתם מכר (רש"י). או כאשר שניהם שוים – יש להם קדימה (תוס'). ודלא כפירוש הרב בעל ההלכות.

3. אם מכר קרקעו לאחר, יכול המצרן לסלקו אע"פ שהמוכר לא רצה למכור למצרן. ודווקא כשאין פסידיא למוכר, שהמצרן מוכן לקנותה באותם דמים.

4. כאשר קנה הלוקח קרקע ובה המצרן ומסלקו, הרי הלוקח חשוב כשלוחו של המצרן לכל דבר, ולכן אין צורך לעשות קנין חדש, ועדי המכירה יכתבו שטר חדש על שם המצרן. ואם הוקרה או

הוזלה השדה משלם ללוקח כפי שהייתה שווה בשעה שלקחה. שם עמוד א: "אתא אימליך ביה, אמר ליה: איזיל איזבון? ואמר ליה: זיל זבון, צריך למיקנא מיניה או לא? רבינא אמר: לא צריך למיקנא מיניה, נהרדעי אמרי: צריך למיקנא מיניה. והלכתא: צריך למיקנא מיניה. השתא דאמרת צריך למיקנא מיניה, אי לא קנו מיניה - אייקור וזול ברשותיה".

5. אם השביחה הלוקח: קודם שתבעו המצרן – שמין לו וידו על העליונה, כדין יורד ברשות. לאחר שתבעו – דינו כיורד שלא ברשות. ואם קלקלה הלוקח – מנכה לו ההפסד מן דמי הקניה, דהרי פחת שויה של השדה, ואינו צריך ליתן לו אלא כפי מה ששוה. ואע"פ שאמרנו שהוא שלוחו, אך בכה"ג אמרינן 'לתקוני שדרתיך ולא לעוותי'.

6. פירות שאכל: מה שאכל קודם שתבעו – א"צ לשלם לו. אך מה שאכל לאחר שתבעו – צריך לשלם לו.

7. אם הלוקח לוח ושיעבד קרקעו למלוה שלו – אין שעבודו חל, ואינו טורף מהמצרן. שהרי שלוח שוויה ואינה שלו כלל.

סעיף ז

קנאה הלוקח במנה והיא שוה ק"ק, אם היה נותנה כן לכל אדם, כגון שמוכר מחמת דוחק, לא יתן לו המצרן אלא מנה. ואם לא היה נותנה כן לאחר, צריך ליתן לו ק"ק. ואם טען הלוקח שלא היה נותנה כן לאחר, והמצרן אומר שהיה נותנה כן לאחר, על המצרן להביא ראיה.

כן איתא שם: "זבן במאה ושוי מאתן; חזינא, אי לכולי עלמא קא מוזילא ומזבין - יהיב ליה מאה ושקיל ליה, ואי לא - יהיב ליה מאתן ושקיל ליה". וכתבו הראשונים שעל המצרן להביא ראיה אם חלוקים בזה, וכתב הסמ"ע דכו"ע מודים בדין זה, דאין דרך העולם למכור הקרקע בפחות משויה, ובדאי משום חיבתו מכרה לו בכך.

סעיף ח

אם מכרה לו בהמתנה, לית בה משום דינא דבר מצרן, אא"כ המצרן רוצה לפרוע מיד. הגה: או שאין המוכר מקפיד, ורוצה להמתין למצרן (ד"ע לדעת הטור והרא"ש).

דיכול המוכר לומר 'הראשון נח לי והשני קשה הימנו', שהרי אינו נותן לו מעותיו מיד. ואף במוכר שדהו מפני רעתה, שהרי אינו מוכר לאנשים שיהיה קשה להוציא מהם הדמים; סמ"ע.

סעיף ט

קנאה במאתים ואינה שוה אלא מנה, אם המצרן חפץ בה, צריך ליתן לו ק"ק. ואם טען המצרן שעשו קנוניא ביניהם, נשבע הלוקח בנקיטת חפץ ונוטל ק"ק. ואם היו שם עדים שנתן ק"ק, והמצרן טוען שאמנה היתה בינו ובין המוכר והוא יודע בודאי שלא לקחו ממנו אלא במנה, נותן לו דמים כפי מה שהעדים מעידים, ומסלקו, ומשביעו שלקחו בק"ק, ונפטר. הגה: גבאה בחובו, אינו צריך ליתן לו רק כפי שומת בית דין הקרקע, אף על פי שהחוב היה יותר (ריב"ש סימן תפ"ג).

1. קנאה במאתיים אע"פ שאינה שווה אלא מנה – נותן לו מאתיים. "זבן במאתן ושויא מאה, סבור מינה: מצי אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. אמר ליה מר קשישא בריה דרב חסדא לרב אשי: הכי אמרי נהרדעי משום דרב נחמן: אין אונאה לקרקעות". כלומר אע"פ ששליח שקנה ביותר משויה אמרינן שהשליחות בטלה ולא אמרינן שאין אונאה לקרקעות (כדאיתא בכתובות צט:), אך הכא שאני שכשהוא קנה הוא קנה לעצמו ולא בתור שליח, ויש אנשים שהקרקע חביבה עליהם ומוכנים לקחתה ביותר משויה.

2. אם טען המצרן שלא לקחה אלא במנה, ועשו קנוניא ביניהם שיכתוב לו במאתיים – נשבע הלוקח בנק"ח ונוטל. האם צריך לטעון ברי? ש"ך – כן, דבלא ברי אין שבועה; ע"פ הב"י וה"ה. סמ"ע – לא, דדמי לשותפים שנשבעים שלא בטענה, דמורי היתרא לשקר כדי שישאר השדה בידו.

3. כשיש עדים שלקחו במאתיים, והמצרן טוען בברי לכו"ע בעינן הכא ברי שהרי יש עדים ששילם מאתיים, שהייתה אמנה – משלם לו מאתיים, אך יכול להשביעו היסת לאחר הפרעון שלקחו במאתיים.

4. גבה בע"ח בחובו ובא המצרן לסלקו – נותן לו הקרקע כשומת ב"ד, אע"פ שהחוב היה שווה יותר. הסמ"ע העמיד שמדובר כשגבה מראש בשומת ב"ד, או שמיידי כשהלוה מת. דאי לאו הכי יכול הבע"ח לומר אני מקבלת בשווי כל החוב ואיני חפץ בשומא, וכיון שזה טוב למלוה שיפטר מחובו שמעיין ליה (כמבואר בס"ס קיד), וא"כ הכא נמי לא נוציא ממנו בפחות משווי החוב. והש"ך חלק על דין זה, וכתב שאם שטרו של המלוה בידו – נוטל כנגד כל חובו. אך אם כבר גבאה בדמי חובו, אינו צריך ליתן לו כפי החוב, אלא כפי שווי של השטר באותה שעה בין פחות מהקרקע בין יותר, דדמי להחליף קרקע במטלטלין דאינו נותן לו אלא כפי שומתם. והנתיבות הקשה שהרי השווי של השטר הוא לפי הקושי לגבותו, והכא שכבר גבאו א"כ חזר שווי לשווי ההלוואה!;

סעיף י

המוכר על תנאי, בין שהתנה מוכר בין שהתנה לוקח, אין בעל המצר יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים ויזכה הלוקח בקרקע ולא תשאר בה עילה כלל, ואח"כ יסלק אותו.

שיכולים לומר שאין המצרן נוח להם בקיום התנאים.

סעיף יא

היה לשדה הנמכר ד' מצרנים מד' רוחותיו, יד כולם שוה בה ויחלקוה באלכסון, כדי שיגיע לכל אחד חלק על פני כל שדהו. ואם היו ה' מצרנים, כגון שהיו שלש משלש רוחותיו וברוח הד' שנים, אותם השנים חשובים כאחד ונוטלין בין שניהן חלק אחד כאחד מהחלקים שנוטלים השלשה. **במה דברים אמורים, כשבאו כאחד.** אבל אם קדם אחד וסילק ללוקח, זכה בה הוא לבדו; ואפילו היו המצרנים הרבה, והיה בהם מי שאינו מצרן אלא בחלק קטן מאד, אם קדם הוא וסילק ללוקח, או קדם וקנאה (מהמוכר), זכה בה.

הגה: מיהו לכתחלה ימכור לכולם ביחד (המ"מ פ"ב וב"י בשם תלמידי הרשב"א ושכ"כ בעה"ע). ויש חולקין (המגיד פ"ב די"א כן).

כתב הסמ"ע שדעת תלמידי הרשב"א שכשבאו כאחד, אפי' אין רוצה המוכר למכור רק לאחד מהם, אין לו לקחנה לבדו אלא יקח ויתן גם לאחרים עמו, ואפי' בע"כ של מוכר. ודעת החולקים שאפי' לכתחילה יכול למכור רק לאחר מהם ולא לכולם.

ואם קדם אחד מהן לקנות, והאחרים טוענין שגם הם רצו לקנותו, רק שזה גזם להם להזיק והיה בידו לעשות, ויש להם עדים על כך, כשיסורו אונסן יכולין לסלקו מחלקן (ב"י בשם רשב"א ותשו' רשב"א סימן תתקט"ו) ועיין לקמן סי' זה סעיף ל"ג.

והטעם כתב הרשב"א דלכל אחד יש דין מצרן כנגד חברו, אלא שכאשר קדם וזכה אמרינן שמסתמא הם לא רצו לקנות וויתרו זכותם. אולם, אם גילו דעתם באותה שעה שרוצים לקנות – לא הפסידו זכותם, ומוציאים ממנו כשיסור האונס. ולכאוי זה דווקא לדעה הראשונה שהובאה ברמ"א קודם? או שאפשר לומר טעם נוסף שכיון שהמוכר רצה למכור לכולם, אלא שהוא אנסו – לאו כלום הוא.

באו קצת מהמצרנים, וקצתם במדינה אחרת, אלו שבכאן מסלקין ללוקח והיא שלהם לבדם.

סעיף יב

היו הרבה שותפין לרוח אחת לשדה הנמכרת, כל א' מהם יכול לסלק ללוקח. ואם קדם אחד מהם וסילקו, זכה הוא ואין שאר השותפין יכולין לערער. ולא עוד אלא אפילו היה מצד א' לשדה הנמכרת שדה משותף בין שנים, ומצד אחד אצלה שדה של אדם אחר, וקנאה אחד מהשותפין בשדה שאצל השדה הנמכרת, אין בעל השדה שבצד אחר יכול לומר לאותו שקנאה: אני מצרן ודאי ואתה ספק דשמא יפול חלקך לצד אחר, אלא חשוב ודאי כמוהו, כיון שיש לו חלק בכל השדה, וכיון שקדם, זכה. וה"ה שאם קנאה איניש דעלמא, שאחד מהמצרנים יכול לסלקו אף על פי שיש לו שותף, ואין הלוקח יכול לומר לו: שמא יפול חלקך מצד אחר. וכן שדה הנמכרת של שנים, ומכר

אחד מהם חלקו לאחר, המצרן מסלקו ואין הלוקח יכול לומר: כיון שאין החלק שקניתי מסויים, שמא יפול חלקו מצד אחר שאינו מצד השדה שלך.

1. שותף בשדה המצרנית יש לו דין מצרן, ואין יכולים לומר לו אולי לא יפול חלקך על גבול השדה, דקודם שחלקו הרי הוא שותף בכל השדה. וכבר נתבאר לעיל בסעי' ה.

2. שדה השותפין שמכר אחד מהם חלקו, יכול המצרן לסלק ללוקח, ואינו יכול לדחותו שאולי החלק שקנה לא יפול על מצרו, דקודם חלוקה הרי הוא שותף בכל השדה ונמצא שהוא מצרן שלו.

סעיף יג

אחד שלקח משנים שדה אחת, ובא המצרן לסלקו מחציו שלקח מן האחד, אינו יכול לסלקו אלא אם כן מסלקו מכולה או מניחו בכולה. הגה: ודוקא בשדה אחת, אבל שתי שדות יכול לסלקו מאחת ומניח לו אחת. (ב"י בשם תלמידי רשב"א). אבל המוכר קרקע לשנים, יכול המצרן לסלק לשניהם, או לסלק האחד ולהניח האחד.

1. אם קנה משנים שדה אחת, המצרן צריך לסלקו בכל השדה. כ"כ הרמב"ם. הטעם נראה בפשט מפני שזה מזיק אותו שישאיר בידו חצי שדה, ולכן אם קנה ב' שדות יכול לסלקו מאחת ולהניח לו אחת. אולם, הגר"א כתב שטעמו דאם מניחו בחצי השדה נמצא שגם הוא מצרן של השניה ואינו יכול לסלקו, ולפי"ז צריך לומר שכשמכר לו ב' שדות מיירי שאינם סמוכות, דאם היו סמוכות לא היה יכול לסלקו שהרי הוא מצרן. אולם, הנהיבות חלק וכתב שאפי' היו שדות יכול לסלקו, ואין לו דין מצרנות כיון שבשעה שלקחם לא היה מצרן ודלא כגר"א, ועיי' צ"ל שטעמו של הרמב"ם הוא כפי שכתבנו קודם משום פסידא.

2. אך אם קנה משנים שתי שדות – יכול לסלקו מאחת ולהניחו באחת.

מה הדין כשקנה מא' ב' שדות? ש"ך – יכול לסלקו, ואפי' רק מאחת. דדוקא כשמכר כל שדותיו ממש אינו יכול לסלקו, ולשון השו"ע בסעי' לו לא דווקא. סמ"ע – אינו יכול לסלקו כלל, דומיא דמוכר כל שדותיו, שאולי לא ימצא למכור כמה שדות יחד בקלות.

3. אם המוכר מכר לשנים, יכול לסלק רק אחד מהם או את שניהם, כפי רצונו של המצרן.

סעיף יד

בעל בנכסי אשתו יש לו דין מצרנות, שאם יש לה קרקע מנכסי מלוג ובאו למכור קרקע שאצלו, יכול הבעל לסלק הלוקח, אפילו אם קנו מידה שמחלה ללוקח אינו כלום, והבעל יכול לסלקו. דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי, ואינה יכולה למחול זכותו; סמ"ע.

עמדה היא וסילקה ללוקח, וכן העבד שהיה נושא ונותן בנכסי אדונו וסילק את הלוקח, אם רצה הבעל או האדון מקיים על ידיהם; ואם לא רצה, לא יקיים, ותחזור ללוקח ויחזיר הדמים. ולכן אף לכתחילה כשבאין לסלקו יכול לומר להם לא תסלקוני דשמא לא ירצה הבעל או האדון; ש"ך.

סעיף טו

המצרן שבא לסלק את הלוקח, וקודם שסילקו מכר השדה שיש לו על המצר, איבד זכותו, וגם הלוקח שקנה ממנו אין לו דין מצרן לסלק הלוקח שקנה סמוך למצר.

אם מכר המצרן שדהו המצרנית – איבד זכותו לסלק הלוקח, וממילא אף הבא מכוחו אינו יכול לסלקו שכבר זכה בה הראשון קודם.

סעיף טז

מי שעשאו בעל הבית שליח למכור שדהו, אף על פי שהשליח עצמו מצרן, אינו רשאי לקנות. וכשמכר לאחרים, אינו יכול לסלק הלוקח. (וכן מי שחתם על שטר המכירה בעד, אינו יכול לסלק ללוקח) (ר' ירוחם נ"א ח"ד).

1. אם עשה שליח למצרן למכור שדהו - אינו יכול לקנות לעצמו, הטור כתב שהטעם הוא מפני החשד כמו באפוטרופוס, וכתב הבי"ח שהוא הדין מהטעם שידו כיד המשלח ולא יצא ממנו, ולכן אף כשקצב דמים ואין חשד לא מהני (כמו בסימן קפה, ג). והסמ"ע גם כתב כן, והוסיף שאולי הדין שבסי' קפה הוא דווקא לגבי שאם רוצה בעה"ב לחזור יכול, אך אם לא חזר בו מהני, והכא אפי' לא חזר בו לא מהני מטעמא דחשד.

2. לאחר שמכר לאחרים - אינו יכול לסלקו, דכיון שהלך בשליחותו אין לך מחילה גדולה מזו; סמ"ע. פסק כשיטת הרמב"ם, ודלא כטור בשם הגאון שיכול לסלקו דאין בכך מחילה.

3. אם המצרן חתום עליה כעד - איבד זכותו, כ"כ רבינו ירוחם. דומיא דהמערער על השדה והוא חתום עליה כעד, דאין שומעין לו בסי' קמז. ולא דמי לסימן קיא שאם המלוה חתום על שטר מכירה של הלוה, שלא איבד זכותו, דהתם יכול לומר סבור הייתי שיפרעני במעות ולית ליה על הקרקע אלא שעבוד.

סעיף יז

מת הלוקח קודם שסילקו המצרן, אינו יכול לסלק ליורש. (ויש חולקין) (טור ונ"י פרק המפקיד וריב"ש סי' תק"א), וכן נראה לי עיקר.

סעיף יח

נתן הלוקח הקרקע במתנה לאחר, שלא באחריות, אין המצרן יכול לסלקו, והוא שלא יהא רמאות בדבר. (ויש חולקין) (טור ונ"י פרק המפקיד), וכן נראה לי עיקר.

אם הלוקח הוריש הקרקע או נתנה במתנה בלא אחריות, דמתנה באחריות הוי כמכר: שו"ע - אין המצרן יכול לסלק ליורש או למקבל, כדעת הגאון והרמ"ה. רמ"א - יכול לסלקו, כדעת העיטור והטור, וכ"כ נמוק"י בב"מ לה. בשם הרשב"א והר"ן והראב"ד.

טעם המחלוקת בב' הסעיפים הללו: דעת הרמ"א שכיון שאת הלוקח יכלו לסלק מדינא דבר מצרא, א"כ אין ליורש או למקבל מתנה כח וזכות יותר משל הראשון, ולכן כיון שיכלו לסלק לראשון א"כ גם אותם אפשר לסלק. וטעם החולקים ביאר הבי"י מפני שכל עיקר דינא דבר מצרא הוא משום 'ועשית הישר והטוב', אך מעיקר הדין הממון שלו. וכיון שמת או נתן מתנה אין כאן ישר וטוב, כי נחא ליה שיזכרוהו על נחלתו שהניח להם, או על מתנתו שנתן להם. והסמ"ע הוסיף שכיון שהם לא ירדו על דעת השדה, א"כ אין זה טוב וישר להטריחם ללכת ולחפש ולקנות שדה אחרת במקום אחר, משא"כ הלוקח עצמו שאמרינן ליה מדוע לך לקנות כאן - לך תקנה במקום אחר.

סעיף יט

מכרה לוקח ראשון ללוקח שני, וכן אם מכרה היורש או המקבל מתנה, המצרן מסלק את הלוקח.

בדין זה כו"ע מודים שמה מכר לו ראשון לשני, דלא שייך כאן טעמו של השו"ע לעיל.

סעיף כ

טרפה בעל חוב בחובו, המצרן מסלקו, בין ששמוה לו בית דין בחובו בין שהגבהו ליה מדעתו; ואם ירצה הנטרף לתת הדמים שהיו עליו בחובו, תחזור לו שדהו לעולם.

אף אם טרף המלוה הקרקע בחובו - המצרן מסלקו. וכשימצא הלוה מעות יוכל לסלק למצרן מדין שומא הדר ובכח"ג דווקא כשהגבהו בעל כרחו.

סעיף כא

בעל חוב של המוכר שטרף מהמצרן, יש מי שאומר שהמצרן חוזר ונוטל מהלוקח, והלוקח נוטל מהמוכר. וחלקו עליו לומר עליו שאין דין המצרן עם הלוקח כלל, אלא עם המוכר, (וכן נראה עיקר).

אחריות כלפי המצרן: דעת הרמב"ם - על הלוקח. שאר הראשונים וכן פסקו השו"ע והרמ"א - על המוכר. שהרי הוא רק כשלוחו של המצרן לקנות עבורו. ועוד שמדוע שיתן לו הלוקח אחריות הרי אין לו שום הנאה מזה; ואין זה טוב וישר שיצטרך הלוקח ליתן אחריות למוכר. כן הקשו כולם על דעת הרמב"ם וחלקו עליו. הבי"י ביאר שצ"ל שאף הרמב"ם לא כתב דבריו אלא כשיש למוכר קרקע אחרת ונמצא שהלוקח לא יפסיד מעותיו, וטעמו שאם

המצרן יחזור על המוכר יאמר לו המוכר לאו בע"ד ידי את, ולכן צריך שהלוקח יחזור עליו, אלא שהוא לא ירצה לעשות זאת כדי שהמצרן יפסיד מעותיו שהרי סילקו מהקרקע, ולכן יטרוף מהלוקח וכך יכריחו לטרוף מהמוכר. אך כשאין למוכר קרקע - אין למצרן לטרוף מהלוקח כלל, שאין זה ישר וטוב. וכתב הב"י שלדעת הרא"ש דעדים שראו המכירה כותבין שטר למצרן בשם המוכר, א"כ פשיטא שאין המוכר יכול לומר למצרן 'לאו בע"ד ידי את'.

סעיף כב

יש מי שאומר דמצרן לא יכול לאחותי איניש אחריני בדוכתיה לסלוקי ללוקח בדינא דבר מצרא, אלא היכא דאקנה ליה בארעא קמייתא דקא תבע מחמתה. והני מילי, לאפוקיה מיניה דלוקח הוא דלא מפקינן, אבל למהוי בדוכתיה דבר מצרא לאזמוני זוזי ללוקח בזמניה, אפילו שדרינהו על ידי שליח שעשאו בעדים, בדוכתיה קאי.

1. המצרן אינו יכול לשלוח שליח בהרשאה כדי שישלם ללוקח במקומו, אא"כ יקנה לו חלק בגוף הקרקע הסמוכה למיצר. אע"פ שבהרשאה אין צורך להקנות בפועל גוף הדבר, אך כיון שבר מצרא הוא תק"ח, והרשאה בלא הקנאה ממש היא ג"כ תק"ח - תקנתא לתקנתא לא עבדינן; ש"ד.

2. אבל אם אינו שולחו כדי לסלק ללוקח, אלא רק כדי להזמין מעותיו ללוקח בב"ד, כדי שלא יאבד המצרן זכותו, בזה סגי בשליח שעשאו בעדים. כ"כ הטור בשם הרמ"ה. והכי פירשו כוונתו הסמ"ע והש"ד, ודלא כב"ח שפירש שא"א להרשות אם מתכוון שהמורשה יוציא הקרקע לעצמו, אך אם מוציאה עבור המשלח מהני; כיון שכבר נתבאר שאם מכר המצרן שדהו העומדת על המיצר אין ללוקח דין בר מצרא; סמ"ע.

סעיף כג

הביאו המצרן והלוקח כל א' מעותיו, אם היו מעותיו של לוקח טובים משל מצרן, או שהיו ממהרים יותר לצאת בהוצאה, או שאלו צרורין וחתומין ואלו מותרין, בטל זכות המצרן. וה"ה אם קדם הלוקח ופרע, אין המצרן יכול לסלקו אלא בכעין מעותיו. הגה: והוא הדין בכל דבר שיש פסידא למוכר לא תקנו בזה זכות למצרן (טור).

1. אם הביאו המצרן והלוקח מעות למוכר והיו מעותיו של הלוקח טובים יותר, או שהיו יותר יוצאים בהוצאה, או שמעות המצרן צרורים ושל הלוקח מותרין - בטלה זכות המצרן, לפי שלא תיקנו דינא דבר מצרא לא משום יעשית הישר והטוב, וכשיש פסידא למוכר לא תקנו.

ב"מ קח: "הני זוזי טבי והני זוזי תקולי - לית ביה משום דינא דבר מצרא. הני ציירי והני שרי - לית ביה משום דינא דבר מצרא". לגבי צרורים ומותרים פירשו בכמה אופנים: רש"י - ששלח מעותיו ע"י שליח, והשליח אינו רוצה לפתחם כי ירא שמא יעליל עליו אח"כ שהיו שם יותר, ולכן אין לעכב המוכר שרוצה המעות מיד. והתורא"ש פירש שבצרורים יש מעלה שטוב להצניעם, ובמותרים יש מעלה שנוח להוציאם ולכן כל פעם יכול לבחור מה שנה לו. והרא"ש הביא פירוש ר"ח שמדובר שהמצרן מביא מעות צרורים ואינו רוצה לפתחם כיון שאומר שניתנו לו כן מאחרים ואינו רשאי לפתחם עד שיבואו לכאן, ובכה"ג נמי אין מעכבים המכר משום כך. וכתב הב"י בשם ראב"ה שפירוש זה עיקר, וכן פירש הטור, וכן נקט כאן השו"ע.

2. אם קדם הלוקח ושילם למוכר, אין יכול המצרן לסלקו אלא בכעין מעותיו, שאותו דין שיש כלפי המוכר, יש כלפי הלוקח אם כבר קנה. והסמ"ע חולק שבכה"ג אינו יכול לדחותו.

סעיף כד

החליף חצר בחצר או בשדה או בכרם, או איפכא, כיון שהוא קרקע בקרקע אין בו דין בעל המצר. (וכן נראה להורות אף ע"פ שיש מי שחולק).

כ"כ הרמב"ם וטעמו שבקרקע דרך העולם לדקדק, ויכול לומר אני חפץ בשלי אלא ששל המוכר חביבה עלי טפי, אך איני חפץ בשלך. והטור כתב שמתשובה לגאון נראה שחולק על הרמב"ם שכתב לגבי שדה וכרם שיכול המצרן ליתן לו שדה או כרם אחרים; וכתב הטור שאפשר שגם הרמב"ם מודה בשדה וכרם, ודוקא בחצר שהיא מקום תשימושו של אדם קפדי טפי, משא"כ בחצר וכרם. אולם, השו"ע נקט שאף בשדה וכרם הדין כן שאינו יכול לסלקו וכן הסכים הרמ"א.

אבל אם החליף חצר בבהמה או במטלטלין, רואין דמי אותה הבהמה או דמי אותן המטלטלין, ונותן לו בן המצר ומסלקו, ואינו יכול לומר לו: תן לי כמו שלקחתי בו, שהערמה היא זאת ואינה מועלת כלום. וכן כל כיוצא בזה שיראה לדין שהוא הערמה, אינו מבטל כח המצרן.

הטעם מפני שבהמה ומטלטלין מצויים לקנות, ואנשים אינם מקפידים בהם, ולכן הוי דרך ערמה כיון שלא אכפת לו בה או בדמיה; סמ"ע.

סעיף כה

אמר המצר: אטרח ואביא מעות, לא נטרינן ליה, ואיבד זכותו. ואם אמר: אלך ואביא מעות, אם הוא אמוד שיש לו, ממתנינן לו עד שילך ויביא, ואם אינו אמוד, אין שומעין לו.

שם קח: "אמר: איזיל ואטרח ואייתי זוזי - לא נטרינן ליה. אמר: איזיל אייתי זוזי, חזינן; אי גברא דאמיד הוא, דאיזיל ומייתי זוזי - נטרינן ליה. ואי לא - לא נטרינן ליה". והטעם שאולי המוכר צריך למעות מיד, ולא מטרחין ליה להמתין דאין זה טוב וישר.

ויש מי שאומר דאי מקמי דאתא לבית דין או לגבי מוכר לא הוה יודע בהני זביני, אי נמי ידע בהני זביני ולא הוה ידע בסכום דמיה, כי אמר: איזיל ואייתי זוזי, אף ע"ג דלא אמיד, נטרינן ליה. ודווקא שיעור דאיזיל ואייתי מגו ביתיה, אבל טפי לא נטרינן ליה. כ"כ הטור בשם הרמ"ה.

סעיף כו

היה רוצה הלוקח לקנותה לבנות בה בתים, ובן המצר רוצה לזורעה, הלוקח זוכה משום ישוב הארץ ואין בה דין בן המצר. ויש מי שאומר שאם המצרן רוצה לנוטעה יכול לסלקו.

שם "ארעא לבתי וארעא לזרעא - ישוב עדיף, ולית בה משום דינא דבר מצרא". וכתב הרא"ש שישב דאילנות עדיף טפי מבתיים, כדמוכח בהשואל (קא:) שהיורד שלא ברשות ואמר "עצי ואבני אני נוטל" - בבית שומעין לו ובשדה אין שומעין לו - משום ישוב א"י. וכתב הב"י שמלשון הגמ' "ישוב עדיף" משמע שאין זה דווקא בא"י אלא אפי' בחו"ל, מפני ישוב העולם; מדלא אמרה כמו בהשואל 'משום ישוב א"י'. והביאו הסמ"ע.

סעיף כז

היה מפסיק בינו ובין מצר חבירו רכב דקלים או בנין גבוה וחזק או גומא וכיוצא בהם, רואים אם יכול להכניס אפי' תלם אחד בתוך הדבר המפסיק עד שיתערבו שתי השדות, הרי זה בן מצר שלו ומסלק הלוקח; ואם לאו, אינו מסלק הלוקח.

שם "אפסיק משונתא או ריכבא דדיקלא, חזינא: אם יכול להכניס בה אפילו תלם אחד - אית בה משום דינא דבר מצרא, ואי לא - לית בה משום דינא דבר מצרא".

סעיף כח

מכר לו קרקע מעט באמצע שדהו, ואח"כ מכר לו קרקע בצד אותם שבאמצע, רואים אם אותה המעט שמכר לו תחלה הוא עידית או זבורית לגבי זאת הקרקע שמכר לו באחרונה, זכה הלוקח ואין בן המצר יכול לסלקו, שהרי הוא עצמו בן המצר הוא מפני אותו מעט שקנה באמצע. ואם אותו מעט שקנה באמצע כמו זאת שמכר לו בסוף בצדו, הרי זה מערים, ובן המצר מסלק אותו מהשדה שקנה בסוף.

שם קח. "זבין ליה גריוא דארעא במיצעא נכסיה, חזינן, אי עידית היא אי זיבורית היא - זביניה זביני, ואי לא - איערומי קא מערים". רש"י ורב האי פירשו שכאשר כיון להערים אף המכר הראשון בטל, ולא קנה הלוקח כלום. **אולם, הרא"ש** כתב שהמקח הראשון קיים אלא שאין לו דינא דבר מצרא, ודחק בלשון הגמ' 'זביניה זביני' לענין דין מצרנות. **וכתב הב"י שכן מדויק מלשון הרמב"ם** "מסלק אותו מהשדה שקנה לבסוף", משמע אבל לא ממה שקנה מתחילה, **וכן פסק השו"ע**.

הטור כתב בשם הרא"ש שאפי' לא ערערו המצרנים בתחילה כשקנה המעט - לא איבדו זכותם ויכולים לסלקו אח"כ. וכתב הב"י שהיינו לשיטת רש"י ורב האי, דאילו לשיטת הרא"ש באותו מעט אינם יכולים לסלקו שהרי אינם מצרנים לו, ואף אם יערערו לא נשמע להם באותו מעט. ולכן השמיט המחבר דין זה.

הגה: וכן אם נתן לו מעט קרקע במתנה, רואין אם מכר לו אחר כך כל כך ביוקר עד שהבליע המתנה, הרי הערים, ויכול בן המצר לסלקו (תשובת מיימוני דקנין סימן ל"ג).

וכתב הש"ך: דווקא כשהבליע, אך אם לא הבליע המתנה במכר אע"פ שהמתנה והמכר הם מאותו סוג – אין פה הערמה ואינו יכול לסלקו.

ואם יש חשש ערמה בדבר, מחרימין על ככה. וכן בכל דבר שיש לחוש לערמה לדחות בן המצר, מחרימין על כך (הגהות מיימוני פ"ד דשכנים ובית יוסף בשם הגאונים).

סעיף כט

בא הלוקח ונמלך בבן המצר וא"ל: הרי פלוני בן המצר שלך רוצה למכור לי שדה זו אלך ואקח ממנו, ואמר ליה: לך וקח, לא ביטל זכותו, ויש לסלק אותו אחר שיקנה, אלא אם כן קנו מידו. ויש מי שאומר שאם אמר בפני עדים: הוו עלי עדים שנסתלקתי, אין צריך יותר, שרוצה לומר: נסתלקתי כדין בקנין. הגה: ואם אמר הלוקח למצרן לקנות, והוא אומר: לא בעינא ליה, י"א דזכה הלוקח מיד, דאינו נעשה שלוחו בעל כרחו (בית יוסף בשם המרדכי).

1. אם הלוקח בא ונמלך במצרן והרשהו לקנות – לא איבד זכותו, דיכול לומר לו רציתי שתוציא מדיו הקרקע, כיון שאם אני הייתי בא לקנותה היה מוכרה לי בדמים יקרים. ולכן צריך לעשות קנין כדי שלא יוכל לחזור בו, ואינו קנין דברים שהרי יש לו זכות בגוף הקרקע בסמיכות שדהו, ואת הזכות הזאת הוא מסלק בקנין. ולאפוקי מרבינו שמחה שבמרדכי הסובר שזה קנין דברים ואינו מועיל.

2. אם אמר לעדים: הוו עלי עדים שנסתלקתי מהני, דכוונתו שנסתלק בקנין, והודאת בע"ד כמאה עדים דמי; כ"כ הטור בשם הרמ"ה.

3. אם בא הלוקח למצרן ואמר שיקנה עבורו הקרקע, והמצרן אומר לא בעינא לה – זכה הלוקח מיד וא"צ קנין; כ"כ המרדכי. הסמ"ע התקשה הרי מסעי' לא משמע שדווקא אם אמר כן למוכר, ולא ללוקח!! ותירץ דמייירי הכא כשבא הלוקח ואמר לו 'אקנהו עבורך', וכיון שסירב אין אדם נעשה שלוחו בעל כרחו, דומיא דהאומר לחברו אל תקדש לי את פלונית והלך וקידשה עבורו שאינה מקודשת. **ואת קושיית הש"ך פה לא זכיתי להבין.**

סעיף ל

במה דברים אמורים שצריך קנין, כשמחל לו קודם שקנה. אבל אם מחל לו זכותו אחר שלקח, כגון שבא המצרן וסייע אותו, או שכרו ממנו, או שראוהו בונה וסותר כל שהוא ומשתמש בו ולא מיחה בו ולא ערער, אף על פי שהוא בתוך זמן הראוי לסילוק, הרי זה מחל ושוב אינו יכול לסלקו. כ"כ הרמב"ם.

סעיף לא

נמלך המוכר בבן המצר למכור לו באותם דמים, ואמר ליה: זיל זבין לעלמא דלא בעינא ליה, לא צריך למקנה מיניה.

סעיף לב

אם שהה המצרן שיעור שילך ויביא מעות ויתבענו בדין, ולא תבעו, איבד זכותו. הגה: היה אנוס, לא אבד זכותו (ב"י). וכן אם שתק מכח טעות, כגון שהיה סבור שדמי המכירה יגיעו לו, ואח"כ כשנודע לו שיגיעו למצרן שלו בא לסלק הלוקח, הדין עמו (תשובת מהר"ל). ודווקא משעה שנתגלה המכר לבני העיר והחזיק הלוקח בקרקע; אבל אם לקחה בצנעא, לא איבד זכותו עד שיתפרסם המכר וישהה אחר כך מלתובעו בדין.

1. עד אימתי יכול לערער לאחר שלקחה הלוקח? עד כדי שיעור שילך לביתו ויביא מעות שמזומנים לו, ולא שיטרח להשיג כסף, ויבוא ויתבענו לדין כלומר שיש בי"ד זמין באותה שעה. עבר זה הזמן ולא תבעו – איבד זכותו. דמוכח שמחל לו ומחילה אינה צריכה קניין.

הר"י ברצלוני כתב שהשיעור שיכול למחות בו הוא יום אחד, **ורב האי כתב** שהשיעור הוא כדי שילך לביתו ויביא מעות מזומנים ויתבענו לדין, **והסכימו עמו הרא"ש והטור**. ומסתבר טעמו שהכל תלוי ביכולת לתבוע, שהיה בי"ד יושב באותה שעה, אך אם בי"ד יושב רק לאחר כמה ימים לא איבד זכותו עד אותו הזמן. **וכתב הב"י שכן נראת גם דעת הרמב"ם** (כמו שיתבאר בסמוך), וכן דעת **הרמב"ן והריב"ש והרי"ף והכי נקטינן**. והביא שבמיוחסות סימן כז כתוב שהזמן

האמור בגמ' הוא רק קודם שקנה הלוקח, אך לאחר שלקחה הלוקח כיון שהוא כשלוחו של המצרן יכול לסלקו אימתי שירצה ואפי' לזמן מרובה. וכתב שתלמיד טועה כתבה, ולא הרמב"ן והרשב"א חתימי עליה. אע"פ שכתב אח"כ שהריטב"א כתב שכן דעתו ודעת רבותיו.

2. אם תוך זה הזמן עמד וסייע ללוקח, וכל מה שנתבאר בסעי' לא – איבד זכותו.

כן ביאר הב"י דברי הרמב"ם, ולא כמו שהבין הרא"ש מדבריו שכל שלא ראהו משתמש בקרקע יכול למחות בו ואפי' לאחר זמן מרובה, וכתב שלא מסתבר כלל דאין בזה משום הטוב והישר, שהרי אם יוכל לסלקו לזמן מרובה לא ימצא המוכר קונים. ולכן ביאר שאף הרמב"ם סובר שאם שהה כשיעור זה איבד זכותו, ומה שכתב שאם עמד וסייע ללוקח או שראהו ושתק איבד זכותו מיד, היינו אפי' בתוך שיעור זה.

3. היה אנוס, או שטעה – לא איבד זכותו.

4. דווקא אם נתגלה המכר לבני העיר, אולם אם לקחה בצנעא לא איבד זכותו עד שיתפרסם הדבר. ובסתמא אמרינן שהדבר התפרסם, דסתם מכירה יש לה קול, אא"כ מוכח שכיוונו להצניע; כ"כ הרשב"א בתשובה (ב"י מחודש ה).

סעיף לג

אם יש עדים שזה איימו לבן המצר, בדבר שיש בידו להזיקו, שלא יערער על המקח, כשיעבור האנוס יכול לסלקו.

סעיף לד

היה בן המצר במדינה אחרת, או חולה או קטן, ואחר זמן הבריא החולה או הגדיל הקטן ובא ההולך, אינו יכול לסלקו, שאם אתה אומר כן אין אדם יכול למכור קרקעיתו, שיאמר הקונה: לאחר כמה שנים תצא מידי. הגה: ו"א דמ"מ לכתחלה ילך המוכר לפני ב"ד שיודיעו לאוהבי או קרובי המצרן אם רוצה לקנות (מרדכי פרק המקבל).

אם המצרן במדינה אחרת, או חולה או קטן – אין ממתינים לו, אלא מוכר ללוקח ואינו יכול לסלקו לאחר זמן, דא"כ אין לך אדם לוקח מחברו שדות, ואין זה בכלל הטוב והישר. ודעת הרמ"א – שאם הוא במדה"י מודיעין לאוהביו או קרוביו, אולי הם יודעים שהוא חפץ לקנותה ויקנו עבורו. כן ביאר הש"ך דברי הרמ"א, ומקורם הוא במרדכי בשם רב פלטוי, והב"י דחה דבריו דמדוע שאחרים יקנו ואולי הוא כלל לא חפץ בכך, ואיזה זכות יש להם. והרמ"א ביאר שאין הכוונה שיקנו לעצמם, אלא אולי הם יודעים שהוא רוצה וחפץ בה ויקנו עבורו שלא יאבד זכותו. ומ"מ הוסיפו שאם נראה שיש ערמה בדבר יחרימו עליו.

סעיף לה

היו המצרנים רבים, ומכר אחד מהם זכותו ללוקח, אפי' בקנין, יכולים האחרים לסלקו.

ואין אומרים שמכר לו זכותו של המצרן והרי הוא כא' מבני המצר, שאין זה בכלל הטוב והישר שיפסיד זכות המצרנים האחרים, אלא ילך ויקנה במקום אחר.

סעיף לו

מכר כל נכסיו לאחד, אין בעל המצר של שדה אחת מסלק את הלוקח מאותה השדה, שהרי היא והאחרת קנה כאחד; ואפילו אם המצרן גם כן רוצה לקנות כל נכסיו בכל מקום שהן, אינו יכול לסלקו.

שם קח: "מכר כל נכסיו לאחד - לית בה משום דינא דבר מצרא". והטעם מפני שאין לנו לעשות תקנה למצרן שהיא רעה למוכר, שהרי יקשה עליו למצוא קונים לכל שדותיו, ועד שמצא אחד שרוצה לקנות הכל – אין לנו לעכבו.

אפילו אם המצרן רוצה לקנות כל שדותיו – אינו יכול לסלקו. כ"כ הרא"ש, וטעמו שאין מצוי שא' יקנה כל שדותיו יחד, ולכן אינו צריך להודיע למצרן שמא אדהכי והכי ימלך הלוקח. וכ"כ העיטור, הרמב"ן, הרשב"א והר"ן. **ודלא כמשמע מרש"י** שאם רוצה המצרן לקנות כל שדותיו יכולים לסלקו, וכ"כ תרוה"ד שהיא דעת הרמב"ם והאור זרוע. וכתב הב"י שהלכה כרא"ש דמסתבר טעמו.

סעיף לז

מכרה למי שקנאה הוא ממנו, אין המצרן יכול לסלקו כיון שכבר מכרה לו. והוא הדין אם מכרה לבן אותו שקנאה הוא ממנו שאין המצרן יכול לסלקו, ויש מי שחולק במכר לבן. הגה: מיהו לכתחלה אם בא המצרן ובעלים הראשונים ליקח, המצרן קודם. ואם בא אדם אחר ליקח, אפילו לכתחלה אין הבעלים ראשונים יכולין לעכב (ב"י בשם הר"ן ונ"י והגהות אש"ר). מכר ראובן לשמעון ושמעון ללוי ולוי חזר ומכר לראובן, המצרן יכול לסלקו (הגהות אש"ר).

1. אם מכר למי שקנאה ממנו – אין המצרן יכול לסלקו, כיון שיש קצת טוב וישר בכך שהקרקע חוזרת לבעליה הראשונים. אך זה רק קצת, ולכן אם באים שניהם לכתחילה המצרן קודם. שם קח: "לבעלים הראשונים - לית בה משום דינא דבר מצרא". כמו כן אם בא אחר ליקח, אין הבעלים הראשונים יכולים לעכב עליו.

בעלים ראשונים היינו האלה שהיושב בקרקע לקח מהם, דאל"כ אין לדבר סוף, ש"ך.

2. מה הדין בבנו? שו"ע בסתם – א"א לסלקו, דהוא כמו אביו. י"א – יכול לסלקו. הטור כתב בשם העיטור שדוקא בו אמרינן ולא בבנו, וכ"כ הרא"ש והרשב"א. אולם, ה"ב"י כתב שמצא בעיטור שהג"י שאף בבנו א"א לסלקו, ושכ"כ הר"ן והנמוק"י ותלמידי הרשב"א, והטעם שאף בבנו שייך ישר וטוב שירש נחלת אבותיו, וכמו ששומא הדרא אף ליורש.

3. מה הדין אם מכר לבנו? הש"ך כתב שנראה שאין המצרן יכול להוציא מידו, דאין זה טוב וישר להוציא מידו, אך נשאר בצ"ע, ואיני יודע מדוע נשאר בצ"ע.

סעיף לח

הקונה מהעובד כוכבים, אין המצרן יכול לסלקו.

שם קח: "זבן מנכרי וזבין לנכרי - לית בה משום דינא דבר מצרא. זבן מנכרי - דאמר ליה: ארי אברחי לך ממצרא, זבין לנכרי - נכרי ודאי לאו בר ועשית הישר והטוב הוא. שמותי ודאי משמתינן ליה, עד דמקבל עליה כל אונסי דאתי ליה מחמתיה".

וכתב הש"ך ואע"פ שלאחר שקנאה חוזר ומשכירה לעובד כוכבים, דסו"ס יכול לומר לו אריה אברחא ממצרא.

סעיף לט

מכרה לעובד כוכבים, עובד כוכבים לאו בר דינא דבר מצרא הוא. הגה: הקונה בצד עובד כוכבים, י"א דאין המצרן שבצד השני יכול לסלקו (ב"י). וי"א דאין לסמוך על זה א"כ יש צד אחר בדבר שאין לסלקו (ת"ה סימן של"ח).

1. אם מכר לגוי – אינו יכול לעכב, דגוי אינו בר דינא דבר מצרא. דדינא דבר מצרא אינו על המוכר, שהמוכר יכול למכור למי שירצה, אלא על הלוקח שאנו אומרים לו אין זה טוב וישר לקנות כאן אלא היה לך לקנות במקום אחר. ועכו"ם דלא ציית דינא – לא תקנו בו. אולם משמתינן ליה.

2. אם קנה קרקע שבין המצרן ובין העכו"ם: י"א שאינו יכול לסלקו דיכול לומר לו אני מגן לך מהעכו"ם. וי"א דאין לסמוך על זה אלא בצירוף טעמים נוספים. תרוה"ד לא רצה לסמוך על טעם זה אלא בצירוף טעמים נוספים, אולם ה"ב"י כתב שזהו טעם נכון וראוי לסמוך עליו אפי' בעלמא, כ"ש בדינא דבר מצרא דהוא משום הישר והטוב דבטעם כל דהו דחינן ליה.

סעיף מ

המוכר לעובד כוכבים או שוכר לו, היו משמתינן אותו עד שיקבל עליו כל אונס שיבא מהעובד כוכבים, עד שינהוג העובד כוכבים עם בן המצר שלו בדיני ישראל בכל. ואם אנסו בדבר שלא כדין ישראל, משלם המוכר. ודווקא ששמתוהו תחלה, אבל אם לא שמתוהו ואירע לו אונס מן העובד כוכבים, י"א דפטור לשלם (ר"ן ונ"י והמגיד פ"ב בשם הראב"ד ומרדכי פ' הגוזל קמא) וכן"ל עיקר. ואם בא לו היזק מכח שכונת העובד כוכבים בחיי המוכר, (ומת), חייב הבן לשלם ממה שירש מאביו. אבל אם לא בא לו ההיזק אלא לאחר מיתת המוכר, יש מי שאומר שלא קנסו בנו אחריו.

1. אם מכר לגוי או השכירו – משמתין אותו עד שיקבל עליו כל אונס שיבוא מחמתו. ואף אם אנסו בדבר שהוא כדיניהם, אך אינו בדיננו – חייב לשלם. כן מוכח בגמ' הנ"ל בסעי' לח. וכתב הרא"ש: "והא דאין ממתניין עד שיבא לו היזק וינזוהו אז עד שיפרע לו משום שהחמירו חכמים לקונסו שיכתוב לו שטר שיעבוד על נכסיו ויחול השיעבוד מעתה".

אם קנה מגוי – יכול להשכיר לגוי אך לא למכרו לו; ש"ך.

2. החיוב לשלם הוא דווקא אם קיבל עליו, ומה שכתב 'שמתוהו תחילה' היינו מפני שבשעה שמשמתין אותו הוא מקבל עליו כן; סמ"ע.

כן כתבו הר"ן והנמוק"י בשם הראב"ד, וכן דעת הרא"ה, הרשב"א והרמב"ן, וכ"כ המרדכי ולמדו כן מכך שצריך לקבל עליו כל אונסא דאתיה מחמתיה, הא אם לא קיבל – אינו חייב לשלם. וטעמם מפני שאין זה אלא גרמא. **אולם, הב"י דייק מדברי הרא"ש** שהבאנו שאף אם לא קיבל עליו חייב לשלם, ומה שמקבל עליו היינו משום חומרא שיחול השעבוד מעתה. אך כתב הב"י שכיון שכל הני רבוותא הסכימו לדעה אחת הכי נקטינן, וכ"פ הרמ"א.

3. אם בא ההיזק בחייו ומת – חייב בנו לשלם מהנכסים שירש מאביו. אולם, אם בא לאחר מות אביו – פטור, ואע"פ שהאב קיבל על עצמו לשלם את הנזקים, אך לא קיבל אלא בתורת קנס, ולא קנסו בנו אחריו.

סעיף מא

במה דברים אמורים, כשיכול למוכרה או לשוכרה לישראל בדמים שנותן העובד כוכבים. אבל אינו חייב למוכרה לישראל בפחות. ואי חזינן שהעובד כוכבים מכין לקנות במצר ישראל כדי להשחית נחלתו, הכל לפי ראות הדיין.

כל הדינים הללו כשיכול למכרה או להשכירה ליהודי באותם דמים פחות או יותר כמו שנותן הגוי, אך אינו חייב להפסיד כדי למכרה לישראל. אולם, אם הגוי משתדל לקנותה כדי להשחית נחלת ישראל, כגון שרוצה לקנותה בהרבה יותר משווייה, והישראל מוכן לקנות בשווייה. או שיכול לקנות בשכונת הגויים ובדוקא בא לשכונת ישראל – אין למכרה לו. כ"כ הרא"ש.

סעיף מב

המוכר שדה רע כדי לקנות בדמים שדה יפה, או שמכר מקום רחוק כדי לקנות מקום קרוב, אין בהם דין בן המצר, שמא בנתים שיודע למצרן יקנה אחר אותו שדה שהוא רוצה לקנות. כן איתא שם בקח:

1. רע הידוע ויפה הידוע שניכר לכל, אך לא רע לזה ויפה לשני. כ"כ ב"י בשם העיטור, וכתב הסמ"ע שליכא מאן דפליג בהא.

2. המוכר ביתו כדי לעקור דירתו לעיר אחרת – לית בו משום דינא דבר מצרא, דהוי כמוכר שדהו מפני רעתה. שהרי אף כאן הוא זקוק לכסף במהירות ואין לו שהות לחכות; ש"ך.

3. אף אם כבר לזה וקנה, כשמוכר לפרוע חובות הללו אין בו משום בר מצרא; סמ"ע.

סעיף מג

מכר כדי ליתן מנת המלך, או שמכר לקבורה או למזון האשה והבנות (ו"א דהוא הדין למזונות עצמו) (ב"י בשם תלמידי הרשב"א), אין בו דין בן המצר.

שם קח: "לכרגא ולמזוני ולקבורה - לית בה משום דינא דבר מצרא. דאמרי נהרדעא: לכרגא, למזוני ולקבורה מזבנין בלא אכרזתא". ופירש"י "וכיון דמשום רווחא דיתמי לא משהינן למילתא פן יכעוס שוטר המלך, וכן חסרון מזונות, ולבזיון המת - כל שכן דמשום בר מצרא לא משהינן מילתא לאודועי". ודייקו שלדעתו אין מודיעין למצרן, אך אם בא המצרן ומבקש לקנות – הוא קודם. **אולם, הרמב"ם והר"ח פירשו שמשום הכי אין בהם כלל דינא דבר מצרא, וכן פסק השו"ע, והרמ"א הביא בהגהתו בסמוך ב' הדעות.**

ואפילו שלוח לצרכי קבורה או למזון האשה והבנות, או שלוח מחבירו לפרוע המס, כשמוכר לפרוע למלוה אין בו משום דין המצר.

כן דיין התוס' שהרי פשיטא שאין מעכבין קבורת המת בשל כך, ותירצו שמיירי אפי' לוו לצורך קבורת המת כשבאין לפרוע אין בזה משום דינא דבר מצרא.

(ואפילו לכתחילה כשבאו לקנות, כל הקודם זכה) (רמב"ם פ"ב והג"א בשם ר"ח ובשם תלמידיו רשב"א). ויש אומרים דהמצרן קודם (שם הגהת אשרי בשם רש"י).

סעיף מד

טען הלוקח ואמר: מפני המס וכיוצא בו מכר לי המוכר, ובעל המצר אומר: שקר אתה טוען כדי לבטל זכותי, על בעל המצר להביא ראיה, ואם לא הביא ראיה ישבע הלוקח היסת.

כיון שדינא דבר מצרא הוא מתק"ח, הלוקח נקרא מוחזק והמצרן מוציא, והמע"ה עליו הראיה.

סעיף מה

אפילו היה בדבר ספק, אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה שמביא בעל המצר. לפיכך אם טען הלוקח ואמר: גזלן אתה לשדה זו, אריס אתה לשדה זו, או: שוכר או ממשכן, צריך בעל המצר להביא ראיה שהוא בעל המצר ושקרע זה בחזקתו, וכן כל כיוצא בזה. הגה: וכן במקום שהפוסקים חולקין, אין מוציאין מיד הלוקח, הואיל ומוחזק (תה"ד סימן שכ"ו/ש"מ). מיהו לכתחלה יש למכור למצרן (ב"י).

1. אפי' היה בדבר ספק, אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה, שהרי הלוקח הוא מוחזק. לשיטת הסמ"ע משפט זה קאי על הסעי' הקודם, שאפי' טוען בספק שמא מפני המס מכר – אין מוציאין ממנו. ולשיטת הש"ך משפט זה הוא הקדמה לדין של סעיפנו, שאפי' יש ספק כגון שטוען שמא גזלן אתה וכדו', ודווקא בכה"ג שמערער על כך שהוא מצרן ויש לו זכות לסלקו. אך בטוען שמא מפני המס – צריך הלוקח להביא ראיה שהרי המצרן ודאי והוא ספק, ואין ספק מוציא מיד ודאי.

2. אם טוען הלוקח: גזלן אתה בשדה שלך וכדו' ואין לך דין מצרנות, צריך המצרן להביא ראיה. אם לא הביא ראיה – אין מוציאין מיד הלוקח. האם צריך הלוקח ליטען שחברו גזלן? כשטוען הלוקח שמא – לכו"ע א"צ שבועה, דעל מה ישבע? אך בטוען ברי: סמ"ע – א"צ שבועה, שהרי יש לו מיגו שיכל לטעון שמא ולפטר משבועה. ש"ך – צריך שבועה, כדמוכח מסעיף מד לגבי טוען מפני המס מכר לי שצריך שבועה, וסמכו המחבר והרמב"ם על מה שכתבו שם. והנתיבות כתב כסמ"ע, וביאר דדוקא לגבי מס צריך שבועה כשטוען ברי ואינו נאמן במיגו, כיון שמודה שלמצרן יש דין של מצרן. אולם, הכא כשטוען שהמצרן גזלן וכדו', א"כ לטענתו אין למצרן דין מצרן כלל, ועליו חובת הראיה שהוא מצרן ולכן מהני מיגו שהיה טוען שמא. והש"ך מביא בסברא זו.

3. אם הוא אריס בתי אבות שאין בעל הקרקע יכול לסלקו וקנה קרקע הסמוכה למצר – אין בעל הקרקע יכול לסלקו, דהרי הוא כשותף בקרקע; ש"ך.

סעיף מו

סלקיה מצרן ללוקח, ואחר כך נודע ששדה זו לא היתה של מצרן, יד הלוקח על העליונה, רצה מחזיק במעותיו, רצה מחזיר למצרן מעותיו וחוזר למקנתו. וחייב לשלם לו כל הפירות שאכל.

ואם הנגזל, שבא הקרקע עתה לידו, רוצה לסלק הלוקח משום דינא דבר מצרא, חזינן אי ידע דזבניה והיה יכול לסלקיה בעידנא דסלקיה גזלנא ולא סלקיה, כלומר שיכל אז לבוא לבי"ד ולומר ששדה זו היא שלו וגזלו ממנו והוא רוצה לסלק ללוקח וליתן לו מעותיו, סמ"ע. תו לא יכול לסלקיה. ואי לא ידע ביה מקמי הכי, אף על גב דאתי עליה לבתר דסלקיה גזלנא ללוקח, לא בטלא מצרנותיה בהכי. כ"כ הטור בשם הרמ"ה.

סעיף מז

המוכר לאשה או ליתומים קטנים, (אבל יתומים גדולים או קטנים שאינם יתומים אית בהו משום בר מצרא) (ב"י בשם המגיד פ"ב), אין בו משום דינא דבר מצרא. מכר לטומטום ואנדרוגינוס, אין המצרן יכול לסלקו, לפי שהם ספק אשה. הגה: ודוקא אשה שיש לה

נכסים ידועים, או אלמנה, שאין לחוש שמערמת וקונה לבעלה ואומרת לעצמה (נ"י פ' המקבל וב"י בשם רשב"א ובשם הרי"ף). קנתה היא ובעלה ביחד, אין יכולין לסלק אפילו הבעל. (ריב"ש סי' שס"ט) הקונה מן האשה, י"א דלית בו משום דינא דבר מצרא (ב"י בשם הפוסקים). ודוקא מצרן אינו יכול לסלק אשה, אבל שותף יכול לסלקה, דשותף עדיף ממצרן (מהרי"י).

המוכר לאשה או ליתומים קטנים – אין בו משום דינא דבר מצרא. אבל יתומים גדולים, או קטנים שתם יש בהם דינא דב"מ. ב"מ קח: "לאשה וליתמי ולשותפי - לית בה משום דינא דבר מצרא". וכתב רש"י: "מכר לאשה - לא מסלקינן [לה] דלאו אורח ארעא לאהדורי ולבקש מי שיש לו קרקעות למכור, ומה שבאה לידו ראשון - אין לנו לומר ועשית הישר והטוב, להרחיקו מעליו, וכן יתמי". וכתבו הרמב"ם ורבינו ירוחם דדוקא קטנים, אך גדולים הרי הם ככל אדם. וממילא קטנים שאינם יתומים ג"כ הרי הם ככל אדם.

2. מכר לטומטום ואנדרוגינוס – אין בו משום דב"מ, שהרי הם ספק אשה. כ"כ הרמב"ם.

3. מכר לאשה, דווקא כשיש לה נכסים ידועים שאין לבעלה רשות בהם, הא לאו הכי חיישינן להערמה, כ"כ הנמוק"י בשם הרשב"א והרי"ף, וכ"כ הר"ן ורבינו ירוחם.

4. קנתה היא כשיש לה נכסים ידועים, סמ"ע. ובעלה יחד – אין יכולים לסלק אף את הבעל, שהרי הם שותפים, סמ"ע. והג' הרב עוזר – דווקא כשהבעל אוכל פירות שנעשה גם הוא מצרן בקניה זאת.

5. הקונה מהאשה, וה"ה מהיתומים, ש"ך. – אין בו משום דינא דבר מצרא, שרצו חכמים שיהיו מעשה קיימים, כדי שיקפצו בני אדם לקנות ממנה. כ"כ ב"י בשם הראשונים, ודלא כמהרי"י וי"ל.

6. דווקא מצרן אינו יכול לסלק לאשה, אך שותף יכול כיון שיש לו בגוף הקרקע. מה דין שוכר? רא"ש – יכול, ריב"ש – לא יכול, ולכן המע"ה ואין יכול לסלק ללוקח דחשיב מוחזק, ש"ך וכן הסכים התיבות.

סעיף מח

קטן שהוא מצרן, אם רואים בית דין שזכות הוא לו, יסלקו את הלוקח או יטלו לו חלקו עם שאר המצרנים.

סעיף מט

המוכר לא' מן השותפין שלו במשא ומתן, אף על פי שאינו שותפו בקרקע זכה בה, ואין שאר שותפין או שאר בני המצר נוטלים עמו. הגה: אם הלוקח לית ליה ארעא ודחיקא ליה שעתא, והמצרן אין צריך לה רק להרווחא בעלמא, י"א דלית ביה משום דינא דבר מצרא. (תוס' פ"ק דב"ב והגהות מיימוני פ"ב ב' דעות); ויש חולקין (תוס' בפ"ק דב"ב והגהות מרדכי שם בשם מוהר"ם), ומדברי מוהר"ם סימן ש"מ ומהרי"ו סימן צ"ט נראה כסברא הראשונה, ודוקא שהלוקח מן העיר ולא יכול למצוא בית במקום אחר, אבל בלאו הכי המצרן קודם לכולי עלמא (מהרא"י ומהרי"ו סימן צ"ה).

1. המוכר לא' מהשותפין שלו, אע"פ שאינו שותף עמו בקרקע אלא במשא ומתן – אין בו דינא דבר מצרא. ודווקא כשקדם ולקח, אך אינו יכול לסלק למצרן א"כ הוא שותף עמו באותה קרקע; סמ"ע. שם קח: "לשותפי לית ביה משום דינא דבר מצרא", רש"י ור"ח פירשו דהיינו שהוא שותף עמו באותה קרקע, וכמותם פסק בתרוה"ד. אולם, הרא"ש בשם ר"ת, רב האי, הרמב"ם, נמוק"י בשם הרשב"א והר"ן והעיטור פירשו שאף אם הוא שותף עמו בקרקעות אחרות או בסחורה, אין בו דינא דבר מצרא ואין המצרן יכול לסלקו אם מכרו לו שותפו. וכן פסק השו"ע.

2. אם ללוקח אין קרקע ודחיקא ליה שעתא, והמצרן רוצה אותה להרווחא בעלמא – י"א שאין בו דינא דבר מצרא, מפני שדינא דבר מצרא הוא מטעם יעשית הישר והטוב, ואין זה טוב וישר שהוא יצטרך להטלטל ולחפש מקום לדור בו או להתפרנס ואתה תשב בריח. ולמדו כן או ממעשה דרונאי ורבינא בב"ב ה. (לפי אחד הפירושים שם), או מהדין של אשה ויתומים שאין בהם דינא דב"מ. כן דעת רש"י ב"ב ה., והר"ה הובא בר"ן ובנמוק"י ב"מ קח: והעיטור והאור זרוע. ויש חולקין דאין מרחמין בדין, כ"כ תוס' בב"ב ה. והגה' מרדכי בשם מהר"ם. ועיין בסמ"ע שכתב בשם האור זרוע שאף החולקים לא חלקו אלא כשיש לו בית דירה, ורוצה לקנות הקרקע כדי להתפרנס. וכן שאם יש לו בית אחר לקנות אע"פ שהוא רעוע ודחוק, יש בו דינא דב"מ. וכן כתב הרמ"א שדווקא כשהלוקח הוא בן העיר הזאת.

סעיף נ

כל הרוצה למכור קרקע, ובאו שנים, כל אחד מהם אומר: אני אקח בדמים אלו, ואין אחד מהם בעל המצר, אם היה האחד מיושבי העיר דהיינו דכני העיר, ולא כמו שמשמע מרש"י שגרים אליו בסמוך בתוך העיר; סמ"ע. והאחד משכני השדה, שכן העיר קודם. שכן ותלמיד חכם, תלמיד חכם קודם. קרוב ות"ח, ת"ח קודם. שכן וקרוב, שכן קודם. קדם אחד מהן וקנה, זכה, ואין חבירו שראוי לקדם לו יכול לסלקו, הואיל ואין אחד מהם בעל המצר.

שם קח: "שכני העיר ושכני שדה - שכני העיר קודמין, שכן ותלמיד חכם - תלמיד חכם קודם, קרוב ותלמיד חכם - תלמיד חכם קודם. איבעיא להו: שכן וקרוב מאי? - תא שמע טוב שכן קרוב מאח רחוק". ופירש רש"י דלאו בדינא דבר מצרא עסקין, דאטו ת"ח משלח גלימא דאינשי, אלא בסתם מכירה מי קודם כשבאים שניהם לפנינו לקנות; וכן דעת הר"ף והרמב"ם, ולא כג' בעל הלכות דמייירי כאן מדינא דבר מצרא.

הגה: "א דלא מקרי שכן אלא אם הוא חבירו הרגיל עמו, אבל מה שדר אצלו אינו כלום (רבינו ירוחם בשם התוס' בהכותב וטור בסימן ר"ג וכ"כ הרא"ש שם). ויש מי שחולק (רש"י ותוספות בהמקבל).

סעיף נא

היה הקרקע של אחד והבנין או האילנות של אחר, אם יש לבעל הבנין או בעל האילנות זכות בקרקע, כל א' מהם בן המצר של חבירו; לפיכך אם מכר אחד מהם חלקו, חבירו מסלק הלוקח אפילו הוא מצרן. אבל אם אין לבעל האילנות או לבעל הבנין זכות בקרקע, אלא כל זמן שירצה אומר לו: עקור אילניך, או: הרוס בנייניך, ומכר בעל הקרקע, זכה הלוקח, ואין בעל האילנות או בעל הבנין מסלק אותו. ואם מכר בעל הבנין או בעל האילן, הרי בעל הקרקע מסלק אותו.

שם קח: "ארעא דחד ובתי דחד - מרי ארעא מעכב אמרי בתי, מרי בתי לא מעכב אמרי דארעא. ארעא דחד ודיקלי דחד - מרי דארעא מצי מעכב אמרי דקלי, מרי דיקלי לא מצי מעכב אמרי דארעא". **ופירשו הראשונים** שמייירי שאין לבעל הבית והדקלים זכות בגוף הקרקע, ולכן אין לו דין מצרן. **דעת הרמב"ם והשו"ע** - שמייירי שהוא יכול לסלקו מתי שירצה, אך אם יש לו זכות להיות שם עד זמן מסוים, דינו כשותף לסלק מי שבא לקנותו בתוך אותו הזמן. אולם, דעת הרא"ש והטור שאם אינה קנויה לו עולמית - אין לו דין שותף כלל; סמ"ע.

הגה: הבית והעליה של שנים, ומכר הא' ביתו למצרן, אין בעל העליה יכול לסלקו, דלא מקרו שותפים זה לזה, רק דין כמצרנים (תשובת הרא"ש כלל צ"ז).

בית ועליה על גביו ואין יכול לסלק בעל העליה עולמית - האם נחשבים כשותפים או כמצרנים? רמ"א - מצרנים, ולכן אם מכר בעל הבית ביתו למצרן, אין בעל העליה יכול לסלקו. אך אם מכרו לסתם אדם - יכול לסלקו. סמ"ע, ש"ך, נתיבות - כשותפים, ולכן אף אם מכרו למצרן - יכול בעל העליה לסלקו, כדין שותף שקודם למצרן.

הב"י הביא בשם הרא"ש בתשובה שאם מכר בעל הבית ביתו לאחר יכול בעל העליה לסלקו, וכתב שמשמע שהוא כמו שותף וא"כ אף את המצרן יכול לסלק, אלא שהוסיף שלא משמע כן מדברי התשובה. **ולכן פסק הרמ"א** שאין דינו כשותף אלא כמצרן. **הסמ"ע האריך** ותורף דבריו שאין מוכח בתשובת הרא"ש מידי, ושלפי דברי הרמ"א צריך לחלק בין בית ועליה, לקרקע ובית או אילנות דמחשיב כשותף (כשקנוי לו עולמית) דדוקא שם שהם עומדים וקבועים בגוף הקרקע חשיב כשותף, משא"כ בית ועליה. אולם, יותר נראה לא כך אלא שאין חילוק ואף בבית ועליה הוי כשותפים, וכן הסכימו הש"ך והנתיבות לדינא.

סעיף נב

וכן אם נמכר קרקע הסמוך לזה, שהקרקע לאחד והבנין לאחר, בעל הקרקע קודם לבעל הבנין, אלא אם כן יש לבעל הבנין זכות בקרקע, כמו שנתבאר.

סעיף נג

בכל הקרקעות שבעולם יש דין מצרנות, אבל במטלטלין ועבדים אין דין מצרנות. ומחובר לקרקע כקרקע, ויש בו דין מצרנות. (ולכן יש דין מצרנות בבתיים). והוא הדין

במקומות בית הכנסת. הגה: י"א דהמוכר במקומות בבית הכנסת, בני משפחתו יכולין לסלק המוכר משום פגם משפחה, ויש חולקין (מרדכי פרק המוכר פירות ב' הדעות). ונ"ל דהכל לפי הענין, דאם היה פגם בזה למשפחה, כגון שיושבין משפחות משפחות לבד, יש לדון כסברא הראשונה, וכמו שאמרו לענין המוכר קברו וכל כיוצא בזה.

המלוים ביחד בחנות, אין לו דין קרקעות ואין המצרן או השותף מסלק הלוקח כמו בקרקעות, ודינו כמו מטלטלין. מיהו אם נראה לב"ד היזק לשותף השני, מצי מסלק ליה. וכן בכל מטלטלין, אף על פי שאין בהם דין מצרנות, מ"מ (אם) שותפין (הן) במטלטלין ואחד מכר חלקו, יכול השותף השני לסלק הלוקח, אם נראה לבית דין שאין השותף השני נוח לו כראשון (מהרי"ק שורש כ' וד"ע).

1. בכל סוגי הקרקעות יש דין מצרנות, כגון בית בד ובית המרחץ, ושובך ומגדל ושדות וכרמים ובית השלחין, בורות שיחין ומערות וכל הדומה להן, כ"כ הטור. אבל במטלטלים ועבדים אין מצרנות, פ"י כגון שהם שותפים בהם ורוצה האחד למכור חלקו לאחר, אין חברו יכול לעכב עליו שימכרו לו. והמחובר לקרקע הרי הוא כקרקע.

2. לכן, גם בבתים יש דין מצרנות. דלא כדעת ר"ת.

ר"ת הוכיח מהגמ' בקח: "אפסיק משוניתא או ריכבא דדיקלא, חזינא: אם יכול להכניס בה אפילו תלם אחד - אית בה משום דינא דבר מצרא, ואי לא - לית בה משום דינא דבר מצרא". שבבתים אין דינא דבר מצרא, כיון כל בית עומד לעצמו ואין דרך לחברם יחד. וכתב הנמוק"י שהרשב"א דחה ראיתו, דדוקא בשדה שהפסיקו רכבא דדקלא וכדו' שהם דברים חשובים ואין הבעלים עשויים לעקרן, ולכן הם מובדלים ביניהם לעולם; משא"כ בתים שדרך לחברם בפתחים ולכן הם עשויים. וכתב בב"י שמשמע שלא נחלקו אלא במקום שאפשר לחברו, אך בתים שברור שלא יוכלו לחברן לא. אך מהמרדכי מוכח שנחלקו תמיד, וכתב הטעם שאע"פ שהבתים מובדלים עדיין יכול להשתמש באחד לדירה ובשני לאוצר יין ושמן, וכן לחברם יחד בחצר ולהשתמש בשניהם כאחד, ולכן אף בהם שייך דינא דבר מצרא. הרא"ש ביאר טעמו של ר"ת, שבבתים לא שייך דינא דב"מ כיון שאינם מצויים לקנות ואין זה הישר והטוב, ועוד שאין זה טוב שלא יהיה בית נוסף להשכרה ולשני לא יהיה היכן לגור. וכתב שדבריו נכונים אלא שלא נהגו כן. וכ"כ הרשב"א וההג' מיימוני שלא נהגו כן, אלא דנים דינא דב"מ אף בבתים. בדעת הרמב"ם: הרמב"ם לא הזכיר מה הדין בבית, אך כתב שבחצר יש דינא דב"מ. הנמוק"י כתב שאין להוכיח שאולי דיבר על חצר שאין בו דיורים. אך הב"י דחה דבריו, והסכים עם ה"ה שדעתו שאף בבתים יש דינא דב"מ. וכן פסקו השו"ע והרמ"א שאף בבתים יש דינא דב"מ.

האם אפשר לצרף דברי ר"ת לטעמים אחרים? סמ"ע - כן, אם הדין רואה שיותר טוב וישר שלא לסלק ללוקח. כן מוכח בתשובת הרשב"א שצירפו. ש"ך - לא, דדחו דבריו כל הפוסקים, וכתבו שפשט המנהג דלא כוותיה. כמו שכתב הב"י בשם תרוה"ד, שאין לצרף דברי ר"ת אפי' לסניף. ואף הרשב"א לא צירפו אלא מפני שבימיו לא פשט המנהג, וכן לא פסק כן למעשה.

3. מקומות בית הכנסת: שו"ע - יש דינא דב"מ. רמ"א - כיון שיש מח', הכל לפי הענין. הטור הביא בשם הראב"ד שיש בהם דינא דב"מ אע"פ שאינו מתקבל על הדעת, וכתב הב"י שכן דעת הגאונים שיש בהם דינא דב"מ. וביאר דברי הראב"ד שאין זה מתקבל על הדעת שהרי אין צורך לאדם אחד ביותר ממקום אחד, ולא אמרו דינא דב"מ אלא כשרוצה לקנות הדבר כדי לחברו עם הראשון, ובמקומות זה לא שייך שהרי כל אחד יושב בשלו. אלא שהוסק הטור שבמקום שהוא דחוק וצר, ורוצה לקנות המקום כדי להרחיב מקומו - בכה"ג ודאי יש דינא דב"מ.

4. האם יש דינא דב"מ בשותף שמכר חלקו: שו"ע וש"ך - לא. רמ"א - לפי ראות עיני הדיין. המהרי"ק כתב שאף בשותפין שרוצה אחד למכור חלק שותפותו יש דינא דב"מ, ודקדק כן מהרמב"ם שלא הזכיר קרקע אלא לגבי בן המצר ולא לגבי שותף. והב"י דחה דקדוקו, וכתב שלא הזכיר שום אחד מהפוסקים שיהיה דינא דב"מ במטלטלין, ולכן בכל ענין אינו יכול לסלק ללוקח. והדרכי משה פסק שאין בדבריו הכרח כדי לדחות דברי המהרי"ק, ולכן כתב שהכל לפי ראות עיני הדיין האם זה יגרום היזק לשותפות או לא, וזה היותר טוב וישר; וכן פסק הרמ"א. והש"ך דחה דבריו והסכים עם השו"ע.

סעיף נד

הנותן מתנה, אין בה דין המצר. היה כתוב בשטר מתנה שאחריות מתנה זו על הנותן, יש בה דין בן המצר. וכמה נותן לו, מה שהיה שוה.

שם קח: "מתנה לית בה משום דינא דבר מצרא. אמר אמימר: אי כתב ליה אחריות - אית בה משום דינא דבר מצרא". מפני שמוכח שזה הערמה כדי שלא יוכלו לסלקו, שהרי אין אדם נותן לחברו מתנה עם אחריות.

מדוע במתנה ליכא דינא דבר מצרא? כתב הב"י ג' טעמים: א. בבמכר המצרן אומר אילולי קניית אתה הייתי אני קונה אותה, משא"כ במתנה שלא היה נותנו לו. ב. במתנה הנותן חפץ שתתקיים ביד הלוקח, שיהיה זכרון למתנתו שעשה עמו טובה. ג. הלוקח חפץ שתתקיים מתנתו להיות לו לשם שמפני עבודתו הטובה ניתנה לו במתנה.

אמר הלוקח: כן הוא והערמה עשינו ומכירה היא ובכך וכך קניתי, נשבע בנקיטת חפץ ונוטל, כדין השלוחין, והוא שיטעון דמים שהן ראויים או יותר מעט. אבל אם אמר על שוה מנה: בק"ק קניתי, אינו נאמן. כ"כ הרי"ף מסברא דנפשיה, שכיון שהוא כשלוחו נשבע כמה שילם ונוטל. ודווקא דמים הראויים לה או מעט יותר. היה כתוב בשטר מתנה: וקבלתי עלי אחריות מתנה זו שאם תצא מידו אתן לו ק"ק, נותן לו בן המצר ק"ק ואחר כך מסלקו, ואף על פי שאינו שוה אלא מנה. ג"ז כתב הרי"ף וטעמו דממה נפשך אם נתנה במתנה – אין בה משום דינא דב"מ. ואם מכרה לו, אין אדם כותב אחריות על יותר ממה שמכר, ועל כרחך מכרה לו בכך. וכתב הסמ"ע שדעת המחבר דאיירי בעל ענין, אך דעת הטור שרק כשאינו מודה שכיוון להערים, אך אם אומר שכיון להערים א"כ אין מאמינים לו שלקחו בכפליים.

סעיף נה

הקדש לעניים אין בו משום דינא דבר מצרא. כ"כ הריב"ש סי' תקז.

סעיף נו

היתה שדה שאצל המצרן הפקר, ובא אחד והחזיק בה, אם ימצא כמותה במקום אחר של הפקר להחזיק בה, יכול המצרן לסלקו; ואם לאו, אינו יכול לסלקו.

שם קח: "אמר רב יהודה אמר רב: האי מאן דאחזיק ביני אחי וביני שותפי - חציפא הוי, סלוקי - לא מסלקין ליה. ורב נחמן אמר: נמי מסלקין, ואי משום דינא דבר מצרא - לא מסלקין ליה. נהרדעי אמרי: אפילו משום דינא דבר מצרא מסלקין ליה, משום שנאמר ועשית הישר והטוב בעיני ה'". **רש"י פירש** שהחזיק בשדה הנמצאת בין אחים או שותפים, ודעת רב נחמן שדווקא בכה"ג אך אם החזיק בשדה הסמוכה למיצר - לא, דאין מסלקין לו משום דינא דבר מצרא. **אולם, התוס' כתבו** שכ"ע מודו לדינא דבר מצרא, אלא שהכא מיירי בקרקע העומדת לטסקא, דהיינו שמי שפורע את המס למלך עבורה - זוכה בה. וקדם זה ושילם המס למלך, ודווקא בכה"ג אמר רב נחמן שלא מסלקין ליה שהרי אף הם יכלו לסלק המס למלך ולא חשו על כך. **וכן פירש הרא"ש** דמיירי שהחזיק מן ההפקר, ולכן אמר רב נחמן שאין בכה"ג דינא דבר מצרא שהרי אין פה ישר וטוב, אך נהרדעי אמרי שאף בכה"ג שייך הישר והטוב שהרי ימצא להחזיק במקום אחר. וביאר הב"י דמיירי בשדה שנותן טסקא למלך, ולכן ימצא להחזיק במקום אחר, משא"כ בסתם הפקר. ונמצא פירוש התוס' והרא"ש אותו דבר, **וכן פסק כאן השו"ע כפירושם ואליבא דנהרדעי**.

האם יכול לסלקו בזווי? סמ"ע מסתפק בדבר, והנתיבות הכריע שלא. הסמ"ע הסתפק דכשנותן לו דמי שוויה יכול לומר לו 'לך וקח לך במקום אחר'. וכשאמרין שיכול לסלקו היינו כשאנו נותן לו דמי שוויה, אלא רק כמה שנתן עבורה בטסקא. אך כתב שאולי אינו יכול לסלקו אפי' בשוויה, כיון שמתחילה ירד לה בהיתר שהרי לא ימצא במקום אחר, ואם לא היה מחזיק בה לא היה המצרן נותן לו דמיה, א"כ תו לא יוכל לסלקו. וכ"כ בנתיבות חידושים.

סעיף נז

הממשכן שדהו ואחר כך מכרו לזה שהוא ממושכן בידו, אין המצרן יכול לסלקו. אבל אם מכרה הממשכן לאחר, אפילו אינו בן המצר, אין המלוה יכול להוציא מידו. הגה: ו"א דאפילו קדם המצרן וקנאה, יוכל המלוה לסלקו (טור בשם הרא"ש והמרדכי פרק המקבל וב"ש בשם עיטור), וכן נראה לי לדון ולהורות, והוא שנראה לב"ד שלא היה ערמה בדבר שהלוא למוכר כדי שישלם המצרן (טור).

המלוה לעובד כוכבים על שדהו או ביתו, ובא אחר וקנאו, המלוה מסלקו (מרדכי פרק המקבל ותוס' פרק איזהו נשך). המלוה על בית, ולא הלואה על המרתף שתחתיו, אין לו שייכות במרתף, ואם קנה המרתף, המצרן מסלקו (נ"י שם וכן דעת הרא"ש).

משכנתא: שו"ע – אין בה כלל דינא דבר מצרא, ולכן אם מכרה למי שהיא ממושכנת לו אין מוציאין מידו, אך גם הוא אינו יכול להוציא מאחרים שקנאוה. רמ"א – מי שהיא ממושכנת בידו הרי הוא כמו שותף, ולכן הוא מוציא מאחרים ואפי' מהמצרן, ודווקא כשנראה לבי"ד שלא עשו ערמה להלוות לו ולמשכנו בידו כדי לקדום למצרן. אך הם אינם מוציאין מידו.

שם קח: "משכנתא לית בה משום דינא דבר מצרא, דאמר רב אשי: אמרו לי סבי דמתא מחסיא: מאי משכנתא - דשכונה גביה. מאי נפקא מינה - לדינא דבר מצרא". ופירש"י: "שזה שכן מצרן מכולן, שכולו שכונה בידו". ונחלקו הראשונים יש אומרים שדינו כמו שותף, כיון שיש לו חלק בקרקע שהרי היא ממושכנת בידו, ולכן אם מכרו לו א"א להוציא מידו, וכמו כן הוא יכול להוציא מאחרים ואפי' מהמצרן, כיון שהוא יותר ממצרן דומיא דשותף. **וכן דעת הרא"ש והעיטור וכ"פ הרמ"א. אולם, דעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן והנמוק"י** שבמשכנתא אין כלל דינא דבר מצרא, ולכן אם הוא קנה

אין מוציאים מידו, אך גם אם אחרים קנו (אפי' שאינם מצרנים כלל) אין הוא מוציא מידם. **וכתב הבדק הבית שכן נראית ג"כ דעת הרמב"ם, וכן פסק להלכה בשו"ע.**

אם הלוח על ההבית, אין לו שייכות על המרתף שתחתיו אפי' לא מדין מצרן, שהרי אין לו בגופה של קרקע כלום, ואף למי"ד שאם הקרקע ממושכנת לו יש לו דין מצרן בקרקע הסמוכה, שאני התם שגוף הקרקע ממושכן בידו, משא"כ הכא; סמ"ע.

סעיף נח

אם בתחלת המשכונא בא המצרן לערער לעכב לומר: אני אלוה לך כי שמא כוונתך להערים למכור למלוה, אינו יכול לעכב בידו, כי יאמר בעל השדה: זה נוח לי ואתה קשה ממנו. אמנם אם יראה לדיין שיש בו ערמה, דוחין את המלוה. כ"כ הרא"ש וכן הסכימו הרמב"ן, הרשב"א, הר"ן והנמוק"י, ודלא כדעה שהביא הרא"ש שיכול לעכב עליו מלהלוותו.

אם שדה הסמוכה למשכונא נמכרת, הלוח מעכב על המלוה ואין המלוה מעכב על הלוח. ואם אין הלוח חפץ לקנותו, וקנאו אחר, אפילו אינו בן המצר, אין המלוה יכול להוציאו מידו. ואם קדם המלוה וקנה, בן המצר מוציא מידו. וי"א דלמלוה דין מצרן (טור בשם הר"י ברצלוני וכ"כ הרא"ש והמגיד בשם הרשב"א פ"ב), וכן נראה עיקר.

דין זה הוא אותו עקרון של הסעיף הקודם, שלדעת הרמב"ם ודעימיה אין לממשכן דין של מצרן, אלא שבשדה הממושכנת לו לא אמרינן דינא דבר מצרא לענין זה שהוא יכול לקנותו קודם למצרן, אך הוא לא יכול לסלק אחרים שקדמו וקנאו לפניו. וממילא הוא הדין בשדות הסמוכות לה, שאין לו דין של מצרן, וממילא אף אם קדם אחד מהשוק וקנאה – אינו יכול להוציא מידו. אולם, לדעת הרא"ש יש לממשכן דין שותף בקרקע, ולכן הוא יכול לסלק אחר שקדם וקנה אותה, וממילא יש לו דין מצרן אף בשדות הסמוכות לה, ואם קדם וקנה אין המצרן יכול לסלקו, ואם קנאה אחר מהשוק יכול הוא לסלק אותו.

סעיף נט

השוכר בית מחברו, והמצרן רוצה להוציאו מידו לשכרו לעצמו, אין שומעין לו.

השוכר בית מחברו, אין המצרן יכול להוציא מידו לשכרו לעצמו. כהבנת הטור בדברי הרמב"ם שאין בשכירות דין מצרנות כלל, ואפי' כשרוצה לשכור מחברו חלקו. אולם, הרא"ש כתב שבשכירות יש את כל דיני מצרנות דשכירות ליומיה ממכר הוא, ולכן אף בכה"ג המצרן יוכל להוציא מיד השוכר, כדי שישכירו לו.

סעיף ס

מי שיש לו בית בשכירות, ובית שאצלו נמכר, אינו יכול לזכות בו מדין בן המצר. ואם קדם וקנאו, בן המצר יכול לסלקו. (ויש מי שחולק, וסבירא ליה דיש בשכירות דין מצרנות) (טור בשם הרא"ש ור' ירוחם בשם הרשב"א בשם ר"י ברצלוני).

השוכר בית מחברו, ומוכרים את הבית שלידי: שו"ע - אין לו דין מצרן, ולכן אם קדם וקנה יכול המצרן לסלקו, ואם קנאה אחר אינו יכול להוציא מידו. דדין השוכר כדין משכנתא, שרק את הקרקע השכורה לו יכול לקנות ואין מוציאים מידו (כמו שיתבאר בסעי' סב), דלא שייך בו דינא דבר מצרא. אך לענין הקרקעות הסמוכות לה אין עליו שם מצרן כלל. כדעת הרמב"ם, וכדמוכח בסעי' מה, שהלוקח טוען למצרן שהוא שוכר בקרקע, ומבואר שלשוכר אין דין מצרן. רמ"א – יש לו דין מצרן, ולכן אם קנאה המצרן אינו יכול לסלקו כדין ב' מצרנים שקדם א' וזכה שאין מוציאים מידו, אך אם קדם הוא וקנאה – אין מוציאים ממנו, וכן אם קנאה אחר – מוציא מידו. כדעת הרא"ש ודעימיה דשכירות ליומיה ממכר הוא, וא"כ יש לו דין מצרן וכמו שחלק על השו"ע לגבי משכנתא.

מדוע הרמ"א לא השיג על דברי המחבר בסעי' מה? ב"ח – כיון ששם זה לא הנושא, אלא על מי מוטל להביא ראיה, וסמך על מה שכתב כאן. (כ"כ לבאר דעת הטור שאף הוא הביא שם את דברי הרמב"ם כצורתם וכתב שהרא"ש מודה להם). ש"ך – כיון ששם הוא טוען שהמצרן הוא שוכר ולכן יש עדיפות למשכיר לקנות קודם לו, כמו שנתבאר במשכנתא שהלוח הממשכן קודם לממושכן, וא"כ אתי שפיר אף לדעת הרמ"א והרא"ש. סמ"ע – נדחק וכתב שדווקא לגבי הקרקע השכורה לו יש לו בתוכה דין מצרן, אך לגבי הקרקעות הסמוכות לה אין לו דין מצרן אלא שאם קדם וקנא אין מוציאים מידו, אך גם הוא אינו מוציא מידם.

סעיף סא

שנים ששכרו שדה בשותפות, ואחד מהם רוצה להשכיר חלקו לאחר והשני רוצה לזכות בו מדין בן המצר, הדין עמו כיון שהוא שותף בו.

סעיף סב

השכיר ביתו לאחר ואחר כך מכרה לו, אין בן המצר יכול להוציא מידו. הגה: היה בית וחנות זה על זה, ושכרן לשנים, ואח"כ בא למכרם, כל אחד מצרן לשלו ולמה שהוא דר בו (ב"י בשם מעשה שבא לידו).

כמו במשכנתא, שבקרקע שהוא נמצא בה מדין שכירות או משכון הרי הוא כשותף ואין בו דינא דבר מצרא, דאינו מוציא מאחרים שקנו ואחרים אין מוציאים מידו, לדעת הרמב"ם והשו"ע. ולדעת הרמ"א והרא"ש יש לו דין שותף גמור, וקודם למצרן שהוא מוציא מיד אחרים אך הם אינם מוציאים מידו. והרמ"א לא הגיה דסמך אדלעיל.

סעיף סג

השכיר ביתו לאחד ואחר כך מכרה לאחר, אפילו אינו בן המצר, אין השוכר יכול להוציאה מידו. הגה: ראובן היה לו קרקע שמעלה ממנו מס לשמעון לשנה, ומכר שמעון המס ללוי, וראובן אומר שהוא מצרן, אם מכר שמעון ממכר עולם הדין עם ראובן, ואם לא מכר רק לשנים קצובים, אינו אלא כמוכר חוב בעלמא שאין בו מצרנות (ב"י בשם הרשב"א).

ב"ה יום ג' כ' אייר ה'תשע"ד

שותפין

סימן קעו

השיתוף כיצד מתקיים וכיצד נוהגין וכיצד נפרדין, ואם מת אחד מהם, ובו נ"א סעיפים.

סעיף א

השותפין שבאים להשתתף, אין השיתוף נגמר בדיבור, לומר שאם אמר: בואו ונשתתף יחד בכך וכך, שלא יוכלו לחזור בהם, ואינו מתקיים אלא בקנין. וכיון שצריך קנין, כל דבר ודבר לפי קניינו מתקיים שיתופו.

לפיכך המטבע שאינו נקנה בחליפין, אין השיתוף מתקיים בו בקנין, שאפילו קנו מיד שניהם שיביא כל אחד מעותיו וישתתף בהם, וכתבו שטר על זה והעידו עדים, אינו מועיל, אלא צריך שיביא כל אחד מעותיו ויטילו מעות שניהם בכיס אחד, ויגביהו שניהם הכיס. ויש מי שאומר שהוא הדין אם משך כל אחד מעותיו של חברו, מהני; ואפילו לא עשו לא זה ולא זה, אלא נשתתפו והתחילו לישא וליתן בעסק השיתוף לקנות או למכור, יש מי שאומר דמהני.

הגה: מי שהלוח לחברו מעות, ואח"כ אמר ליה: יהיו בידיך למחצית שטר, ונאנסו בידו, חייב בכל האונסין כמו בתחלה, דלא נסתלק משמירתו בדיבור בעלמא (מרדכי פרק החובל).

יצירת שותפות במעות

1. אנשים שרצו להשתתף יחד בחפצים, צריכים לעשות על כך קנין, כל דבר על פי הדרכים בהם הוא נקנה.

2. אם רצו להשתתף במטבע, כיון שאינו נקנה בחליפין, וממילא גם לא בקנין סודר, צריך שיטילו שניהם מעותיהם לכיס אחד, ויגביהו שניהם הכיס.

או שכל אחד ימשוך מעותיו של חברו ע"מ לזכות בחציים, או יגביהם. (אין חילוק בין משיכה להגבהה, ונקט משיכה לרבותא, כיון שהיא קנין פחות טוב, שהרי אינה קונה בכל מקום לעומת הגבהה שקונה בכל מקום; סמ"ע).

הרמב"ם כתב רק את האפשרות הראשונה, והטור הוסיף גם את האפשרות השניה. **הב"ח והגר"א** נקטו שלדעת הרמב"ם צריך דוקא שיטילו לכיס א' ויגביהו שניהם (דהיינו כל אחד בנפרד את כל הכיס), כיון שאם כל א' מגביה רק את מעות חברו, אין זה ניכר שהם משתתפים יחד, דדילמא כל א' נותן מתנה לחברו את כל חלקו. **אולם, בטור ובשו"ע** מבואר שהבינו שהרמב"ם לא הצריך בדווקא שיטילו לכיס א' וכ"א יגביה את כל המעות; אלא הוא הדין אם כל א' מגביה את המעות של חברו דמהני, שהרי את החלק שלו במעות של עצמו הוא לא צריך לקנות.²³

3. אם לא עשו קנין, אלא התחילו לישא וליתן בעסק השותפות, כגון שקנו או מכרו מהני. לדעת הסמ"ע - צריך שקודם יערבו מעותיהם יחד בלא להגביהם. ולדעת ה"י - אין צורך.

4. אם הלוח לחברו כסף, ואח"כ אמר לו שהוא משנה את ייעודם לעיסקא פלגא מלוח ופלגא פקדון ונאנסו בידו - חייב באונסין על כל הממון. דכיון שלא עשה עמו קנין על כך - לא מהני.

²³ במה נחלקו? הרי לכאורה הטור צודק, שהרי כל אחד אינו צריך לקנות את המעות של עצמו, אלא את המעות של חברו, וא"כ מדוע לא מספיק שכ"א ימשוך או יגביה את מעותיו של חברו?! אולי נחלקו כיצד להתבונן על המושג 'שותפות' - האם שותפות זו בעלות שנחלקת לשנים, חצי שלי וחצי שלך; ובעצם לכל א' מאיתנו יש חלק נפרד בפני עצמו בחפץ, וכביכול אנו כמו שני שכנים. או שמא, 'שותפות' זה מושג חדש, זו בעלות משותפת על כל החפץ, וכולו שלי וכולו שלך, וא"כ נכון שעד עכשיו החפץ היה שלי, אך עכשיו אנו צריכים לעשות קנין כדי ליצור 'שותפות'; וכדי ליצור שותפות לא מספיק קנין שמבטא בעלות פרטית, אלא צריך להכניס את החפץ לשותפות, ולשם כך צריך קנין שמבטא את השותפות, ולכן צריך שכל א' יגביה את כל השותפות. אך אולי כו"ע מודים להגדרת השותפות, ונחלקו בדיני קניינים. וה' יאיר עינינו.

והנתיבות כתב שאם לאחר שאמר לו הלך וקנה סחורה ונאנסה - פטור מפלגא, דכיון שקנה סחורה בציוויו - הרי הוא כשלוהו; והרמ"א פטר דוקא כשלא קנה במעות סחורה. ולעני"ד לא דמי, דשאני הכא שלא ציווהו לקנות סחורה, אלא רצה לשנות את הגדרת המעות ממלוה לעיסקא, דבדיבור בעלמא בלא קנין לא מהני, ואפי' אם אח"כ ילך ויקנה סחורה - זה לא הופך את ההלואה לפקדון; שהרי לא ציוויתך מעולם לקנות סחורה, אלא רציתי לשנות את ייעוד הכסף לעיסקא כדי שאוכל לקבל ממך ריבית, ולכן כלל לא שייך לדבר כאן על שליחות. וה' יאיר עינינו בתורתו.

סעיף ב

נשתתפו בשאר מטלטלין, כיון שקנו מידם שיביא זה חביתו של יין וזה כדו של דבש, והרי נשתתפו בהם, נעשו שותפין בהם. וכן אם ערבו פירותיהם, או ששכרו מקום בשותפות, והניח זה כדו וזה חביתו שנשתתפו בהם, הרי אלו שותפין בהם.

כללו של דבר: בכל הדרכים שקונה הלוקח, באותם הדרכים עצמם קונים השותפין זה מזה הממון המוטל ביניהם להשתתף בו.

יצירת שותפות במטלטלין

1. אם עשו קנין סודר להשתתף יחד במטלטלין, מהני ונעשו שותפין בהן.

2. אם עירבו פירותיהן יחד - מהני. דעת הכס"מ - שמלבד זה צריך שיגביהו את הפירות או כל קנין אחר, שהרי עירוב הפירות עצמו אינו קונה. ודעת הסמ"ע - שעצם העירוב חשיב כקנין לגבי יצירת שותפות, דכיון שיניחא ליה לאיניש בקב שלו ולאחר שעירבו את הפירות שוב אינו ניכר מה שלו ומה של חברו, הרי זה ביטוי גמור של רצונם להשתתף יחד, והרי זה מעשה קנין מעולה ליצירת שותפות. אך במטבע לא מהני, דבמטבע אין אדם מקפיד בין שלו לשל חברו. וכן דעת הגר"א והב"ח.

3. אם שכרו מקום בשותפות, וכל אחד הביא לשם את חפצי השותפות, הרי זה מועיל ונעשו שותפין בהם.

הקשו האחרונים כיצד קנו בכה"ג, הרי קי"ל (ב"ב פד) שאין השותפין יכולים לקנות א' מהשני ע"י קנין בחצר המשותפת?! ג' שיטות בדבר:

א. **דעת הקצות** - דוקא כשא' רוצה לקנות מהשני לעצמו אינה קונה, אולם כשחברו רוצה להקנות לו כדי שיהיו שותפין בזה - מהני. דחצר השותפות אינה רשות של הא' לבדו ולא של השני, ולכן היא לא יכולה לקנות עבור א' מהם לבדו. אלא היא רשות משותפת (שזו בעלות חדשה שנוצרה בשיתוף) ולכן היא קונה עבור השיתוף, ולכן דוקא כשהוא מקנה חצי לחברו בשביל להשתתף עמו - מהני²⁴.

ב. **דעת המחנה אפרים** - אין בעיה עקרונית לחצר לקנות עבור א' מהשותפין לבד, אלא החיסרון הוא שהחפץ לא נכנס לרשותו של חברו, שהרי הוא היה מונח בחצר עוד קודם לכן. אך אם הכניסו חפץ מבחוץ לתוך החצר - מהני. הבין עקרונית כמו הנתיבות, שחצר משותפת היא בעלות גם שלי וגם שלך, ולכן אין מניעה עקרונית לקנות עבור כל אחד לבדו. אלא שהחיסרון הוא שכדי שחצר תקנה צריך 'כניסה לרשות', וכיון שהחפץ כבר מונח בחצר היא לא קונה; אך אם הכניסו מבחוץ כמו אצלנו - מהני.

ג. **דעת הנתיבות** - אין בעיה עקרונית שהחצר תקנה עבור א' מהשותפין לבדו. וגם אם החפץ כבר היה מונח קודם לכן בחצר - קונה. דלא בעינן 'כניסה לרשות' כדי שיקנה, אלא עצם מציאות החפץ בחצר קונה לו. והחילוק הוא: אם החפץ היה מונח ע"י השותף הראשון בהיתר - החצר לא תיקנה לחברו, דכשמשמש במקום זה של החצר - הוברר הדבר שזה חלקו לגמרי ולא חלק חבירו, ולכן הוא לא יכול לקנות לחברו. אבל אם אין לו רשות להניח את החפץ בחצר - החצר קונה לחברו דבכה"ג לא אמרינן הוברר הדבר שזה חלקו, שהרי אין לו רשות להניחו שם, ונמצא שהוא מונח במקום משותף, ויכול לקנות לחברו.

²⁴ ובזה תתורץ קושיית הנתיבות, שאם החצר אינה יכולה לקנות לחברו את כל החפץ, כיצד היא יכולה להקנות לו חצי מהחפץ (דהיינו שיהיו שותפין בחפץ)?! ומכאן דחה דבריו. אולם לעני"ד יש כאן מח' במבט על השותפות, דלדעת הנתיבות שותפות זה בעלות חלוקה - חצי שלי וחצי שלך. וא"כ להקנות לשותפות, הכונה להקנות לי חצי, וממילא התקשה בדבריו. אולם, הקצות מבין שהבעלות המשותפת נוצרת ע"י שאני מקנה לך חצי, אך זה לא שהחפץ חצי שלי וחצי שלך, אלא הוא של שנינו! דהיינו כולו שלי וכולו שלך, וזה מציאות אחרת לגמרי! לכן, חצר משותפת יכולה לקנות רק עבור הבעלות המשותפת, ולא עבור כל אחד בפני עצמו, שהרי כל א' בפני עצמו זו רשות אחרת. וכמו שאין חצרו של ראובן קונה לשמעון, כך אין חצר השותפין קונה עבור א' מהשותפין לבדו.

ד. שיטה לא נודע למי - השו"ע כלל לא דיבר על 'קנין חצר' כמו שהבינו האחרונים, אלא זהו קנין שותפות, דומיא דעירוב פירות והתחילו לישא וליתן. דכיון ששכרו מקום לשותפות והכניסו לתוכו חפצים, אין לך תחילת שותפות גדולה מזו! כך היה נראה לענ"ד, אלא שלא מצאתי לי חבר.. וקשה על זה מדוע צריך להכניס חפצים, ומדוע שהשכירות עצמה לא תיחשב כתחילת משא ומתן?! וצ"ע.

סעיף ג

האומנים שנשתתפו באומנות, אף על פי שקנו מידם, אינם שותפים. כיצד, שני חייטין או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהם בשוה, אין כאן שותפות כלל, שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. הגה: ו"א דיכולין להקנות זה לזה אפי' בדבר שלא בא לעולם (טור בשם הראב"ד והרא"ש ותשובת רשב"א אלף נ"ז וב"ש בשם עיטור). ו"א דאפילו קנין אינם צריכין, אלא כל מה שמתנים זה עם זה מתקיים, אפילו באמירה בעלמא, ואין יכולין לחזור בהן כל זמן השותפות שהתנו (מרדכי פרק הגוזל בתרא והגהות מיימוני פ"ג דשלוחין ופ"י דגזילה וב"ש בשם הר"ן). ויש חולקין ואומרים שיכולין לחזור בהן לענין מה שיריחו אח"כ, אבל לא לענין מה שהריחו כבר, ואין נאמנין לומר שכבר חזרו בהן (נ"י פ"ק דב"ב וריב"ש סימן תע"ו בשם הרמב"ן והרשב"א).

וכל זה בשנים שנשתתפו זה עם זה ועוסקין שניהם בשותפות, וכל אחד יתן לחבירו מה שיריחו, ולכן גמרו ומקנו אהדדי, אבל מי שנותן לחבירו מחצית שכר עיסקא, ומתנה שיתן לו כל הרווחים שיגיעו לו אפי' ממקומות אחרים, אינו אלא כמתנה בעלמא ואינו נקנה אלא בקנין גמור (מרדכי פרק השואל והג"א פרק האומנין).

אבל אם היו לוקחים (החייטים) הבגדים עצמם ותופרין אותם ומוכרין, (או) לוקחים (האורגים) השתי והערב ממעותיהם ואורגים ומוכרים, ונשתתפו במעות שלוקחים בו, הרי אלו שותפים וכל מה שיריחו בשכר מלאכתן ומשאם ומתן הרי אלו לאמצע.

יצירת שותפות באומנות

1. כיצד יוצרים שותפות עיסקית? כלומר בין ב' אומנים או סוחרים?

דעת השו"ע - אפי' קנין אינו מועיל על כך, דהוי דבר שלא בא לעולם. ואף אם הרויחו כבר - יכולים לחזור (כמו פירות דקל דק"ל כ"י נתן דאף משבאו לעולם - יכול לחזור בו), ש"ך ונתיבות. אלא א"כ יקנו יחד את חומרי הגלם, ואז כל הרווחים שיעלו להם ממשאם ומתנם - השכר לאמצע.

(הסמ"ע נקט שהצורך לקנות את החומרים הוא דוקא כשהם מתקנים בגדים של אחרים, דאז מיקרי דשלב"ל; אולם אם הם קונים בדים ותופרים בגדים חדשים, כיון שהבדים מצויים לקנות בשוק - מקרי דשב"ל, ומספיק שיגביהו או ימשכו את המעות).

והרמ"א הביא ג' דעות שחולקות: א. קנין מועיל, כיון שהוא חל על הגוף, והגוף ישנו בעולם. ראב"ד.

ב. **אמירה בעלמא קונה**, דבהיא הנאה דצייתי אהדדי - גמרי ומקני. מהר"ם ומרדכי.

לב' השיטות הללו: א"א לחזור בהם כלל, ולא דמי לפועל שיכול לחזור בו אפי' בחצי היום, דדוקא פועל שמושעבד לבעליו אמרינן ביה 'עבדי הם' ולא עבדים לעבדים. אך הכא אף אחד מהם לא מוגדר כעבד של חברו; ולכן גם לא שייך הכא קנין פועל. ודלא כרמב"ן והר"ן. (סמ"ע ס"ק מד).

ג. **אומנים חשובים גם כ'פועלים'**, ולכן לענין מה שעשו כבר - חולקים בשותפות, אך לגבי העתיד - יכולים לחזור בהם כדן פועלים. רמב"ן, רשב"א. אלא שהרמב"ן מחלק בין אומנים לסוחרים, דבאומנים אמרינן שחשובים כפועל, אך בסוחרים לא, שהרי הם לא פועלים שום דבר (דדוקא יצור קרוי פועל). והרשב"א חולק וס"ל שבכל ענין מיקרי פועל. (לשיטתם, גם בסעי' א' וב' אע"פ שעשו קנין - יכולים לחזור בהם, דלא גרע מפועל; נתיבות).

ועוד נחלקו: שהרמב"ן סובר כרמב"ם שקנין לא מהני, אך כיון שחשיבי כפועל מהני 'קנין פועלים' - משיתחילו במלאכה. (ובסוחרים לא מהני כלל). ואילו הרשב"א כראב"ד שקנין מועיל כיון שהוא חל על הגוף, ואפי' הכי יכול לחזור בו לגבי העתיד, דלא גרע מפועל.

הנתיבות כתב לדינא - שבאומנים שעשו קנין אין יכולים לחזור אפי' על להבא, כיון שהרמב"ם והרמב"ן יחידא ניהו נגד כל הפוסקים.

2. האם לדעת המהר"ם והמרדכי, אמירה קונה אף בשותפות מעות ומטלטלין? דעת הש"ך - כן. דעת הנתיבות - לא, דדוקא כאן שהי דבר שלא בא לעולם וא"א לקנותו בקנין, אמרינן שהאמירה הוי גמירות דעת טובה. אולם כשאפשר לעשות מעשה קנין, האמירה אינה מבטאת גמירות דעת.

3. אף המרדכי לא אמר אלא בשותפין, ששניהם עוסקים בשותפות ולכן גמרו ומקנו אחדדי, כיון שכל אחד מרויח מחברו. אולם, בעיסקא בעינן קנין גמור, דכיון שרק אי מתעסק בשותפות, לא גמר ומקנה לחברו בלא קנין גמור; כ"כ הרמ"א בשמו.

סעיף ד

שותפין ששמו פירותיהם ונשתתפו בהם, יש להן אונאה זה על זה. עירבו פירות בלא שומא, ומכרום ונשאו בדמיהם, הרי אלו מחשבין הפירות כמה היו שוים בעת שנשתתפו, ומחשבין השכר או ההפסד.

1. שותפין ששמו פירותיהם לפני שנשתתפו בהם - יש להם דין אונאה. ולא אמרינן שאין אונאה אלא במכר, סמ"ע.

ואם האונאה יתירה משתות, יש דין ביטול מקח; אם היה קנין אחר בשותפות כגון שנשאו ונתנו - השותפות קיימת. אך אם נעשה רק קנין משיכה וכדו' כיון שנתבטל מחמת ההונאה - השותפות בטלה. נתיבות ז.

2. אם עירבו פירותיהם סתם בלא שומא, כשבאים לחלוק מחשבין כמה היו שווים הפירות באותה שעה ולא אמרינן שמחלו זה לזה, מדלא שמו פירותיהם באותה שעה.

סעיף ה

השותפין שהטילו לכיס, זה מנה וזה מאתים וזה שלשה מאות, ונתעסקו כולם בממון, סתם, ופיחתו או הותירו, השכר או הפחת ביניהם בשוה לפי מנינם, לא לפי המעות. ואפילו לקחו שור לטביחה, שאילו לא מכרוהו [טבחוהו] היה נוטל כל אחד מבשרו לפי מעותיו, אם מכרוהו חי ופחתו או הותירו, השכר או הפחת לאמצע.

במה דברים אמורים, בשנשאו ונתנו במעות שנשתתפו בהם. אבל אם המעות קיימים, ועדיין לא הוציאו אותם, ופחתו או הותירו מחמת המטבע ששינה המלך או אנשי המדינה, חולקים השכר או ההפסד לפי המעות. (וכל שכן אם נשתתפו בפירות ועדיין הן בעין, שנוטלין לפי מעותיהן) (טור).

ואם התנו ביניהם, הכל לפי תנאם, בין בריוח בין בהפסד.

1. שותפין שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים, ולא התנו ביניהם כיצד יחלקו ברווחים: הריוח או ההפסד בשווה.

ודוקא בשור לחרישה, או שור לטביחה ומכרוהו חי, דאי אפשר לזה בלא זה. אך בשור לטביחה וטבחוהו, או דבר שיכול להתחלק לאבריו - השכר לפי מעות. **כן דעת השו"ע**, וכן הבין הב"י את שיטת הרי"ף והרמב"ם. ודלא כרא"ש וכתוס', וכתוס' רי"ד, וכהבנת הר"ן את הרי"ף והרמב"ם; וכמו שנבאר בהערה²⁵.

²⁵ **כתובות צג.** "אמר שמואל: שנים שהטילו לכיס, זה מנה וזה מאתים - השכר לאמצע. אמר רבא: מסתברא מילתיה דשמואל - בשור לחרישה ועומד לחרישה, אבל בשור לחרישה ועומד לטביחה - זה נוטל לפי מעותיו וזה נוטל לפי מעותיו; ורב המנונא אמר: אפילו שור לחרישה ועומד לטביחה - השכר לאמצע". **בטעם דינו של שמואל** ביארו רוב הראשונים (תור"ד, ריטב"א, רא"ש, ר"ן) שהוא מפני **שזהו סתמא דמילתא של שותפות** (אע"פ שאחד הביא יותר כסף, אך אולי חברו יותר מוכשר במשא ומתן וזה משתלם לו להשתתף עמו; או שהוא רוצה ליתן לו מתנה. והירושלמי ביאר מפני שבכך שאני משתתף עמך אני משועבד לעסוק איתך יחד, ואילו הייתי לבדי הייתי יכול להפיק רווחים יותר מהר ממעט הממון שלי. וכן איתא בירושלמי כתובות "קשיא ההן יהיב מאה דינרין וההן יהיב עשרה ואת אמר אכן חברייא אמרינן יכול הוא מימר ליה על ידי מניי סלקת פרגמטיא עד כדון דהוות פרגמטיא זעירה הוות פרגמטיא רובה אמר רבי אבין בר חייה יכול הוא מימר ליה עד דאת מזבין חד זמן אנא מזבין עשרה זמנים". ועיין בירושלמי בב"ק (פ"ד, ה"א)). **שהרווחים הולכים לאמצע, ולכן כל שלא התנו בפירוש - על דעת זה נשתתפו.** ולכן כתבו שרב המנונא דיבר אף בשור

אף אם קנו השור כדי לשחטו שאפשר לזה בלא זה, ואח"כ נמלכו עליו ומכרוהו חי שא"א לזה בלא זה - השכר לאמצע דלא אזלינן בתר תחילת המחשבה אלא בתר סוף המעשה.

2. אם לא הוציאו המעות שנשתתפו בהם, ופחתו או הותירו כגון מחמת שעלה או ירד ערכם, או שפסלם או הכשירם המלך - השכר לפי מעות.

שם: "תנן: וכן שלשה שהטילו לכיס, פחתו או הותירו כך הן חולקין; מאי לאו פחתו - פחתו ממש, הותירו - הותירו ממש! אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח: לא, הותירו - זוזי חדתי, פחתו - אסתירא דצוניתא". ונחלקו הראשונים בפירוש הגמ'. רש"י פירש "זוזי חדתי" - שמטילין זוזים ישנים ונתנו ונשאו בהם עד שנעשו חדשים ויוצאין הם בהוצאה הלכך חולקים לפי המעות **דכל חד מאי דיהיב שקיל** אבל אם הותירו יותר על החשבון השכר לאמצע. **איסתירי דצוניתא** - שנפסלה המטבע ואין יוצאת בהוצאה, ומי שיש לו מכה בפיסת רגלו מתחת קושר מהם שם דמעליא ליה חלודה דידהו, וצורתא דידהו וכו', **דכיון דישנו בעין נוטל כל אחד כחשבון שהטיל** אבל אם פחתו מאה או חמשים זו זה מפסיד מחצה וזה מחצה שהשכר וההפסד לאמצע". מבואר בדבריו שאע"פ שנשאו ונתנו בהם, והמעות עצמם נתחלפו ואינם המעות

לטביחה ועומד לטביחה; ומה שנקט שור לחרישה ועומד לטביחה היינו רק מפני שחלק על רבה שדיבר בכה"ג. והביאו ראיות לדבר מכך שהקשתה אליבא דרבה, ואם איתא שרב המנונא מודה בשור לטביחה, א"כ קשה גם עליו!:

אולם התוס' (והרא"ש הבין שכך דעת הר"י) **כתבו שרב המנונא חולק רק בשור לחרישה ועומד לטביחה**, אולם בשור לטביחה ועומד לטביחה - מודה שהשכר לפי מעות. **ובטעם הדבר הבין הרא"ש**, שהחילוק הוא בין דבר שאי אפשר לאחד **בלא השני**, כגון שור לחרישה, שא"א לחרוש בחצי שור; **לבין דבר שאין לאחד צורך אמיתי בחברו**, שהרי הוא רוצה רק את הבשר, ולשם כך לא דרוש לו שור חי. (אמנם בר"י מבואר ששור לטביחה שמכרוהו חי - השכר לאמצע, שהרי כדי לפטם את השור אני צריך גם את החצי שלך. אולם, שור לטביחה ששחטוהו, א"כ כשאנו חולקים אנו חולקים את הבשר ולשם כך אין לי צורך בחברי, וחולקים לפי מעות).

ולענין דפשט הר"י נראה כהבנת הר"ן בדבריו, שהר"י מודה שלעולם השכר לאמצע, ואין חילוק בין דבר שא"א לאחד בלא השני או לא. **אך הר"י סובר שאם שוחטים את השור וחולקים את בשרו**, בכה"ג כו"ע מודים שהחלוקה היא לפי מעות; ואע"פ שהבשר השביח וא"כ לכא"י זה נחשב כריוח, והשכר לאמצע! אך כבר מבואר בתורי"ד לא כך, אלא שבכה"ג גם רב המנונא מודה שחולקים לפי מעות, **וטעם הדבר נראה כיון שהריוח בלוע בקרן ואינו ניכר**, בכה"ג אנשים לא מחשיבים את זה כריוח, וממילא לא נכון לומר שסתמא דמילתא שהתכוונו שזה יהיה לאמצע. ונחלקו רבה ורב המנונא מה הדין כשהחליטו לחלק את הבשר ממש, ונזדמן להם ומכרוהו: האם לראות זאת כמכירה רגילה, ונמצא שהשותפות הרויחה והשכר לאמצע, כדברי רב המנונא. או שמא, אנו רואים זאת כצורה של חלוקת השותפות, שבמקום לשחוט ולחלק את החתיכות, נקרתה להם הזדמנות טובה ומכרו כל אחד את חלקו לאחר. וכך מדויק בדברי הר"י: "הואיל וכשהוא חי מכרוהו ועדיין לא חלקו שכיון שלא חלקו עדיין השותפות קיימת ולפיכך השכר לאמצע". ומשמע שטעמו של רבה הוא שהרי זה כאילו פירקו את השותפות בדרך של מכירה, ולכן לא שייך לומר 'השכר לאמצע', כיון שאין זה ריוח של השותפות. **וכך נראה שהבין הר"ן את דבריו**, שהרי כתב במפורש שהר"י והרמב"ם מודים שלעולם השכר לאמצע, ואין זה תלוי במה נשתתפו. והביא שכך מוכח בירושלמי. **אולם**, הב"י הבין שיש מח' ולכן פסק כר"י **והרמב"ם**.

עוד הביא בב"י את דעת **בעל העיטור**, שהבין עקרונית כר"י והרמב"ם (אליבא דהב"י), שיש חילוק בין דבר שכל חלק ממנו אינו תלוי בחברו - שבו השכר לפי מעות, לדבר שכל חלק תלוי בשאר - שבו השכר לאמצע. **אלא שפירש שמח' רבה ורב המנונא היא בשאלה האם אזלינן בתר מחשבתם הראשונה (רב המנונא) או בתר מה שעשו בפועל (רבה)**. ולכן בשור שקנו אותו לחרישה (שהוא דבר שכל א' צריך את חברו), ואח"כ נמלכו עליו לשחטו או למכרו - לדעת רבה השכר לפי מעות, דאזלינן בתר מה שעשו בפועל, וכיון שמכרו לשחיטה (לדעתו זה נחשב כדבר שאין צריך לחברו ולא כר"י) או שחטו ממש, השכר לפי מעות. אולם רב המנונא סובר שאזלינן בתר מעיקרא, ולכן כיון שחשבו עליו לחרישה - השכר לאמצע, ולא משנה מה עשו בפועל.

הנתיבות (ח) הולך בדרך מקורית לבאר את הסוגיא. הנתיבות ביאר **שהגמ' בכתובות עוסקת במקרה בו לא נשתתפו יחד כדי לעסוק האחד עם השני**, אלא קנו סחורה כדי לחלקה ביניהם, או שקנו שור לחרוש בו כל א' בזמנו שלו. ובכה"ג עקרונית היו צריכים לחלק לפי מעות, שהרי לא שייך כאן הטעם שיהיה להם להתנות' שהרי כלל לא נשתתפו יחד. אלא שאם בכל זאת מכרו את השור חי, ונמצא שהריוח בא להם מחמת שמכרו דבר א' שלם, נמצא שכל אחד אחד גרם לריוח הזה בשווה, ולכן השכר לאמצע. ורק בכה"ג אמרינן שזה תלוי בשאלה: האם זה דבר שדרכו לחלק או לא; דדבר שדרכו לחלק, אף כשמכרו אותו לבסוף והפיקו ממנו רווחים, לא שייך לומר שהריוח יהיה לאמצע, דאין סיבה שבעל החלק הקטן יקבל ריוח יותר גדול.

אולם, הירושלמי עוסק כשעשו שותפות עסקית, דהיינו שנשתתפו יחד כדי לקנות ולמכור סחורה, וכל אחד משועבד לעסוק ולטרוח בכל השותפות הזאת, ובכה"ג אמרינן שהסברא הפשוטה היא שאין אדם משתעבד לטרוח ולעסוק בשותפות כזאת, אם לא יקבל מחצה מהריוחים. שהרי בשביל מה לי לטרוח כ"כ הרבה, ולא לקבל על כך שכר! ועוד שזה מעכב אותי מלהפיק רווחים מהירים בחלק שלי בסחורה. ובכה"ג זה כלל לא תלוי בשאלה: אם זה דבר שדרכו לחלק או לא, אלא לעולם השכר לאמצע. וע"פ זה ביאר את דברי השו"ע והרמב"ם.

הראשונים שהטילו - השכר לפי מעות. דכיון שעדיין המעות בעין, אי"כ זה לא חשוב כריוח, ולא קרינן ביה 'השכר לאמצעי'. אולם, הרמ"ה חלק על רש"י ופירש שהכוונה שערכם של המטבעות התייקר או פחת, ודווקא בכה"ג שהמטבעות הראשונים עדיין בעין, אע"פ שעלה ערכם, חולקים לפי מעות דבכה"ג הריוח לא בא בגלל השינוי, שהרי אפי' אם היו המעות מונחים לכל אחד בביתו היה עולה ערכם. **ונפסקו הטור והשו"ע בדעת הרמ"ה.**

הנתיבות (ח) התקשה בדעת השו"ע, שכיון שהוא פוסק שהכל תלוי אם זה דבר הראוי לחלוק או לא, ובדבר שראוי לחלוק השכר לפי מעות. אי"כ מדוע פסק כרמ"ה, שרק כאשר לא הוציאו את המעות הראשונות והתייקרו או שהוזלו השכר לפי מעות; הרי אפי' אם קנו בהם סחורה ומכרוהו, ואח"כ נתייקרו המעות השכר צריך להיות לפי מעות!! שהרי המעות שהם קיבלו תמורת הסחורה, הם דבר הראוי לחלוק, וא"כ אזלינן בתר מעות!!

ולענ"ד נראה לתרץ: שהרי יש לחקור האם מח' הרמב"ם והרמב"ם עם שאר הראשונים היא עקרונית או לא? כלומר, האם הרמב"ם והעיסור שאומרים שהכל תלוי בשאלה האם זה דבר הראוי לחלוק או לא, זה סיבה או סימן? דהיינו, האם הם מודים לרא"ש שהכל זה מדיני תנאים, אלא שהם מבינים שרק בדברים שאינם ראויים ליחלק אנשים מתנים שהריוח יהיה לאמצע; ונמצא שזה רק סימן אימתי השכר לאמצע. או שמא, הם סוברים שאין זה כלל מדיני תנאים, אלא זהו דין עקרוני שכיון שהדבר אינו ראוי ליחלק נמצא שבאופן אמיתי אני שותף בחצי מהריוח אע"פ שהבאתי רק רבע מהממון; ונמצא שזהו הסיבה לדין.

נראה, שהנתיבות הבין בדעתם שזו סיבה, ולכן התקשה הרי כיון שלאחר שמכרו את הסחורה קיבלו מעות, אי"כ הריוח שהגיע לאחר מכן בגלל שהמעות התייקרו או הוזלו, לא הגיע בגלל המעות ולא מגיע לשני חצי ממנו, אלא רק כפי מעותיו. אולם, אם נאמר שאף לדעתם זה רק סימן, דהיינו שכיון שזה דבר שבאופן מהותי תלוי אחד בחברו, אי"כ אנו מתנים שכל הרוחים שיגיעו לנו מהעסק הזה יהיו לאמצע, אי"כ לא קשה כלל. שהרי כיון שבתחילה זה היה דבר שאינו ראוי לחלוק, אי"כ אנו מתנים בינינו שהכל יהיה לאמצע, וכלל זה לא משנה כיצד הגיעו הרווחים הללו לאמצע.

3. אם התנו ביניהם - הכל לפי תנאם. דכל תנאי שבממון - תנאו קיים.

סעיף ו

יש מי שאומר דה"מ בגוף הממון שנשתתפו, אבל להשתעבד לשלם מביתו, לא כגון אם נשתתפו זה במנה וזה במאתים, ונפסד הכל, לא אמרינן שישלם בעל המנה לבעל המאתים חמשים מביתו.

יש מי שאומר שאם עלה בו ריוח אחר שהגיע זמן חלוקה שקבעו, נוטלים לפי המעות. (והוא הדין אם שינו ממה שהתנו בתחלה, נוטלין לפי מעותיהן) (ב"י בשם הר"ף בשערים).

1. האם ההפסד לאמצע, אף כשהוא צריך לשלם מביתו? לא, כך כתב הרמ"ה.

האחרונים הקשו שהרי בסי' צג משמע שפסק בדעת הרמב"ם שאף צריך לשלם מביתו ההפסד!! **ש"ך וב"ח** - חילקו שאם ההפסד לא בא מכח המשא ומתן - אי"כ לשלם מביתו. אולם בסי' צג מייירי שההפסד בא מחמת המשא ומתן והשותף ידע מזה, ולכן צריך לשלם אף מביתו. **ט"ז** - לעולם אי"כ לשלם מביתו, ושם לא התכוון לפסוק כרמב"ם אלא ללמדנו שא"כ בשבועה. **נתיבות** - אין מח' בדבר, ואף הרמב"ם מודה שא"כ לשלם מביתו. ובסי' צג מדובר שחלקו בריוח ואח"כ בא ההפסד, וכיון שיקרנא לרוחא משתעבד' מחויב השני להחזיר מה שנטל מהריוח, כדי שההפסד יהיה בשווה. אך לשלם מביתו - אף הרמב"ם לא הצריך.

כשקבל עסקא האם צריך לשלם ההפסד מביתו? שו"ת שב יעקב בשם הרדב"ז - כן, דדוקא בשותף שהביא מביתו אמרינן שדעתו שלא יוציא אלא מהממון המשותף ולא מביתו, אך כשלא הביא מביתו כלום ודאי שכוונתו לשלם מביתו; ונאמן על כך הנותן בשבועה, שישבע כמה הפסיד ויטול, דומיא דיורד ברשות דנשבע ונוטל. **תומים** - לא, דלעולם הפסד לא אסיק אדעתיה. וכ"ש שאינו נשבע ונוטל, דלא שייכא הכא תקנה של יורד ברשות, דשם נחית אדעתא שיוציא הוצאות, והכא לא נחית אדעתא שיפסיד כלל. ואין למדין מהתקנה, וכל ספק והבדל קל חזרין לדין תורה. **קצות** - כן, דבפלגא מלוה חייב על כל אונסין שיבואו, ואפי' לשלם מביתו, והעסק עצמה הרי היא כמשכון על ההלואה. והמלוה על המשכון ואבד המשכון - נשבע כמה היה שוה ונוטל, ואי"כ הכא נמי ישבע שאבדה העסקא וכמה הייתה שוה ונוטל. אך בשותפין פטורים, שהרי אין הוא לוח בשל חברו כלל, והרי זה אינו יודע אם התחייבתי, ואין חברו מהנשבעים ונוטלים.

2. אם הרויחו כסף, לאחר שהגיע הזמן בו היו צריכים לחלוק - חולקים לפי מעות. קשה, הרי השו"ע פסק שהכל תלוי בשאלה האם זה דבר שיכול להחלק או לא, וכיון שמדובר כאן בדבר שלא יכול להחלק (דאי לאו הכי בכל מקרה היו חולקים לפי מעות), אי"כ מדוע כשעבר הזמן חולקים לפי מעות, הרי עדיין שייך הטעם שכל א' תלוי בחברו!! לכן נראה, שאף לדעת השו"ע השאלה האם דבר תלוי בחברו או לא, היא רק סימן ולא סיבה. דהיינו, שכאשר הא' תלוי בחברו אמרינן שמסתמא דעתו להשתתף עמו בשווה, שהרי שניהם יחד מביאים את הריוח. ונמצא שכאשר התנו בפירוש שהשותפות היא עד זמן פלוני, כשעבר אותו הזמן - התפרקה השותפות, ושוב לא אמרינן שהריוח לאמצע. אולם, הנתיבות (ח) לא הבין כך, אלא הבין שזה סיבה, ולכן התקשה בדבר. וביאר שמדובר כשהשתתפו בסחורה ובכה"ג

זה לא תלוי האם זה דבר שעומד לעצמו או לא, ובכח"ג הכל בגלל שאמרינן שמסתמא התנו, ולכן כשעבר הזמן - בטל התנאי.

3. אם שינו ממה שהתנו בתחילה - חולקין לפי מעות; רמ"א. קשה, הרי מוכח בגמ' שאע"פ ששינו ממה שהתנו - השכר לאמצע. שהרי אע"פ שלקחו שור לחרושה אך עכשיו שינו את ייעודו והוא עומד לטביחה - קי"ל כרב המנונא שהשכר לאמצע; ולא כרבה שהשכר לפי מעות!! ואמנם בשערי שבועות איתא כן, אך הוא פסק כרבה; אולם כל שאר הראשונים פסקו כרב המנונא!!

הנתיבות (ח) ביאר על פי דרכו, דמייירי הכא כשנשתתפו בסחורה דהטעם שהשכר לאמצע הוא משום שאע"פ שלא התנו כן בפירוש, אדעת כן נשתתפו שהרי כל אחד משועבד לשני לסחור גם בחלקו. וא"כ כאשר שינו, דהיינו שנמלכו מלהתעסק בה אלא החליטו למכרה מיד, הריחם שיבוא מכאן ולהבא הוא לפי מעות.

סעיף ז

ויש מי שאומר שאם נגנבו או אבדו, חולקין לפי המעות.

הגה: ראובן שהיה לו חוב, ואומר לשמעון שיסייע לו בגביית החוב ויהיה לו שליש הריח, וכן עשו, ואחר כך קנו סחורה, הוו להו כשנים שהטילו לכיס, דהרי יש לשמעון חלק בריוח (ב"י בשם הרשב"ץ). ודווקא שקנו אחר כך הסחורה ביחד אדעתא דשותפות, אבל אם ראובן הוא הקונה ושמעון סייעו, אין לו בריוח כלום, שהרי לא נדר לו רק חלק בגביית החוב, ולא במה שהרויח אחר כך, ואין צריך ליתן לו רק כמה שנותנין למסייע לחבירו (ב"י וד"ע). ראובן ושמעון שנשתתפו להלוות לעובד כוכבים, וראובן נתן לו חלקו, ואחר כך אמר העובד כוכבים שאין צריך יותר, ואמר ראובן לשמעון שיתן לו חלקו למה שהלוה, ושמעון דחה אותו ליתנם, ובתוך כך נפטר, אפילו הכי זכו יורשיו בחלק הריח, דהרי לא מחל לראובן. אבל אם אמר שמעון שלא יתן חלקו, אז שינה בענין השותפות ואבד חלקו מן הריח (מרדכי פ' מי שהיה נשוי). וע"ל סימן זה סעיף מ"א.

סעיף 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 הוי רק כשומר חנם (הגהות אלפסי פרק חזקת).

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, הוי שמירה בבעלים וההפסד על שניהם (מהרי"ק שורש ק"ד).

1. השותפין שומרי שכר הם, ודווקא כשכל א' מתעסק בשותפות בזמן אחר.

לדעת השו"ע - אפי' בסתמא, **לדעת הרמ"א** - דוקא כשהתנו מתחילה, אך בסתמא הוי שומר חנם. **ודעת הש"ך** שבסתמא אפי' שומר חנם לא הוי. וכתב **הפת"ש בשם החת"ס והמהר"ם בנעט** שהעיקר כרמ"א, ואפי' יקים לי' כש"ך א"א לטעון.

ב"ב מב: "דאמר שמואל: השותפין מחזיקין זה על זה, ומעידין זה על זה, ונעשים שומרי שכר זה לזה". ובדף מג: "אמאי? שמירה בבעלים היא! אמר רב פפא, דאמר ליה: שמור לי היום ואני אשמור לך למחר".

בגמ' **ב"ק לו:** נחלקו הראשונים אימתי דיבר שמואל: דעת התוס', **הרא"ש, הר"ז"ה ורבינו אפרים:** רק שותפין שהתנו ביניהם 'שמור לי היום ואני אשמור לך למחר' נעשו שומרים זה לזה, אך בסתמא אינם שומרים כלל, אלא כל אחד שומר

על חלקו ואפי' החפץ כולו נמצא אצל אחד מהם. אולם, **דעת רש"י, הרי"ף והרמב"ן**: שאף בסתמא הם שומרי שכן זה לזה, ואין צורך בתנאי מפורש²⁶.

השו"ע סתם ונראה שפסק כר"ף ודעימיה, **הרמ"א כתב** דהוי שומר חנם כשלא התנה, **הש"ך התקשה וכתב שכשלא התנו לא הוי שומר כלל**, ואפי' ש"ח ונפק"מ שאינו חייב אפי' בפשיעה. והאריך להוכיח שאין חולקים על הרמ"א, ושכן דעת הרמב"ם שהשמיט דין זה, מטעם שכיון שצריך להתנות 'שומר לי ואשמור לך' אי"כ ס"ל שאין חילוק בין שותפין לאחרים, ולכן לא כתבו. אולם, **הפת"ש הביא בשם החת"ס ומהר"ם בנעט** שמדברי הרא"ה בשטמ"ק מוכח שהוי שומר חנם, ושכן עיקר ואילו היה הש"ך רואה זאת היה חוזר בו. ולכן כתב שא"א לטעון קים לי כש"ך.

הנתיבות כתב שאם כל אחד שומר בביתו על חצי – אז כ"א שומר שכן של השני גם בלא תנאי, דבשכר שאתה שומר על החלק שלי שאצלך, אני שומר על החלק שלך שאצלי. **אולם**, כשא' שומר על הכל בהתנדבות, אז אם לא התנו לא הוי כלל שומר – שאינו שומר אלא שלי, ואם אתה רוצה בא ושומר על חלקך.

2. אם התחילו להתעסק יחד, כגון שכל א' שומר על חצי מהסחורה – פטורים, דשמירה בבעלים היא.

אך אם מתחילה התחיל א' להתעסק לבד, ואח"כ התעסקו שניהם יחד – הראשון חייב והשני פטור. **נחלק הסמ"ע עם הש"ך והט"ז בהבנת דברי השו"ע**, הסמ"ע הבין שמדובר שהחפץ ניזוק כשהתעסקו יחד, ולכן השני פטור על חצי (דהוי פשיעה בבעלים), והראשון חייב על חצי, וממילא הוא משלם רק רבע (שהרי חצי שלו וחצי של חברו). **אולם**, **הט"ז הקשה**, שאם מדובר שהחפץ נגנב כששניהם עסקו יחד בכל הממון, לא יתכן לומר שאני שומר על החצי שלך, שהרי אתה כאן וגם עליך מוטלת שמירתו! ולכן ביאר שמדובר ששניהם שמרו יחד, ואח"כ לקח האחד כל הסחורה לביתו, ואז קרה הנזק, ובכה"ג אם זה היה הראשון הוא חייב לשלם את חציו, ואם זה היה ברשות השני הוא פטור מהכל. ואין כוונת הט"ז שכיון ששניהם שומרים יחד, אף אחד לא שומר על החלק של חברו, שהרי אי"כ אז לאחר מכן כשלקח האחד החפץ לביתו – אין זה שמירה בבעלים, שהרי מעולם הם לא 'שמרו' יחד! **אלא ודאי שגם כשהם שומרים יחד, כל אחד מוגדר כשומר גם על חלקו של חברו, אלא שאין הוא חייב בתשלומין על שמירתו, שהרי גם חברו שומר כאן על חלקו (כעין תנאי שהתנו ביניהם)**, ולכן אח"כ כשנפרדו ולקח אחד את כל הממון, הוא מוגדר כשומר בבעלים, שהרי שמירתו התחילה כששמר יחד עם חברו. וכן מוכח בנתיבות (אות יז בסופו) שהבין כך בט"ז.

הנתיבות ביאר שהסמ"ע דיבר כשכל א' לקח חצי מהממון לביתו לשומר עליו, ושמרו עליו יחד באותה שעה, ובכה"ג כל אחד חייב בתשלומין על חלקו של חברו, שהרי אני לא יכול לשומר על הממון שאצלך וכן להיפך. ולכן, האחד חייב לשלם רבע, דהיינו חצי מהממון שבידו; והשני פטור מכלום דהוי שמירה בבעלים.

הנתיבות הולך עם עקרון שכל משיכה חדשה של הסחורה או קבלת שמירה חדשה, הרי היא כהתחייבות חדשה ואם באותה שעה לא היו בעלי עמו – הרי הוא חייב. ולכן הוא מבאר שמיידי כאן שהסחורה נמצאת בחנות שם הם שומרים עליה, ולכן הכל הולך אחר ההתחלה. אולם, אם בתחילה היו בחנות, ואח"כ משך האחד חלק לביתו, או שמתחילה שמרו בבית, ואח"כ אחד הביא הכל לחברו, כל פעם שמעבירים את הסחורה למישהו אחר – הרי זו שמירה חדשה, והכל נקבע לפי מה שקרה באותה שעה. אמנם, לא כל משיכה היא כמשיכה חדשה, דאם מתחילה התנו שיחיה שומר למשך שנה, ובתוך השנה הפקיד אצל הבעלים – לא בטלה שמירתו בכך, ולא הוי כשמירה בבעלים. אולם, אם שינו את התנאים בכה"ג זה נחשב כשמירה חדשה.

3. חלקו את השותפות, ונשאר חלק מהממון ביד א' מהם כדי לפרוע את חובם, ואבדו ממנו – חייב הוא לבדו לשלם, שהרי הוא שומר שכן. אבל אם נשאר חלק מהממון ביד השני – פטור, דהוי שמירה בבעלים. **כ"כ מהרי"ק. הט"ז נשאר בצ"ע בדין זה**, שהרי כיון שחלקו שוב לא הוי שומר שכן, שהרי אין לו שום הנאה

²⁶ מח' נובעת מפירוש הגמ'. הגמ' העמידה את הרישא של המשנה "שור שנגח ארבעה וחמשה שוורים זה אחר זה – ישלם לאחרון שבהם וכו'", אליבא דר' ישמעאל שהניזק אינו שותף בשור אלא רק בעל חוב, ומדובר כשתפס הניזק את השור. **התקשו הראשונים** בשאלה מדוע הגמ' לא העמידה אף אליבא דר' עקיבא, הסובר ששותפין ניהו, ומיירי כשתפסו ניזוק! **הסיעה הראשונה** תירצה שלדעת ר"ע לא יכלנו לתרץ כך, דכיון שהם שותפים בשור, אי"כ כשאני תופס את השור אני תופס את החלק שלי, ואיני מתחייב בשמירה כלל על החלק שלך. וא"כ קשה הרי מבואר בדשמואל ששותפים הם ש"ש זה לזה! **תירץ הר"ז** ששמואל דיבר כשהתנו בפירוש וכדמוקמי בגמ'. (וקשה, שהרי הגמ' העמידה כך רק כדי להתגבר על החיסרון של שמירה בבעלים, אך לא מחמת שהתקשתה מדוע הם שומרים זה לזה!?) **אולם, הסיעה השנייה** של הראשונים תירצה שאף לר"ע היה אפשר להעמיד בשתפס, דאף בכה"ג הוא מתחייב בשמירה על כל השור, אלא שמסיבות אחרות לא העמדנו כך (כיון שא"כ מה הרבנות וכדו'). **ונמצא שלעולם שותפים הם שומרי שכן זה לזה, ואע"פ שלא התנו**.

נראה שנחלקו בשאלה האם עצם מציאות החפץ של חברי אצלי מחייבת אותי בשמירה עליו, (כמו שתמה הרמב"ן במלחמות: "שאין לך תופס דבר לעצמו שאינו לא שומר חנם ולא שומר שכן". או שרק ההסכמה שלי להיות שומר על החפץ, היא יוצרת את חיובי השמירה. ממילא, בסתם אדם שנמצא אצלו חפץ של חברו, אי"כ ברור שהוא גם הסכים להיות שומר, כיון שבלאו הכי חברו לא יסכים להניח אצלו את החפץ. אולם, בשותפים, כיון שהחפץ הוא גם שלו, אי"כ זה שהוא לקח את החפץ אליו, זה לא בשביל לשומר עליו, אלא בגלל שהוא שלו! ואע"פ שיש כאן גם חלק של חברו, שחברו יבוא וישומר על שלו. ולכן כל זמן שלא קיבל עליו בפירוש – לא נעשה שומר עליו.

מחברו יותרי! **והנתיבות כתב ליישב** שכיון שמדובר במעות, וקיי"ל שאם הפקיד אצל חברו מעות מותרין - יכול להוציאם, אי"כ גם הכא הוי שומר שכר, שהרי הוא יכול להשתמש במעות באותה שעה. (וכן לשיטתו אין כאן שמירה בבעלים, שהרי בשעה שמשך לאחר שחלקו הוי חיוב חדש ובו לא היו בעליו עמו).

4. הקצות דן במקרה בו שנים השתתפו יחד במעות ה'גיבעליא', והתנו שכל א' יעסוק בהם בחודש אחר, ולאחר שהגיע תורו של שמעון לשמור על החפץ - המעות נגנבו, האם אמרינן שאזלינן בתר תחילת השותפות ובאותה שעה שקיבלו עליהם היו בעליו עמו (שהרי התנו שכ"א ישמור בזמנו), או שהולכים אחר שעת משיכת החפץ ובאותה שעה כבר כלתה שמירת הראשון! והוכיח מדברי מהרי"ט לגבי אשה ששברה כלים בתוך הבית שפטורה מעיקר הדין משום בעליו עמו, אי"כ מוכח שהולכים אחר שעת ההתחייבות אע"פ שלא הגיע החפץ לידו אלא לאחר מכן, כשכבר בעליו לא היו עמו. והנתיבות חלק וכתב שכל זמן שלא הגיע החפץ לידו אינו כלל שומר, ואף המהרי"ט לא דיבר אלא שבשעה ראשונה שניהם שמרו ביחד.

סעיף ט

אחים שהם שותפין, יכול כל אחד למחות בחבירו שלא יקנה דבר לעצמו מהשותפות, אם לא ינכה אותו מחלקו.

ואם לא מיחו, וקנו לעצמם, כשבאים לחלוק שמין הבגדים שעליהם כפי מה שהם שוים בשעת חלוקה. אבל אם כלו לגמרי או אבדו, אין מחשבין אותם להם.

ואם קנו בגדים לנשיהם ולבניהם ולבנותיהם, אין שמין אותם. במה דברים אמורים, בבגדי חול. אבל בבגדי שבת, שמין להם. וגדול האחין, אף במה שקנה לעצמו אין שמין לו, אבל לכתחלה יכולים למחות בו שלא יקנה.

הגה: והוא הדין שאר שותפין שאין אחין (טור ושכ"כ הרמב"ם). מיהו נראה לי דאזלינן בזה אחר המנהג.

1. אחים שהם שותפים - יכול כל אחד למחות בחבירו שלא יקנה לעצמו דברים מכספי השותפות. ואם לא מיחה בו וקנה לעצמו, כשבאים לחלוק השותפות - שמין את הבגדים כפי שווים היום. ואם כלו או אבדו - אין מנכין אותם מחלקם. דאם לא מיחו - מחלו אהדדי שלא ישומו אלא דברים שהם בעין, כ"כ הרא"ש.

ב"ק יא: "ואמר עולא אמר ר' אלעזר: האחין שחלקו - מה שעליהן שמין, ומה שעל בניהן ובנותיהן אין שמין. אמר רב פפא: פעמים אף מה שעליהן אין שמין, משכחת לה בגדול אחי, דניחא להו דלשתמעון מיליה". וכתבו התוס': "מה שעל בניהן ובנותיהן אין שמין - שמתביישין להביאם לב"ד ומחלי אהדדי, ופסק רב אלפס דוקא בגדי חול אבל בגדי שבת שמין והכי איתא בירושלמי". ומוכח שלכתחילה יכולים למחות, אלא שאם לא מחו אמרינן שלגבי בניהם ובנותיהם מוחלים.

2. אם קנו בגדים לנשיהם ולבניהם ובנותיהם - אין שמים אותם כלל, דמחלו אהדדי כדי שלא לביישם לבוא לב"ד לשום הבגדים שעליהם, רא"ש. אבל בגדי שבת - שמים, כיון שיכולים להביא הבגדים לבד לב"ד. והיינו בימיהם שהיה להם רק בגד א' לב"ד, והיו צריכים לבוא בעצמם כדי לשום הבגדים שעליהם. ודעת הרמב"ם שבגדי חול אין שמין, דכיון שהם זולים - מוחלים; אך בגדי שבת שהם יקרים - אין מוחלים.

3. גדול האחין שמתעסק בצורכי השותפות, אין שמין לו אף את הבגדים שקנה לעצמו, דניחא להו שילבש בגדים נאים כדי שיוכל להתעסק בצורכי השותפות, ולכן גם מוחלים לו לגמרי אף לאחר שיחלקו; סמ"ע. אבל לכתחילה - יכולין למחות בו.

הש"ך הסתפק מה הדין לגבי בגדי שבת של גדול האחין, וכתב שלטעמו של הרא"ש אין חילוק בגדול האחין בין בגדי חול לשבת, כיון שבכל ענין ניחא להו כי היכי דלישתמעון מיליה'. אולם, לטעמו של הרמב"ם שבגדי שבת אינם מוחלים כיון שהם יקרים, אי"כ אולי גם לגבי גדול האחין, אינם מוחלים לו על בגדי שבת כיון שהם יקרים (כלומר, אע"פ שהם מרשים לו לקנות אותם כל זמן שהם שותפים, אך אינם מוחלים לו שיהיו שלו כשיפרדו), ונשאר בצ"ע.

4. **האם דין זה נכון בשאר שותפין?** שו"ע - לא, דדוקא באחין אמרינן שמחלו. ואע"פ שהטור כתב שאין חילוק בדין זה בין אחים לשותפין ושכן כתב הרמב"ם, **כבר השיג בבדק הבית** וכתב שמהרמב"ם לא מוכח כלום. (הסמ"ע לא ראה את בדק הבית, ולכן כתב שהשו"ע מודה לרמ"א). רמ"א - כן, כדברי הטור.

5. אם שותף נתן מתנה לחברו (שאינו שותף), וראה השותף ושתק - מחל. כ"כ הנתיבות בשם הנמוקי"י, שלמד כן מהדין של בגדי נשיהם ובניהם.

סעיף י

המשתתף עם חברו בסתם, לא ישנה ממנהג המדינה באותה סחורה, ולא ילך למקום אחר, ולא ישתתף בה עם אחרים, ולא יתעסק בסחורה אחרת, ולא ימכור בהקפה אלא דבר שדרכו להמכר תמיד בהקפה. הגה: ואם התרה בו שלא לעשות, אפי' בדבר שדרכו בהקפה חייב לשלם (ב"י בשם העיטור). היו קצת בני אדם מוכרין בהקפה וקצת אינן מוכרין, לא יקיף בלא דעת חברו (ב"י בשם רבינו ירוחם בשם הגאונים).

וכל שאינו משנה או פושע, יעשה בשל חברו כמו בשלו (מרדכי סוף פרק אלמנה ניזונית), ונוטל מחבירו חלקו במה שהוציא, דכל שותף כיורד ברשות דמי (מרדכי פ' חזקת).

בני חבורה האוכלין יחד וא' אוכל הרבה, יכולין אחרים לסלקו (אגודה דפוסים פ' האשה דף פ"ט).

ולא יפקיד ביד אחרים אלא אם כן התנו בתחלה, או שיעשה מדעת חברו. ואם עבר ועשה שלא מדעת חברו, ואחר כך הודיעו והסכים למעשיו, הרי זה פטור. ואין הדברים האלו צריכים קנין, אלא בדברים בלבד.

ואם (שינה) האחד מכל אלו הדברים, שהלך למקום שלא היה לו לילך, או פירש בים, או שמכר בהקפה, או נשא ונתן בסחורה אחרת וכן כיוצא באלו הדברים, כל פחת שיבא מחמת זה שעבר, חייב לשלם לבדו. ואם היה שם שכר, השכר לאמצע.

1. המשתתף עם חברו בסתם, לא יעשה בשותפות אלא כפי מנהג המדינה; וא"כ התנו מתחילה שיוכלו לעשות כן, או שביקש מחברו רשות במפורש. **גיטין לא:** "תניא: ר' יהודה אומר, בג' פרקים מוכרין את התבואה: לפני הזרע, ובשעת הזרע, ובפרוס הפסח; ובשלשה פרקים מוכרין את היין: בפרוס הפסח, ובפרוס עצרת, ובפרוס החג, ושמן - מעצרת ואילך. **למאי הלכתא? אמר רבא, ואיתימא רב פפא: לשותפין**". וכתב רש"י: "שאיין האי יכול למכור שלא מדעת חברו חוץ לפרקים הללו, אבל בפרקים הללו אין צריך לימלך ואם מכר ונתייקר השער לאחר זמן אין עליו כלום".

2. אם שינה ממנהג המדינה, ואח"כ הודיע לחברו והסכים עמו - פטור, וא"צ לעשות קנין על כך, דמחילה אינה צריכה קנין. מה הדין בשתיקה? הסמ"ע כתב שצריך הסכמה מפורשת. רעק"א כתב בשם המשנה למלך שזו מח' גאונים, ובשם המהרי"ט שאם אמר 'מה שעשית כבר עשוי' לא הוי כריצוי, רק השלמה עם המציאות.

3. אם שינה ממנהג המדינה, אם הרויח - הרויח לאמצע, ואם הפסיד - ההפסד רק עליו.

ב"ק קב. "תנו רבנן: הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהם חטין, תניא חדא: אם פחתו - פחתו לו, ואם הותירו - הותירו לו. ותני חדא: אם פחתו - פחתו לו, ואם הותירו - הותירו לאמצע! אמר רבי יוחנן, לא קשיא: הא ר"מ והא רבי יהודה; הא ר"מ, דאמר: שינוי קונה, והא רבי יהודה, דאמר: שינוי אינו קונה. מתקיף לה ר' אלעזר: ממאי? דלמא עד כאן לא קאמר ר"מ - אלא במידי דחזי ליה לגופיה, אבל לסחורה לא אמר! אלא א"ר אלעזר: הא וזה ר' מאיר, ולא קשיא: כאן לאכילה, כאן לסחורה". ופירש"י: "אבל לסחורה - בכל מידי דאיכא רווחא ניחא ליה וכי הותירו לאו שינוי הוא". **וכתבו הראשונים (רי"ף, רא"ש, רמב"ם)** שכיון שהלכה כר' יהודה ששינוי אינו קונה (כשאינו מתכוון לגזול), א"כ אין חילוק ובכל עניין - אם פחתו פחתו לו, ואם הותירו: אם הוא היה רק שליח - השכר למשלח, ואם זה היה עסקא (שחלק מהרויח לעצמו) - השכר לאמצע.

וטעם הדין: שכיון ששינוי אינו קונה, נמצא שאע"פ ששינית וקנית בלא דעתך, אך סו"ס המעות לא יצאו מרשותך, ונמצא שהמעות שלי הרויחו וחלק מהרויח שלי. אך א"כ מדוע שאף ההפסד לא יהיה לאמצע?! אין לומר שזה מדין 'מזיק' שהרי זה רק גרמא, ועוד שאין זה כלל נזק שהרי זו סחורה שהרבה אנשים קונים, אלא שאתה לא רצית אותה! **בדף ק: כתב רש"י שזה מטעם קנס, וכ"כ הרשב"א** בחידושים בדף קב: **אולם, התוס' כתבו** שאולי גם מטעם שאמדינן שזוהי דעתם, שאם חברו ישנה הוא ישא באחריות, ולכן ידו על התחתונה.

נמצא שאם השותף ששינה התכוון לקנות את הכל לעצמו, כדי שהרווחים יהיו רק לו, זה יועיל ולא יהיה לחברו כלום ברויח. **(ועיין בס' קפג, ג לגבי שלוחין,** שנחלקו בשאלה זו האם יכול השותף (או השליח) להחליט שהוא מפסיק להיות שותף וקונה את הממון רק לעצמו: שדעת השו"ע שלא מהני, ודעת הרמ"א שאם שינה מהני). והקשה הנהיבות (כה) אליבא דהסמ"ע, הרי אפי' כשהשותף מתעסק בממון שלו הפרטי ומרויח בו - השכר לאמצע כיון שזה בזמן שאסור לו להתעסק לבדו; א"כ מדוע כאן אין השכר לאמצע?! ונשאר בצ"ע.

4. אסור לו להתעסק בזמן השותפות בממון עצמו. כיון שכל זמן השותפות הם משועבדים אחד לשני לטרוח ולעסוק בשותפות, וא"כ אם הוא מתעסק מהצד בממון עצמו זה בא על חשבון עיסוקו בממון השותפות. **עבר והתעסק**

בממונו - כל הריח לעצמו ואין לחברו בו כלום. אמנם לדעת הסמ"ע הריח לאמצע, ורק כשהתעסק בהיתר - הריח לעצמו.

הסמ"ע הבין מדברי השו"ע בסעיף הבא, שהאיסור הוא דווקא כשהוא עוסק לבדו, אך אם הוא משתתף עם אחר בממונו עצמו - שרי; ולכן שם פסק השו"ע שהריח לעצמו כיון שהיה מותר לו להתעסק. נראה שהבין שהכוונה שהוא משתתף עם אחר על דעת שהאחר יעסוק בממונו, וכך זה לא יבוא על חשבון השותפות. והשו"ע הקשה שהרי פשט דברי השו"ע שאף הוא עצמו מתעסק בממונו! ולכן כתב שהשו"ע מדבר כשעבר והשתתף עם אחר, שכיון שהממונו רק שלו - אין לחברו שייכות ברווח. (ונראה שכוונת הסמ"ע שכאשר הוא משתתף עם אחר - שרי, אע"פ שגם הוא עצמו מתעסק בממונו, אך כיון שיש עוד א' שמתעסק אז זה דורש ממנו פחות להתעסק; והשו"ע כתב שלא נראה לו חילוק זה).

הנתיבות התקשה, מדוע אין לחברו חלק בריח? הרי קי"ל (יו"ד קעז, כט) שהמושיב חברו בחנות למכור, וחברו עבר והתעסק במעותיו - השכר לאמצע, וא"כ מאי שנא מהכא?! ונתיירץ ששם מיירי שהוא שכור לכל המלאכות שירצה חברו, וא"כ ידו כיד בעה"ב וכל מה שהרויח הולך לבעה"ב (דומיא דפועל ששכרו ללקט מציאות). אולם, כאן לא שכר את ידו, אלא הם שותפים בעסק מסוים, ולכן אין לשותף זכות בשאר הרווחים שמגיעים לחברו.

5. מכירה בהקפה:

א. דבר שדרכו להמכר תמיד בהקפה - מותר. וכתב הרמ"א שאפי' הכי יכול חברו להתרות בו שלא ימכור בהקפה, ואם מכר חייב לשלם. וכתב הנתיבות שכיון שדרכו להמכור בהקפה, יכול לעכב עליו רק מלמכור את חלקו, אך לא יכול למנוע מלמכור את החלק של עצמו.

ב. דבר שחלק מהאנשים לא מוכרים בהקפה, ואפי' אם זה רק מיעוט, סמ"ע. לא יקיף בלא דעת חברו. כ"כ הרמב"ם ורבינו ירוחם. הביא הביא בשם העיטור שכתב שיש מח' בדין זה, "ומסתברא כיון דאורחא דתגרי הכי פטור". היו שהבינו שהעיטור חולק ומתיר למכור לכתחילה; אך לענין נראה שלא פליגי, דהם דיברו לכתחילה שכיון שחלק מקיפים וחלק לא - יש ספק מה דעת חברו, ואין לו למכור מספק. והעיטור אולי מודה לזה, אלא שכתב שאם מכר כבר, כיון שיש שמקיפים אינו חייב לשלם מספק.

6. צריך השותף לעסוק בממונו של חברו כמו בשלל. כתובות ק: "רב כהנא הוה בידיה שכרא דרב משרשיא בר חילקאי יתמא, שהייה עד ריגלא, אמר: אף על גב דנפל ביה איצצתא, מייתי זוזא חריפא. (כלומר, אע"פ שקצת יתקלקל טעמו אך זה יגרום לו לקבל כסף מזומן ולא בהקפה). רבינא הוה בידיה חמרא דרבינא זוטי יתמא בר אחתיה, הוה לדידיה נמי חמרא, הוה קמסיק ליה לסיכרא, אתא לקמיה דרב אשי, א"ל: מהו לאמטויי בהדן? (כיון שהוא חשש שאולי הספינה תטבע) א"ל: זיל, לא עדיף מדידך".

7. אם הוציא מממונו עבור השותפות, נוטל מחברו מה שהוציא דשותף כיורד ברשות דמי. ב"ב מב: "גופא, אמר שמואל: שותף כיורד ברשות דמי. מאי קמ"ל? שותפות אין לו חזקה, לימא: שותף אין לו חזקה! אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא: לומר, שנוטל בשבח המגיע לכתפים בשדה שאינה עשויה ליטע כשדה העשויה ליטע". וכתב הרשב"ם: "כדין אריס שיוור ברשות אפי' בשבח המגיע לכתפים, גמר פירי כגון קמה לקצור וענבים לבצור, נוטל כל החצי כדין אריסי העיר. ואפילו הוא שדה שאינו עשוי ליטע אלא לזריעה ונטעה הוא נוטל כל דינו כאילו עשוי ליטע, כדין היורד ברשות. דאילו יורד שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה".

8. אם השתתפו לאכול יחד, ואחד אוכל הרבה - יכולים לומר לו: קח חלקך ולך, ואינו יכול לומר להם על דעת כן השתתפנו. פסחים פט: "תא שמע: בני חבורה שהיה ידו של אחד מהן יפות (רש"י: לישנא מעליא, ממהר לאכול הרבה), רשאין לומר: טול חלקך וצא. ולא עוד, אלא אפילו חמשה ועשו סיבולת (רש"י: תערובת סעודה של כל ימות השנה) - רשאין לומר לו: טול חלקך וצא, שמע מינה. מאי ולא עוד? - לא מיבעיא קאמר: לא מיבעיא פסח דמצא אמרי ליה: כי קבלינך - לתקוני זביחה. אלא אפילו סיבולת נמי, דצוותא בעלמא הוא - רשאין לומר לו טול חלקך וצא".

9. אסור לצרף אחרים לשותפות, או להפקיד ממון השותפות ביד אחרים. וכתב הנתיבות שאם הוא אדם שהשותף השני רגיל להפקיד עמו שרי, כמו לגבי 'שומר שמסר לשומר'. אך אם בא היזק לעסק, מחמת שהנפקד לא היה זמין ולא יכלו למכור הסחורה, חייב לשלם. אך לגבי נזק של גניבה וכדו' - פטור, דלגבי השמירה אין פה פשיעה.

ועיי' בסעי' ל ולי"ט עוד מעניין זה. והט"ז כתב שדווקא לצרף עמו שותף אחר שהסחורה תהיה בידו, אולם אם הוא רק משקיע כסף ואינו נושא ונותן שרי, ובהכי עסקינן בסעי' לט.

סעיף יא

לפיכך הנותן מעות לחבירו בתורת שותפות ליקח בהם חטים לסחורה, והלך וקנה שעורים, או לקנות שעורים וקנה חטים, אם פחתו, פחתו לזה שעבר; ואם הותירו, הותירו לאמצע (ועיין לקמן סי' קפ"ג ה"ו). וכן אם הלך ונשתתף עם אחר בממון השותפות, אם הפסיד הפסיד לעצמו; ואם נשתכר, השכר לאמצע.

אבל אם נשתתף עם אחר בממון עצמו, אם פחתו פחת לעצמו, ואם הרויח הרויח לעצמו. ואם התנו ביניהם, הכל לפי התנאי.

הגה: ראובן ושמעון שותפין, היה להן חוב אצל שר אחד שראובן דר תחתיו, והוא עשה החוב, ושמעון טוען שראובן יתבע החוב לפי שהוא עשאו, וראובן אומר שמתירא מן השר שהוא דר תחתיו, הדין עם ראובן (הרא"ש בתשו' כלל פ"ט סי' א'). ועיין לקמן סעיף מ"ז סי' זה.

ראובן שהלך ופטר חובות של שמעון חבירו, ואומר ששמעון צוה לו לעשות, אם אמת ששמעון צוה לו, ראובן פטור אף על גב דלא א"ל: על מנת לפטור; אבל אם שמעון כופר, ויש עדות שהחובות היו שלו, וראובן פטרן, ראובן חייב לשלמן, ואינו נאמן לומר שברשות שמעון עשה מה שעשה. אבל אם אין לשמעון עדות, ראובן נאמן במיגו, שהיה יכול לומר שהחובות אינן של שמעון, או שהוא לא פטרן (מרדכי פ' החובל בשם מוהר"ם) (ועיין לקמן סעיף נ').

1. אם נתן מעות לשותפו לקנות חיטין ושינה וקנה שעורין או להיפך, השכר לאמצע וההפסד למי ששינה. וכן אם עבר ושיתף עמהם אדם נוסף, הדין כן. וכמו שנתבאר בסעי' הקודם.

2. אולם, אם נשתתף עם אחר בממון עצמו - אף אם הרויח הרויח לעצמו, אא"כ התנו ביניהם. ואע"פ שאסור לו להתעסק במעותיו לעצמו באותו זמן, שהרי הוא מחויב להתעסק בממון השותפות, אפי' הכי הרווח לעצמו ואין חברו יכול לטעון לשייכות ברווח כיון שבגללו הוא התרשל מהעיסוק בשותפות; כדעת הש"ך בסעי' הקודם. אולם, לדעת הסמ"ע שם מיירי הכא שהשני מתעסק בממון ולכן מותר לכתחילה, אך אם הוא עצמו עסק בו - הרויח לאמצע אף במעותיו.

3. החיוב לתבוע את חוב השותפות - מוטל על שניהם בשווה, ואע"פ שרק א' מהם לווה, כיון שעשה זאת בשליחות שניהם.

4. מי שהלך ופטר חובות חברו, אם עשה כן בציווי - פטור מלשלם לו, ואע"פ שלא אמר לו "ע"מ לפטור", דרך אם נתחייב קודם לכן בשמירה, צריך שיאמר לו ע"מ לפטור (ב"ק צב.).

5. אם טוען שחברו ציווהו, וחברו כופר - אם יש לחברו עדים שהחובות שלו ושהוא פטר אותם - חייב לשלם. דאנן סהדי שאין אדם מוחל חובותיו.

אך אם אין לו עדים - נאמן במיגו שהחובות אינם שלו, או שהוא לא עשה זאת.

הש"ך תמה שמהרמ"א משמע שנאמן במיגו, אולם במרדכי בב"ק פרק ח' אות צב (שהוא מקור הדין) **מבואר** שלא אמרינן מיגו בכה"ג, דהוי מיגו במקום 'אנן סהדי' (שאין אדם פוטר את בעלי חובותיו מלשלם לו). ולכן אם יש עדים שהיו חייבים לו ושהחובות לא נפרעו - אע"פ שאין עדים שהוא פטרם - חייב לשלם. ורק במקרה שאין עדים שהחובות עדיין לא נפרעו, ואיננו יודעים שהוא פטרם - נאמן במיגו. דבכה"ג אין 'אנן סהדי', שהרי אולי מדובר בחובות שכבר נפרעו עוד קודם לכן. (ולכן גם כשאין עדים אך הוא מודה שהחובות לא היו פרועים - חייב לשלם, ש"ך). אולם, מדברי הרמ"א משמע שבכל ענין נאמן במיגו! וא"כ קשה שהרי הרמ"א בעצמו פסק אחרת בסימן שפ"ב.

למסקנת דברי הש"ך: אם יש עדים שהחובות לא היו פרועים - אינו נאמן בכל ענין, ואפי' יש לו מיגו שלא מחל - דמיגו במקום עדים (שאין אדם מוחל חובותיו) לא אמרינן. אם אין עדים שהחובות אינם פרועים: אם אין עדים שהוא מחל לו - יש לו מיגו ונאמן. אם יש עדים שהוא מחל - אין לו מיגו וחייב לשלם, אלא שיכול לתבוע 'אשתבע ליי'. ומיירי במלוה בשטר שאמרינן שחזקה שהוא לא פרוע, ולכן חייב לשלם כשיש עדים שפטר; אלא שמהני מיגו נגד חזקה זו. אולם, במלוה ע"פ - פטור, אא"כ יש עדים שהוא מחל לו, ושהחוב לא היה פרוע.

הפת"ש בשם שער המשפט כתב שהעיקר כפשט הרמ"א, דכל היכא שיש לו מיגו מהני. ולא אמרינן חזקה זו, שהרי אע"פ שחזקה אין אדם מוחל חובותיו - נאמן במיגו לומר שמחל. א"כ הכא נמי לא גרע ממחילה. ואע"פ שבמהר"ם מבואר כש"ך, אך זה לשיטתו שסבר שאף מחל אינו נאמן במיגו (וחזר בו אח"כ), ואנן דקי"ל דנאמן במיגו במחילה, א"כ הוא הדין הכא.

גם הנתיבות תמה על דברי הש"ך הנ"ל, ותיירץ דהכא מיירי בשותפים, ומדובר שהמלוה נעשתה רק על שם אחד מהם, וכשמחל לגוי מחל רק בשמו שלו, ולא הודיע לגוי שהחוב הוא גם לחברו ושגם חברו מחל לו, ובכה"ג הוא מזיק בידים. שהרי מדוע אדם מוחל? כיון שיש לו הנאה מכך שחברו יחזיק לו טובה שנתן לו מתנה או שמחל לו, אך בכה"ג הגוי לא יחזיק לו טובה על כך, שהרי הוא כלל לא יודע שהוא זה שמחל לו! **אלא שהפת"ש הקשה** א"כ מדוע הש"ך מעמיד את דברי הרמ"א במקרה כזה ומקשה עליהם? שיעמיד במקרה רגיל וממילא יתיישבו דבריו. **ולכן הביא בשם הבית מאיר**, שאע"פ שאדם נאמן לטעון מחלת לי במיגו, אך דווקא כשהוא עצמו מוחל. אך אם שולח מחילתו ע"י אחר, בכה"ג אין לו מיגו, שהרי יש לשלוח יכולת להעלים המחילה, שהרי אין צורך שיוודיע לו שחברו מחל, אלא מספיק שלא ילך ויתבענו

ונמצא שלעולם עיקר החזקת הטובה היא כלפי השליח ולא כלפי המשלח. ולכן אף כאשר הודיע לו ואמר לו שהוא מוחל בשם המשלח – שייד לומר שחזקה אין אדם מפסיד ממונו בידיים, ואינו נאמן לטעון שחברו שלחו לשם כך.

האם יכול לתבוע 'אשתבע לי דלא ציויתני לפוטרים'? ש"ך – לא, אא"כ אין עדים שהחובות לא היו פרועים, ויש עדים שהוא מחל לגוי, דאין ההיזק ברי. אך אם יש עדים שהוא מחל לגוי, ושהחוב לא היה פרוע – לכו"ע א"א לתבוע שבועה, כמו שאם טוען פרעתי תוך זמני שאינו יכול לומר לו 'אשתבע לי דלא פרעתיך', וכ"ש חזקה דהכא (שאין אדם מוחל חובותיו) דעדיפא מהתם, שהכא אפי' מיגו לא מהני כנגדה (לשיטת הש"ך). אולם, כשיש לו מיגו משמע במהרש"ל שיכול לתבוע שבועה קודם פרעון, ואף על זה הקשה הש"ך, שהרי כיון שחייב לשלם מכח החזקה אע"פ שיש לו מיגו, דהוי כמיגו במקום עדים א"כ מדוע יוכל להשביעו?! ולכן העמיד דדוקא כשאין לו מיגו, כגון שיש עדים שהוא מחל, ואין עדים שהחוב לא היה פרוע.

סעיף יב

אחד מהשותפים או המתעסק שעשה סחורה בנבילות וטריפות וכיוצא בהם, השכר לאמצע; ואם הפסיד, הפסיד לעצמו.

הגה: וכן אם גנב או גזל, השותף צריך לחלוק עם חבריו (הגהות מרדכי פ' חזקת והג"מ פ"ה מה' שותפין). ואם הפסיד, ההפסד לעצמו. ודוקא אם הפסיד קודם שנודע לחבריו, אבל אם חלק הגניבה עם השותף ואח"כ בא עלילה עליו, וכן אם קנה גנבה וחלק עם חבריו ובא אחר כך עלילה, ההפסד ג"כ לאמצע, מאחר שנתרצה למעשיו. ואין הדברים צריכין קניין, וכמו שנתבאר (בנימין זאב סי' ש"ס ו"ש/פ). אבל אם חלקו שאר רווחים ובא עלילה על אחד מן השותפין שלא כדין, אין חבריו חייב לסייעו בהפסד (הרא"ש כלל ע"ט סימן ז').

ועיין סי' זה סעיף ל"ח וסוף סי' קע"ז, מי ששכר חבריו לישא וליתן בשלו וכל המציאות שיגיעו לידו יהיו שלו, וגבה חובות פרועין מעובד כוכבים, הוי בכלל מציאה, דכל שטר פרוע אינו שוה רק דמי הנייר, ולכך מי שהחזירו לעובד כוכבים אינו חייב לשלם לחבריו, ואפי' לכתחלה נמי שרי (תשובת רשב"א אלף י"ד והריטב"א).

1. אם עשה סחורה בנבילות וטריפות, דינו כמי ששינה מתנאי השותפות, וההפסד עליו והשכר לאמצע. שהרי אסור לסחור בנבילות וטריפות. כן כתב הרמב"ם.

2. אי מהשותפין שהלך וגנב או גזל מגוי, האם צריך לחלוק ברווחים עם חברו? רמ"א – כן, ב"י וש"ך – לא. **ההגהות מרדכי והג"מ** כתבו שצריכים לחלוק בגניבה, והוכיחו כן מהירושלמי. וטעמם שכיון שהם שותפים בכל הממון, א"כ כל המציאות שא' מוצא יש לחברו חלק בהם; וגניבה דמי למציאה. **אולם, הב"י כתב** שאע"פ שהם שותפים בכל הממון, אינם שותפים במציאות שימצאו, ולכן אינם שותפים גם בגניבות. וכתבו שאין ראיה מהירושלמי כיון שהוא בלשון תמיה, וכמו שכתב העיטור. **וכן הסכים הש"ך לדינא.** ותמה על הרמ"א, וכתב שאולי גם הרמ"א לא דיבר אלא באופן שהגניבה סיכנה אף את חברו. **וכתב הט"ז שלדינא אין להוציא ממון,** וכתב עוד שאף אם נאמר שכל מציאות שמוצא הוי לאמצע, אך בגניבה לא, שהרי 'היתרא ניחא ליה דליקני, אך איסורא לא ניחא ליה', והרי אף בגניבת הגוי יש איסור!

עפ"ז יוצא: **האם השותף זוכה במציאות חברו?** הג' מרדכי והג"מ – כן, שהרי דימו גניבה למציאה. ב"י, עיטור – לא.

3. אם עשה שלא כדין, ונתרצה חברו וחלקו ברווחים, ואח"כ בא הפסד על א' מהם – חולקים בהפסד. דכיון שחלקו ברווחים, מוכח שנתרצה חברו למעשיו, וההפסד לאמצע.

אולם, אם ההפסד בא שלא כדין, ההפסד רק עליו.

4. הגובה שטר פרוע של חברו, הוי בכלל מציאה, דשטר פרוע אינו שוה רק דמי הנייר. ולכן המחזיר שטרות פרועים לעכו"ם – אינו חייב לשלם לחברו, ואף לכתחילה שרי.

בדברי הרמ"א מדובר שדוקא כשהתנה עמו בפירוש שהמציאות יהיו לשליח, הא בלא"ה הם למשלח. וקשה הרי קי"ל שמציאת פועל לעצמו בסי' ע"ר!! תירץ הנתניבות דשאני הכא שכיון שהמשלח מוסר לידו שטר פרוע, הרי זה כאילו הראהו ללקט מציאות בקרקע זו, שבכה"ג המציאה למשלח, וכן כאן בודאי כדי שיגבה השטרות מסר לו, אלא שכיון שהתנה עמו בפירוש שכל מציאות שמוצא הרי הם שלו – זכה בהם השליח, ואע"פ שהראהו ללקט מציאות.

סעיף יג

אחד מהשותפין שאמר: נוליד הסחורה למקום פלוני שהוא ביוקר, ונמכר שם, אף על פי שקבל עליו כל אונס או כל פחת שיבא, הרי חברו מעכב עליו, שהרי אומר לו: אין רצוני שאתן מעות שבידי ואהיה רודף רוח אחריו לדין להוציא ממך, וכן כל כיוצא בזה.

אם שותף א' רוצה ללכת ולמכור במקום רחוק, כדי להרויח שם יותר, חברו יכול לעכב עליו, אע"פ שהוא מקבל עליו לכסות את כל ההפסדים; כיון שהוא יכול לטעון: אינני רוצה אח"כ לטרוח בבי"ד כדי להוציא את הכסף ממך. רמב"ם הל' שותפין פ"ה, ה"ד.

דווקא כשרוצה להוליך למקום רחוק, אך אם השוק קרוב – יכול לכופו, כמבואר בסי' קט; נתיבות.

סעיף יד

אחד מהשותפין שבא לישן הפירות עד הזמן הידוע למכור אותם פירות, אין חברו מעכב עליו. אבל משהגיע זמן המכר, יכול כל אחד מהם למכור, ואין חברו יכול לעכב עליו. ואם מכר בלא דעת חברו, ונתייקר אחר כך, אין לחברו עליו כלום. (אבל אם מכרה קודם זמנה, הוי פשיעה וחייב לשלם לחברו חלקו) (ב"י בשם רבינו ירוחם). ואם אין זמן ידוע למכור אותם פירות, ורוצה אחד מהם לישנם, חברו מעכב עליו.

1. אם יש זמן שבו מוכרים את הסחורה, והשותף רוצה לחכות כדי למכור אותה באותו הזמן – הדין עמו. ואם אין זמן ידוע – ואחד רוצה לחכות והשני רוצה למכור עכשיו – הדין עם השני.

גיטין לא: "תניא: ר' יהודה אומר, בג' פרקים מוכרין את התבואה: לפני הזרע, ובשעת הזרע, ובפרוס הפסח; ובשלושה פרקים מוכרין את היין: בפרוס הפסח, ובפרוס עצרת, ובפרוס החג, ושמן – מעצרת ואילך. למאי הלכתא? אמר רבא, ואיתימא רב פפא: לשותפין". **ופירש רש"י** – "שאין הא' יכול למכור שלא מדעת חברו חוץ לפרקים הללו, אבל בפרקים הללו אין צריך לימלך ואם מכר ונתייקר השער לאחר זמן אין עליו כלום".

אולם, תוס' ביארו בשם ר"ח ור"ת שאם קיבלו עליהם שותפות בסתם, כל אחד יכול לעכב על חברו מלחלוק עד שיגיע אותו הזמן שבו הדרך למכור את הסחורה. וכמו שמבואר בב"מ קח. "ואמר רבא: הני בי תרי דעבדי עייסקא בהדי הדדי ורווח, ואמר ליה חד לחבריה: תא ליפלוג, אי אמר ליה אידך נרווח טפי – דינא הוא דמעכב".

2. כשהגיע הזמן – כל א' יכול למכור, ואפי' בלא דעת חברו. וכשימכור, אע"פ שאח"כ התייקרה הסחורה – אין לחברו עליו כלום; שהרי עשה כדיון.

3. מה הדין כשמכר קודם שהגיע הזמן? רמ"א – חייב לשלם לחברו את ההפרש בין המחיר היום למחיר בזמן, כן דייק רבינו ירוחם מדברי רש"י, שדווקא כשמכר כשהגיע הזמן ונתייקר – אין לחברו עליו כלום; אולם אם מכר קודם הזמן – חייב לשלם. **הקצות התקשה** הרי קי"ל 'כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה?!', ומדוע כשמכר בלא רשותו שישלם יותר מאילו היה מזיקו בידים? **ותירץ שרש"י לשיטתו שאף מזיק משלם כיוקרא דלקמיה', אך הרא"ש שם חולק וס"ל שמשלם כמו שהיה שווה באותה שעה**. הקצות נשאר בצ"ע על דברי הרמ"א שכאן פסק כרש"י, ואילו לקמן בסי' דש פסק כרא"ש!! **אולם, הנתיבות ביאר** שטעמו של הרמ"א הוא מפני שקבלן או פועל שבעה"ב סומך עליו חייב לשלם אף מה שישביח לאחר מכן, דהוי כאילו התנה עמו 'אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא', ואע"פ שלא התנה בפירוש.

בביאור שיטת רש"י: הקצות בסי' דש ביאר שטעמו משום שחשיב ליה כ'גרמי'. כלומר השווי האמיתי של החפץ הוא מחירו היום, אולם כיון שביום השוק היה נמכר במחיר גבוה יותר, נמצא שבגלל שמכרת היום גרמת לי הפסד של המחיר של השוק. אין זה היזק בידים, אלא זה 'גרמי'. והטעם נראה מפני שמחיר השוק הוא בעצם גנוז כבר היום בחפץ, שהרי אם היום היה שוק – הוא גם היה נמכר באותו מחיר.

טו – כא דיני פירוק שותפות

סעיף טו

השותפין שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב, כל אחד מהם מעכב על חברו, ואינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן או עד שיכלה ממון השותפות; ואין אחד מהם יכול ליטול מהקרן ולא מהשכר, עד סוף הזמן. הגה: ואם שינה או פשע תוך הזמן, או עבר על

תנאו, אפילו הכי אינן יכולין לחלוק, אלא משלם מה שהפסיד (ב"י לדעת הרמב"ם); ודלא כיש חולקין בזה (מרדכי פרק מי שהיה נשוי).

1. שותפין שהתנו שהשותפות תהיה עד זמן פלוני - אין אחד מהם יכול לחלוק קודם; וא"כ נגמר ממון השותפות. ולא שייך בהם הדין של פועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום, דאע"פ שכל אי' משועבד לחברו, חברו משועבד גם לו, ולא קרינן בהו "עבדי הם" ולא עבדים לעבדים; סמ"ע. כדעת רש"י, תוס', רא"ש והרמב"ם; ודלא כדעת הנמוק"י. כמסקנת ה'בדק הבית' ולא כמו שהבין בתחילה בב"י שאף התוס' והרא"ש מודים לנמוק"י.

מקור הדין: ב"מ קה. "ואמר רבא: הני בי תרי דעבדי עיסקא בהדי הדדי ורווח, ואמר ליה חד לחבריה: תא ליפלוג, אי אמר ליה אידיך נרווח טפי - דינא הוא דמעכב. ואי אמר ליה: הב לי פלגא דרווחא, אמר ליה: רווחא לקרנא משתעבד. ואי אמר ליה: הב לי פלגא דרווחא ופלגא קרנא. - אמר ליה: עיסקא להדדי משועבד. ואי אמר ליה: נפלוג רווחא ונפלוג קרנא, ואי מטי לך פסידא דרינא בהדך. - אמר ליה: לא, מזלא דבי תרי עדיף".

רש"י, תוס' והרא"ש פירשו שהגמ' מדברת על שני אנשים שקיבלו עיסקא מאחר, שאין אי' יכול לומר לחברו: בא נחלוק, וכל אי' יעסוק לבדו; כיון שמזלא דבי תרי עדיף, ולכן אמרינן שהעסקא כוללת את ההתחייבות ההדדית שלהם אי' כלפי השני. הרמב"ם לא הזכיר דין זה לגבי שנים שקיבלו עסקא, אלא לגבי שנים שהשתתפו יחד בממון; נראה שהוא פירש שהגמ' דיברה על שנים שהשתתפו יחד, כמשמעות הלשון 'דעבדי עיסקא בהדי הדדי'; לעומת התוס' שגרסו 'דקבלו עסקא'. ונראה שאף התוס' וסייעתם מודים לרמב"ם, ודין זה פשיטא ולא הייתה צריכה הגמ' ללמדנו שאם התנו ביניהם שאינם יכולים להפרד קודם הזמן, שהרי לא שייך בהם דין 'פועל'. והרבותא היא דווקא בשנים שקיבלו עסקא מאדם שלישי, שהייתה לנו הו"א שאע"פ ששניהם מחוייבים כלפיו לעבוד (ונראה שהם יכולים לחזור בהם קודם תום הזמן, שהרי הם פועלים שלו), אך הם לא מחוייבים אי' כלפי חברו ולכן כ"א יוכל לומר לחברו 'תא ונפלוג' ונמשיך לעסוק בממון כ"א בנפרד, קמ"ל שההתחייבות שלהם היא גם אי' כלפי חברו, ולא רק כלפי בעה"ב.

כתב הנתיבות דדוקא לחלוק השותפות (דהיינו שלא לישא וליתן עוד יחד) אינו יכול, אך אם רוצה למכור הסחורה כיון שע"פ מנהג העולם לא יהיה עוד ריוח, וכ"ש אם נראה שיהיה הפסד - יכול לכופו למכרה. עוד כתב שאם שותף אי' אינו רוצה לעסוק בסחורה, יכול לשכור עליו מתעסק אחר. ואם רצה לבטל השותפות בגלל זה - רשאי.

2. כשם שאינו יכול להפסיק את השותפות קודם הזמן, כך אינו יכול ליטול מהקרן או מהרווח קודם הזמן. 'רווחא לקרנא משתעבד', ופירש"י: "שמא בסחורה שנעשה עוד נפסיד, וצריך שיהא הריוח קיים להשתכר בו עוד כדי למלאות הקרן". 'עיסקא להדדי משועבד' - "ואם נפלוג - שמא אני אפסיד בסחורה שאקנה, שהרי קבלתי אני להתעסק בה עד אותו הזמן; ואם אפסיד - שמא חלק השני ישתכר וימלא חסרון, ואנו קבלנו ונשתעבדו החלקים זה לזה".

ואע"פ שטעמים אלו לא שייכים אלא בעיסקא ולא בסתם שותפים, כתב הסמ"ע שהטעם הוא משום 'מזלא דבי תרי עדיף'. ולענ"ד צ"ע מדוע נזקק הסמ"ע לטעם זה, שהרי בשותפות רגילה פשיטא שהם משועבדים עד תום הזמן, שהרי התנו במפורש? ולא נצרכה הגמ' לטעם זה, אלא בבי' שקיבלו עסקא מאחר, שהו"א שכלל לא נשתעבדו אי' כלפי חברו אלא רק כלפי נותן העיסקא, ולכן הייתה לנו הו"א שיוכלו להיפרד; וקמ"ל שנשתעבדו גם זה לזה. ואולי אפשר לומר, שלולי טעם זה אע"פ שנשתעבדו בפירוש יכלו לחלוק מפני שכופין על מידת סדום, ואם לא היה לך שום טעם מדוע אתה רוצה להמשיך להיות שותף שלי, לא היית יכול להכריח אותי להמשיך את השותפות אע"פ שעשינו קנין על כך. וקצת קשה, שהרי הטעם הפשוט שאני רוצה להיות שותף איתך, כיון שאני רוצה לסחור בסכומים יותר גדולים, וככה להפיק רווחים יותר גדולים, וא"כ מדוע צריך להגיע לטעם של 'מזלא דבי תרי עדיף'? אולי כדי לומר שאף במצב שאין שום טעם אחר - א"א להפרד. והי' יאיר עיינו.

3. אם שינה או פשע בתוך הזמן - צריך לשלם ההפסד. האם יכול השני לדרוש חלוקה בגלל זה? לא, אע"פ שיש חולקים. המרדכי כתב שאם הא' שינה, יכול השני לתבוע חלוקה. הב"י כתב שברמב"ם לא מבואר מה הדין כשישנה, אך מסתבר שאינו יכול לתבוע חלוקה, אלא צריך רק לשלם את ההפסדים.

סעיף טז

נשתתפו סתם, ולא קבעו להם זמן, הרי אלו חולקין כל זמן שירצה אחד מהם, ויטול כל אחד חלקו מהסחורה. ואם לא היה באותה סחורה דין חלוקה, או שהיה בחלוקתה הפסד, הרי אלו מוכרים אותה וחולקים הדמים.

1. אם נשתתפו סתם - כל זמן שירצה אי' לחלוק הרי הוא רשאי, ואין חברו מעכב עליו. ב"מ סט. "הנהו תרי כותאי דעבוד עסקא בהדי הדדי, אזיל חד מנייהו פליג זוזי בלא דעתיה דחבריה. אתו לקמיה דרב פפא, אמר ליה: מאי נפקא מינה? הכי אמר רב נחמן: זוזי כמאן דפליגי דמו". וכתב הב"י שמוכח מהכא שכשנשתתפו בסתם יכול לחלוק מתי שרוצה.

2. אם אין בסחורה דין חלוקה, מוכרים אותה וחולקים הדמים. והוא הדין שיכול כל אי' לומר לחברו 'גוד או אגוד', ש"ך.

סעיף יז

היה זמן ידוע למכירת אותה סחורה, יש לכל אחד מהם לעכב שלא יחלקו עד שתמכר בזמן הידוע למכירתה, ואין אחד מהם נוטל לא מהקרן ולא מהריוח עד זמן החלוקה, אלא אם התנו ביניהם.

1. אם היה זמן ידוע למכירת הסחורה, אע"פ שנשתתפו בסתם - אין יכול לחלוק עד שיגיע אותו הזמן. **גיטין לא:** "תניא: ר' יהודה אומר, בג' פרקים מוכרין את התבואה וכו', למאי הלכתא? אמר רבא, ואיתימא רב פפא: לשותפין".

סעיף יח

אם לא קבעו זמן לשותפות, או שקבעו זמן ונשלם, ובא אחד לחלוק שלא מדעת חבריו, חולק בפני ג', אפילו הם הדיוטות, ובלבד שיהיו נאמנים ויודעים בשומא. ואם חלק בפחות משלשה, לא עשה כלום. הגה: ואם הפסיד אח"כ בחלקו, הוא יכול לבטל החלוקה (טור). ויש חולקין (שם בשם י"א). במה דברים אמורים, שחלקו פירות, אבל אם היו מעות שכולם מטבע אחד ושונים, יש לו לחלק שלא בפני בית דין, ומניח חלק חבריו בבית דין. ואם אין המעות שונים, הרי הם כפירות ואין חולקין אותם אלא בבית דין.

1. כשחולק שלא בפני חברו באופן המותר, צריך לעשות זאת בפני שלשה נאמנים ויודעים בשומא. אין צורך שיהיו כבי"ד, ולכן אפי' שלשתם הדיוטות וליכא חד דגמיר, מהני.

ב"מ סט. "הנהו תרי כותאי דעבוד עסקא בהדי הדדי, אזיל חד מנייהו פליג זוזי בלא דעתיה דחבריה. אתו לקמיה דרב פפא, אמר ליה: מאי נפקא מינה? הכי אמר רב נחמן: זוזי כמאן דפליגי דמו. לשנה זבון חמרא בהדי הדדי, קם אידך פליג ליה בלא דעתיה דחבריה. אתו לקמיה דרב פפא. אמר ליה: מאן פלג לך? אמר ליה: קא חזינא דבתר ידידי קא אתי מר. אמר רב פפא: כהאי גונא ודאי צריך לאודועיה. זוזי, מי שקיל טבי ושביק חסרי? חמרא, כולי עלמא ידעי דאיכא דבסיס ואיכא דלא בסיס. גופא, אמר רב נחמן: זוזי כמאן דפליגי דמו. הני מילי טבי וטבי, תקולי ותקולי. אבל טבי ותקולי - לא".

2. אם חלק בפחות מג' - לא עשה כלום.

3. אם חלק בפחות מג' והפסיד - האם יכול לדרוש לבטל החלוקה: **רמ"א** - כן. ויש חולקים. **הטור כתב שיכול לבטל** החלוקה כאילו לא חלקו, ושיש חולקים שהרי חברו לא יערער על חלוקתו בכה"ג, ולו עצמו אין יכולת לבטל את החלוקה שחלק בעצמו. וכתב **דלא נהירא**, שהרי לא חלק אלא על דעת שהוא עושה כדן, וכיון שעשה שלא כדן - יכול לבטל. **והב"י כתב שלא נהירא לו דעת הטור**, שהרי כיון שהוא שינה ועשה שלא כדן בכך שחלק, אי"כ כל המשנה ידו על התחתונה, ודינו כמי ששלחו לקנות חיטים וקנה שעורים. **אולם, הוסיף בבדק הבית שמדברי הרמב"ם נראה שכיון שעשה שלא כדן - אין על זה כלל שם חלוקה, והיא בטלה מעצמה. והסמ"ע ביאר** דברי הטור, שלא דמי לדן של 'כל המשנה' כיון ששם ההפסד בא מחמת השינוי, ולכן כל ההפסד עליו. **אולם בכה"ג ההפסד לא בא מחמת חלוקתו ולכן אין סיבה שהוא יקח על זה אחריות.** וכתב שנראה שאף השו"ע חזר בו מדבריו בב"י, שהרי בשו"ע סתם; וכבר הזכירו שבבדק הבית חזר בו מדבריו בב"י.

4. במה דברים אמורים: כשחלקו פירות, אך כשחלקו מעות שכולם שווים - יכול לחלוק בפני עצמו, ויניח חלק חברו בב"ד. גמ' הנ"ל: "גופא, אמר רב נחמן: זוזי כמאן דפליגי דמו. הני מילי טבי וטבי, תקולי ותקולי. אבל טבי ותקולי - לא".

אם יש שטרות - חולקים אותם הב"ד בשומא.

סעיף יט

אחד מהשותפים או מהמתעסקים שמת, בטלה השותפות או העסק, אף על פי שהתנו לזמן קבוע. הגה: וכן עיקר, ודלא כדעת החולקין (מרדכי פ' הגוזל ופ' המקבל).

שותף שחלה או נאנס, ולא עסק בשותפות, אין הדין שהאחר ירויח ויתן לו, ואפילו אם קנו מידו בשעת השיתוף. אבל אם היה בעיר אחרת בשליחות השותפות, ונתעכב באונס, יש לו חלק עמהם. ואם יש מנהג בזה בין השותפין, יעשו כמנהגן (ב"י בשם הרשב"א).

ג' שקבלו עסקא מאחד, ומת אחד מהן, נתבטל הענין ויכולין לחזור בהן (נ"י בשם ריטב"א).

ג' שותפין ביחד שעשו שותפות עם אשה שויתרה להן מחלקה ואח"כ פשע האחד ולא עסק בשותפות כמו שהיה לו לעסוק ומחמת זה אינו נוטל על כך בריוח, הריוח לאשה לפי ערך, כי אינו דומה שנים העוסקין לג' (ב"י בשם הרשב"א).

אחין שותפים שהיו ניזונים ביחד כל אחד כפי צרכו, ונפטר אחד מהן והשני נשא ונתן לצורך השותפות כמו שעשה בחיי אחיו, אין האלמנה יכולה לומר בשעת החלוקה שהיא טטול בראש כפי מה שלקח החי יותר ממנה, מאחר שנשאו ונתנו סתם, כפי מה שנהגו בחייהם עשו. וכן אם ויתרו הקהל במס חלק האלמנה, אין השני יוכל לומר שתחלק עמו הריוח ההוא, מאחר שלא התנה ועסק סתמא, מה שויתרו לאלמנה זכתה בו (טור בשם הרא"ש כלל פ"ח סימן ד').

1. שותף שמת - בטלה השותפות, ואפי' אם התנו לזמן קבוע ומת קודם הזמן. דיכול לומר ליורשים: 'אי אפשרי שתעשה מלאכתי ודוקא עם אביך נשתתפתי. כ"כ הרמב"ם (הל' שותפין פ"ה, הי"א), וכן דעת הרא"ש, הרשב"א והרמב"ן, וכן נראית דעת הרי"ף. ודלא כמהר"ם (הובא במרדכי פרק המקבל) שאם היורשים הם האשה או הבנים - לא בטלה השותפות, דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד'.

למדו כן מב"מ קט. "רב יוסף הוה ליה ההוא שתלא, שכבי ושבק חמשה חתנוותא. אמר: עד האידנא - חד, השתא - חמשה. עד האידנא לא הוו סמכו אהדדי ולא מפסדו לי, השתא חמשה, סמכו אהדדי ומפסדו לי. אמר להו: אי שקליתו שבחייכו ומסתלקיתו - מוטב, ואי לא - מסליקנא לכו בלא שבחא. דאמר רב יהודה, ואיתימא רב הונא, ואיתימא רב נחמן: האי שתלא דשכיב - יורשים דיליה מסתלקין להו בלא שבחא. ולא מילתא היא". וכתב הרא"ש דהא דאמירן 'לאו מילתא היא' היינו רק לגבי שאין יכול לסלק את היורשים בלא שבח, אולם אם נותן להם את השבח שהשביח אביהן - יכול לסלקם. ואין זה דומה לדינו של רבא "הניח להן אביהן פרה שאולה - משתמשין בה כל ימי שאלתה" (כתובות לד:), דשאני התם ששואל כל הנאה שלו, וזכה בה אביהן לכל אותו הזמן, והם ירשו את זכותו; אולם, הכא יכול הנותן לומר להם: לא השתתפתי אלא עם אביכם, כיון שהוא בקי בעסק הזה וכדו', ועמכם איני רוצה להשתתף. ורב יוסף שרצה לסלק רק משום שהיו חמישה, משום מידת חסידות הוא דעבד הכי; אך אפי' אם היה רק יורש אי - היה יכול לסלקו.

הסמ"ע הוסיף שגם היורשים יכולים לבטל השותפות, ולומר לו אבינו נשתתף עמך אך אנו אין דעתנו נוחה להיות שותפין עמך.

הנתיבות כתב שאע"פ שבטלה השותפות, אם עסק השותף הנוטר בסתם לאחר מיתת חברו - הריוח לאמצע, דסתמא אדעתא דשותפות עבד. אלא שנוטל שכר טרחא כאריס. אא"כ המת הוא אחיו, שאינו נוטל שכר טרחא כדלקמן.

כתב הש"ך שאם השתתפו באורנדי (בית מזיגה) וריחיים, אינו יכול לדחות את היתומים. וביאר הנתיבות הטעם שהיו דבר שאין בו דין חלוקה, ואינו יכול לעשות רווחים בשל חברו, אלא יכול לומר להם: גוד או אגוד.

2. וכן ג' שקבלו עסקא מאחד, ומת אי' מהן - בטלה העסקא. צ"ע מה הרבנותא בדין זה?

3. שותף שחלה או נאנס - אין חברו צריך לחלוק עמו בריוח, שהרי הוא לא עסק בשותפות. אולם, אם מחמת השותפות אירע לו אונס זה - נוטל בריוח. ואם יש מנהג בין השותפין - יעשו כמנהג. כתב הנתיבות שהכוונה שהשותף יכול לחלוק בפני ב"ד, ולהמשיך ולעסוק רק בחלקו לבד. אולם, אם הוא עוסק בכל ממון השותפות - הריוח לאמצע, דאינו בדין שיעשה סחורה בפרתו של חברו.

4. ג' אנשים שהשתתפו עם אשה, והיא ויתרה מחמת שאינה יכולה לצאת ולבוא, אם פשע האחד ולא עסק ואינו נוטל בריוח, הריוח לאשה לפי חלקה דהיינו שהיא זוכה חזרה בשליש ממה שויתרה, דאין דומים שנים העוסקים בשותפות לשלשה, ולכן לא אמרינן שמה שויתרה - ויתרה לכולם, אלא ויתרה לפי ערך.

5. אחין שהיו שותפים ומת אחד מהם, כפי מה שהיו ניזונים קודם לכן, כן יזונו עתה. כלומר אם קודם לכן לא הקפידו כל אי' על הוצאות חברו, כך גם עתה ואין האלמנה יכולה לטעון שהיא טיטול כנגד הוצאות השותף החי; אא"כ התנתה עמו מתחילה. או שמתחילה היו נוהגים להקפיד שלא להוציא האחד יותר מחברו.

6. 'דרך אחין השותפין אם נפטר אחד מהם - הנשאר טורח בכל הממון עבור יתומי אחיו ואלמנתו', כן לשון הרא"ש, ולכן אין יכול החי לטעון שהוא רוצה לקחת מחצה מהריוחים שהגיעו לאלמנה לפי שטרך עבורה; אא"כ יתנה עמה מראש שאינו מתעסק עבורה אלא אם תיתן לו בריוח.

סעיף כ

היה להם חוב אצל אחרים, אינו יכול לומר לחבירו: לא נחלק עד שנגבה כל חוב שיש לנו, אלא חולקים, וכשיפרעו החובות יטול כל אחד חלקו. הגה: או יכולין לחלוק השטרות בשומת בית דין או בגוד או אגוד, ואם נתקלקל אחר כך החוב של אי', מזל רע ידידה גרם (טור

בשם הרא"ש). ועיין לעיל (סימן ס"ז סעיף מ"א). היה עליהם חוב לאחד, אם פירשו שאינם אחראים זה לזה, חולקים, וכשיגיע זמן החוב לפרוע יתן כל אחד חלקו. ואם לאו, כל אחד מהם מעכב לחלוק עד שיגיע זמן השטר, מפני שיאמר לחבירו: הואיל וכל אחד ממנו חייב לשלם כל השטר נשא ונתן בדמים אלו עד שיגיע הזמן.

1. כשבאים לחלוק, ויש להם חובות אצל אחרים - אין מעכבים החלוקה, אלא חולקים מה שיש עכשיו, וכשיגבו החובות יחלקו את דמיהם; או שיחלקו השטרות בשומת בי"ד, או בגוד או אגוד. ואם אח"כ יפסד חובו של א' מהם - מזלו גרם. כ"כ הרמב"ם (הל' שותפין פ"ד ה"ד), וכ"כ בשו"ת הרא"ש (כלל צח סי' ז). הב"י הבין בתחילה שיש מח' ביניהם, דלהרמב"ם אין חולקים החובות כלל, אלא לכשיפרע יחלקו דמיו; ולהרא"ש חולקין השטרות בשומא; וכן הבין הסמ"ע. אמנם, בבדק הבית חזר בו, וכתב שמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי.

כתב התיבות, דדוקא בחובות שהגיע כבר זמן הפרעון ועדיין לא נפרעו, דדמי לסחורה שאין זמן ידוע למכירתה - שיכולין לחלוק אימתי שירצו. אולם, אם עדיין לא הגיע זמן הפרעון, יכול לעכב שלא יחלקו עד שיגיע זמן השטר, דדמי לסחורה שיש זמן ידוע למכירתה שאינו יכול לחלוק עד שיגיע הזמן. והטעם שכיון שהלוו לזמן ארוך יותר מהשטרות, הרי זה כאילו התנו ביניהם שהשטרות תימשך עד אותו הזמן. ולעני"ד צ"ע, כי מפשט דברי המחבר, והרמב"ם והרא"ש שהם מקור דין זה, שסתמו משמע שמיידי בכל עניין, ואף כשלא הגיע זמן הפרעון עדיין. ולא דמי לסחורה שיש זמן ידוע למכירתה, דשם הטעם שאם נחלוק עכשיו נפסיד, שהרי אם נמכור את הסחורה עכשיו - נקבל מחיר נמוך; אולם, אצלנו אם ירצו יכולים להשאיר את החובות בשטרות עד שיגיע הזמן, ורק אז לגבותם, ולא יפסידו כלום; וא"כ לא דמי כלל לסחורה שלא הגיע זמנה!! ועוד, אף הטעם שכתב שהיו כאילו האריכו את השטרות עד זמן פלוני, זה נכון רק לגבי ממון ההלוואה, שאת השטרות באותו ממון האריכו עד זמן פרעון החוב, אך לא את שאר ממון השטרות!! ולא דמי לדברי הט"ז, כיון שהוא מיידי כשלוו ממון לצורך השטרות, וא"כ ודאי מכך שהאריכו את זמן הפרעון, מוכח שהתכוונו להתעסק בשטרות עד אותו הזמן; אולם הכא מיידי שהלוו לאחרים, ואין הוכחה שהתכוונו להאריך את זמן השטרות אף בשאר הממון. וה' יאיר עינינו.

מבואר ברמ"א שאף בשט"ח אמרינן 'גוד או אגוד' ואע"פ שעתידין לבסוף לגבות מעותיהן, ובסי' קעא, יד כתב הרמ"א שיי"א שאין בכה"ג דין גוד או אגוד!! כן הקשה בסמ"ע.

2. אם הם חייבים לאחרים ולא הגיע זמן הפרעון, סמ"ע:

א. אם פירשו בהדיא שאין להם אחריות א' כלפי השני - חולקים, וכשיגיע הזמן יפרע כל א' חלקו דכיון שהגיע זמן החלוקה, שוב אין האחד מחויב לעשות כלום לטובת חברו.

ב. אם לא פירשו, יכול הא' לעכב על חברו מלחלוק, עד שיגיע זמן הפרעון. שהרי אם לחברו לא יהיה ממון באותה שעה, המלוה יחזור עליו לפרוע כל החוב, ולכן הוא יכול לעכב עליו מלחלוק; סמ"ע. והט"ז כתב דכיון שלוו לזמן ארוך יותר מזמן השטרות, מוכח שהתכוונו להאריך השטרות ביניהם.

סעיף כא

אמר ליה חבירו: נחלוק וטול אתה דמים כנגד כל השטר ועשה בהם סחורה לעצמך ושלם כל השטר בזמנו, יש לו לעכב עדיין ולומר: שמא אפסיד והשנים יותר מרויחים מהאחד.

כאשר הם חייבים לאחרים, והא' ערב על חברו, אינו יכול לומר: נחלוק, ואתן לך דמים כנגד השטר, כדי שתוכל לשלמו בזמנו; דיכול חברו לומר 'מזלא דבי תרי עדיף'. כ"כ הרמב"ם הנ"ל, ולמד כן מדברי רבא בב"מ קה. שהבאנו לעיל.

כב-כג דיני הנותן והמקבל עסקא

סעיף כב

הנותן מעות לחבירו לילך למדינה פלונית לסחורה, או לקנות לו פירות בסחורה, או לישב בחנות, אינו יכול לחזור בו ולהחזיר הממון מיד השותף, עד שילך למקום שהתנו ויחזור, או עד שיקנו אותם הפירות וימכרו, או עד שישב בחנות, שזה כמי שקבע זמן הוא.

הנותן מעות לחברו לילך ולסחור במעותיו, או לקנות לו סחורה במקום פלוני, אינו יכול לחזור בו עד שיתקיים התנאי, כגון שאם נתן לו ע"מ שילך למקום פלוני וימכור, אינו יכול לחזור עד שילך חברו לשם ויחזור. שהרי זה כשותפין שקבעו זמן. כ"כ הרמב"ם (פ"ד ה"ה) והרא"ש.

סעיף כג

המקבל עסק מחבירו לזמן קצוב, המקבל יכול לחזור בו כדין פועל שחוזר בו אפילו בחצי היום, אבל הנותן אינו יכול לחזור בו. (מה שאין כן בשותפין שקבעו זמן (בית יוסף), וכמו שנתבאר לעיל סעיף ט"ו).

1. המקבל עסקא מחברו לזמן, המקבל יכול לחזור בו כדין פועל, והנותן אינו יכול לחזור בו. כ"כ הרא"ש (ב"מ פרק ט סימן ט), שלמקבל יש דין פועל שיכול לחזור בו אפי' בחצי היום, אך הנותן אינו יכול לחזור בו דפלא מלוח, ואף הפלגא פקדון משועבד למלוח.

הב"י למד שהרמב"ם (הובא בסעי' טו) שכתב ששותפין שקבעו זמן אינם יכולים לחזור בהם, **חולק על הרא"ש הנ"ל**; דלדעת הרא"ש גם שותפין הם פועלים א' של השני, ואילו לדעת הרמב"ם ששותפים אינם פועלים, א"כ גם בעסקא אין על המקבל דין פועל. נראה מדבריו שהבין, שגם בעסקא יש דין שותפין, שהנותן והמקבל הם שני שותפים. ולכן התקשה על הטור מדוע לא כתב שיש בדין זה מח' רמב"ם טור!! **אולם, בבדק הבית חזר בו, וכתב שיש לחלק בין שותפין לעסקא**, דבשותפין אין עליהם דין פועל, **ונראה הטעם כמו שביאר הסמ"ע שא"א לא עבד של חברו**, אע"פ ששניהם משועבדים זה לזה. **מה שאין כן בעסקא**, שכיון שרק המקבל מחוייב לעבוד, וחברו רק הביא את הממון, **א"כ מקבל העסקא הוא בתורת פועל של הנותן**, והוא מוגדר כעבד שלו, ולכן הוא יכול לחזור בו אפי' בחצי היום, ואף הרמב"ם מודה לדין זה. **וכן פסק כאן בשו"ע בלא חולק.**

ב' שקבלו עסקא מאדם שלישי? סמ"ע - רק אם שניהם רוצים לחזור בהם יכולים, אך אם א' רוצה לחזור בו, אינו יכול כיון שחברו מעכב עליו שהרי הוא משועבד כלפיו; אולם אם שניהם רוצים לחזור בהם - אין הנותן יכול לעכב שהרי כלפיו יש להם דין עבד. **לענ"ד היה נראה**, שאפי' אם רק א' רוצה להפסיק לעבוד - יכול לחזור בו. ואע"פ שאמרה הגמ' (ב"מ קה.) שאינו יכול לחזור בו, ד'מזלא דבי תרי עדיף, היינו כשהוא לא רוצה להפסיק לעבוד, אלא כשהוא רוצה להפסיק להיות שותף של חברו, וקמ"ל שחברו מעכב עליו שלא יפרד ממנו; אולם, ודאי שאם הוא רוצה להפסיק לעבוד הוא יכול, שהרי 'עבדי הם ולא עבדים לעבדים'.

כד-כו שותפים שתובעים לדין אחר

דינים אלו נתבארו בהרחבה בסימן קכב

סעיף כד

שני שותפים שיש להם תביעה על אחד, ותבעו אחד מהם ויצא השותף חייב, אם היה על עסק שבועה שהיה חייב לו ונשבע לו, אין שותף שני יכול לתבעו בשבועה, דשבועה לאחד שבועה למאה.

סעיף כה

היה להם תביעת ממון עליו ויצא השותף חייב, אם לא היה שותפו בעיר יכול לתבעו פעם אחרת. (וקטן כמאן דליתא בעיר דמי. ו"א דה"ה אשה) (נ"י בשם הריטב"א). היה בעיר, אינו יכול לתבעו.

הגה: ודוקא כשהן התובעין, אבל כשהן נתבעין ואחד טען, אינו מזיק לחבירו כלל, הואיל ולא צוהו לטעון ולדון בשבילו. ובני העיר בענייני צרכי העיר הם כשותפין, ואם אחד מהם תבע לאחר כולו יודעין באותו תביעה ואינן יכולין לחזור ולטעון (מרדכי פ' מי שהיה נשוי).

1. שותפים שיש להם תביעה על אחד, ותבעו אחד מהשותפים והפסיד בדין :

א. אם מדובר בתביעת שבועה, והנתבע נשבע ונפטר, אין השני יכול לתבעו שוב - דשבועה לאחד שבועה למאה.

ב. אם מדובר בתביעת ממון :

אם השותף השני לא היה בעיר בשעת התביעה - יכול לתבעו פעם נוספת דיכול לומר "אילו אנא הואי, טעיננא טפיי".

אך אם הוא היה בעיר - אינו יכול לתבעו שנית, דמדלא בא הפסיד. קטן כמאן דליתא בעיר דמי. ואשה: הריטב"א - כמאן דליתא בעיר. רמ"א וש"ך - אשה כאיש דמי.

כתובות צד. "אמר רב הונא: הני תרי אחי ותרי שותפי דאית להו דינא בהדי חד, ואזל חד מינייהו בהדיה לדינא, לא מצי אידך למימר ליה את לאו בעל דברים ידידי את, אלא שליחותיה עבד. אקלע ר"נ לסורא, שיילוהי: כי האי גוונא מאי? אמר להו, מתני' היא: הראשונה נשבעת לשניה, ושניה לשלישית, ושלישית לרביעית, ואילו ראשונה לשלישית לא קתני, מאי טעמא? לאו משום דשליחותה עבדה. מי דמי? **התם שבועה לאחד ושבועה למאה, הכא אמר: אילו אנא הואי, טעיננא טפי.** ולא אמרן אלא דלא איתיה במתא, אבל איתיה במתא איבעי ליה למיתיי".

פסק כאן כשיטת הרא"ש והטור, **וכבר נתבאר בסי' קכב סעיף ט שהרמב"ם חולק וסובר שכשהיה בעיר בכל ענין אינו יכול לתבעו שנית. וכן הכריע שם הש"ך לדינא, ועיין בסיכומנו שם דנתבארו הדברים היטב.**

2. כל זה דווקא כשהשותפים הם התובעים, אך כשהאחר תבע את שותפו והשותף הפסיד - בכל ענין יכול השני לרדת עמו לדין שוב, כ"כ הבית יוסף בסי' קכב (ט): "וכתב עוד (מרדכי שם וסי' רמב) וזה לשונו הנהו תרי שותפי כתב ראבי"ה מקובלני מפי השמועה ומפי אבא מארי ומריב"א הא דנקט תרי שותפי דאית להו דינא דוקא כשהשותפין תובעין אבל לא כשהם נתבעים, כי יאמר מה ששתקתי כי אמרתי מי יתן שלא היה תובע אותי לעולם לדין. וכן מצאתי שפסק ריב"א בתשובתו, אביאסוף".

3. בני העיר בצרכי העיר הרי הם כשותפין, ואם אחד מהם תבע לאחר וכולם יודעים מזה - אינן יכולים לחזור ולטעון.

סעיף כו

בד"א, שלא נתחייב השותף מתוך טענותיו. אבל נתחייב מתוך טענותיו, כגון שהודה או שאמר: אין לי ראייה, לא הפסיד שותפו בהודאתו ואם יש לו ראייה יביא. וגם צריך להיות שאינו יכול לשנות בטענה ממה שטוען הראשון, לפיכך חשבינן ליה כאלו ירד כבר לדין וכותבים עליו פסק דין ויורדים לנכסיו, ואינו יכול לדחות ולומר שימתינו לו עד שירד לדין, וגם אינו יכול לומר: אם הייתי שם הייתי בודק בעדים עד שיהיו מוכחשים. אבל אם יכול לשנות, שומעין לו אף על פי שהיה בעיר. וי"א שאם לא היה בעיר שיכול לתבעו, יכול להחרים עליו שלא ידע שירד שותפו עמו לדין.

1. כל חילוקי דינים שבסעיף הקודם נכונים רק כאשר אין לשני יכולת לשנות הטענות, אך כשהשני יכול לטעון טענות אחרות - בכל ענין יכול לחזור ולטעון, דיכול לומר 'לתקוני שדרתיה ולא לעיוותי'; סמ"ע.

דין זה כתבו הרא"ש שם בסימן יב: "ומיהו אם האחד סתם טענותיו ואמר אין לי עדים ואין לי ראייה, והשני מצא עדים או ראייה - לא הפסיד בטענת הראשון. וכן אם הודה הראשון והפסיד בהודאתו, לא יפסיד השני בהודאת הראשון אם הוא כופר, ולא אמרינן דהפסיד במה שלא בא אלא בדבר שאין יכול לשנות בטענתו ממה שטען הראשון". וכבר הזכרנו בסעי' הקודם שהרמב"ם חולק ודעתו דדוקא כשלא היה בעיר יכול לשנות בכה"ג, אך כשהיה בעיר אינו יכול לשנות בכל ענין; וכן פסק השו"ע בסי' קכב, ט.

2. כשאין השני יכול לדון עם הנתבע שוב, חשבינן ליה כאילו הוא עצמו עמד בדין, וכותבין עליו פסק דין ויורדים לנכסיו מיד. כ"כ הרא"ש הנ"ל: "ונפקא מינה שבי"ד יורדין לנכסיו ואינו יכול לדחות עצמו עד שירד עמו לדין שכתבו פסק דין עליו כאילו כבר ירד לדין".

3. י"א שאם לא היה בעיר שיכול לתבעו שנית, יכול הנתבע להחרים עליו שלא ידע שירד שותפו עמו לדין. אולם, כאשר משנה טענותיו אין יכול להחרים, סמ"ע. שהרי אע"פ שידע ועשה הראשון בשליחותו, יכול לומר 'לתקוני שדרתיה ולא לעיוותי'.

סעיף כז

שנים שהלוו או שהפקידו לאחד, ובא אחד מהם ליטול חלקו או ליטול הכל, נתבאר בסוף סימן ע"ז. ואם אחד לזה משנים בשטר אחד, ונכתב בשם אחד, יתבאר בסימן זה. (וכן שותפין שלזה אחד מהן לצורך השותפות, אם חבירו חייב לשלם ע"ל סימן ע"ז סעיף ב').

סעיף כח

שנים שהן שותפין בחוב אחד שחייב להם עובד כוכבים, וגבה אחד מהם מקצתו ורוצה לעכבו לעצמו ואומר לחבירו: לך וקח חלקך מהעובד כוכבים, אין שומעין לו.

ואם השר כעס על אחד מהם ואמר לחבירו: חלקך אסייע שיפרע ובחלק האחר לא אסייע, אם אמר זה: לעצמי אני מציל, הציל לעצמו. והוא הדין אם שנים יש להם חוב מקולקל וצריך ליתן שוחד להצילו, והאחד אינו רוצה ליתן, יכול חבירו לומר: אני אוציא שוחד חלקי ואציל לעצמי. הגה: וכן בכל מקום דאיכא פסידא יכול א' לחלוק בלא דעת חבירו ולהציל לעצמו. (מרדכי פרק הגוזל בתרא והגהות מיימוני פ"ד דשותפין). וכן השותפין שהיה להן חוב אצל עובד כוכבים אלה, ואחד פייסו ליתן לו חלקו, אם אמר: לעצמי אני מציל, הרי הוא שלו לבד (תשובת רשב"א סימן אלף ס"ג). ועיין לקמן סימן קפ"א סעיף ב'.

1. אם גבה אחד חלק מהחוב, אינו יכול לומר לחברו: גביתי רק את חלקי, ולך וקח חלקך. אלא הכל מתחלק בין שניהם.

ב"ק קטז: "ת"ר: שירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה, ועמד אחד מהן והציל - הציל לאמצע, ואם אמר אני אציל לעצמי - הציל לעצמו. היכי דמי? אי דיכול להציל, אפילו סיפא נמי לאמצע! ואי דלא יכול להציל, אפילו רישא נמי לעצמו! אמר רמי בר חמא: הכא בשותפין עסקינן, וכגון זה שותף חולק שלא לדעת חבירו, אמר - פליג, לא אמר - לא פליג". ופירש"י: "**הכא בשותף** - ובין יכולים להציל ובין אין יכולין להציל. **וכגון זה** - במקום איבוד ממון. **שותף חולק** - ואפי' לא ירצה חבירו. **אמר פליג** - ומעכב חלקו את מה שהציל. **לא אמר לא פליג** - ושפיר עבד דמסר נפשי אעיסקא דתרוייהו הואיל והוא שותף עמו אורחיה למטרם אכולה עיסקא". מבואר בדבריו שדווקא במקום איבוד ממון, יכול השותף לחלוק בלא דעת חברו ולהציל רק לעצמו; אולם במקום שאין בו איבוד ממון, כל מה שמציל - מציל לאמצע, ואפי' אמר בפירוש 'אני מציל לעצמי' לא מהני. וכן מוכח בב"מ קח. שאינו יכול לחלוק בטענה 'מזל דבי תרי עדיף'. וכתב המרדכי (ב"מ שצב): "וכ"ש דלא כל הימנו ליקח חלקו ולהסמיך את חבירו על קרן הצבי על העובדי כוכבים אשר פיהם דבר שוא".

2. במקום שהחוב נפסד - יכול א' לחלוק בלא דעת חברו ולומר 'לעצמי אני מציל', ומה שמציל - מציל לעצמו. נלמד כן מהגמ' בב"ק הנ"ל, שבמקום פסידא יכול לומר לעצמי אני מציל.

האם צריך לומר כן בפני ג' סמ"ע - כן, דומיא דשותף שחולק בלא דעת חברו. ש"ך, ט"ז - לא, אלא סגי שיאמר בינו לעצמו במיגו, וכשאינו לו מיגו צריך עדים.

3. כתב התיבנות דדוקא במקום שהחוב נפסד כגון שהוא אלם וכדו', אולם במקום שאין ללוה ממון אלא כדי מחצית החוב, אינו יכול לומר 'לעצמי אני מציל' ולקחת הכל לעצמו, אלא חולקים בשווה. דבכה"ג אין זה קרוי פסידא, אלא שהחוב שווה רק כדי מחצית החוב. אולם כשיש לו אך אינו רוצה לשלם, אי"כ החוב שווה בשלימות אלא שצריך טרחא להוציאו, וא"כ אינו מחוייב לטרוח עבורו, אלא בא וטרח והצל לעצמו.

שטר שנכתב ע"ש אחד מהם לבדו - אינו יכול לומר לעצמי אני מציל, שהרי חברו לא יוכל להוציא כלום.

4. אם יש חוב מקולקל שצריך ליתן שוחד כדי להצילו, אם השני אינו רוצה ליתן שוחד - יכול האחד ליתן ולהציל חלקו לעצמו דאינו מחוייב לטרוח עבור חברו. אולם, אם השני רוצה ליתן, וא"א להציל ע"י שוחד יותר מחצי - אין יכול הראשון לומר אציל רק לעצמי. ובהכי מדוייק לשון השו"ע "וחברו אינו רוצה ליתן".

סעיף כט

שותף התובע מחבירו כדי יין של שותפות, ואמר: כל אותם שיש בהם סימן שלי הם שלי, יכול האחר לומר: אשתקד היו אותם חביות [שלך] עכשיו הם שלי.

1. שותף התובע מחבירו כדי יין של שותפות, ואומר כל אלה שיש בהם סימן פלוני הם שלי, יכול חברו לומר לו: אשתקד היה בהם יין שלך, והשנה היין שבהם שלי. **כ"ב רבינו ירוחם** (נכ"ז ח"ב), ומקורו מירושלמי מעשר שני (פ"ד ה"ו): "כהדא דר' יונה ורבי יוסי הוון שותפין בגרביה כד דמך רבי יונה אמר רבי מנא לרבי יוסי כל גרב דכתיב ביה ר' יונה דידך. אמר ליה אשתקד הוה דידך אישתדא דידך". כדברי ר' יוסי במשנה שם: "א"ר יוסי: אפילו מצא חבית והיא מליאה פירות וכתוב עליה תרומה - הרי אלו חולין, שאני אומר אשתקד היתה מליאה פירות תרומה ופינה".

סעיף ל

ראובן ושמעון שנשתתפו, ונטל אחד מהם מהממון ונשתתף עם לוי, הרי חבירו משביע ללוי, ולא מצי למימר; לאו בעל דברים ידידי את. וכל שכן אם נתן ראובן לשמעון ממון בתורת עסקא, ונתן מהממון ללוי בעסקא, שמשביע ראובן ללוי שבועת השותפין. ואם שמעון השביע ללוי, שבועה לאחד שבועה למאה.

ואפילו פטר ראובן את שמעון משבועה, או פטר שמעון את לוי משבועה, עדיין ראובן משביע את לוי אלא אם כן פטר גם את באי כחו.

1. שנים שנשתתפו, והלך א' מהם ושיתף אדם שלישי עמם בעסק, יכול הראשון להשביע לשלישי שבועת השותפין שלא הרויח יותר, ואינו יכול לומר לו: "לאו בעל דברים ידידי את".

וכל שכן, א' שנתן עסקא לחברו, והלך המקבל ונתן חלק מהממון לאחר, שיכול הראשון להשביע לשלישי שהרי בעסקא הממון הוא של הנותן ולא של המקבל, לעומת שותפין שהממון של שניהם וא"כ הו"א שיוכל השלישי לומר לראשון 'לאו בעל דברים ידידי את' כיון שאני קיבלתי רק ממונו של השני.

כיצד הלך השני ושיתף אחר עם בשותפות? הרי למדנו בסע' י' שאסור לו לשיתף אחרים עמם? סמ"ע – עבר ושיתף, ואפ"ה הריח לאמצע. ט"ז – מיירי ששיתפו ברשות חברו, וכאן אנו עוסקים בשאלה האם יכול ראובן להשביעו.

2. אם השני השביע כבר לשלישי, אין הראשון יכול להשביעו שוב, דשבועה לאחד שבועה למאה. כמו שנתבאר בסעיף כד.

3. אם פטר ראובן את שמעון משבועה, אך שמעון לא פטר את לוי; או שראובן לא פטר את שמעון, אך שמעון פטר את לוי: יכול ראובן להשביע ללוי. אא"כ ראובן פטר את שמעון ואת כל הבאים מכוחו.

4. אם ראובן פטר את שמעון, ושמעון פטר את לוי: סמ"ע – אין ראובן יכול להשביע ללוי. אע"פ שלכתחילה אין שמעון יכול לצרף ללוי, אך אם עבר ועשה נוטל ראובן בריוח, וכיון שהתראה ראובן למעשה שמעון (שהרי נוטל ריוח) א"כ נתרצה גם למחילתו על השבועה. **וביאר הנהיבות** שכיון שלוי לא הסכים להתעסק ולהרויח אלא ע"ד שיפטר משבועה, א"כ הריוח תלוי בשבועה. וכיון שהתרצית לקחת את הריוח, התרצית לפטור משבועה (כיון שאם לא היה מוחל לו על השבועה, לא היה מסכים להשתתף ולהביא רווחים). ש"ך – יכול להשביעו, דמה בכך ששמעון פטרו, הרי אין בכח שמעון לפטור את החיובים שכלפי ראובן.

ט"ז: בדברי השו"ע יש ט"ס ומדובר רק כשמעון לא פטר את לוי מהשבועה, אך אם שמעון פטר ללוי – אין ראובן יכול להשביעו. שהרי לוי לא הסכים להכנס לשותפות אלא ע"ד שלא יצטרך להשבע.

סעיף לא

שנים שלוו מאחד, ערבים זה לזה; והילכך אם מת אחד מהם או העני או כפר אחד והודה אחד, אותו שהודה מתחייב בכל, ואין מקבלים עדותו על חבירו. וכן מי שהודה לאחד מהשותפין, או פרע לאחד מהם, כאילו הודה ופרע לשותפו.

1. שנים שלוו מאחד, הם ערבים אחד בעבור חברו. לכן, אם אין הא' משלם חלקו כגון שמת או העני או שכפר, חייב חברו לשלם את כל החוב. ואין מקבלים הודאתו של הא' לחוב לחברו.

2. המודה לא' מהשותפים או שפרע לו, כאילו הודה ופרע גם לשותפו. ואם פרע לא' חצי מהממון והלך, צריכים לחלוק ביניהם בשווה, דידו כיד חברו דמי; סמ"ע.

דינים אלו נתבארו באורך בסי' עז.

סעיף לב

אם טען אחד מהשותפין דבר שהוא חובה לו ולחבירו, נאמן כעד אחד לחייב לשותפו שבועה דאורייתא.

א' מהשותפין שטען דבר שמחייב אותו ואת חברו, נאמן כעד א' להשביעו. לכאור' קשה, הרי בסעיף הקודם כתב שאין מקבלים עדותו על חברו (כשחברו כופר), והיינו אפי' להשביעו שבועה דאורי'! לכן כתב הסמ"ע שהכוונה כאן שהתחייבו בשטר א', כל א' סך ממון בפני עצמו (ונמצא שאינם שותפים שהלוואה זו, ואינם נוגעים בעדותם), ולכן נאמן השותף לומר שהשטר עדיין בתוקפו כמבואר בסימן עז סעי' ה.

סעיף לג

שני שותפים שמת אחד מהם ולא נשבע, או שאחד מהם חשוד, ישבע האחר.

סעיף לד

אחד שלוח משנים בשטר אחד, אם בא אחד מהם ותבע החוב כולו, חייב לשלם לו על הדרך שנתבאר בסוף סימן ע"ז. ואם נכתב השטר בשם אחד, ובא זה שנכתב על שמו ותבע הכל, חייב לפרעו. אבל אם אותו שלא נכתב על שמו תובע אפילו מקצת, אין שומעין לו.

1. א' שלוח משניים בשטר אחד, ובא א' מהם ותבע כל החוב - חייב לשלם לו. שהרי הם כשותפים בחוב זה; כ"כ הרשב"א בתשובה (ח"א, סי' א' פ"ב).

2. אולם, אם נכתב השטר רק על שם אחד מהמלוים, אינו חייב לשלם אלא למי שהשטר כתוב על שמו, דיכול לומר לו: לא התחייבתי לך כלום, כיון שהשני נח לי והשני קשה הימנו, ולכן כתבנו השטר רק עליו.

סעיף לה

שני אחים או שלשה שיש להם דין עם אחד, אינו יכול לומר: יבא אחד מכם ויטעון בעד כולכם.

כמה אחין שיש להם דין עם אחר, אינו יכול לומר איני רוצה לדון עם כולכם אלא רק עם א' מכם, אלא יטענו כולם זה אחר זה; כ"כ המרדכי בכתובות רצט. ולמד כן מהגמ' שם צד. "הני תרי אחי או תרי שותפיי" שהובאה בסעי' כה; שאם הפסיד א' השותפין בדין יכול חברו לטעון 'אילו אנא הואי - טעיננא טפיי'.

סעיף לו

שנים שיש להם חוב בשותפות עם עובד כוכבים, ופרע קצת ומעכב השאר מפני שאומר שאחד מהם חייב לו כנגדו, והלה כופר, ההפסד על שניהם. הגה: ונראה לי דהוא הדין אם היה החייב ישראל, רק שחייב לישבע, מה שאין כן בעובד כוכבים דאפילו שבועה אין צריך, רק חרם בעלמא.

1. שותפין שחייב להם גוי, והוא מעכב חלק מפרעון החוב, בעבור שטוען שא' מהם חייב לו כנגדו והלה כופר - ההפסד על שניהם, ואפי' שבועה א"צ להשבע הנתבע לחברו. כ"כ ההגהות מיימוניות (הלי' מכירה פ"ט אות ד) וטעמם ע"פ הגמ' (בב"ב מה). דסתם גוי אנס הוא ותובע שלא כדין. אך כתב הרמ"א שיכול להטיל עליו חרם בעלמא.

2. אם התובע הוא ישראל - ההפסד על שניהם, כנ"ל.

האם בכה"ג יכול השותף להשביע לחברו? הרמ"א כתב שחייב שבועה, אך השי"ך פקפק בדין זה וכתב שמדובר כשתפס ממון שאינו ידוע שהוא של השותפות, ואע"פ ששניהם מודים שהוא של השותפות, אך יכול לטעון איני מאמינכם שהוא מהשותפות. אך ממון של השותפות - אינו רשאי לתפוס כלל, שהרי ע"י כך הוא מפסיד לשני שלא כדין, והשני אינו חייב לו כלום.

סעיף לז

ראובן ושמעון שותפים, וקנה שמעון בגדים מעובד כוכבים ומכרם ליהודי, ונתחייב היהודי לפרוע לעובד כוכבים לזמן פלוני, ונתחייב שמעון לעובד כוכבים בשטר שאם לא יפרענו היהודי לאותו זמן, שיפרענו הוא; ואחר כך חלקו ראובן ושמעון השותפות שביניהם, חייב ראובן לעשות שטר עליו לשמעון שאם יברר שמעון בעדים שלא פרע

היהודי לעובד כוכבים ויצטרך שמעון לפרוע לעובד כוכבים יפרע ראובן חלקו מכל שיבר שמעון בעדים שהוציא על עסק זה בהוצאות ובשוכד.

דין זה כתבו הרא"ש בתשובה (כלל פט סי' ח), וטעמו ששמעון עשה זאת לצורך השותפות, ומדובר שראובן לא היה שם באותה שעה, ולכן הוצרך שמעון לכתוב שטר רק עליו. ואילו היה ראובן שם היה נכתב השטר גם עליו, לכן הוא מחויב לכתוב שטר לשמעון, שאם יברר שמעון בעדים שהיהודי לא פרע - ישלם לו ראובן את חלקו. כתב בבדק הבית שהוא יכול לברר זאת ע"י עדים, שהיהודי הודה בפניהם שלא פרע לגוי.

מדוע צריך לברר בעדים שלוי לא פרע? בדברי הרא"ש מבואר שאם שמעון לא יוכיח שהעכו"ם גבה ממנו כדין, אז ראובן אינו חייב לשלם; וכך פסק השו"ע. **בבדק הבית התקשה בדיון זה**, שהרי גם אם העכו"ם גבה שלא כדין, סו"ס ראובן צריך לשלם שהרי האונס הזה הגיע מחמת השותפות!! **הסמ"ע הקשה בסי' קלא (ס"ק יד)** מדוע דין זה שונה מדין ערב לישראל שלוה מגוי, ששם מבואר שאע"פ שגבה הגוי מהערב שלא כדין, הלזה חייב לשלם לערב כיון שבגללו בא ההפסד לערב?!

הסמ"ע והקצות (שם) תירצו שיש הבדל בין המקרים: בסי' קלא מדובר שהגוי לא הסכים להלוות אא"כ הוא יכנס בתור ערב, ונמצא שעיקר סמיכת הגוי היא על הערב. ועוד שבדיניהם בטר ערבא אזיל, ותובעים את הערב תחילה. א"כ הלזה אשם שהוא לא הודיע לערב שכבר פרע לגוי, ושלא יפרעו פעם נוספת ונמצא שאיהו אפסיד אנפשיה, כיון שהערב אינו מחויב לברר האם הגוי כבר נפרע מהלוה או לא. אולם, אצלנו מדובר שעיקר העיסקה נעשתה מול לוי, אלא שהגוי רצה לתוספת ביטחון שיכנס שמעון ערב מולו. נמצא שעל שמעון מוטל לברר היטב קודם שהוא פורע לגוי, שבאמת החוב עדיין קיים והוא לא נפרע. ואם לא בירר ופרע, ואח"כ נמצא שהגוי תבעו שלא כדין - איהו דאפסיד אנפשיה, והפסד זה לא בא מחמת השותפות אלא מחמת פשיעתו, ואין מוטל על ראובן השותף להשתתף בו.

הנתיבות והט"ז הקשו על תירוץ זה ולא קיבלוהו. **הט"ז תירץ** שבסי' קלא מדובר שהערב לא ידע שהלוה כבר פרע, ולכן היה צריך לפרוע כדין, וממילא חייב הלזה לשלם לו את ההפסד שבא מחמתו. אולם, אצלנו מדובר אף כשמעון יודע שהישראל פרע את חובו לעכו"ם, אלא שהגוי בא ואנס אותו לשלם פעם נוספת, כלומר שבא עליו בעלילה - ובכה"ג אין השותף חייב לשלם לו, שהרי יכול לומר לו 'מזלך גרם' ואין זה מחמת השותפות.

אולם, הנתיבות חילק בין ערב לשותף: בב' המקרים מדובר אף כשהגוי אונס את הישראל בעלילה, אולם בערב כיון שהלוה רוצה לקבל את ההלוואה מהגוי, א"כ יש לנו אומדנא דמוכח שהוא מוכן לקבל על עצמו את הסיכון שאח"כ הגוי יבוא עליו בעלילה. אלא שהגוי אינו מוכן להלוות לו בלא ערב, ונמצא שהוא מוכן לקבל את הסיכון שהגוי יבוא בעלילה על הערב; ולכן הוא חייב לשלם לערב את כל ההפסדים שיבואו עליו מחמת הגוי. אולם, אצלנו אין אומדנא דמוכח שהוא היה מוכן להיכנס לעסקא הזאת עם הגוי, כשיש סיכון שהגוי יבוא עליהם אח"כ בעלילה, ולכן אינו מחויב לשלם אח"כ לשותפו את ההפסדים שיבואו עליו מחמת הגוי. אלא שחברו יכול לומר לו איני מוכן לתת לך חלק ברווח, אא"כ אתה תקבל עליך גם את ההפסדים שאולי יבואו מחמת זה; ואם לא - כל הרווח יהיה עלי.

סעיף לח

אם קנה שמעון סחורה מעובד כוכבים, והטעהו בחשבון ונתן דמי הטעות לשותפות, וירא שמא יזכור טעותו, וכן אם היו משכונות מאחרים וירא שיבא לו מזה הפסד, יודה ראובן בפני עדים שדמי הטעות ודמי המשכונות באו לשותפות, ויכתבו ויחתמו ויתנו ביד שמעון (ועיין לעיל סימן זה סעיף י"ב).

אולם, כאן אין ראובן מחויב לכתוב שטר לשמעון כבסעיף הקודם, כיון שכאן אף על שמעון אין שטר; משא"כ בסעיף הקודם שהגוי כתב שטר על שמעון. סמ"ע.

סעיף לט

אם לקח שמעון מעות מאחד להכניס בשותפות ויטול ריוח בכדי מעותיו, אף על פי שלא הודיע לראובן שותפו, יטול הלה חלקו בריוח, כמו שהתנה עמו.

אם צירף שמעון שותף לעסק - צריך ליתן לו ברווח כפי שהתנה עמו, ואע"פ שלא ידע ראובן מזה. דיש רשות לכל אחד לעשות מה שנראה לו שיביא תועלת לשותפות. טור בשם תשובת הרא"ש.

לכא"ו קשה, הרי בסעיף י למדנו שאין השותף רשאי לצרף אנשים אחרים לשותפות בלא דעת חברו!! **תירץ הט"ז** (בסעיף י) דשם מיירי שהוא נותן הסחורה בידם, ובכה"ג אסור שהרי 'אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר'; אולם, הכא מיירי שהשלישי רק משקיע כסף בשותפות שלנו, אך כל הסחורה נשארת ביד השותפים, ובכה"ג שרי. **והסכים עמו הנתיבות כאן**. צריך לומר גם שהוא לא יכול להתערב בהחלטות של השותפות, ולכן אין חברו יכול לעכב. אך אם הוא רוצה להוסיף שותף שיהיה לו השפעה ושליטה בשותפות - על כך פשיטא שחברו יכול לעכב; דלא גרע מאם מת אחד מהשותפים שהשותפות בטלה, כנלע"ד.

סעיף מ

בני כרך שקנו ספר תורה בששים דינר, והתנו שאם ילך אחד מהכרך להתיישב במקום אחר שהנשארים יתנו לו חלקו, ועתה רוצה אחד לצאת ושואל חלקו לפי מה שהוקרו הספרים, והנשארים אומרים שלא יתנו חלקו כי אם לפי מה שקנו בתחלה, הדין עם הנשארים.

הגה: ראובן ושמעון היה להם שותפות ביחד, והיה להן שטרות, ונתחייבו מס לקהל ולקחו הקהל השטרות בעד מס של ראובן, חייב לפרוע לשמעון חלקו, ולא יכול לומר: תנכה גם כן חלקך במס, כי מאחר שניכה מן השטרות ופרע בהן חובו צריך לשלם לשמעון, ולא יכול לפרוע בעד שמעון שלא ברצונו (הרא"ש כלל פ"ט סימן ט').

ראובן קנה סחורה והניח לשמעון ולוי ויהודה, לכל אחד רביעית לריוח ולהפסד, ואחר כך הפסידו בסחורה ארבע מאות, וחזרו בהם שמעון ולוי ונתנו לראובן שלש מאות, אם יהודה רוצה לחזור צריך ליתן מאה לראובן, דלא נשתתפו אלא על הריוח מן הסחורה אבל לא מה שיקנה אחד משותף חברו.

שותפין הרבה יחד, אין אחד יכול להסתלק רק מדעת כולן. (כלל הנ"ל סימן ט"ו).

מי שמקבל מחבירו סחורה להוליכה למקום אחר ולחלק בריח, ובתוך זמן (קודם) שמוליכה זל הסחורה בכאן, מחשב הסחורה לפי מה ששוה בשעה שמוליכה, ולא בשעה שקבלה (רבינו ירוחם נתיב כ"ז ח"א).

1. בני עיר שקנו יחד ס'ת, והתנו ביניהם שאם יעזוב א' את העיר - הנשארים יתנו לו חלקו חזרה. אם כשא' מהם עוזב נתייקר הס'ת והוא רוצה שישלמו לו חלקו כפי מה שנתייקר - אין צריכים ליתן לו אלא כפי השווי שהיה כשקנו בתחילה. כ"כ בתשובות מיימוניות (משפטים אות יח), וטעמו "שלא נתכוונו כ"א לחלקו המבורר באותה שעה, ולא שיעשו שומא אחרת". ולפי זה נראה דהוא הדין אם הוזלו דמי הס'ת, צריכים לשלם לו כפי מה שהיה שווה באותה שעה.

2. שותפים שהיו להם שטרות על אחרים, ועיכבו אותם הקהל בעד חוב המס של ראובן, חייב ראובן לשלם לשמעון חלקו אע"פ ששמעון חייב גם הוא לקהל, דכיון שפרע חובו בממון חברו חייב לשלם לו חלקו. כ"כ בתשובת הרא"ש, ומבואר שם שהיו השטרות כתובים על שם ראובן בלבד, אלא שראובן מודה שחציים שייך לשמעון.

3. ראובן קנה סחורה וכו' - מדובר שראובן הוא הבעלים והוא שיתף עמו עוד ג' אנשים, לכל א' הוא נתן חלק רק ברביעית מהממון. כמו כן, מדובר שהוא קנה סחורה ב"יב אלף, שהפסידה ועמדה על ח' מאות, ושמעון ולוי פחדו שיפסיד יותר ולכן כ"א מהם שילם ק"נ כדי להסתלק (מאה על ההפסד ועוד נ' כדי לפצות את ראובן שיסכים לקנות מהם את חלקם). אם גם יהודה ירצה להסתלק - הוא צריך לשלם את הק' שהפסיד חלקו, ואינו יכול לומר לראובן "אני רוצה להסתלק בלא לשלם כלום" כיון שבכך שכ"א הוסיף נ' הם כיסו לראובן את ההפסד. דכיון שהתשלום שלהם בא בגלל שרצו להיפרד, וליהודה אין יכולת לעכב עליהם מלהיפרד, אין לו שום שייכות לממון זה.

4. אם כמה נשתתפו מתחילה יחד בכל הממון, אין האחד יכול להסתלק אלא בהסכמת כולם. אולם, אם א' קנה את כל הממון, ואח"כ הלך ומכר לכמה בנ"א כל א' חלק קטן, הרוצה להיפרד אינו צריך לקבל אלא את רשותו של הראשון. כמו שראינו בדין הקודם. וכן משמעות תשובת הרא"ש הנ"ל (כלל פט, סעי' טו).

הש"ך ביאר שכוונת הרמ"א היא שדוקא כשהא' אינו רוצה אלא למכור חלקו לשאר השותפין, יכול א' מהם לעכב אף אם נתרצו השאר, דיכול לטעון שהוא חושש שאח"כ יבוא הפסד ונמצא שהפסידו יותר. אולם, אם השותף רוצה ליקח חלקו וללכת - רשאי, כמו שנתבאר בסעי' יח, שכאשר לא קבעו זמן כל זמן שירצה א' מהם יכול ללכת. **וכן ביאר הנהניבות** (נג) והוסיף שאפי' כאשר שאר השותפין מוכנים לחלוק ולקבל עליהם בין לשכר ובין להפסד - יכול האי' לעכב, מטעם שמחמת שהסחורה מרובה והמתעסקים נתמעטו, יהיה יותר הפסד. אולם, אם יקח חלקו וילך רשאי, שהרי כמו שמתמעטים המתעסקים - כך מתמעטת הסחורה.

אולם, לענ"ד פשט דברי הרא"ש בתשובה הנ"ל משמע שמדובר באופן שא' מהשותפין אינו יכול להסתלק, כיון שעדיין לא הגיע הזמן; ולא בא אלא לומר שדוקא כאשר כולם נשתתפו יחד מתחילה, יכול כל א' מהם לעכב על האי' מלהסתלק ולקחת חלקו קודם שיגיע הזמן. אולם, אם רק א' קנה הכל, ואח"כ שיתף עמו כמה אנשים כל אחד מהם בחלק אחר,

ממילא אם א' רוצה ליקח חלקו ולילך - אינו צריך לקבל אלא את רשותו של הראשון, ולא של השאר; שהרי הם אינם שותפים יחד, אלא כל א' וא' מהם שותף של הראשון בנפרד. וצ"ע.

5. המקבל מחברו סחורה כדי למוכרה במקום אחר ביוקר, ויחלקו ברווחים: אם הוזלה הסחורה כאן קודם שהלך - אינו חייב לשלם אלא כפי המחיר הוזל, ולא כפי המחיר שהיה בשעה שקיבל את הסחורה. כ"כ רבינו ירוחם (נכ"ז ח"א). והוא הדין להיפך, שאם התייקרה הסחורה, הולכים אחר המחיר בשעת הולכת הסחורה ולא בשעת קבלתה.

דעת הע"ש - דווקא כשקיבל הסחורה בסתם, אך אם קצב לו דמים, כגון שאמר 'קח אותה במאה זוז', חייב כפי שקצב. אך הסמ"ע חולק, וסובר שבכל ענין אינו משלם אלא כפי שעת הולכת הסחורה. וביאר הנתיבות טעמו שכיון שאסור לו למכור את הסחורה כאן, אלא הוא מחויב להוליכה לאותו מקום, א"כ העסקא אינה מתחילה אלא בשעת ההולכה. וא"כ החיוב מתחיל באותה שעה, וק"ל בסי' רח שמקח שנעשה באיסור (כגון בריבית) המקח קיים לפי שער ההיתר, וא"כ הוא הדין הכא. אלא שנשאר בצ"ע כיון שלפי הדין המבואר שם, אם פסק את המחיר קודם שהתפרסם השער, יכול הנותן לחזור בו, וא"כ הוא הדין הכא יוכל הנותן לחזור בו.

סעיף מא

ראובן ושמעון, בקש מהם עובד כוכבים להלוות לו סך מעות, ולוי בקש להשתתף עמהם בחוב, ונתרצו, וקדם ראובן ונתן מחלקו לעובד כוכבים ד' זקוקים וחצי, ואמר העובד כוכבים שלא היה צריך יותר, והלך ראובן ואמר לשמעון ולוי: אם תרצו לחלוק עמי בחוב תנו לי כל אחד חלקו בחוב, ושמעון נתן לו חלקו ולוי לא נתן לו, ונפטרו. אם כשתבע ראובן ללוי חלקו אמר: איני חפץ ליתן, הרי נעקר משותפותם. אבל אם אמר תדיר: הריני משלם, אף על גב דדחה אותו קצת, כיון דלא אטרחיה לב"ד קני רווחא וחייב ליתן ליורשיו.

1. דין זה הוא דווקא כשראובן התרצה ללוי שלא ישלם, שאל"כ חייב ליתן חלקו, שהרי בציוויו הלך ראובן והלוה לגוי. נתיבות.

2. הנתיבות הקשה, מדוע כאשר אמר לוי שאינו רוצה ליתן חלקו - נעקר משותפותם ואינו יכול לחזור בו? הרי לא עשו על כך קנין!! ותירץ שחלוקת שותפות אינה צריכה קנין, וכיון שנתרצה להסתלק היו כחלקו השותפות.

סעיף מב

ראובן ושמעון שהיו שותפים בחוב, וראובן קבל הערבות ותפשו השר, והוצרך ראובן לפטור החוב, כיון שבאונס היה פטור משמעון.

מדובר שהיו חייבים להם כסף, והשר תפס את ראובן ואנס אותו כדי למחול על החוב ללוה והערבים, ולכן אם ראובן נתפס רק על חוב זה - פטור מלשלם לשמעון, שהרי היה אנוס לכך.

סעיף מג

שותפים שיש להם חוב ביחד, ורצה האחד להתרחק ממקומו ולהוליך השטר עמו, חבירו יכול לעכב עליו שלא יוליך השטר (וכמו שנתבאר סי"ג ס' זה).

סעיף מד

אם אחד מהשותפים טען עסק השותפות על בהמתו או נתנו בחנותו בסתם, נוטל שכר בהמתו או חנותו תחלה ואח"כ יחלקו הריוח או ההפסד.

1. אם א' מהשותפין הוציא הוצאות בעבור השותפות, **כשבאים לחלוק נוטל דמי הוצאותיו** (כגון שכר בהמתו או חנותו), ואח"כ חולקים את הרווח או ההפסד.

2. האם נוטל גם **שכר טרחא**, כשטרח יותר מחברו? החת"ס - כן, וכתב שהחז"י חולק וס"ל שלא נוטל.

סעיף מה

אחד מהשותפין שלקח מסחורת השותפות, בעצת שותפו, להוליכה למקום אחר למכור, וכשבאו לחשבון רוצה ליטול מהשותפות הוצאות מזונותיו, אין שומעין לו אלא אם כן יש שם מנהג.

האם נוטל השותף הוצאות מזונותיו? השו"ע כתב שלא, והטעם ביאר הט"ז מפני שאף בביתו היה צריך להוציא על מזונותיו. וממילא, אם בגלל טרחתו בשותפות היה צריך להוציא יותר ממה שהיה מוציא בביתו - יכול ליטול גם דמי מזונותיו. וכן הסכים הנתיבות.

אולם, הסמ"ע ביאר שמדובר שהלך לאותו מקום גם לצורכו, ולכן אינו נוטל מזונות מהשותפות. אולם, אם הלך רק לצורך השותפות - נוטל מזונותיו מהשותפות. ונראה שאין מח', אלא הסמ"ע הבין שהליכתו גרמה לו להוציא יותר מזונות, ולכן כתב שרק בגלל שבלאו הכי היה הולך, אינו יכול ליטול מהשותפות.

סעיף מו

אחד מהאחים השותפים שיש בידו ממון, וטוען שהוא של אחרים, עליו להביא ראיה, כיון שאינו חלוק בעיסתו. ואם מת, על האחרים להביא ראיה שהם שלהם (ועיין לעיל ס' ס"ב נתבאר דין אלו).

1. אם השותף היה חלוק בעיסתו, דהיינו שלא היו שותפים במזונותיהם אלא כל אחד אוכל מממנו הפרטי, נאמן לטעון שממון זה שבידו אינו של השותפות אלא של אחרים; במיגו שיכל לומר שהוא שלו, כיון שקימץ מעיסתו וקיבץ לעצמו ממון.

2. אם אינו חלוק בעיסתו, אינו נאמן לטעון שהממון שבידו של אחרים, כמו שאינו נאמן לטעון שהוא שלו לבד ואינו של השותפות.

אם טען ומת - על האחרים להביא ראיה שהממון שלהם; דלא טענינן ליתמי מה דלא מצי טעין אבוהון, ש"ד.

סעיף מז

ראובן ושמעון ששר אחד חייב להם ממון, ושמעון קבל הערבות בלא ראובן, ושמעון הלך תחת אותו שר ואינו רשאי לתבוע חובו, וראובן מזהירו לגבות החוב, אין שמעון חייב להקניט השר שלו כדי לגבות חובו של ראובן. אך אם הוא פטור ממס בעבור אותו חוב, אומדים כמה מס היה לו ליתן לשנה ויתן לראובן כפי חלק שיש לו באותו חוב.

כן הוא בשו"ת הרא"ש כלל פט סימן א: "נראה לי ששמעון אינו מחוייב לתבוע חובו ולהקניט שר שלו ולפשוט בנפשו וממונו, כדי לגבות חובו של ראובן; וגם אין לומר: ילך למקום אחר לדור, שמא אינו יכול להתפרנס במקום אחר כמו באותו מקום. אמנם, אם הוא פטור ממס עבור אותו חוב, אומדין כמה מס היה צריך ליתן לשנה, ומה שהוא נהנה יתן לראובן, כפי חלקו שיש לו בחובו".

סעיף מח

שני שותפים שקנו משי, וכשבאו למכרה חסרה מהמשקל, גם זה בכלל הפסד ויחלקוהו ביניהם. (וישבע שמעון שלא שלח בו יד ושלא פשע בשמירתו).

אחד מהשותפים שהולך סחורת השותפות למקום אחר למכור, ונשבה ופדאו חבריו מהאמצע ומשכה השותפות, ולא היו מקפידים זה על זה, ומת, יורשי המת נוטלים בתחלה מהאמצע כשיעור פדיון אותו שנשבה. הגה: כי אין שותף חייב לפדות חבריו אף על פי שנתפס מכח השותפות (שם והגהות מרדכי דב"ב). ואם יש מנהג בזה הולכין אחריו (תשובת רמב"ן סימן ב' כ"ז/ ומהרי"ק שורש כ"ד, וקנ"ה/קנ"ה).

מיהו אם קבל עסק ותפסו השר עם שאר היהודים, והוצרך לתת מן העסקא בפדיון נפשו, אם דרך העיר לתת מן העסקא, הוי כשאר מס לתת מן העסקא (מרדכי פרק הגוזל בתרא).

וכל זה בשותפים, אבל מי ששולח חבירו בעסקיו ונתפס, י"א דאם הלך בשבילו בחנם חייב לפדותו, דהוי ליה עליו כשואל שחייב באונסין (מרדכי פ' האומנים והגהות שניות), ויש חולקין (תשובת רמב"ן סימן ב' כ"ו/ומהרי"ק שורש קל"א). וכן מי ששלח אחר חבירו, וקבל עליו לפדותו מכל הפסד, ונתפס בדרך, אפילו הכי פטור לפדותו, דאונסא דלא שכיח הוא (שם ובית יוסף סימן ר"ז בשם אגודה).

1. אף חסרון המשקל הרי הוא בכלל הפסד, והוא מוטל על שניהם בשווה, וישבע שמעון שלא שלח בו יד או פשע ויטול חלקו. וכתב הנתיבות דהיינו דווקא כשהממון תחת ידו, או שהאמינו חברו על הפסד, אך בלא"ה אין שמעון נאמן להוציא מיד ראובן אף בשבועה, כמבואר בסי' צג, יג.

2. שותף שנשבה - אין חברו חייב לפדותו, אע"פ שנשבה מכח השותפות. דאינו חייב בשמירת גופו של חברו. ואם חברו פדאו - חייב להחזיר לו הוצאותיו, אע"פ שלא תבעו במשך השותפות, ולא אמרינן שמחל לו, אלא שרצה להמתין לתבעו בשעת חלוקת השותפות. אם יש מנהג - הולכין אחר המנהג.

וכתב החת"ס (סי' קנו, הובא בפת"ש) שהני מילי כשבא ההפסד באקראי; אולם אם נשתתפו בדבר שיש בו סיכון מעצם העיסוק בו - חייב לפדותו דאדעתא דהכי נשתתפו, וחייב אפי' להוציא מביתו כדי לפדותו.

3. שליח שנשבה (שאינו שותף) שהלך בחינם: י"א שמחויב לפדותו דהרי הוא כשואל גופו, מרדכי. ויש חולקים שהרי לא קיבל עליו שמירת גופו, רשב"א במיוחסות, מהרי"ק. וכתבו הט"ז והנתיבות שהעיקר כדעת החולקים. וכתב הסמ"ע בשם המהרי"ק, שאם השליח הוא בנו - מחויב לפדותו.

החת"ס (סי' נב, הובא בפת"ש) כתב שאין מח' בדין זה: אם הנזק לא הגיע מחמת השליחות - לכו"ע חייב, כיון שהוא שואל עליו. אך אם הנזק הגיע מחמת השליחות - פטור לכו"ע, דהוי כמתת מחמת מלאכה.

המרדכי בפרק האומנים כתב שאם השליח הלך בחינם ונשבה, חייב המשלח לפדותו, דלא גרע שאלת גופו משאלת ממון, ושואל מתחייב אף באונסין. אולם בשו"ת הרשב"א המיוחסות (סימן כ) פשיטא ליה שאפי' בחינם אינו מחויב לפדותו דלא קיבל עליו שמירת גופו. הנתיבות והחכם צבי הקשו על הק"ו של המרדכי, שהרי אף אם נאמר שהוא שואל את גופו, אך סו"ס זה 'שאלה בבעלים' - שהרי השליח מחויב לטרוח במלאכת המשלח, וק"ל ששאלה בבעלים - פטור!! החכם צבי תירץ ששאלה בבעלים הוא גז"כ, ואין לך בו אלא חידוש, ולכן בשאלת גופו שלא נאמר בו פטור זה במפורש - חייב אפי' בבעלים! אולם, הנתיבות תירץ שס"ל למרדכי שבעלים נקנים באמירה, וא"כ השליח נקנה למשלח עוד קודם התחלת המלאכה, ולכן לא הוי שאלה בבעלים. (עוד כתב הנתיבות שדין זה נכון דווקא בקבלן, דאין עליו שם עבד; אך בשליח שהוא כפועל דינו כקרקעות שנתמעטו מדיני שומרים, ופטור).

השו"ע בסי' קפת, ו הכריע כדעת החולקין שאין המשלח חייב לשלם לשליח, והרמ"א לא הזכיר שיש חולקין. וכתב הסמ"ע שם שדווקא אצלנו כיון שניזוק בגופו י"א שגופו שואל לו, אך כשניזוק בממונו לכו"ע - פטור.

4. מי שהתחייב לחברו לפדותו מכל הפסד שיבוא עליו ונשבה - פטור, דאונסא דלא שכיח הוא.

סעיף מט

סוס שהיה ממושכן לראובן ושמעון, והפקידוהו לעובד כוכבים אחד לשמרו, ואמר שמעון לעובד כוכבים שישאלוהו ללוי, והוליוהו ללוי ונגזל ממנו, אם רצה ראובן גובה משמעון, ואם רוצה גובה מלוי.

וכתב הנתיבות ששמעון חייב מטעם שולח יד בפקדון, כיון שציוה להשאילו ללוי, ושליחות יד אפי' ע"י שליח חייב. ולכן חייב אפי' אם יתברר שהוא נאנס. אולם, אם היה מצוה להפקידו אצל לוי - היה פטור אם נאנס, דלא הוי שליחות יד.

סעיף נ

ראובן שאמר לשמעון: כל מה שתעשה בשלך עשה בשלי, והלך שמעון ופטר החוב של שניהם, חייב לשלם לו חלקו. (ועיין עוד דיני הרבה בדיני שותפות סימן צ"ג).

שאין כוונתו שיזיק אותו אלא שיעשה דברים לטובתו; 'לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי'.

סעיף נא

אסור להשתתף עם עובד כוכבים. ואם נשתתף ונתחייב לו שבועה, מותר לקבלה. (ועיין באורח חיים סימן קנ"ו ובי"ד סימן קמ"ז).

סנהדרין סג: "ולא יגרום לאחרים שיידרו בשמו ושיקיימו בשמו - מסייעא ליה לאבוה דשמואל, דאמר אבוה דשמואל: אסור לאדם שיעשה שותפות עם הנכרי, שמא יתחייב לו שבועה, ונשבע בעבודה זרה שלו, והתורה אמרה לא ישמע על פיד".

ואם נתחייב לו שבועה מותר לקבלה - דמשום הפסד ממונו הקלו, סמ"ע. ד'לא ישמע על פיד' נאמר על ישראל ולא על גוי, וגם לא שייך בזה 'לפני עוור' שהגוי לא מוזהר על זה, אלא שזו מידת חסידות.

ב"ה יום א' תמוז ה'תשע"ד

סימן קעז

שותפים שאחד מהם ירד לאומנות המלך או חלה, ובו ה' סעיפים.

סעיף א

אחד מהאחים שמינהו המלך גבאי או סופר שמכניס ומוציא בממון המלך, וכן כל כיוצא בזה מעבודת המלך, אם מחמת אביהם מינהו, כגון שהיה אביהם ידוע בדבר זה ואמר: נעמיד בנו תחתיו כדי לעשות חסד עם היתומים, הפרס שיטול וכל השכר שישתכר בעבודה לכל האחים. ואפילו היה חכם ביותר וראוי למנותו. ואם מחמת עצמו מינהו, הרי זה לעצמו. והוא הדין להפסד, שאם נטל ממנו המלך מחמת ממון האחים ועשרם, ההפסד לכולם; ואם מחמת עצמו, שכבר היה עשיר, ההפסד לעצמו. הגה: וכל זה באחין השותפים עדיין בנכסי אביהן, אבל חלקו, לא (טור בשם ר' יונה). ו"א דהוא הדין בשותפים אחרים, אם נטל אחד מהן בשביל כולן, הריחוק וההפסד לאמצע (טור). ו"א דוקא לאומנות המלך, אבל לאומנות אחרת הכל לעצמו (שם בשם הר"ר הלוי וב"ש הרמב"ן). ו"א דאפילו באומנות המלך, הוא נוטל תחלה טורח מלאכתו כפועל בכל יום (שם בשם הר"ר יונה).

1. אחד מהאחים השותפין שקיבל תפקיד ע"י המלך: אם מחמת אביו קיבל את התפקיד - השכר לאמצע, שהרי זה ניתן בעצם עבור כולם. אך אם מחמת עצמו נתמנה - השכר אליו. והוא הדין להפסד.

2. ודווקא כשמינהו המלך קודם שחלקו השותפות, אך אם חלקו ואח"כ מינהו - השכר לעצמו. דודאי לצורך עצמו ניתן לו, ולא כדי לעשות חסד עם כולם.

3. וכן הדין בסתם שותפין, שאם ירד א' לאומנות **עבור כולם** - השכר וההפסד לאמצע. כלומר, שירד בפירוש לאומנות זאת על דעת שהרווחים יהיו לאמצע.

4. כשהשכר לאמצע, אפ"ה הוא נוטל שכר פעולתו כפועל בטל, והנותר חולקים. כ"כ הטור בשם רבינו יונה.

5. דין זה נכון רק כשיורד לאומנות המלך, אך בסתם אומנות הכל לעצמו. דדוקא באומנות המלך אמרינן שהיא באה לו מחמת השותפות בירושה, אך בסתם אומנות הרי זה בא לו מחמת עצמו, ובכה"ג אין לאחיו חלק בו. ואף באומנות המלך אם מוכח שזה בא לו מחמת חריפות ולא מחמת האחים - הריחוק לעצמו; אלא שבסתמא אמרינן שזה לאמצע ולא מחמת עצמו.

בבא בתרא קמד: "מתני'. אחין השותפין שנפל אחד מהן לאומנות - נפל לאמצע; חלה ונתרפא - נתרפא משל עצמו. גמ'. **תנא:** האי אומנות - לאומנות המלך. תנו רבנן: אחד מן האחין שמינהו גבאי או פולמוסטוס, אם מחמת האחין - לאחין, אם מחמת עצמו - לעצמו. אם מחמת אחין - לאחין. פשיטא: לא צריכא דחריף טפי, מהו דתימא: חורפיה גרים ליה, קא משמע לן". **וכתב הרמב"ן:** "פי' האחין שהן שותפין וכו' ובגדולים ואוכלין ומתפרנסין מתפיסת הבית ביחד עסקינן. ואוקימנא בגמ' לאומנות המלך דוקא אבל לשאר אומניות לעצמו הוא, ופי' הענין כגון שמחמת עושר הוא שמינהו גבאי שכן דרך המלכים לעשות כן וכו', ואם אינו עשיר ומחמת ממון של אחין הוא שמינהו, לאמצע הוא". **והרשב"ם ביאר:** "שכן מנהג המלך מעמיד מבית זו מוכס חדש אחד ומבית זו חדש אחד וכן מכל בתי העיר".

דין זה נכון רק באחין השותפין, דהיינו שהם ירשו את אביהם ועדיין לא חלקו, ונמצא שלכל א' יש את ממון הפרטי, ומלבד זה את ממון הירושה שבו הם שותפים, וניזונים ממנו יחד. לכן, פשוט שאם א' מהם פותח עסק בעצמו - כל הרווחים לעצמו בלבד, שהרי אין ביניהם שיתוף בממון הפרטי. אולם, הדיון הוא מה קורה כשהוא מתמנה לאומנות המלך - האם המינוי בא לו מחמת חריפותו ועושרו; או שמא המינוי נעשה מחמת הירושה, ומחמת הממון המשותף, וממילא כל הריחוק לאמצע!! על כך באה המשנה ומלמדתנו שאם נפל לאומנות המלך - שדרכו ליקח מוכס מכל בית מבתי העיר (כפי רשב"ם), או שדרכו לקחת מוכס מעשירי העיר (כפי הרמב"ן), או שנראה שהוא רוצה לעשות חסד עם היתומים (כפי רש"י) - אע"פ שמצד עצמו הוא ראוי לקבל תפקיד זה, הריחוק לאמצע שהרי ניכר הדבר שזה נעשה מחמת שותפות עם שאר האחין ולא מחמת עצמו.

אולם, בסתם שותפים אין כזאת מציאות. אלא, או שהם שותפים בכל ממוןם, ובכה"ג פשיטא שכל ריוח שמגיע לאחד מהם - הכל לאמצע. וזה נכון אפי' כשיורד לסתם אומנות, ולא דווקא לאומנות המלך. ויש מצב שהם שותפים רק בעסק מסוים, אך בשאר ממוןם כל א' עוסק בעצמו; ובכה"ג נראה פשוט שאפי' אם ירד לאומנות המלך - הריחוק לעצמו בלבד, שהרי אין ביניהם שותפות. נמצא שהדין שלנו נכון רק באחין השותפין, אך לא מסיבה עקרונית אלא מסיבה טכנית.

שבשותפין רגילים (בד"כ) אין כזאת מציאות. ונמצא שזו כוונת הרמב"ן באומרו שדין זה נכון רק באחין השותפין, וכמו שכתב הב"י.

וא"כ צ"ע על דברי הסמ"ע בס"ק א, שרצה לעשות מח' בדין זה בין הרמב"ם לרמב"ן. **שלדעת הרמב"ן טעם הדין מכיון** שהאחין משותפין בכל נכסיהם, שהרי זה כאילו אביהם קיים, ונמצא שדין זה נכון גם בשאר שותפין; וממילא נשאר בצ"ע על הב"י והדרכי משה שכתבו בשם הרמב"ן שדין זה נכון רק באחין השותפין, ולא בשאר שותפין. **ואילו לדעת הרמב"ם הטעם** הוא מפני שהמלך רוצה לעשות חסד עם היתומים, ונמצא שדין זה נכון רק באחים. ולענין דברי הב"י והדרכי משה פשוטים וברורים, ואין בהם חולק כלל, ואף הרמב"ם לא נחלק עקרונית על הרמב"ן אלא בהבנת המציאות (כלומר, בשאלה מדוע 'אומנות המלך' זה דבר שנובע מחמת השותפות); ודברי הסמ"ע צריכים לי עיון, וה' יאיר עינינו בתורתו; אכ"ר.

סעיף ב

חלה אחד מהם, אם בפשיעה כגון שהלך בשלג בחורף או בחוס בימות החמה וכיוצא בזה, אם יש קצבה לרפואתו, מתרפא משלו; ואם אין לה קצבה, מתרפא מן האמצע. אבל אם חלה באונס, אפילו יש לה קצבה, מתרפא מן האמצע, וקודם שנתרפא יכולים לומר לו: חלוק עמנו. הגה: ו"א בהפך, דפשיעה בכל ענין אינו מתרפא מן האמצע, ובחלה באונס דוקא רפואה שאין לה קצבה מתרפא מן האמצע (טור).

חלה אחד מהאחין:

דעת השו"ע: אם מחמת פשיעתו כגון שחלה בצינים ופחים: אם יש קצבה לרפואתו - מתרפא משלו, אך אם אין קצבה - מתרפא מהאמצע, דדמי למזונות שניזון מהאמצע. ואם מחמת אונסו - לעולם מתרפא מהאמצע.

דעת הרמ"א: אם מחמת פשיעתו: לעולם אינו מתרפא מהאמצע. אם מחמת אונסו: אם יש קצבה לרפואתו - מתרפא משלו, ואם אין קצבה לרפואתו -- מתרפא מהאמצע.

בגמ' שם: **"חלה ונתרפא - נתרפא משל עצמו.** שלח רבין משמיה דר' אלעא: לא שנו אלא שחלה בפשיעה, אבל באונס - נתרפא מן האמצע. היכי דמי בפשיעה? כדרכי חנינא, דאמר רבי חנינא: הכל בידי שמים חוץ מצניס פחים, שנאמר: צניס פחים בדרך עקש שומר נפשו ירחק מהם". ואיתא בתוספתא (פרק י, הלכה ו): **"חלה ונתרפא נתפא משל עצמו.** אמ' רבן שמעון בן גמליאל במי דברים אמורים ברפואה שיש לה קצבה, אבל רפואה שאין לה קצבה נתפא מן האמצע". וכתבו הראשונים שקי"ל כרשב"ג (כמו שנפסק לענין כתובה לחלק בין יש קצבה לאין קצבה).

אלא שנחלקו איך לפרש את דברי התוספתא. שהרי הגמ' העמידה את דברי המשנה כשחלה בפשיעה, ורשב"ג הרי מדבר על דין המשנה, שגם כשאמרנו שמתרפא משל עצמו (דהיינו בפשיעה) - זה דוקא ברפואה שיש לה קצבה; אך כשאין לה קצבה, אפי' בפשיעה מתרפא מהאמצע. כך פשט לשון התוספתא אם נאמר שהיא ע"ד דברי הגמ'. **וכן כתב הנמוק"י בפירוש, וכן פשט דברי הרמב"ן והרא"ש** שהביאו דברי התוספתא הנ"ל (מלבד בתוס' שלא ברורה כוונתם); **וכן הבין הב"י ותמה על הטור שכתב להיפך, ולכן בשו"ע פסק כך. וכן הסכים הש"ך לדינא דלא כרמ"א.**

ואמת שכך יותר פשט דברי התוספתא, **אלא שקשה מה הסברא בזה?** שהרי כיון שמדובר כשחלה בפשיעה, א"כ אין האחין צריכים לספוג את ההפסד של הרפואה שבאה מחמת פשיעתו? **על כך כתב הנמוק"י שטעם הדין מפני שרפואה שאין לה קצבה הרי היא כמזונות.** כלומר, שכיון שזה הוצאה תמידית שאין לה קצבה, א"כ כך היא מהות השותפות שכולם ניזונים מהאמצע, ואע"פ שאחד אוכל יותר והשני פחות, ולא אומרים לאחד מהם 'תעשה דיאטה'; א"כ גם כאן אע"פ שזה בא מחמת שהוא לא נזהר ולא הקפיד על בריאותו, אך כיון ששו"ס עכשיו יש לו צורך הכרחי לזה, וזו הוצאה תמידית - א"כ היא על השותפות.

אולם, הטור הבין להיפך, שכוונת רשב"ג לומר שאף כשחלה באונס שדינו להתרפא מהשותפות, זה דווקא כשאין לה קצבה, אך אם יש קצבה לרפואתו - ניזון משל עצמו. והב"י כתב שזה הפוך ממשמעות התוספתא, וצריך לומר שהייתה לטור גירסא אחרת בתוספתא. אולם, **הסמ"ע ביאר** שלא צריך לומר שהייתה לו גרסא אחרת, אלא שהוא הבין שהתוספתא היא פירוש נוסף לדברי המשנה. כלומר, הגמ' ביארה שדברי המשנה נכונים כשחלה בפשיעה, וזה נכון. והתוספתא הביאה פירוש נוסף, שהמשנה דיברה כשחלה באונס אך בדבר שיש לו קצבה. וזה דוחק, שא"כ מדוע הגמ' השמיטה דין זה? **כהבנת הטור, הבין גם בקיצור פסקי התוס', וכך רוצה הב"ח לפרש את דברי התוס' עצמם.**

סעיף ג

במה דברים אמורים שמתרפא מן האמצע, כשהוא לבדו מתעסק באומנות והשאר בטלים ונוטלים חלק בריוח. אבל שני שותפים שמתעסקים באומנות או בסחורה, וחלה אחד מהם, אפילו באונס, מתרפא משל עצמו. הגה: ודוקא שאינם ניזונים מן השותפות,

אבל ניזונין מן השותפות וחלה באונס, כל רפואה שאין לה קצבה כמזונות דמיא (ב"י לדעת הרא"ש). ואם שותף חייב לפדות חברו, עיין לעיל סימן קע"ו סעיף מ"ח.

אימתי יש חיוב לשלם רפואה מן האמצע?

דוקא כשהשותף שחלה היה מתעסק לבדו, וכל השאר בטלים אך מקבלים חלק מהריוח, כמו בסעי' א שנלקח א' מהם לאומנות המלך. ולכן לדעת השו"ע כשחלה באונס יש לו אפי' רפואה שיש לה קצבה, שאינה בכלל מזונות. ולדעת הרמ"א יש לו דוקא רפואה שאין לה קצבה שהיא בכלל מזונות.

אולם, בשאר שותפים שמתעסקים שניהם בשותפות: אם שניהם ניזונים מהשותפות - יש לו רפואה שאין לה קצבה, שהיא נחשבת כמו מזונות, אך לא רפואה שיש לה קצבה, שכיון שזה סכום קצוב וחד פעמי - לא דמי למזונות. אך אם אינם ניזונים יחד מהשותפות - אין להם רפואה כלל.

אע"פ שמבואר בסימן ס' סעיף ג, שהמתחייב לחברו מזונות אין רפואה בכלל! ששני הכא שהחיוב נובע מכאן תנאי ב"ד', שכיון שהוא מחוייב לעסוק באומנות המלך וליתן את הריוח לאמצע ולא לעצמו, תיקנו חז"ל שיהיה ניזון מהשותפות, ובכלל תקנתם אף רפואה שאין לה קצבה (כמבואר לגבי אלמנה), ולשו"ע התקנה כאן כוללת אף רפואה שיש לה קצבה. אולם, כשהחיוב נובע מכאן תנאי שהתנו עמו - אין רפואה בכלל המזונות. ואפי"ה כאשר ב' השותפים עוסקים יחד וניזונים יחד מממון השותפות, בכה"ג אף רפואה בכלל ואע"פ שחיוב המזונות נובע רק מכך שהתנו ביניהם, אך כיון ששניהם נהנים זה מזה - אף רפואה בכלל; ובכה"ג דווקא רפואה שאין לה קצבה שדמיא למזונות, ולא רפואה שיש לה קצבה שאינה דומה למזונות. כן ביאר הנהיבות את דברי השו"ע והרמ"א.

הסמ"ע חלק על השו"ע והרמ"א, וכתב שלעולם השאלה היא האם א' עוסק לבדו או ששניהם מתעסקים יחד. שאם א' עוסק לבדו - יש לו רפואה. אך אם שניהם עוסקים יחד, אע"פ שניזונים מממון השותפות - אין להם רפואה.

כתב הטור בשם הר"י מיגש, והביא הב"י שכן כתב רבינו ירוחם (נתיב כז חלק א) בשם הרשב"א: שדין זה שנוטל הוצאות רפואתו מהאמצע, הוא דווקא כשא' ירד לאומנות המלך והריוח הוא לאמצע, אולם ב' שותפים שמתעסקים יחד - כל א' מתרפא משלו. וכתב הב"י שמשמע מהרא"ש שחולק על דין זה, שהרי כתב לגבי שותפין שרפואה שאין לה קצבה הרי היא כמזונות; א"כ מוכח דס"ל שאף בשני שותפים יש להם רפואה מהאמצע! ותיירץ שצ"ל שהרא"ש דיבר כשהשותפין ניזונים מהשותפות, ובכה"ג אף רפואה בכלל, והר"י מיגש דיבר כשאין השותפין ניזונים יחד, ולכן אין הרפואה בכלל. ונמצא שכאשר א' עוסק לבדו, אע"פ שהם לא ניזונים מממון השותפות - יש לו רפואה וכ"ש מזונות; מפני שהוא מחויב לעבוד ולתת להם מהרווחים.

אין לטעות ולומר שהמשנה לימדה אותנו ב' דינים, אלא מכך שסמכה המשנה שני הדינים הללו יחד, מבואר שהדין של חלה ונתרפא הוא המשך של הדין הראשון, ודווקא כשנפל לאומנות המלך אמרינן שאם חלה הרפואה מהאמצע. וזה מה שמלמדים אותנו הר"י מיגש ורבינו ירוחם.

סעיף ד

אחד מהאחים השותפים שרצה לילך ללמוד תורה או אומנות, ישומו כמה יגיעו לחלקו בהוצאתו כשהם ביחד וכן יתנו לו, אף על פי שצריך יותר כשהוא לבדו.

1. אם רצה אחד מהאחין לילך ללמוד, נותנים לו מזונות כשיעור חלקו שמגיע לו כשכולם אוכלים יחד, ולא כפי מה שהוא צריך לבדו.

גמ' הנ"ל: "תנו רבנן: אחד מן האחין שנטל מאתם זוז ללמוד תורה או ללמוד אומנות, יכולין האחין לומר לו: אם אתה אצלנו - יש לך מזונות, אם אין אתה אצלנו - אין לך מזונות. וליתבו ליה כל היכא דאיתיה! מסייע ליה לרב הונא, דאמר רב הונא: ברכת הבית ברובה. וליתבו ליה לפי ברכת הבית! הכי נמי". **רשב"ם פירש** שברכת הבית היינו "שאילו היה דר עמחן היה הבית מתברך בגללו", דהיינו כעין 'מזל' דבי תרי עדיף. ועל פירוש זה הקשה התוס' כיצד אפשר לאמוד כמה היא ברכת הבית!! ור"ת תירץ שאפשר לאמוד ע"פ השוואה של הוצאות שנה שעברה מול ההוצאות של השנה, אולם התוס' דחו שהרי לא כל השנים שוות!! **ולכן הסכימו עם פירוש ר"ח:** נר לאחד נר למאה, שההוצאה למזונות להרבה אנשים אינה באותו יחס כמו הוצאה לאיש אחד, ולכן אינם חייבים ליתן לו כפי ההוצאות של איש אחד, אלא כפי חלקו היחסי אם היה ניזון עמהם. **וכן פסק השו"ע.**

סעיף ה

שותף שאמר לשותפו: גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם, פטור, ואף על פי שנהנה מאותה גניבה. (ועיין לעיל סימן קע"ו סעיף י"ב).

1. אם אמר לשותפו: גנוב וכל נזק שיגיע לך - אשלם. אם ניזוק פטור, דאין שליחות לדבר עבירה. כ"כ הרשב"א בתשובה (ח"ד סי' ב). ואע"פ שנהנה חברו מאותה גניבה.

וקשה הרי בסימן הקודם סעי' יב מבואר ברמ"א, שאם חברו נהנה מהגניבה חייב לשלם חלקו בהפסד שבא מחמתה!! תירץ הסמ"ע שכוונת השו"ע שאינו חייב לשלם את כל ההפסד, כמו שהתחייב לו מתחילה; אלא מחויב לשלם רק כפי חלקו בשותפות.

ב"ה יום ד' ד' תמוז ה'תשע"ד

סימן קפא

שיירא שעמד עליהן גייס והציל אחד מהם, ובו ג' סעיפים.

סעיף א

שיירא שהיתה הולכת במדבר, ועמד עליה גייס וטרפה, אם אינם יכולים להציל מידם, ועמד אחד מהם והציל, הציל לעצמו.

ואם יכולים הם להציל, וקדם אחד מהם והציל, אף על פי שאמר: לעצמי אני מציל, הציל לאמצע ויטול כל אחד מהם שלו.

היו יכולים להציל על ידי הדחק, כל המציל מציל לאמצע, אלא אם כן אמר: לעצמי אני מציל, שאם אמר כן הרי זה מציל לעצמו, שכיון ששמעו הוא אומר: לעצמי אני מציל, היה להם לדחוק עצמם ולהציל, וכיון שישבו ולא הצילו הרי נתייאשו מן הכל.

שיירא שהילכה בדרך ועמדו עליהם שודדים, וקם א' מהם והציל חלק מהממון:

1. אם אינם יכולים להציל - כל מה שהציל הציל לעצמו, שכיון שאינם יכולים להציל - התייאשו מהממון.

הנתיבות ורעק"א התקשו מדוע זכה בממון חבריו, הרי אע"פ שהתייאשו הרי קי"ל בגזלן שיאוש כדי לא קני, אלא רק יאוש ושינוי רשות! ואין כאן שינוי רשות, שהרי הגזלן לא נתן לו מדעתו אלא שהוא הציל מעצמו! רעק"א נשאר בצ"ע; והנתיבות תירץ דהוי כזוטו של ים ושלוליתו של נהר, שהיא אבודה מכל אדם, והוי הפקר גמור, שאין צורך ביאוש ושינוי רשות.

אע"פ שלא אמר כלום, שהרי נתייאשו. ואפי" א' מבני השיירא לא היה כאן, דאבידה ששטפה נהר מהני ביה יאוש שלא מדעת, נתיבות.

2. אם הם יכולים להציל אך קדם א' והציל - אע"פ שאמר לעצמי אני מציל - כל מה שהציל הוא לאמצע, דהיינו שכל א' מכיר ממונו ונוטלו, ולא מהני אמירתו כיון שלא נתייאשו ממונם כלל. ואם הציל רק את ממונם של חבריו ולא את שלו - הם נוטלים שלהם והוא מפסיד. לאפוקי בסעי' ב שהם שותפים, שכיון שהממון של שניהם אז חולקים ביניהם, ולעולם אינו מפסיד; סמ"ע.

3. אם יכלו להציל ע"י הדחק - אם הציל בסתם - הציל לאמצע, שהרי לא התייאשו שיכלו בעצמם להציל, ואע"פ שלא קמו להציל, כיון שראו שהוא מציל עבורם.

אך אם אמר 'לעצמי אני מציל', ושמעו ושתקו ולא ניסו להציל - כל מה שהציל הוא לעצמו. דכיון ששתקו ולא ניסו להציל מוכח שנתייאשו. אך אם קמו ורצו להציל, אך לא הספיקו שהרי קדם הוא והציל - הכל לאמצע, ב"י. אך אם א' לא היה כאן, לא זכה בממונו, דייאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, נתיבות.

מקור הדין של הסימן:

ב"ק קטז: "ת"ר: שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה, ועמד אחד מהן והציל - הציל לאמצע, ואם אמר אני אציל לעצמי - הציל לעצמו. היכי דמי? אי דיכול להציל, אפילו סיפא נמי לאמצע! ואי דלא יכול להציל, אפילו רישא נמי לעצמו! אמר רמי בר חמא: הכא בשותפין עסקינן, וכגון זה שותף חולק שלא לדעת חבריו, אמר - פליג, לא אמר - לא פליג. רבא אמר: הכא בפועלין עסקינן, וכרב, דאמר רב: פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, וכמה דלא הדר ביה כברשותיה דבעל הבית דמי, וכי הדר ביה טעמא אחרינא הוא, דכתיב: כי לי בני ישראל עבדים, ולא עבדים לעבדים. רב אשי אמר: כשיכול להציל ע"י הדחק, גלי דעתיה - לעצמו, לא גלי דעתיה - לאמצע". וכתבו הרי"ף והרא"ש ששלשת האוקימתות - הלכתא נינהו.

כתבו רש"י והנמוק"י שבשותפין מדובר בין כשהיו יכולים להציל, ובין כשלא היו יכולים להציל, דכיון שהוא במקום איבוד ממון - שותף חולק אפי" אם חברו מעכב. וכתבו שבפועלים מדובר שהוא במקום שאין יכולים להציל, וכיון שהבעלים התייאשו - זכה המציל בממון. וכשיכול להציל ע"י הדחק כתבו שהטעם הוא שמכיון שהוא אומר שהוא מציל לעצמו ושמעו הבעלים ולא ניסו אף הם להציל - מוכח שהתייאשו. ודייק מזה הב"י שאם ראינו שרצו להציל, אלא שלא הספיקו כיון שהוא קדם להם, לא זכה בחלקם דמוכח שלא נתייאשו.

סעיף ב

היו שני שותפים, והציל אחד מהם, הציל לאמצע. ואם אמר: לעצמי אני מציל, הרי זה חלק מחבירו והציל לעצמו. הגה: כל מה שהגיע לחלקו; אבל אם הציל יותר, הוא שלהם. ודוקא שהם יכולים להציל, אבל אם אין יכולין להציל, הכל שלו (טור), וע"ל סימן קע"ו סכ"ח. ואם אמר שאמר שהציל לעצמו, ואין לו עדים, נשבע על כך ומחזיק לעצמו (מרדכי פרק הגזל בתרא בשם ראב"ה).

1. אם בני השיירה היו שותפים, ועמד א' והציל בסתם - הציל לאמצע, ואפי' כאשר חבריו לא יכלו להציל. דכיון שהם שותפים, דרך השותף לטרוח ולהציל את כל ממון השותפות; כ"כ רש"י שם.
2. אולם, אם אמר 'לעצמי אני מציל' - הציל לעצמו בכל עניין, דבמקום הפסד שותף חולק אפי' שלא לדעת חברו. ואם הציל יותר מחלקו בשותפות: אם יכלו חבריו להציל - הממון שלהם, שהרי לא נתיימשו. אך אם לא יכלו להציל - זכה בחלקם, שהרי נתיימשו ממנו כיון שהוא אבוד מהם.
3. אם טוען שאמר שהציל לעצמו ואין לו עדים, נשבע ומחזיק ממנו. כ"כ המרדכי בשם ראב"ה.
4. האם צריך דווקא אמירה או שמהני מחשבה? הש"ך והנתיבות - דווקא אמירה. הט"ז - מועילה מחשבה. קצות: במקום שאינם יכולים להציל - מהני מחשבה, במקום שיכולים ע"י הדחק - צריך אמירה.

הבדק הבית תמה על המרדכי הנ"ל שמשמע ממנו שמהני מחשבה, הרי דברים שבלב אינם דברים!! ועוד, שכיצד יוכלו חברו להשביעו שלא התכוון, הרי אין נשבעים על טענת ספק!! ולכן ביאר שאין כוונתו שחשב בליבו אלא שאמר במפורש; וכ"כ כאן הש"ך. אך הט"ז לא ראה בדק הבית, והבינו כפשוטו שמדובר שחשב בליבו.

הקצות תירץ שכדי לחלוק עצמו מהשותפות - צריך אמירה, ודברים שבלב אינם דברים. אך כשהוא זוכה מההפקר דומיא דאבידה, הוא זוכה לעצמו א"כ הוא מתכוון לזכות עבור; ובכה"ג מספיק שלא יתכוון לזכות עבור, ואין צורך באמירה מפורשת. ולכן ביאר שכאשר הם אינם יכולים להציל, א"כ הם התיימשו מממון, ונמצא שהוא זכה בו כמו שהיה מוצא אבידה, ולכן סגי שלא יתכוון לקנות עבור, ומהני מחשבתו לבדה. אולם, במקום שיכלו להציל ע"י הדחק, א"כ לא התיימשו, וכדי שיזכה בו לבדו - צריך אמירה מפורשת כדי שיחלוק מהשותפות, ויוכל לזכות לבדו. **והנתיבות דחה דבריו**, שאף במקום שאינם יכולים להציל, כאשר הם רואים שהוא עומד ומציל - אינם מתיימשים, שהרי הם בטוחים שהוא עומד ומציל עבור; שהרי אף אם לא היה שותף - כל א' מישראל מחוייב להשתדל ולהציל ממון חברו מההפסד. (ולגבי אין נשבעין על טענת ספק, תירץ שכיון דרך השותפים להציל לשותפות, א"כ רגלים לדבר שהציל לכולם, ובכה"ג משביעים על טענת ספק).

סעיף ג

וכן השוכר את הפועל להציל, כל שיציל הרי הוא למשכיר. ואם אמר: לעצמי אני מציל, הרי זה חוזר בו מהשכירות וכל שיציל אחר שאמר לי הרי הוא שלו.

1. אם שכר פועל להציל ממנו, כל מה שהציל הרי הוא של השוכר. אך אם שכר פועל סתם, הרי זה מחי' בסימן ע"ר מה דין מציאת פועל, ושם נתבאר; סמ"ע.
2. אך אם יאמר הפועל 'לעצמי אני מציל' - הציל לעצמו, דכיון שאמר כן חזר בו מהשכירות, ופועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום. ודוקא במקום שהבעלים לא יכלו להציל, או שיכלו ע"י הדחק, שהרי נתיימשו וזכה הוא מההפקר. אך במקום שיכלו להציל - לא נתיימשו ובמה יזכה בממון!! כ"כ הראשונים.

בי"ה יום ג' כ"א שבט ה'תשע"ה

שלוחין

סימן קפב

כיצד נעשה שליח, או טעה וקנה ביוקר ואם עבר על דעת משלחו, ובו י"ב סעיפים.

סעיף א

הגה: בכל דבר שלוחו של אדם כמותו, חוץ מלדבר עבירה דקיימא לן אין שליח לדבר עבירה (טור). ודוקא שהשליח בר חיובא, אבל אם אינו בר חיובא הוי שליח אפילו לדבר עבירה (הגהות מיימוני פרק ה' דשלוחין).

האומר לשלוחו: צא ומכור לי קרקע או מטלטלין, או: קנה לי, הרי זה מוכר ולוקח ועושה לו שליחותו וכל מעשיו קיימין; ואין העושה שליח צריך קנין ולא עדים, אלא באמירה בעלמא בינו לבין חבירו, ואין צריך עדים אלא לגלות הדבר אם כפר אחד מהם. הגה: ולכן האומר לחבירו: קח סחורה זו ואשתתף עמך, והלך וקנאה, לא יוכל לחזור בו, דהוי כשלוחו (תשובת הרשב"א סי' אלף ו').

1. שלוחו של אדם כמותו. קידושין מא. למדו כן מגירושין – 'ושלחה' שיש שליחות, ומקרבן פסח – 'ושחטו אותו' כל קהל ישראל' שאחד שוחט בשביל כולם, ואיצטריכו תרוניהו. בתרומה נאמר 'גם אתם' לרבות שליח, שצריך שהשליח יהא דומה למשלח; סמ"ע.

2. מינוי שליחות א"צ קנין, אלא באמירה בעלמא חל. כ"כ הרמב"ם שלוחין א,א. וא"צ בעדים אלא א"כ כפר אחד מהם. קידושין סה: "לא איברו סהדי אלא לשקר".

3. א. אין שליחות לדבר עבירה, "דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין?!", קידושין מב: חוץ ממעילה, שליחות יד, טביחה ומכירה דיש בהם ריבוי מיוחד אף לשלד"ע, והם ג' כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים.

ב. מתי יש שליח לדבר עבירה? רמ"א – כאשר השליח אינו בר חיובא. וכן פסקו השבות יעקב, מהרש"ל והש"ך ביורה דעה. ש"ך כאן – כאשר לשליח אין בחירה.

בי"מ י: "ואי סלקא דעתך חצר משום שליחות איתרבאי אם כן מצינו שליח לדבר עבירה, וקיימא לן: אין שליח לדבר עבירה! – אמר רבינא: היכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה – היכא דשליח בר חיובא הוא, אבל בחצר דלאו בר חיובא הוא – מיחייב שולחו. וכו'. רב סמא אמר: היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה – היכא דאי בעי עביד, ואי בעי לא עביד. אבל חצר, דבעל כרחיה מותיב בה – מיחייב שולחו. מאי בינייהו? – איכא בינייהו כהן דאמר ליה לישראל צא וקדש לי אשה גרושה. אי נמי, איש דאמר לה לאשה: אקפי לי קטן".

כמי הלכה? מהר"ם מרוטנבורג פסק כרבינא (כן איתא בשו"ת מהר"ם; רעק"א), אולם הרא"ש בשם הרמ"ה פסק כרב סמא (דהיתה להם ג' שאמר כן קמיה דרבינא ושתק נמצא שהודה לו). הרמ"א פסק כרבינא, אולם הש"ך האריך לטעון שהלכה כרב סמא כמו שפסקו הרמ"ה, הרא"ש, הר"ן, וכן מצא בכ"י כנוסחתם בגמ'. ואף המהר"ם כך סובר, וכן נראית לו דעת הר"ף. אע"פ שרבינו ירוחם והאגודה פסקו כרבינא. הפת"ש הביא בשם השבות יעקב שהש"ך עצמו ביורה דעה (קס, ס"ק כב) פסק כרבינא, וכן דעת המהרש"ל.

ג. מה הדין בשליח מומר להכעיס שודאי יעשה? לדעת הרמ"א – אין שליחות, שהרי הוא בר חיובא. לדעת הש"ך – רעק"א הסתפק, שבו"י פשט שיש שליחות שהרי ברור לך שהוא יעשה ולא יקשיב לרב.

ד. שליח שוגג שאינו יודע שעושה עבירה, כגון שאמר לו להביא לו את שורו מחצרו של פלוני, ואינו יודע שהוא לא שלו: המשלח חייב, כ"כ המרדכי בשם המהר"ם, שהרי ודאי יעשה ולא יפרוש שאינו יודע שיש כאן עבירה.

ה. האם המעשה חל? נתיבות – כן, אלא שהשליח מתחייב בעונש. קצות, נוב"י – לא. תוס' בי"מ י: הביאו ב' תירוצים, לפי התירוף הראשון מוכח שהמעשה חל אלא שהמשלח לא מתחייב. אולם, בתירוצם השני כתבו שכאשר אין שלד"ע המעשה כלל לא חל. הקצות והנוב"י עשו עיקר מתירוף זה. אולם, הנתיבות (א) כתב שדעת רוב הפוסקים שהמעשה חל.

1. שליח שנתן לאשה גט בע"כ בזה"ז : נוב"י – גט בטל, דעבר על חדר"ג ואשלד"ע. קצות – אם שלחו בסתם מגורשת, כיון שהשליחות אינה לעשות עבירה שיכל לגרש מרצונה, אלא שהעבירה צדדית; כמו שהשליח חילל שבת בדרך שודאי הגירוש לא בטלים. אך אם שלחו לגרשה בע"כ – אינה מגורשת,

4. מדוע לא מועילה שליחות בקיום מצוות? תורי"ד – מעשה השליח אינו מיוחס למשלח, ולכן אינו יכול לעשות עבורו מצוות. ובקידושין וגירושין העיקר בתוצאה שהאשה מקודשת לו וכדו'. קצות – בשליחות מעשה השליח מיוחס למשלח וחשיב כאילו עשה המשלח, אלא שגוף השליח אינו נהיה למשלח. ולכן אע"פ שהמשלח הניח תפילין, אך הוא לא הניח בגופו אלא בגוף חברו ולא יצא ידי"ח. דאם כדברי התורי"ד קשה מדוע צריך פסוק למעט שליחות לד"ע?! הרי פשוט שהמשלח פטור כיון שהוא לא עשה את האיסור אלא שלוחו!

סעיף ב

עבר השליח על דעת משלחו, לא עשה כלום; ודוקא שהודיע שהוא שליח של פלוני, לפיכך אף על פי שמשך או המשיך, אם נמצא שעבר על דעת משלחו בטל המקח, ומחזיר; אבל אם לא הודיע שהוא שלוחו של פלוני, נקנה המקח ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו.

1. עבר השליח על דעת משלחו, שליחותו בטלה. דיכול לומר לו 'לתקוני שדרתיך ולא לעיוותי'. כן מוכח בכמה מקומות: כתובות צט; קידושין מב; ב"ב קסט.

2. דווקא כשהודיע השליח למוכר שהוא קונה בשליחות פלוני, ולכן אע"פ שקנה אם התברר שעבר על דעת משלחו המקח בטל. אולם, אם המוכר לא ידע שהוא קונה בתור שליח, המקח קיים, והמשלח יחזור על השליח שיחזיר לו מעותיו.

כן דעת הרמב"ם והרא"ש. אולם, דעת הראב"ד שבכל ענין המקח קיים, אלא שהמשלח יכול לחזור בו אם ירצה. והשו"ע פסק כרמב"ם. ויתבאר בהרחבה בסעיף ו.

3. מה הדין כשעשה שליח למכור? מהרש"ל – בכה"ג אפי' לא הודיע המקח בטל, שהרי אין לו כח למכור חפץ של חברו בלא רשות. נתיבות – אם לא הודיע לקונה המקח קיים, דווקא דעת השליח לשלם למשלח כדי לתקן אשר עיוות שלא יהיה גזלן, ונמצא שאין זה בכלל שינוי והמקח קיים. אמנם אם אין לו לשלם – לפ"ז המקח בטל. אך בסי' קפה מבואר שבכל ענין המקח קיים.

סעיף ג

טעה וקנה ביוקר, אפילו בכל שהוא, המקח בטל, בין בקרקע בין במטלטלין, שיאמר לו: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. לפיכך אם התנה עמו שעשה שליח בין לתקון בין לעוות, אפילו מכר לו שוה מנה בדינר, או לקח לו שוה דינר במנה, אינו יכול לחזור בו וחייב המשלח ליתן כפי התנאי. הגה: מי שצוה לאחד שיתעסק לו באיזה דבר והוא הוציא עליו הוצאות, אם הוציא עליו יותר מן הרגילות להוציא על עסק כזה א"צ להחזיר, דלא אסיק אדעתיה שיוציא כל כך. אבל אם לא הוציא יותר מן הרגילות, חייב לשלם לו (מהרי"ק שורש י'). ואם יש טענה ביניהם, עיין לעיל סימן צ"א סעיף ג' וסימן צ"ג סעיף ד'.

1. טעה השליח וקנה ביוקר, אפי' בכל שהוא המקח בטל, דאומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. ואף בקרקעות דאין בהם הונאה היינו מיניה, ולא ע"י שליח, כתובות צט: "איכלע רב נחמן לסורא, עול לגביה רב חסדא ורבה בר רב הונא וכו' אמר להו: דטעה שליח לא קאמינא. אמרו ליה והאמר מר: אין אונאה לקרקעות! הני מילי היכא דטעה בעל הבית, אבל טעה שליח – אמר ליה לתקוני שדרתיך ולא לעוותי".

2. אם התנה עמו שהוא שליח בין לתקן ובין לעוות – תנאו קיים. כ"כ הרמב"ם וטעמו שכל תנאי שבממון קיים. הש"ך תמה הרי א"א להתנות ע"מ שאין בו אונאה? ולכן העמיד שמירי בדברים שאין בהם הונאה או לאחר זמנו.

סעיף ד

יש מי שאומר שכל זמן שלא יברר המשלח שעשאו שליח לקנות לו סתם, יכול המוכר לומר שהתנה עמו בין לתקן בין לעוות, והמוציא מחבירו עליו הראיה.

על המשלח להוכיח שלא התנה עמו השליח כן, כ"כ הרמ"ה דהמע"ה. והוסיף הסמ"ע שמסתמא אמרינן שהתנה עמו, שהרי השליח עושה השליחות בחינם ואינו רוצה לקבל עליו חיוב תשלומים.

השי"ך כתב שמדובר כשאין בהונאה כדי ביטול מקח, אך אם אינהו ביותר המקח בטל דלאו בשופטני עסקין שיתנה עמו שימכור שווה מאתיים במנה או להיפך. והנתיבות כתב שצ"ע שהרי אם מיירי בדבר שאין בו הונאה אפי' הטעהו הרבה מהני, ואם בדבר שיש בו הונאה לא מהני תנאי, וכמו שכתב השי"ך לעיל.

סעיף ה

אם הטעה השליח את הלוקח, דינו כשאר כל אדם שהמכר קיים עד שתות וזכה המשלח ביתרון.

כל הדינים הללו הם כשהטעה השליח את המשלח, אך כשהטעה את הקונה או המוכר לו – דינו כשאר כל אדם. דבכה"ג לא שי"ך לומר 'לתקוני שדרתיך' דאתה לא שילחתני; כדעת רבינו יונה והרא"ש. ולא כרב האי שכתב שאף בכה"ג בטל המקח.

כתובות צט: במשנה: "שום הדיינין שפיחתו שתות או הוסיפו שתות - מכרן בטל וכו' אבל אם עשו אגרת בקורת ביניהן, אפילו מכרו שוה מנה במאתים או שוה מאתיים במנה - מכרן קיים". ובגמ' "איבעיא להו: שליח כמאן? רבא אמר ר"נ: שליח כדיינין, רב שמואל בר ביסנא אמר ר"נ: כאלמנה וכו' והלכתא: שליח כאלמנה". מבואר ששליח ב"י"ד דינו כאלמנה שאם טעה אפי' בכל שהוא מקחו בטל, וכתב רב האי שהוא הדין אם הטעה את הלוקח מקחו בטל. וכתב הרא"ש שאף אם אמרין הכי לגבי ב"י"ד שמכרו בנכסי יתומים שאם הטעו את הלוקח מקחו בטל, זה דווקא לגבי הלוקח מבי"ד שהוא לא מברר כיון שהוא סומך על ב"י"ד שידאגו גם לו ולא רק ליתומים. אך הלוקח משליח ב"י"ד, וכ"ש משליח דעלמא אינו סומך עליו, וכיון שלא בירר הפסיד לעצמו. וכ"כ רבינו יונה. אמנם, בלאו הכי דעת הרמב"ם והשו"ע (בסי' קט, ה) שאף במכרו ב"י"ד והטעו ללוקח מכרן קיים שהרי היה ללוקח לברר, ואין ב"י"ד שלוחים שלו.

סעיף ו

נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע, וקנה לו שלא באחריות, ה"ז עיוות, והשליח לוקח אותה לעצמו שלא באחריות כמו שעשה, וחוזר ומוכר למשלח באחריות, הואיל וקנה אותה במעותיו, והאחריות על השליח. הגה: ודוקא שהמשלח מספיק עצמו באחריות השליח ורוצה בקיום המקח. אבל אם אינו מספיק עצמו בזה, ורוצה לבטלו, הרשות בידו (ר"ן ריש פרק ב' דקידושין). "וא דוקא שאין לו לשליח להחזיר מעותיו למשלח, אבל אם רוצה להחזיר לו מעותיו הרשות בידו (טור בשם הרא"ש)".

1. אם נתן כסף לשליח לקנות לו קרקע, והלך השליח וקנה שלא באחריות, ה"ז שינה מדעת משלחו דלא שדי איניש זוזי בכדי. ב"ב קסט:

2. אם לא הודיע למוכר שהוא שליח – המקח קיים, דהמוכר אומר לו איני מאמינך שקנית עבורו, והוא לא בע"ד ידי. אלא שהשליח צריך לתקן עיוותו, ולקבל עליו אחריות כלפי המשלח, כאילו הוא קונה אותה לעצמו ומוכרה למשלחו, וא"צ קנין חדש; סמ"ע. ואם אין המשלח חפץ באחריות השליח, צריך השליח להחזיר לו מעותיו דכיון ששינה משליחותו שוב אינו שליחו, והשליח יוצא קרח מכאן ומכאן. אך אם המשלח חפץ בקרקע אין השליח יכול להחזיר לו מעותיו, דכיון שקנה במעות המשלח הרי היא קנויה עבורו אם ירצה, סמ"ע, ש"ך וט"ז ודלא כב"ח. כביאור הרמב"ם (ע"פ הר"ן קידושין יז. ברי"ף) בסוגיא.

3. אם הודיע למוכר שהוא שליח – המקח בטל, דכיון שידע המוכר שהוא קונה עבור משלחו, כיון שבטלה השליחות בטל המקח. וצריך השליח להחזיר מעותיו למשלח, אלא שאם ירצה יכול ליתן לו הקרקע במעותיו באחריות עצמו, ובכה"ג צריך מעשה קנין חדש שהרי המקח בטל. כביאור הרא"ש בסוגיא, ולא פליגי לדינא אלא בפירושא.

4. אם השליח קנה את הקרקע במעות עצמו, אע"פ שקנה בשליחות המשלח, אע"פ שקנה בסתם ולא פירש – אינו חייב ליתנה למוכר; כמו כל אדם שנשלח לעשות דבר לחברו והלך ועשה לעצמו, שמה שעשה עשוי אלא שנקרא רמאי; סמ"ע. ולכן השו"ע דיבר כאן דווקא שקנה במעות המשלח, וכן הסכימו השי"ך והט"ז; ודלא כב"ח. רעק"א.

ב"ב קסט: "היה איתתא דיהבה ליה זוזי לההוא גברא למיזבן לה ארעא, אזל זבן לה שלא באחריות; אתיא לקמיה דרב נחמן, אמר ליה: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, זיל זבנה מיניה שלא באחריות, והדר זבנה ניהלה באחריות". הקשו הראשונים הרי קי"ל ששליח שטעה המכר בטל (כדאמר רב נחמן בקידושין מב:), וא"כ מדוע כאן אומר רב נחמן שהמכר חל אלא שצריך לשלם את הנזק שעשה!!

דעת הרמב"ם שיש חילוק אם השליח הודיע למוכר שהוא בא בשליחות או לא. אם הודיע למוכר – המכר בטל, ומחזיר המעות למשלח, ובכה"ג איירי בקידושין. אולם, כאשר המוכר אינו יודע שהוא שליח המוכר קיים, ואע"פ שהשליחות

בטלה זה רק בין השליח למשלחו אך לא קשור למוכר, ולכן המכירה חלה אלא שהמשלח חייב לתקן את מה שעיוות. **וכן הסכים הרא"ש. אולם, הראב"ד** (שלוחין פ"א, ג) חלק ואמר שלעולם המכר בטל, אלא שידו של המשלח על העליונה שהוא יכול לרצות לקיים את המכר והשליח יפצה אותו על הטעות שעשה.

בביאור הסוגיא בב"ב נחלקו הרמב"ם והרא"ש, אע"פ שהסכימו שניהם לאותו עקרון. דעת הרא"ש שמדובר בב"ב שהמכר בטל, שהרי משמע שהיה צריך לעשות קנין מחדש, ולכן העמיד שמייירי כשהמוכר ידע שהוא שליח ולכן המכר בטל, אלא שהתחדש בסוגיא שאם אין לשליח מעות והוא רוצה הוא יכול למכור את הקרקע למשלח באחריות שלו, ונמצא שיד השליח על העליונה. אולם, הר"ן ביאר שמדובר שהמוכר לא ידע שהוא שליח, ולכן המכר בטל חל, ולכן רב נחמן הכריח אותו לתת את הקרקע למשלח, אלא שהזקיק אותו לתקן ולתיתו באחריות שלו עצמו. וכמובן שהוסיף שזה דווקא אם המשלח מוכן לקבל אותה באחריות השליח, דאם לא אין המשלח חייב לקבלה, אלא השליח צריך להחזיר לו מעותיו ולהשאיר עם הקרקע בעצמו.

סעיף ז

הנותן מעות לשלוחו לקנות לו פירות ויפסוק עם המוכר ליתנם לו ביום פלוני, וטעה השליח ולא התנה שיתנם לו כשעת הזול, והזול, הרי זה עיוות והמשלח יכול לחזור בו, ואין צריך לקבל מי שפרע, לא השליח ולא המשלח. (ואפילו לא הודיעו שהוא שליח, רק קנה סתם) (ב"ב בשם תלמידי רשב"א והר"ן).

1. אין דין מי שפרע בשליח, כשהמשלח חוזר בו מחמת ששינה השליח. כיון שהשליח אנוס, ומי שאנוס אין בו מי שפרע, ב"ב בשם תלמידי רשב"א. ומיירי באופן שיכולים לחזור בהם בלא השינוי שהרי מעות אינם קונות וליכא אלא מי שפרע, ולכן כשהמשלח חוזר מחמת ששינה השליח ליכא אף מי שפרע.

ב"מ עד: "ופוסק עמו כשער הגבוה (היינו הזול, רש"י עב:). ההוא גברא דיהיב זוזי לנדוניא דבי חמוה, לסוף זל נדוניא. אתו לקמיה דרב פפא. אמר ליה: אי פסקת עמו כשער הגבוה - שקיל כהשתא, ואי לא - שקיל כי מעיקרא. אמרו ליה רבנן לרב פפא: ואי לא פסק שקיל כמעיקרא? מעות נינהו, ומעות לא קנו! - אמר להו: אנא נמי לקבולי עליה מי שפרע קא אמינא וכו' אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי: ותיפוק ליה דשליח שוייה מעיקרא! - אמר ליה: בתגרא דזבין ומזבין".

רש"י ורא"ש פירשו שאבי הכלה נתן מעות לחתנו לקנות בהם נדוניא, ומבואר למסקנא שאם החתן היה שליח אע"פ ששינה שלא התנה כשער הזול, ומחמת זה חזר בו חמיו אין על החתן מי שפרע, שהרי הוא אנוס שהמשלח חוזר בו, ועל המשלח ליכא מפני שלתקוני שדרתיך ולא לעיוותיך. **הר"ן תירץ** שהטעם שאין מי שפרע, הוא מפני שהמשלח חוזר בו וא"א לומר לשליח שיקנה לעצמו כיון שלא על דעת זה הוא קנה. **הב"י הקשה** הרי בסעי' הקודם חייבנו את השליח לקנות לעצמו כששינה! **ולכן תירץ בשם תלמידי הרשב"א** שהכא שאני, כיון שהמקח לא חל עדיין אלא רק לענין מי שפרע, ומי שפרע ליכא כשהוא אנוס, ולכן כשחוזר בו באנוס אין עליו מי שפרע.

אמנם, הגאונים והר"ף פירשו הסוגיא הפוך, שהחתן שלח את חמיו לקנות נדוניא וקנה לו בשעה ראשונה ועכשיו הזול דמיה, והחתן אינו רוצה לקבלה עכשיו כיון שחמיו קנה ביוקר ונמצא שקיבל קצת נדוניא. ועל כך הגמ' מקשה שהרי עשאו שליח ואינו יכול לחזור בו, דמיד שקנה השליח נקנה למשלח! ומתרתת שהוא לא היה שליחו, אלא שקנה כדי למכור לו. ונמצא שאין ראייה משם לדיננו.

סעיף ח

האומר לשלוחו: מכור משדי בית סאה, והלך ומכר בית סאתים, הרי זה מוסיף על דבריו וקנה הלוקח בית סאה בלבד. ומיהו הלוקח יכול לחזור ולומר: איני רוצה לקנות אלא סאתים ביחד.

1. אם הוסיף ומכר יותר ממה שציוהו, המקח קיים במה שציוהו למכור. דאינו יכול למכור יותר ממה שנתנו לו רשות. ואין המוכר יכול לבטל מה שציוהו, שהרי לא עבר על דבריו אלא שינה.

כתובות צח: "איבעיא להו: אמר ליה זבין לי ליתכא, ואזל זבין ליה כורא, מאי? מוסיף על דבריו הוא, וליתכא מיהא קני, או דלמא מעביר על דבריו הוא, וליתכא נמי לא קני?". ולא איפשיטא. ובצט. "ואיכא דאמרי: הא לא תיבעי לך, היכא דאמר ליה זיל זבין לי ליתכא, וזבין ליה כורא - דודאי מוסיף על דבריו הוי". ופסקו כלשנא בתרא.

2. אך הלוקח יכול לבטל המקח, ולומר שלא רצה לקנות אלא הכל יחד. כן כתב שם הרא"ש, ודייק כן גם מדברי רש"י שדווקא המוכר אינו יכול לחזור בו ולא הלוקח.

סעיף ט

אמר ליה: מכור בית סאתים, ומכר לו בית סאה, הרי זה מעביר על דבריו ולא קנה הלוקח.

אם פחת ממה שציוהו, כגון שאמר לו למכור לו בית סאתיים ומכר רק בית סאה, המקח בטל.

כתובות צט. "כי תיבעי לך - דאמר ליה זיל זבין לי כורא, ואזיל זבין ליה ליתכא, מאי? מי אמרין, א"ל: דטבא לך עבדי לך, דאי לא מצטרכי לך זוזי לא מצית הדרת ביה, או דלמא אמר ליה: לא ניחא לי דליפשו שטרי עילואי?" בפשט הסוגיא לא איפשטא האי בעיא, **אולם דעת רב האי שבע"ב נפשוט שהמקח חל.**

הרי"ף נקט שלא אפשטא ולכן המקח בטל וחשיב כמעביר על דבריו, מכמה טעמים: א. המוציא מחברו עליו הראיה, וכיון שהמוכר מוחזק בקרקע אין מוציאין ממנו. ב. מוכח בש"ס בכמה מקומות שטענת 'לא בעינא לאפושי שטרא עלי' היא טענה טובה. **וכן פסקו העיטור בשם רבינו אפרים, והרמב"ם. אולם, הרא"ש הביא ב' הדיעות ולא הכריע. השו"ע פסק כר"ף ורמב"ם.**

בב"י הוסיף בשם הר"ן שאף לחולקים המקח קיים דווקא כשיוכל למכור את השדה השניה באותו מחיר שהיה מקבל עליה עכשיו, ולא יצטרך לפחות בדמים.

סעיף י

א"ל: מכור שדה לאדם אחד, והלך השליח ומכרה לשנים, ממכרו בטל; שהרי עבר על דבריו. (ו"א דווקא שמכר להן בשני שטרות) (טור).

סעיף יא

אמר ליה: מכור שדה, ולא פירש, אפילו מכר למאה ממכרו קיים. במה דברים אמורים, כשמכרה בשטר א', או כשמכרה ב' שטרות והחתימים השליח. אבל אם מכר לשנים בשני שטרות, ולא החתימים השליח, מכרו בטל.

1. אמר לו 'מכור השדה לאדם אחד' ומכרה לשנים – מכרו בטל. ודעת הרמ"א שדווקא אם מכרה ב' שטרות, וכן הסכימו הסמ"ע והש"ך.

2. אם אמר לו 'מכור שדה' בסתם, אפי' מכרה למאה בנ"א מכרו קיים. ודווקא אם מכרה בשטר אחד לכולם. שהרי לא גרם לו לאפושי שטרי עליה. או שמכר בכמה שטרות והחתימים השליח. ודעת הסמ"ע שאם מכר בכמה שטרות אפי' החתימים השליח – מכרו בטל.

3. אם מכר בכמה שטרות ולא החתימים השליח – לכו"ע מכרו בטל.

כתובות צט: "פשיטא, אמר לאחד ולא לשנים - האמר ליה לאחד ולא לשנים, א"ל לאחד סתמא, מאי? רב הונא אמר: לאחד - ולא לשנים, רב חסדא ורבה בר רב הונא דאמרי תרוייהו: לאחד - ואפילו לשנים, לאחד - ואפילו למאה. איקלע רב נחמן לסורא, עול לגביה רב חסדא ורבה בר רב הונא. אמרו ליה: כי האי גוונא מאי? **אמר להו: לאחד - ואפי' לשנים, לאחד - ואפילו למאה. כן היא גירסת רש"י. אולם הרי"ף גרס: פשיטא אמר לאחד קפידא, ואי זבין לתרי לא הוי זביניה זביני. אמר סתמא מאי? רב הונא אמר וכו'.** **ופסקו הפוסקים כג"ה הרי"ף** שאם אמר בסתמא יכול למוכרה לכמה בני אדם, אולם אם אמר לו לאחד הוי קפידא ואפי' לא הזכיר 'ולא לשנים' ודלא כרש"י.

הקשו הראשונים: הרי בבעיא הקודמת הסתפקה הגמ' האם חיישינן לאפושי שטרי, ולכן אם מכר פחות ממה שציוהו מקחו בטל. וא"כ הכיצד פסקו כאן בפשטות שאם ציוהו בסתם למכור יכול למכור לכמה בני אדם?! **ג' תירוצים** מצאנו בראשונים: **א. שיטת ר"ת** – אפושי שטרי אינו מצד זילות נכסיו, אלא מצד הטורח לכתוב ולהחתים כמה שטרות. ולכן הכא מיירי שהשליח מכר לכמה בני אדם וכתב שטרות והחתימים, ואין בעיה של אפושי שטרא אלא של אפושי בעלי דינים. **ב. שיטת ר"י** – הכא מיירי שמכר לכמה בנ"א בשטר אחד, ולכן אין בעיה של אפושי שטרא. אך לולי זה יש בעיה של זילות נכסים. **ג. שיטת רב האי** – הגמ' כאן פושטת את הספק דלעיל שבאמת אין בעיה של אפושי שטרא, ונמצא שאף בסעיף ט הדין הוא שהמקח קיים אם מכר פחות ממה שציוהו.

הב"י הבין שהעיקר כשיטת ר"ת, ואף ר"י לא חולק עליו, ולכן תמה על הטור מדוע הזכיר שצריך שהכל יהיה בשטר אחד, ולא כתב שאף ב' שטרות סגי אם החתימים השליח. **וכן פסק לדינא בשו"ע** שבין אם כתב בשטר א' ובין אם כתב ב' שטרות והחתימים השליח מהני. ודוקא כשמכר ב' שטרות ולא החתימים לא מהני. **אולם, הדרכי משה והסמ"ע תירצו דעת הטור שהבין שהרי"ף פסק כדעת ר"י ולא כר"ת,** שדווקא אם כתב בשטר אחד מהני, ולא אם כתב ב' שטרות אף אם החתימים השליח.

עוד יש נפק"מ אף בסעיף י, דלדעת השו"ע כשאמר לו בפירוש לאדם אחד לא מהני שימכור לשנים אף בשטר אחד, כיון שהוא הקפיד שהמכירה תהיה רק לאחד. **אולם, להבנת הסמ"ע והדרכי משה**, אף כשהתנה עמו בפירוש מהני אם ימכור לשני בני"א בשטר אחד, כיון שהקפידא אינה על אפושי בעלי דינים, אלא על אפושי שטרות. וכן כתב הטור במפורש וכן השיג הרמ"א.

סעיף יב

עשה שליח לקנות לו שדה, ואומר המוכר לשליח: על תנאי שיחזירהו לי כשיהיו לי מעות, והשיב השליח: אתה והמשלח חברים בטוב תתפשרו, אינו מכור אלא על זה התנאי, וצריך להחזיר לו כשירצה המוכר. ודין הפירות שאכל נתבאר בטור יורה דעה סימן קע"ד.

ב"מ סז. "ההיא איתתא דאמרה ליה לההוא גברא: זיל זבין לי ארעא מקריביי. אזל זבן לה. אמר ליה: אי הווי לי זוזי מהדרת לה ניהלי? - אמר ליה: את ונוולא אחי. **אמר רבה בר רב הונא: כל את ונוולא אחי אמר, סמכא דעתיה, ולא גמר ומקניי**". וכן פסק כאן השו"ע.

לגבי ריבית: "ארעא הדרה, פירי מאי? רבית קצוצה הווי - ויוצאין בדיינין, או דילמא כי אבק רבית הווי, ואין יוצאין? - אמר רבה בר רב הונא: מסתברא, כי אבק רבית הווי, ואין יוצאין בדיינין. וכן אמר רבא: כי אבק רבית הווי, ואין יוצאין בדיינין. אמר ליה אביי לרבה: משכנתא מאי? התם טעמא מאי - משום דלא קץ ליה, הכא נמי - לא קץ ליה. או דילמא התם זביני, הכא הלואה? - אמר ליה: התם טעמא מאי - משום דלא קץ ליה, הכא נמי - לא קץ ליה. אמר רב פפי: עבד רבינא עובדא, וחשיב ואפיק פירי, דלא כרבה בר רב הונא". הטור פסק כאן כשיטת הרא"ש דהוי אבק ריבית ואינו יוצא בדיינים, והב"י כתב שדעת הר"י והרמב"ם הוי ריבית קצוצה ויוצאה בדיינים.

ב"ה יום ד' כ"ב שבט ה'תשע"ה

סימן קפג

עשה שליח לקנות לו חטין וקנה לו שעורין, ובו ט' סעיפים.

סעיף א

הנותן מעות לשלוחו לקנות לו סחורה ידועה, ולא לקחה, אין לו עליו אלא תרעומת. ואם ידוע שלקח (במעות המשלח), מוציא ממנו בעל כרחו.

תוספתא (ב"מ פ"ד ה"ד) וירושלמי (פ"ה ה"ג), הביאום הרא"ש (סי' מא) והרי"ף (מ). בריש פרק איזהו נשך.

סעיף ב

הנותן מעות לחבירו לקנות לו קרקע או מטלטלים, והניח מעות חבירו אצלו והלך וקנה לעצמו במעותיו, מה שעשה עשוי והרי הוא מכלל הרמאים. ואם היה יודע שזה המוכר אוהב אותו ומכבדו ומוכר לו ואינו מוכר למשלחו, הרי זה מותר לקנות לעצמו, והוא שיודיענו. ואם מפחד שמא יבא אחר ויקדמנו לקנות, הרי זה קונה לעצמו ואחר כך מודיעו. הגה: קנה סתם במעותיו, יכול לומר אחר כך: לעצמי קניתי (ב"י בשם ר"ן פ"ב דקידושין). ודוקא בקרקע סתם, אבל בקרקע מיוחד הואיל והוא מנהג רמאות ודאי מעיקרא קנה למשלח, ולא יוכל לחזור בו (ר"ן ספ"ב דקידושין). קנה בא' מדרכי הקנה בלא מעות, זכה המשלח, ואפי' מכרם השליח אינו כלום (ב"י בשם תשובת הרשב"א).

1. האומר לשלוחו לקנות לו חפץ מסוים, והלך וקנה לעצמו ממעותיו – מה שעשה עשוי והרי הוא מכלל הרמאים. קידושין נח: "האומר לחבירו צא וקדש לי אשה פלונית, והלך וקדשה לעצמו - מקודשת לשני". ובגמ' "תנא: מה שעשה עשוי, אלא שנהג בו מנהג רמאות".

2. אם לא היה השליח יכול לקנות עבור המשלח, מותר לו לקנות לעצמו ובלבד שיודיענו תחילה. ואם חושש שאם יודיעו יפסיד – יקנה לעצמו ואח"כ יודיענו להוציא עצמו מהחדש. והש"ך חלק ופסק שאף אם יכול לקנות לחברו, אך הדבר יותר ראוי לשליח מותר לו לקנות לעצמו.

קידושין נט. "רבה בר בר חנה יהיב ליה זוזי לרב, אמר: זבנה ניהלי להאי ארעא, אזל זבנה לנפשיה. והתניא: מה שעשה עשוי, אלא שנהג בו מנהג רמאות! באגא דאלימי הוה ליה, לרב נהגי ביה כבוד, לרבה בר בר חנה לא נהגי ביה כבוד. איבעי ליה לאודועי! סבר, אדהכי והכי אתא איניש אחרינא זבין לה". ופירש רש"י שמייירי שהם לא היו מוכרים לרבב"ח כלל, ורק לרב משום שנהגו בו כבוד מכרו לו; אולם, אם היו מוכרים לרבב"ח אלא שלא היו נוהגים בו כבוד, היה צריך רב לקנות עבורו. וכן משמע ברמב"ם ובטור, וכן פסק השו"ע. אולם, רבינו ירוחם ביאר שאף אם היו מוכרים לרבב"ח אך כיון שהיו מבזין אותו יותר ראוי שיקנה רב לעצמו, ולכן היה מותר לו לקנות. הב"י הבין שיש כאן מח', וא"כ פסק כרש"י והרמב"ם, ואילו הש"ך כותב שגם דינו של ר"י אמת, ומשמע שהבין שלא פליגי, וגם הם מודים לרבינו ירוחם.

3. אם שלחו לקנות לו קרקע סתם, נאמן לומר לעצמי קניתי ובמעותי. אולם, אם שלחו לקנות קרקע מסוימת, אינו נאמן לומר שקנה לעצמו, דכיון שהוא מנהג רמאות אינו נאמן לשים עצמו רשע, ודאי מעיקרא קנה עבור המשלח ושוב אינו יכול לחזור בו. כ"כ הרמ"א בשם הר"ן.

4. אם קנה חפץ לחברו בא' מדרכי הקנין, והלך ומכרו אינו מכור. דכיון שזכה בו המשלח שוב אין יכול השליח למכרו.

5. אם קנה חפץ ממעותיו עבור חברו האם מועיל? ב"י – כן. רבינו ירוחם – לא, אא"כ הודיע למוכר שיקנה לחברו; וכן הסכים הש"ך. אמנם, אם עשאו חברו שליח מהני אף לרבינו ירוחם. דהוי כאומר 'תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך' דמיד שנתן נתחייב לו חברו מדין ערב, והוי כאילו הלוח לו המעות, וכאילו חברו בעל המעות וזכה בחפץ.

ר"י כתב שכן מפורש בסוגיא בב"ק קב. **הב"י תמה** שאין משם הוכחה לדין זה, שאדרבא משם מוכח שאע"פ שלא הודיעו למוכר שקונה עבור בעל המעות, קנה בעל המעות כיון שנתכוין לזכות לו וידו כידו, וכמו שכתב שם הרא"ש. **והש"ך תמה** דאדרבא מדברי הרא"ש הללו מוכח כדברי ר"י. שהרי הרא"ש אומר שכל זה נכון דווקא כשבא בשליחות בעל המעות, ומטעם דידו כידו, אך כשרוצה לזכות את הצבע של הצמר לאשתו לא מהני, עד שיודיע לצבע שיזכה לה, ד"אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר". וא"כ ה"ה הכא, שאינו יכול לזכות במעותיו לחברו אא"כ יזכה לו ע"י

אחר!! אלא שנשאר בצ"ע על הרא"ש דמשמע בסוגיא שכאשר קונה הקרקע ורושם השטר על ריש גלותא קנה ריש גלותא, אע"פ שהמעות אינם שלו!! ורעק"א והנתיבות תירצו דאין כוונת הש"ס דריש גלותא קונה, אלא שהלוקח קונה שהרי זה ממעותיו, והקושיא היא על בני מערבא מדוע קנה הלוקח הרי המוכר חושב שהוא קונה עבור ריש גלותא.

ולענ"ד נראה ליישב דברי הבי"י, שדווקא גבי צבע לצבע כתב הרא"ש דבריו. אולם כאשר אדם קונה חפץ עבור חברו מהני, אע"פ שהוא קונה ממעות עצמו, וכמו שכתב הבי"י שדווקא לחלק בין אם קונה מממון עצמו או מממון המשלח. וטעם הדבר, שבצמר לצבע החפץ שלו אלא שהצבע צובע אותו ומשביח אותו, וא"כ כיון שגוף החפץ שלי איני יכול להקנות אותו לחברי אם לא ע"י מעשה קנין של משהו אחר, כיון שאחרת הוא לא יצא מרשותי. ולכן צריך להודיע לצבע שיקנה אותו לאשה. אולם, כאשר אדם נותן מעות לחברו כדי שיקנה לו חפץ שמעולם לא היה שלו ועכשיו הוא נכנס לרשותו, אע"פ שהוא מתכוון לקנות עבור אדם אחר, והמוכר אינו יודע זה לא משנה, כיון שהוא עצמו עושה עכשיו מעשה קנין עבור חברו, וזה מהני שהרי החפץ עכשיו נכנס לרשותו. (משא"כ בצמר לצבע, שהצמר תמיד היה ברשותו ורק השביח ע"י הצבע).

סעיף ג

שליח שקנה לעצמו במעות המשלח, אף על פי שזקפן עליו במלוה, המקח של משלח. הגה: מיהו אם אמר השליח לפני עדים שחוזר בשליחותו י"א דקנה לעצמו (המגיד פ"ז דמכירה ומרדכי פ' הגוזל קמא), וי"א דבכל ענין הוא של המשלח (ר' ירוחם נכ"ז ח"א וב"י ס' קע"ו שתי הדעות).

שליח שקנה הסחורה לעצמו ממעות המשלח: שו"ע – אפי' אם יש עדים שזקפן עליו במלוה לא מהני, והמקח של המשלח. כדעת בעל המתיבות, הרמב"ם, הר"ן. רמ"א – י"א שאם יש עדים שזקפן במלוה מהני, אלא שאינו נאמן בלא עדים. כדעת הרשב"א. וי"א שאף אם יש עדים לא מהני, אך אם עשה שינוי וקנה סחורה אחרת – מהני. כדעת רבינו ירוחם.

ב"ק קב. שליח שנשלח לקנות חטיף וקנה שעורין, מבואר בגמ' שלמ"ד ששינוי לא קונה (ר"י), קשה מדוע נקנה המקח למשלח, הרי כיון ששינה ואינו שליח עוד, א"כ מי הודיעו למוכר שיקנה הסחורה לבעל המעות!! דכאשר עשה שליחותו ולא שינה, קנה המשלח כיון שיד השליח כידו, אולם כשינה ואינו קונה עבורו, א"כ איך יקנה המשלח!! אמנם, כתבו הראשונים (הרא"ש, הר"ף, הרשב"א) שלא קי"ל בבני מערבא, אלא אמרינן שאע"פ ששינה השליח הוא עדיין ממשיך להיות שליח, וממילא כשהוא קונה הוא עושה זאת עבור המשלח, אולם אם יחליט בפירוש להפסיק להיות שליח ולקנות עבור עצמו – מהני. **כך כתב הרשב"א בחידושי** להוכיח מהסוגיא הנ"ל.

אולם, הרמב"ם, הרי"ף ובעל המתיבות כתבו שאע"פ שהשליח יחליט בפירוש שהוא רוצה לקנות לעצמו – זה לא יועיל אם יעשה זאת בכסף של המשלח. והוכיחו כן מהתוספתא והירושלמי שהובאו בסעיף א שאמרו שאם קנה השליח לעצמו יכול המשלח להוציא ממנו בעל כרחו. ועוד כתב הרי"ף בהמקבל (ב"מ קד) שאם יוכל לבטל שליחותו, כל שליח בעסקא ילך ויודיע בפני עדים שהוא זוקף הכסף עליו במלוה וכל הרווחים יהיו לעצמו, וזהו דבר שא"א. וכתב הרשב"א שאת הקושיא הראשונה אפשר לדחות כיון שהירושלמי דיבר כשלא ידוע שקנה לעצמו, אך כשאמר כן בפני עדים נאמן ולא נוציא ממנו.

הדרכי משה הביא בשם רבינו ירוחם שאף אם אמר בפני עדים לא מהני תנאו, אפי"כ שינה מדעת בעה"ב דקנה בשינוי. אולם, אם התנה כן בפני בי"ד מהני תנאו. אך הרי"ף כתב במפורש שאף בפני בי"ד לא מהני, וכן פשט הרמב"ם ובעל המתיבות.

סעיף ד

ראובן שאמר לשמעון: זבין לי האי מידי, וזבין ליה סתמא, קנייה ראובן משעת משיכת שמעון. ואף על פי שחזר שמעון אחר משיכה ואמר: לעצמי כיונתי לקנות, אינו נאמן, אף על גב דיהיב שמעון דמים שלו, קנייה ראובן ויהיב לשמעון זוזי. אבל אם חזר בו שמעון קודם משיכה, ואמר שקונה לעצמו, אפי' חזר בין מתן מעות למשיכה, קנה לעצמו אי יהיב שמעון למוכר זוזי מדלילה. אבל אי יהיב ראובן זוזי לשמעון, ואזיל ויהיב זוזי למוכר בשמא דראובן, ומקמי משיכה הדר ביה שמעון ואמר: לעצמי אני קונה, לא קנה שמעון עד דמדוע למוכר ומכוין מוכר לאקנויי ליה. בד"א, בדאמר: זבין לי, אבל אי אמר: אייתי לי דאזבין, ואזל וזבין לנפשיה, זכה. הגה: ראובן שהיה יודע סחורה בזול ואמר לשמעון לקנותה להם ביחד, ושמעון שתק וקנאה, ושוב אומר: לעצמי קניתי, אם קנאה במעות שלו זכה שמעון במה שקנה, ואפי' אם נתרצה בתחלה בפירוש, יכול לחזור בו ואינו אלא רמאי. אבל אם קנאה במעות ראובן, צריך לחלוק עמו (ב"י בשם העיטור והגהות מרדכי פ"ד דב"מ); ואין המשלח יכול לחזור בו, ואפי' קנה שמעון במעות עצמו (ב"י בשם רשב"א).

1. ראובן ששלח את שמעון לקנות עבורו חפץ מסוים, וקנאו לו בסתם – נקנה החפץ לראובן משעת משיכת שמעון, ואינו נאמן לומר אח"כ שקנאו עבור עצמו. ואפי' קנאו שמעון ממונו אינו נאמן, דהלוא המעות לראובן ויחזור ויפרע ממנו. כ"כ הטור בשם הרמ"ה, והטעם כתב הסמ"ע דמסתמא אדם עומד באמונתו שכיון שהתחייב לחברו לקנות לו, מסתמא כך עשה ואינו נאמן אח"כ לומר שקנה לעצמו.

2. אמנם, אם חוזר בו שמעון קודם משיכה:

אם נתן מעות משלו – יכול לחזור בו קודם שמשך, אפי' אם כבר נתן המעות למוכר ע"ד לקנות לחברו, דמעות אינם קונות, ואינו עובר על מי שפרע, דלא תקנו מי שפרע אלא בין מוכר לקונה אבל לא בין שליח למשלח.

אך אם נתן מעות של המשלח – צריך להודיע למוכר שהוא חוזר בו, והמוכר צריך להתכוון להקנות לשליח. והוסיף הסמ"ע שצריך השליח לייחד מעות משלו בשביל המשלח, כמו שנתבאר בסעי' הקודם שלדעת השו"ע אין השליח יכול לקנות לעצמו בדמי המשלח.

3. אם ראובן שלח את שמעון להביא לו חפץ מסוים, והלך והביא ואמר שקנה לעצמו – נאמן. כיון שלא שלחו לקנות עבורו, אלא להביא והוא יקנה ממנו, וא"כ הוא יכול לומר שהתחרט ואינו רוצה למוכרו לו.

4. ראובן שאמר לשמעון שיקנה סחורה בזול עבור שניהם, והלך שמעון וקנאה בסתם, ואח"כ טוען לעצמי קניתי: אם קנאה במעותיו – זכה שמעון לעצמו, ואפי' אם נתרצה בתחילה בפירוש יכול לחזור בו. אך אם קנאה במעות ראובן – צריך לחלוק עמו. הקשו הסמ"ע והב"ח מסתירת דברי הרמ"א לקמן סי' רסט, דשם מבואר שאם נתרצה מתחילה בפירוש אינו יכול לחזור בו. וכן אם היה בידו מעות של ראובן, אינו יכול לחזור בו אף שקנה רק ממעותיו! הסמ"ע תירץ דהכא מיירי שטוען שחזר בו בפ"י קודם שלקח, ולכן מהני. אולם שם מיירי שלקח בסתם, ועכשיו רוצה לחזור בו. הב"ח תירץ דהתם מיירי שעשו ביניהם מעמד גמור בו התנו את כל התנאים ולכן א"א לחזור, משא"כ הכא שדיברו בצורה כללית, ולכן אין זה מחייב ויכולים לחזור בהם.

אך ראובן אינו יכול לחזור בו לאחר שקנה שמעון, ואפי' קנאה במעות עצמו. דכיון שהלך ועשה ציווי הרי הוא שלוחו וצריך לשלם לו.

סעיף ה

נתן מעות לשלוחו לקנות לו חטים, בין לסחורה בין לאכילה, והלך וקנה לו שעורים, או בהפך, אם היה בהם הפסד הוא לשליח; ואם היה בהם ריוח, הוא למשלח. הגה: והוא הדין אם נתן לו מעות במחצית שכר נמי דינא הכי (טור). וכן אם שלחו עם סחורה להוליכה למקום פלוני והשליח הוליכה למקום אחר, אם הפסיד ההפסד לעצמו; ואם הרויח, הרווח לשניהם (טור סימן קע"ו ורבינו ירוחם נ"ל ח"א).

1. שלח שליח לקנות לו חיטין ושינה וקנה שעורים או הפוך: אם הפסיד – ההפסד לשליח, ואם הרויח – הרווח למשלח, והש"ך כתב שיכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד שחולקים בשווה.

כעין זה נפסק בקעו, י לגבי שותף ששינה, רק שלגבי שותף הרויח לאמצע לכו"ע, שהרי הוא שותף בקרן.

2. הוא הדין אם נתן לו מעות למחצית שכר ושינה – אם הפסיד ההפסד עליו, ואם הרויח הרויח לאמצע דהרי הם שותפים.

וכן אם שילחו להוליך סחורה למקום פלוני, ושינה והוליכה למקום אחר – הדין כך.

ב"ק קב: "תנו רבנן: הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין, שעורין ולקח מהם חטין, תניא חדא: אם פחתו – פחתו לו, ואם הותירו – הותירו לו, ותני חדא: אם פחתו – פחתו לו, ואם הותירו – הותירו לו. אמר רבי יוחנן, לא קשיא: הא ר"מ והא רבי יהודה; הא ר"מ, דאמר: שינוי קונה, והא רבי יהודה, דאמר: שינוי אינו קונה. מתקיף לה ר' אלעזר: ממאי? דלמא עד כאן לא קאמר ר"מ – אלא במידי דחזי ליה לגופיה, אבל לסחורה לא אמר! אלא א"ר אלעזר: הא והא ר' מאיר, ולא קשיא: כאן לאכילה, כאן לסחורה". **וכתבו הרי"ף והרא"ש** שלהלכה קי"ל כר' יהודה ששינוי אינו קונה, ונמצא שאין הבדל בין אם שלחו לאכילה או לסחורה, בכל ענין אמרינן שאם שינה ידו על התחתונה, דאם פחתו – פחתו לו, ואם הותירו – הותירו לו. אמר ר' אלעזר, דאמר: שינוי קונה, דאמר: שינוי אינו קונה, אלא הרי הוא ממשיך להיות שליח, שהרי לא התכוון לקנותה לעצמו אלא למשלחו, ולכן אם הותירו – הותירו למשלח. אלא שאם פחתו – יכול לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, ולכן צריך השליח לקבל עליו את ההפסד. הרשב"א כתב בסוגייתו שהטעם הוא משום קנס, וכ"כ רש"י במשנה בדברי ר"י, שהרי כיון שהשליחות לא בטלה א"כ מדוע ההפסד עליו? אלא מטעם קנס.

מדוע אם הותירו הותירו לאמצע? הרי הוא רק שליח, ואין לו חלק בממון ומדוע שיקח חלק ברווחים?! התוס', הרא"ש, הרי"ף והרמב"ם פירשו שמיידי כשהשליח שותף, כגון ששלחו בעסקא ולכן אמרה הברייתא שהותירו לאמצע; אולם, אם הוא שליח סתמא הרי כל הרווחים הולכים לבעה"ב. וכן פסקו הטור והשו"ע בלא חולק. אולם, דעת הרא"ה, בעל העיטור ובעל המתיבות שהברייתא דיברה אף בשליח, והטעם שכיון שהריוח בא מחמת ששינה הרי זה כמו שליח שמצא מציאה שחולקים אותה ביניהם, ולכן הריוח לאמצע. וכתב הש"ך שכן נ"ל עיקר בש"ס, ולכן יכול המוחזק לומר 'קים ל' בדבריהם, אע"פ שרוב הפוסקים חולקים עליהם.

סעיף ו

היה השער קצוב וידוע, והוסיפו לשליח במנין או במשקל או במדה, כל שהוסיפו לו המוכרים הרי הוא של שניהם, וחולק התוספת השליח עם בעל המעות. ואם היה דבר שאין לו קצבה, הכל לבעל המעות. (מיהו אם אמר המוכר בפירוש שנותן לשליח, הכל של שליח) (ר"ן פ' אלמנה נזונית ותשובת רמב"ן סימן ס').

אם הוסיפו לשליח – של מי התוספת? בסעי' זה מדובר שהוסיף לו המוכר מדעתו ולא בטעות.

1. אם שלחו לקנות דבר שיש לו קצבה, כלומר שיש לו שער קצוב וידוע, והמוכר הוסיף לו מדעתו – חולקין ביניהם.

2. אם שלחו לקנות דבר שאין לו קצבה, כלומר שאין לו שער קצוב וידוע, כגון קרקע וכדו' – הכל למשלח.

3. אם אמר המוכר בפירוש שהתוספת היא עבור השליח – הכל לשליח בכל ענין. כן דעת הרמ"א.

כתובות צח: לגבי אלמנה שמכרה שוה מנה במאתיים, שאומרים לה היתומים שהתקבלה כתובתה, מקשה הגמ' מדוע לא נאמר שהריוח הולך לעצמה: "אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח, כאן שנה רבי: הכל לבעל המעות; כדתניא: הוסיפו לו אחת יתירה - הכל לשליח, דברי רבי יהודה, רבי יוסי אומר: חולקין; והתניא, רבי יוסי אומר: הכל לבעל המעות! אמר רמי בר חמא, לא קשיא: כאן בדבר שיש לו קצבה, כאן בדבר שאין לו קצבה. **אמר רב פפא, הלכתא: דבר שיש לו קצבה - חולקין, דבר שאין לו קצבה - הכל לבעל המעות.** מאי קמ"ל? שינויא דשנין שינויא הוא".

בטעם החלוקה בין דבר שיש לו קצבה לדבר שאין לו קצבה, **כתב רש"י: "שיש לו קצבה - כגון קטנית הנמכר בחנות במדה מלא כלי בפרוטא אם הוסיפו אחת יתירה חולקין דמתנה הואי יש לומר לשליח נתנה ויש לומר לבעל מעות נתנה. דבר שאין לו קצבה - כגון טלית וחלוק וירק הנמכרים באומד, פעמים מוותר למכור בזול ופעמים בצמצום, הכל לבעל מעות שאין כאן מתנה אלא מכר."** מבואר בדבריו שבדבר שאין לו קצבה אנו אומרים שגם התוספת היא בעצם חלק מהמחיר ולכן ברור שהיא הולכת לבעל המעות, אולם בדבר שאין לו קצבה הרי המוכר נתן לו מתנה, ואנו מסופקים למי נתנה ולכן חולקים ביניהם. **אלא שעל כך קשה,** אי"כ מדוע לא נאמר כמו בכל ספק ממון – המע"ה, ונשאיר את המעות ביד השליח!! וכך הקשו שם **התוס' (ד"ה אמר רב פפא) לפירוש, ולכן פירשו** שהמתנה צריכה להיות עבור השליח, אלא שכיון שלולי מעותיו של המשלח לא היה מקבל השליח מתנה, נמצא שע"י מעותיו נשתכר וצריך ליתן לו חלק בריוח. **וכך הסכימו הרא"ש, הרי"ף, הרשב"א בעל העיטור.**

הר"ן כתב שהנפק"מ בין רש"י לרי"ף היא במקרה בו אמר המוכר בפירוש שכוונתו לתת את המתנה לשליח, דלרש"י הכל לשליח, ואילו לרי"ף אפי' בכה"ג חולקים כיון שלולי מעותיו של המשלח המוכר לא היה נותן לו מתנה, ונמצא שעדיין מגיע לו חצי. הרמ"א פסק כאן כטעמו של רש"י, והש"ך הקשה מדוע השמיט את דעת החולקים, ועוד שהרי בירושלמי מפורש כדבריהם!! הקצות תירץ כיון שהרמב"ם כתב שטעמו של רש"י יותר מסתבר, לכן הרמ"א נקט כמותו. אולם, הוסיף הסמ"ע והסכימו עמו הט"ז והנתיבות שלפעמים לפי ראות עיני הדיין יש לסמוך על טעמם של הרי"ף והרא"ש.

סעיף ז

שלח שלוחו לקבל מעות מהעובד כוכבים, וטעה העובד כוכבים ונתן לו יותר, הכל לשליח. הגה: ודווקא שידע השליח בטעות קודם שבאו ליד המשלח, אבל אם לא ידע בטעות ההוא ונתנו ליד המשלח, הכל של המשלח (מרדכי פ' אלמנה נזונית). ומי שהיה עושה סחורה עם העובד כוכבים, ובא חבירו וסייעו והטעה העובד כוכבים במדה או במשקל או במנין, חולקין הריוח בין שעשה עמו בשכר או בחנם (מרדכי פרק הנ"ל ותשובת מ"י דקנין סימן כ"ב וד"ע אף להרא"ש).

מה הדין כאשר התוספת לא באה מדעת המוכר, אלא מחמת טעות?

1. אם טעה המוכר הגוי בחשבונו ונתן לו יותר ממה שמגיע לו – הכל לשליח. ודווקא כשהשליח שם לב לזה לפני שנתן הכסף למשלחו, אך אם כבר הגיעו המעות ליד המשלח – זכה בהם המשלח, ושוב אין יכול השליח להוציא מידו. הסמ"ע כתב שהיינו דווקא כשטעה בחשבונו (כלומר שידע מה המחיר, אלא שטעה

ונתן יותר כסף. אולם, אם טעה במקח וחשב שהוא שווה יותר ולכן שילם יותר ממה ששוה הדין הוא שבדבר שיש בו קצבה חולקין, ובדבר שאין בו קצבה – הכל למשלח. כמו שמבואר בטור בשם ר"י, ותמה מדוע השו"ע והרמ"א לא הזכירו חילוק זה? ולעני"ד לא כתב כן, כיון שמבואר מתוך דבריהם שלא דיברו אלא בטעות שהיא חיצונית למקח, כמו גנב וגזל, אולם כשטעה במחיר הקרקע פשיטא שהכל לבעל המעות שהרי לו התכוון להקנות ולא לשלח. והרי זה בכלל מה שכתבו בסעיף הקודם.

2. אם עסקו בשותפות, ואחד מהם הטעה את הגוי חולקים הריוח ביניהם בשוה. והשו"ע פקפק בזה מדוע לא נאמר אף כאן שזכה המטעה בעצמו.

כתובות צח: כתבו התוס' (ד"ה אמר רב פפא) שר"ת נשאל שאלה זו, ובתחילה ענה שחולקים הריוח בשוה אף בדבר שאין בו קצבה, כיון שהטעם בדבר שאין בו קצבה שהכל למשלח הוא מפני שאין זה מתנה אלא זהו המחיר של החפץ. אולם, כשטעה בחשבון ודאי שזה תוספת וממילא גם לשליח יש חלק בה. ואח"כ חזר בו וסבר שהכל למשלח, דבדבר שאין בו קצבה הכל לבעל המעות. אולם, ר"י חלק עליו וסבר שבטעות בכל ענין הכל לשליח, בין בדבר שיש בו קצבה ובין בדבר שאין בו קצבה, כיון שטעות זה ענין נוסף, וכמו שאם גנב וגזל מהעכו"ם שאין למשלח שום שייכות לזה, וזה לא בא ע"י מעותיו. ועוד שודאי בטעות יכול השליח להחזיר הטעות לעכו"ם, א"כ מוכח שאין למשלח זכות בה. ועוד כתבו שהרי אם הגוי יגלה הטעות הוא יחזור רק על המשלח; וכן כתב הרא"ש. וכן פסקו לדינא השו"ע והרמ"א.

3. אם השליח הברית מהמכס – זכה השליח לבדו. כ"כ הש"ך.

סעיף ח

ראובן שלח את שמעון שיקח לו בגד בהקפה, וכשהגיע זמן הפרעון נתן לו המעות לפרוע ונמצא שהמוכר שכחם, צריך להחזירם לראובן ואינו יכול לומר: אני רוצה לעכבם שמא אחר זמן יזכרם העובד כוכבים, וגם אינו יכול לומר: אני רוצה לקדש השם ולהחזירם לעובד כוכבים (דומה לזה בטור ובדברי המחבר בס' ע"ב סל"א).

כ"כ המהר"ם בתשובה, וטעמו שפשיטא שהכסף שייך לראובן, ואינו יכול לעכבם בידו בתור ערבון, שהרי מלכתחילה לא דרש ממנו ערב. ולגבי טענת קידוש ה', יכול לקדש ה' משלו אך לא מממון חברו. ודלא כרבינו אפרים שחלק וסבר ששמעון זכה במעות אם נתייאש מהם הגוי, אלא שקשה להוכיח שהגוי נתייאש ולא יבוא לתובעם ולכן צריך להחזירם לראובן.

סעיף ט

והוא הדין אם ראובן חייב מעות לעובד כוכבים, ונתנם לחבירו לפרעו ושכחם העובד כוכבים, יחזיר לראובן. הגה: וכן מי שנתן ביד חבירו חמשים זהובים לפשר עם בעלי חובות שלו, ופשר בכ"ה, המותר למשלח (ב"י בשם הגהות מרדכי דכתובות). וכן אם נתן לו מאתים לשלם לעובד כוכבים, והשליח הטעה לעובד כוכבים ונתן לו רק מאה, והעובד כוכבים סבור שנתן לו מאתים, דהכל למשלח, דהוא כאלו מחל העובד כוכבים חצי החוב, דהוי של משלח (הגהות מרדכי פ' אלמנה ניזונית).

דינים הללו הם אותו עקרון של הסעיף הקודם, דכיון שהממון הוא של המשלח – לא יצא מרשותו, וצריך להחזירו לו, אע"פ שנתן לו אותו כדי לשלם לבעלי חובותיו.

סימן קפד

הקונה שדה על שם אחד ואחר כך אומר שהוא לעצמו, ודין שליח מקנה לג' ביחד, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

שלשה שנתנו מעות לאחד לקנות להם מקח, אם היו המעות מעורבים וקנה במקצת הדמים, אף על פי שהיתה כונת השליח שזה שקנה לאחד מהם, הרי המקח של כולם וחולקים אותו לפי מעותיהם. הגה: מיהו אם פירש בהדיא שקנה לאחד מהן, הרי חזר משליחות האחרים וזכה זה שקנה לו (טור בשם ר' ישעיה). היו מעות של כל אחד מהם צרורים וחתומים, אף על פי שהיה בלב השליח הזה שיקנה המקח לכולם, לא קנה אלא זה שקנה המקח במעותיו, בלבד.

סעיף ב

ראובן שקנה שדה משמעון ואמר ליה ללוי קניתי אותה, וכתב שטר מכר בשם לוי, וחזר ראובן ואמר לשמעון: לעצמי קניתי חזור וכתוב שטר מכר בשמי, אין כופין את המוכר לכתוב לו שטר אחר בשם ראובן. ואם התנה עמו מתחלה ואמר ליה: לעצמי אני קונה וזה שאכתוב שטר בשם לוי כדי שלא ידעו בי שאני הוא הקונה, הרי זה כופהו לכתוב שטר אחר בשמו. ולא עוד אלא אפילו לא אמר כן למוכר, אלא שאמר לעדים תחלה בפני המוכר: יש לכם לכתוב לי שטר אחר על שמי, כופין אותו לכתוב שטר אחר על שמו. הגה: ואם קנה קרקע תחלה על שם לוי, אף על פי שלוי לא עשאו שליח, אם קנה במעות לוי לא יוכל לחזור בו (הגהות מרדכי פ"ד דמציעא).

ב"ה יום ה' כ"ג שבט ה'תשע"ה

סימן קפה

סרסור שמכר בפחות או ביותר ממה שאמר לו בעל הבית, ושאר טענות שבינו לבין בעל הבית, ובו י' סעיפים.

סעיף א

הסרסור, שליח הוא, אלא שנוטל שכר שליחותו. לפיכך אם שינה דעת הבעלים, משלם מה שהפסיד. כיצד, ראובן שנתן חפץ לשמעון הסרסור ואמר ליה: מכור לי זה ואל תמכור בפחות ממאה, והלך ומכרו בחמשים, משלם החמשים מביתו. מכר במאתים, הכל לראובן. הגה: מי ששלח שליח להוליך לו דבר למקום אחד, ובתוך כך שלח לו דורון, הוי שומר שכר (הגהות מרדכי דב"מ).

1. סרסור הרי הוא שליח בשכר, ולכן דינו כשומר שכר וחייב בגניבה ואבידה. ואם שינה מדעת הבעלים משלם מה שהפסיד, ודבר זה נכון אף בשליח רגיל.

2. אם אמר לסרסור למכור לו חפץ, וציווהו שלא ימכרהו בפחות ממנה, והלך ומכרו בחמשים – משלם החמשים מביתו. ואע"פ שהחפץ אינו שווה רק חמשים, וא"כ מדוע שישלם יותר משווי הרי כל הגזלנים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה!! ועוד, שכיון שציווהו למכור לו במאה ועבר על שליחותו, א"כ מדוע המקח חל!! כיון שודאי כוונת השליח להמשיך להיות שליח, אלא ששינה מרצון בעה"ב וא"כ אכן סהדי שכוונתו לתקן את העויות שלו מעצמו כדי שלא יהיה גזלן, ולכן כוונת השליח לשלם מביתו לבעה"ב; נתיבות.

3. אם הלך ומכרו במאתים – הכל למשלח, כיון שהמשלח לא הקנה לו את החפץ. ואפי' אמר לו שימכרהו בפחות משווי והלך ומכרו ביותר – הכל למשלח. ודווקא בדבר שאין לו קצבה כמבואר בס"י קפג, ו; סמ"ע ונתיבות.

4. האם יכול הקונה לעשות הסרסור כשליחו לקנייה? ש"ך – לא, דהוי ספיקא דדינא בקידושין סג: האם שליח הולכה של גט יכול להיות גם שליח קבלה. נתיבות – כן, דדוקא בגט הוי ספק האם בעינן חזרה שליחות אצל הבעל, דטלי גיטך מע"ג לא מועיל בו. אולם, בממון כיון שאמר לו 'לך חזק וקני' נגמרה שליחותו, ושוב יכול להיעשות שליחו של הקונה להחזיק בחפץ עבורו.

סעיף ב

אין שליח יכול לקנות לעצמו, אפי' באותם דמים שהרשוהו בעלים למכור.

סעיף ג

נתן חפץ לסרסור למכור בארבעה, ואמר הסרסור כשבא החפץ לידו: הילך ארבעה בשבילו, ונתפייס המוכר, אינו יכול לחזור בו אף על גב דמעיקרא לאו אדעתא דהכי נתנו לו.

אין השליח יכול לקנות החפץ לעצמו, אפי' באותו מחיר ששלחוהו למכור. אולם, אם התרצה המשלח למכור לו מהני. הטעם מפני שיד השליח כיד בעה"ב, ולכן אינו יכול לקנות החפץ לעצמו, דבמכר צריך שיצא החפץ מרשות הבעלים, ונמצא שלא יצא מרשותם. אמנם, אם נתפייס המוכר קנה, דכיון שהסכים לכך נמצא שידו כבר אינה כיד המשלח ואינו שלוחו בכך. בדעת הרא"ש בתשובה הסתפק הב"י האם הוא מודה לדין זה או לא, אך כתב שלו עצמו כך נראה מסברא שאם בעה"ב נתרצה מהני, ואפשר שאף הרא"ש מודה לכך.

סעיף ד

אמר בעל הבית לסרסור: המותר שימכר על כך יהיה שלך, אף על פי ששתק הסרסור, זכה במותר.

דמסתמא כיון ששתק הסכים לכך.

סעיף ה

ראובן אומר: במאה אמרתי לך למכרו, והסרסור אומר: בחמשים אמרת לי וכן מכרתי, נשבע הסרסור שבועת התורה, שהרי הודה במקצת. ואם כבר נתן לו החמשים, או שאמר ליה: הילך, נשבע היסת שעשה שליחותו, וזכה הלוקח. ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא וזה המוכר לו סרסור הוא, יחזיר החפץ לבעלים ויחזיר על מי שנתן לו רשות למכור בחמשים או שרצה בחמשים וחזר בו אחר שקניתי. הגה: ו"א דאין הקונה צריך להחזיר, אפילו מודה סרסור לדברי המוכר (טור בשם הראב"ד).

1. אם חלוקים בכמה ציווהו למוכרו, המשלח אומר במנה אמרתי לך למכרו והשליח אומר שציוה למכרו בחמישים – נשבע שבועת התורה כדין מודה במקצת; וא"כ כבר שילם לו החמישים שהודה או שאמר לו הילך שאז נשבע היסת. כדעת הרמב"ם ולא כראב"ד. **לדעת הש"ך** מדובר כשבעה"ב טוען ציוויתך למכרו במנה וכן עשית והשליח מכחיש, אך אם טוען ציוויתך למכרו במנה ומכרת בחמישים – נשבע היסת. **אולם, לדעת הנתיבות** מיירי בכל ענין כפשט השו"ע.

הרמב"ם והראב"ד נחלקו בדיון זה: דעת הרמב"ם כפסק המחבר, והראב"ד השיגו שאין כאן שבועת התורה שהרי אין בעה"ב יודע בכמה מכר אלא מפי השליח, ואינו תובע אלא החפץ ואין זה דבר שבמידה ובמשקל ובמנין. הב"י כתב שטעם הרמב"ם שהרי אינו מכחיש השליח, אלא שאומר שציווהו למוכרו ביותר. הש"ך כתב שעדיין לא ברירא לו, שהרי עיקר תביעתו היא על החפץ ולא על המעות!! ולכן כתב שמיירי שתובעו מכרת במאה כמו שציוויתך, ונמצא שתביעתו היא שיש בידו ק' זוז שהוא חייב לו, והוי תביעת מעות! אך אם אינו יודע אם מכרו או לא – לא הוי אלא תביעת חפץ ואין פה שבועה דאוי.

הנתיבות הוכיח שאף כשבעה"ב תובע החזר לי החפץ או דמיו הוי תביעה של דבר שבמידה ונשבעין עליה, כדמוכח מהמלוה על המשכון (שבועות מג) שטוענו 'סלע הלויתך עליו ושנים היה שוה' והלה מודה במקצת ואע"פ שהתובע אינו יודע שהמשכון אבד אלא מפי המלוה. ולכן ביאר שהכא נחלקו דווקא כמו שביאר בסעי' א', שהביא לו חפץ ששוה נ' למכרו במאה (ביותר מדמיו), ולכן כשאינו יודע אם אבד או לא, אינו תובעו אלא חפץ שהרי אם לא מכרו לא נתחייב לו ביותר מדמי החפץ, ונמצא שאינו תובעו בדבר שבמידה. ודעת הרמב"ם כיון שסו"ס השליח מודה לו שמכרו, נמצא שהמלוה תובעו נתחייבת לי מנה בגלל שמכרת אותו בני' והלה מודה לו במקצת דחייב שבועה. ודעת הראב"ד מפני שהחזיר נובע בחצי מחמת פקדון (שו"י החפץ האמיתי) ובחצי מחמת התחייבות ודעת הראב"ד שבכה"ג אין שבועה; אבל לדין שאף בכה"ג יש שבועה – הדין כמו שפסק הרמב"ם.

2. לגבי החפץ שמכר – אם לא הודיע ללוקח שהוא שליח – זכה הלוקח במקחו. ואם הודיעו: שו"ע – מחזיר לבעלים, כדעת הרמב"ם. רמ"א – אינו צריך להחזיר, ואף כשמודה הסרסור לדברי המוכר, כדעת הראב"ד, שיכול לומר איני מאמינך דקנוניא אתם עושים עלי.

התקשו האחרונים בטעמו של הרמב"ם הרי בסימן קפב מבואר שיכול הלוקח לומר הבא ראייה שלא עשיתו שליח בין לתקון ובין להפסד, וא"כ מדוע הכא לא יוכל לומר לו כן?! הסמ"ע ביאר שזהו טעמו של הראב"ד, אלא שהרמב"ם מחלק בין שליח בחינם לשליח בשכר, דשליח בחינם אמרינן שמסתמא עשאו אף להפסד דא"כ לא היה מסכים להכניס עצמו לשליחות. אולם בסרסור כיון שיש לו ריוח מהשליחות, הוא מסכים להכניס לשליחותו אע"פ שלא עשאו שליח אם יקלקל. הש"ך כתב שהחילוק הוא פשוט, דשם מדובר שעשאו שליח לקנות עבורו, והמוכר הוא המוחזק לכן הוא אומר למשלח שיביא ראייה שהרי המע"ה, אולם אצלנו המשלח מוחזק ולכן חובת הראייה על הקונה. הט"ז תירץ דשם אין מח' בין השליח למשלח, אולם כאן שהמשלח והשליח חלוקים ביניהם – ידו של המשלח על העליונה.

הנתיבות כתב שדין זה הוא דווקא כשנתאנה השליח, ולכן אומר הרמב"ם שלא עשאו מן הסתם שליח גם לעוות. אולם כשלא נתאנה השליח, אלא שבעה"ב טוען שציווהו למכרה ביותר – הרי השליח נאמן, כיון שהימני הבעה"ב כמו שלישי בעלמא.

3. **הש"ך כתב** שכל הדין של הרמב"ם שכאשר הודיעו שהוא שליח מבטלים השליחות – הוא רק כשהודיעו של מי הוא שליח. אך אם הודיעו בסתם שהוא שליח לא מהני.

4. **הנתיבות התקשה מדוע כשלא הודיעו שהוא שליח לא אמרינן שהמכר בטל, הרי אין אדם מוכר חפץ שאינו שלו?** תירץ ששליח הוא כמו שלישי שהרי האמינו המשלח בכך שמסר בידו, ואף כאן האמינו שהמקח יתקיים אף אם ישנה ובתנאי שהשליח יקח עליו אחריות לתקן ההפסד. ולכן כשלא הודיעו אמרינן שמסתמא הוא לוקח עליו אחריות, שהרי אינו רוצה להיות גנב; אולם כשהודיעו הרי פירש בפירוש שאינו רוצה לקחת עליו אחריות, ולכן המקח בטל.

סעיף ו

כל סרסור שהודיע ללוקח שחפץ זה או קרקע זה של ראובן, ואחר שקנה הלוקח אמר המוכר: איני רוצה למכור בדמים אלו, מחזיר הלוקח, שהרי לא פסק לו דמים ואמר

לו מכור בכך וכך. הגה: ו"א דוקא שלא אמר לו כלום בשעת שהפקידו, אבל אמר לו: מכור במה שתמצא, לא יוכל המוכר לחזור בו ומה שעשה הסרסור עשה (טור בשם הראב"ד). ראובן היה לו בית למכור, ובא שמעון וסרסר למכרו ללוי, ואמר ראובן שלוי שונאו ואינו רוצה למכור לו, ואחר כן מכרו ללוי ע"י אחר, חייב ליתן לשמעון סרסרותו (ב"י בשם הרא"ש כלל ק"ה סימן א').

מה הדין כשמכר אם לא ציווהו בכמה למוכרו והלך ומכרו בסכום מסוים, האם יכול המשלח לומר איני רוצה למכרו בסכום זה? כתבו הנתיבות והב"ח דמירי כשנתאנה השליח, דאם מכר בשווי החפץ ודאי שאין המשלח יכול לחזור בו והמכר חל.

1. אם לא הודיע ללוקח שהוא סרסור – המקח קיים מול הלוקח, כמו שנתבאר בסי' קפב.

2. אם הודיע ללוקח – דעת הרמב"ם שיכול לחזור בו, דבסתם איננו אומרים שאמר לו בין לתקן ובין לטעות כמו שנתבאר בסעי' הקודם. דעת הראב"ד שרק כששלחו בסתם יכול לחזור בו, אך אם אמר לו 'מכור בכמה שתמצא' הוי כאומר לו בפירוש בין לתקן ובין לעוות. הסמ"ע הבין שאף הרמב"ם מודה לדין זה, הב"ח הסתפק שאולי הרמב"ם חולק וסובר שאף בכה"ג לא התכוון לומר שימכרנו אף בפחות, אלא שימכור ביותר משווי כמה שיוכל. ואף הסמ"ע כתב שמשמע מלשון הרמ"א שהבין שהראב"ד חולק. אולם, כתב בשם הב"י שמסתבר שאם מכר בהרבה פחות משווי המקח בטל, דלא הייתה כוונתו שימכור שווה מנה בחמישים.

סעיף ז

כל סרסור שאבד החפץ מידו או נגנב, אפילו בשעת הליכה, חייב לשלם, מפני שהוא נושא שכר.

סעיף ח

ראובן נתן טבעת לסרסור למכור, והפסיד האבן מהטבעת, ישבע הסרסור שאינה ברשותו, וישבע כמה היה שוה האבן, ויפרע שווייה.

כמו הדין של המלוה על המשכון.

סעיף ט

הנותן כליו לסרסור למשכנם לו, ואמר: איני יודע היכן משכנתים, פשיעותא היא וחייב לשלם. ואם א"ל: משכנם ביד פלוני, וכן עשה, ואחר כך כפר בו אותו פלוני, פטור הסרסור.

אם משכנם אצל אחד, והוא כופר בו – סמ"ע – חייב לשלם, דפשע שלא משכן אצלו בעדים. כ"כ בדרכי משה בשם הנמוקי, וטעות סופר שהשמיטו כאן. ש"ך – פטור, ואין זה ט"ס דכבר פקפק הנמוקי בדין זה.

סעיף י

סרסור שנתן כלי לבקרו, ולא רצה המבקר להחזירו, חייב הסרסור.

מפני ששומר שכר חייב אף בפשיעה הקרובה לאונס, כל שאינו אונס גמור. כדמוכח בב"מ צג: שאפ"י על באידנא דעיילי אינשי חייב; סמ"ע בשם הרשב"א.

וכל שכן שאין לסרסור למכור חפץ באשראי, אלא אם כן נטל רשות מבעל הכלי. הגה: השדכן הוי כמו סרסור. ואם השדכן רוצה שישלמו לו מיד שכר שדכנות, והבעלים אינם רוצים לשלם עד הנישואין, תלוי במנהג המדינה. ובמקום שאין מנהג, הדין עם הבעלים. ובמקום שאין צריך לשלם לו עד הנישואין, אם חזרו בהן ונתבטל השדכנות פטורים הבעלים מלשלם לו שכר, אלא אם כן התנו בהדיא על מנת שיתפייס, ואז צריך לשלם לו מיד, אפילו יחזרו בהן (פסקים וכתבים מהרא"י סימן פ"ה).

1. שדכן הרי הוא כסרסור.

2. האם חיוב התשלום לשדכן הוא כשחותמים תנאים או רק לאחר הנישואים? תלוי במנהג המדינה. אם אין מנהג: רמ"א – בשעת הנישואין, דקודם לכן אולי יחזרו בהם ונמצא שלא הועילה שדכנותו. ואע"פ שיש

קנס על החוזר בו, אין זה בכלל רווח, שהרי זה כדי לשלם את הוצאות הבושת והצער, ואדרבא היה עדיף שלא היה שידוך מעולם; סמ"ע דלא כע"ש. ש"ך בשם מהרש"ל – בשעה שעושין קניין לקנס אם יחזרו בהן.

סימן קפו

הלוקח כלים מן האומן למכור, ובו ב' סעיפים.

סעיף א

הלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו, ואמר לו: אם מקבלים אותם ממני אתן לך דמיהם ואם לאו אתן לך שכר מועט, ונאנסו בהליכה, חייב. ואם נאנסו בחזרה, פטור. אבל אם נגנבו או אבדו, חייב.

סעיף ב

נטלם על מנת למכרם, ואמר ליה: אם ימכרו במקום פלוני או עד זמן פלוני אתן לך דמים כך וכך ואם לא ימכרו אחזירם לך, ונאנסו בין בהליכה בין בחזרה, חייב לשלם. וי"א דהני מילי בדבר שיש לו קונים הרבה ויכול למכרו מיד בדמים שקצב, אלא שמחזר למכרו ביותר כדי שישתכר בו, דאם לא כן פטור מאונסים ואינו חייב אלא בגניבה ואבידה, כדין סרסור. הגה: ואם קצב לו דמים ואמר לו: כל הריוח מזה נחלוק בינינו, אין לו אלא דין סרסור ואינו חייב באונסין (בית יוסף).

סימן קפז

דין שליח שטוען שאירעו לו אונסים, ובו ד' סעיפים.

סעיף א

כל שליח שטוען שאירעו אונס פלוני והפסיד כך וכך, הרי זה נשבע שבועת השומרים על טענתו, ויפטר. ואם היה האונס במקום שאפשר להביא עליו עדים, או דבר שהוא גלוי וידוע, שהרי ימצא עדים, הרי זה צריך להביא ראיה על טענתו; ואם לא הביא עדים, אינו נאמן, ומשלם.

אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם – הא יש רואה יביא ראיה ויפטר.

סעיף ב

מעשה באחד שאמר לשלוחו: קנה לי ארבע מאות גרבי יין, ממעות שהיו לו בידו, וקנה לו ונמצא חומץ, אמרו חכמים מניין גדול כזה שהחמיץ קול יש לו, הואיל ואפשר להביא ראיה, יביא ראיה שלא היה היין חומץ בשעה שלקח, ויפטר. ואם לא יביא ראיה, ישלם; וכן כיוצא בזה מדברים שהראייה מצויה בהם, אבל דבר הנעלם שאין ראייתו מצויה, ישבע עליו.

סעיף ג

וכן הדין בכל טענות שיטעון השותף כיוצא בו. וכן הדין בטענת השומרים, אם הראיה יכולה להיות, או יביא ראיה על טענתו או ישלם. הגה: ודוקא בטענת שומרין, אבל בטענת פרעון והשבה וכיוצא בה, דעבידי אינשי דפרעי בצנעא, אפילו יש ראיה מפטר בשבועה (טור בשם הרמ"ה).

סעיף ד

נתן מעות לחבירו לקנות לו חטים, וכן עשה, ושם החטים בבית אחד ונרקבו מחמת גשמים שירדו עליהם, חייב לשלם.

ב"ה יום א' כ"ו שבט ה'תשע"ה

סימן קפח

אין שליחות לעובד כוכבים ויש שליחות לעבד ואשה, ובו ו' סעיפים.

סעיף א

אין העובד כוכבים נעשה שליח לדבר מהדברים שבעולם, וכן אין ישראל נעשה שליח לעובד כוכבים לדבר מהדברים.

1. גוי אינו נעשה שליח לישראל, וכן אין ישראל נעשה שליח לגוי. ב"מ עא: "רב אשי אמר: כי אמרינן אין שליחות לנכרי - הני מילי בתרומה, אבל בכל התורה כולה - יש שליחות לנכרי. והא דרב אשי ברוותא היא, מאי שנא תרומה דלא - דכתיב אתם גם אתם; מה אתם בני ברית - אף שלוחכם נמי בני ברית. שליחות דכל התורה כולה נמי מתרומה גמרינן לה. אלא דרב אשי ברוותא היא. איכא דאמרי, אמר רב אשי: כי אמרינן אין שליחות לנכרי - הני מילי אינהו לדידן, אבל אן לדידהו הוינא להו שליח. והא דרב אשי ברוותא היא. מאי שנא אינהו לדידן דלא - דכתיב אתם, גם אתם לרבות שלוחכם; מה אתם בני ברית - אף שלוחכם בני ברית, אן לדידהו נמי, מה אתם בני ברית קאמר. אלא הא דרב אשי ברוותא היא".

2. גוי נעשה שליח לגוי, כ"כ הש"ך בשם המשאת בנימין. והקצות הביא ש?? כתב שהתירו"ד חולק וסובר שאינו נעשה שליח, אך כתב שאין ראיה מהתירו"ד הזה.

סעיף ב

עושה אדם שליח, איש או אשה, ואפילו אשת איש, ואפילו עבד ושפחה, הואיל והם בני דעת וישנם במקצת מצוה, נעשים שלוחים למשא ומתן. אבל מי שאינם בני דעת, והם: חרש, שוטה וקטן, אינם נעשים שלוחים ולא עושים שליח, אחד הקטן ואחד הקטנה.

לפיכך השולח בנו קטן אצל החנוני, (ונתן בידו פונדיון שהוא שני איסרין ונתנו לחנוני) ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר ואבד את השמן ואת האיסר, החנוני חייב לשלם, שלא שלחו אלא להודיעו, ולא היה לו לשלח אלא עם בן דעת; וכן כל כיוצא בזה. הגה: ועל הצלוחית שנתן המשלח ליד הקטן ומדד החנוני לתוכו, אם שברו הקטן, החנוני פטור, אא"כ לקחו מידו ומדד לאחרים והחזירו לידו (טור). ואם פירש ואמר: שלח לי עם הקטן, ה"ז פטור.

1. שליחות היא גם ע"י אשה, ואפי' אשת איש אע"ג דרשות אחרים עליה, ואינה דומה כ"כ למשלח. וכן ע"י עבד ושפחה ואפי' כנענים, מפני שהם בני דעת וישנם במקצת מצוות.

עירובין עט: במשנה "כיצד משתתפין במבוי? מניח את החבית, ואומר: הרי זו לכל בני מבוי. ומזכה להן על ידי בנו ובתו הגדולים, ועל ידי עבדו ושפחתו העברים, ועל ידי אשתו. אבל אינו מזכה לא על ידי בנו ובתו הקטנים, ולא על ידי עבדו ושפחתו הכנענים, מפני שידן כידו". ודווקא שם לא מהני לזכות ע"י עבד ושפחה כנענים, דכיון שידם כידו לא יצאו מרשותו. אולם, בעלמא בני שליחות הם מפני שחייבים במצוות כאישה.

2. מה הדין פיקח שמינה שליח לגירושין ונשתטה? רמב"ם - מדאורי' השליחות אינה בטלה, אולם מדרבנן בטלה, שלא יאמרו ששוטה יכול לגרש. טור - מדאורי' השליחות בטלה. הקצות הבין שמח' נכונה גם כשעשה שליח ומת, שלדעת הרמב"ם השליחות אינה בטלה, אלא שאינו יכול לגרש כיון שהאשה כבר אלמנה. ולכן כתב שכשעשה שליח לתת מתנה בשטר, למ"ד שעדין בחתומיו זכין לו, יכול ליתנה גם לאחר מיתה. ולענ"ד אין להוכיח משוטה למת, דבשוטה החסרון שאינו יכול למנות שליח, אך אם מינה שליח ונשתטה השליחות אינה בטלה, שהרי השליח יכול לייצג אותו. אולם, אדם שמת השליחות בטלה, שהרי לא שייך לייצג מתים.

3. השולח בנו קטן אצל חנוני ואיסר ומעות בידו, ושלח החנוני על ידו עודף ובקבוק שמן - ואיבד הקטן המעות והשמן - חייב החנוני לשלם, דלא שלחו אלא להודיעו. אמנם, אם שלח האבא איתו בקבוק שמן - פטור על הבקבוק.

ואם אמר לו לשלוח לו ע"י הקטן - פטור החנוני, דאבידה מדעת היא.

ב"ב פז: במשנה: "השולח את בנו אצל חנוני (ופונדיון בידו), ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר, שבר את הצלוחית ואבד את האיסר - חנוני חייב; רבי יהודה פוטר, שעל מנת כן שלחו. ומודים חכמים לר' יהודה, בזמן שהצלוחית ביד

התינוק ומדד חנווני לתוכה - שחנווני פטור. **גמ'.** בשלמא באיסר ושמן - בהא פליגי, דרבנן סברי: לאודועי שדריה, ור' יהודה סבר: לשדורי ליה שדרי, אלא שבר צלוחית - אבדה מדעת היא! וכו' אלא אמר רבא: אני וארי שבחבורה תרגימונה, ומנו? ר' זירא, הכא במאי עסקינן - כגון שנטלה למוד בה לאחרים, ובשואל שלא מדעת קא מיפלגי, מר סבר: שואל הוי, ומר סבר: גזלן הוי". והלכה כתי"ק שלאודועי שדריה, ולא היה לו לשלח ביד בנו קטן אלא ביד שליח בן דעת; אולם לגבי הצלוחית אם לא השתמש בה פטור דאבידה מדעת היא. מדוע לגבי המעות לא אמרינן אבידה מדעת? הרשב"ם כתב שאע"פ שבהליכה היא אבידה מדעת, אך בחזרה כיון שאלודועי שדריה לא היה לו לשלחו בחזרה בידו. אולם התוס' כתבו שאף לגבי המעות אמרינן אבידה מדעת, אלא שכיון שהחנווני קיבלם והם בעין אצלו, א"כ מעותיו של האבא לא אבדו. ואע"פ שהוא שלח לו איסר כנגדם, אך כיון שהאיסר לא הגיע לידו - הרי זה כאילו לא נתן לו כלום וחייב להחזיר לו האיסר והשמן. וכ"כ הבי"י והסמ"ע שאם שילח לו הפונדיון שלו ביד בנו - פטור עליו.

סעיף ג

האומר לחבירו: מנה שיש לי בידך בין מלוה בין פקדון שלחתי לי ביד פלוני, אפילו היה קטן, אם רצה לשלחו בידו, נפטר ואינו חייב באחריותו.

סעיף ד

השולח לחבירו לשלוח לו ע"י שליח מעות שהיו לו בידו מלוה או פקדון, נתבאר בסי' קכ"א.

סעיף ה

כל היכא שהשליח משנה מדעת המשלח, בטל השליחות מכל וכל.

כמו שנתבאר בסימן קפב וקפג.

סעיף ו

מי שהגיע לו היזק בממונו מחמת שליחות שולחו, או שהעלילו עליו מחמת השליחות והפסידוהו ממון, אין המשלח חייב לשלם לו נזקו. (ועי' לעיל סימן קע"ו סעיף מ"ח).

ובסי' קעו נתבאר שאם בא לו היזק בגופו, והיה שלוחו בחינם יש אומרים שחייב לשלם לו כיון ששאל את גופו וחייב באונסיו ויש חולקים שדווקא לגבי בנו חייב לשלם, אך לא בסתם אדם.