

באחריות ועל כן יש בזה חשש שנוגע שיעיד בשביל שיוכל לגבות אם יטרפו מידו.

ועי' בריטב"א כתב והא דבעינן דתהוי ליה ארעא אחריתי לאו משום שחושש לחובות דהא אמרינן דליכא למיחש לחוב שאינו ידוע אלא במלוה גופיה הבא להעיד, אלא משום דחייש כי אולי כשם שהיתה זו גזולה כך תהא שדה שברשותו גזולה, וכי תימא א"כ אף לב' שברשותו יחוש כן, י"ל דכולי האי לא חיישינן לעשותו מועד ומוחזק בשלש גזילות כך פירשו רבותינו ז"ל, ויש מפרשים שאין הטעם בזה אלא שכל אדם רוצה שיהיו נכסים ברשות המוכר שלו לאחריות ואינו חושש לחוב ולא לגזל רבינו מורי נר"ו.

ומדברי' הריטב"א נראה שאין הטעם שמפני שלקח באחריות חזינן שהוא חושש שמא היא גזולה אלא דכל אדם רוצה שיהיו נכסים ברשות המוכר שלו לאחריות, וכן נראה מדברי הרשב"א שכתב אלא דרך המלוין ודרך הלקוחות להקפיד שיהא ללוה ולמוכר קרקע כנגד החוב וכנגד המקח, והילכך סופן כתחלתן כל שישאר ללוה או ללוקח שני קרקע אחר שוה כסף ההלוואה או כסף הקרקע של לוקח ראשון מעידין ואין אנו חוששין משום נגיעת עדות.

והרמב"ן הוסיף בזה עוד וכן מלוה מעיד לערב והוא דאית ליה אחריתי הא לית ליה לא אע"פ שיש ללוה כמה שהרי מתחלתו על סמך שלו הלוהו. וזהו אופן חדש שלא מוזכר בגמ' שהמלוה מעיד לערב אם אית ליה ארעא אחריתי אבל אם לית ליה ארעא אחריתי אינו מעיד המלוה לערב מפני שרוצה שתהיה הקרקע בידו שאם לא יהיה ללוה מה לשלם יגבה מן הערב, ואפי' אם יש ללוה כמה קרקעות ויוכל לגבות מן הלוה בעצמו מ"מ כיון שהלוה על דעת הערב וסמך על ערבותו רוצה הוא שתשאר לו הערבות והוא דומה לזה שקנה קרקע באחריות ורוצה שתשאר אחריותו, ומבואר מזה שזהו עיקר הסברא שרוצה שתשאר האחריות שעליה סמך ולא משום שחשש לגזולנות כשקנה באחריות.

ב. וברעת' הרשב"ם שפירש דלוקח ראשון אינו מעיד ללוקח שני אי לית ליה ארעא אחריתי משום חשש בעל חוב והקשו הראשונים דלא חיישינן לחובות שאינן ידועים, עי' בחידושי הר"ן

ממה לגבות כדחיישינן לחד נגזל גבי לוקח ה"נ ניחוש גבי ערב ומלוה, וי"ל דבשום מקום אין המלוה וערב והלוקח חוששין כל זמן שאחריות שלהן קיים.

וכתב הקצוה"ח בביאור דבריהם דאין הלוקח חושש רק שיהיה אחריות שלו קיים ויהיה לו ממה לגבות את האחריות שלו אם ימצא שדה שלו גזולה, דהא אדעתא דהכי לקח מתחלה באחריות אלמא מסתפי דלמא גזולה היא, וכשיש לו מקום על האחריות שלו תו אינו חושש כלום, וכ"כ הרמב"ן.

וביאור' הדברים דלכאור' קשה גם בלוקח ראשון שמעיד מפני שחושש שמא היא גזולה אמאי יש לו לחוש שמא היא גזולה והרי כשם שאין חוששין לחובות שאין ידועין ולא אמרינן דנעשה נוגע מפני חשש בעלי חובות ה"נ נימא דכל זמן שאינו יודע ששדה זו גזולה אינו חושש מזה ואמאי הוי נוגע, ולזה כתבו תוס' דבאמת אינו חושש מפני שדה גזולה ומה"ט הערב והמלוה אינם חוששים לזה כשם שאינם חוששים לבעלי חובות שאין ידועים, אלא דכיון שקנה באחריות הוא דואג שתהיה אחריות שלו קיימת וזהו הנגיעה שלו דרוצה שתהיה קיימת האחריות שלו ולכן מעיד ללוקח שני כדי שתעמוד בידו הקרקע ותהיה אחריותו קיימת.

וכן מבואר ברמב"ן שכתב אבל לוקח ראשון מעיד והוא דאית לית ארעא אחריתי תמהני בה כיון שאין אנו חוששין לשום טרפא למה לא יעיד אפילו בשאין לו קרקע, ואינה קושיא שהוא על הקרקע שבידו כמוכר עצמו שאם יש עליו עוררין עליו הן באין ושמא אמר לטורף שוף לי פורתא ומסהידנא והדר תטורף אבל למה שאינו בידו והוא אינו לוח אף חוששין, ועוד שכיון שבאחריות לקח אלמא חושש הוא לטרפא זו.

מבואר דקשיא ליה להרמב"ן דכשם שאין חושש לחוב שאינו ידוע כמו"כ אינו חושש שמא יטרפו ממנו משום שהשדה גזולה, ולזה תירץ בשני אופנים חדא שעל הקרקע שבידו הוא חושש דאם יהיה מערער הוא בא עליו אבל למה שאינו בידו אינו חושש, ובתירוץ שני כתב מה שהביא הקצוה"ח בשמו דכיון שמכר לו באחריות הרי הוא חושש לטרפא זו, ומשמע מדבריו דכיון דחזינן שבאחריות קנה הרי חשש לשמא תמצא השדה שאינה שלו ולכך לקח

כתב שלפי דברי הרשב"ם י"ל דמיירי שיש לו חוב ידוע.

ובאמת יעוי' בר"י מיגש פירש כרשב"ם לוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית ליה ארעא אחריתי דאי לית ליה ארעא אחריתי נוגע בעדותו הוא דניחא ליה דתיקום ארעא בידיה כי היכי דכי אתי בעל חוב דמוכר גבי מיניה דאמר ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו. וכתב והאי דאמרין לוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית ליה ארעא אחריתי דוקא היכא דודאי איכא חוב עליה דמוכר כיון דידעינן דאיכא עליה חוב ודאי איכא למיחש משום דנוגע בעדותו הוא דומיא דערב וקבלן דהא ודאי איכא עליה חוב ומשום הכי הוי נוגעין בעדותן, אבל אי לא מיברר בודאי דאיכא עליה חוב לא פסלינן לזה לעדות לוקח ראשון דלא מסיק אדעתיה דדילמא איכא חוב עליה דמוכר כי היכי דנסהיד ליה ללוקח שני בשיקרא.

ובי"ד רמה כתב יתירה מזו דליכא למימר דלוקח ראשון מעיד ללוקח שני דוקא אי אית ליה ארעא אחריתי משום חשש שגזולה היא בידו אלא דוקא משום חשש בעל חוב ואוקמה בידוע שיש לו חוב, וז"ל ולא משום דתהוי ליה אחריותא עילויה דאי נמצאת שדה דלוקח ראשון שאינה של מוכר ולא משכח ממונא גבי מוכר עליה דלוקח שני הדר, דכיון דאכתי לא נמצאת שדה שאינה שלו בספיקא לא מסהיד ליה בשיקרא ללוקח שני, וליכא למיחש נמי דילמא לוקח ראשון ידע דאיכא ערער עילויה קמייתא ידיה וניחא ליה דתיקום בתרייתא בידא דלוקח שני כי היכי דלגבי מינה זוזיה, דאם כן גבי מלוה וערב דקיימא לן מעידין ללוה היכא דאית ליה ארעא אחריתי ניחוש דילמא האי מלוה או האי ערב ידעי דאיכא עילויה דהאי לוח שטר חוב אחרינא דקדים זימניה מקמי האי שטרא דידהו וניחא להו דלוקמו הני תרתי ארעתא בידיה דלוה, דכי אתי בעל חוב מוקדם וגבי חדא מיניה גבו לה אינהו להאי אחריתי דאי מפיק ליה האי ערער לחדא מיניה אתי בעל חוב מוקדם וטריף לה לשנייה ולא משתייר להו לדידהו מידי למגבא מיניה, אלא מאי אית לך למימר כיון דהאי לוח לא אתחזק גבן דאיכא עליה חוב אחרינא מסתמא לא מחזקינן ריעותא גבי סהדי דכי היכי דאנן לא ידעינן דאיכא גביה דהאי לוח מלוה אחריתי אינהו נמי לא ידעי ומספיקא לא נחתי לאסהודי בשיקרא, הכא נמי

כיון דהאי ארעא דזבין ליה מוכר ללוקח ראשון בחזקתיה דמוכר הוה קיימא ולא אתחזק ערער עילוה מסתמא לא מחזקינן ריעותא גבי סהדי, דכי היכי דאנן לא ידעינן דאיכא ערער לוקח נמי לא ידע ומספיקא לא נחתי לאסהודי בשיקרא.

אלא היינו טעמא דכי לית ליה ארעא אחריתי אינו מעיד כגון ידיעא מילתא דאיכא שטר חוב עליה דמוכר דקדים זימניה מקמי תרויהו, דאי אית ליה למוכר ארעא אחריתי אי נמי אית ליה ללוקח שני ארעא אחריתי דזבינא ליה נמי מהאי מוכר כשיעור חובו מעיד דלאו נוגע בעדותו הוא, דאי נמי מפיק לה לחדא מיניה דלוקח שני אתי בעל חוב וטריף לה לאידך ולא מצי טריף מיניה דלוקח ראשון ולא מידי דאמר ליה הנחתי לך מקום לגבות ממנו, ואי לית ליה ארעא אחריתי אינו מעיד דהוה ליה נוגע בעדותו דאי אתי בעל חוב ולא משכח מידי לא גבי לוח ולא גבי לוקח שני הדר טריף מלוקח ראשון, והאי לוקח ראשון ולוקח שני דקתני אלוה דאיידי ביה רישא קיימי דקתני רישא ערב מעיד ללוה מלוה מעיד ללוה ועלה קתני לוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית ליה ארעא אחריתי כדפרישנא, אבל היכא דלא איתברר דאיכא בעל חוב עליה דמוכר לא שנא אית ליה ארעא אחריתי ולא שנא לית ליה מעיד דמספיקא לא מרעינן ליה כדברירנא.

ובתורי"ד פירש ג"כ כרשב"ם ומדבריו נראה דאפי' אי לא ידוע לו בעל חוב נמי אין מעיד לוקח ראשון ללוקח שני אי לית ליה ארעא אחריתי, וז"ל ואי קשיא כיון דאמרין דמספיקא לא מרע נפשיה א"כ לוקח ראשון כשמעיד ללוקח שני אמאי בעינן והוא דאית ליה ארעא אחריתי בלא ארעא אחריתי יהא נאמן דהא לא ידע דליתו בעל חוב דמוכר וליטרפו לדיליה ומספיקא לא מרע נפשיה, תשובה לא דמי לוקח למלוה וערב דמלוה וערב כל עיקר שיעבודיהו לא הוי אלא כנגד מעותיהן והילכך אי אית ליה ארעא אחריתי כשיעור מעותיהן מעידין ומספיקא דילמא איכא עליה חובות אחריני לא מרעו נפשיהו, אבל לוקח מכי זבנא לארעא מיניה אדעתא דהאי ארעא דזבין ללוקח שני זבנא ועלה הוה סמוך דאי נפקי עליה בעלי חובין שיאמר להן הנחתי לך מקום לגבות או אם תימצא שאינה שלו שיחזור ויטרוף אותה, וכיון שכל הסמך והבטחון שלו היא עליה אם יראה שיקחו אותה

דמוכר לעולם אלוך שני הדר בין שיש קרקע ללוך ראשון ובין אין לו והלכך לא מרויח מידי בעדותו, וכגון שמכר מוכר ללוך ראשון שלא באחריות אבל אם מכר לו באחריות לא מסהיד ליה שני לראשון אלא אם כן יש לו קרקע למוכר דליהדר לוך ראשון עלויה דנוגע בעדותו הוא דחייש דאי מפקי ליה מלוך ראשון הדר לוך ראשון עליואי שקניתי אחריו קרקע המשועבדת לו.

ויעוי' בחידושי הר"ן כתב שהרשב"ם פירש דבלוך ראשון שלא באחריות עסקינן וכי בעינן והוא דאית ליה ארעא אחריתי כדי שימצא בעל חוב לגבות מקום לגבות את חובו, ומשו"ה דוקא היכא דלוך ראשון מעיד בעינן דלהוי ארעא אחריתי ללוך שני אבל לוך שני מעיד ללוך ראשון אע"ג דלית ליה ארעא אחריתי דמאי נפקא ליה לשני כיון דראשון שלא באחריות לקח.

מבואר מדבריו שהרשב"ם דקדק פירושו מהא דלא קתני נמי לוך שני מעיד ללוך ראשון והוא דאית ליה ארעא אחריתי, ולכך פירש רשב"ם דהכא משום חשש בעל חוב הוא ובלוך שלא באחריות ומשום כך דוקא לוך ראשון אינו מעיד בלית ליה ארעא אחריתי משום שרוצה שיהיה לבע"ח ממה לגבות אבל לוך שני מעיד ללוך ראשון דמאי נפקא ליה מיניה דהא בע"ח לעולם גובה מלוך שני, וע"כ דמיירי בלוך שלא באחריות דאי בלוך באחריות א"כ לוך שני לא יעיד ללוך ראשון אא"כ יש לו למוכר ארעא אחריתי דהא אם יטרפוה מלוך ראשון יטרוף מלוך שני. וא"כ דברי הקצוה"ח נכונים מאד דלהרשב"ם הא מוכרח דמיירי הכא בלוך שלא באחריות.

ועיי"ש בר"ן שכתב שמה שדקדק הרשב"ם דמדנקט לוך ראשון מעיד ללוך שני בלוך ראשון שלא באחריות עסקינן דאי לא מאי איריא דנקט דבלוך ראשון בעינן ארעא אחריתי בלוך שני נמי בעינן לה, מסתברא לי דאי מהא לא איריא דלעולם באחריות ומשום חשש נמצאת שאינה שלו וכדכתיבנא, ואה"נ דבלוך שני כי מעיד ללוך ראשון בעינן נמי ארעא אחריתי והאי דלא תנא הכי משום דלא הוה מצי למינקט בהווא גונא דנקטינהו לכולהו דכולהו אחרוני כי אית ליה ארעא אחריתי

מיד לוך שני נוגע בעדותו הוא, ואפילו מספיקא מרע נפשיה כיון שרואה שבטחנונו אבד הילכך בעינן דתיהוי ליה ארעא אחריתי שיכול לבטוח עליה.

מבואר מדבריו דכשם שפירשו הראשונים לפי שיטתם דהחשש הוא שתמצא שדה גזולה וחושש הלוך הראשון לכך משום שרוצה שתהיה אחריותו קיימת ה"נ י"ל להרשב"ם דהחשש הוא מפני בעל חוב דאע"ג דאין בעל חוב ידוע מ"מ כשלוך הראשון שדה מן המוכר וידוע שיש לו קרקע אחרת הרי הוא סומך על אותה קרקע שיוכל לומר לבע"ח הנחתי לך מקום לגבות הימנו, או שמא תמצא שדה שאינה שלו ויוכל לטרוף ממנה (אם קנה באחריות) ועליה בטחנונו, ועתה אם יקח המערער אותה קרקע מן הלוך השני הרי אבד בטחנונו ולכך הוי נוגע בעדותו. ולדבריו אפי' אין החוב ידוע ג"כ הוי נוגע כיון דרוצה שיהיה בטחנונו קיים.

ג. וכתב הקצוה"ח ונפקא מיניה בין פירוש רשב"ם לפירוש תוס' היכא דלוך ראשון לקח בפירוש שלא באחריות, לפירוש רשב"ם לא יעיד מחשש בע"ח וכדי שיוכל לומר הנחתי לך מקום, ולפירוש תוס' אין הלוך חושש רק שיהיה אחריות שלו קיים בכדי שיהיה האחריות שלו על מה לחול או אל הלוך השני או אל המוכר והיכא דלקח בפירוש שלא באחריות תו ליכא שום חשש. ועיין ברמב"ן שהסכים לפירוש תוספות.

והדברים מוכרחים מצד עצמם שלפירוש תוס' דוקא בלוך באחריות שהרי לתוס' אין חשש בע"ח כלל בחוב שאינו ידוע וכל הנגיעה של לוך ראשון היכא דלית ליה ארעא אחריתי הוא מחשש שמא יטרפו ממנו משום שתמצא שדה שלו גזולה וא"כ דוקא אם קנה באחריות הוא דרוצה לטרוף מן הלוך השני אבל אם קנה שלא באחריות לא יוכל לטרוף מן הלוך השני כמבואר ברמב"ם פ"ט ממכירה ה"ח ובשו"ע סי' רכ"ה סעי' ה', וע"כ דמיירי בקנה באחריות.

ורברי הקצוה"ח נכונים מאד בדעת הרשב"ם שכן מבואר להדיא ברשב"ם שכתב ודוקא לוך ראשון אין מעיד ללוך שני היכא דלית ליה ארעא אחריתי אבל לוך שני מעיד ללוך ראשון אפילו היכא דלית ליה למוכר קרקע אחרת דהא בעל חוב

לההוא דמסהיד גביה מצי מעיד לו, אבל לוקח שני ללוקח ראשון כי אית ליה ארעא אחריית ללוקח ראשון מאי הוי הרי לעולם אינו מעיד עד דהויא ליה ארעא אחריית למוכר ולא בכח"ג עסקינן כלל ומשו"ה לא נקט לה, עיי"ש.

ולפי מה שנתבאר דהא דחיישינן להרשב"ם לנגיעה משום בעל חוב היינו דוקא בידוע שיש לו בע"ח אבל באינו ידוע לא חיישינן ולא הוי נוגע, א"כ ליכא נפק"מ בין הרשב"ם והתוס' דהא בידוע שיש לו חוב גם התוס' מודו דחשיב נגיעה ובכח"ג אפי' קנה לוקח ראשון שלא באחריות נמי אינו מעיד אי לית ליה ארעא אחריית, ואי נימא דמודה הרשב"ם להראשונים דהיכא דקנה לוקח ראשון באחריות איכא חשש נגיעה משום שמא תמצא גזולה א"כ ליכא נפק"מ כלל בין הרשב"ם והתוס', דהיכא דקנה באחריות לכו"ע איכא חשש נגיעה ואינו מעיד לו אא"כ אית ליה ארעא אחריית והיכא דאיכא חוב ידוע לכו"ע איכא חשש נגיעה אפי' בלוקח שלא באחריות, אמנם למה שכתב הרמ"ה דאין חשש לשמא תמצא גזולה כשם שאין חוששין לחובות שאין ידועין א"כ איכא נפק"מ איפכא היכא דלקח באחריות ואין לו חובות ידועים דלהראשונים אינו מעיד אא"כ אית ליה ארעא אחריית ולהרשב"ם מעיד לו כיון דאין לו חובות ידועים ולשמא תמצא גזולה לא חיישינן.

סעיף קטן ז

א. שתשאר למוכר שדה. עיין תוס' (ב"ב מו: ד"ה לוקח) ז"ל קשה לרשב"א אמאי לא קאמר לוקח מעיד למוכר והוא דאית ליה ארעא אחריית, והניחו בקושיא.

ונראה ליישב דלוקח אינו מעיד למוכר אפילו אית ליה ארעא אחריית דהא ארעא אחריית הוא בכדי שיהיה לאחריות שלו על מה לחול לפירוש תוס' וכמ"ש לעיל סק"ו, וכיון דכך כותב לו מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי ואדכי ואמריק וביני אילין אינן ועמליהון ושבחיהון ואיקום קדמך וכדאמרינן בפ"ק דמציעא (דף טו.) עיי"ש, וא"כ אחריות הלוקח על המוכר הוא דבר שאין לו קצבה דאולי יעלה השבח אלפים וא"כ אפילו יש למוכר אלף שדות נפש הלוקח לא תמלא דאולי יעלה שבחו ביותר דהוא דבר שאין

לו קצבה, ומשום הכי ריבוי שדות כל מה דאפשר ניחא ליה ללוקח, ומשו"ה לא משכחת דאית ליה ארעא אחריית דהא נגד אחריות שבחו שיש לו על המוכר הוא דבר שאין לו קצבה ולוקח רוצה בקיום אחריות שלו ומשום הכי אינו מעיד, אבל לוקח ראשון ללוקח שני אין לו האחריות נגד לוקח השני רק בכדי קרנו דשבח אינו גובה ממשועבדים וכדתנן (גיטין מח:) אין מוציאין לאכילת פירות ולשבח קרקעות כו', ואחריות קרנו הוא דבר שיש לו קצבה ומשום הכי כשיש לו בכדי אחריותו מעיד.

ובנה"מ סק"א כתב דלפי מה שכתב לעיל סק"י דמלוה מעיד על מטלטלין של לווה אף דמיניה מצי גבי אף מטלטלין כיון דאי מזבני להו לא מצי טריף לא מיקרי שיעבוד שלו ויכול להעיד עליו, הכי נמי נגד השבח כיון דלא מצי טריף ממשעבדי לא מיקרי הקרקע שעבודו.

ועיי"ש בסק"י כתב ונראה דאם אין לו ללוה קרקע כלל ובא המלוה להעיד ללוה על מטלטלין אף שלא נשאר בידו מטלטלין אחרים יכול להעיד, דעיקר טעם הפסול דכשמעיד על דבר ששעבודו עליו הוי כמעיד על חפץ שלו כיון שהוא משועבד לו, ובקרקע דוקא שייך שעבוד מה שאין כן במטלטלין דלאו שעבודייהו עלייהו הוא. וראה לזה מהב"ח ופרישה [סעיף ז'] שכתבו בטעם דהלוקח שני מעיד לראשון כשיש למוכר קרקע אחרת, אף דאם יטרפנו הנגזל מראשון חוזר על המוכר ולא ישאר לשני סמך על אחריות שלו, וכתבו דמשום דבתחילת מקח של שני לא סמכה דעתו על זה כיון שהוא משועבד על אחריות של הלוקח ראשון, ומכל שכן במטלטלין דאין בהן שום שעבוד וסמיכת דעת.

וי"ש להעיר על דבריו דנהי דאין לו שעבוד על מטלטלין מ"מ אמאי ליכא נגיעה הכא שרוצה שישארו המטלטלין ביד הלווה שיוכל לגבות מהם, וממה שכתבו הב"ח והפרישה נראה דאין ראייה דדוקא היכא דיש לו שעבוד חשיב נגיעה, דהתם מיירי בענין לוקח מעיד ללוקח שבזה כתבו הראשונים דאינו משום חשש בעל חוב כיון דמיירי בחובות שאינן ידועים אלא מחשש שמא תמצא שדה גזולה והא דחושש לשדה גזולה כתבו הראשונים דאע"ג שגם זה אינו ידוע מ"מ רוצה הוא שתשאר אחריותו בידו, ובזה הוא

ואמנם אם היה גובה את השבח ג"כ ממשועבדים יש מקום לומר דבהא חישינן לשמא יתעשר להקצוה"ח כיון דבזה שגובה ממשועבדים רוצה הוא שיהיה שעבודו קיים וחשיב שמעיד לעצמו כמו שכתב הנה"מ דהוי כמעיד על חפץ שהוא משועבד לו, ולפי מה שנתבאר בדעת הקצוה"ח דזה חשיב גביה ממשועבדים כיון דמיניה ידיה גובה ג"כ מתורת שעבוד א"כ שפיר חשיב נגיעה שמעיד לעצמו ובזה חיישינן לשמא יתעשר וכמ"ש הקצוה"ח בס"ק הקודם.

עוד כתב הנה"מ וגם כבר הוכיח בתומים סק"ח דלא נפסל בשביל שבח לעדות, דאי לא תימא הכי אפילו נשאה קרקע ביד מוכר לא יעיד לו דהא אם יצאה הגזילה מתחת ידו ויטרפנו הלוקח שני מיד המוכר שוב לא יהיה לראשון אחריות על השבח משדה זו כיון שהיא כבר משועבדת תחת יד הלוקח שני.

ועיי"ש בתומים כתב שלכא' נראה בדעת התוס' שביארו דלוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית ליה ארעא אחריתי היינו שללוקח שני אית ליה ארעא אחריתי דאי ביד מוכר נשאר ארעא אחריתי א"כ יש כאן עדיין חשש נגיעה, דהוא חושש אם יטרוף המערער השדה מלוקח השני ילך לוקח שני לטרוף השדה בן חורין שביד המוכר ואם אח"כ תצא השדה מיד לוקח ראשון וילך הוא על לוקח שני לטרפו לא יכול לטרוף ממנו רק הקרן אבל לא השבח דשבח אינו גובה ממשועבדים, וכשהוא ביד לוקח שני שגבה מן המוכר הו"ל נכסים משועבדים ולא יוכל לגבות ממנו השבח, משא"כ אם לא יקח המערער השדה מן הלוקח השני וממילא לא יקח הלוקח השני השדה מיד המוכר ויהיה נשאר בן חורין ביד המוכר אם תצא השדה שלו מתחת ידו בחזקת גזילה יטרוף קרן ושבח, והרי זה נוגע בעדותו, אבל אם נשאר עוד שדה ביד לוקח השני ולא ביד המוכר הרי זה מעיד דאין כאן חשש לשבח דמ"מ לא גבי שבח.

והעיר על זה דא"כ נמצא דאם יש גם ללוקח וגם למוכר עוד קרקע לא יעיד מטעם הנ"ל דכיון שגם למוכר יש עוד קרקע הרי הוא רוצה להעיד כדי שיוכל לגבות שבח, וזה לא נזכר בגמ' ואדרבה משמע דיותר שיש נכסים מיכשר יותר לעדות, ולכן

דכתבו הב"ח והפרישה דלוקח שני מעיד ללוקח ראשון אע"פ שאם יטרוף הנגזל מלוקח ראשון יחזור הלוקח הראשון על המוכר ולא ישאר ללוקח שני סמך על אחריות שלו מ"מ כיון שמתחלה לא סמך על אחריות זאת שהרי היתה משועבדת ללוקח ראשון לא הוי נגיעה דלא שייך שם הך טעמא שרוצה שתהיה אחריות שלו קיימת, אבל משום נגיעה שרוצה שיהיה לו מהיכן לגבות לא הוי כלל נוגע שהרי אינו חושש מגזילה כשם שאינו חושש מבעל חוב שאינו ידוע רק כשסמך על אחריות שלו רוצה שתשאר אחריות שלו קיימת, וא"כ אין זה ענין להא דכתב הנה"מ במלוה שמעיד ללוה כשיש ללוה רק מטלטלין דהתם הא יודע המלוה שיש לו חוב על הלוה ובזה הוי נגיעה אף אם ליכא שעבוד דסו"ס רוצה הוא שיהיה לן מהיכן לגבות.

אמנם בנדון דהקצוה"ח י"ל דצדקו דברי הנה"מ שהרי הלוקח אינו חושש סתם שמא קרקע שלקח מהמוכר היא גזולה רק שרוצה שישאר שעבודו קיים, וא"כ כל זה דוקא לגבי מה שיש לו שעבוד אבל לגבי השבח דלא חשיב שיש לו שעבוד אצל המוכר על השבח שהרי המוכר יכול למכור הקרקע ושבח אינו גובה ממשועבדים בזה י"ל דלא חשיב נוגע במה שיעיד הלוקח להמוכר כדי שיהיה לו יותר קרקעות שיוכל לגבות גם השבח.

אמנם י"ל דכיון דמיניה ידיה גובה את השבח ומיניה ידיה גובה בתורת שעבוד א"כ נהי דיכול המוכר למכור את הקרקע ולא יגבה את השבח מ"מ רוצה שתשאר קרקע ביד המוכר ויגבה הימנו את השבח אם תשאר בת חורין בתורת שעבוד ושפיר חשיב שרוצה שישאר שעבודו קיים והוי נוגע.

ובעיקר דברי הקצוה"ח יש להעיר דהך חשש שמא יהיה שבח שלו כמה אלפים ויטרפו ממנו וירצה לגבות השבח מן המוכר ולכן רוצה שתעמוד הקרקע ביד המוכר הך חששא הוא דומה להא דאיתא בסעי' הקודם דלא חיישינן לשמא יתעשר דכל נגיעה שעתה אינה נגיעה אע"פ שאפשר שיתעשר ויהיה נוגע לו לא חשיב נגיעה, וא"כ ה"נ להך חששא שמא יהיה לו שבח מרובה ויטרפו ממנו ורוצה להעיד למוכר כדי שישאר לו ממה לגבות השבח זהו חששא רחוקה ולא הוי נוגע משום זה כמו שמא יתעשר.

בהכרח לומר דלא נחשד שבשביל שבח יעיד שקר דהוא אין דבר מוחלט דאף שהוא ביד המוכר הא המוכר יכול כל שעה למוכרו וא"כ עדיין לא יגבה שבחו וא"כ איך יעיד שקר במה דלא ברירא ליה, עיי"ש.

סעיף קטן ח

א. בשו"ע סעי' ט"ז ראובן שמכר פרה או טלית לשמעון שלא באחריות ובא יהודה לערער להוציאה מיד שמעון בטענה שקנאה מגולן יכול ראובן להעיד לו שאין לו בזה שום הנאה שתשאר בידו שאפילו יבא בעל חובו אינו יכול לטרפה שאין בעל חוב טורף ממטלטלים אפילו עשאו לו אפותיקי (פי' אפה תהא קאי כלומר לא יהא לך פרעון אלא מזה), ובזמן הזה אפילו שעבד לו מטלטלים אגב קרקע אינו טורף ממטלטלים שמכר. הג"ה אבל אם יהודה טוען שראובן גזלה בעצמו לא יוכל ראובן להעיד עליה במקום שהמערער צריך ליתן לשמעון מעותיו משום תקנת השוק ויכול יהודה לחזור ולהוציאה מראובן.

והוא מגמ' ב"ב מג': ת"ר מכר לו בית מכר לו שדה אין מעיד לו עליה מפני שאחריותו עליו מכר לו פרה מכר לו טלית מעיד לו עליה מפני שאין אחריותו עליו, ואוקמוה בגמ' כדשמואל דאמר המוכר שדה לחבירו שלא באחריות אין מעיד לו עליה מפני שמעמידה בפני בעל חובו ודוקא בית או שדה אבל פרה וטלית לא מיבעיא בסתמא דלא משתעבדא ליה מאי טעמא מטלטלי נינהו ומטלטלי לבע"ח לא משתעבדי וכו'. ומש"כ הרמ"א אבל אם יהודה טוען שראובן גזלה בעצמו וכו' הוא מהטור וז"ל והרמב"ן כתב הא דמעיד דווקא בהנך עניינים דלית בהו תקנת השוק דלאו נוגע בעדות הוא דאי מערער זכה בטענותיו אין משלם כלום ואי לוקח זכי לה לא מהני ליה כלום א"נ כשהמערער טוען שלי הוא וזה מעיד ללוקח ואומר אני מכרתיו לו ואינו שלך א"נ כגון שאינו טוען שהמוכר גזלה אלא שלקחה מגולן, אבל אם טוען שהמוכר גזלה ודאי נוגע בעדות הוא שהמערער כשבא להוציאה מיד הלוקח צריך ליתן לו דמים משום תקנת השוק והדר גבי להו מהאי מוכר שהוא גולן. ועי' ברמב"ן ב"ב מד: הקשה היאך מעיד

לו עליה הא אי אתי נגזל לאפוקי מלוקח בעי למיתן ליה דמים מתקנת השוק והדר נגזל וגבי להו מהאי מוכר דהוא גולן כדאיתא בבבא קמא (קטו.) הלכך נוגע בעדות ממש הוא, ותירץ דמשכחת לה בשהמערער הזה אומר שלי היא וזה מעיד לו עליה אני מכרתיה ואינה שלך, אי נמי כגון דאינו טוען שמוכר גזלה אלא שלקחה מגולן או בהנך גווני דלית בהו תקנת השוק דלאו נוגע בעדות דאי מערער זכה בטענתו לא משלם כלום ואי לוקח זכה לא מהני ליה כלום.

ובסמ"ע סקמ"א כתב שקנאה מגולן בפרישה כתבתי דבזה אפילו טען המערער שראובן בעצמו גזלה לא מחשב נוגע כדי דלא לקרייה גולנא דבמטלטלין לא מיקרי גולן מכח עדותיו דמערער דהא יכול ראובן לומר אני קניתיהו מאחר וסברתי שהוא שלו משא"כ בקרקע דשם בעליה עליה.

ובוונתו דהטור כתב בתחלת הלכה זו גבי קרקע ראובן שמכר שדה לשמעון ובא לוי לערער עליו לומר שראובן גזלה ממנו פשיטא שראובן אינו יכול להעיד ולפסול עדי לוי אפילו מכרה שלא באחריות שודאי נוגע בעדות הוא דניחא ליה דלא לקרייה גולנא אלא אפי' אם אין טוען לוי שראובן בעצמו גזלה אלא שקנאה ממי שגזלה ממנו אפ"ה אין ראובין מעיד להעמידה ביד שמעון וכו' לפי שהוא חפץ שתשאר בידו וכו', והיינו דאם המערער טוען שראובן המוכר הוא עצמו גזלה ממנו לא בעינן לטעמא דמעמידה בפני בעל חובו שאין יכול ראובן להעיד ללוקח דאיכא טעמא אחרנא דניחא ליה דלא לקרייה גולנא ולכך הוי נוגע בעדות, והכא גבי מטלטלין כתב הטור מכר לו ראובן פרה או טלית שלא באחריות ובא לוי לערער עליה להוציאה מידו בטענה שקנאה מגולן יכול ראובן להעיד לו שאין לו בזה שום הנאה שתשאר בידו, ויש להסתפק במש"כ בטענה שקנאה מגולן אם הכוונה שראובן המוכר הוא הגולן והלוקח קנאה מגולן ויכול ראובן להעיד עליה ללוקח או כוונתו שקנאה מגולן היינו שראובן המוכר קנאה מגולן ויכול להעיד עליה דאין לו נגיעה אבל אם טוען שראובן עצמו הוא הגולן אינו יכול להעיד דנהי דאין לו נגיעה משום מעמידה בפני בעל חובו מ"מ אית ליה נגיעה דלא לקרייה גולנא.

שהמוכר גזלה בלאו האי טעמא נוגע בעדות הוא כי היכא דלא לקרייה גזלנא צ"ל דהרמב"ן לא ס"ל דבשביל כך יהא נפסל לעדות וכדכתבו התוס' (דף מג. ד"ה מפני) דבשביל דלא ניחא ליה דלהוי עליה תרעומת אינו נפסל לעדות, מיהו רבינו חולק עליו דמכתבה לעיל בסתם אלמא ס"ל דדבר פשוט הוא דבשביל כך נפסל לעדות.

מבואר מדברי הב"ח שגם בדעת הרמב"ן לא חילק בין קרקע למטלטלין אלא דס"ל להרמב"ן דאינו נפסל לעדות כלל בשביל חשש זה דלא ניחא ליה דלקרייה גזלנא כשם שאינו נפסל משום חשש דלהוי עליה תרעומת, והטור דס"ל לעיל גבי קרקע דאיתא להך חששא והוי נוגע ה"נ במטלטלין.

ובן כתב הש"ך בסקכ"ב ומדברי הב"ח מבואר להדיא דאינו מחלק בכך אלא ס"ל דלהטור אף במטלטלין מיקרי נוגע בשביל כך ולהרמב"ן אף בקרקע לא מיקרי נוגע בשביל כך.

ב. והט"ז הקשה על דברי הסמ"ע מהא דאיתא בב"מ טו: בעא מיניה שמואל מרב חזר ולקחה מבעלים הראשונים מהו אמר ליה מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבא לידו מאי טעמא מר זוטרא אמר ניחא ליה דלא נקרייה גזלנא רב אשי אמר ניחא ליה דליקו בהמנותיה מאי בינייהו וכו', וטרח למצוא מאי בינייהו ואמאי לא קאמר דאיכא בינייהו מטלטלין דלמ"ד דלא נקרייה גזלנא ליכא חשש ולמ"ד משום נאמנות יש חשש במטלטלין כמו בקרקע.

והקצוה"ח כתב ליישב דבמטלטלין לא משכחת להאי מילתא כלל, דהא שם (דף טז.) אמרו עד אימת ניחא ליה דליקו בהימנותיה עד העמדה בדין, וקיי"ל דגזל ולא נתייאשו בעלים שניהם אין יכולין להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, ומבואר אצלינו בסימן שנ"ד סק"ד דלאו דוקא גזילה אלא אפילו פקדון כל שצריך העמדה בדין דהיינו שיש לו איזה טענה נמי אין הבעלים יכולין להקדיש ולמכור עד אחר העמדה בדין, ודוקא פקדון דלא כפריה יכולין להקדישו משום דכל היכא דאיתא ברשותיה דמאריה איתיה והבעלים יכולין ליקחו ממנו כל אימת שירצו אבל היכא דמחוסר העמדה בדין וכגון שיש לו איזה טענה נמי אין יכולין להקדישו עיי"ש, והתם דמיירי דהלוקח לא הכיר שהיא גזולה וכמ"ש

וכתב הפרישה שם הלשון משמע דקאי אזה שבא להוציא מידו שהוא שמעון שטוען שקנאה מגזלן והיינו ראובן הגזלן ואפ"ה מעיד לו ראובן, דבכאן מיירי במטלטלין ואין שייך לומר דניחא ליה דלא לקרייה גזלנא דהא יכול לטעון שמצאו ונשתהה גביה כמה ימים או שקנאו מאחר ולא ידע שהוא שלו דהמטלטלין אין שם בעלים עליהם וגם העולם יאמינו לו דדוקא בקרקע דהוי דבר המסויים ונגלה לעין כל שייך לומר דניחא ליה דלא לקרייה גזלנא וכו' וכן מוכח בדברי הרמב"ן שכתב ברבינו בסמוך.

ובוונתו במש"כ שכן מוכח מדברי הרמב"ן שהרי הרמב"ן כתב דלא מיירי שטוען שהוא עצמו גזלה דא"כ יש לו נגיעה שאם יזכה המערער ויוציא מן הלוקח יצטרך לשלם דמים ללוקח משום תקנת השוק ויחזור ויטול מן הגזלן ולכן צ"ל דמיירי שאינו טוען שהוא גזלה אלא טוען שהלוקח גזלה ממנו והוא בא להעיד ללוקח או דמיירי באופן שאין תקנת השוק, ומדלא כתב הרמב"ן דמיירי שאינו טוען שהוא עצמו גזלה דהוי נוגע משום דלא ניחא ליה דלקרייה גזלנא מוכח דס"ל להרמב"ן דליתא להאי טעמא וע"כ משום דבמטלטלין לא שייך לומר ניחא ליה דלא לקרייה גזלנא.

ועי' בב"ח על מש"כ הטור גבי מכר לו פרה או טלית שבא לוי לערער עליה בטענה שקנאה מגזלן כתב פירוש אבל לא בטענה דראובן עצמו גזלה דא"כ הו"ל ראובן נוגע בעדות דניחא ליה דלא לקרייה גזלנא כדלעיל ועי' בסמוך דהרמב"ן לא סבירא ליה הכי. והיינו דהב"ח משמע ליה מלשון הטור דמש"כ בטענה שקנאה מגזלן היינו שראובן המוכר קנאה מגזלן ולא שראובן עצמו גזלה ולכן אין לו נגיעה משום דלא לקרייה גזלנא וכיון שאין לו נגיעה להעמידה בפני בעל חובו משו"ה מעיד, אבל אם היה טוען שראובן עצמו גזלה הו"ל נוגע אפי' בלאו טעמא דמעמידה בפני בעל חובו וכמ"ש הטור לעיל מינה גבי קרקע, וס"ל להב"ח בדעת הטור שאין לחלק בין קרקע למטלטלין, ומדברי הרמב"ן שנתן טעם אחר להא דלא מיירי שמעיד שראובן עצמו גזלן משום תקנת השוק מוכח דס"ל דלא הוי נוגע משום הך חששא דלא ניחא ליה דלקרייה גזלנא.

ולקמן בסמוך על מה שהביא הטור דברי הרמב"ן כתב הב"ח ומאי דקשה הלא בטוען

לגזולן דהוי אינו ברשותו, אמנם כבר כתב הרשב"א שעיקר הפירוש הוא כרש"י וכן כתב הריטב"א וכן כתב הנמוק"י ולפי"ז אכתי קשיא קושית הט"ז אמאי לא אמרו איכא בינייהו מטלטלין דאם איתא דבמטלטלין לא שייך טעמא דלא ליקרייה גזלנא הו"ל איכא בינייהו מטלטלין.

ג. ומה שכתב הקצוה"ח דדוקא פקדון דלא כפריה יכול להקדיש כיון שיכול הבעלים לקחתו כל אימת שירצה אבל אם צריך העמדה בדין חשיב אינו ברשותו ואינו יכול להקדיש, בפשוטו ד"ז תליא בפלוגתא דבעה"מ והרמב"ן במלחמות פרק שור שנגח ד' וה' (דף יח. בדפי הרי"ף), שכתב בעה"מ דלא אמרינן אינו ברשותו בדבר שאינו מסרב הלה ליתנו לו, והרמב"ן שם פליג עליה וכתב ולא זו בלבד אלא שאף ההפרש שפירש בגזל ולא נתיאשו הבעלים אינו כלום שאע"פ שהלה רוצה ליתן לו אינו קדוש כיון שבתורת גזל הוא אצלו.

ומבואר דפליגי בעה"מ והרמב"ן היכא שהגזולן רוצה להחזיר לנגזל אם יכול הנגזל להקדיש דלבעה"מ יכול להקדיש ולהרמב"ן כיון שבתורת גזל הוא אצלו אינו יכול להקדיש.

וביאר האחרונים דפליגי במילתיה דר' יוחנן דכל שאינו ברשותו אינו יכול להקדיש מחמת מה חשיב אינו ברשותו, דבעה"מ ס"ל דענין אינו ברשותו הוא שע"י שאינו ברשותו של הבעלים ואינו שולט על הדבר הרי זה מחסר ומקליש בעלותו של הבעלים, וחסרון השליטה הוא דחשיב אינו ברשותו ועל כן כשמתרצה הגזולן להחזיר דשוב יש לבעלים שליטה על החפץ חשיב שפיר ברשותו, והרמב"ן ס"ל דענין אינו ברשותו הוא מחמת הקניני גזילה שיש להגזולן בחפץ דכיון שקניי לו בקנין להתחייב באונסין ולקנות בשינוי זה מחסר בכח בעלותו של הבעלים ומקליש כחו שלא יוכל להקדיש, ולכן גם אם מתרצה הגזולן להשיב מ"מ כל שלא השיב עדיין חייב באונסין ויש לו קניני גזילה ואין הבעלים יכול להקדיש.

ובפשוטו מש"כ הקצוה"ח דבפקדון שצריך העמדה בדין להוציאו חשיב אינו ברשותו בהא תליא דאי נימא דענין אינו ברשותו הוא משום חסרון שליטת הבעלים א"כ אף בפקדון נמי אם צריך העמדה בדין אין שליטת הבעלים עליו ואינו

הנימוקי יוסף (ב"מ ט. בדפי הרי"ף) דבהכיר הלוקח לא שייך דליקו בהימנותיה וכיון דלא הכיר בה שהיא גזולה ודאי צריך העמדה בדין לברר שהיא גזולה, וא"כ אינו דומה לפקדון דיכול ליטלו אימת שירצה א"כ אין הגזולן יכול לקנותו מבעלים הראשונים דהוא דבר שאינו ברשותו, וע"כ לא משכחת חזר הגזולן ולקחה מבעלים הראשונים אלא בקרקע דיכולין הבעלים למוכרו, ומשום הכי אמרו מאי בינייהו ולא מצי אמרו מטלטלין.

הנה מש"כ הקצוה"ח דהתם כיון דלא עמד בדין וכמבואר בגמ' דלא שייך ליקו בהימנותיה אלא עד העמדה בדין וכיון דמיירי שלא עמד בדין וצריך העמדה בדין כיון דלא הכיר בה שהיא גזולה א"כ אינו יכול הנגזל להקדישו ואינו יכול למוכרו לגזולן, יעוי' באמרי בינה דיני עדות סי' נ"ו שתמה על דברי הקצוה"ח דיעוי' ברש"י שם כתב ועד אימת יקחנה מבעלים הראשונים דאמרינן דמשום דניחא ליה דליקו בהימנותיה לקחה עד שעת העמדה בדין עד שיטרפה מן הלוקח ויעמידהו בדין אבל משעמד ברשעו עד שעת העמדה בדין גלי אדעתיה דלא מהימן הוא ואם לקחה אחרי כן לאו לאוקמיה קמיה לוקח בעי, ומבואר דהך העמדה בדין דקאמרינן היינו שיטרוף הנגזל מן הלוקח ויעמיד הלוקח את המוכר הגזולן בדין, וא"כ משכחת לה שפיר במטלטלין נמי שטרף הנגזל מן הלוקח ועתה המטלטלין הם אצל הנגזל והלך הגזולן המוכר לקנות המטלטלין מן הנגזל לצורך הלוקח דלא לקרייה גזלנא או דליקו בהימנותיה, ובכה"ג שפיר יכול הנגזל להקנות המטלטלין לגזולן כיון שכבר טרפן מהלוקח והרי הם ברשותו ויכול למוכרם לגזולן.

ועי' ברשב"א ב"מ שם כתב רב הונא אמר עד שעת העמדה בדין י"מ עד שעת העמדת נגזל ללוקח בדין וי"מ העמדת לוקח לגזולן בדין על האחריות והוא הנכון דהוא בשיטתא דאידך דחייא בר רב דאמר עד דמטיא אדרכתא לידיה ורב פפא אמר עד דמתחלן יומי אכרזתא דהיינו לוקח לבהדי גזולן, עיי"ש.

ולפי פירוש ראשון דעד שעת העמדה בדין היינו העמדת נגזל ללוקח בדין אתי שפיר דברי הקצוה"ח דכל זמן שלא העמיד הנגזל ללוקח בדין וטרף ממנו המטלטלין אינו יכול למכור המטלטלין

המטלטלין נמצאים אצל הלוקח ולא אצל הגזולן והלוקח עצמו לא גזל הו"ל כפקדון שנמצא אצל אחר שיכול להקדיש ורק משום דבעי העמדה בדין אינו יכול להקדיש, אבל בפשוטו נראה דכיון שיש לגזולן קניני גזילה אין הנגזל יכול להקדיש.

ד. והנה בעיקר הא דחזר ולקחה מבעלים הראשונים אמרין מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידי וקונה הלוקח אחר שחזר הגזולן וקנאה מהבעלים נאמרו בזה כמה שיטות בראשונים היאך קונה הלוקח, דהנה בהא דאמרו בגמ' מאי טעמא ואמרו משום דניחא ליה דלא לקרייה גזלנא או משום דניחא ליה דליקו בהימנותיה, יעוי' ברשב"א פירש מאי טעמא כלומר במה קנאה דהא דבר שלא בא לעולם היא, אמר מר זוטרא ניחא ליה לאיניש דלא לקרייה גזלנא כלומר ואנן סהדי דלאוקומה קמי לוקח קבעי ליה ונגזל על דעת לוקח מוכרה לו ולו הוא מקנה אותה ע"י גזולן זה, ואפי' למ"ד התם בב"ק (ק"ב ב') מי הודיעו לבעל חטים שיקנה חטיו לבעל המעות התם הוא דלא ידע בשליחותו של זה אבל הכא ידע נגזל דמכרה זה לאחר ועכשיו הוא מחזר אחריה כדי להעמידה לפניו גם הוא מתכוין להקנותה לו ללוקח. **והיינו** דהנגזל מכוין להקנותה ללוקח דידוע הוא שהגזולן מחזר אחריה לקנותה כדי להעמידה בפני הלוקח ומכוין הנגזל להקנותה ללוקח.

והריטב"א כתב א"ל מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידי ואם תאמר והא אין אדם מוכר דבר שלא בא לרשותו וכו', וי"ל דלעולם רבנן היא והאי לישנא לאו דוקא אלא לומר דודאי דעת המוכר כשחזר ולקחה שיזכה בה לוקח שלו שכן גמר בדעתו בשעה שמכרה לו, והיינו דשיילין בסמוך מ"ט כלומר מ"ט אמרין שכן היה דעת המוכר וכך היה דעתו ואמרין מר אמר ניחא ליה דלא ליקרייה גזלנא ומר אמר ניחא ליה דליקום בהימנותיה, ולקמן בשמעתין בעינא לוקח במאי קני לה השתא להאי ארעא כלומר דהא לא זכה בה משעה ראשונה שאין אדם מוכר דבר שלא בא לעולם אליבא דרבנן מיהת וכו'. והיינו דלהריטב"א לא התבאר אכתי בגמ' היאך קנה הלוקח רק מיבעיא לן אמאי היה בדעתו של הגזולן כשקונה שתהא הקרקע ללוקח ולזה אמרין דהוא משום דלא לקרייה גזלנא או משום ליקו בהימנותיה אבל לא נתבאר אכתי מהני ובמה קנה הלוקח.

יכול להקדישו, אכן להרמב"ן דענין אינו ברשותו הוא משום הקניני גזילה א"כ היכא דליכא קניני גזילה אף דצריך להעמידו בדין להוציא ממנו שפיר חשיב ברשותו ויכול להקדישו.

אמנם האחרונים העלו דאף לדעת הרמב"ן דחשיב אינו ברשותו מחמת הקניני גזילה מ"מ מודה דאף היכא דליכא קניני גזילה חשיב אינו ברשותו מחמת חסרון שליטת הבעלים, יעוי' בקובץ שעורים ב"ק אות ט' ובחידושי הגרש"ש ב"ק סי' ל"ד ובאמרי משה סי' ל"ד אות ז'. ולפי"ז אף להרמב"ן פקדון דכפריה חשיב אינו ברשותו. ועי' נה"מ סי' רנ"ט סק"א כתב דאבידה חשיב אינו ברשותו.

אכן יעוי' בגיליון הש"ס לרע"א ב"מ ז. מבואר דס"ל דענין אינו ברשותו הוא רק משום הקניני גזילה, דהנה אמרו שם בגמ' גבי מסותא דאינו יכול להקדישה אפי' אם יכול להוציא בדינין משום דאינה ברשותו וחילקו בין מסותא מקרקעי למסותא מטלטלין, ועיי"ש בגיליון הקשה רע"א דעיקר החילוק בין קרקע למטלטלין הוא דמטלטלין נגזלין וקם ליה ברשותיה דגזולן מקרי אינו ברשותו אבל קרקע אינה נגזלת ולא קם ברשותיה דגזולן, וא"כ במטלטלין שגזולן בלא קנין דלא קם ברשותיה דגזולן הוי כקרקע ויכול להקדיש, וא"כ במסותא דכל הגזילה היא במאי דאמר ידידי היא לית ליה קניני גזילה ויכול להקדישו.

ומבואר מדבריו דאף דאינו ברשותו בפועל מ"מ כל דליכא קניני גזילה חשיב ברשותו ויכול להקדיש, ורק משום הקניני גזילה הוא דהוי אינו ברשותו. ולפי"ד אבידה וכן פקדון דכפריה חשיב שפיר ברשותו ויכול להקדיש.

אמנם בכאן צדקו דברי הקצוה"ח אפי' אי נימא דאבידה לא חשיב אינו ברשותו דהא הכא איכא קניני גזילה להגזולן וכל זמן שלא העמידו בדין והחזיר לו המטלטלין אכתי איכא קניני גזילה להגזולן בהמטלטלין ואינו יכול להקנותן, וא"כ לא היה צריך הקצוה"ח להסתייע במה שיסד בסי' שנ"ד דאפי' פקדון דכפריה חשיב אינו ברשותו דהא הכא איכא קניני גזילה, ואע"פ שמכרו הגזולן להלוקח כל דלא הוי יאוש ושינוי רשות לא קנאו הלוקח ואכתי איכא קניני גזילה ומשום הקניני גזילה אין הנגזל יכול להקנותו לגזולן. וכנראה שנקט הקצוה"ח דכיון דהכא

ולקמן

טז. אמרינן מתקיף לה רמי בר חמא מכדי האי לוקח במאי קני להאי ארעא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא א"ל רבא תהא במאמינו, וכתב הרשב"א שם מכדי לוקח במאי קני ליה להאי ארעא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא תמיה לי והא טעמא משום דנגזל מקנה קרקעו ללוקח מגזלן וכמו שפירשנו למעלה וכבר שאלו למעלה מאי טעמא ואוקימנא משום דלא ליקריה גזלנא אי משום דליקום בהימנותיה, ונ"ל דהא דאתקיף השתא רמי בר חמא לא קאי אלא אגבאה בחובו דלא שייך ביה ההוא טעמא דנגזל מקנה אותו ללוקח דלאו בדידיה תליא מילתא ובדין הוא דליקשי הכי לעיל גבי גבאה בחובו אלא דנטר עד דגמרו כל הנך פלוגתא ובתר כן אקשי ליה. והיינו דבאמת כשקנאה גזלן מהנגזל כבר התבאר בגמ' לעיל דקונה הגזלן בשביל הלוקח ואף הנגזל מכוין להקנות ללוקח והכא בעי בגבאה בחובו, והרשב"א לשיטתו שביאר לעיל דהיינו טעמא שקונה הלוקח משום שהגזלן קונה בשבילו מן הנגזל.

והריטב"א

שפירש לעיל דלא קאמר אלא מאי טעמא רוצה הגזלן שתהא הקרקע קנויה ללוקח אבל לא נתפרש אכתי היאך קונה פירש שזהו מה שאמרו בגמ' מכדי האי לוקח במאי קני, ובהא דאמרו תהא במאמינו כתב הריטב"א שם לפרש תהא במאמינו דבההיא הנאה דסמיך עליה גמר ומקנה ליה כאלו קבל ממנו כסף אחר כשחזר ולקחה דהנאה חשובה ככסף בכל מקום וכדמוכח בפ"ק דקידושין (דף ז.) בהדיא, ולא עוד אלא שאף הנגזל עצמו לרעת כן מוכרה והוא גומר ומקנה ללוקח ואפי' למ"ד בפרק הגזול מי הודיעו לבעל החטים שיקנה חטיין לבעל המעות הכא מודה שכבר הוא יודע שזה מכרה והאמינו הלוקח וכמי שהודיעו גזלן שלצורך לוקח הוא חוזר ולקחה דמי.

מבואר

מדברי הריטב"א שפירש בשני אופנים היאך קונה הלוקח האופן האחד שבאמת הגזלן כשקנה מן הנגזל קנה לעצמו והוא מקנה אותה ללוקח בההיא הנאה שהאמינו וזה חשוב קנין כסף כדחזינן גבי קידושין דהנאה הוי קנין כסף, ובאופן השני ביאר דכיון שמאמינו רוצה לקנות בשבילו וכשקונה מן הגזלן הרי הוא קונה בשביל הלוקח והוא

כמו שפירש הרשב"א בתחלת הסוגיא ולהריטב"א השתא הוא דאמרינן הכי שקונה בשביל הלוקח.

ובתוס' שם כתבו בההיא הנאה דקא סמיך וכו' והוא כאילו אמר שדה זו תהא קנויה לך לכשאקחנה. והיינו דלא ס"ל לתוס' דהוי מעשה קנין חדש ע"י ההיא הנאה בשעת הלקיחה מהבעלים אלא דההיא הנאה הוי קנין כסף לקנות הקרקע בשעת המכירה הראשונה לכשיקחנה מהבעלים.

נמצא דכשחזר ולקחה מהבעלים הראשונים להרשב"א הוי קנין מיד הנגזל ליד הלוקח על ידי המוכר, ולהריטב"א וכן הוא בחידושי הר"ן הוי קנין חדש שמקנה הגזלן ללוקח אחר שקנאה לעצמו, ולהתוס' הוי קנין בשעת המכר לאחר שיקחנה.

והשתא ניחוי אנן בנדרון דהקצוה"ח שכתב דגבי מטלטלין אין הנגזל יכול להקנות לגזלן דהוי אינו ברשותו ולכך לא שייך כלל הך דינא דחזר ולקחה גבי מטלטלין, דבשלמא לשיטת הריטב"א שהגזלן קונה לעצמו מן הנגזל ובההיא הנאה מקנה להלוקח אתי שפיר מש"כ הקצוה"ח דאין הנגזל יכול להקנות להגזלן את המטלטלין דהוי אינו ברשותו וממילא לא קנה לוקח, אכן לשיטת הרשב"א שהגזלן קונה עבור הלוקח ומכוין הבעלים הנגזל להקנות ללוקח א"כ אין הקנין מן הנגזל לגזלן אלא שמקנה הבעלים ללוקח ולפי מש"כ האחרונים דאע"פ שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו מ"מ הנגזל יכול להקנות לגזלן וכמ"ש הקצוה"ח לקמן סק"י ובאבני מלואים סי' כ"ח סק"ג וא"כ הכא שהמטלטלין אצל הלוקח יכול הנגזל להקנות המטלטלין להלוקח.

דהנה בהא דיכול הנגזל להקנות להגזלן עצמו את הגזילה אע"ג דהוי אינו ברשותו ביארו בזה האחרונים בכמה אופנים, דיעוי' באבני מלואים שם ביאר דלא גרע ממלוה דה"ל דבר שאינו ברשותו ואינו יכול להקנותו לאחר אלא במעמ"ש אבל להקדישו אינו יכול כמ"ש הרמב"ן במלחמות ואפ"ה ללוה עצמו מצי מחל, ואין חילוק בין מתנה למחילה אלא דבמלוה שייך לשון מחילה ובחפץ לשון מתנה, והיינו דכיון שהוא ברשותו של הקונה יכול שפיר להקנות לו כשם שבמלוה אינו יכול להקנות משום שאינו ברשותו ומ"מ יכול למחול ללוה עצמו דאצלו אין חסרון של אינו ברשותו.

ועי' בזכרון שמואל ובחידושי ר' שמואל קידושין סי' י' כתב שיש לבאר הא דהגזול יכול להקנות להגזולן אע"פ שאינו ברשותו דהא דאינו ברשותו אינו חסרון בבעלות ההקנאה אלא דהוא דין מסוים בעשיית חלות והקנאות בהחפץ דבעינן שיהא גם ברשותו אבל אין זה חסרון בעלות דליהוי כאינו שלו, ולזה י"ל דסגי במאי דיהא עכ"פ ברשות הקונה דדוקא היכא דאינו לא ברשות המקנה ולא ברשות הקונה לא שייך למיעבד ביה הקנאות והקדשות אבל היכא דהוי עכ"פ ברשות קונה תו ליכא כאן החסרון דאינו ברשותו כיון דבבעלות המקנה לא חסר מיד.

ולפי"ז נראה דהכא במטלטלין הנגזל אינו יכול להקנות להגזולן עצמו כיון שאינו ברשותו עתה אלא אצל הלוקח שמכר לו מקודם אבל להקנות להלוקח שפיר יכול הנגזל כיון שהוא ברשותו של הלוקח.

ובשערי ישר שער ה' פי"ב כתב לבאר דאיכא קנין מצד הקונה, דעד כאן לא אמרין דלא מהני קנין בדבר שאינו ברשותו רק בהקנאה שדומה להקדש דילפינן מקרא דאיש כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו היינו באופן שהוא כהקדש שנגמרה ההוצאה מרשות הבעלים לרשות גבוה ע"י גמירת דעת ואמירה של הבעלים, ואז אמרין בדבר שקלש כח הבעלים ושליטתם בנכסים גלתה תורה בזה שלא יוכלו הבעלים להקנותם, אבל בענין הוצאת חפץ מרשות לרשות מצינו גם אופן אחר שכל ההוצאה נעשית שם ע"י הקונה בלבד כמו בדבר העומד למכור דאיכא אומדנא שניחא להו להבעלים מצד זכות שיש בזה שיכול הקונה לקנות בלי כוונת המקנה, וכיון דיכול אדם לקנות מעצמו חפץ של אחרים ע"י משיכה או הגבהה או חזקה בלא כוונת המקנה באופן כזה ודאי דלא שייך שיהיה חסרון אם הדבר אינו ברשות המקנה, כיון שלא נעשה ענין ההפקעה ע"י פעולת המקנה רק שהמקנה אינו מעכב לפעולת הקונה, ונמצא דכל שאין עיכוב מצד הבעלים קונה הקונה כמו מן ההפקד ועל פעולת הקונה לא מצינו חילוקים שלא יועיל ולא איכפת לן שאינו ברשותו של הבעלים.

ומבואר שפיר הא דיכול הנגזל להקנות לגזולן דכיון שהחפץ אצל הגזולן ויכול להחזיק

בו ע"י משיכה או חצר וכדו' ואין צריך רק שיתרצו הבעלים ע"ז ועל ריצוי הבעלים לא שייך אינו ברשותו כיון דמ"מ מתרצים וניחא להו, ונמצא לפי"ז דאין חילוק בין אם מקנה הנגזל לגזולן עצמו או לאיניש דעלמא אלא דהעיקר תלוי באיזה אופן יהיה הקנין אם בקנין מצד המקנה ככסף וחליפין או הקדש הפקר וחילול דאז לא מהני אף לגזולן, ואם נעשה הקנין מצד הקונה כמשיכה וכדו' אז מהני גם לאחר.

והנה הכא שהגזולן קונה המטלטלין מן הנגזל בשביל הלוקח אם נעשה הקנין בקנין סודר (שהרי בכסף אינו קונה דביטלו חכמים קנין מעות) א"כ הוי קנין מצד המקנה ואין יכול להקנות הנגזל בין אם המכירה היא לגזולן והגזולן מקנה ללוקח או אם המכירה היא מן הנגזל ללוקח דכיון דהקנין צריך להיות ע"י סודר והוא קנין מצד המקנה אינו יכול להקנות כיון שאינו ברשותו.

אבן להראשונים שהקנין הוא בשביל הלוקח דהיינו שהגזולן קונה עבור הלוקח והנגזל מכיון להקנות ללוקח א"כ כיון שנמצא ברשותו של הלוקח י"ל שקונה הלוקח בקנין חצר דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכיון שמכיון הנגזל להקנות ללוקח קונה הלוקח בקנין מצד הקונה.

ה. והנה יעוי' בזכר יצחק סי' ע"א כתב לבאר הא דיכול הנגזל להקנות להגזולן כדחזינן בקידושין יג. שמקנה לו הגזילה ועי"ז מקדשה, דבאמת מצד הקנאה אינה יכולה להקנות לו רק כיון דקנוי לו מקניני גזילה והחויב השבה מפקיע קנינו שלא יוכל לקנות לגמרי א"כ כשרוצה להקנות לו כדי שיקדשנה בזה הרי היא מוחלת לו חיוב ההשבה וממילא קונה לגמרי, עיי"ש.

ולכאן לפי"ז הוי איפכא שיכול הנגזל להקנות להגזולן עצמו את המטלטלין אבל להלוקח אינו יכול להקנות, דכיון דלגזולן יש קניני גזילה א"כ אף שעתה אין הגזילה ברשותו אלא ברשות הלוקח מ"מ אית ליה ביה קניני גזילה וממילא קונה, אבל הלוקח שאין לו בו קניני גזילה אין יכול הנגזל להקנות לו.

אבן לפי מה שביארו האחרונים (עי' זכרון שמואל סי' נ"ח ובאמרי משה סי' ל"ד) דאיכא דין

מכירה על הקניני גזילה וכמו שמבואר דאיכא דין ירושה על הקניני גזילה וכדמוכח מהא דאיתא בשו"ע סי' שס"א סעי' ז' דאם נשתנית הגזילה ברשות היורשים קנו היורשים בשינוי ומדקונים בשינוי ע"כ דיש להם קניני גזילה והיינו דירשו מאביהם את הקניני גזילה, כמו"כ יש דין מכירה על הקניני גזילה וקנה הלוקח הקניני גזילה, א"כ לפי"ז כשמוכר הגזול המטלטלין להלוקח קונה הלוקח את הקניני גזילה וממילא כשמוכר הנגזל להגזול בשביל הלוקח הוא כמחילה וקונה הלוקח ע"י הקניני גזילה שיש לו במה שקנה מהגזול, ושפיר מהני מכירת המטלטלין.

ויעוי' באמרי משה סי' ל"ב אות ל"ז כתב לחלוק על הקצוה"ח במש"כ דבמטלטלין הנגזלין לא שייך הטעם דניחא ליה דליקום בהימנותיה משום שצריך העמדה בדין ואין הנגזל יכול למכור, דמלבד מ"ש הפוסקים דהנגזל להגזול יוכל למכור, עוד בעיקר חידושו של הקצוה"ח דגם בפקדון שיש לו להנפקד דו"ד אין יכול להקדיש יתבאר להלן דאינו מוכרח כלל, וגם אפשר לומר דבמטלטלין גם כשהכיר שהיא גזולה ול"ש הטעם דליקום בהימנותא מ"מ נתקיים המקח ללוקח כיון דחל המכירה בשעתא לענין שיקנה הלוקח קנין הגזולה באם יהיה שינוי וכן שיפטור ממה שישתמש בהגזולה וכמפורש ברשב"א ב"ק לג: דהלוקח מגזול פטור מלשלם שכר שימוש, וע"כ כשלקח מהנגזל הוא כאילו מחל לו וזוכה מלוקח לגמרי בהחפץ דמכר לו זכות שתבא לידיה, וכמו במחל להגזול דנראה דא"צ הגזול לעשות קנין מחדש וזוכה ע"י קנין הגזולה ה"נ הלוקח זכה ע"י קנין הגזולה.

ועיי"ש שיישב על פי זה עיקר קושית הט"ז דהר"ל הנפק"מ במטלטלין דלא שייך הטעם דלא לקרייה גזלנא ולהנ"ל במטלטלין אין צריך לטעם דלא לקרייה גזלנא וגם בהכיר שאינו שלו זוכה הלוקח דכיון שמכר לו הגזול את קניני הגזילה מיד כשקונה הגזול מן הנגזל קונה הלוקח ע"י הקניני גזילה, וע"כ אי אפשר לפרש הנפק"מ בין טעם דליקו בהימנותיה לטעם דלקריוה גזלנא לענין מטלטלין דאע"ג דבמטלטלין לא שייך טעמא דלקרייה גזלנא וכמ"ש הסמ"ע מ"מ קונה הלוקח ע"י הקניני גזילה.

ו. ובעיקר הא דכתב הסמ"ע דהא דכתב השו"ע בטענה שקנאה מגזול היינו שראובן

המוכר הוא הגזול ואפ"ה מעיד ללוקח משום דבמטלטלין ליכא משום דלא לקרייה גזלנא ואין לו נגיעה, הקשה באמרי בינה דיני עדות סי' נ"ו דאם העידו עדי יהודה המערער שראובן גזלו ממנו א"כ מעידין על גוף ראובן וכיצד יעיד ראובן להעיד להכחיש העדים הא הוא כמעיד על עצמו, ואף אם אין זה נוגע לו כלל מ"מ כיון דמעידין על גופו הוא כבע"ד.

ועיי"ש שהאריך בענין זה כשמעידין על גופן אלא שאינו נוגע להם אי חשיב בע"ד או לאו. ועי' מה שנתבאר אצלינו בכתובות פרק שני סי' כ"ב באורך בענין זה בעדים שמעידים על עדי השטר שהיו פסולים דחשבינן להו התם תרי ותרי היכא שמעידים עליהם שהיו גזלנים ועתה חזרו בתשובה אם נאמנים להכשיר את עצמם, עיי"ש באורך.

סעיף קטן ט

א. בשו"ע סי' י"ז ראובן שגזל טלית או שדה משמעון ובא יהודה וערער על ראובן ואמר שדה זו או טלית זו שלי היא אין שמעון יכול להעיד שאין זו השדה והטלית של יהודה שהרי שמעון רוצה להעמיד שדה זו או טלית זו ביד ראובן מפני שאפשר שנזכר לו להוציאה מיד ראובן יותר מלהוציאה מיד יהודה וכו', והרמ"א כתב וכל זה ששמעון לא בא להעיד רק שהשדה או הטלית אינה של יהודה אבל אם בא להעיד שהוא של ראובן בכל ענין יכול להעיד שכיון שהודה על הדבר שהוא של ראובן שוב אינו יכול לערער עליו ולומר שהוא שלו ואינו נוגע בעדות.

והוא מגמ' ב"ב מג: אמר רב ששת רישא בראובן שגזל שדה משמעון ומכרה ללוי ואתא יהודה וקא מערער דלא ליזיל שמעון לאסהיד ליה ללוי דניחא ליה דהדרא וכיון דאסהיד ליה דלוי הוא היכי מצי מפיק לה מיניה דאמר ידענא דהאי ארעא דלאו דיהודה היא ובההוא זכותא דקא מפיק לה מלוי ליפקה מיהודה דאמר השני נזכר לי הראשון קשה הימנו.

וכתב הר"ן שם והביא דבריו הנמוק"י שם (דף כג: בדפי הרי"ף) וז"ל וכיון דאסהיד ליה ללוי היכי דררא ליה כלומר וכיון שכן מצי מעיד שאין עדות זו מעלה ולא מורדת ואוקימנן דאמר ידענא

ראובן א"כ אפילו יש לו עדים שהוא שלו הרי הוא פוסל לכל העדים ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים, א"כ תו ליכא דין קרוב כלל דהא אינו שייך לשדה זו כלל ולא גרע מסילוק, אלא דכל זמן דאסהיד דלאו דיהודה אמרינן דהוי נוגע כיון דיש לו עדים שהוא שלו ויוכל להוציא, אבל כי אסהיד דראובן הוא א"כ אינו קרוב כלל דהא אנן אמרינן דלא שייך לשדה זו כלל ועדיו עדים פסולים כיון דנאמן על עצמו יותר מעדים, אבל גבי בני העיר כיון דהם מפורעי המס ודאי קרוב הוא לעצמו והוא שייך לזה המס והוא מעיד על עצמו ואע"ג דהוא לחוב אפ"ה אינו נאמן להיות עד דקרוב פסלה התורה על אחרים אפילו אינו משקר.

והיינו דנוגע לחובתו באמת פסול הוא לעדות משום דפסול נוגע הוא משום קרוב וקרוב פסול אפי' לחובתו ואמנם לעצמו יכול להעיד חובתו מדין הודאת בע"ד אבל לאחרים אינו מעיד אע"פ שיש בעדות זו חובתו דהוי קרוב, אבל בהא דמעיד שהקרקע של ראובן לא חשיב נוגע לחובתו דכיון שמעיד שהיא של ראובן ואיכא הודאת בע"ד א"כ שוב לא יוכל להוציא הקרקע מידו והוי סילוק וע"י העדות הזאת בעצמה לא הוי תו בע"ד כלל ושפיר מעיד.

והנה יעוי' בחידושי הר"ן סנהדרין י. הביא פירוש הראב"ד דהא דאמרינן פלגין דבורא היינו דוקא בבע"ד שאינו עד אבל בעד פסול אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, וביאר סוגית הגמ' דמיבעיא לן אי אדם קרוב אצל אשתו היינו אי הוי בע"ד או קרוב, והא דמיבעיא לן התם באומר פלוני רבע שורי אי אמרינן אדם קרוב אצל ממונו היינו נמי אי הוי בע"ד ואמרינן פלגין ומסקינן דלא הוי בע"ד ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואינו נאמן אף על הפלוני, וכתב שם וכשתדקדק בכל המקומות שנזכרו בתלמוד דין פלגין דיבורא לגבי עדות תמצאם כך שמקצת העדות היה על עצמו של מעיד וכו', ואמרינן נמי בפ' קמא דגיטין (דף ח:) עבד שהביא גיטו וכתוב בו עצמך ונכסיי קנוין לך ואמר בפני נכתב ובפני נחתם נאמן על השחרור ואינו נאמן על הנכסים ואמרינן התם דפלגין דיבוריה ולא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה שמה שמעיד על מתנת הנכסים אינו נקרא עדות, דאע"ג דמסקינן הכא אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל ממונו לא אמרינן היינו לעשות דין בממונו שהוא ענין חשוב לעצמו יותר מהפסד שלו

בהאי ארעא דלאו דיהודה היא הילכך נוגע הוא בעדות זו, ומיהא שמעין דפסול נוגע בעדות אינו כפסול קורבה דאלו קרוב אינו מעיד כלל בין לזכותו בין לחובתו אבל מאן דאית ליה צד נגיעת עדות כל שהוא מעיד בענין דלא מטי ליה הנאה מקבלין עדותו וכשר, דהא הכא נהי דאלו מעיד דלאו דיהודה היא נוגע בעדות הוי אי אסהיד דלוי הוא מקבלין מיניה.

והקצוה"ח הביא מהתומים סקכ"א שהאריך בזה דמשמע מהנמוק"י דנוגע יכול להעיד לאחרים כל שהוא לחובתו, וכן משמע מהך דלעיל סעי' ו' דשותף שאמר דבר שהוא חובתו וחובת שותפו נאמן להעיד. וכתב התומים שיש חולקים בזה והוא הרא"ש בתשו' כלל ו' סי' כ' שכתב שם וז"ל שאלתיך כבר על ראובן שתבעו שמעון בשביל מס גלגולת וקרקעות והוא השיב שהקהל פטרוהו זה כמה שנים ועוד שהקהל נכו לו חלקו ובשטר החכירות אין מוזכר מזה כלום והטילו חרם על הכל, ובאו עדים מפורעי המס והעידו שהיום כמה שנים עבר לוי דרך כאן ופייס בעד ראובן לקהל שיפטרוהו ממס גלגולת וקרקעות ונתרצו לו, ושאלתיך כבר אם תנאי זה קיים כדיבורם ואם אלו העדים שהם מפורעי המס נאמנים להעיד על דבר זה אף כי מעידים לחובתן ואחד מהם הוא סופר מתא מכל מקום גם הוא פורע מס. תשובה כבר השבתי לך שבכל דבר שהקהל או טובי העיר שנתמנו מדעת הקהל מסכימים אין צריך קנין ולא שטר וכו', ועדים מפורעי המס בעלי דבר הם שאינן יכולין להעיד לא לזכות ולא לחובה דאין חילוק בעדות הפסול פסול לכל, חלקם יכולין לוותר בהודאתם, עכ"ל. מבואר מדברי הרא"ש דלחוב עצמו רשאי לא מתורת עדות דהודאת בע"ד כמאה עדים ויכול לחייב את עצמו אע"פ שאינו חייב אבל לא שיהיה בגדר עדות כדי שיועיל עדותו לאחרים.

וכתב הקצוה"ח שנראה עיקר כדברי הרא"ש בתשובה לפי מ"ש בסימן ל"ד סק"ד ולעיל סק"ה דנוגע אינו פסול משום משקר אלא משום קרוב וא"כ הוא פסול בין לזכות בין לחוב, אלא על עצמו דנאמן הודאת בעל דין הוא משום דהתורה נתנה נאמנות לכל אדם על עצמו אפילו עבד וגזלן ושפחה וכמ"ש בסימן ל"ד שם, וא"כ לאחרים אינו מעיד כיון דקרוב הוא, והא דאמרינן דהיכא דאסהיד שהוא של ראובן הוי עד היינו משום דכל שמודה שהוא של

שהרי הקפידה התורה לדונו בכ"ג ולפיכך זה העדות אינו כמעיד לעצמו אלא כמעיד על קרובו ועדותו בטלה לגמרי, אבל אם יאמר אני מעיד שנכסים אלו שלי או שאינן שלי זהו ודאי מעיד אצל עצמו ולא שייך בו עדות כלל ופולגין דיבוריה כההיא דעבד, עכ"ל.

ומבואר להדיא מדברי הר"ן דכשמעיד על ממונו שחייב סקילה לא חשיב בעל דבר אלא כקרוב הוא ועד פסול מיקרי ואמרינן ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה (כן ביאר בחידושי הגרש"ש ב"ב סי' כ"ד ובאמרי בינה דיני עדות סי' נ"ג), אבל במעיד על ממונו שאינו שלו חשיב בעל דבר ואינו עד כלל. וזה דלא כהקצוה"ח שכתב שאם מעיד על ממון שאינו שלו כיון דאיכא הודאת בע"ד הו"ל כנסתלק מן הממון ואינו בעל דבר ומדברי הר"ן מבואר דכשמעיד על ממון שאינו שלו הו"ל בע"ד ואינו נאמן.

ב. והנה לעיל סק"א הביא הש"ך ראייה מדברי הנמוק"י דנוגע לחובתו נאמן ש"מ דפסול נוגע הוא משום חשש משקר ולא משום בע"ד, ודחה הש"ך דיש לומר דהיכא דיש לו הנאה ומיקרי נוגע חשיב כקרוב אבל היכא דמעיד לחובה לאו נוגע הוא ולא חשיב כקרוב. והתבאר שם שהכרח הוא לומר כן בדעת הר"ן דבאמת פסול נוגע הוא משום בע"ד אלא דהיכא דאין לו נגיעת ממון לא הו"ל בע"ד ולכך נוגע לחובתו כשר להעיד.

ועי' בחידושי הגרש"ש ב"ב סי' כ"ד הביא מש"כ התומים שמדברי הרא"ש בתשו' מבואר דלא כהנמוק"י, וכתב שיש לחלק דבאמת היכא שהוא בע"ד ממש דאז אינו בתורת עדות כלל ודאי דבין לזכות בין לחובה פסול, אבל היכא שאינו בתורת בע"ד ממש רק דאית ליה איזו נגיעה י"ל דרק לזכות חשבינן נגיעה אבל לחוב אינה נגיעה כלל כיון דלא איכפת לו להעיד חובתו אינו נוגע, ולפי"ז י"ל דהכא דעיקר עדותו עכשיו להעמיד השדה ביד לוי נגד יהודה והנה אף שמעיד בלשון כזה דמזה יפסיד שלא יוכל להוציא מיד לוי זה רק כנגיעה לחוב דלא שייך נגיעה, אבל לפוסלו משום בע"ד שלא יהיה עליו תורת עד לא שייך הכא כשאנו דנים לענין עדות שאנו דנים בין לוי ליהודה, אבל בפריעת המס בזה גופא שמעידים ששמעון נפטר מן המס אינו רק נגיעה אלא הו"ל בעלי דברים ממש

שמעידים שעל בני העיר הנשארים איכא חיוב מס ואין שמעון מחויב לישא עמהם בעול המס, וכיון שהם ג"כ מבני העיר הפורעים את המס אינם בתורת עדות כלל.

והיינו כמו שנתבאר דבנוגע היכא דהוי לחובתו אינו נגיעה כלל ולא נעשה בע"ד עי"ז אמנם כל זה דוקא כשעיקר העדות אינה לעצמו אלא שיש בזה נגיעה בזה אמרינן דאם הנגיעה לחובתו לא חשיב נוגע ולא הו"ל בע"ד, אבל כשהוא בע"ד ממש אף שמעיד לחובתו אינו נאמן כלל וגם לאחרים כיון שהוא בע"ד.

ועי' חזו"א חו"מ סי' ג' סק"ב כתב וכתב הש"ך (בסי' קכ"ג סק"ו) דאין העדים נאמנים לזכות מ"מ נאמנין לחובה דכיון דאין כאן עדות קרוב אלא שהדבר נוגע לקרובו ולא עדיף מנוגע הדבר לעד עצמו שאין נוגע פסול לחובה, ובקצוה"ח סי' ל"ז סק"ט הביא דהרא"ש חולק דכתב בתשו' שאין אחד מפורעי המס מעיד לפטור את אחד מן המס שהוא בע"ד ופסול בין לזכות בין לחובה, ונראה דשאני התם דהרי על בני העיר לשלם את סכום המס בין שהוא מס שהוטל עליהם מהמושל לשלם ובין שהוא לצרכי העיר ואם אחד אינו משלם מוכרחים חבריו להוסיף כנגד חלקו, ונמצא שכל מי שפורע את המס הוא מהנה את כל חבריו וכל אחד כופה את חברו לשלם חלקו כדי שלא יגיע לו הוצק, כי אם הוא מס המושל אפשר שיבא המושל ויגבה מיחידים ואפשר שיקנסם בגוף וממון ואם הוא לצרכי העיר יחסרו צרכי העיר, והלכך כשראובן מעיד ללוי שפטור מן המס הרי הוא מעיד להוסיף חלק של כל אחד ואחד והוא עצמו בע"ד לתבוע מכל אחד ההוספה שהרי כולם משועבדים לו לשלם חלקם והוי עדות לעצמו ממש, ואע"ג דאם לא היה מעיד היו גובין מלוי ולא יגיע לו ריוח מעדותו ולא עוד אלא שמגיע לו חובה במה שמתוסף חלקו מ"מ הוא פסול לעדות דסו"ס הוא בע"ד שהרי תובע הוא מכל בני העיר להוסיף על המס שהוא שותף בו.

ג. ומה שכתב התומים שכן משמע בשו"ע סעי' ו' בשותף שאמר דבר שהוא חובתו וחובת שותפו נאמן להעיד, כתב הקצוה"ח דשם מיירי שהם שותפים בדבר אחר כמ"ש הסמ"ע שם סק"ח.

עי' בסמ"ע שם כתב ומ"ש אחד מהשותפין ר"ל שהם שותפים בדבר אחר משא"כ בס"ד מיירי

שהן שותפין בדבר זה. והיינו דקשיא ליה להסמ"ע שבסעי' ד' כתב השו"ע ראובן תבע לשנים שהלוה להם וכפר אחד והודה השני שהוא וחבירו חייבים אם אותו ממון לקחו בשותפות אינו נאמן על חבירו והוא לבדו יתחייב בכל, ואילו בסעי' ו' כתב השו"ע אם טען אחד מהשותפים דבר שהוא חובה לו ולחבירו נאמן בעד אחד לחייב שבועה את חבירו ולפטור משבועה את שכנגדם ואם שני שותפים העידו חובתם נאמנים לחייב את חבריהם, ולכן פירש הסמ"ע דמש"כ בסעי' ו' ששותף יכול להעיד בדבר שהוא חובה לו מיירי שהיו שותפים בדבר אחר ולא באותו ממון. ולפי"ז דחה הקצוה"ח ראיית התומים מסעי' ו' שנוגע לחובתו כשר להעיד דהתם לא הוי בע"ד דאינו שותף באותו ממון.

ובאורים סקט"ז כתב שדברי הסמ"ע דחוקים כי אם אינם שותפים בדבר הזה איך יקרא ליה שותפים ומה נפק"מ אם הם שותפים בדבר אחר. ובאמת בהגהת מרדכי כתובות סי' רצ"ט שהוא מקור דין זה מפורש דמיירי ששותפין באותו ממון דיעווי"ש שם כתב ב' שותפין או שלשה שיש להם דין עם אחד אין היחיד יכול לומר יבא אחד מכם ויטעון בשביל כולכם כי טורח עליו עם כולכם כי ודאי דין הוא שהשותפין יכולין לומר כל אחד רוצה לטעון על חלקו וכו' ומיהו אי טעין חד מן השותפין דבר שהוא חובה לו ולחבירו נאמן היחיד בעד אחד לחייב לשותפין שבועה דאורייתא ואם יתחייב היחיד שבועה והעד מסייעו יפטר היחיד משבועה מכל השותפין ואם יטעון השותף חובתו וחובת חבירו נאמן לחייב שבועה כדאיתא פרק חזקת הבתים מעידין זה לזה היכא דלא נגעי בעדותם. ומבואר להדיא דמיירי שהיו שותפין באותו ממון ואפ"ה אם האחד מעיד חובתו וחובת השותפין מחייב שבועה ודלא כמ"ש הסמ"ע שהיו שותפין בממון אחר.

ומ"מ נראה דאין להוכיח מסעי' ו' בשותף שמעיד שנוגע לחובתו כשר להעיד אף שהוא בע"ד דהנה באמת צ"ע מה שהקשה הסמ"ע שבסעי' ד' מבואר שאינו מעיד לחייב שבועה ובסעי' ו' מבואר שמעיד ולא חשיב נוגע, ועי' בתומים מש"כ בזה ומדברי הגהת מרדכי לא משמע דמיירי בכה"ג שכתב התומים. ונראה דלא קשיא כלל ולא סתרי הסעיפים אהדרי כלל, דבסעי' ד' בראובן שתבע לשנים שהלוה

להם וכפר האחד מיירי שלוו ביחד וכשכופר האחד חייב זה לשלם הכל ולכן יש לו נגיעה להעיד על חבירו לחייבו שבועה שע"ז יפטר הוא מלשלם חלק חבירו וזה ודאי נוגע הוא, אבל בסעי' ו' מיירי שאינו צריך לשלם חלק השותף חבירו והתובע תובע כל אחד על חלקו ובזה שפיר יכול להעיד דלא הוי נוגע ולא הוי בע"ד, וזהו שכתב הגהת מרדכי כדאיתא פרק חזקת הבתים מעידין זה לזה היכא דלא נגעי בעדותם. ועי' ביאור הגר"א סק"ד כתב ראובן תבע המוציא שט"ח ב"ב שם השותפין מעידין כו' ואמאי נוגעין כו' הב"ע כו' ובסק"ה כתב אם טען ר"ל בשאין תועלת לו בעדותו וכנ"ל דמעידין בין לזכות בין לחובה. מבואר להדיא שפירש דלא סתרי שני הסעיפים דבסעי' ד' מיירי שנוגע בעדותו כגון שלא נסתלק כמבואר בגמ' שם דאין שותפין מעידין זה לזה אלא בשנסתלק ובסעי' ו' מיירי באופן שאין לו תועלת מעדותו דדמי לנסתלק.

ד. והביא הקצוה"ח ראה ממה שכתב הרי"ף (כתובות מז: בדפי הרי"ף) והרמב"ם פט"ו ממלוה ה"ז דאין נאמנות מועיל לגבי לקוחות ומשום קנוניא, ועיין טור ושו"ע סי' ע"א סעי' י"ט, ולמה לא יהיה הלזה עצמו עד מסייע לפטור משבועה כיון דהוא לחובתו דודאי עד כשר לא חיישינן לקנוניא, אלא על כרחך דאינו עד כלל כיון דהוא נוגע ואפילו לחובתו אינו מעיד לאחרים ומשום הכי חיישינן לקנוניא.

וז"ל הרי"ף שם ואע"ג דכתב לה בעלה נאמנות לא תפרע אלא בשבועה דלא מהניא נאמנות אלא היכא דהמניה לזה למלוה עליה ידיה ועל ירתיה בתריה אבל היכא דאיכא עליה חוב לאיניש אחרינא או כתובת אשה או לוקח דובן מיניה לא מהניא ומסתייע הדין סברא מהא דגרסי' פרק האשה שנתאלמנה אמר רב יהודה אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן ואמרין דקאמר מאן אילימא דקאמר לזה פשיטא לאו כל כמיניה אלא דקאמר מלוה תבא עליו ברכה וכו' אביי אמר לעולם דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים וכדר' נתן דאמר ר' נתן מניין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו מניין שמוציאין מזה ונותנין לזה ת"ל ונתן לאשר אשם לו אלמא כל היכא דחב לאחרים וליכא גביה מהיכא דפרע אין הודאתו הודאה והא נמי דכותה. והרמב"ם כתב התנה

בבריא חיישין שעושה קנוניא ואין הפלוני גובה ממנו בלא שבועה, אבל אם בא לגבות מיורשיו ישבע ואחר כך יגבה, ואם התנה שיגבה אף מן היורש בלא שבועה גובה בלא שבועה, וכן אם התנה שיגבה מן העידית גובה מן העידית אף מן היורשין שכל תנאי שבממון קיים, בא לגבות מן הלוקח לא יטרוף אלא בשבועה שאין זה מתנה לאבד ממון חבירו.

וצ"ב מה ראייה מייתי מכתב לו נאמנות בשטר ומאן יימר לן דמיירי שהלוח מודה שלא פרע דלמא מיירי שאין הלוח מודה אלא שכתוב בשטר נאמנות ולכן אין יכול הלוח לטעון פרעתי ובוזה הוא דכתב הרי"ף דמ"מ לגבות מלקוחות אינו יכול דלא מהני הנאמנות אלא לגבי עצמו ולא לגבי אחרים, אבל אה"נ אם יודה הלוח עתה בפנינו שלא פרע אפשר דהוי עד המסייע לפטור את הלוח משבועת הבא ליפרע מלקוחות.

אבל לפי מה שנתבאר לעיל לא דמי כלל לנדון דידן במעיד שהוא של ראובן דאין זה עדות על עצמו אלא בין המערער וראובן ואע"פ שיש לו נגיעה לחוב לא חשיב נגיעה כי הנגיעה היא לחובתו והעדויות אינה על עצמו, משא"כ התם שהעדויות היא שלא פרע לא מהני עדותו לסייע לפטור המלוה משבועה דהרי הוא מעיד על עצמו ממש שלא פרע ובוזה הוי בע"ד ואינו נאמן אף לחובתו.

שו"ר בחזו"א שם כתב עוד הביא הקצוה"ח ראייה דאין נוגע כשר לחובה מהא דאיתא סי' ע"א סי"ט שאין מועיל נאמנות לגבי לקוחות ואפי' לוח מודה חיישין לקנוניא ולמה אין הלוח עד אחד למיפטר מלוה משבועה, ותימא שלא אמרו אלא בעדות כזו שאם יעיד לצד זכות יהיה נוגע כשר בזמן שמעיד לחובה דבזמן שמעיד לחובתו אין כאן נגיעה ואין עליו שם בע"ד, אבל בעדות שהוא עצמו הוא הבע"ד בין לזכות בין לחובה כמו המלוה שבא לגבות מלקוחות שעיקר הנדון אי פרע הלוח או לאו זהו הנדון בלוח עצמו אם הוא חייב או לא, ובוזה אפי' קרובי הלוח פסולים להעיד שלא פרע שזהו עדות על הקרוב.

ה. אלא דהרשב"א בחידושו פ"ק דגיטין (דף יד. ד"ה הנהו גינאי) לא כתב כן וז"ל, ומיהו אי תרי גינאי ניהו בר מהאי דאשתעבד מהימני דלא גרע מתרי סהדי דעלמא ואי משום נגיעת עדות הגע

המלוה שיהיה גובה בלא שבועה ה"ז גובה ממנו בלא שבועה, אבל אם בא לגבות מיורשיו ישבע ואחר כך יגבה, ואם התנה שיגבה אף מן היורש בלא שבועה גובה בלא שבועה, וכן אם התנה שיגבה מן העידית גובה מן העידית אף מן היורשין שכל תנאי שבממון קיים, בא לגבות מן הלוקח לא יטרוף אלא בשבועה שאין זה מתנה לאבד ממון חבירו.

וצ"ב מה ראייה מייתי מכתב לו נאמנות בשטר ומאן יימר לן דמיירי שהלוח מודה שלא פרע דלמא מיירי שאין הלוח מודה אלא שכתוב בשטר נאמנות ולכן אין יכול הלוח לטעון פרעתי ובוזה הוא דכתב הרי"ף דמ"מ לגבות מלקוחות אינו יכול דלא מהני הנאמנות אלא לגבי עצמו ולא לגבי אחרים, אבל אה"נ אם יודה הלוח עתה בפנינו שלא פרע אפשר דהוי עד המסייע לפטור את הלוח משבועת הבא ליפרע מלקוחות.

ונראה מדברי הקצוה"ח שביאר ענין נאמנות שהוא בגדר הודאת בע"ד שמודה הלוח שאם יטען המלוה שלא פרעו הרי הוא מודה שלא פרע, וכמבואר ברי"ף שהביא ראייה דלא מהני הנאמנות לגבי הלקוחות מההיא דכתובות יט. האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן משום דחב לאחרני ומבואר דענין הנאמנות הוא בגדר הודאת בע"ד ואינו נאמן בחב לאחרים היינו הלקוחות וכיון שהבא ליפרע מלקוחות צריך שבועה אינו נאמן בהודאתו שלא פרע לפטור את המלוה משבועה דהוי חב לאחרים, וס"ל להקצוה"ח דכיון דהוי הודאת בע"ד וכתובה ההודאה בשטר בזה שכתב לו נאמנות הו"ל כעד אחד, ועל כן אף אם אין הלוח בפנינו ואינו מודה בפירוש שלא פרע מ"מ הוי כעד אחד בשטר שלא היה פרעון ויפטור את המלוה משבועה מדין עד המסייע.

וגם ד"ז צ"ע היאך יחשב עד אחד בשטר והרי אינו מעיד בשטר שלא היה פרעון רק שיש הודאה שאם המלוה יטען שלא פרע אני מודה לו שלא היה פרעון ומה שייך עדות בזה שלא היה פרעון והרי בשטר עצמו אין שום עדות.

ויותר היה לו להביא ראייה מהא דמבואר בב"ב קעד: בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי נאמן חזקה אין אדם עושה קנוניא על ההקדש ואיתא בשו"ע סי' רנ"ה שדוקא בשכ"מ אבל

להם מה לשלם חיישינן לקנוניא שמעידים שהוא פטור מלשלם ומהם לא יגבו כי אין להם מה לשלם ועושים קנוניא להפסיד לבעל הקרקע.

ומבואר מדברי הרשב"א דאע"ג דיש להם נגיעה לחובה שהרי כיון שמעידים שהוא פטור מלשלם לבעל הקרקע הם חייבים לשלם את חובם אפ"ה נאמנים ומוכח דנוגע לחובתו כשר להעיד, וזה דלא כדברי הרא"ש בתשו' הנז"ל שנוגע לחובתו פסול להעיד.

ולפי מה שנתבאר לעיל בדעת הנמוק"י נראה אף בדברי הרשב"א שאינו סותר לדברי הרא"ש דהכא העדות היא שהגננא פטור מלשלם משום שאינו חייב דנמצא החשבון טעות וממילא על ידי שהוא אינו חייב הרי הם חייבים את חובם לבעל הקרקע דמה שהיו סבורים שפורעים את חובם לבעל הקרקע ע"י שהמחו אותו אצל הגננא היה בטעות, אבל עצם העדות היא עליו שאינו חייב וכיון שעצם העדות אינה על עצמם רק שיש להם נגיעה לחובתם דע"י שמעידים על פטורו ממילא יוצא שהם חייבים זה לא חשיב נגיעה ואינו בע"ד ושפיר כשר להעיד, ובוזה חילק הרשב"א בין היכא דיש מהיכן לגבות מהם דהוי רק נוגע לחובתו וכשר להיכא דאין מהיכן לגבות מהם דבזה חיישינן לקנוניא, משא"כ בנדון דהרא"ש שהם מפורעי המס וכשמעידים שיש אחד שאינו חייב לפרוע מס הם חייבים גם את חלקו הוי ממש עדות על עצמם שיש אחד פחות שמתחייב אתם וחלקם יותר גדול וזה הוי בע"ד ואינו נאמן אף שהוא לחובתו.

שו"ר בחזו"א שם כתב ובהיה דגינאי גיטין י"ד א' שכתב הרשב"א שאם היו שנים ויש להם נכסים נאמנין להעיד שהיה טעות בחושבנא גם קרוביהם כשרים להעיד דכיון דהנידון הוא בין מרי ארעא להגנן ואין שאר הגננים בעלי דין בזה אלא אנו באים לפוסלן מטעם נגיעה בזה אמרין נהי שאם מעידים שלא היה טעות היו נוגעים אבל השתא שמעידים שהיה טעות אין כאן נגיעה, ולפיכך אפי' אם פסול נגיעה חשיב כקרוב לא שייך למפסל כאן דגם קרובו כשר להעיד דבזמן שאין נגיעה אינו נוגע ואינו קרוב.

ועי' באמרי בינה דיני עדות סי' נ"ג כתב דאם נאמר דאינו נאמן לחוב לעצמו היינו להעיד על מה

עצמך דאין כאן נגיעת עדות כלל, אלא מיהו נראה דדוקא בדאיכא לאשתלומי מינייהו הא לאו הכי חיישינן לקנוניא כההיא (כתובות יט.) דאומר שטר אמנה הוא זה במקום שחב לאחרים אינו נאמן דחיישינן לקנוניא עכ"ל, ומבואר דס"ל דנוגע לחוב הוי עד ומיהו כל דאיכא למיחש לקנוניא אינו מעיד, אבל הרא"ש ודאי חולק בדבר דבע"ד שהוא נוגע אפילו לחוב אינו מעיד לאחרים.

ביאור הדברים דבגמ' גיטין יד. איתא 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, וכתב הרי"ף דלא עבדינן בה עובדא אלא היכא דאיכא סהדי דעבוד חושבנא קמייהו ואמרי דהכין הוה חושבנא ואישתכח ביה טעותא א"נ היכא דקא מודה ליה חבריה דהכין הוא חושבנא ואית ביה טעותא, אבל היכא דליכא סהדי ולא מודי ליה חבריה אלא דאיהו הוא דקא טעין טענת טעותא לא מהימן.

וכתב עלה הרשב"א שמש"כ הרי"ף אי נמי היכא דקא מודה ליה חבריה היינו שמודה מריה ארעא דהיינו המקבל שהחשבון היה טעות דכיון שמודה פטרו להאי גננא מליתן לו, ואם בעל הקרקע אינו מודה בכך אלא גננא חבריה הוא דקא מודה ליה לאו כל כמיניה לאבד זכותו של זה, ואח"כ כתב מה שהביא הקצוה"ח שאם שנים מהגננים הודו שהחשבון היה בטעות הרי הם עדים שהגננא פטור מלשלם למקבל ואין כאן נגיעת עדות שהרי הם אינם מרויחים ממה שמעידים שהוא פטור מליתן למריה ארעא שהרי הם חייבים לשלם לו דהם חייבים ליתן הטסקא למריה ארעא רק שבתחלה שסברו שהוא חייב להם ויפרע הוא את הטסקא ועתה שהודו שהיה טעות בחשבון והוא אינו חייב ליתן להם א"כ הם צריכים לפרוע הטסקא ואין כאן נגיעת עדות ונאמנים להעיד לפוטרו מלשלם למריה ארעא את מה שהתחייב ליתן לו במעמד שלשתן, וכתב הרשב"א שכל זה דוקא היכא דאית להו ממה לשלם שאין להם נגיעה אבל אם אין

שאינו שלם שהוא שלו או על מה שהיה בחזקת שלו לומר דאינו שלו וכמו שכתב הר"ן א"כ מה צריך הרשב"א לדמות דינו לדין דאומר שטר אמנה ולומר דחיישין לקנוניא הא כבר היו הגינאי בחזקת דאינם חייבם להמריה דארעא במה שקבל בקנין או במעמד שלשתן מהחד מינייהו ועכשיו כשהעידו דהיה בטעות ויאמרו דהמה נשאר חייבים כמקדם א"כ מעידין על עצמן במה שהיו מוחזקין דאינם חייבים והוי כמעידים על עצמן דהמה חייבים למאריה ארעא כיון דאם היה בטעות כפי דבריהם עדיין חייבים וממילא לאו שם עדים עליהם, עיי"ש.

ונראה לפי מה שנתבאר דאין זה עדות על עצמם ואינו כמעיד על דבר שהוא שלו שאינו שלו כיון שהעדוֹת היא על הגננא שפטור מחובו וממילא הם חייבם למאריה ארעא כמקדם אבל אין זה עצם העדות וכמו שנתבאר.

ובעצם דברי הרשב"א צ"ב אמאי נחוש לקנוניא טפי משאר עדים שאין חוששים שמא משקרים ועושים קנוניא ואם הכא יש לו שם עד אמאי חיישין לקנוניא, ועי' בשער המשפט סי' ל"ז סק"ב מש"כ בזה ובאמרי בינה שם מש"כ בזה. וצ"ל דהחשש לקנוניא שבכאן הוא הנגיעה דאי לאו חשש קנוניא אין לו נגיעה וכמו שנתבאר ומשום הקנוניא הוי נוגע ופסול משום נוגע. ועי' רשב"א ב"ב מג. עוד ק"ל אכתי נחוש לקנוניא דהא בעלמא חיישין שמא זה מסתלק כדי שיעיד ויחזור ויחלוק עמו בקרקע או בכספים, ונראה דכל שאין לו בו עכשו כלום נסתלקה נגיעתו ואין אנו חוששין לו שאם אתה אומר כן נחוש לכל העדים שמא שכורין הן.

סעיף קטן י

א. בשו"ע סעי' י"ט בני העיר שנגנב ספר תורה שלהם הואיל ולשמיעה הוא עשוי שאי אפשר לאדם לסלק עצמו ממנו אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאים ראיה מאנשי אותה העיר וכן כל כיוצא בזה.

בפרק חזקת הבתים (כ"ב דף מג.) גבי שותפין מעידים זה לזה ופריך הא נוגעין בעדותן הכא במאי עסקינו דכתב ליה דין ודברים אין לי על

שדה זו וכו' ומסיק שקנו מידו, ופריך וכי מסלק נפשיה מי מהני והתניא בני העיר שנגנב ספר תורה שלהן אין דנין אותו בדייני אותה העיר ואי איתא ליסלקו בי תרי מינייהו ולדייניה, וכתב רשב"ם ז"ל יכתבו דין ודברים אין לי על ס"ת זה ויקנו מידם עיי"ש. והקשה אחי הנבון מוהר"ר יהודא כהן ש"ן הא קיי"ל גזל ולא נתיימשו הבעלים שניהן אין יכולין להקדישו והוא הדין למוכרו כמבואר בסימן שנ"ד (סעי' ו' סק"ד) ואפילו להפקיר אינו יכול וכמ"ש בסימן שנ"ד עיי"ש, וא"כ בשלמא גבי שותפין מעידין זה לזה דמיירי מקרקע וקרקע גזולה יכולין הבעלים להקדישו ולמוכרו כדאמרין בפרק קמא דמציעא (דף ז.), אבל ספר תורה שנגנב היאך יכולין לסלק מיניה דאע"ג דיקנו מידם לא מהני כיון דאינו ברשותו, ע"כ קושייתו.

והנה לכאורה גבי קרקע נמי קשה דהא בקרקע נמי בעינן שיכול להוציא בדיינים, וזה אין לו עדים דהא הוא עצמו העד וא"כ לדידיה הוי דבר שאינו ברשותו והיכי מהני הקנין לשותף, מיהו לפי מ"ש הרשב"א בחידושו פרק הניזקין (גיטין נה: ד"ה ואי) גבי גנב וגזלן דהקדשן הקדש ומעשרותן מעשר משום דהוי יאוש ושינוי רשות והקשה הרשב"א היכי הותחלה ההקדש דהא קודם הקדש לא היה שלו כיון דיאוש כדי לא קני וכתב משום דהקדשו וקנייתו באין כאחד עיי"ש, וא"כ ה"נ גבי קרקע בשעה שמקנהו לשותפו הרי איכא עדים וראיה ויוכל להוציא בדיינים ובא בבת אחת רשותו וקנייתו, אבל גבי מטלטלין אפילו יוכל להוציא בדיינים נמי אינו יכול להקדישו וא"כ היכי מהני סילוקו להקנות.

ובדברי הקצוה"ח מבואר בר' יונה ב"ב מג. וז"ל ואע"ג דכל שאינו יכול להוציאו בדיינין הקדישו אינו קדוש אפי' במקרקע וה"ה שאין בידו להקנותו, הכא עם הקנאה יכול הקונה להוציאו בדיינין דהא אית ליה סהדי עליה בתר הכי, עכ"ל. ובפשוטו כוונתו כהקצוה"ח דהוי באין כאחד כיון שע"י ההקנאה נעשה יכול להוציאו בדיינין.

ויעוי' בקצוה"ח סי' שנ"ג סק"א וסי' שס"ב סק"א העלה שתי שיטות בהא דמהני יאוש ושינוי רשות דלשיטת הרשב"א הוא משום באין כאחד ולשיטת הרמב"ן הוא משום שאצל הלוקח בהיתירא

מהני מה שלאחר ההקנאה יהיה יכול להוציאו בדיינן השתא מיהת שעדיין לא הקנה אינו יכול להוציאו בדיינן ואין לו כח הקנאה.

והנה יעוי' בריטב"א ב"מ ו. בבעיא דהקדישה בלא תקפה פירש כתוס' שם דמיבעיא לן בהקדישה והלה שתק ולבסוף צוח אי חשיב שתיקה כהודאה ופירשו תוס' דאע"ג דאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו מ"מ פקדון יכול להקדיש וכיון דאודי ליה הו"ל כפקדון אצלו, וכתב שם הריטב"א ז"ל דשאני הכא דכיון דאודי ליה הרי הוא כפקדון גביה ואע"ג דבשעת אמירה אכתי לא אודי ליה ידו והקדשו באין כאחד. ושם בדף ז. גבי הא דאמרו מאי הוה עלה דמסותא ואמרו דכל שאינו יכול להוציאו בדיינן הקדישו אינו קדוש כתב הריטב"א שם ופשטה מהא דאמר רב כל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים והקדישו אינו קדוש פרש"י ז"ל והא מסותא נמי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים הוא ולא קדשה ע"כ, פירוש לפירושו דאע"ג דשתק חברו בשעה שהקדישה כיון דבשעה שבא להקדישה היה ממון שלא היה יכול להוציאו בדיינים גזרת הכתוב שאין אמירתו כלום ולא חייל עליה הקדש עיי"ש, וצ"ב אמאי לא אמרינן נמי בזה באין כאחד כשם שכתב בתחלת הסוגיא דאמרינן באין כאחד.

והנראה בזה דהנה צ"ב בעיקר הא דכל שאינו יכול להוציאו בדיינן אינו קדוש אם הוא מדין אינו ברשותו דאע"ג דבקרקע אמרינן דאפי' בגזולה יכול להקדיש דלא חשיב אינו ברשותו משום שקרקע אינה נגזלת מ"מ כל שאינו יכול להוציאה בדיינן הוי אינו ברשותו אף בקרקע, או דלמא דאינו יכול להוציאו בדיינן הוי מדין אינו שלו.

ויעוי' בנחל יצחק סי' ל"ט בקונטרס בענין שעבודא דאורייתא ענף ב' כתב דמבואר בב"מ ז. דאף בקרקע דאמרו דאדם מקנה אף דהוי אינו ברשותו מ"מ אם אינו יכול להוציאו בדיינן אינו חל הקדישו ומכירתו א"כ ה"ה לר"ל דס"ל דעל אינו ברשותו חל ההקדש ומכירתו מ"מ מודה דהיכא דאינו יכול להוציאו בדיינן אינו חל הקדישו, עיי"ש. ועי' שו"ת עין יצחק יו"ד סי' ל"ב אות ב'.

וכן נראה דס"ל להגרע"א דהנה בגמ' ב"מ ז. גבי מסותא דאינו יכול להקדישה אפי' אם יכול

אתי לידיה וקונה ביאוש. ולשיטת הרמב"ן בפשוטו לא אמרינן באין כאחד וא"כ הדרא קושיא לדוכתה היאך מהני להקנות הא אינו יכול להוציאו בדיינן.

ב. והנה בפשוטו הא דתירץ הקצוה"ח דהכא משום באין כאחד הוא דקונה והוי יכול להוציאו בדיינן דמי לההיא דבאין כאחד שכתב הרשב"א בענין יאוש ושינוי רשות דהגזול דחשיב שהגזול קונה ומקנה בבאין כאחד וה"נ דכוותה שע"י שמקנה לשותפו את חלקו מסתלקת הנגיעה וממילא יכול להוציאו בדיינן דיש לו עדות ועי"ז גופא חל הקנין.

ובאמת מסברא הוא דבר קשה מאד לומר בכאן באין כאחד דהיאך חלה ההקנאה הא כל זמן שלא הקנה ולא נסתלקה הנגיעה אין לו עדות והוי אינו יכול להוציאו בדיינן והיאך ע"י שהקנה נעשה יכול להוציאו בדיינן הא ההקנאה עצמה תלויה ביכול להוציאו בדיינן וכדי שיוכל להקנות בעינן שיהא קודם יכול להוציאו בדיינן דאל"כ אינו יכול להקנות.

והגם שדברי הרשב"א ג"כ צ"ב מהו ענין באין כאחד שהרי אין אדם יכול להקנות דבר שאינו שלו והיאך ע"י שנעשה יאוש ושינוי רשות קונה הגזול הא כדי שיהיה שינוי רשות או שינוי השם בעינן שיהיה בעלים להקנות או להקדיש וכל זמן שלא נעשה השינוי רשות הרי הוא של הגזול והיאך באין כאחד ההקנאה והשינוי רשות. והתבאר אצלינו בשעורי ב"ק פרק מרובה סי' כ"ח דבאמת אין לומר שקונה הגזול קודם ואח"כ קונה ממנו הלוקח דהא קודם שחל ההקדש לא היה עדיין שינוי השם או שינוי רשות והיאך קנה הגזול, אלא ביאור הדברים דכיון שאילו היה שינוי השם אצלו היה קונה והיה לו כח להקנות נמצא שעצם חלות ההקדש אינו מתנגד לכח בעלותו ויש לו כח בעלות על זה להחיל את ההקדש, וזהו הכוונה דהקדשו וקנייתו באין כאחד דנחשב לבעלים לגבי להקדיש וזהו קנינו שמשתמש בכח הבעלים שלו, ועי' בשעורי ר' שמואל קידושין נב: (אות תמ"ז) כתב לבאר כן דברי הרשב"א דהסברא היא דכיון שכשהלה יקנה יהיה שינוי ממילא יש לו כבר עכשיו זכות להקנות דיש לו כח הקנאה על החפץ.

אמנם הכא לא שייך ענין זה דכיון דעתה אינו יכול להוציאו בדייניו ואין לו כח הקנאה מאי

ועי' בנה"מ סי שע"א סק"א כתב לבאר הא דלא מהני יאוש בקרקע על פי מה שכתב הרמב"ן בב"מ כו: דלא מהני יאוש אלא בדבר שאינו ברשותו אבל בקרקע שאינה נגזלת וחשיבא ברשותו לא מהני יאוש, וכתב דלפ"ז היכא דאינו יכול להוציאו בדיינין דחשיב אינו ברשותו אף בקרקע מהני יאוש, עיי"ש. מבואר מדבריו דס"ל דאינו יכול להוציאו בדיינין חשיב אינו ברשותו. וכן מבואר בדבריו סי' ר"ה סק"ד שכתב דלהב"ש דס"ל דהנגזל יכול להקנות להגזול ה"נ יכול להקנות להגזול באינו יכול להוציאו בדיינין, וע"כ דחשיב אינו ברשותו דאי הוי אינו שלו היאך יכול להקנות להגזול.

וברעת הריטב"א נראה לומר דס"ל כהסוברים שאינו יכול להוציאו בדיינין חשיב אינו שלו ועל כן ס"ל להריטב"א דבשלמא בתחלת הסוגיא בהקדישה בלא תקפה דהחסרון הוא משום אינו ברשותו שייך ענין באין כאחד דכיון דענין אינו ברשותו הוא משום חסרון שליטה (דהא התם ליכא קניני גזילה כיון ששניהם אוחזין בטלית וכמ"ש באמרי משה סי' ל"ד ועי' מש"כ בפרק מרובה סי' ל"ד), על כן שייך התם אינו ברשותו דכיון דבזמן אחד נעשה ברשותו ע"י שמודה שפיר מהני ההקדש, אבל באינו יכול להוציאו בדיינין דהוי אינו שלו לא שייך בזה ענין באין כאחד דבעינן שיהא יכול להוציאו בדיינין קודם ההקדש.

והשתא אי נימא דהא דאינו יכול להוציאו בדיינין הוא משום אינו שלו לא שייך בזה ענין באין כאחד דאע"ג דע"י שיקנה הקרקע לשותף ושוב אינו נוגע יש לו עדות על זה ויכול להוציאו בדיינין מ"מ בזמן ההקנאה עדיין אינו יכול להוציאו בדיינין והדרא קושיא לדוכתה היאך יכול להקנות.

והיה נראה לומר דהא דמהני הכא לאו משום באין כאחד הוא דהנה יש להבחין דהכא לא דמי לקרקע גזולה דהיכא דאינו יכול להוציאה בדיינין חשיב אינו ברשותו או אינו שלו דהא הכא השותפין יושבים בקרקע אלא שיש מערער שרוצה להוציא הקרקע מידם וכיון שאין להם עדות יוציא המערער מידם, והיה מקום לומר דהא לא חשיב אינו יכול להוציאו בדיינין דסו"ס הרי הוא יושב בקרקע ושולט עליה אלא דהמערער יכול להוציאה בדיינים ולא הוא.

להוציא בדיינין משום דאינה ברשותו וחילקו בין מסותא מקרקעי למסותא מטלטלין, הקשה רע"א שם בגיליון הש"ס דעיקר החילוק בין קרקע למטלטלין הוא דמטלטלין נגזלין וקם ליה ברשותיה דגזולין מקרי אינו ברשותו אבל קרקע אינה נגזלת ולא קם ברשותיה דגזולין, וא"כ במטלטלין שגזולין בלא קנין דלא קם ברשותיה דגזולין הוי כקרקע ויכול להקדיש, וא"כ במסותא דכל הגזילה היא במאי דאמר ידידי היא לית ליה קניני גזילה ויכול להקדישו. ומבואר מדבריו דאף דאינו ברשותו בפועל מ"מ כל דליכא קניני גזילה חשיב ברשותו ויכול להקדיש, ורק משום הקניני גזילה הוא דהוי אינו ברשותו.

וצ"ב לדבריו א"כ אמאי בקרקע אם אינו יכול להוציאו בדיינין אינו קדוש הא כיון דלא חשיב אינו ברשותו אלא מחמת הקניני גזילה א"כ בקרקע דליכא קניני גזילה מה איכפת לן שאינו יכול להוציאו בדיינין. וע"כ דס"ל לרע"א דהא דאינו יכול להוציאו בדיינין אינו קדוש אינו משום אינו ברשותו אלא משום אינו שלו.

ועי' בדבר אברהם ח"א סי' א' אות י"א כתב דאינו יכול להוציאו בדיינין אינו משום אינו ברשותו אלא משום אינו שלו וביאר שם על פי דרכו דאלמות של יחיד הוי כיבוש יחיד ולפ"ז ביאר עפ"י מש"כ השיטמ"ק שם ד"ה מאי הוי עלה דמסותא דהשתא למסקנא ס"ל דעובדא דמסותא לא מיירי בשלא היו שניהם מוחזקים בה אלא שהיתה בידא דחד ואתא חבריה ואקדשה, וכיון שהיא ברשותא דחד ואי אפשר להוציאה ממנו בדיינין הרי הוא קונה אותה ודאי מדין כיבוש וממילא הויא לגבי אידך כאינה שלו לגמרי ולא רק כאינה ברשותו, עיי"ש. ובסוף הספר במסגרת זהב כתב אביו לבאר באופן אחר מה דא"י להוציאו בדיינין משוי ליה לאינו שלו כמ"ש"כ האחרונים דבקידשה בספק גזול שבידו הוי ודאי מקודשת ע"פ הסוגיא דתקפו כהן דפריך אם ת"כ אין מוציאין מידו נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן ומבואר דאי מוציאין מידו הוי כודאי אינו ממונו של כהן. והיינו דכיון שאינו יכול להוציאו בדיינין ובדיני המשפטים אינו יכול לזכות בו חשיב כאינו שלו ולא רק אינו ברשותו. ועיי"ש הוכיח כן מדברי ומדברי התוס' בב"ק דף ע. וכן הוכיח בשעורי ר' שמואל ב"מ ז. מדברי התוס' דאינו יכול להוציאו בדיינין אינו משום אינו ברשותו.