

ומבואר מדברי ר' יונה דהא נמי חשיב אינו יכול להוציאה בדיינין.

והנהגה

ומעתה יש לומר דלזה מהני מה שע"י שיקנה לחבירו תסתלק הנגיעה ויהיה לו עדות ויהיה יכול להוציאה בדיינים דכיון שכל מה שאינה ברשותו הוא רק משום שאין לו עדות על זה אבל הוא יושב בקרקע לזה מהני מה שע"י ההקנאה יהא יכול להוציאה בדיינים דמהניא ההקנאה.

וראיתי בגידולי שמואל ב"ב מג. הביא דברי הקצוה"ח שיישב על פי דברי הרשב"א דבאין כאחד והקשה דלהסוברים ביאוש ושינוי רשות שקונה משום דבהיתירא אתי לידיה ולא משום באין כאחד מאי איכא למימר, וכתב לבאר דברי ר' יונה דלא כהקצוה"ח אלא דכיון דהקרקע נמצאת ברשות המקנה אלא דעד ההקנאה יכול המערער להוציאה בדיינין ועי"ז נפקע הרשות מהמוחזק בזה תירץ ר' יונה דאמרינן להיפך כיון דע"י ההקנאה יכול להעיד ולהוציא בדיינין נמצא דאין זה ברשותו של המערער, עיי"ש.

אמנם נראה דכל זה אי נימא דהא דאינו יכול להוציא בדיינין חשיב אינו ברשותו בזה יש מקום לומר דכיון דכל החסרון הוא משום שהמערער יכול להוציאה בדיינין הוי אינו ברשותו והוי חסרון שליטה אף בקרקע מהני לזה מה שע"י ההקנאה עצמה יש לו שליטה שיכול להוציאה בדיינין, אבל אי נימא דאינו יכול להוציאה בדיינין חשיב אינו שלו והוא משום שכל שמצד דיני הממונות אינו יכול לזכות בה חשיב אינו שלו מסתבר דלזה לא מהני מה שע"י ההקנאה יוכל להוציא בדיינין דסו"ס קודם ההקנאה הוי אינו שלו, וצ"ע.

ג. והנה מלשונו של ר' יונה נראה שאין כוונתו למה שנתבאר דכיון שע"י ההקנאה מסתלקת הנגיעה חשיב יכול להוציאה בדיינין ומועילה ההקנאה דלפי"ז בעינן למימר דאצל המקנה חשיב יכול להוציאה בדיינין, אכן ר' יונה כתב כיון שהקונה יכול להוציאה בדיינין, ומבואר דלאו משום דחשבינן ליה בבאין כאחד דחלה ההקנאה משום שע"י ההקנאה הו"ל כא"י המקנה יכול להוציאה בדיינין אלא דמחמת ההקנאה הו"ל הקונה יכול להוציאה בדיינין.

והדברים צ"ב מאי מהני מה שאצל הקונה הו"ל יכול להוציאה בדיינים הא כיון שאצל המקנה לא הוי יכול להוציאה בדיינים אין לו כח הקנאה וחשיב אינו שלו או אינו ברשותו ומאי מהני לן מה שאצל הקונה הוי יכול להוציאה בדיינין.

והיה נראה לומר על פי מה שנתבאר לעיל בסק"ח שהאבני מלואים ס"ל דהא דיכול הגזול להקנות להגזול הוא משום שאצל הגזול הוא ברשותו ורק כשמקנה לאחר שאינו ברשותו לא מהני, ולפי"ז י"ל דהכא כיון שאצל הלוקח חשיב יכול להוציאו בדיינין שהרי ע"י הקנאה זו הסתלקה נגיעת השותף ויש לו עדים שפיר יכול להקנות לו כיון דאצל הלוקח הו"ל יכול להוציאה בדיינים חשיב שפיר ברשותו, דבאין כאחד רשותו וקנייתו, ובאמת הקצוה"ח לא כתב שבאין כאחד הקנאתו ויכול להוציאו בדיינין אלא באין כאחד רשותו וקנייתו והיינו דאצל הקונה הו"ל יכול להוציאו בדיינין וזהו דהוי באין כאחד דע"י ההקנאה עצמה הו"ל ברשותו של הקונה כיון שיכול ע"י הקנאה זו להוציאה בדיינין.

אמנם כל זה ניחא אי נימא דהא דאינו יכול להוציאו בדיינין אינו יכול להקדיש הוא משום חסרון אינו ברשותו ולזה מהני מה שהקונה יכול להוציאה בדיינין, אכן אי נימא דאינו יכול להוציאו בדיינין הוי אינו שלו מסתבר דלא מהני מה שאצל הקונה הוי יכול להוציאו בדיינין דסו"ס המקנה לא היה יכול להוציאו קודם ההקנאה וכיון שאינו שלו אין לו כח הקנאה, אבל אי נימא דהוי אינו ברשותו בזה י"ל דכיון שהוא שלו רק שאינו ברשותו סגי במה שאצל הקונה הוי ברשותו.

ויעוי' בשו"ת עין יצחק ח"ב סי' ס"ו הקשה בהא דאיתא בבכורות מח: שתי נשים של שני אנשים שלא בכרו וילדו ב' זכרים זה נותן חמש סלעים לכהן וזה נותן חמש סלעים מת אחד מהם בתוך שלשים אם לכהן אחד נתנו יחזיר להם חמש סלעים אם לשני כהנים נתנו אינן יכולין להוציא מידם, ובגמ' שם מ"ש שני כהנים דאזיל לגבי האי ומדחי ליה ואזיל לגבי האי ומדחי ליה כהן אחד נמי ליזיל לגבי האי ולידחייה וליזיל לגבי האי ולידחייה אמר שמואל בבא בהרשאה והאמרי נהרדעי לא כתבינן אדרכתא אמטלטלי ה"מ היכא דכפריה אבל היכא דלא כפריה

בדיינין, אמנם בנדרון דידן שפיר י"ל דכיון שהוא יושב בקרקע וע"י ההקנאה הוי יכול להוציא בדיינין שפיר חלה ההקנאה כיון שאצל הקונה הוי ברשותו.

ועיי"ש בעין יצחק כתב ליישב בזה דכ"ז מקרי ממון שיכול להוציא בדיינים וחל הקנין בזה משום די"ל דדוקא היכא דהוי דבר דאינו ברשותו בזה אמרו להך כללא דממון שאינו יכול להוציאו בדיינים אינו יכול להקדיש ואף דבקרקע אף דאינו ברשותו הוי קדוש משום דקרקע תמיד היא ברשות הבעלים וכמש"כ הרמב"ם פ"ו ה' ערכין ה' כ"ג והנימוקי יוסף בב"מ גבי האי מסותא דהא קרקע אינו נגזלת והארץ לעולם עומדת, אך ז"א שייך אלא היכא שיכול להוציא בדיינים אבל היכא דא"י להוציא בדיינים אף קרקע מקרי אינו ברשותו דלא שייך לומר בזה קרקע בחזקת בעלים עומדת כיון דא"י בעליו מי הוא וע"כ אף בקרקע כיון דא"י להוציא בדיינים מקרי דבר דאינו ברשותו ולא מהני הקדישו והקנאתו כמבואר גבי מסותא ולא נאסרת כלל לשום אדם, אבל היכא דהוי דבר ברשותו בזה אף שא"י להוציא בדיינים יכול להקדיש דעיקר הך מילתא דא"י להוציאו בדיינים הוא דמשוי זה לדבר דאינו ברשותו אף בקרקע היכא דאינו בידם וברשותם.

וזה ברור דהך מילתא דבכורות גבי שתי נשים שלא ביכרו וילדו שני זכרים ומת אחד מהם דלפמש"כ התוס' בב"ק (דף ע.) דדינו כפקדון משום דלאו ע"מ להוציא ניתנו לו ודאי דזה מקרי דבר ברשותו, דאל"כ קשה הא בלא"ה אינו יכול להקנות אף פקדון אם הוי דבר דאינו ברשותו וע"כ מוכח דזה מקרי דבר ברשותו דדינו כפקדון לגמרי, וכמו שכתב הנה"מ סי' מ"ט סק"ז באחד שקיבל פקדון ואינו יודע של מי הוא מן אותן שנים שתובעים לו דשניהם יכולים להקנות ולהקדישו דזה מקרי דבר ברשותו, ועל כן אף דזה מקרי ממון שא"י להוציאו בדיינים מ"מ מהני הקנאתו כיון דהוי דבר שברשותו משום דלא שייך הכלל דא"י להוציאו בדיינים א"י להקנות רק היכא דהוי דבר דאינו ברשותו ואין לנו להוסיף על הך כללא, עיי"ש.

אמנם מדברי ר' יונה מבואר דלא כדבריו שהקשה בסוגיא דב"ב דאינו יכול להוציאה בדיינין אע"פ שהוא יושב בתוך הקרקע הוא ושותפו והמערער

כתבינן, וקשה לפי מה שמבואר בתוס' ב"ק ע. דהא דכתבינן הרשאה לאו משום שליחות נגעו בה אלא מתורת הקנאה והיאך מהני הקנאה הא הו"ל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין שהרי יכול לדחותו ולומר לא שלך מת אלא שלך חברך.

וכתב וזה ודאי אין סברא לומר דשא"ה כיון דאחר שיקנה אחד לחבירו יהיה יכול חבירו להוציא בדיינים עיי"ז ע"כ מקרי ממון שיכול להוציאו בדיינין, דז"א כיון דעכ"פ אינו יכול להוציא בעצמו מקודם הקנאה א"כ ממילא לא שייך ביה תורת קנין כלל וכמו בהאי מסותא דב"מ (דף ז.) דאינו חל הקדישו מה"ט מצד דהוי אצל הבעלים ממון שא"י להוציאו בדיינים וכמבואר בטור ומחבר סוף סי' שנ"ד בזה"ל דאם יש להבעלים עדים שיכולים להוציא בדיינים יכולים הבעלים להקדיש ע"ש ותקשה כנ"ל.

ואפשר לומר בזה לפמש"כ הב"ש באהע"ז סי' כ"ח סקט"ז לחלוק על השארית יוסף דכתב במה דאינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו דאם הקנה להגזלן עצמו ג"כ לא מהני ההקנאה והשיג ע"ז הב"ש שם משום דלהגזלן עצמו יכול להקנות ע"ש, וכ"כ הנה"מ בס"ר ר"ה סק"ד גבי ממון שאינו יכול להוציא בדיינין דלהגזלן עצמו יכול להקנות ע"ש, ולפ"ז י"ל ה"ה היכא דלהמקנה מקרי ממון שאינו יכול להוציאו בדיינין ולהקונה הוי ממון שיכול להוציאו בדיינים דחל בזה הקנין משום דאזלינן בזה בתר הקונה, אבל באמת יש לחלק דדוקא היכא דאיתא ברשות הגזלן בזה מהני הקנין כנ"ל משא"כ היכא דלהקונה אינו ברשותו אף דע"י הקנין יהיה יכול להוציא הקונה בדיינים מ"מ כיון דלהמקנה אין לו כח להוציא בדיינים ע"כ אין יכול להקנות וכמו בהאי מסותא דאינו מקדישה, עיי"ש.

והיינו דנחית למש"כ די"ל דכיון שיכול להקנות להגזלן עצמו ואצלו הוי ברשותו ה"נ יכול להקנות ללוקח כיון שאצלו הוי יכול להוציאו בדיינין, אלא שדחה דלא דמי דהתם בשעת הקנין הוא ברשותו של הגזלן ומהני ההקנאה להגזלן עצמו כיון שאצלו הוא ברשותו אבל התם בבכורות שרק ע"י הקנין יהיה יכול להוציאו בדיינין ואין המעות ברשותו של הקונה אלא אצל הכהן י"ל דזה אינו נותן כח להמקנה להקנות כיון שבשעת הקנין אינו יכול להוציאו

^ההוי ברשותו דע"י ההרשאה הוא בביתו ובאין כאחד כמו דמקרי יכול להוציאו בדיינים מה"ט, ודוחק לחלק בין אינו ברשותו לענין אינו יכול להוציאו בדיינים, עיי"ש שהניח בצ"ע.

ומבואר מכל דברי רע"א שנקט דשייך באין כאחד בזה שהקונה יכול להוציאו בדיינים ע"י שמכח ההרשאה הוא יכול להוציא בדיינים, והוא כהמבואר בר' יונה ובקצוה"ח ומשמע מדבריו ג"כ דהא דאינו יכול להוציאו בדיינים הוא משום אינו ברשותו ולכן מהני מה שהקונה יהיה יכול להוציא בדיינים. ולפי מה שנתבאר לעיל מדברי רע"א בגיליון הש"ס ב"מ ז. דאינו יכול להוציאו בדיינים הוי אינו שלו קשה מאי מהני מה שאצל הקונה יכול להוציאו בדיינים, וצ"ע.

והנה יעוי' בחידושי רע"א ב"ב מג. הקשה קושיית הקצוה"ח גבי בני העיר שנגנב ס"ת שלהם שאמרו וליסתלקו דהא מבואר בתוס' ב"ק דס"ל דיש פלוגתא דתנאי בגזל ולא נתייאשו בעלים אם הנגזל יכול להקדישו ומבואר שם דא"י לחללו ולהפקירו ואנן קיי"ל להלכתא כר"י דגזל ולא נתייאשו שניהם א"י להקדישו ולרוב הפוסקים ה"ה דא"י למכרו (והכי קיי"ל בשו"ע חו"מ סי' רי"א דאפילו פקדון וכפר בו א"י למכרו), וא"כ הכא דהס"ת ביד הגנב לא מהני הקנין, והניח בצע"ג.

ושם ^ההובאה תשו' בנו (יובאו דבריו לקמן בעזה"י) ומה שהשיבו הגרע"א, ובסוף דבריו כתב עוד זאת יש לי הרהורי דברים אף דאנכי העמדתי קושייתי על פרכת הש"ס ולסלקו אפשר דחלה קושייתי גם אההיא דשותפין מעידין ע"י סילוק להשותף דאף דבקרע יכול להוציא בדיינים הקדישו הקדש, מ"מ אני מסתפק ד"ל דדוקא ביכול להוציא בדיינים לעצמו משו"ה הוי כאלו ברשותו, אבל הכא אם ליכא עדים אחרים יכול להוציא דוקא לאחרים דהיינו ע"י סילוק, ולעולם א"י להוציאו לעצמו י"ל דלא מקרי יכול להוציאו בדיינים, אמנם י"ל דמוכח דמקרי יכול להוציאו ממה דכתבו תוס' בב"ב דף קמ. דיתומים שמכרו בנכסים מועטים אף דכבר הגבו הב"ד להבנות עיי"ש והא הנכסים ברשות הבנות בודאי יש להבנות יותר יד בנכסים ממה שיש להגזלן וא"י להוציא מהם בדיינים א"כ איך יחול המכירה, דמ"ש דמחזיק בידו

אינו יושב בקרקע ואפ"ה חשיב ליה אינו יכול להוציאה בדיינים, אמנם בהא דלא נחא ליה למימר דכיון שאצל הלוקח הוי יכול להוציא בדיינים חלה ההקנאה אין ראיה מדברי ר' יונה דלא כדבריו דלפי מה שנתבאר כיון שהוא יושב בתוך הקרקע והוי ברשותו שפיר מהני מה שע"י ההקנאה הוי יכול להוציאו בדיינים.

ויעוי' בחידושי רע"א ב"ק ע. הקשה על מה שכתבו ^ההתוס' לל"ק דלא כתבינן הרשאה אמטלטלין משום דאינו יכול להקנותו כדר' יוחנן משום אינו ברשותו כתבו תוס' דמתני' דשבועות דכתבינן הרשאה איכא לאוקמי בקרקעות אבל בההיא דבכורות ליכא לאוקמי בקרקעות דהא אין פודין בקרקעות, ודברי תוס' צריכין ביאור דאף למ"ד פודין בקרקעות מי נחא דהא בקרקעות שאינו יכול להוציאו בדיינים אינו יכול להקדיש כדאיתא פ"ק דבב"מ גבי מסותא, וא"כ בכהן דאינו יכול להוציאה בדיינים דהא הב"ד מורים דא"צ להחזיר מספק ואיך יכול להרשות הא ללישנא קמא מה דאינו יכול להקנות לא כתבינן הרשאה, והוא תמוה מאוד.

וכתב ליישב דכיון דע"י ההרשאה יהיה מוציאו מידו בזה יכול להרשות ולהקנות שהקונה מוציאו בדיינים, והביא ראיה מההיא דיתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים דמה שמכרו מכרו ולשיטת תוס' ב"ב דף קמ. אף בהגבו ב"ד לבנות ויקשה לכאורה היאך יכולים הבנים למכור הא אינם יכולים להוציאו בדיינים מיד הבנות, אע"כ דע"י המכירה יהיה ביד הלוקח מקרי יכול להוציאו בדיינים וה"נ יכול להרשות.

והקשה בהא דכתבו תוס' בשבועות לג: דבבכורות לא שייך פקדון ותימה הא י"ל דלישנא קמא דנהרדעי ס"ל כשמואל דפודה בנו תוך ל' אינו רשאי להוציא וא"כ הוי פקדון וכמ"ש תוס' הכא בסוף הדיבור, ואולי י"ל דכוונתם דמ"מ הך פקדון מקרי אינו ברשותו כיון דהכהן א"צ להחזירו לו. ומ"מ לפמ"ש לענין קרקע מקרי יכול להוציא דע"י ההרשאה מוציא ממנו וה"נ לענין אינו ברשותו, דדוקא היכי שרוצה להחזיקו בגזל מקרי אינו ברשותו אבל הכהן שהוא מוכן ליתן אם יהיה הדין דיתן וכיון שבכל רגע ע"י ההרשאה אם מהני ההרשאה מוכן הכהן ליתן לו

ולפי"ז בנדון דידן שבא לדון להגב ולהוציא ממנו בדין ממ"נ אי לא יוציא לאו כלום עבד ואם יוציאו יהיה מועיל קנין למפרע וממ"נ אין כאן נגיעה, אולם לא נח דעתי בזה כי מסתימת הפוסקים משמע דגם בהוציאו לבסוף בב"ד לא מועיל הקנין.

והגרע"א שם השיבו דאף דמשמע בפשוטו מלישנא דהרמ"ה דחל למפרע ההקדש משעה שהקדיש ואם נהנה בו מעל מ"מ דחוק מאד דמימרא דר"י גזל ולא נתייאשו דמיירי ביכול להוציאו בדיינים וקאמר דא"י להקדישו ומשמע בפשוטו דיכול להנות ממנו והא הוי ספק איסורא דשמא באמת יוציא בדיינים ומעל למפרע.

ולכן כתב לפרש דברי הרמ"ה דכיון דבאמת הוא שלו אלא דאינו ברשותו א"כ לאחר שיוציאו בדיינים מאותו שעה ואילך חל ההקדש דלא הוי דשלב"ל דלענין זה אנו דנין כאלו כבר היה ברשותו בשעה שהקדיש, היינו לענין זה דלא מקרי דשלב"ל, דלאו כללא הוא דמה שא"י להקדיש ולהקנות מיד הוי דשלב"ל, א"כ י"ל דבאמת ההקדש חל ונתפס בשעה שהוציאו בדיינים ומהני אמירתו על הזמן כשיוציאו ממנו בב"ד, וא"כ מה דאמרינן הקדישו ניזק א"ב היינו דלר' ישמעאל אף אחר שגבה לא חל ההקדש דהוי דשלב"ל ולר"ע לא מקרי דשלב"ל.

ואם אמרינן כן י"ל דאם חזר בו קודם שהוציא מהב"ד מהני חזרתו דהרי הרשב"א בנדריס כט. צידד דאף בהרי זה עולה אחר ל' דיכול לחזור תוך ל' ואף להר"ן שאם דאינו יכול לחזור דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט במעכשיו ולאחר ל' מ"מ י"ל דהכא דא"א לחול ההקדש במעכשיו כיון דאינו ברשותו י"ל דיכול לחזור, ולפי"ז אין זה תרופה לקושייתי דהוי נוגעין דהא לאחר עדותן עדיין הס"ת ברשותן דיכולין לחזור וליקח חלקם לעצמם, עיי"ש.

ה. וכתב הקצוה"ח אפשר דקושיית הש"ס וליסלקו היינו שיתנו אותו לגנב ולגנב ודאי מהני הנתינה אע"ג דלאחר אינו יכול ליתן, אלא דמפירוש רשב"ם לא משמע הכי שכתב ויקנו מידם ואי לגנב לא בעי קנין דזוכה כדיבור כיון שהוא תחת ידו, ועוד דהגנב לא ירצה במתנה זו כי היכי דלא ליהוי סהדי עליה וצ"ע.

בתורת גזילה או בענין אחר הא מחזיק אותם לעצמו, וכמו כן במ"ש הרמ"א חו"מ סי' רנ"ב ס"ב כל דבר שנקנה במתנת שכ"מ וכו' אבל דבר שלא ניתן במתנה רק מצוה לקיים דברי המת אם קדמו היורשים ומכרו מה שעשו עשוי, ומשמע דקאי אדברי המחבר דמצוה לקיים דברי המת הוא בהשלישו לשם כך א"כ אין הנכסים ביד היורשים וא"י להוציאו בדיינים ואמאי מהני מכירתם, אע"כ דמכח זה דמכירתם מכירה והמחזיק ציית הדין מכח זה מקרי יכול להוציאו בדיינים ושניהם באים כאחד דבזה שמכרן הוי יכול להוציאו, הרי אף דמ"מ א"י להוציאו לעצמו רק לאחרים מ"מ מקרי ברשותו למפרע, עיי"ש.

נראה מדברי רע"א בכאן דהא דחשיב ליה באין כאחד אינו משום שהקונה יכול להוציא בדיינים ומיקרי אצל הקונה ברשותו אלא דכיון שהמוכר יכול להוציאו בדיינים בשביל הקונה דע"י המכירה יכול להוציאו בדיינים מיקרי ברשותו של המקנה למפרע, והוא דומיא דבאין כאחד שמבואר ברשב"א שהביא הקצוה"ח.

נמצא דלמש"כ רע"א בב"ק משמע דמה שהקונה יכול להוציאו בדיינים חשיב ברשותו של הקונה ומהני ההקנאה וכמבואר בר' יונה וכנז"ל, ולמה שמבואר מדברי רע"א בתשו' הוא שחשיב ברשותו של המקנה למפרע ע"י שעתה יכול להוציאו בדיינים מכח ההקנאה, וצ"ע בכל זה.

ד. והנה בחידושי רע"א ב"ב שם הובאה תשו' בנו שכתב ליישב קושיא הנ"ל דהנה יעוי' בשיטמ"ק ב"ק לג. גבי הא דאמרו בפלוגתא דר' ישמעאל ור' עקיבא בשור תם אם יושם השור או יוחלט השור דהקדישו ניזק איכא בינייהו דלר"ע דיוחלט השור הקדישו קדוש, וכתב שם בשם הרמ"ה וא"ת והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולין וכו' אלמא חזינן דהנגזל שהוא שלו ולא נתייאש ממנו אינו יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו ואם כן הניזק שמעולם לא בא ברשותו האין יכול להקדישו, וי"ל דאחר שגבאו ובא ברשותו ולא קבל הדמים לרבי עקיבא אנו רואין כאלו מעיקרא כשהקדישו היה כבר בא ברשותו, וכן בגזל נמי אם הקדישו הנגזל ואחר כך העמיד הגולן בדין והוציאו מידו בבית דין הכי נמי דקדיש והא דאמר רבי יוחנן דאינו קדוש הוא היכא שלא הוציאו בבית דין, עיי"ש.

שוב אין חבין לאדם שלא בפניו, וא"כ גם כאן אפשר לדון בדיינים אחרים מעיר אחרת שוב לא הוי חוב, ויונח עוד למה הקשה רק לסלקו ולדיינו הו"ל להקשות ג"כ לסלקו ולסהדי ולהנ"ל י"ל דעל עדות לא קשה די"ל דמיידי דליכא עוד עדים זולתם זולת בני עיר וא"כ חוב להגנב להכשיר עדות בני העיר ולא יועיל סילוק כנגדו ונגד בני העיר א"א לסלק כקושיית אאמ"ו הגאון, עיי"ש.

והגרע"א בתשובתו שם כתב מ"ש בני הרב דאף דהוי חוב לגנב שידונוהו מ"מ לשיטת הר"ן בפרוזבול נחא כיון דהחוב מסתעף אח"כ אין זה בכלל אין חבין, אינו מהדומה דהתם הם שני ענינים דזיכוי הקרקע הוי זכות והחייב ענין אחר שמשמט חובו, אבל הכא כנ"ד הכל ענין אחד דבלא הזיכוי מחזיק הגנב כולו וע"י הזיכוי מוציאין ממון חלק דהאחרים ונשאר בידו רק חלקם מה שהיה לו זה מכבר בידו בודאי מקרי חוב גמור.

ואולם לענ"ד מטעם אחר היה נראה דמהני הזיכוי דכשמזכין להגנב אין אנו דנין עתה בזיכוי או לא אלא דזהו עכ"פ ברור באם יוציאו בדין יהיה באיזה אופן שיהיה שלא יוכלו המזכין לחזור וליקח חלקם מהגנב כיון דאגלאי דזכות הוא לגנב וזכה בחלקם, א"כ לא הוי נוגעים דהא אם יוציאו בדין הגנב יחזיק בחלקם וממילא הדין דמעידין והגנב יחזיק בחלקם, ואף דאם הגנב היה עומד וצווח איני רוצה לזכות בס"ת כלל אף אם יוציאו בב"ד ממני היה נוגעין בעדותן מ"מ עתה שאינו בפנינו ויהיה הדין קיים דאם יוציאו מהגנב בשום פנים יחזיק הגנב בחלקם שוב לא הוי נוגעים, וכיון שכן עולים יפה דברי בני הרב דלסלקו היינו לגנב, ואף דמלשון הרשב"ם לא משמע כן מדנקט ויקנו מידם ואילו במסלקין להגנב לא היה צריך קנין כיון דהס"ת בחצירו יכולים לומר שיזכה חצירו את חלקם, מ"מ י"ל דהרשב"ם ס"ל כהרשב"א דנגזל יכול למכרו אבל לדין י"ל דמפרשים דלסלקו לגבי הגנב.

ו. הנה מה שנקטו בפשיטות הקצוה"ח ורע"א ובנו שמדברי הרשב"ם מבואר דאין הסילוק לגבי הגנב מדכתב הרשב"ם שיקנו מידו ולגבי הגנב לא בעינן שיקנו מידו, יעוי' בנחל יצחק סי' ע"ג סעי' י"ט ענף ו' הביא דברי הקצוה"ח וכתב ליישב מה

ויעוי' בחידושי רע"א שם בתשו' בנו כתב ג"כ ליישב כהקצוה"ח וקשיא ליה נמי מאי דקשיא ליה להקצוה"ח, דהנה לא פורש בגמ' נגד מי יסלק ויש לפרש בשני פנים או נגד בני העיר או נגד הגנב, ואף כי באמרם לעיל כגון שכתב ליה דין ודברים הרצון ודאי שיכתוב נגד השותף לא נגד הנטען על הקרקע, דאל"כ מאי מקשה עליו אחריות דעלמא וכו' ואלו היה הכוונה נגד הנטען כלום נגיעה יש כאן נהי דקיבל עליו אחריות דעלמא אחריות דנפשיה של הנטען מי קבל עליו, אלא ע"כ דלשון דכתב ליה משמע נגד השותף דמיניה מיירי ועלה ההיא דקאמר מעידין זה לזה, ועדיין לא הוזכר מנטען שיהיה סובב עליו לשון דכתב ליה, מ"מ בקושיא זו י"ל דלסלקו נגד הגנב, ומסתייע אני מדברי השיטה מקובצת ב"ב שם בשם הרשב"א בסוף ד"ה דכתב לה וז"ל הא דאמרינן ולסלקו פירושו אם יסתלקו ומוחלים חלקם אין לשאר בני עירו אלא כפי חלקם וחלקם של אלו נמחל אצל הגנב ואי מסתלקים ונותנים חלקם לבני עירם הכל לבני העיר כענין שאמרו בשותפין עכ"ל, מבואר כמ"ש דסילוק הנאמר בשותפין הכוונה נגד השותף והסילוק האמור כאן אפשר לפרשו נגד הגנב, ובהיות כן לא קשה קושיית אאמ"ו הגאון דנהי דבלא נתיאשו בעלים שניהם א"י להקדישו היינו לאיש אחר אבל הגזלן והנגזל זה לזה יכול להקנות וכמ"ש הב"ש סי' כ"ח, ואם יקשה עדיין על סוף דברי הרשב"א הנ"ל דמבואר דגם לבני העיר יוכל להקנות בזה י"ל דהרשב"א לשיטתיה דסובר (בב"ק ע.) דלהקדיש דבר שאינו ברשותו גזה"כ הוא אבל להקנות יכול הנגזל ומשו"ה שפיר כתב דיש לפרש באחד מב' האופנים, אבל לדין דקיי"ל דגם להקנות אינו יכול נפרש הסילוק נגד הגנב.

וכתב אולם גם כזה לא נתקרה דעתי משום דקשה לי איך יועיל הסילוק נגד הגנב והא חוב הוא לו שידונוהו ואין חבין לאדם ואין מזכין לו בע"כ, ולהר"ן גיטין (דף יט: בדפי הרי"ף) גבי פרוזבול דמזכה לו קרקע כ"ש אף דחוב הוא ללוה כיון דגוף הדבר זכות אלא שהחוב נסתעף ממנה נחא דגם כאן רק נסתעף החוב אח"כ, אבל להאומרים דפרוזבול קל הוא שהקילו בו קשיא, ואולי נאמר למ"ש תוס' גיטין בסוגיא דתן גט לאשתי בההיא דאי בעי זריק לה גיטה דכל שהוא יכול לעשות החוב זה בדרך אחר ל"ש ביה

שהקשה הקצוה"ח שלגבי הגנב לא בעינן קנין דבאמת סילוק לא מהני בחוב הלואה שכתב ליה דין ודברים אין לי עמך או ידי מסולקת ממך אם לא שקנו מידו וכמ"ש המהרי"ק בסי' פ"ט והובא בנה"מ סי' ר"ט סק"ו, א"כ כ"ש בגזילה שהחפץ בעין דלא מהני סילוק, ועי' בתוס' כתובות צה. בתור"ה וכי דבקנין מהני לשון סילוק, ולפי"ז ה"ה בסילוק מחוב הלואה או בסילוק מגזילה היכא דקנו מידו אמרינן דהוי כמו הקנאה גמורה ובחוב תלינן במחילה, וע"כ בהא דהקשו בגמ' בלשון וליסלקו ולידיינו בע"כ מוכח שכונת הגמ' דליסלקו ע"י קנין דאז יועיל הקנין דיהיה מועיל הסילוק אבל לולי הקנין לא מהני לשון סילוק ושפיר הוכרח הרשב"ם לפרש כן. והא דקאמר הש"ס לשון וליסלקו הוא משום שלעיל מינה גבי שותפין מעדיין אמרו לשון זה דליסלקו ואגב גררא אמרו כן אף בס"ת בלשון סילוק.

ומה שהקשה הקצוה"ח דהגנב לא ירצה לקנות הגניבה ואין מזכין בע"כ, יש לתרץ זה ג"כ עפ"י מש"כ המחנ"א זכיה מהפקר סי' י"א דהיכא דמחל לחבירו והלוה לא רצה במחילתו דעכ"ז זכה הלוה דהוי הקנאה דממילא ואף בע"כ של הלוה מהני, ולפי מה שנתבאר לעיל דלשון מחילה מהני נמי להגזול א"כ י"ל דמה"ט אף דהגנב לא ירצה לזכות בהגזילה דמ"מ זכה ע"י מחילת הבעלים אף בע"כ של הגזול, אך אם נימא דמדיון הקנאה נגעו בה בודאי אין סברא לומר דיועיל ההקנאה בע"כ של הגזול אבל לפי מה שנתבאר דמחילה מהני ג"כ בגזילה אף בבעין א"כ א"ש דברי הרשב"ם משום דהיכא דכתב דו"ד וכו' וקנו מידו אמרינן דנתכוין למחול לו הגזילה והקנין מתקן הלשון גרוע דסילוק, עיי"ש מש"כ עוד בזה.

ומאי דמהני מחילה להגזול יש לבאר דמוחל לו החיוב השבה וממילא קונה הגזול ע"י קניני גזילה, עי' מש"כ לעיל בסק"ח בשם הזכר יצחק דזהו האופן שמקנה הנגזל להגזול שמוחל לו החיוב השבה וממילא קונה הגזול ע"י הקניני גזילה.

ז. והנה מה שנקטו רע"א ובנו שהרשב"א ס"ל דמהני הקנאה באינו ברשותו ורק הקדש לא מהני באינו ברשותו הוא מדברי הרשב"א ב"ק ע. שכתב לבאר תרי לישני דגמ' בהא דאין כותבין אורכתא אמטלטלי עיי"ש שבדעת ל"ק כתב כתוס'

והראשונים דמיירי ע"כ במטלטלין דגזילה דאילו פקדון שפיר חשיב ברשותו ויכול להקדיש וכיון שיכול להקדיש אף הוא יכול לכתוב הרשאה, ובדעת איכא דאמרי כתב וז"ל איכא דאמרי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה משום דמיחזי כשיקרא הא לא כפריה כתבינן, ונפק"מ לגזל שהוא בעין ביד גזול ולא נתייאשו הבעלים וא"נ מלוה בשטר שאע"פ שאינו יכול להקדישו דגזוה"כ היא מדכתיב כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו אבל במכר או במתנה יכול ליתן ולזכות אגב קרקע או בחליפין בכל מקום שהן, והא הוא דאיכא בין לישנא קמא ללישנא בתרא, עיי"ש. ומבואר מדבריו דאע"פ שאינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו אבל להקנות יכול אף דבר שאינו ברשותו. ועי' בחידושי רע"א על גיליון השו"ע סי' רי"א סעי' ז' כתב כן שמדברי הרשב"א בב"ק ע. מבואר דיכול להקנות דבר שאינו ברשותו ושכן מבואר ברשב"א שבועות לג. וכתב שכן נראה דעת הרשב"ם בב"ב מג. ד"ה ולסתלקו.

ועי' קצוה"ח סי' קכ"ג סק"א הקשה על דברי הרשב"א מהא דאיתא בב"ק סח: דצנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד ורבי דוסא לענין הפקר מיירי ומבואר בגמ' דלר' יוחנן דאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו ה"נ דאינו יכול להפקיר וכדאמר רבא להדיא בדף סט: דכל שאינו ברשותו אינו יכול להפקיר, ואי נימא דהוא דין מיוחד בהקדש אבל בקנינים שפיר מצי מקנה אף שאינו ברשותו א"כ אמאי אינו יכול להפקיר, ובהכרח דכל שאינו ברשותו כשם שאינו יכול להקדיש כך אינו יכול להפקיר.

ועי' מה שנתבאר אצלינו בשעורי ב"ק פרק מרובה סי' ל"ו בשם החזו"א שכתב לבאר בדעת הרשב"א דאין כוונתו דלל"ב קונה מיד ומהני אף באינו ברשותו להקנות אע"פ שאינו יכול להקדיש, אלא כפי' רמב"ן דנעשה בע"ד משום שעתיד למזכי כשיוציא, ומה שכתב דאף דלא מצי מקדיש מצי להקנות ללישנא בתרא אין כוונתו שיכול להקנות עכשיו וכמו שהוכיח הקצוה"ח מהפקר דלר' יוחנן לא מצי נמי מפקיר דבר שאינו ברשותו, אלא דאין חסרון אינו ברשותו רק לענין לזכות לחברו עכשיו שאין הוא שליט בה עכשיו והזוכה מידו לא מצי למשלט בה, אבל למימר השתא למזכי בה לבתר דמיהדר ליה וישלוט בה מהני ולא חשיב כאומר בדבר שלא בא

לעשות מעשה הקנאה מצדו, ונראה דכוונתו למש"כ, ועי' במש"כ לעיל בסק"ח.

ולפי"ז ה"נ דיכול להקנות לאחרים שיזכה לאחר שיבוא לרשותו ויהא בשליטתו דנמצא דע"י הקנאה זו הרי הוא משליט את חברו על החפץ, וכל מאי דלא מהני הקנאה באינו ברשותו הוא כשגם אצל הלוקח הוא אינו ברשותו אבל כשיוכל להשליט הלוקח על החפץ שפיר מהני ההקנאה שמקנה עכשיו אף שעתה אינו ברשותו.

וה"ן הן הדברים שנתבארו לעיל בהא דכתב ר' יונה שמאחר שאצל הקונה הוי יכול להוציאו בדיינין מהני ההקנאה והוא משום שאצל הקונה הוי ברשותו וכמבואר ברשב"א, וכל זה הוא רק אי נימא דענין אינו יכול להוציאו בדיינין הוא משום חסרון אינו ברשותו וכמו שנתבאר.

לעולם, דכשם שמצי להקנות לגזלן עצמו כמו כן מצי למימר לחברו דון וזכי ואפיק לנפשך.

והתבאר שם בביאור דבריו דהנה בפשוטו ענין אינו ברשותו שאינו יכול להקנות היינו משום חסרון כח בעלות דכיון שאינו ברשותו נקלש כח הבעלים ואין לו כח הקנאה, אכן הרשב"א ס"ל דאין בזה חסרון בעלות וקלישת כחו אלא דענין הקנאה הוא השלטת חברו על חפץ שלו וכל דלא מצי להשליט חברו עתה על החפץ אינו יכול להקנותו, ולכך מצי הנגזל להקנות לגזלן כיון שאצל הגזלן הוא בשליטתו וברשותו. ויעי' בשעורי ר' שמואל קידושין אות תמ"ג כתב דיש לבאר הא דמהני להקנות לנגזל עצמו הוא משום דחסרון אינו ברשותו אינו מחמת חסרון בעלות אלא שהוא דין בקנינים דאינו יכול לעשות הקנאה על דבר שאינו בשליטתו וממילא י"ל דאם אצל הקונה הוא ברשותו סגי בהכי שיוכל המקנה

סימן לח

והקשו הראשונים מאי פרכינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אדרבה היא הנותנת דכיון שאינו חוזר ומגיד אינו מבטל עדותו, דאם היה חוזר ומגיד היה מבטל עדותו ולא היה מתחייב בזה כיון שחזר בו מעדותו אך מכיון דאין חוזר ומגיד אין מתבטלת עדותו וכיון שהוא מודה שזמם לגרום הפסד לחבירו איכא הודאת בע"ד שחייב לשלם.

והריטב"א תירץ דאה"נ דיש לחייבו מדינא דגרמי כיון שמודה שבשקר העיד על חברו ועתה ישלם חברו כיון שאינו יכול לחזור בו מעדותו ונמצא דהוזהר חברו על ידו, והכי פריך דלישנא דרב יהודה דאמר עד זומם משלם לפי חלקו משמע דלאו מדינא דגרמי אתי עלה אלא מדין הזמה ולזה פרכינן דמדין הזמה ליכא לחיוביה דכיון דאינו יכול לחזור ולהגיד ואינו יכול לבטל עדותו א"כ הו"ל כאשר עשה כיון שעדותו קיימת ויצטרך הנדון לשלם ואפילו בממון אמרינן דכאשר זמם ולא כאשר עשה.

וראיתי מקשים על דברי הריטב"א מהא דכתב הריטב"א בב"ב נו. והובא בנמוק"י שם בהא דאיתא התם דעדים שהעידו שאכלה שלש שנים

סעיף קטן א

א. בשו"ע סעי' א' שנים שהעידו באחד שחייב לפלוני מנה ובאו שנים והכחישום או הזימום הרי זה פטור. עדים שהעידו בבית דין באחד שחייב לחבירו מנה ואחר כך אמרו שקר העדנו עדותם הראשונה קיימת דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, אבל נאמנים לגבי עצמם לשלם לו כל מה שהפסידוהו.

בפ"ק דמכות (דף ג.) אמר רב יהודה אמר רב עד זומם משלם לפי חלקו מאי משלם לפי חלקו אילימא דהאי משלם פלגא והאי משלם פלגא תנינא משלשין בממון ואין משלשין במלקות אלא כגון דאיתזום חד מינייהו דמשלם פלגא ידידה ומי משלם והא תניא אין עד זומם משלם ממון עד שיזומו שניהם אמר רבא באומר עדות שקר העדתי כל כמיניה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אלא באומר העדנו והוזמנו בב"ד פלוני כמאן דלא כר"ע דאי כר"ע הא אמר אף אינו משלם ע"פ עצמו אלא באומר העדנו והוזמנו בב"ד פלוני וחוייבנו ממון ס"ד אמינא כיון דלחבריה לא מצי מחייב ליה איהו נמי לא מחייב קמ"ל.