

הועתק והוכנס לאינטרנט
www.hebrewbooks.org
ע"י חיים תשע"א

הערות וציונים

על מסכת בבא בתרא

פרקים

יש נוחלין ומי שמת

דף קכג: – דף קמו:

נכתב בס"ד ע"י א. אוסטרן

תש"ע

בני ברק

לע"נ

ר' אלקנה בן שמואל אוסטרן זצ"ל
נלב"ע כ' כסליו תשכ"ח

מרת חייענא אוסטרן בת ר' אריה הכהן ע"ה
נלב"ע ט"ז תמוז תש"ל

ר' יחזקאל שרגא בן משה ז"ל הי"ד
נלב"ע ט"ז אלול תש"ד

מרת גיטל בת הרב נתן ע"ה הי"ד
נלב"ע ד' סיון תש"ד

דוד בן יחזקאל שרגא ז"ל הי"ד
נלב"ע כ"ה אייר תש"ח

ת.נ.צ.ב.ה.

הכתובת:

הרב סורוצקין 4, בני ברק
טל. 03-6197124

להשיג בירושלים בטל. 02-5828515

פרק יש נוחלין

דף קכג:

חייבים לאב בחייו. ונראה שזה כונת התוס' רי"ד שכתב דהאי מושכרת לאו על שכירות הפרה דעבדא בטר מיתת האב כדמשמע מדברי רבינו שמואל אלא איירי בשכירות שבא בחיי האב. הרי שכתב שברשב"ם מבואר דלא כדבריו. ונראה דהיינו מדברי הרשב"ם הנ"ל. וצ"ע בדברי הריטב"א שכתב בשם הרשב"ם דילדה קאי גם על מושכרת ומושכרת. ולכאורה מדברי הרשב"ם הנ"ל מוכח דמפרש על דמי השכירות וכן מוכח דמפרש בשכירות שחל חיובו אחרי מיתת האב כמו שכתב התוס' רי"ד בשם הרשב"ם.

בנו בתים ונטעו כרמים. כתב הריטב"א דקמ"ל דאף שההוצאות היו מתפוסות הבית מ"מ כיון שאין השבח בא מאליו אלא ע"י היתומים אין הבכור נוטל בזה פי שנים.

תוד"ה היתה מושכרת. כתבו התוס' דמבואר בסמוך שמה שהבכור נוטל פי שנים בשכר הבהמה הוא לרבי אבל לרבנן גם שבח שבא שלא מחמת יציאה וטירחא נחשב ראוי ואין הבכור נוטל בו פי שנים. והקשו ע"ז מהא דפריך לעיל י"ג. למאן דלית ליה גוד או אגוד מה יעשו בכור ופשוט שירשו עבד ובהמה טמאה שאינם ראויים לחלוקה. ומשני עובד לזה יום אחד ולזה ב' ימים. ואמאי עובד לבכור ב' ימים הרי לרבנן אין הבכור נוטל פי שנים בשבח דאתא מאליו דהוי ראוי. ות' שמהזמן שהוא תובע חלוקה ואומר או תחלקו או אטול פי שנים הוא נוטל פי שנים אף שעדיין לא חלקו.

נחלקו הראשונים לעיל י"ג. בהאי דינא דחלוקת ימים אם הוא חלוקת הגוף, וכל אחד הוא בעלים על כל הגוף ביומו או שאין זה אלא חלוקת השימושים, והגוף הוא כל הזמן חצי של זה וחצי של זה. הקצה"ח כתב ע"פ דברי הר"ן בנדרים ריש פרק השותפין שכל חלוקת זמנים הוא חלוקת הגוף. ורק בחצי עבד חצי בנ"ח שעובד את עצמו יום אחד ואת רבו יום אחד זה חלוקת השימושים והגוף הוא כל הזמן חצי עבד וחצי בנ"ח, שאם ביום של עצמו הוא כולו בנ"ח לא יתכן שביום שלאחריו יחזור להיות עבד.

מדברי התוס' כאן יש להוכיח דלא ס"ל כן אלא ס"ל שכל חלוקת ימים הוא חלוקת השימושים בלבד והגוף הוא כל הזמן חצי של זה וחצי של זה. שאם חלוקת ימים הוא חלוקת הגוף מה קשיא לתוס' אמאי נוטל הבכור ב' ימים הרי אין הבכור נוטל בראוי, מה שבכור אינו נוטל בראוי הוא לפני חלוקה אבל אם חלוקת ימים הוא חלוקת הגוף בטל תפוסת הבית וכ"א יש לו הגוף שלו. ופשוט שהבכור יש לו פי שנים ברווחים כיון שיש לו פי שנים בגוף. אלא מוכח מדבריהם דס"ל שחלוקת ימים אינה חלוקת הגוף אלא חלוקת השימושים ושפיר קשיא להו אמאי יש לבכור פי שנים ברווחים הרי לרבנן זה ראוי.

התוס' בזה לשיטתם שהגמ' שואלת לעיל י"ג. למאן דלית ליה גוד או אגוד בכור ופשוט שירשו עבד ובהמה טמאה מה יעשו. ומשני עובד את הפשוט יום אחד ואת הבכור ב' ימים. והקשו התוס' שם למה קשה לגמ' מבכור ופשוט יותר מב' פשוטים. הרמב"ן והרשב"א שם כתבו שעל שני פשוטים לא קשיא לגמ' שלגבי זה ידעה הגמ' שיעשו חלוקת ימים. אבל על בכור ופשוט קשה לגמ' דכיון שאינו נוטל בראוי יפסיד הבכור פי שנים בדברים שאין בהם כדי חלוקה. דהיינו שמה שהקשו התוס' כאן אמאי נוטל הבכור ב' ימים הרי אין הבכור נוטל בראוי, לרמב"ן והרשב"א זה קושית הגמ' שם. והתירוק של הגמ' לרמב"ן והרשב"א הוא שעובד את זה יום אחד ואת זה ב' ימים שחלוקת ימים היא חלוקת הגוף. ואין זה ראוי דכיון שקיבל פי שנים בגוף ממילא יש לו פי שנים ברווחים. ונידון זה אם חלוקת ימים היא חלוקת הגוף או לא לרמב"ן

פרה מושכרת ומושכרת ביד אחרים. בפשטות איירי לענין תשלום השכירות שהוא שבח שבא מאליו אחרי מיתת מהפרה שירשו. וא"כ זה כרבי ולא כרבנן מתרי טעמי. א. דהוי שבח ששבחו נכסים אחר מיתה. ב. זה מלוה ורבי ס"ל לקמן שבכור נוטל פי שנים במלוה של אביו. ורבנן לפי ר' יהודה אמר שמואל לקמן קכ"ד: ס"ל שאין בכור נוטל פי שנים במלוה אפי' שהחיוב היה בחיי האב ואינו שבח שבא אחר מיתה מ"מ לרבנן מלוה הוי ראוי ואין בכור נוטל בו פי שנים. אך קשה שהרשב"ם ס"ל בסמוך שמה שבכור נוטל פי שנים במלוה לרבי הוא רק במלוה בשטר ולא במלוה ע"פ. ואמאי נוטל פי שנים בשכירות לרבי הרי זה מע"פ. וכתב הקצות בס' רע"ח סק"ב דצ"ל דאיירי שהיתה מושכרת בשטר, וא"כ גם חיוב השכירות דינו כמלוה בשטר. הרש"ש כתב ע"פ דברי הרשב"ם בסמוך שמה שמע"פ אינו מוחזק הוא משום שיכול לטעון פרעתי, והכא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אינו יכול לטעון פרעתי לפני הסוף דהוי בתוך זמנו, ובזה גם מע"פ דמי למלוה בשטר. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן על דברי הרשב"ם.

הריטב"א כתב דלא איירי לענין שכירות דשכירות הוא מלוה ולא איירי הכא במלוה, וכן לא איירי בנתפסמה דזה הוי כדיקלא ואלים שגם רבנן מודים שנוטל פי שנים אלא איירי לענין ילדה. וילדה דקתני קאי גם על מושכרת ומושכרת ולא רק על רועה באפר. ומבואר דס"ל שולד נחשב שינוי ולא דמי לדיקלא ואלים. ונחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד כמו שיבואר לקמן בס"ד. הריטב"א מביא ראיה לדבריו דאיירי לענין ולד שהקשו בסמוך השתא מושכרת ומושכרת אמרת שקיל רועה באפר מיבעיא, משמע דהכל איירי בחד גוונא.

רבינו יונה גם כתב דאיירי לענין ילדה אך כתב דה"ה שבשכירות נוטל הבכור פי שנים ואפי' בשכירות שנתחייב השוכר אחרי מיתת האב דומיא דרבית דמבואר לקמן קכ"ד: שלרבי הוי כמוחזק והתם נמי איירי ברבית שנתחייב בו הלזה אחרי מיתת האב.

התוס' רי"ד כתב דאיירי לענין השכירות אך כתב שהשכר שחל חיובו אחרי מיתת האב מודה בו רבי שאינו נוטל פי שנים, וכן כתב התוס' רי"ד לקמן לגבי רבית שלרבי בכור נוטל בו פי שנים רק ברבית שחל חיובו בחיי האב. וכן לגבי רועה באפר וילדה לתוס' רי"ד אין הבכור נוטל פי שנים בולד אלא כשהעביר התחיל בחיי האב. דשיטת התוס' רי"ד ששבח ששבחו נכסים אחר מיתת האב שלרבי בכור נוטל בו פי שנים הוא רק כשהשבח התחיל בחיי האב דומיא דחפורה והוי שובלי. הריטב"א חולק בזה על התוס' רי"ד וס"ל שגם שבח שהתחיל אחרי מיתת האב כגון שנתעברה אח"כ או שכירות שנתחייב השוכר אחרי מיתת האב וכן רבית שנתחייב בו אח"כ דינו כשבח ששבח מאליו שבכור נוטל בו פי שנים לרבי.

ברשב"ם בדף קכ"ד. ד"ה אף מושכרת מוכח דמפרש מושכרת לענין דמי השכירות ולא לענין ולדות. וכן מוכח דס"ל דאיירי לענין השכר שנתחייב בו השוכר אחרי מיתת האב. שכתב דאיצטרך מושכרת ומושכרת דס"ד שאינו שבח דממילא כיון שבא ע"י טורח החרישה. קמ"ל דכיון שאין זה טורח של היורשים אלא של השוכר זה נחשב שבח הבא מאליו. ומבואר דאיירי בשבח השכירות דאי לענין ולד הרי זה כרועה באפר וילדה שאין השבח מחמת יציאה וטורה. וכן מוכח דאיירי לגבי שכר שחל חיובו אחרי מיתת האב שאם בחיי האב אין נ"מ אם בא מאליו או לו שזה חוב שהיו

רבינו יונה גם כתב על דרך הרשב"א שגם בה"א ידעו דאיירי במכירי כהונה אבל לא כתב דס"ד דלא הוי כמי שהורמו אלא כתב דאכתי לא ידעו דאיירי שנשחט בחיי האב. וזה לכאורה תמוה שאם לא נשחט כלל בודאי אין שום מעלה במכירי כהונה ולמה הקשו דהוי ראוי ולא שאינו יורש כלל. ועל ר' יונה קשה יותר ממה שקשה על הרשב"א שאם לא נשחט כלל אין עדיין מתנות בעולם ובמה יזכה הכהן מכת הדין מכירי כהונה. רצ"ע.

הכהנים אסחו דעתייהו מממון זה. דהיינו שהם מתיאשים מהממון כיון שיודעים שנותן רק לכהן זה. וכיון שכל שאר הכהנים מתיאשים מממון זה ורק כהן זה אינו מתיאש הוא נשאר היחיד בשבט כהונה שיש לו בעלות על מתנות אלו. והרי זה כאילו שיש רק כהן אחד בעולם שכל המתנות כהונה הם שלו. ולכן זה נחשב ממון שלו להוריש לבניו, ונחשב מוחזק בידו ובכור נוטל בזה פי שנים. לפ"ז מבאר הקה"י את דברי התוס' שכמו שלרש"י היאוש מפקיע הממון משאר השבט כך לתוס' האיסור לחזור ולתת לשאר כהנים מפקיע הממון משאר הכהנים ונשאר הוא היחיד בשבט. ולולא דבריו י"ל שגם התוס' ס"ל כרש"י ששאר הכהנים מתיאשים. אלא שרש"י ס"ל שהיאוש הוא מפני שרגיל לתת לכהן זה. והתוס' ס"ל שזה לבד אינו סיבה ליאוש אלא היאוש הוא מפני שאסור לחזור בו ולתת לכהן אחר. אבל לעולם גם לתוס' זכיית המכיר כהונה הוא מחמת יאוש של שאר שבט הכהונה. ומה שמהני חזרה מבאר הקה"י דכיון שאינו ממון פרטי של כהן זה אלא זה שלו מדין ממון השבט אלא שהוא כל השבט, ברגע שחזור בו הנותן בטל היאוש והרי זה כאילו שנולד כהן חדש שגם הוא מקבל חלק במתנות הכהונה.

הרשב"ם כתב שענין מכירי כהונה הוא שהבעלים מזכים לכהן זיכוי גמור במתנותיו. ובדאי אין כונתו שמזכה ע"י אחר שא"כ לא בעינן מכירי כהונה אלא כמו שכתב הרש"י שמזכה בליבו. ומבואר שהרשב"ם אין זה מכח איסור חזרה אלא שיש כאן הקנאה של הבעלים לכהן. וצ"ב באיזה קנין זכה הכהן במתנות.

התוס' בכתובות ק"ב. כתבו שמה שמתחייב אדם ע"י שטר אף שחוב הוא מטלטלין ואין מטלטלין נקנין בשטר הוא משום דכיון דטרח לכתוב שטר גמר ומקנה. והיכא דאיכא גמירות דעת מיוחדת חל קנין בלי מעשה קנין כדן דברים הנקנין באמירה. ומביא התוס' ראיה לזה מהדין של מתנה מועטת שמבואר בב"מ מ"ט. שאינו חוזר. ותמה הרש"י שם שמתנה מועטת אינו קנין אלא רק דין של מחוסר אמנה שמבואר בב"מ שם שיש רק איסור לחזור אבל אם חוזר מהני חזרתו כמש"כ התוס' כאן. אך בדברי התוס' מבואר דס"ל שהדין של מתנה מועטת אינו רק דין של מחוסר אמנה כפשטות הגמ' בב"מ אלא כיון שעל מתנה מועטת יש גמירות דעת חל בזה ההקנאה בלי מעשה קנין. ומה שמהני חזרה מבאר הקו"ש כאן באות שע"ד שזה תנאי בקנין ע"ש. לפ"ז מבאר הקו"ש את הענין של מכירי כהונה שהוא קנין ממש מכח גמירות דעת כמו מתנה מועטת. ולכאורה בדעת הרשב"ם צ"ל כפירוש זה של הקו"ש ע"פ התוס' בכתובות.

רבינו יונה כתב שמה שמכירי כהונה נחשב מוחזק מוכח שאין בעה"ב יכול לחזור בו ולתת לאחר, ולא כתוס' שכתבו שיכול לחזור אלא שאסור לחזור. ומבאר ר' יונה שמזמן השחיטה אין בעה"ב יכול לחזור דעשו שאינו זוכה כזוכה. דהיינו שתקנו חכמים שיקנה הכהן. ולכן הוא נחשב מוחזק. הנ"מ בין תוס' לר' יונה הוא כשאינו מכירי כהונה אבל אמר בעה"ב שיתן לכהן מסוים. לתוס' הוא נחשב מוחזק דהוי מתנה מועטת ואסור לחזור בו. ולתוס' מתנה מועטת ומכירי כהונה שוים. משא"כ לר' יונה מה שאמר לתת לכהן פלוני אינו עושה אותו מוחזק אף שאסור לחזור כיון שיכול לחזור בו. ורק מכירי כהונה הוא מוחזק מפני שעשו שאינו זוכה כזוכה.

הריטב"א כתב בהדיא שאם אמר שיתן לכהן אף דהוי מתנה מועטת ואסור לחזור בו אין הכהן נעשה מוחזק, ורק במכירי כהונה הוא נחשב מוחזק. ולכל הפשטים הנ"ל דהיינו לשיטת הקצה"ח, וכן למה שכתב הקה"י ע"פ רש"י בגיטין, וכן למה שכתב הקו"ש ע"פ התוס' בכתובות אין לחלק בין אמר לתת לכהן לבין מכירי כהונה. שכל הדין של מכירי כהונה הוא מכח הדין של מתנה מועטת. אלא מבואר בריטב"א דס"ל

הכא במכירי כהונה עסקינן. מבואר שהדין מכירי כהונה גורם שיחשב ממון הכהן גם לפני שהגיע לידו לענין להורישו לבניו. וכן שנחשב מוחזק בממון לענין שהבכור יטול פי שנים. וכן מבואר בגיטין ל. שע"י הדין של מכירי כהונה נחשב שהכהן קיבל המתנות והישראל קיים בזה מצות נתינה ויכול לקחת את התרומה בפרעון החוב שחייב לו הכהן בלי שיגיע התרומה ליד הכהן. ואינו מובן במה זכה הכהן. כתבו התוס' בד"ה הכא דמבואר בב"מ מ"ט. דאף למ"ד שדברים אין בהם משום מחוסר אמנה ומותר לנותן לחזור מהמתנה, במתנה מועטת אסור לחזור. ומתנות כהונה נמי חשיב כמתנה מועטת, והיינו משום שאפי' אם המתנות מרובות אין זה ממון שלו אלא ממון השבט, ולבעלים יש בממון זה רק טובת הנאה שהוא נחשב דבר מועט כמבואר בריטב"א כאן. וא"כ אם אמר לכהן שיתן לו מתנות כהונה אסור לחזור בו כדן מתנה מועטת. והדין של מכירי כהונה הוא דכיון שרגיל לתת לכהן זה, זה נחשב כאילו שאמר לו שיתן לו ואסור לו לחזור מזה. ומוסיפים התוס' דאף שיכול לחזור בו מ"מ כיון שאסור לחזור יש לכהן דין מוחזק על ממון זה והבכור נוטל בזה פי שנים. ודברי התוס' בזה לכאורה אינם מובנים מה בכך שיש איסור לחזור בו וכי משום זה זכה הכהן בממון להורישו לבניו.

הקצה"ח בס' ר"ז סק"ט מסופק במי שנשבע לתת ממון לחברו ומת המקבל לפני שקיבל את הממון אם חייב הנותן לתת את הממון ליורשיו. וכתב הקצות להוכיח מדברי התוס' כאן שיש ירושה על ממון זה. שהרי התוס' כאן כתבו שהאיסור של חזרה ממתנה מועטת גורם ירושה אף שאינו אלא איסור ולא קנין וכ"ש שהאיסור של חזרה מהשבועה שהוא חמור יותר בודאי גורם ירושה. ועוד מסתפק הקצות בס' רע"ח סק"טו במי שנשבע לתת ממון לחברו ומת המקבל לפני קבלת הממון אם הממון נחשב מוחזק בידו לענין שכנו הבכור יטול פי שנים בממון זה או לו. דהיינו שבס' רע"ח אין הקצות מסתפק לגבי הירושה שזה כבר פשוט בס' ר"ז שיש ע"ז ירושה אלא דין לענין פי שנים של בכור. וגם ע"ז מביא הקצות ראיה מהתוס' כאן שהאיסור חזרה גורם דין מוחזק אף בלי קנין. דהיינו שכתוס' יש ב' חידושים. א. שיש ירושה על ממון זה. ב. שבכור נוטל בזה פי שנים נחשב מוחזק.

דברי הקצות בזה לכאורה תמוהים וכבר עמדו בזה האחרונים איך אדם מוריש לבניו ממון שאינו שלו. ומה בכך שיש לנותן איסור לחזור הרי הממון עדיין אינו של המקבל. הנהיבות בס' רע"ח סק"א חולק על הקצות וכתב שדברי התוס' נאמרו רק לגבי מתנות כהונה שהם ממון השבט ומהני בהם תפיסת הכהן אם הוא מכירי כהונה כמבואר בתוס' בב"מ ו: בזה כשיש איסור לתת לכהן אחר זה נחשב ממון של כהן זה להורישו לבניו. אבל בעלמא כשאין למקבל שום קנין אף שהנותן אמר שיתן לו מתנה מועטת ואינו יכול לחזור בו, ואפי' נשבע שיתן מ"מ אין הממון של המקבל ואין בזה ירושה.

עוד כתב הקצות שם בסוף סק"טו שכשם שכתבו התוס' בב"מ ו: שמכירי כהונה שתפס מתנות כהונה אין מוציאים מידו כך האומר לתת לחברו מתנה מועטת ותפס המקבל מהני תפיסתו ואין הנותן יכול לחזור בו אחרי תפיסת המקבל. וגם ע"ז חולק הנהיבות בסק"א שמה שמהני תפיסה הוא רק במכירי כהונה כיון שזה בלא"ה ממון השבט. וע"י האיסור לחזור נסתלקו שאר הכהנים. אבל במתנה מועטת אין למקבל שום זכות ממון ובודאי לא מהני תפיסה אף שאסור לנותן לחזור בו. ואכתי צריך ביאור גם לנהיבות אמנם זה ממון השבט אבל איך נעשה לממון פרטי של כהן זה להורישו לבניו.

הקה"י בס' ל"ז מביא ע"ז את דברי רש"י בגיטין ל. שהדין של מכירי כהונה הוא משום דכיון שרגיל לתת לכהן זה שאר

וקסבר בתי' השני. כבר עמדו בשאלת הרש"ש השיטה בשם הר"ן ור' יונה. ר' יונה כתב כתירוף הרש"ש. ועוד כתבו דדוחק לומר שכבר הפריש את המתנות ועדיין לא נתנם לכהן.

עוד מקשה המהר"ם אם החידוש הוא דהוי כמי שהורמו למה צריך להעמיד במכירי כהונה נימא שהגיע ליד הכהן לפני הרמה והחידוש הוא דהוי כמי שהורמו. ותי' שאם זה החידוש לא צריך לדבר על ירושה ופי' שנים אלא לומר שאם הגיע ליד הכהן בטבליהו שהוא זכה במתנות דהוי כמי שהורמו ואין הבעלים יכולים לתבוע חזרה את המתנות.

עוד הקשו הראשונים מה ענין מתנות שלא הורמו כמי שהורמו לגבי זרוע לחיים וקובה הרי מתנות אלו אינם מחוסרים הפרשה כלל שהם מבוררים. ולא דמי לתרו"מ שאינם מבוררים וצריכים קריאת שם, ויש דין הפרשה לענין להוציא החולין מידי איסור טבל. משא"כ מתנות שאינם טובלים ואין ענין ההפרשה בהם אלא להבדילם משאר הבשר והם מובדלים ועומדים גם לפני ההפרשה. ומה"ט כתבו התוס' שגם מי שסובר בעלמא דלאו כמי שהורמו מודה כאן דהוי כמי שהורמו, אבל אכתי קשה דלשון הגמ' קסבר משמע שיש מי שחולק ע"ז ומשמע שיש חידוש דהוי כמי שהורמו וזה לכאורה אינו מובן.

התוס' ר"ד עמד בזה וכתב דלא גרסינן ליה כלל. הריטב"א כתב שמה שאמרו על מתנות כמי שהורמו דמי הוא לשון מושאל ואין הכונה שיש מ"ד שס"ל בזה דלאו כמי שהורמו דמי ע"ש. ברשב"ם שכתב שמה שלא קשה פשיטא הוא משום דקמ"ל דהוי כמי שהורמו א"א לומר כדברי הריטב"א.

רבינו יונה כתב שגם במתנות איכא חידוש דנחשב כמי שהורמו ויש מ"ד דס"ל דלאו כמי שהורמו. ומבאר רבינו יונה שהחידוש בזה הוא דשייך למימר דבמכירי כהונה זכה הכהן במתנות אף שעדיין לא הורמו. דהיינו שאם היה מגיע ליד הכהן לפני הרמה לא היה חידוש שזוכה הכהן במתנות אף שלא הורמו כיון שהמתנות מבוררים. אבל כדי שנאמר שיזכה הכהן לפני שבא לידו מכח הדין של מכירי כהונה צריך להגיע גם במתנות לכמי שהורמו דמי. ולכאורה ביאור דבריו דהזכיה של מכירי כהונה הוא רק מהזמן שעומדים המתנות לנתינה, ואף שהמתנות מבוררים מתחילה מ"מ כל זמן שלא הופרשו בפועל אינם עומדים עדיין לנתינה. ולענין זה אמרינן דהוי כמי שהורמו שיש שם מתנות עליהם גם לפני ההפרשה והם כבר עומדים לנתינה ולכן מהני בזה הדין של מכירי כהונה להחשיב את הכהן למוחזק.

עוד כתב רבינו יונה שמה שאומרים כמי שהורמו לענין שיזכה מכירי כהונה לפני הנתינה הוא רק במתנות שהם מבוררים מעיקרא. בזה אמרינן שני החידושים יחד, גם כמי שהורמו וגם מכירי כהונה, אבל בתרומה אמרינן כמי שהורמו רק כשהגיע ליד כהן בטבליהו, ומכירי כהונה אמרינן רק אחרי ההפרשה. אבל לא מצרפים שני החידושים של כמי שהורמו ומכירי כהונה יחד.

תוד"ה וקסבר. כתבו שרבי ס"ל בקידושין שמתנות שלא הורמו לאו כמי שהורמו דמי. עיין בקצה"ח בס' רע"ח סק"א שתמה על דבריהם שבקידושין שם מבואר איפכא דרבי ס"ל כמי שהורמו דמי ע"ש.

בקדשים קלים לריה"ג. כתב התוס' ר"ד שגם חלק זה של הברייתא הוא רבי ולא רבנן דאף שלריה"ג קדשים קלים ממון בעלים מ"מ כיון שמחיים יש איסור הנאה זה נחשב כשבח ורק לרבי בכור נוטל בזה פי' שנים. אך לגבי זרוע ולחיים כתב הרי"י מיגש דכיון דאיירי במכירי כהונה הרי זה כממון כהן המופקד אצל אחר דהוי מוחזק גם לרבנן דרבי.

בזה כשיטת רבינו יונה שרק במכירי כהונה הוא נחשב מוחזק מפני שעשו שאינו זוכה כזוכה משא"כ באומר לתת לכהן כיון שיכול לחזור בו אינו נחשב מוחזק.

דברי ר' יונה לכאורה צ"ב שהגמ' בגיטין ל. שואלת על המשנה של המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני הא לא אתא לידיה דכהן ובמה קיים בעה"ב מצות נתינה. רב אמר במכירי כהונה. שמואל אמר במזכה להם ע"י אחר. עולא אמר הא מני ר' יוסי היא דאמר עשו שאינו זוכה כזוכה. משמע שלרב דאיירי במכירי כהונה לא צריך להגיע לעשו שאינו זוכה כזוכה. וצ"ל שר' יונה ס"ל שגם הדין של מכירי כהונה הוא מכח שעשו שאינו זוכה כזוכה אלא שעולא ס"ל שגם בלי מכירי כהונה יש תקנה"ח שיזכה הכהן כדי שיוכל להלוות את הכהן. ורב ס"ל שרק במכירי כהונה יש תקנה"ח ורק בזה עשו שאינו זוכה כזוכה. וכן מפורש בריטב"א בגיטין ל. וז"ל למ"ד בגמ' דבמכירי כהונה ולויה עסקינן מ"מ אינם זוכים בפירות מן הדין אלא רבנן עשאום כזוכים ומשום תקנה עכ"ל. וזה כמו שכתבנו לעיל בדעת הריטב"א כאן.

נמצא הדרכים בביאור ענין מכירי כהונה הם א. לקצות אין שום קנין אלא רק איסור לחזור והאיסור לחזור גורם שיהיה ע"ז ירושה ושיחשב מוחזק והבכור יטול בזה פי' שנים. ב. לנתיבות ולקה"י ע"פ דברי רש"י בגיטין האיסור לחזור גורם יאוש של שאר הכהנים וממילא המכירי כהונה הוא בעלים על המתנות מכח הבעלות של השבט. ג. לקו"ש ע"פ דברי התוס' בכתובות במתנה מועטת יש קנין מכח הגמירות דעת, וגם מכירי כהונה חשיב כאמירה לתת לכהן מתנה מועטת, וחל בזה קנין בלי מעשה קנין. ד. לרבינו יונה והריטב"א זכית הכהן הוא מכח תקנת חכמים דעשו שאינו זוכה כזוכה.

הגמ' בב"מ מ"ט. מביאה ראייה שאסור לחזור ממתנה מועטת מהא דירשאל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר. וקשה מה בכך שאסור לחזור אכתי אין זה ממון הלוי ואין הוא מפרש מזה תרומת מעשר. לפי הרשב"ם והקו"ש ע"פ התוס' בכתובות שאמירה במתנה מועטת עושה קנין ניהא. לקה"י נמי ניהא דאף שבכל מתנה מועטת אין למקבל קנין הכא שאני דהוי ממון של שבט הלוי. וע"י האיסור פוקע זכותם של שאר הלויים ונשאר ממון של לוי זה. אך לפי הקצות שאין זה אלא איסור לחזור ואין ללוי בזה קנין קשה איך הוא מפרש תרומת מעשר.

הקצות בעצמו עמד בזה בס' ר"ד סק"ג ומביא שהשיטמ"ק שם בשם הרא"ש עמד בזה וכתב דאיירי במכירי לוייה א"נ שבכלל ההבטחה שביא את המעשר ללוי כלול רשות ושליחות להפריש תרומת מעשר. אלא שקשה לגמ' אמאי לא חיישינן שמא יחזור בו, ומזה הביאו ראייה שבמתנה מועטת אסור לחזור בו. וכן כתב רבינו יונה כאן שכלול בזה רשות לתרום. על תירוצו הראשון של הרא"ש תמה הקצות שאם ס"ל שמכירי כהונה עושה קנין אין הגמ' מביאה ראייה מזה לדין של מתנה מועטת, ואם ס"ל כתוס' שאינו עושה קנין אלא רק איסור לחזור אין שום תוספת במכירי כהונה על הדין של מתנה מועטת ואכתי איך יכול לתרום הרי המעשר אינו שלו. וע"ש מה שתמה הקצות עוד על התי' השני של הרא"ש, ומה שכתב לבאר ע"פ דברי הרא"ש בנדרים ל"ד. ועיין מה שכתבנו בזה בס' ד שם בב"מ מ"ט.

קסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמי. כתב הרשב"ם דהשתא ליכא למיפרך פשיטא דקמ"ל דאע"פ שלא הורמו כמי שהורמו דמי. הרש"ש מקשה למה צריך לומר דסבר כמי שהורמו דמי נימא דאיירי שהורמו ממש וקמ"ל שמכירי כהונה נחשב מוחזק. וכתב הרש"ש שאם החידוש הוא הדין של מכירי כהונה לא צריך להזכיר זרוע לחיים וקובה אלא תרומה ומעשר. אע"כ שהחידוש הוא כמי שהורמו וזה קיים רק במתנות כמו שכתבו התוס' בד"ה

דף קכד.

מני רבי היא. הרמב"ם בפ"ג מנחלות ה"ד פסק לגבי שבח הבא מאליו היכא דאיכא שינוי כגון חפורה והוי שובלי כרבנן שאין הבכור נוטל בזה פי שנים. ואעפ"כ פסק הרמב"ם בה"ב בפרה מושכרת או רועה באפר וילדה שהבכור נוטל פי שנים. ותמה הראב"ד שזה כרבי ולא קי"ל כרבי. וכתב המ"מ שהיה לו לראב"ד להקשות שמפורש ברמב"ם דהלכה כרבנן ולא כרבי. וכתב המ"מ שמה שמבואר בגמ' שהב"ה היא כרבי הוא למאי דס"ד שרבי ורבנן פליגי בכל שבח הבא מאליו גם בשבח שאין בו שינוי. אבל למאי דמסיק רב פפא שבדיקלא ואליהם גם רבנן מודו אתיא הברייתא גם לרבנן דשבח הנזכר כאן בברייתא היא שבח שאין בה שינוי. הסמ"ע בס' רע"ח סק"ו מוסיף על דברי המ"מ שהרמב"ם מפרש דברי הגמ' הא מני רבי היא בלשון שאלה. ודברי ר"פ הם תירוץ על שאלה זו. הקצות בסק"א מבאר את השאלה ע"פ דברי התוס' בד"ה וקסבר דרבי ס"ל בעלמא מתנות שלא הורמו לאו כמי שהורמו דמי ולכן קשיא לגמ' וכי הברייתא היא כרבי הרי רבי ס"ל לאו כמי שהורמו. ודברי ר"פ הם תירוץ על השאלה הא מני רבי היא דהיכא דליכא שינוי מודו רבנן והברייתא היא כרבנן.

לרמב"ם כתב הקצות שם סק"ב שהשבח של מושכרת ומוחכרת אינו דמי השכירות שזה בודאי שבח עם שינוי ולרבנן אין הבכור נוטל בזה פי שנים. ועוד דהוי מלוה ולרבנן אפי' במלוה בשטר אין הבכור נוטל פי שנים. אלא איירי בולד, ומה דקתני על רועה באפר שילדה קאי נמי על מושכרת ומוחכרת. וסובר הרמב"ם שולד אינו שינוי. והקצות בסק"ג מבאר שהרמב"ם לשיטתו בזה דס"ל בפ"ב מגזילה ה"ז דגזל פרה מעוכרת וילדה אינו שינוי. והטעם כמבואר בע"ז מ"ו. דמעיקרא בהמה והשתא בהמה ודשא הוא דאחידא באפיה.

הטור בס' רע"ח לא ס"ל בזה כהרמב"ם אלא כפשטות הגמ' שהב"ה היא כרבי ולמאי דקי"ל כרבנן היתה מושכרת או מוחכרת וכן רועה באפר וילדה אין הבכור נוטל פי שנים בשבח. והוא משום דס"ל דר"פ אינו חולק על מה שאמרו הא מני רבי אלא דבר בפני עצמו. וס"ל דולד הוא שינוי ולא דמי לדיקלא ואליהם. וכן הוא שיטת הראב"ד בפ"ג מנחלות ה"ג. ובשו"ע שם סע' ד' הובא מחלוקת בזה ע"ש. אך לכאורה כל זה לגבי ילדה אבל אם הפרה שרועה באפר נתפטמה זה ממש כדיקלא ואליהם ובוזה לכו"ע צריך הבכור ליטול פי שנים. וכן כתב הנ"י שבוולד אינו נוטל פי שנים ובנתפטמה נוטל פי שנים. וכן כתב הריטב"א שמושכרת איירי לענין שבח לידה ולא שבח פיתום דנתפטמה הוי כדיקלא ואליהם וגם לרבנן בכור נוטל בו פי שנים. והקשו בזה על הטור שם שכתב שגם בשבח פיתום אין הבכור נוטל פי שנים למאי דקי"ל כרבנן. רע"א בגליון הרמב"ם בפ"ג מנחלות ה"ב כתב שלדעת הטור צריך לדחוק ולחלק בין דיקלא ואליהם לפרה שנתפטמה כמש"כ הפרישה. רע"ח בס' רע"ח כתב דשבח בגוף הבהמה לא דמי לדיקלא ואליהם דלאו כל פרה עומדת להוליד ולהשביח. וכ"כ הנהיבות בס' רע"ח סוף סק"א.

עיקר הדבר שכתבו המ"מ והסמ"ע שר"פ חולק על הגמ' לעיל מבואר ברבינו יונה שכתב שמבואר בגמ' שמחלוקת רבי ורבנן הוא אי דרשינן מלת דמתנה קריה רחמנא או מפי שנים. ואם נחלקו בזה אין לחלק בין דיקלא ואליהם לשבח שיש בו שינוי. ור"פ דס"ל שבדיקלא ואליהם רבנן מודים היינו משום דס"ל שלא דורשים לענין זה לא מלת ולא מפי שנים אלא הכל נלמד מאשר ימצא לו דבעינן מצוי ולא ראוי. ורבי ורבנן פליגי אם שבח שיש בו שינוי שבח מאליו הוא דבר חדש ואינו בכלל ימצא או כיון שבח מהקדן בלי טורח והוצאה זה בכלל כל אשר ימצא. ולכן סובר ר"פ שבדיקלא

ואליהם שהוא שבח מאליו שאין בו שינוי לכו"ע הוא בכלל ימצא. ולדברי רבינו יונה אין מקום לקושית המהרש"א שמקשה אמאי לא אמרו שלרבנן ילפינן מפי שנים שבכור נוטל פי שנים בדיקלא ואליהם. דלמאי דסברו לפני שהביאו את ר"פ גם בדיקלא ואליהם אינו נוטל פי שנים לרבנן דרבי.

רשב"ם ד"ה אף מוחכרת ומושכרת. הרשב"ם מקשה ליתני רועה באפר לבד ולא צריך לכתוב מוחכרת ומושכרת כלל. ואינו מוכן שמבואר בגמ' שרועה באפר הוא יותר ברשותו ממוחכרת ומושכרת וא"כ אי תנא רועה באפר לא היינו יודעים מוחכרת ומושכרת. עיין מה שכתב בזה המהרש"א.

כתב הרשב"ם דס"ד שמוחכרת ומושכרת אף שאין היתומים נותנים לה מזונות זה נחשב שבח הבא מחמת טורח כיון שהשוכר טורח בחרישה. קמ"ל כיון שהיורשים אינם טורחים אין זה נחשב שבח שבח מחמת טורח. וצריך להבין טעם הדבר שהחילוק בין שבח הבא מחמת טורח לשבח שלא מחמת טורח הוא ששבח שיוצא מהגוף בלי טורח אינו נחשב דבר נוסף אלא הרי הוא בכלל הגוף ונחשב מצוי. ושבח שבח ע"י טורח הוא דבר חדש שאינו בכלל הגוף. ולענין זה לכאורה אין נ"מ אם השבח בא ע"י טורח היתומים או ע"י טורח של אחר. הריטב"א גם כתב על דרך הרשב"ם וז"ל קמ"ל דכיון שאביהם החכירה והשכירה וכבר נתחייב במזונותיה בחיי אביהם לא חשיב דחסר בה מזוני כלל והלה כעושה בשליחותם עכ"ל. והיינו כיון שהאב הניח את הנכסים במצב שמאליו יגיע מנכסים אלו רווח ליתומים בלי שום טורח או הוצאה שלהם הרי זה נחשב ששבח זה כלול בממון שהיה מצוי ביד האב. אך זה רק כשהאב השכיר את הפרה בחייו אבל אם השכירות נעשה ע"י היורשים מבואר בריטב"א שאין זה נחשב שבח הבא מאליו. דלא כדמשמע מפשטות דברי התוס' לעיל בד"ה היתה וכמו שכתבנו שם.

עיין לעיל שכתבנו שמדברי הרשב"ם הוזה מוכח דס"ל דמוחכרת ומושכרת היינו לענין דמי השכירות ולא לגבי ילדה. וכן מוכח דס"ל כהריטב"א שגם שכר שנתחייב בו השוכר אחרי מיתת האב בכור נוטל בו פי שנים לרבי ולא כתוס' ר"ד דס"ל שרק מה שנתחייב השוכר בחיי האב הוי מוחזק לרבי. שאם הרשב"ם איירי לגבי שכר שכתב נתחייב בו השוכר לפני מיתת האב אין נ"מ אם זה בא מחמת טורח או לא.

ירשו שטר חוב בכור נוטל פי שנים. כתב הרשב"ם שמה שלרבי בכור נוטל פי שנים במלוה הוא רק במלוה בשטר ולא במלוה ע"פ. ולרבנן גם במלוה בשטר אינו נוטל פי שנים. והיינו לר' יהודה אמר שמואל בעמ' ב' אבל לשלחו מתם גם לרבנן בכור נוטל פי שנים במלוה בשטר. רבינו יונה חולק על הרשב"ם וס"ל שלרבי גם במלוה ע"פ בכור נוטל פי שנים. לרבינו יונה ניהא מה שדמי שכירות נחשב מוחזק לרבי, ולרשב"ם צ"ל דאיירי בשכירות בשטר כמו שכתב הקצות בס' רע"ח סק"ו. ועוד כתב הרש"ש שמה שמלוה ע"פ הוי ראוי גם לרבי כתב הרשב"ם שהוא מפני שיכול לטעון פרעת, ולגבי שכירות שאינה משתלמת אלא לבסוף אינו יכול לטעון פרעתו שאין אדם פורע תוך זמנו ולכן הוי כמלוה בשטר. אך דבריו תלויים בכיבור דברי הרשב"ם כמו שיבואר בס"ד בסמוך.

בטעם החילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ לדעת הרשב"ם יש לכאורה סתירה בין תחילת דברי הרשב"ם לסוף דבריו. שבתחילה כתב הרשב"ם שמלוה בשטר הוי מוחזק מפני שהמלוה הוא שבח של השטר וכיון שהוא מוחזק בשטר יש לו דין מוחזק לרבי גם במלוה שהוא שבח שיוצא מאליו מהשטר. ולפ"ז במלוה ע"פ שאין בידו שטר אינו נחשב מוחזק גם אם אינו יכול לטעון פרעתו. ובסוף דברי הרשב"ם

נמצא ג' דרכים בביאור דברי הרשב"ם א. הכל תלוי בטענת פרעתי ומה שכתב שבשטר הוא מוחזק מפני השטר שבידו הוא לאו דוקא. לכאורה כן פירש הרשב"ם את דברי הרשב"ם. ב. הקצה"ח מפרש שהכל תלוי בשטר שבידו, ובמע"פ אינו מוחזק גם כשאינו יכול לטעון פרעתי וסוף דברי הרשב"ם לאו דוקא. ג. יש שני דברים שנותנים דין מוחזק, השיעבוד נכסים נותן דין מוחזק גם כשיכול לטעון פרעתי. השיעבוד הגוף נותן דין מוחזק רק כשא"א לטעון פרעתי. ולדבריו כל דברי הרשב"ם הם בדוקא אלא שלא השטר גורם אלא השיעבוד נכסים גורם.

יצא עליהם שט"ח בכור נותן פי שנים. כתבו התוס' בב"ק ט. דמוכח מכאן שבע"ח שבא לגבות מיורשים אינו יכול לתבוע כל החוב מיורש אחד אלא גובה מכ"א לפי חלקו ביורשה. והקשו התוס' שבב"ק שם משמע שיכול לגבות הכל מאחד דאיתא התם שני אחים שחלקו וכו' ונטל חלקו של אחד מהם. וכתבו התוס' דלעולם אינו יכול לגבות מאחד אלא לפי חלקו ומה שמשמע בב"ק שיכול לגבות מאחד את הכל איירי באפותיקי. גם הרא"ש בב"ק שם כתב כהתוס' אלא שמוסיף שמה שגובה מכ"א לפי חלקו הוא רק כשיכול לגבות מכ"א שדה שלם, אבל אם אינו יכול לגבות שדות שלמים יכול לגבות שדה שלם מאחד ולא מכ"א חלק של שדה.

רבינו יונה כאן חולק על התוס' וס"ל שיכול הבע"ח לתבוע כל חובו מאחד ואינו יכול לדחותו אצל שאר האחים שכל הקרקעות משועבדים לכל החוב כדמוכח בב"ק ט. ומה שמבואר כאן שהבכור נותן פי שנים היינו כשבא לגבות חובו מן הבכור ואין בחלק פשיטותו כדי כל החוב ורוצה הבע"ח לגבות גם מחלק הבכורה אין הבכור יכול לדחותו ולומר שעדיין לא זכה בחלק בכורה עד החלוקה אלא גובה מהבכור גם מחלק פשיטותו וגם מחלק הבכורה ע"ש. גם היד רמה לעיל קז. כתב באות כ"ה דמהא דאיתא התם בא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם שמעינן שאין הבע"ח צריך לגבות מכ"א לפי חשבון אלא יכול לגבות הכל מאחד.

הרמב"ם בפכ"ה ממלוה ולוה ה"י כתב ששני ערבים על חוב אחד וכו' בע"ח לגבות מן הערב יכול הבע"ח לגבות את כל החוב מכ"א מן הערבים ואינו חייב לגבות חצי מזה וחצי מזה. וכתב המ"מ שמקורו של הרמב"ם מהגמ' הנ"ל בב"ק שבא בע"ח ונטל מאחד מהם. ומגביה מנכסי הלוה שאצל יורשיו שהוא משום דנכסיה דאיניש ערבון ביה למד הרמב"ם שכן הדין גם בגביה מערב. וזה כשיטת רבינו יונה והרמ"ה שלמדו מהגמ' בב"ק שיכול לגבות הכל מאחד, ולא כתוס' שם שלמדו מסוגיא דידן שאינו יכול לגבות הכל מאחד.

בשו"ע יש לכאורה סתירה בענין זה שבס' ע"ז סע' ג' פסק כהרמב"ם שיכול לגבות הכל מערב אחד. וכתב הגאון שהמקור הוא מב"ק ט. ודלא כתוס' שם. ובס' ק"ז סע' ז' פסק לגבי גביה מיורשים שגובה מכ"א לפי חשבון. והגאון שם כתב שהמקור הוא מתוס' בב"ק ט. דהיינו שבס' ע"ז פסק המחבר כשיטת הרמב"ם ר' יונה והרמ"ה וכפשטות הגמ' בב"ק, ובס' ק"ז פסק כשיטת התוס' וכפשטות הגמ' כאן. עיין מה שכתבו בזה הקצה"ח בס' ק"ז סק"ט והנתיבות בס' קל"ב סק"ב ובאבי עזרי פכ"ה ממלוה ה"י. וע"ע מה שכתבנו בענין זה בב"ק ט.

אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי. הראשונים נתקשו בדין זה מה נ"מ מאמירת איני נוטל ואיני נותן הרי אם לא יאמר כן הוא יכול לתבוע את חלק הבכורה והבע"ח יקח ממנו את חלק הבכורה. ואם יאמר איני נוטל ואיני נותן חלק הבכורה יהיה של הפשוטים והבע"ח יקח את זה מהפשוטים. וא"כ בין אם יאמר כן בין אם לא יאמר כן הממון יגיע לבע"ח ולא ולבכור ולא לפשוטים. וכתב הרשב"ם שהנ"מ היא שאם אומר כן אין

מבואר שמה שבמע"פ אינו מוחזק הוא מפני שיכול להכחיש את חיובו ע"י טענת פרעתי. ומשמע שאם אינו יכול לטעון פרעתי גם במע"פ יש לו דין מוחזק. ולכאורה היה נראה דכיון שבסוף דבריו מפורש שמה שמע"פ אינו מוחזק הוא משום שיכול לטעון פרעתי ע"כ צ"ל שתחילת דבריו הם לאו דוקא ולא בענין דוקא שיהיה לו שטר ביד אלא סגי בזה שהוא מוחזק בחוב. וכן מבואר ברש"ש הנ"ל שכתב על תוד"ה היתה שחוב תוך זמנו שאינו יכול לטעון פרעתי, אף שהוא מע"פ, דינו כמלוה בשטר שבכור נוטל בו פי שנים לרבי.

הקצה"ח בס' רע"ח סק"ו לא ס"ל כן, שהקצות מקשה על הרשב"ם מב"ק מ"ג. דמבואר שם שחוב של נזיקין בכור נוטל בו פי שנים לרבי אף שהוא מע"פ. וכתב דאף שחוב של נזיקין הוי מלוה הכתובה בתורה שדינו ככתובה בשטר זה רק לענין לגבות ממשעבדי אבל לענין טענת פרעתי דינו כמע"פ. ומוסיף הקצות דאפי' אם נימא שמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר גם לענין טענת פרעתי אכתי קשה משם על הרשב"ם שבתחילת דברי הרשב"ם מבואר שרק מלוה בשטר נחשב מוחזק מפני שתופס שטר בידו. ומה שכתב הרשב"ם בסוף דבריו שמע"פ הוא ראוי מפני שיכול לטעון פרעתי הוא לאו דוקא, ועיקר החילוק הוא שבמלוה בשטר הוא מוחזק בשטר והמלוה הוא שבח של השטר ובמע"פ שאין בידו שטר הוא לא נחשב מוחזק גם כשאינו יכול לטעון פרעתי ולענין זה בודאי שמלוה הכתובה בתורה אינו ככתובה בשטר שהרי אין בידו שטר.

הרי שנחלקו הקצות והרשב"ם אם בכור נוטל פי שנים לרבי במע"פ שא"א לטעון בו פרעתי או לא. וזה תלוי אם העיקר כתחילת דברי הרשב"ם שמלוה בשטר הוא מוחזק מפני שיש בידו שטר והסוף הוא לאו דוקא או שהעיקר כסוף דברי הרשב"ם שמע"פ אינו מוחזק מפני שיכול לטעון פרעתי ותחילת דברי הרשב"ם לאו דוקא. הריטב"א לקמן עמ' ב' בד"ה מני כתב בשם י"א שמע"פ בתוך זמנו שא"א לטעון בו פרעתי בכור נוטל בו פי שנים לרבי. וזה כדברי הרשב"ש.

האו"ש בחידושו מבאר דברי הרשב"ם באופן שכל דבריו הם בדוקא ואין סתירה בין תחילת דבריו לסוף דבריו. שמה שכתב הרשב"ם שמלוה בשטר הוא מוחזק אין הכוונה כפשוטו מפני שמחזיק שטר ביד אלא השטר שבידו משעבד את נכסי הלוה והקנין שיש לו בנכסי הלוה נותן לו דין מוחזק. ובזה גם אם יכול לטעון פרעתי אין זה מפקיע את המוחזקות שלו דכ"ז שאינו טוען פרעתי הרי יש למלוה קנין בנכסיו וזה נותן לו דין מוחזק. במלוה ע"פ שאין שיעבוד נכסים אלא רק שיעבוד הגוף, אין בכחו של שיעבוד הגוף לתת לו דין מוחזק כשיכול הלוה לטעון פרעתי מפני ששיעבוד הגוף אינו קנין בלוה אלא רק חיוב שיש על הלוה לשלם. אך אם אינו יכול לטעון פרעתי גם שיעבוד הגוף הוא סיבה שיחשב מוחזק כיון שעומד להשתלם ע"י השיעבוד הגוף. אבל לענין זה מהני מה שיכול לטעון פרעתי לבטל המוחזקות שנעשה ע"י שיעבוד הגוף. ולפ"ז כל דברי הרשב"ם מדוקדקים. שבמלוה בשטר הוא נחשב מוחזק מכח השיעבוד גם כשיכול לטעון פרעתי. ובמע"פ כשאינו יכול לטעון פרעתי הוא ג"כ מוחזק מכח השיעבוד הגוף כיון שעומד לפרעון. אבל במע"פ שאין בו שיעבוד נכסים וגם יכול לטעון פרעתי אין דין מוחזק מכח השיעבוד ולא דין מוחזק מפני שעומד להשתלם בזה אין הבכור נוטל פי שנים. ולדברי האו"ש יהיה הדין כמו שכתבו הריטב"א והרשב"ש שמע"פ תוך זמנו יהיה לו דין מוחזק ולא כהקצות.

האו"ש כתב ע"פ דבריו לישב קושיית הקצות על הרשב"ם מב"ק מ"ג. דכיון שנוזקין הוא מלוה הכתובה בתורה ויש בו שיעבוד נכסים כמו במלוה בשטר הוא נחשב מוחזק מכח השיעבוד אף שיכול לטעון פרעתי. האו"ש מסיים בסוף דבריו זה אמרתי כד הווינא בר ארכיסר.

רחמנא משא"כ פשוט לא מהני סילוקן שהיא יורש בע"כ ולא מהני סילוק מירושה. אך כונת הרמ"ה לדין הנוסף שלמדו הראשונים מהלשון רשאי שפשוט לא רק שלא מהני סילוקן לענין שיכול לחזור מהסילוק אלא כלול בזה שגם אינו יכול להפקיע עצמו מחיובו לטפל בפרעון החוב.

הקצה"ח בס' ט' סק"א כתב בשם ה"ט שחייב החזרת ריבית קצוצה הוא רק כשהלוה תובע החזרת הריבית אבל בלי תביעה אין חיוב על המלוה להחזיר. ומה"ט כתב ה"ט שמלוה שתובע חוב מהלוה ואין ללוה מה לשלם אלא רק חוב של החזרת ריבית קצוצה שחייבים לו ורוצה המלוה לגבות את הריבית מדין שיעבודא דר"ג אינו יכול דכל זמן שהלוה אינו תובע את הריבית מהמלוה שלקח את הריבית אין חיוב כלל וליכא בזה שיעבודא דר"ג. וכתב ע"ז הקצות דכיון שאם יתבע הלוה את הריבית יהיה חיוב ויהיה ע"ז שיעבודא דר"ג כופין אותו לתבוע כיון שפריעת בע"ח מצוה וכופין אותו עד שתצא נפשו לעשות כל מה שיכול כדי שיפרע החוב שהוא חייב. וכתב ע"ז הקצות שאין להקשות מהא דמבואר כאן שיכול הבכור לפטור את עצמו מלשלם חובו ע"י שאומר איני נוטל ואיני נותן ואמאי לא כופין אותו שלא יאמר כן כדי שיפרע החוב, דשאני הכא שאחרי שאמר כן חל הסילוק מחלק הבכורה ואינו יכול לחזור מזה.

הקצות בס' רע"ה סק"ב מביא את התוס' לקמן קכ"ו: שכתבו שלמ"ד שאין לבכור קודם חלוקה מבואר שם שלא מהני סילוק מחלק הבכורה והקשו התוס' מהברייתא כאן שיכול לומר איני נוטל ואיני נותן, וכתבו שלמ"ד שאין לבכור קודם חלוקה אין האיני נוטל ואיני נותן שמוזכר כאן סילוק אלא רק שבפרעל אינו נוטל ואינו מטפל בתשלומין. ולמ"ד זה יכול לחזור מסילוקו. וע"ז מקשה הקצות אם יכול לחזור אמאי יכול לומר איני נוטל הרי יכולו אותו שכן יטול כדי שיפרע חובו. ע"ש מה שכתב בזה הקצות. וכל דברי הקצות בזה הם למאי דפשיטא ליה שכמו שמבואר בכתובות שלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא כופין לשלם כך למ"ד שיעבודא דאורייתא אם א"א לקחת את הנכסים יש דין כפיה בגופו לשלם מדין כופין על המצות. אבל למה שנתבאר מדברי הראשונים כאן שלמ"ד שיעבודא דאורייתא אין כפיה לשלם חוב מדין כופין על המצות אלא רק ע"י לקיחת הממון לא קשיא מה שמקשה בס' ט' על ה"ט ולא מה שמקשה בס' רע"ה סק"ב על התוס' לקמן דלמאי דקי"ל שיעבודא דאורייתא אין דין כפיה אלא ע"י לקיחת השיעבוד.

הרשב"א אחרי שמביא את דברי הר"י מיגש הנ"ל וחולק עליו דלמ"ד שיעבודא דאורייתא לא כופין בגופו אלא יורדים לנכסים כתב דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא דברי הר"י מיגש נכונים שכופין בגופו לשלם. האמרי בינה בדיני הלואה ס' ג' מוכיח מדברי הרשב"א האלו שהרשב"א חולק על מה שכתבו הרמב"ן והריטב"א בקידושין י"ג: שגם למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא שהכפיה הוא מדין כופין על המצות יכולים לכופו ע"י ירידה לנכסים דעד שתכפנו בגופו תכפנו בממונו. וברשב"א מבואר שלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא הכפיה היא בגופו. ואף שאמת שכן הוא שיטת הרשב"א ומפורש כן ברשב"א לקמן קע"ה: שמביא דברי הרמב"ן וחולק עליו מ"מ מדברי הרשב"א כאן לכאורה נראה דליכא ראייה. שלא כתב הרשב"א שלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא א"א לרדת לנכסיו אלא שאפשר גם לכופו בגופו. משא"כ למ"ד שיעבודא דאורייתא ס"ל שהכפיה היא רק ע"י לקיחת הממון ולא ע"י כפיה בגופו. ובהכרח שאין ראייה מהרשב"א כאן שגם הריטב"א כאן כתב כדברי הרשב"א, והריטב"א בקידושין י"ג: כתב בהדיא כרמב"ן.

מה מתנה עד דמטיא לידה אף חלק בכורה עד דמטיא לידה. הרשב"ם מפרש דמטיא לידה היינו לידה דנותן, וכמו שנותן מתנה אינו יכול לתת את המתנה עד שתבא לידו

הבע"ח יכול לגבות אלא ע"י שיתבע את שאר היורשים לדין ואם אינו יכול לתבוע אותם אינו יכול לגבות. א"נ שהלכו שאר היורשים למדה"י וא"א לגבות שלא בפניהם שמא יש להם טענת פטור. והתוס' כתבו נ"מ כשהם קטנים וא"א לגבות מהם עד שיגדלו.

אמנם מלשון הברייתא שרשאי לומר איני נוטל ואיני נותן למד הר"י מיגש עוד חידוש שבחלק פשיטות לא רק שלא מהני אמירת איני נוטל לסלק עצמו מחלק פשיטות, ואם שוב ירצה ליטול יכול לחזור בו מאמירת איני נוטל, אלא גם כשאינו חוזר בו אינו רשאי לסלק עצמו מהטיפול בפרעון החוב ובשומת הנכסים ואינו יכול לומר לבע"ח אני נוטל את הנכסים הרי הם לפניך ותטפל אתה בגביית החוב, אלא כופין את היורש לטפל בדבר ולהגבות את הנכסים ולשומם. גם רבינו יונה בתחילה כתב שבכור יכול לסלק עצמו ופשוט אינו יכול לסלק עצמו ואח"כ מוסיף שיש עוד חידוש בלשון של רשאי שפשוט לא רק שאינו יכול אלא גם אינו רשאי.

הריטב"א אחרי שכתב הנ"מ של הרשב"ם כתב שלשון רשאי משמע שפשוט אינו רשאי לומר כן ומביא ע"ז את דברי הר"י מיגש וכתב ע"ז וז"ל אבל אין זה דעת רבותי למ"ד שיעבודא דאורייתא כל שאמר אפי' הלוה עצמו איני רוצה ליטפל בדבר הרי נכסי לפניכם עשו לו שומה והורדה שאין לנו לכופו שיטפל בדבר אלא כפיה שלו היינו שנרד לנכסיו ונפרע לזה וכו' וכן נראין הדברים וכ"ש ביורש שנראין הדברים יותר עכ"ל. וכדברי הריטב"א כתב גם הרשב"א ומביא הרשב"א שהראב"ד כתב שהנ"מ בין בכור לפשוט הוא שבכור אינו חוזר מאמירת איני נוטל ופשוט יכול לחזור אבל גם פשוט כל זמן שאינו נוטל לא כופין אותו לטפל בפרעון החוב ע"ש.

ביאור מחלוקת הר"י מגש ורבותיו של הריטב"א הוא דאיתא בכתובות פ"ו. לר"פ דאמר פריעת בע"ח מצוה אמר לא ניהא לי למעבד מצוה מאי. רוב הראשונים פרשו שאלת הגמ' דבשלמא למ"ד שיעבודא דאורייתא כשאינו רוצה לשלם יורדים לנכסיו ולוקחים אותם שהרי הם משועבדים. אבל לר"פ דאית ליה פריעת בע"ח מצוה דהיינו שאין שיעבוד מן התורה אלא רק מצוה לפרוע אם אינו רוצה לשלם א"א לקחת את הנכסים ואין יכולו אותו לשלם. ומשני שגם על מצוה יש דין כפיה ע"י שמכין אותו עד שתצא נפשו. [ונכתבו שם הראשונים שממילא יכולים גם לקחת את הנכסים מכח דין כפיה על המצוה ע"ש].

ויש להסתפק אם מה שמבואר שם שיש כפיה לשלם חוב מדין כופין על המצוה הוא דוקא למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא שלדידיה אין אפשרות לקחת את הממון אלא מדין כופין על המצות כיון שאין שיעבוד על הנכסים אבל למ"ד שיעבודא דאורייתא הממון קנוי למלוה והוא יכול לקחת את הממון מכח השיעבוד א"כ לדידיה אין בזה דין כופין על המצות ואם א"א לרדת לנכסים א"א לכופו לשלם מדין כופין על המצות. וכתבנו בכתובות שם שבספר אמרי בינה דיני הלואה ס' ג' כתב בשם הדרישה שלמ"ד שיעבודא דאורייתא יש רק דין שיעבוד ולא דין כפיה על המצות. עיין מה שכתבנו בזה שם. ונראה שבה נחלקו הראשונים כאן. הר"י מגש ס"ל שפשוט אינו יכול לומר איני נוטל ואיני מטפל בגביית החוב אם רצונך לגבות תרד בעצמך לנכסים ותעשה שומה וגביה, אלא כופין אותו להגבות למלוה את החוב מדין כופין על המצות. והריטב"א ס"ל שרק למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא כופין על מצות פריעת בע"ח אבל למ"ד שיעבודא דאורייתא ליכא כפיה אלא מכח השיעבוד ואין כפיה בגופו לשלם.

היד רמה כתב באות פ"ה שרק בכור יכול לומר איני נוטל ואיני נותן ולא פשוט דכיון דמצוה על התומים לפרוע חוב אביהם לאו כל כמיניה לסלק עצמו מזה. ואינו מובן מה צריך להגיע לזה ת"ל שרק בבכור מהני הסילוק דמתנה קריה

כופין את השלישי לתת להם אחד מצרא. וצ"ב אמאי לא נימא בזה כופין על מידת סדום.

הרשב"א והריטב"א שם כתבו דמה שכופין על מידת סדום הוא רק כשקדם מצרנותו למיתת האב. אבל אם קדם מיתת האב ואח"כ נעשה האב מצרן לא כופין לתת לו אחד מצרא. ולכאורה הביאור הוא שמידת סדום הוא אינו סיבה להפקיע זכות שיש לאח לקבל ע"פ גורל. ורק כשקדם מצרנותו למיתת האב הדין של מידת סדום גורם שלא ראוי שיחול דין גורל מעיקרא. אבל כשחל דין גורל ואח"כ נעשה מצרן אין מידת סדום מפקיע הזכות שיש לאח לקבל ע"י גורל. ולכאורה זה גם כונת התוס' דבכור אינו אלא כשני אחין שנשתתפו אחד מיתת אביהם. דהיינו שגם בזה הסיבה לקבל אחד מצרא מתחדש אחרי מיתת האב ואין זה סיבה לבטל דין גורל. ולהכי בעינן קרא ללמד ששני חלקי הבכור ניתנים אחד מצרא.

דיקלא ואלים. הנתיבות בס' רע"ה סק"א מקשה מה הנ"מ בין שבח בלי שינוי כדיקלא ואלים שבזה הבכור נוטל פי שנים לשבח שיש בו שינוי שאינו נוטל פי שנים לרבנן. שאם אינו זוכה בגוף עד החלוקה גם שבח שאין בו שינוי לא יהיה שלו שהרי ממון של שאר היורשים הושבח. ואם הוא זוכה בגוף מיד גם שבח שיש בו שינוי יהיה שלו שקרקע שלו הושבח. וכתב הנתיבות דלעולם זוכה הבכור בגוף הקרקע מיד, אלא שיש שיעור בזכיותו והוי כמקנה לחבור קרקע מהיום ולאחר שיבא לידו, שהגוף הוא שלו מעכשיו והפירות יהיו שלו מהזמן שיבא לידו. וגם בזה שבח בגוף הקרקע הוא שלו מיד דלענין שבח זה ליכא שיעור. ע"ש מה שכתב עוד בדברי הר"ן ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן קכ"ו.

עיקר דברי הנתיבות מבואר בראשונים לקמן קכ"ו: שהקשו דק"ל כמ"ד שיש לבכור קודם חלוקה, ומאידך ק"ל שאין הבכור נוטל פי שנים בשבח שיש בו שינוי ששבחו נכסים מעצמם, ובגמ' בבכורות נ"ב. מבואר שהטעם הוא משום דאין לבכור קודם חלוקה. וכתב בזה הריטב"א שם והובאו דבריו בנ"י שם שלגבי הגוף יש לבכור קודם חלוקה, אבל השבח והפירות אין לו עד שעת חלוקה. ותמה היד רמה שם שאם הגוף שלו ממילא הפירות הם שלו דארעא ידיה אשבח. עיין בקה"י ס' ט' שכתב שכונת הריטב"א שקנין הגוף בגוף יש לו קודם חלוקה, אבל קנין הפירות אין לו עד שעת החלוקה. וזה כדברי הנתיבות שיש שיעור בקנינו של הבכור בגוף לענין שבח שיש בו שינוי.

דיקלא ואלים כו"ע לא פליגי. יש לעיין בשבח שאין בו שינוי כגון דיקלא ואלים שבא מחמת טורח היתומים אם בכור נוטל בו פי שנים לרבנן דרבי. ד"ל שמה שמבואר בגמ' ששבח שבא מחמת היתומים אינו נוטל פי שנים היינו בשבח שיש בו שינוי ואלכא דרבי, דכיון שיש בו שינוי יש נ"מ לרבי בין בא מאליו לבא מחמת הוצאה או טורח. אבל כדיקלא ואלים שאין בו שינוי זה הגוף עצמו ויהיה פי שנים גם כשבא מחמת טורח. אך מפורש ברמב"ם בפ"ג מנחלות ה"ד שגם כדיקלא ואלים אם מחמת הוצאה השביח אינו נוטל פי שנים. אך מה שכתב ע"ז המ"מ שמבואר כן בסוגיא ביש נוחלין נראה לכאורה דאינו מוכרח שמה שנאמר בגמ' הוא בשבח שיש בו שינוי ולא בשבח שאין בו שינוי. אלא שהרמב"ם ס"ל מסברא שגם בשבח שאין בו שינוי אם הוא בא מחמת יציאה או טורח היתומים זה נחשב דבר חדש ואינו נחשב מצוי.

הריטב"א כתב שגם עגל ונעשה שור דמי לדיקלא ואלים, ואף שלגבי גזילה איכא מ"ד דהוי שינוי לענין בכור אין זה נחשב שינוי. ועיין בתוס' ר"ד ב"ק ס"ה: דאף שלענין גזילה טלה ונעשה איל הוי שינוי לענין אתנן אינו שינוי. וכן כתב האור"ש בפ"ג מאיסורי מזבח הי"ב שכתב שפשוט שבאתנן לא יהיה

דאין אדם מקנה דשלב"ל, כך אין הבכור יורש מאביו חלק בכורה אלא בדבר שהגיע ליד אביו בחייו ואביו היה יכול למוכרו ולא במלוה שאינה נמכרת מן התורה כמו שמבאר רבינו יונה, ולא בשבח שלא היה בעולם כלל ולא היה מוחזק לאביו בחייו. רבינו יונה מוסיף שאפי' לר"מ דאדם מקנה דשלב"ל מ"מ הקנין לא חל עד שיבא לעולם א"כ לכו"ע אין הממון ראוי שיחול בו קנין עד שיבא לעולם.

הריטב"א מביא פירוש זה של הרשב"ם דעד דמטיא לידיה היינו לידו של הנותן שאינו יכול להקנות דשלב"ל. ומקשה הריטב"א דרבי ס"ל ביבמות צ"ג: אדם מקנה דשלב"ל א"כ למה צריך להגיע ללימוד של פי שנים. ותירץ שגם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל לא חל הקנין אלא כשהוא ראוי להקנות בזמן שבא לעולם אבל כאן שהנכסים הגיעו לרשותו רק אחר מיתתו לא חל הקנין גם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל כמבואר לקמן קכ"ז: שבנפלו לו כשהוא גוסס לא קנה לכו"ע. ויש לעיין אמאי צריך הריטב"א לזה ולא כתב כרבינו יונה שגם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל הקנין חל רק כשבא לעולם א"כ לכו"ע הממון אינו ראוי שיחול בו קנין עד דמטיא לידיה. ונראה דפליגי הריטב"א ורבינו יונה לענין מה בעינן מטיא לידיה. רבינו יונה ס"ל דבעינן שהממון יהיה במצב שיכול לחול בו קנין. ולגבי זה שפיר כתב רבינו יונה שגם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל אין הממון ראוי שיחול בו קנין עד שיבא לעולם. אבל הריטב"א ס"ל דלא בעינן שיהיה הממון ראוי שיחול בו קנין אלא סגי בזה שהממון יהיה ברשותו באופן שיכול לעשות בו מעשה קנין שע"י יהיה נקנה הממון אח"כ כשיבא לרשותו. ולכן קשיא לריטב"א שלמ"ד אדם מקנה דשלב"ל הממון ראוי למעשה קנין אף שעדיין לא בא לעולם. וע"ז מתיר הריטב"א כיון שהשבח יגיע לרשותו בזמן שהוא לא יהיה בר הקנאה אין הממון ראוי עכשיו לעשות בו מעשה קנין שיחול אחר מיתתו. ובמצב זה שאין הממון ראוי אפי' למעשה קנין אין הממון מוחזק בידו לענין פי שנים. [עיין בדרכי דוד שמבאר אמאי צריך רבינו יונה להגיע למה שכתב שיכול לחזור בו עד שיגיע לעולם ת"ל שלא חל כלל כיון שבא לעולם כשאינו בר הקנאה].

הריטב"א מביא בשם י"מ שמפרשים דמטיא לידיה אינו לידיה דנותן כפירוש הרשב"ם אלא מה מתנה אין המקבל זוכה עד שמגיע הממון בידו ועושה בו מעשה קנין כך חלק בכורה אינו של הבכור עד דמטיא לידיה דהיינו עד שעת חלוקה. וכתב ע"ז הריטב"א ונכון הוא. גם הרש"ש כתב מדעת עצמו פירוש זה. ומה שמביא הרש"ש שהרשב"ם בעצמו כתב כן לקמן קכ"ו. בד"ה קסבר אין לו לבכור נראה שאין זה סותר את דברי הרשב"ם כאן ששני הדברים אמת דהכא נאמר שאין הבכור נוטל פי שנים במה דלא מטא לידיה דהאב. וזה בין למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה בין למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה. דלא נאמר כאן מתי זוכה הבכור אלא במה שהוא זוכה. ולקמן למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה כתב הרשב"ם דאיהו ס"ל שכלול בהא דמתנה קריה רחמנא שגם לגבי המקבל זה כמתנה שאינו זוכה בו עד שעת חלוקה. אך מדברי התוס' לקמן קכ"ו: שהקשו סתירה בין הא דמבואר הכא שאינו זוכה עד דמטיא לידיה למ"ד התם שיש לבכור קודם חלוקה משמע שפירשו עד דמטיא לידיה דהכא כפירוש הריטב"א והרש"ש.

למיחבא ליה אחד מצרא. רבה ס"ל לעיל י"ב: שהקונה שדה סמוך לקרקע של אביו ומת אביו נוטל קרקע סמוך לקרקע שלו בלי גורל דכופין על מידת סדום. והקשו שם התוס' לרבה אמאי בעינן קרא הכא לבכור שנוטל שני חלקיו יחד ת"ל דבלא"ה מקבל יחד מדין כופין על מידת סדום. וכתבו שבלי הקש בכור לא היה מקבל אחד מצרא שאינו אלא כב' אחים ואם היו ב' אחים רוצים להשתתף לא היו

משני שהברייתא במלוה בשטר ושמואל במע"פ. אלא מוכח שגם במע"פ בכור נוטל פי שנים לרבי. וכדברי רבינו יונה כתב התוס' רי"ד כאן. בדעת הרשב"ם צ"ל כמו שכתב המהרש"א כאן דלא משני דשמואל במע"פ דמדסתם דבריו ולא חילק משמע דאיירי גם במלוה בשטר. וכדבריו כתב הריטב"א כאן.

מחלוקת הרשב"ם ורבינו יונה אם מה שבכור נוטל פי שנים במלוה הוא רק במלוה בשטר או גם במע"פ הוא אליבא דרבי דס"ל שבכור נוטל פי שנים בשבח א"כ יש מקום לומר שגם במלוה נוטל פי שנים אפי' במלוה ע"פ. אבל לרבנן דס"ל שאינו נוטל פי שנים בשבח, מה שנוטל פי שנים במלוה לשלחו מתם הוא כמבואר בלשון הגמ' דמלוה עדיף משבח משום דכיון דנקיט שטרא כמאן דגביה דמי. וזוהי נראה שגם רבינו יונה יודה שרק במלוה בשטר בכור נוטל פי שנים לרבנן ולא במע"פ. וכן מוכח מדברי הרשב"א כמו שיבאר.

בכור נוטל פי שנים במלוה ולא ברבית. נחלקו הרשב"ם והרשב"א בטעם החילוק בין מלוה לרבית לרבנן אליבא דשלחו מתם. הרשב"ם כתב בהדיא בד"ה אבל לא ברבית שגם החוב של הרבית נחשב מלוה בשטר ואעפ"כ נחשב ראוי כיון שהרבית אינו ממון שהיה מוחזק בידו לפני ההלוואה אלא הוא ממון חדש שמגיע לידו עכשיו. משא"כ המלוה עצמו הוא ממון שהיה בידו לפני ההלוואה. הרשב"א בתשובה שהובא בקור"ש באות ש"פ כתב שמה שנוטל פי שנים במלוה ולא ברבית הוא משום שהרבית אף שנזכר בשטר אינו מלוה בשטר כיון שחל חיובו לאחר זמן אלא דינו כמלוה ע"פ. ומוכח דס"ל לרבינו יונה שלרבי בכור נוטל פי שנים גם במלוה ע"פ שהרי לרבי הוא נוטל פי שנים גם ברבית. וא"כ מבואר כמו שכתבנו לעיל שגם מי שסובר שלרבי בכור נוטל פי שנים במע"פ מודה שלרבנן נוטל פי שנים רק במלוה בשטר ולא במע"פ.

אמנם בתוס' רי"ד מבואר דלא ס"ל כן שאחרי שכתב שלמ"ד שבכור נוטל פי שנים במלוה הוא נוטל פי שנים גם במלוה ע"פ מוסיף התוס' רי"ד דמה שנזכר בלשון הגמ' כיון דנקיט שטרא כמאן דגביה דמי לאו למעוטי מע"פ קאמר אלא משום דסתם מלוה הוא בשטר וה"ה מלוה ע"פ. ולשון זה כיון דנקיט שטרא נאמר בגמ' לרבנן, ומבואר דס"ל שגם לרבנן לשלחו מתם שבכור נוטל פי שנים במלוה זה אפי' במלוה ע"פ. ולדבריו ע"כ צ"ל שמה שאינו נוטל פי שנים ברבית לרבנן אינו מטעמו של הרשב"א דהוי מע"פ אלא כמו שכתב הרשב"ם כיון שהוא ממון חדש ולא תמורת הממון שהיה בידו בתחילה.

נמצא שלרבי במלוה בשטר בכור נוטל פי שנים. ונחלקו הראשונים אם זה דוקא במלוה בשטר או גם במע"פ. לרבנן לשמואל אינו נוטל פי שנים אפי' במלוה בשטר. לשלחו מתם מלוה בשטר נחשב מוחזק גם לרבנן. ברשב"א מוכח שאפי' שבדעת רבי ס"ל לרבינו יונה שגם במע"פ נוטל פי שנים מ"מ לרבנן רק במלוה בשטר שהוא כמאן דגביה נוטל פי שנים. והתוס' רי"ד ס"ל שגם לרבנן אין נ"מ בין מלוה בשטר למע"פ.

לדברי הרשב"א שהחילוק בין מלוה לרבית הוא שרבית נחשב מע"פ מתישב היטב מה שצ"ב בדברי הגמ' דס"ד דדברי שמואל שאין הבכור נוטל פי שנים במלוה הוא אליבא דרבי, והקשו מהא דתניא ירשו שט"ח בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית. ולמה צריך להביא ברייתא זו שנזכר בו שנוטל גם ברבית הרי כבר הובא בעמ' א' ברייתא שלרבי בכור נוטל פי שנים במלוה. עיין ברש"ש שעמד בזה. ולרשב"א לא קשיא מידי שבדוקא הביאו ברייתא זו, שרבינו יונה מקשה מה קושית הגמ' מהברייתא נימא דשמואל איירי במע"פ והברייתא במלוה בשטר. ומזה מוכיח רבינו יונה

התר בבהמה והזקינה אף דלענין גזל זה נחשב שינוי. ולכאורה הטעם הוא דלגבי גזל סגי במה שאינו כעין שגזל. אבל להתיר אתנן בעינן שיחשב פנים חדשות. וכמו ששינוים אלו אינם מתירים אתנן, סובר הריטב"א כאן שאינם נחשבים שינוי לגבי בכור.

חפורה והוי שובלי. מלשון זה לומד התוס' רי"ד שהובא לעיל שרק שבח שהתחיל בחיי האב והוסיף אחר מיתתו חשיב מצוי ובכור נוטל בו פי שנים אבל אם כל השבח התחיל אחר מיתתו אין הבכור נוטל בו פי שנים אפי' שהשביח מאליו. ולכן כתב התוס' רי"ד שרועה באפר וילדה היינו כשהיתה מעוברת בחיי האב, וכן שכירות ורבית שהבכור נוטל בו פי שנים לרבי הוא רק השכר שנתחייבו בו לפני מיתת האב. והריטב"א חולק וס"ל שכל שבח שבא מאליו בכור נוטל בו פי שנים אף שכל השבח התחיל אחר מיתת דומיא דנטעו כרמים שהוא שבח חדש ורק בגלל שבא מחמת טורח היתומים חשיב ראוי. וכדברי הריטב"א כתב גם היד רמא בסוף אות פ"ו וכתב דהא דנקטו חפורה והוי שובלי הוא לרבותא דרבנן.

דף קכד:

תוד"ה מספקא ליה. בביאור סוף דברי התוס' עיין ברמב"ן במהרש"א ובמהר"ם.

אמר רבא הלכתא כרבי. כתב הרשב"ם שפסק זה של רבא הוא דלא כר"פ לקמן קכ"ה: שפסק הלכה שבכור אינו נוטל פי שנים במלוה, וזה כרבנן ולא כרבי. הרמב"ן והרשב"א כתבו דרבא מחלק בין שבח למלוה, במלוה רבא מודה לר"פ דקי"ל שאינו נוטל פי שנים אבל בשבח ס"ל דקי"ל כרבי שנוטל פי שנים. וזה כסברת הגמ' בסמוך ששבח הוא מוחזק יותר ממלוה כיון דאיתא ברשותיה משא"כ מלוה דליתיה ברשותיה. והרשב"ם ס"ל שמסקנת הגמ' הוא שמלוה יותר מוחזק משבח משום דנקיט שטרא בידיה, ואם במלוה קי"ל שאינו נוטל פי שנים כ"ש שאינו נוטל פי שנים בשבח. וכן מבואר בתוס' לקמן קכ"ה: ד"ה ואין שאם אינו נוטל פי שנים במלוה כ"ש שאינו נוטל בשבח.

תני בשאר ספרי דבי רב. מבואר דמחלוקת רבי ורבנן לגבי שבח ששבחו נכסים לאחר מיתתו הוא אם שבח הוא בכלל כל אשר ימצא לו או לא. וזה לכאורה סותר מה שמבואר בעמ' א' דפליגי בקרא דלתת לו ופי' שנים. המהרש"א עמד בזה וכתב שמאשר ימצא לו לא היינו ממצעים אלא שבח שבא מחמת היתומים וגם כאן אלתת לו סמך. ואח"כ מציין המהרש"א לתוס' לקמן קכ"ו: ד"ה הלכתא שכתבו שהלימוד הוא משני הפסוקים יחד דלתת לו מגלה על אשר ימצא ע"ש. רבינו יונה למד מזה שיש מחלוקת בגמ' אם רבי ורבנן פליגי בקרא דלתת או בקרא דאשר ימצא לו. וכתב שאם הלימוד הוא מלתת לו המחלוקת הוא גם בדיקלא ואלים. ומה דסבר ר"פ שבדיקלא ואלים כו"ע מודו שנוטל פי שנים הוא משום דס"ל שהמחלוקת הוא בקרא דאשר ימצא לו, וס"ל דדיקלא ואלים לכו"ע הוא בכלל אשר ימצא לו.

בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית. מבואר דלרבי בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית. ולרבנן נחלקו ר' יהודה אמר שמואל ושלחו מתם אם נוטל פי שנים במלוה או לא, וברבית לכו"ע אינו נוטל פי שנים לרבנן. הובא לעיל שנחלקו הרשב"ם ורבינו יונה אם מה שלרבי בכור נוטל פי שנים במלוה הוא רק במלוה בשטר או גם במלוה ע"פ. רבינו יונה לעיל מביא ראיה שאין נ"מ בין מע"פ למלוה בשטר לרבי מדפריך הכא על מאי דס"ד דדברי שמואל שאינו נוטל פי שנים במלוה הוא לרבי והתניא ירשו שט"ח בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית. ואמאי לא

עכ"ל. דהיינו שלכל הפשטים הנ"ל מחלוקת רבי ורבנן לגבי רבית הוא בתולדה ממחלוקתם לגבי שבח. אבל לרש"י זה ממש המחלוקת של שבח שרבית הוא שבח שבא ממילא ממעות ההלואה. ודמי ממש להניה פרה מוכרת ומושכרת שהשכירות הוא שבח דממילא ונחלקו בו רבי ורבנן, כך הרבית הוא שכירות המעות והוי ממש שבח ששבחו נכסים אחר מיתת אביהן. וזה דלא כרשב"ם כאן שכתב שמה שלרבנן הרבית הוא ראוי הוא משום שאין זה מעות שנתן.

אך באמת אין דברי רש"י והרשב"ם סותרים זה את זה אלא משלימים זה את זה. דברי רש"י נאמרו לגבי הרבית שנתחייב בו הלואה אחר מיתת האב. וזה ברור דהוי ממש שבח ששבחו נכסים אחרי מיתת האב, ודמי ממש לפרה מוכרת ומושכרת. אך מחלוקת רבי ורבנן לגבי רבית הוא גם לגבי רבית שנתחייב בו הלואה בחיי האב, וזה אינו שבח ששבחו נכסים אחר מיתתו, אלא דמי למלוה שירשו מאביהם שנחשב מוחזק גם לרבנן. ובזה הוצרך הרשב"ם לפרש שמה שלרבנן אינו נוטל פי שנים ברבית הוא משום דגרע משאר מלוה כיון שאין זה הממון שנתן אלא דבר חדש.

רשב"ם ד"ה אבל לא ברבית. מה שכתב הרשב"ם שמלוה בשטר דינו כמלוה על המשכון עיין קו"ש שמקשה שאין שביעית משמטת מלוה על המשכון ואעפ"כ שביעית משמט מלוה בשטר, ומוכח שמלוה בשטר אין דינו כמלוה על המשכון.

רשב"ם ד"ה הא דשלחו מתם. הרשב"ם מביא י"מ דשלחו מתם לא פליגי על שמואל אלא שלחו מתם איירי במלוה של עכו"ם כדקתני אבל לא ברבית ושמואל איירי בישראל. ותמה הרשב"ם דאיפכא מסתברא שמלוה של עכו"ם אשר פיהם דיבר שוא הוא פחות מוחזק משל ישראל. לשון הריטב"א כשמביא י"מ אלו הוא שחוב של גוי הוא יותר מוחזק משום דמצוה לנגושו ע"ש.

האוי"ש בפ"ג מנחלות ה"ה מבאר שיטת הי"מ באופן אחר. שמלוה של ישראל נחשב ראוי מפני ששיעבוד הגוף שיש על הלואה לשלם את החוב אינו קנין בגופו של הלואה אלא חיוב על הלואה לשלם. משא"כ בעכו"ם קי"ל כר' ישמעאל שעכו"ם שדן עם ישראל אם אפשר לחייבו בדיניהם אומרים לו כך דינכם. ובדיני עכו"ם כשאין הלואה משלם לוקח המלוה את הלואה לעבד כמבואר בקרא והנושה בא לקחת את שני ילדי לו לעבדים, דיהורם היה ישראל מומר ונהג כעכו"ם. וכיון שבעכו"ם שיעבוד הגוף הוא קנין בגופו ולא רק חיוב על גופו אין זה ראוי. וזה ע"פ דברי האוי"ש שהובאו לעיל שהחילוק בין מע"פ שהוא ראוי למלוה בשטר שאינו ראוי הוא השיעבוד. ובחוב של עכו"ם גם כמלוה ע"פ יש שיעבוד על גופו של הלואה.

תוד"ה אין הבכור. הקשו על הרשב"ם שכתב שהמלוה הוא שבח של השטר שיחלקו את השטרות וממילא יקבל הבכור פי שנים במלוה. כתב בזה הקצה"ח בס' רע"ה סק"ו שהרשב"ם ס"ל כשיטת הרשב"א בתשובה שאין דין חלוקה בשטרות שאין גופן ממון.

גבו קרקע יש לו. כתב הרשב"ם דסברת רבה דגבו קרקע יש לו הוא משום דהאי קרקע אשתעבד לאבדוקו בחיי וחסבינן ליה מוחזק ליטול פי שנים. לקמן קע"ה: מבואר שמה שהשיעבוד שיש על הקרקע גורם שנחשב מוחזק ובכור נוטל בו פי שנים הוא רק אם שיעבודא דאורייתא. וצ"ב אמאי לא יחשב מוחזק גם למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מכח השיעבוד שיש מדרבנן.

הקו"ש באות שפ"ו עמד בזה וכתב דהא דטורף מדרבנן הוא מכח הפקר ב"ד, וההפקר מתחדש בשעת הטירפא ולא קודם לכן לכן הוי ראוי. דהיינו שלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא גם

שאין חילוק לרבי בין מע"פ למלוה בשטר. ולרשב"א בשביל זה הביאו ברייתא זו שאם היו שואלים מהברייתא דלעיל היה אפשר לתרץ שהברייתא במלוה בשטר ושמואל במע"פ. אבל בברייתא זו דקתני בין במלוה בין ברבית מוכח שלרבי גם במע"פ הבכור נוטל פי שנים שהרי לרשב"א רבית נידון כמע"פ ורק מברייתא זו יש ראיה שדברי שמואל לא נאמרו אליבא דרבי.

התוס' ר"ד כתב עוד שמה שלרבי הבכור נוטל פי שנים גם ברבית הוא רק ברבית שנתחייב בו הלואה לפני מיתת האב, וקמ"ל שגם בחוב זה הוא נחשב מוחזק. אבל מה שנתחייב בו הלואה אחרי מיתת האב הוא שבח שנתחדש אחרי מיתת האב והוא ראוי. ואף שלרבי בכור נוטל פי שנים בשבח היינו דוקא כגון חפורה והוי שובלי שתחילת השבח היה מחיים ונוסף שבח אח"כ אבל שבח חדש שהתחיל אחר מיתת הוי ראוי גם לרבי. והובא לעיל שנחלקו התוס' ר"ד והריטב"א בזה.

הריטב"א כאן סובר כשיטת הרשב"ם שלרבי בכור נוטל פי שנים רק במלוה בשטר ולא במלוה ע"פ. וכתב ע"ז הריטב"א ד"א דאליבא דרבי כל שהוא מלוה בעדים והוא תוך הזמן שאינו יכול לומר פרעתי דינו כמלוה בשטר להחשיבו מוחזק וכדקתני לקמן בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית עכ"ד. ויש ללמוד כמה דינים מדברי הריטב"א.

א. הובא לעיל שנחלקו הקצות והרש"ש אם לרשב"ם שמע"פ אינו מוחזק לרבי זה אפי' בתוך זמנו אף שאינו יכול לטעון פרעתי או שתוך זמנו גם מע"פ נחשב מוחזק. ובריטב"א מפורש כדברי הרש"ש שבתוך זמנו מע"פ הוי כמלוה בשטר.

ב. מבואר בלשון הריטב"א שמה שמע"פ תוך זמנו דמי למלוה בשטר הוא רק לרבי אבל לרבנן אף שלשלחו מתם מלוה בשטר הוי מוחזק, מע"פ אינו נחשב מוחזק אפי' תוך זמנו, שלרבנן שאינו נוטל פי שנים בשבח מה שמלוה נחשב מוחזק הוא רק משום דכיון דנקיט שטרא בידו כמאן דגביה דמי. וזה לא קיים במלוה ע"פ אפי' תוך זמנו. ורק לרבי שנוטל פי שנים בשבח, בזה מה שאינו נוטל במע"פ הוא מפני שיכול להכחיש, ובזה בתוך הזמן מע"פ הוי כמלוה בשטר.

ג. הריטב"א מביא ראיה לדבריו שמע"פ תוך זמנו הוי כמלוה בשטר ממה שמבואר בברייתא שלרבי בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית. והיינו משום דס"ל כרשב"א בתשובה שהובא לעיל שרבית נחשב מלוה ע"פ ולא כרשב"ם שכתב דהוי מלוה בשטר. אך מאידך סובר הריטב"א כרשב"ם שבמלוה ע"פ אינו נוטל פי שנים לרבי, ולכן הוכיח מרבית שמלוה ע"פ תוך זמנו הוי כמלוה בשטר.

נמצא ג' דרכים בהא דלרבי בכור נוטל פי שנים ברבית. א. לרשב"ם משום שגם הרבית יש לו דין מלוה בשטר. ורבנן פליגי אע"ג דהוי מלוה בשטר משום שאין זה מעות שנתן אלא דבר חדש. ב. לרשב"א יש לרבית דין מע"פ ואעפ"כ בכור נוטל בו פי שנים משום דס"ל כרבנן יונה שלרבי גם במלוה ע"פ בכור נוטל פי שנים. ורבנן פליגי משום דלרבנן רק מלוה בשטר נחשב מוחזק כיון דנקיט שטרא בידה. ג. לריטב"א הרבית נחשב מע"פ וס"ל כרשב"ם שבמע"פ אינו נוטל פי שנים ואעפ"כ נוטל פי שנים ברבית משום דהוי תוך זמנו שרבית דינה כשכירות שאינה משתלמת אלא לבסוף. ולרבנן לא מהני מה שאינו יכול לכפור אלא בעינן שיהיה שטר בידו והרבית דינו כמלוה ע"פ שאין עליו שטר.

רש"י בב"ק מ"ג. בד"ה אליבא דבני מערבא מבאר הא דפליגי רבי ורבנן לגבי רבית וז"ל בכור נוטל פי שנים במלוה ולא ברבית ואוקימנא אליבא דרבנן דפליגי עליה דרבי דאמרי אין בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן דאי רבי אפי' ברבית נמי שקיל פי שנים דשבחא דממילא הוא

א"כ גם כשרבנן תקנו שיעבוד מסתבר ששיעבודו את הנכסים ולא תקנו רק דין גביה.

כל מה שמבואר לקמן שהדין של גבו קרקע יש לו תלוי בשיעבודא דאורייתא הוא לרבנן דס"ל שאין הבכור נוטל פי שנים בשבח. לדידהו מה שגבו קרקע עדיף משבח הוא משום שיש שיעבוד וזה רק למ"ד שיעבודא דאורייתא. אבל לרבי שבכור נוטל פי שנים בשבח הוא נוטל פי שנים במלוה גם אם שיעבודא לאו דאורייתא. כ"כ רבינו יונה כאן ע"ש.

גבו מעות אין לו. כיון שנתבאר שמה שגבו קרקע יש לו הוא משום דאיכא שיעבוד על הקרקע א"כ הא דגבו מעות אין לו הוא משום דליכא שיעבוד על המעות שהם מטלטלין. וא"כ יהיה ראייה מכאן שגם מיניה אין שיעבוד על מטלטלין. ונחלקו הראשונים בזה לענין אי איכא קדימה במטלטלין לענין גביה מיניה. הר"ן בכתובות פ"ו. וכן שם ז': בסד"ה כתובה כתב דליכא קדימה במטלטלין. וכן דעת הר"ף והרא"ש כמבואר בב"י בחו"מ ס' ק"ד. וזה משום דס"ל שאין שיעבוד כלל על מטלטלין. אבל הרמב"ן בתשובה שהובא בב"י שם ס"ל שיש קדימה בגביית מטלטלין מיניה. וכן מוכיח הגאון בס' ק"ד סק"ב והקצות שם סק"א מהתוס' בריש פרק מי שהיה נשוי. וזה משום דס"ל שלענין גביה מיניה יש שיעבוד גם על מטלטלין ורק מלקוחות לא גובים מטלטלין. ומה שכתבנו שמכאן מוכח שאין שיעבוד על מטלטלין י"ל שבזה גופא פליג ר"נ דס"ל גבה מעות יש לו דס"ל דאיכא שיעבוד על מטלטלין. עיין בזה בקו"ש אות שצ"א.

המחלוקת אם יש שיעבוד על מטלטלין מיניה או לא תלוי במה שנחלקו הראשונים אם מן התורה יש שיעבוד על מטלטלין או לא. שהקצות בס' ל"ט כתב ששיטת הרשב"א שמן התורה יש שיעבוד גם על מטלטלין, ומה שלא גובים מטלטלין מיתומים ולקוחות הוא תקנ"ה. ולדבריו מסתבר שלענין מיניה נשאר שיעבוד גם על מטלטלין. היד רמה בסוף ב"ב כתב שאם מן התורה יש שיעבוד על מטלטלין אין סיבה שרבנן יבטלו את השיעבוד, ואם לא גובים מטלטלין מיתומים ולקוחות ע"כ שמן התורה אין שיעבוד על מטלטלין. ולדבריו גם לענין גביה מיניה ליכא שיעבוד על מטלטלין.

ר"נ אמר גבו מעות יש לו. נחלקו הרשב"ם והתוס' בטעמו של ר"נ שמעות עדיף מקרקע ואע"פ שגבו קרקע אין לו גבו מעות יש לו. הרשב"ם כתב שמעות עדיף מקרקע משום דמעות הלוהו ולא קרקע. התוס' כתבו שבמעות הוא יותר מוחזק משום שהדרך לפרוע מעות והמלוה סומך על המעות יותר ממה שסומך על קרקע.

הרשב"א מפרש כרשב"ם וכתב שהמקור לסברת ר"נ שמעות עדיף משום דמעות יהיב ומעות שקיל הוא מהא דסברי רבנן אליבא דשלחו מתם שבכור נוטל פי שנים במלוה ולא ברבית. ומה שמלוה נחשב מוחזק יותר מרבית הוא משום שבמלוה הוא מקבל את מה שנתן משא"כ רבית הוא דבר חדש. ומזה למד ר"נ שבמלוה עצמו מה שנחשב מוחזק הוא רק כשמקבל מה שנתן ולא כשמקבל קרקע שלא נתן והוי כעסק חדש שמקבל קרקע תמורת החוב. כלשונו של הריטב"א כל שפורע בקרקע אינו אלא כמוכר לו עתה קרקע במעותיו עכ"ל.

מבואר בדברי הרשב"א שמפרש מה שלרבנן בכור נוטל פי שנים במלוה ולא ברבית כמו שפירש הרשב"ם שבמלוה הוא מקבל מה שנתן משא"כ רבית הוא דבר חדש. וזה סותר את דברי הרשב"א בתשובה שהובא בקו"ש כאן שהחילוק בין מלוה לרבית הוא שמלוה הוא בשטר והרבית דינו כמלוה ע"פ.

מדרבנן לא תקנו שיהיו הנכסים משועבדים אלא תקנו גביה מהלקוחות מכח הפקר ב"ד הפקר. א"כ כל זכותו מתחדש בשעת הגביה לכן זה ראוי.

יש להביא ראייה לחידוש זה מהא דאיתא בפסחים ל"א. דבין למ"ד למפרע הוא גובה בין למ"ד מכאן ולהבא הוא גובה זבין לזה או הקדיש לזה אתי מלוה וטריף אתי מלוה ופריך. וכתב ע"ז המהר"ם חלאוה שם שאפי' למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא הוא טורף מהלקוחות משום דהפקר ב"ד הפקר. וגם מהקדש הוא מוציא מפני שמוסיף דינר ופודה ומן התורה שזה מנה שחיללו על ש"פ מחולל. ואינו מוכן למה צריך להוסיף את זה ולא כתב דכשם שהוא מוציא מהלוקח בגלל שרבנן תקנו שיעבוד והפקר ב"ד הפקר כך מוציא מהקדש מאותו הטעם. דהפקר ב"ד הפקר מהני גם למילי דאיסור שהממון נעשה שלו מן התורה ע"י הפקר ב"ד. ואם ע"י הפקר ב"ד יש למלוה שיעבוד על הקרקע א"כ קדם קנינו לקנין ההקדש והוא מוציא מהקדש מדינא. אלא מוכח דס"ל שלא היה הפקר ב"ד על השיעבוד אלא על הגביה מהלוקח. ואין לרבנן כח להפקיר ממון הקדש.

היד רמה לקמן קע"ה: באות קמ"ד גם עמד בשאלה זו אמאי אינו נחשב מוחזק מכח שיעבודא דרבנן וכתב ע"ז וז"ל ומדקאמר רבה גבו קרקע יש לו אלמא שיעבודא דאורייתא דאי לאו דאורייתא ולא זכי ביה בע"ח אלא מעידנא דגבייה הוי ליה ראוי ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק. ונהי דתקינן ליה רבנן שיעבודא לבע"ח שלא תנעול דלת בפני לוי' אבל לזכויה ליה לבכור מאי דלא זכי ליה רחמנא לא תקינו דהא לא שייכא ביה האי תקנתא עכ"ל. ולכאורה כונתו כמו שכתב הקו"ש שלא תקנו שיעבוד אלא גביה מלקוחות. וכן משמע מתחילת לשונו שכתב שלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא זה נחשב ראוי משום דלא זכי ביה בע"ח אלא מעידנא דגבייה.

הרמב"ן לקמן קכ"ה: כתב דאף שמודינא דגמ' אין שיעבודא דר"נ במטלטלין כמבואר בפסחים ל"א. מ"מ אחר תקנת הגאונים שיש שיעבוד גם על מטלטלין איכא שיעבודא דר"נ גם במטלטלין. וכתב ע"ז הרמב"ן וז"ל וקשה לי דהא בגמ' משמע דשיעבודא דרבנן לא משוי ליה מוחזק כדאיתמר בפרק גט פשוט גבו קרקע יש לו שיעבודא דאורייתא דש"מ דאי דרבנן לא שקיל וכ"ש תקנת הגאונים. ואיכא למימר ה"מ לענין בכור דלא משוינן ליה כמאן דגבה אבל לדר"נ כיון דדינא הוא דגבי אפי' תקנתא דגאונים משעבדא ליה עכ"ל. משמע מדבריו שגם בשיעבוד דרבנן תקנו שיעבוד ולכן יש בזה שיעבודא דר"נ ואעפ"כ לא מהני שיעבוד דרבנן לעשות את הבכור למוחזק וצ"ע.

עיקר הנידון אם למ"ד שיעבודא דרבנן רבנן תקנו שיעבוד או רק גביה מהלקוחות יש לתלות במחלוקת ראשונים בקידושין י"ג: דרש"י והרשב"א שם ס"ל שמה ששיעבודא לאו דאורייתא היינו היכא שלא כתב הלוה בהדיא בשטר שהוא משעבד את נכסיו. אבל אם שיעבד בפירוש איכא שיעבוד מן התורה. והריטב"א חולק וס"ל שלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא אין מן התורה שיעבוד אפי' שיעבד עצמו בפירוש. וביאור המחלוקת הוא דרש"י ס"ל שיש מציאות של שיעבוד מן התורה לכו"ע. אלא דהמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ס"ל שהתורה לא שיעבדה את נכסי הלוה בע"כ. אבל אם הוא רוצה לשעבד ע"י שטר או קנין אחר יכול לעשות כן. והריטב"א ס"ל שאם שיעבודא לאו דאורייתא אין מן התורה מציאות של שיעבוד, ולא שייך לשעבד ע"י קנין. ובזה יש לתלות מה היתה תקנת חכמים למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא, שאם אין מציאות של שיעבוד מן התורה מסתבר שגם רבנן לא חדשו שיעבוד אלא תקנו דין גביה כמו שכתב הקו"ש וכדמוכח בראשונים הנ"ל. אבל לרש"י שיש שיעבוד מן התורה ואם משעבד נכסיו בהדיא הם משעבדים לכו"ע

דף קכה.

קרקע נמי לאו האי קרקע שבק אבוהון. לכאורה לא מובן שאלת אביי על רבה הרי הרשב"ם ביאר את סברת רבה דקרקע עדיף ממצעות מפני שיש על הקרקע שיעבוד ומה קשה לאביי מ"ש קרקע ממצעות. אך הרשב"ם בד"ה לאו האי קרקע כתב ששאלת אביי היא אמאי נחשב מוחזק בקרקע הרי הלוח יכול לסלק בזווי. דהיינו שאפי' אם יש שיעבוד סובר אביי שאין זה סיבה שיחשב מוחזק כיון שהלוח יכול לסלק בזווי. ולפ"ז שני השאלות של אביי על רבה הם שאלה אחת. שגם השאלה השניה האמר הוא דאמר היא שרבה אומר לקמן שמה שאפשר לסלק גורם שיחשב ראוי. אלא שבתחילה שאל אביי מסברא ואח"כ מוסיף ראה מדברי רבה עצמו.

רבינו יונה מבאר את השאלה הראשונה של אביי בב' אופנים. א. דאביי ס"ל שאפי' אם שיעבודא דאורייתא אין זה סיבה שיהיה מוחזק. ב. השאלה היא על רבה לשיטתו דס"ל לקמן קע"ה: שיעבודא לאו דאורייתא. ולפ"ז שאלת הגמ' כאן היא ממש שאלת הגמ' לקמן קע"ה: על רבה דס"ל גבה קרקע יש לו הא ס"ל שיעבודא לאו דאורייתא. ותירוצו הגמ' שם דרבה אליבא דבני מערבא קאמר וליה לא ס"ל היא כתי' הגמ' כאן. ולדבריו השאלה הראשונה היא שאם שיעבודא לאו דאורייתא אין השיעבוד סיבה להחשיב את המלוח מוחזק. והשאלה השניה היא שאפי' את"ל שהשיעבוד הוא כן סיבה להחשיבו מוחזק מ"מ מה שיכול הלוח לסלק מפקיע את המוחזקות כמו שאמר רבה בעצמו לגבי סבתא.

אך השאלה מסבתא לכאורה אינה מובנת דשאני התם דליכא שיעבוד משא"כ הכא דאיכא שיעבוד אולי מה שאפשר לסלק אינו מפקיע את המוחזקות. עיין ברמב"ן ובריטב"א שכתבו שגם השאלה השניה של אביי היא על רבה לשיטתו דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא. ולדבריו אין לחלק בין ההיא דסבתא לכאן שגם כאן אין שיעבוד מן התורה. ובזה הם מבארים את תירוצו הגמ' שרבה לנפשיה ס"ל בין גבו קרקע בין גבו מצעות אין לו. ומה שאמר שגבו קרקע יש לו הוא אליבא דבני מערבא. ואינו מובן דאכתי קשה סתירה בבני מערבא עצמם דכאן ס"ל גבו קרקע יש לו ולגבי סבתא ס"ל שמה שאפשר לסלק גורם שיהיה ראוי. וכתבו הראשונים הנ"ל שכל השאלה היתה על רבה לשיטתו דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא אבל על בני מערבא עצמם לא קשיא כלל ד"ל דס"ל שיעבודא דאורייתא וא"כ לק"מ מדבריהם בסבתא דהתם ליכא שיעבוד.

לר"נ קשיא מ"ש קרקע וכו'. על שאלה זו שאביי שואל על ר"נ מסברא אין תירוצו בגמ'. ובשלמא לגבי השאלה על רבה י"ל כנ"ל שהשאלה היא על רבה לשיטתו דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא, ולבני מערבא דס"ל שיעבודא דאורייתא לא קשיא, אבל על ר"נ השאלה היא על גבו מצעות וע"ז אין בגמ' תירוצו. וכתב בזה רבינו יונה שאין זה שאלה גמורה אלא שלא היה נראה בעיני אביי סברת החילוק ולפיכך לא הוצרך לתרץ שאלה זו.

ועוד הא אמר ר"נ יתומים שגבו וכו'. שני דרכים נאמרו בגמ' בפסחים ל"א. בביאור דין זה. אביי מפרש לפי שיטתו דס"ל שם בע"ה למפרע הוא גובה. ורבה דס"ל מכאן ולהבא גובה מפרש דין זה מכח שיעבודא דר"נ. וכתב רבינו יונה שמה שאביי שואל משם על ר"נ הוא אביי לשיטתו שנפרש טעם דין זה משום דלמפרע הוא גובה. ואם למפרע הוא גובה אין זה נחשב ראוי. וכן נראה מדברי הרשב"ם שבתירוצו הגמ' סובר הרשב"ם שר"נ אליבא דנפשיה ס"ל שבין גבו קרקע בין גבו מצעות אין לו. וקשה

א"כ מה התירוצו על שאלת הגמ' מהא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם. ומבאר הרשב"ם שתירוצו הגמ' הוא כרבה שאין הטעם משום דלמפרע הוא גובה אלא משום שיעבודא דר"נ. ושיעבודא דר"נ הוא רק סיבה שיכול הבע"ה לגבות שכבר בחיי האב היה קרקע זה משועבד לו. אבל אין זה סיבה שיהיו הקרקעות מוחזקים ביד האב. ומשמע ששאלת הגמ' היא אביי לשיטתו דס"ל שמה שיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ה חוזר וגובה ממנו הוא משום דלמפרע הוא גובה. וזה סיבה שיחשב מוחזק.

אך א"כ יש לעיין בדברי הרשב"ם בד"ה ועוד שמוסיף לשאלת הגמ' שמוכח מהא דבע"ה חוזר וגובה שאין זה ראוי שבע"ה אינו גובה בראוי. ולמה צריך להוסיף את זה הרי שאלת הגמ' היתה אביי לשיטתו דס"ל שמה שבע"ה חוזר וגובה הוא משום דלמפרע הוא גובה וא"כ פשוט שאין זה ראוי. אמנם לפי מה שכתב רבינו יונה כאן יתבאר דברי הרשב"ם. שרבינו יונה כתב בהדיא ששאלת הגמ' היא אביי לשיטתו דס"ל למפרע הוא גובה. ואעפ"כ מקשה רבינו יונה מה שאלת הגמ' מהא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם אולי אף שלמפרע הוא גובה מ"מ זה ראוי מפני שיכול הלוח לסלק בזווי. וזה מה שהיה קשה לרשב"ם. ולכן מוסיף הרשב"ם דע"כ אין זה ראוי שאם זה היה ראוי לא היה בע"ה גובה מזה שאין בע"ה גובה בראוי. ורבינו יונה ששואל הוא משום שחולק על הרשב"ם וס"ל שבע"ה גובה בראוי.

ואכתי צריך להבין לפי הרשב"ם מה תירוצו הגמ'. אמנם הרשב"ם מבאר שלמסקנא הא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ה חוזר וגובה ממנו הוא משום שיעבודא דר"נ, וזה לא סיבה שיחשב מוחזק, אכתי מוכח משם שאינו ראוי שאם היה ראוי לא היה בע"ה גובה מזה שאין בע"ה גובה בראוי. ומה תירוצו הגמ' כנגד הוכחת הרשב"ם שאין זה ראוי מהא דבע"ה גובה מזה. אך הביאור הוא פשוט שמה ששיעבודא דר"נ לא מהני להחשיב מוחזק הוא לגבי בכור. שלגבי בכור בעינן שיהיה מוחזק אצל האב. ורק מה שלמפרע הוא גובה גורם שיהיה מוחזק אצל האב. אבל אם מה שבע"ה גובה הוא לא משום דלמפרע הוא גובה אלא בגלל שיעבודא דר"נ אין זה סיבה שהבכור יטול בזה פי שנים שלא היה הממון מוחזק ביד האב בחייו. אבל לגבי הא דאין בע"ה גובה בראוי שפיר מהני שיעבודא דר"נ. שלפני מיתת האב היה גובה הבע"ה מהלוח של האב. א"כ לא התחדש הגביה אחרי מיתת האב ואין זה נחשב ראוי שאצל הלוח של האב הממון היה מוחזק בחיי האב.

רשב"ם ד"ה ועוד. שיטת הרשב"ם דכשם שמבואר במשנה בכורות נ"ב. שאין אשה גובה כתובתה בראוי כך כל בע"ה אינו גובה בראוי. רבינו יונה כאן חולק דלא מצאנו בשום מקום שבע"ה אינו גובה בראוי, ומה שאשה אינה גובה כתובתה מראוי הוא קולא מקולי כתובה. וכן כתב הרא"ש בבכורות פרק יש בכור ס' י"א בשם רבינו אפרים. הרא"ש בעצמו ס"ל כרשב"ם שאין בע"ה גובה מראוי. וכן דעת הרמב"ן לקמן קכ"ה: הרא"ש והרמב"ן מביאים ראיה שאין בע"ה גובה בראוי מהא דתנן לקמן קנ"ז. נפל הבית עליו ועל אביו והיה עליו כתובת אשה ובע"ה יורשי האב אומרים הבן מת קודם ולא נשתעבדו נכסי האב לבע"ה של הבן. והבע"ה טוען שהאב מת קודם והבן ירש את אביו וגם נכסי האב נשתעבדו לבע"ה של הבן. מבואר שאם הבן מת קודם לא נשתעבדו נכסי האב לבע"ה של הבן אף שהבן ירש את אביו בקבר. אלא מוכח מזה שאין בע"ה גובה אלא מה שהיה ללוח בחייו ולא במה שהגיע לרשותו אחר מיתתו. דברי הרא"ש והרמב"ן בזה לכאורה תמוהים שמבואר לקמן קנ"ט. שמה שלא גובים

מנכסי האב כשמת הבן תחילה הוא משום דבן הבן יכול לטעון מכח אביו דאבא קאטינא. הרי מפורש שלולא זה היו גובים אע"פ שזה ראוי. וכן כתבו התוס' בדף קנ"ט. בד"ה ולימרו שהטעם אינו משום שאין בע"ח נוטל בראוי אלא משום שטוען מכח אביו דאבא קאטינא.

הקצה"ח בס' ק"ד סקט"ו מבאר דברי הרא"ש והרמב"ן שגם אחרי הסברא של מכח אביו דאבא קאטינא אכתי מוכח משם שאין בע"ח גובה בראוי. שמכח אביו דאבא קאטינא הוא רק שבן הבן הוא יורש של אבי אביו אבל מ"מ אביו קודם לו, וא"כ בפועל הירושה עוברת דרך אביו והיה צריך להשתעבד. ומה שאינו משתעבד הוא מפני שאין בע"ח גובה בראוי. ומה שצריך להגיע להא דמכח אביו דאבא קאטינא הוא משום דאף שאין בע"ח גובה בראוי וליכא שיעבוד על מה שירש האב אחרי מיתתו מ"מ מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן יש גם על מטלטלין שירשו מאביהם אף שאין ע"ז שיעבוד. ולענין זה אהני מה שמכח אביו דאבא קאטינא, שהמצוה לפרוע חוב אביהם כשאין שיעבוד הוא משום שסיבת בעלות היורש הוא אביו א"כ מצוה לפרוע מממון זה חוב אביו. אבל לגבי ירושה מאבי אביהם אף שבפועל זה עובר דרך אביהם מ"מ כיון שיש להם סיבה ישירה לרשת את אבי אביהם והיו זוכים בממון זה גם בלי אביהם אין מצוה לפרוע חוב אביהם מממון זה. דהיינו שכדי לפטור את היורשים לגמרי צריך להגיע גם למכח אביו דאבא קאטינא וגם להא דאין בע"ח גובה בראוי. ושפיר הביאו הרא"ש והרמב"ן ראייה משם לשיטתם אף שבגמ' מבואר שהטעם שם הוא משום דמכח אביו דאבא קאטינא. עיין מה שכתבו האמרי משה ס' ל"ח והאבי עזרי פכ"ב ממכירה ה"ז בדברי הקצות.

טעם הדבר שאין בע"ח נוטל בראוי לרא"ש ולרמב"ן ולרשב"ם עיין בקו"ש אות ש"צ שכתב שצ"ע מנין שאין בע"ח גובה בראוי הרי בבכור ובעל יש לימוד ע"ז. בקצות הג"ל בס' ק"ד סקט"ו מבאר שמה שאין בע"ח גובה בראוי הוא משום דמה שמגיע לרשות הלזה אחרי ההלואה הוא דאיננו ואינו משתעבד אא"כ כתב דאיננו. וכתבת דאיננו מהני משום דאף דק"ל אין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ לשעבד דשלב"ל אפשר. אבל כשם שלגבי הקנאת דשלב"ל גם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל לא חל הקנין אא"כ הגיע הממון לרשותו בזמן שהוא ראוי להקנאה ולא בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כמבואר לקמן קכ"ז: ה"ה לגבי שיעבוד אינו יכול לשעבד מה שיגיע לרשותו אחר מיתתו. ולכן בראוי ליכא שיעבוד אלא רק מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם וע"ז מהני מה שיש טענה שמכח אביו דאבא קאטינא.

הרא"ש בבכורות והרמב"ן כאן מביאים מקור להא דאין בע"ח גובה בראוי מהירושלמי שדורש מיטב שדהו פרט למטלטלין מיטב כרמו פרט לראוי. מבואר דאיכא מיעוט ע"ז ולא כמו שכתב הקצות שהטעם הוא מפני שאינו יכול לשעבד מה שיגיע לרשותו אחרי מיתתו. ע"ע בענין בע"ח גובה בראוי בש"ך ס' ק"ד סקכ"א.

רשב"ם בסד"ה ועוד. אחרי שכתב הרשב"ם שמוכח מהא דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם שאין זה ראוי מוסיף הרשב"ם ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח. ואינו מוכן דגבו קרקע ומה ענין מטלטלי דיתמי לכאן. עיין בקו"ש אות שפ"ט שמבאר שהיה קשה לרשב"ם דאמנם הקרקע שגבו הוא ראוי אבל בחוב הבע"ח מוחזק ואמאי אינו גובה את החוב בחוב שחייבים לו. וע"ז כתב הרשב"ם שהחוב עצמו הוא מטלטלין ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי.

טעמא דבני מערבא קאמרינן. שיטת הרשב"ם דבין רבה בין ר"נ ס"ל כשמואל שלרבנן אין בכור נוטל פי שנים בין גבו קרקע בין גבו מעות. ומה שחילקו בין קרקע למעות הוא לדברי בני מערבא. ואינו מוכן אם רבה ור"נ לא אמרו דעת עצמם מנין להם לחלק בדעת בני מערבא בין גבו קרקע לגבו מעות אולי בני מערבא ס"ל שבכל גווני יש לו. ובדעת ר"נ כתב הרשב"ם שההכרח הוא מדברי בני מערבא במעשה דסבתא. ששם מבואר שקרקע אינו נחשב מוחזק כיון שאפשר לסלק א"כ גם בע"ח שגבה קרקע נחשב ראוי כיון שאפשר לסלק. וע"כ שמה דסברי בני מערבא שיש לו הוא בגבה מעות. אבל בדעת רבה שלבני מערבא גבו קרקע יש לו גבו מעות אין לו קשה מה ההכרח לחלק בדעת בני מערבא בין קרקע למעות. וגם מה שכתב הרשב"ם בדעת ר"נ לכאורה אינו מוכן דלא קשיא מסבתא דשאני התם דליכא שיעבוד כמו שכתב הרשב"ם מיד אחרי זה לדעת רבה.

המהרש"א עמד בזה וכתב שהרשב"ם כתב ההכרח ממעשה דסבתא לרווחא דמילתא שהרי גם רבה מחלק בדעת בני מערבא בין קרקע למעות ולרבה אין הכרח ממעשה דסבתא. ועוד שהראיה ממעשה דסבתא אינה ראייה דשאני התם דליכא שיעבוד כמו שכתב הרשב"ם עצמו בדעת רבה. אלא מבאר המהרש"א שההכרח של ר"נ ורבה לחלק בדעת בני מערבא בין קרקע למעות הוא משום דרבנן ס"ל שאין בכור נוטל פי שנים במלוה. ואם לבני מערבא לרבנן בכור נוטל פי שנים במלוה מתי נאמר הדין לרבנן שאינו נוטל במלוה. וע"כ צריך לחלק בין גבו קרקע לגבו מעות. הרש"ש תמה על דברי המהרש"א דלא מבואר בשום מקום שלרבנן בכור אינו נוטל פי שנים במלוה. אך לכאורה כונת המהרש"א לברייטא דלעיל קכ"ד. כמו שהזכיר הרש"ש בעצמו דמבואר שם שלרבי בכור נוטל פי שנים במלוה משמע שלרבנן אינו נוטל.

ולן לא סבירא לן. יש לעיין מה ההכרח של הגמ' לומר שר"נ לעצמו לא ס"ל לחלק בין גבו קרקע לגבו מעות. הרי הקושיא על ר"נ אינה מהא דגבו מעות יש לו אלא מהא דגבו קרקע אין לו. דס"ד שזה סותר את מה שאמר ר"נ לגבי יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם. וע"ז התירין הוא שאין טעמו של ר"נ שם משום למפרע הוא גובה אלא משום שיעבודא דר"נ. ור"נ לנפשיה ס"ל שגבו קרקע אין לו. א"כ מה ההכרח דלא ס"ל את כל מה שאמר בדעת בני מערבא שגבו קרקע אין לו וגבו מעות יש לו. ובשלמא לרבה ניהא שאם ס"ל אליכא דנפשיה שגבה קרקע יש לו יקשה מדבריו לגבי סבתא ומהא דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא. אבל לר"נ קשיא. עיין ברבינו יונה שעמד בזה וכתב דאה"נ אין הכרח לומר כן בדעת ר"נ אלא רבה שמיצא ליה שכן סובר ר"נ.

תודה לטעמייהו. נחלקו ר"ת והרשב"ם אם ר"נ אליכא דנפשיה סובר שבין בקרקע בין במעות אין לו או ס"ל דבתרוייהו יש לו. אמנם כמעט שאין נ"מ בזה בין הרשב"ם לתוס'. דאליכא דרבה גם ר"ת מודה שבין גבו קרקע בין גבו מעות אין לו. וגם בדעת ר"נ הנידון אי בתרוייהו יש לו או אין לו תלוי במחלוקת אב"י ורבה בטעם הדין של יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם. שלאב"י שהטעם הוא משום דלמפרע הוא גובה בודאי שאין זה ראוי ויש לו פי שנים. ולרבה שהטעם הוא משום שיעבודא דר"נ בודאי שזה ראוי ואין לו פי שנים. אלא שלרשב"ם הה"א של הגמ' כאן היא אב"י לשיטתו. והמסקנא היא כשיטת רבא. ור"ת מפרש שגם במסקנת הגמ' כאן תירוצו של רבה הוא אליכא דאב"י. אבל מודה ר"ת שלרבה גבה קרקע אין לו גם לר"נ. א"כ לדינא אין מחלוקת בין הרשב"ם ור"ת כלל ולא פליגי אלא בפשט הסוגיא אי קאי כאב"י או כרבא.

דף קכה:

נכסי לסבתא. ג' דעות הובאו בגמ' במעשה דנכסי לסבתא. רב הונא ס"ל שזוכה הבעל והיינו משום דס"ל דכל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי. רב ענן ס"ל לירתי ולא לירתי ירתאי ואין הבעל זוכה. ואם אינה נשואה ויש לה בן גם הוא אינו זוכה. ולבני מערבא אם יש בן הוא זוכה אבל הבעל אינו זוכה דאין הבעל יורש את אשתו בראוי. ולפי מה שכתבו התוס' לעיל בד"ה לטעמיהו יש שני דרכים בהא דהוי ראוי, שיטת רבה ושיטת בני מערבא עצמם. והתוס' שם כתבו ב' דרכים בביאור המחלוקת של רבה ובני מערבא.

אמר ר"ה לירתאי ואפי' לירתי ירתאי. כתב הריטב"א שאין כונת ר"ה שדעתו של הנותן היה לתת ליורשיו או ליורשי יורשיו, ויש נתינה ישירה מהאב לבעל בתו. אלא האב נתן רק לבתו שהיא היתרה היורשת שלו בזמן נתינת המתנה והבעל יורש ממנה. ור"ה ס"ל שאין זה ראוי כיון דס"ל שכל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי. ור"ה ס"ל דאחריו לירתי היינו למי שהיה היורש בשעת נתינת המתנה ולא למי שהוא היורש בשעת מיתת הסבתא. ולדברי הריטב"א מה שאמר ר"ה לירתי ואפי' לירתי ירתאי אין הכונה שכך מפרשים את דברי הנותן, אלא שלמעשה המתנה שניתן ליורשיו מגיע ליורשי יורשיו כיון דס"ל דאחריו כמעכשיו. וכן מבואר ברשב"ם שאין דרך אחרת לבאר את דברי ר"ה אלא דס"ל דכל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי.

הריטב"א מוכיח את דבריו שאפי' אם נאמר שיורשי כולל יורשי יורשיו ואיכא נתינה ישירה לירתי ירתאי זה שייך רק ביורש של קרובה בזה שייך לקרוא ליורש של יורש ירתאי. אבל ירושת הבעל שהיא נחלה הבאה לאדם ממקום אחר בודאי אינו בכלל ירתאי. וע"כ שאין זה נתינה ישירה לבעל אלא שהוא יורש את אשתו. וכן מוכיח הריטב"א משאלת הגמ' דהוי ראוי ואם הבעל מקבל ישר מאבי אשתו אין בזה דין ראוי. אע"כ שהבעל בא מכח ירושת אשתו וכמו שכתב הרשב"ם שאין דרך אחרת לפרש את דברי ר"ה אלא דס"ל כאומר מעכשיו והבעל בא מכח אשתו.

רב ענן אמר לירתאי ולא לירתי ירתאי. כתב רבינו יונה דרב ענן ס"ל דאחריו לאו כאומר מעכשיו שאם היה כמעכשיו בודאי בן הבת היה יורש את אמו. וברשב"ם מבואר דרב ענן ס"ל דאחריו לירתי היינו למי שיהיה היורש בשעת מיתת הסבתא ולא למי שהוא היורש בשעת נתינת המתנה. ולכן אם בשעת מיתת הסבתא הבת אינה בחיים מעולם לא זכתה הבת ואין לה מה להוריש לבנה. ושני דברים אלו תלויים זה בזה, שאם אחריו כאומר מעכשיו הנתינה לירתאי הוא באותו זמן שנותן לסבתא א"כ תלוי במי שהוא היורש בשעת נתינת המתנה. ואם אינו כאומר מעכשיו הנתינה לירתאי הוא רק אחר מיתת הסבתא וא"כ הנתינה היא למי שיהיה היורש בזמן מיתת הסבתא. עיין בענין זה במחנ"א זכיה ס' מ'.

שלחו מתם כרב ענן ולא מטעמיה. לבני מערבא בן הבת זוכה והבעל אינו זוכה שאינו יורש בראוי. ונחלקו הראשונים בביאור שיטת בני מערבא לפי רבה שהטעם שזה ראוי הוא משום דאי קדמה סבתא וזכנא זכינה זכיני. הרי"ף ס"ל שמה שהסבתא יכולה למכור הוא הוכחה שאין זכיית האחריו מעכשיו, שאם היה שלה מעכשיו אין הראשונה יכולה להפקיע קנינה של האחריו. וכיון שאינו מעכשיו זה ראוי. ומה"ט כתב הרי"ף שאם יפרש הנותן שנותן לאחריו גוף מהיום ופירות אחר מיתת הסבתא אין הסבתא יכולה למכור ואין זה ראוי.

מה"ט מקשה רע"א מה הקשו התוס' בסוף הדיבור על ר"ת מהגמ' בב"ק למה הגמ' בב"ק צריכה להעמיד אליבא דרבי ובגרושה הא לר"ת ר"נ ס"ל גם אליבא דרבנן שמלוה נחשב מוחזק. וקשה הרי כל דברי ר"ת הם רק אליבא דאביי והגמ' בב"ק רוצה לישב גם אליבא דרבא, ולרבא מודה ר"ת לדברי הרשב"ם.

על מה שכתבו התוס' בתחילת הדיבור שלרשב"ם צ"ל דמה שפסק ר"נ לעיל כרבי היינו לענין שבח ולא לענין מלוה שלרשב"ם ר"נ אליבא דנפשיה ס"ל כרבנן, תמה רע"א שמחלוקת בני מערבא ור"נ כאן הוא בביאור שיטת רבנן ואין ראיה מדברי ר"נ שהוא פוסק הלכה כרבנן.

ר"ת מבאר שמה שרבה מבאר במעשה דסבתא שהטעם שנחשב ראוי הוא משום דאי קדמה וזכנא זכינה זכיני זה רק לרבה אבל בני מערבא עצמם לא ס"ל טעם זה אלא לדידהו הוי ראוי משום שאין שום חוב או שיעבוד על הסבתא. משא"כ במלוה דאיכא שיעבוד נחשב מוחזק לבני מערבא אף שיכול להפקיע את הגביה ע"י מכירה. המהרש"א מבאר שמה שהכריח את התוס' להמציא מחלוקת בין בני מערבא ורבה בזה הוא שאביי מקשה על רבה משם ולא תירץ כלום אלא רק שרבה לא אמר דעת עצמו אלא אליבא דבני מערבא. ואכתי קשה דברי בני מערבא אהדדי. לזה כתב ר"ת שמבני מערבא אבני מערבא לא היה קשה מעיקרא דשאני מעשה דסבתא שלא היה שיעבוד. וכל השאלה של אביי היתה על רבה שאמר הטעם שנחשב ראוי במעשה דסבתא משום דאי זכנא זכינה זכיני ע"ז מקשה אביי דהכא נמי מצי הלוח מזבין. וע"ז שפיר תירץ רבה דדבריו הכא הם אליבא דבני מערבא.

וא"ת מנא ליה לר"נ דלבני מערבא גבו קרקע אין לו וכו'. עיין לעיל מה שכתבנו על שאלה זו לדעת הרשב"ם. והובא שהמהרש"א כתב שההכרח לומר שלבני מערבא יש אופן שגבה אין לו הוא משום דתניא בברייתא לעיל ק"ד. שלרבי בכור נוטל פי שנים במלוה משמע שלרבנן אינו נוטל. וע"כ שמה שלבני מערבא גם לרבנן הוא נוטל הוא בגבו קרקע ולא בגבו מעות או איפכא. אך דברי המהרש"א יש להם מקום רק לשיטת הרשב"ם דר"נ אליבא דנפשיה ס"ל שבכל גוויי אין לו לרבנן. אבל לר"ת שלר"נ בכל גוויי יש לו ע"כ צ"ל שאין הכרח מן הברייתא שלרבנן יש אופן שבכור אינו נוטל פי שנים במלוה. ולכן ר"ת לשיטתו מקשה על פירושו מנין לר"נ שבני מערבא לא ס"ל שבין בקרקע בין במעות יש לו כמו שר"נ בעצמו סובר. דהיינו שגם שאלה זו של התוס' הוא רק על ר"ת לשיטתו ולא על הרשב"ם.

מה שתירצו התוס' שמזה שלא אמרו בני מערבא שבכל גוויי יש לו משמע דס"ל שיש אופנים שאין לו. דברי התוס' לכאורה סותרים את מה שכתבו לעיל בד"ה נהרדעי דכיון שאמימר סתם דבריו ולא חילק בין גבו קרקע לגבו מעות משמע דס"ל שבכל גוויי הבכור נוטל פי שנים. עיין מה שכתבו בזה המהרש"א והרש"ש.

בעה"מ מפרש דר"נ אליבא דנפשיה ס"ל שבין גבו קרקע בין גבו מעות יש לו. וזה כשיטת ר"ת אך ר"ת ס"ל שר"נ סובר כן בדעת רבנן. ובעה"מ כתב שמה שלר"נ אליבא דנפשיה בין גבו קרקע בין גבו מעות יש לו הוא משום דר"נ ס"ל דקי"ל כרבי. לפי בעה"מ לא קשיא קושיית התוס' על ר"ת מהגמ' בב"ק אמאי הוצרכו להעמיד כרבי הא לר"נ גם רבנן סברי בין גבו קרקע בין גבו מעות יש לו. ולבעה"מ לק"מ בדעת רבנן מודה ר"נ לבני מערבא אלא דס"ל דקי"ל כרבי ולכן צריכה הגמ' בב"ק לאוקמא כרבי.

המקבל בקבר בשעת מיתת הנותן כדי להוריש לירשיו. ולדבריו שפיר י"ל שמתנת האב היה לבתו וכן הבת יורש את אמו גם לרי"ף שאין הבת זוכה מעכשיו אלא אחר מיתת הסבתא.

אמנם עיין באמרי משה ס' ל"ח אות י"ז שגם כתב שני צדדים אלו שכתב הקו"ש, ומבאר האמרי משה שגם לצד שהבת אינה זוכה מעכשיו, וכן הבת זוכה ישר מאבי אמו, והבעל אינו יכול לזכות ישר מפני שבעל שאינו קרוב אינו בכלל ירתי ירתאי, מ"מ אם היה יורש בראוי היה יורש הבעל ברגע של מיתת אשתו את הזכות שיש לאשה לקבל נכסים אלו אחרי מיתת הסבתא. ואף שאת גוף הנכסים לא היה לבת בחייה מ"מ הזכות לקבל היה לה. וזכות זו היה הבעל יורש אם בעל היה יורש את אשתו בראוי.

נמצא שמה שזוכה בן הבת לרבה יש לפרש בב' אופנים. א. מתנה ישירה מאבי אמו. ב. ירושה מאמו. הקו"ש תולה ענין זה במחלוקת הראשונים אם לרבה אחריו הוי מעכשיו או לא. מה שכתב שלבעה"מ שזוכה מעכשיו זה ירושה מאמו הוא מוכרח שאמו זכתה כבר בחייה והוא יורש ממנה. אבל מה שכתב שלרי"ף שאינה זוכה מעכשיו זה נתינה ישירה לבן הבת לכאורה אינו מוכרח דאף שלא זכתה הבת בחייה מ"מ זוכה היא בקבר אחרי מיתת הסבתא להוריש לבנה. וזה ע"פ דברי הקצות בס' קכ"ה סק"ה שגם במתנת שכ"מ יש דין משמוש כמו בירושה. ולכאורה מוכח שאין זה נתינה ישירה אלא ירושה מזה שבעל אינו זוכה מפני שאינו יורש בראוי. ויש לדחות דלעולם אם אחריו לאו כאומר מעכשיו זה נתינה ישירה לבן הבת. ומה שאם הבעל היה יורש בראוי הוא היה זוכה אף שאין נתינה לבעל שאין הוא נחשב ירתי ירתאי מ"מ היה יורש בשעת מיתת אשתו את הזכות שהיה לה לקבל הממון במיתת הסבתא כמו שכתב האמרי משה.

נתבאר לעיל דסברת רב ענן דס"ל שגם בן הבת אינו זוכה בנכסים הוא משום דס"ל אחריו לאו כאומר מעכשיו. וא"כ הנתינה אינה למי שהיה יורש בשעת הנתינה לסבתא אלא למי שהוא יורש בזמן מיתת הסבתא. וכיון שבזמן מיתת הסבתא אין הבת בחיים אין נתינה לבת. ונתינה לבן הבת נמי ליכא דבן הבת הוא ירתי ירתאי. ואכתי צריך להבין לפי מה שנתבאר עכשיו דבני מערבא ורבה ס"ל שבן הבת כן זוכה, ויש צד לומר שאין זה נתינה ישירה לבן הבת אלא ירושה מאמו, ואף לסוברים דלרבה אחריו לאו כאומר מעכשיו מ"מ זוכה האם בקבר בשעת מיתת הסבתא להוריש לבנה. ואף שהבת אינה יורשת אלא מקבלת מתנה ומקבל מתנה אינו יכול לזכות אחר מיתתו שאני מתנת שכ"מ שהוא כירושה כמו שכתב הקצות"ח בס' קכ"ה סק"ה. א"כ צ"ב במאי פליג רב ענן דאמנם ס"ל שהנתינה היא למי שיהיה היורש בשעת מיתת הסבתא מ"מ למה לא תירש הבת בקבר בזמן מיתת הסבתא הרי היא יורשת ישירה, ולדברי הקצות מקבל מתנת שכ"מ יורש גם בקבר להנחיל לבנה.

האמרי משה בס' ל"ט אות ג' מקשה מדברי רב ענן על הקצות. וכתב שלרב ענן שירתאי היינו מי שיהיה היורש בשעת מיתת הסבתא כונת הנותן ליורש שיהיה בחיים בשעת מיתת הסבתא ולא ליורש שאינו בחיים אף שראוי לקבל גם כשהוא בקבר. ואה"נ אם לא היה אומר ובתרה לירתאי אלא בתרה לבתי היתה זוכה הבת בקבר להנחיל לבנה. והכא לא אמר לבתי אלא לירתאי וכשאומר לשון זה כונתו ליורש שהוא בחיים.

נמצא שלסוברים שלרבה הנתינה אינה ישירה לבן הבת אלא לבת וכן הבת יורש מהבת בזה גופא נחלקו רב ענן ורבה, דרבה ס"ל שהנתינה היא למי שיהיה היורש בשעת

בעה"מ חולק על הרי"ף וס"ל שאין כונת רבה להוכיח דאינו מעכשיו אלא דאע"ג דהוי מעכשיו זה ראוי כיון שיכולה הסבתא להפקיע זכות האחריו ע"י מכירה. ומה שאפשר למכור אף דהוי של האחריו מעכשיו הוא משום שהמתנה לאחריו הוא מה שישאר אחר מיתת הראשון, ואם הראשון מכר הוברר שמעולם לא קנה השני כלום. אבל אם לא מכר הראשון מתברר בשעת מיתת הראשון שהגוף היה של השני מתחילת הנתינה. וכיון דס"ל דהוי מעכשיו ואעפ"כ זה ראוי מפני שאפשר להפקיע זכותו א"כ גם אם יפרש מעכשיו זה נשאר ראוי. ברשב"ם בד"ה מסתברא מבואר כרי"ף, ויותר מפורש כן ברשב"ם קכ"ו. ד"ה יש לשונות אחרים. הריטב"א ס"ל בזה כבעה"מ וכן מבואר בתוס' לעיל ד"ה ולטעמייהו בועוד י"ל.

נמצא שלר"ה האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי ואין זה ראוי. לרב ענן לא הוי כאומר מעכשיו. ולרבה לרי"ף לאו כאומר מעכשיו ולכן זה ראוי. ולבעה"מ כאומר מעכשיו ואעפ"כ זה ראוי.

הקו"ש באות שצ"ב מסתפק לשיטת בני מערבא שלירתאי ואפי' לירתי ירתאי וכן הבת זוכה בנכסים, ורק הבעל אינו זוכה דהוי ראוי אם בן הבת זוכה מכח ירושת אמו או מקבל את הנכסים במתנה מאבי אמו. דהיינו אם מה דסברי בני מערבא ירתאי ואפי' ירתי ירתאי הוא דומיא דירתי ירתאי דר"ה שהכונה שבפועל זה מגיע ליורשי יורשיו אבל לא שכלול בנתינה של האב נתינה ליורשי יורשיו. או דלמא לבני מערבא ירתאי ואפי' ירתי ירתאי הוא כפשוטו שדעת הנותן לתת גם ליורשי יורשיו ולא כירתאי ואפי' ירתי ירתאי דר"ה. ואין זה נוגע לדברי הריטב"א שהובאו לעיל שהריטב"א קאי לר"ה שגם הבעל זוכה והקו"ש קאי על בני מערבא ורבה שרק בן הבת זוכה. וכתב הקו"ש שזה תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל שלרי"ף שמה שהסבתא יכולה למכור הוא ראייה שהאומר אחריו לאו כאומר מעכשיו דמי א"כ מעולם לא זכתה הבת בנכסים ואין הבן יכול לרשת ממנה ובהכרח הוא מקבל את המתנה ישר מאבי אמו. אבל לבעה"מ שהאומר אחריו כאומר מעכשיו הבת זכתה בממון מיד בשעת הנתינה והבן יורש ממנה.

דברי הקו"ש לכאורה צ"ב איך יתכן לומר שהנתינה היא ישר לירתי ירתאי הרי מבואר בגמ' שמה שהבעל אינו זוכה הוא משום שאינו יורש בראוי. ואם הנתינה היא ישירה ליורשי יורשיו מה ענין ראוי לכאן. והוי לה לגמ' למימר שרק בן הבת נחשב ירתי ירתאי שהוא יורש של קורבה משא"כ בעל שהוא נחלה הבאה ממקום אחר אינו נחשב ירתי ירתאי. וממה שאמרו שבעל אינו זוכה משום דהוי ראוי מוכח שהנידון הוא שיזכה מכח ירושת אשתו כמו שכתב הריטב"א שהובא לעיל. ולכאורה מוכח מזה שגם לדעת הרי"ף שלרבה אחריו אינו מעכשיו ולא זכתה הבת במתנה בחייה מ"מ כשמתה הסבתא זוכה הבת בקבר להוריש לבנה. והבעל אינו יורש את מה שאשתו זכתה בקבר שאין הבעל יורש את אשתו בראוי.

ואכתי צ"ב שמה שיש ירושה בקבר להנחיל ליורשיו מצאנו רק כשזוכה מכח ירושה. אבל בקנין לאחר זמן ומת המקבל לפני חלות הקנין אין המקבל זוכה בקבר להנחיל לבניו. וכאן הבת קבלה מתנה מאביה ואין תזכה במתנה זו לאחר מיתתה. אמנם מתנת שכ"מ שאני לענין זה משאר מתנת בריא. דמבואר לקמן קמ"ח. דשכיב מרע שאמר הלוואתי לפלוני חלה המתנה אף שבריא אינו יכול להקנות מלוה ע"פ שאני מתנת שכ"מ דכירושה שוויה רבנן. וכתב הקצות"ח בס' קכ"ה סק"ה כיון שמבואר בגמ' שמתנת שכ"מ יש לה דין ירושה ה"ה שבמתנת שכ"מ אם מת מקבל בחיי נותן חל המתנה כשמת הנותן. ואף דאין זכיה לאחר מיתה שאני מתנת שכ"מ דכיון שיש לו דין ירושה זוכה

אות י"ז שמדברי הרשב"ם יש ללמוד תרתי. א. שירושת אח היא ירושה ישירה ולא מכח משמוש האב. והובא בריש פרקין שהאחרונים האריכו בענין זה אי ירושת אח היא ירושה ישירה או מכח משמוש האב ע"ש. עיין במחנ"א זכיה ס' מ' בד"ה וראיתי שכתב בשם המהרי"ל שתמה על דברי הרשב"ם משום דפשיטא ליה למהרי"ל שירושת אח הוא דרך משמוש. ב. מוכח דירושת בן הבת אינה ירושה ישירה אלא דרך משמוש האם. ואף דמבואר לקמן קנ"ט. דבן הבן יכול לומר מכח אביו דאבא קאטינא אין הכונה שבן הבן הוא יורש ישיר של אבי אביו דלעולם כח ירושתו הוא מכח אביו והדין של מכח אביו דאבא קאטינא נאמר רק לענין זה שאין לאביו זכיה גמורה בנכסים ובע"ה שלו אינו יכול לגבות מירושתו זו כמו שמבאר האמרי משה בס' ל"ח אות ב' וג'.

גם הקצה"ה בס' ק"ד סקט"ו שהובא לעיל כתב שמכח אביו דאבא קאטינא אין הכונה שאין הירושת עוברת דרך הבן שאפי' אם נאמר שיש לבן הבן סיבה לרשת ישיר את אבי אביו מ"מ אביו שהוא בן קודם לו. אלא עיקר הטעם שאין בע"ה של האב גובים הוא כמו שכתבו הרמב"ן והרא"ש שאין בע"ה גובה בראוי. ומה שמבואר לקמן קנ"ט. הטעם של מכח אביו דאבא קאטינא היינו לענין המצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם, שזה רק במקום שכל כחו של הבן הוא מכח אביו אבל כאן שיש לו גם סיבה עצמי לרשת אין מצוה עליו לפרוע החובות של אביו. ויש סיוע לדברי הקצות מהגמ' והרשב"ם כאן שבן הבת אינו יורש ישיר אלא יורש דרך אמו.

עוד כתב הרשב"ם דלרב ענן שאין בן הבת זוכה בנכסים כיון דס"ל לירתאי ולא לירתאי ירתאי חוזרים הנכסים ליורשי הסבתא כמבואר לקמן קל"ו: לגבי אחריון שאם מת השני בחיי הראשון יחזרו הנכסים ליורשי הראשון. יש לעיין אם מה שכתב הרשב"ם שיחזרו הנכסים ליורשי הסבתא הוא במקום שאין לנותן המתנה לא אב ולא אח אלא רק בן הבת, בזה אמרינן כיון שאין בן הבת יורש ישיר אינו בכלל ירתאי, וא"כ כיון שהבת שהיא היורשת מתה זה נחשב כמת שני בחיי הראשון ויחזרו הנכסים ליורשי הראשון. אבל אם היה לנותן בת וכן הבת, וגם אב או אח ומתה הבת ונשאר אב או אח וכן נשאר בן הבת, כיון שבשעת מיתת הסבתא יש יורש ישיר שהוא האב או האח הם יזכו בנכסים ולא יורשי הסבתא. ורק כשאין אב או אח יחזרו הנכסים ליורשי הסבתא. או דלמא גם כשיש אב או אח חוזרים הנכסים ליורשי הסבתא כיון שהאב והאח אינם יורשים במקום שיש בן הבת. ורק כשיש אב או אח ואין בן הבת שהאב או האח הם יורשים בפועל הם נחשבים ירתאי, אבל במקום בן הבת שאין האב או האח יורשים אין הם נחשבים ירתאי אף שהיו ראויים לרשת אילו לא היה בן הבת. ואף שבן הבת אינו מקבל את הנכסים מפני שאינו יורש ישיר מ"מ כיון שבפועל הוא היורש אין האב או האח נחשבים ירתאי.

ויש לתלות ספק זה במחלוקת הראשונים אם יש יורש לרחוק במקום קרוב. והובא המחלוקת בזה והג"מ מזה בקובץ הערות ס' מ' אות ו' ד' ע"ש. לסוברים שאין לרחוק שם יורש במקום שיש יורש קרוב ממנו פשוט שאין האב או האח זוכים בנכסים שבמקום בן הבת אין להם שם יורשים כלל. אבל לסוברים שיש על הרחוק שם יורש גם במקום שיש קרוב יש מקום לומר שיש על האב והאח שם ירתאי כיון שיש להם שם יורשים, וכיון שבן הבת אינו יורש ישיר והם יורשים ישירים הם יזכו בנכסים. ורק כשאין אב או אח יחזרו הנכסים ליורשי הסבתא.

אך אין זה מוכרח דאף שיש לאב או לאח שם יורש במקום בן הבת מ"מ יש מקום לומר שירתאי היינו מי שראוי בפועל לרשת, וכיון שהאב או האח אינם יורשים בפועל

מיתת הסבתא. וגם אם היורש אינו בחיים הוא זוכה בקבר להנחיל ליורשיו לכן בן הבת יורש את אמו. ורב ענן ס"ל שהנתינה היא רק ליורש שיהיה בחיים בזמן מיתת הסבתא.

נידון זה אי לרבה בן הבת זוכה מהנותן או שיוורש מאמו הוא מבואר להדיא ברבינו יונה כאן אחרי שמביא את גרסת הרשב"ם בסוגיין. וכתב רבינו יונה שנחלקו בזה רבה ובני מערבא. דאף דתרוייהו ס"ל שבן הבת זוכה בנכסים והבעל אינו זוכה בנכסים אין הם שווים בטעם הדבר. שלבני מערבא מה שזה ראוי הוא משום דס"ל אחריון לאו כמעכשיו דמי. ולבני מערבא לא צריך להגיע להא דאי זבנא זבינא זביני. ורבה ס"ל דהוי כמעכשיו ומה שזה נחשב ראוי ואין הבעל יורש הוא משום דאי קדמה וזבנא זבינא זביני. ורבינו יונה ס"ל בדעת רבה כשיטת בעה"מ דאף שאחריון כמעכשיו דמי זה נחשב ראוי כיון שיכולה הסבתא להפקיע זכות הבת ע"י מכירה. וזה כמבואר בתוס' לעיל בעמ' א' בד"ה לטעמייהו בועוד י"ל דפליגי רבה ובני מערבא בזה.

ומבאר רבינו יונה שבזה תלוי הטעם שבן הבת זוכה. לרבה שהבת זוכה מעכשיו בן הבת יורש ממנה. ולבני מערבא שאין הבת זוכה מעכשיו הנתינה היא ישירה לבן הבת. ומוסיף רבינו יונה דנ"מ מזה לענין שאר קרובי הבת שלרבה שהבת זוכה מעכשיו כשם שהיא מורשה לבנה כך היא מורשה לשאר קרוביה כגון אחי אביה או בן אחי אביה. משא"כ לבני מערבא אין הבת זוכה מעכשיו אלא הנתינה של הנותן הוא ישיר לבן הבת. וזה דוקא בבן הבת ולא באחי אביה או בני אחי אביה שהם יורשים דרך האב שאינו מתכוין שיחזרו לו הנכסים. לכן אין דעתו על קרובים שבאים מכחו ע"ש.

הרמ"א בס' רמ"ח סע' ז' כתב שאם נתן מתנה ואמר אחריון ליורשי והיה לו בת ולבת היה בן ומתה הבת בחיי המקבל הראשון בן הבת עומד במקום הבת וזוכה בנכסים. וזה כרבה ובני מערבא. ומוסיף הרמ"א שזה רק בבן הבת אבל אם אין לבת בן אלא שאר יורשים אין הם עומדים במקומה אא"כ אמר מעכשיו. וזה כדברי רבינו יונה הנ"ל שאם אחריון לאו כאומר מעכשיו אין בן הבת זוכה מכח אמו אלא ישיר מנותן המתנה דירתאי כולל ירתי ירתאי. ורק בן הבת הוא בכלל ולא שאר קרובים שבאים מחמת הנותן. ורק אם אמר מעכשיו הבת זכתה בנכסים ויורשיה באים מכחה, ולגבי זה שאר יורשי הבת שווים לבן הבת.

דבר זה נפתח בגדולים. היד רמה מפרש דברי רבה שאמר מסתברא טעמא דבני מערבא דאי קדים סבתא וזבנא זבינא זביני כשיטת הר"ף והרשב"ם שממה שהראשון יכול למכור מוכח שאין זכיית האחריון מעכשיו. אך הרמ"ה מוסיף שבזה גופא נחלקו רבי ורשב"ג לקמן קל"ז. דרבי ס"ל שאם מכר הראשון השני מוציא מיד הלוקחות משום דס"ל שהאחריון קונה את הגוף מעכשיו ואת הפירות אחר מיתת הראשון. וכיון שהגוף הוא של השני מעכשיו אין הראשון יכול למכור. ורשב"ג ס"ל שאין לשני אלא מה ששייר ראשון משום דס"ל שאחריון לאו כאומר מעכשיו, וכיון שלא קנה השני עד מיתת הראשון מכירת הראשון חלה. וכתב הרמ"ה שזה כונת הגמ' כאן דבר זה נפתח בגדולים ונסתיים בקטנים, שמה שנחלקו רבה ור"ה כאן אם אחריון כאומר מעכשיו דמי או לא כבר נחלקו בזה תנאים, רבי ורשב"ג. ומה שרבה אמר מסתברא כבני מערבא הוא משום דקי"ל כרשב"ג שאין לשני אלא מה ששייר הראשון.

רשב"ם ד"ה ורב ענן אמר. רב ענן ס"ל שהנתינה היא למי שהוא יורשו בשעת מיתת הסבתא. ודוקא ליורש ישיר ולא ליורש שיוורש מכח יורש אחר. וכתב הרשב"ם שיוורש ישיר היינו בתו או אחיו או אביו. ויורש שאינו ישיר היינו כגון בן הבת שיוורש מכח אמו. כתב האמרי משה בס' ל"ח

שמשמע ברשב"ם שם שאינו יורש את אשתו אחר מיתת אשתו אלא הכוונה שאינו יורש את אשתו אחרי מיתתו. דהיינו שאם הבעל מת לפני האשה אינו יורש את אשתו כשהוא בקבר כשהיא תמות. והקשו התוס' שם אמאי פשוט לגמ' שבעל אינו יורש את אשתו אחרי מיתתו, מ"ש משאר יורשים שיורשים גם כשהם בקבר מדין משמוש נחלה. וכתבו בשם ריב"ם שמה שפשוט לגמ' שאין הבעל יורש אחר מיתתו הוא משום דכיון שמת הבעל בטל השארות, והיא כבר לא אשתו. וכתבו ע"ז התוס' שאינו נראה דמבואר ביבמות נ"ה: שגם אחר מיתה לא בטל השארות. לכן כתבו התוס' שמה שפשוט לגמ' שאין הבעל יורש את אשתו אחרי מיתתו הוא משום שהדין של משמוש נלמד מובן אין לו, וזה נאמר בירושה של קורבה ולא בירושה של בעל שאינה ירושה של קורבה. והקשו ע"ז התוס' א"כ למה צריך לימוד מפסוק בדף קי"ג. שאין הבעל יורש את אשתו בראוי ת"ל שאינו יורש אחר מיתתה מפני שלא נתחדש משמוש בירושה של בעל שאינה ירושה של קורבה. וכתבו התוס' על דרך הריב"ם שמה שאין הבעל יורש את אשתו אחר מיתתו הוא משום שאין ירושה מכח שארות אחר מיתה. ואף שביבמות מבואר שהשארות אינו בטל אחר מיתה מ"מ כיון דילפינן מקרא בדף קי"ג. שאין הבעל יורש את אשתו בראוי זה גילוי שאין ירושה מכח שארות של אחר מיתה. וכשם שאינו יורש את אשתו אחר מיתתה כך אין הבעל יורש את אשתו כשהוא בקבר, תרוייהו מחד טעמא והוא דאף שנשאר השארות אחר מיתה כדמוכח ביבמות מ"מ ילפינן מקרא שאין ירושה מחמת שארות של אחר מיתה. והמקור של הגמ' בדף קי"ד: שאין הבעל יורש את אשתו כשהוא בקבר הוא מהלימוד בדף קי"ג. שאינו יורש את אשתו כשהיא בקבר. והכל משום שנחלש השארות אחר מיתה. וכן כתב רבינו יונה כאן שהפסוק מלמד שאין ירושה מחמת שארות אחר מיתה.

מה שכתבו התוס' שמוכח ביבמות נ"ה: שאין השאר בטל אחר מיתתה הוא ממה שמבואר שם דילפינן מקרא דאשת איש פרט למשמש מתה. דס"ד אמינא הואיל ולאחר מיתה נמי איקרי שארו אימא ליחייב עלה באשת איש קמ"ל. הרי מבואר שגם לאחר מיתה יש שארות ולכן ס"ד שגם אחר מיתת האשה איכא איסור אשת איש. וגם אחר הקמ"ל אין חזרה מזה אלא דאף שיש שארות אחר מיתה יש מיעוט שאין חיוב אשת איש אחר מיתת האשה.

התוס' ביבמות שם בד"ה לאחר חולקים על התוס' בב"ב וס"ל שהקמ"ל שם הוא שאין שארות לאחר מיתה. ולכן כתבו שמה שפשוט לגמ' בב"ב קי"ד: שאין הבעל יורש את אשתו כשהוא בקבר הוא ממה דילפינן ביבמות שם שאין שארות לאחר מיתה. ולכאורה מחלוקת התוס' ביבמות והתוס' בב"ב תלוי בגרסא ביבמות. שבספרים שלנו כתוב שם סד"א הואיל ולאחר מיתה נמי איקרי שארו וכו'. ואי גרסינן הואיל משמע שאליבא דאמת יש שארות אחר מיתה. ולכן היה ה"א שיהיה חיוב אש"א אחר מיתה קמ"ל שאף שיש שארות אין חיוב. אך אי לא גרסינן התם הואיל אלא סד"א לאחר מיתה נמי איקרי שארו וליחייב קמ"ל משמע איפכא דקמ"ל שאין שארות לאחר מיתה. וזה שיטת התוס' ביבמות.

נמצא דנחלקו התוס' לעיל קי"ד: והתוס' ביבמות אם יש שארות אחר מיתה או לא. ובזה תלוי הפשט בגמ' לעיל קי"ד: שאם בטל השארות מובן למה פשוט לגמ' שאין הבעל יורש את אשתו כשהוא בקבר. ואם לא בטל השארות צריך לומר כמו שכתבו התוס' לעיל שמה שאין הבעל יורש את אשתו כשהוא בקבר נלמד מהפסוקים שלמדו מהם בדף קי"ג. שאין הבעל יורש את אשתו כשהיא בקבר.

כשיש בן הבת אין הם בכלל ירתאי ויחזרו הנכסים ליורשי הסבתא גם כשיש אב או אח. ורק כשאין בן הבת ויש אב או אח יזכו האב או האח בנכסים.

הראשונים מביאים גרסת הרי"ף והגאונים שלא גרסו הרשב"ם ובתרה לירתאי אלא בתרה לירתה. דהיינו ליורשיה של הסבתא. עיין בזה ברבינו יונה ובריטב"א. הריטב"א מקשה על גרסת הרשב"ם דמבואר לקמן קל"ז: לפירוש הרשב"ם שם שמה שמהני מכירת הראשון להפקיע זכותו של האחרין הוא רק כשהאחרין הוא אדם אחר. אבל היכא דאמר אחרין לי או לבני אין הראשון יכול למכור. א"כ אמאי מהני הכא מכירת הסבתא הרי הוא אומר אחרין לבתי. לכן כתב הריטב"א שהעיקר כגרסת הגאונים שהאחרין אינו יורש של הנותן אלא יורש של הסבתא.

אך לגרסת הגאונים קשה מה נ"מ מהנתינה ליורשיה אחריה הרי בלא"ה הם יורשים של הסבתא ויזכו מכח ירושה. וכתב בזה הריטב"א שאם לא היה אומר אחרין ליורשיך והיו יורשיה זוכים מכחה היתה יכולה למכור ולא היה ליורשים מה לרשת. אבל עכשיו שהנותן נתן ליורשיה אחריה הרי זה דומה לכל אחרין דאף לרשב"ג שאם קדמה הראשונה ומכרה חל המכירה ואין לשני אלא מה ששייר הראשון מ"מ לכתחילה אסור לראשון למכור. והמשיא עצה למכור הרי זה רשע ערום כמבואר לקמן קל"ז. וע"ע בריטב"א שכתב עוד נ"מ בזה. רבינו יונה כתב נ"מ שאם לא היה נותן ליורשיה אלא הבת היתה באה מכח ירושה, אם מתה הבת בחיי הסבתא לא היו קרוביה יורשים ממון זה, שאין הבת יורשת את אמה בקבר להנחיל לאחים מן האב. אבל עכשיו שיש נתינה של הנותן לקרובי הסבתא הבת זוכה בקבר להנחיל ליורשיה.

עוד מקשה הריטב"א על גרסת הגאונים מה בכך שמתה הבת והנותן לא נתן ליורשי יורשי מ"מ יהיה הדין כמת שני שחזר ליורשי ראשון, ולגרסת הגאונים בן הבת הוא יורש של הסבתא. וכתב הריטב"א שלגרסא זו צ"ל דרב ענן לא ס"ל שאם מת שני יחזרו נכסים ליורשי ראשון **אלא** ס"ל כמאן דאמר לקמן קל"ז: שחזר ליורשי הנותן.

תוד"ה לירתאי. הקשו לרב ענן מלקמן קל"ז: דסברו בקושייתם שבדוקא נקטו שם באחרין לפלוני ואחרי אחרין לפלוני, שבזה גם השני אין לו אלא פירות, לכן כשמת השני חוזרים הנכסים ליורשי הראשון. ומשמע שאם יש רק אחרין אחד שהגוף של השני גם אם מת השני יהיו הנכסים ליורשינו. ותיצו דמה דנקטו שם בשני אחרין הוא משום דס"ד שבזה במת שני יהיו הנכסים לשלישי קמ"ל. הריטב"א מקשה משם על ר"ה אמאי חוזרים הנכסים ליורשי הראשון הרי לר"ה צריך להיות הנכסים ליורשי השני. וכתב הריטב"א דדוקא שם חזר ליורשי הראשון מפני שיש שלישי. וזה הפך דברי התוס' ומה דסברו התוס' בקושייתם ששלושה דוקא כתב הריטב"א בתיורצו.

אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק. כתב הרשב"ם דאיירי בראוי גמור דהיינו מה שירשה אשתו אחר מיתתה דילפינן לעיל קי"ג. שאין הבעל יורש את אשתו בראוי. ויש לעיין למה לי קרא להא דאין הבעל יורש נכסים שהגיעו לאשתו אחר מיתתה ת"ל דכיון שמתה פקע האישות וכבר אינה אשתו. אך שאלה זו תלויה במחלוקת הראשונים אי בטל השארות שיש בין הבעל לאשה במיתת האשה או לא כמו שיבואר.

איתא לעיל קי"ד: מה אשה את בעלה אין הבעל יורש את אשתו בקבר אף אשה את בנה אין הכן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחים מן האב. וכתבו שם התוס' דמה שמבואר שם שאין הבעל יורש את אשתו בקבר אין הכוונה כמו

שראית הרשב"ם מבכור שאין יורש אלא הוא אינה מובנת שבאופן זה אינו יורש מדין בכור אלא מדין פשוט. ואף שיש פוסקים דס"ל שגם בכור שהוא יורש יחידי יש בו דין בכורה כמו שיבאר בס"ד לקמן קכ"ז. בהא דאין טומטום ממעט מחלק בכורה. היינו רק לענין המעלה שיש לבכור על פשוט בזה יש מקום לומר דאף שהוא יורש יחידי מ"מ כיון שהוא ראשית אוננו של אביו יש לו מעלת בכור. אבל החסרונות של בכור בודאי אין לו שאינו צריך להגיע לדין בכור שבודאי לא גרע מפשוט. ודברי הרשב"ם לכאורה צ"ע.

תודה ואין הבכור. כתבו דאע"ג שלגבי בכור ובעל מלוה נחשב ראוי לגבי כתובת אשה אין זה נחשב ראוי. ואף שלא גובים כתובה מראוי ממלוה גובים כתובה. ב' דרכים נאמרו בביאור טעם הדבר. רע"א בכתובות פ"ד. כתב שלגבי כתובה אין מלוה נחשב ראוי מפני שיש שיעבודא דר"נ, ובגלל הדין של שיעבודא דר"נ יכולה האשה לגבות ישר מהלוה של בעלה. ואצלו הממון הוא מוחזק. וכדברי רע"א כתבו רוב הראשונים כאן, הלא חמה הרא"ש בסוף ס' י"א רבינו יונה הרשב"א הריטב"א והנ"י.

ההגהות אשרי בכתובות פ"ד. כתב וז"ל אשה גובה כתובתה שפיר ממלוה שביד אחר ולא חשיב ראוי אע"ג דלגבי בכור הוי ראוי פי' ר"י מהר"ח דשאני אשה דמן הדין היה לה ליטול בראוי אלא דמקולי כתובה שנו כאן כדאיתא בפרק יש בכור עכ"ל. דהיינו שאין להשוות גדר ראוי בבכור ובעל שבהם הדין של ראוי הוא מן התורה, ולגבי זה גם מלוה נחשב ראוי, לדין ראוי של כתובה שאינו אלא תקנ"ח, ולא תקנו אלא בראוי גמור ולא במלוה.

אמנם יש ראשונים שחולקים על התוס' וס"ל שגם לגבי כתובה מלוה נחשב ראוי. הר"י מיגש כתב שהר"ף ור"ח ס"ל שגם לגבי כתובה מלוה נחשב ראוי. והובאו דבריו בשיטמ"ק. גם ההג"א הנ"ל בכתובות אחר שמבאר הטעם שמלוה אינו נחשב ראוי לגבי כתובה מביא ההג"א שרבינו שמואל מברנובערק ס"ל שגם לגבי כתובה מלוה הוי ראוי. ואף שהתוס' הביאו ראיה לדבריהם שגובים כתובה ממלוה ממשנה מפורשת בכתובות פ"ד. הרמב"ן כאן בתוך הדברים כתב שיש לדחות ראיה זו דמתני' לצדדים קתני, ומה שנזכר שם מלוה ביד אחרים קאי על בע"ח ולא על כתובה. הובאו דברי הרמב"ן בקצה"ח ס' פ"ו סק"ז. אך דחיה זו יש לה מקום רק לסוברים שמלוה גובה מראוי ורק כתובה אינה נגבית מראוי. וכן מבואר ברמב"ן שכתב ז"ל וזו אינה ראיה לפי דעתי שאם יש חילוק בין כתובת אשה לבע"ח איכא למימר מתני' לצדדין קתני פקדון לכתובת אשה ושניהם לבע"ח עכ"ל. הגאון באבה"ע ס' ק' סק"ג כתב שהסוברים שכתובה אינה נגבית ממלוה יאמרו שהמשנה בכתובות היא כרבי דס"ל שמלוה אינה נחשבת ראוי. ולא ס"ל כתוס' שדחו תירוצו זה דלא אשתמיט שום אמורא לאוקמי מתני' דכתובות כרבי.

תוס' בסוה"ד הקשו סתירה בדברי ר"פ, דר"פ ס"ל הכא בין גבו קרקע בין גבו מעות אין לו. ומוכח דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא. שהגמ' לקמן קע"ה: תולה המחלוקת אם יש לו או אין לו במחלוקת אם שיעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא. דברי התוס' לכאורה אינם מובנים שבדף קע"ה: מבואר רק דמאן דאית ליה שיעבודא לאו דאורייתא ע"כ ס"ל גבו קרקע אין לו. אבל אין הכרח משם דמאן דאית ליה שיעבודא דאורייתא בהכרח אית ליה יש לו. דלעולם איכא למימר שגם אם שיעבודא דאורייתא אין זה מוחזק דסו"ס זה עדיין מחוסר גוביינא. וא"כ ממה שאמר ר"פ גבה קרקע אין לו אין ראיה דס"ל שיעבודא דאורייתא. עיין בקו"ש באות שפ"ח שעמד בזה.

לתוס' לעיל ניהא אמאי צריך קרא ללמד שאין הבעל יורש את אשתו בראוי דס"ל שיש שארות אחר מיתה. אבל לתוס' ביבמות דס"ל שמהלימוד של אשת איש ולא מתה ילפינן שאין שארות אחר מיתה, ומהתם פשיטא לגמ' בדף קי"ד: שאין הבעל יורש את אשתו כשהוא בקבר, א"כ אמאי צריך קרא בדף קי"ג. ללמד שאין הבעל יורש את אשתו בראוי ת"ל שבטל השארות במיתת האשה. וכמו שכתבו התוס' ביבמות דלא בעינן קרא ללמד שהבעל אינו יורש כשהוא בקבר כך לא בעינן קרא ללמד שאינו יורש את אשתו כשהיא בקבר. ולא נראה לחלק בזה בין מיתת האיש למיתת האשה. וצ"ע.

תודה אמר ר"פ. כתבו דכשם שאין הבעל יורש את אשתו בראוי כך אינו יורש מלוה של אשתו שגם הוא נחשב ראוי. הרמב"ן והריטב"א כתבו ששיטת הר"י מיגש הוא שרק לגבי בכור מלוה נחשב ראוי ולא לגבי בעל, ואף שבעל אינו יורש את אשתו בראוי הוא יורש מלוה של אשתו. הרמב"ן והריטב"א חולקים מכח הגמ' בב"ק. היד רמה כאן ס"ל נמי כשיטת הר"י מיגש, וכן כתב המ"מ בפ"א מנחלות הי"א בדעת הרמב"ם.

סברת הר"י מיגש לחלק בזה בין בכור לבעל הוא שבבכור נאמר בכל אשר ימצא לו וילפינן מזה שאין בכור נוטל פי שנים אלא בדבר שאביו היה מוחזק בו בחייו. ולענין זה גם מלוה נחשב ראוי כיון שלא היה המוריש מוחזק בממון. אבל לענין בעל אין דין של מוחזק. ומה שאינו יורש בראוי סובר הר"י מיגש כמו שכתבו התוס' לעיל שהוא משום דילפינן מקרא ששארות אחר מיתה אינו מספיק לירושה. וזה סיבה רק שלא ירש הבעל את מה שהגיע לרשות האשה אחרי מיתתה. אבל במלוה אין הירושה על הממון שהוא עתיד לגבות אלא על החוב שיש לו בשעת המיתה. ובה אין חסרון לענין בעל. וכן מבואר ביד רמה דס"ל כשיטת הר"י מיגש שבעל יורש מלוה. ומבאר שרק בבכור יש דין של מצוי, משא"כ בבעל אין דין של מצוי אלא ילפינן בדף קי"ג שאינו יורש את אשתו אחר מיתתה. וזה לא שייך במלוה. וזה כמו שנתבאר. ודברי התוס' שכתבו כאן שאין הבעל יורש מלוה של אשתו לכאורה סותר את התוס' לעיל קי"ד: שכתבו שמהדין של אין הבעל יורש את אשתו בראוי ילפינן ששארות של אחר מיתה אינו מספיק לירושה. שלדברי התוס' אין לגבי בעל דין של מצוי אלא רק שאחרי מיתה אין השארות סיבה לירושה, אבל במלוה שהירושה היא בשעת מיתה ולא אחר מיתה אין סיבה שיחשב ראוי לגבי בעל.

אפי' במה שלותה אשתו מנכסי מלוג. הרא"ש חולק על התוס' וכתב דהיכא שהלותה מנכסי מלוג שלה כשהיתה תחתיו ומתה הבעל גובה מהמלוה שהרי שלא כדין הלותה קרן של נכסי מלוג שהקין ברשותו ליטול הימנו פירות. ולא עדיף מה שהלותה ממה שמכרה שתקנו באושא שהבעל מוציא מיד הלקוחות. ולענין זה ליכא ראיה מהגמ' בב"ק שהביאו התוס' דהתם איירי בחוב של נזיקין, שזה חוב שמעשה הנזק מחייב ולא חוב שבא מחמת הלות האשה. וכדעת התוס' לכאורה צ"ל דאיירי כשקיבלה רשות להלות ולכן אינו יכול לבטל את ההלוואה מכח תקנת אושא. אלא דס"ד כיון שאם היתה מלוה בלי רשותו הוא היה מוציא א"כ הוא נחשב המלוה ולא יחשב ראוי לגביו קמ"ל דכיון שהגוף שלה היא המלוה ולגבי הבעל זה ראוי.

רשב"ם ד"ה אמר ר"פ. כתב הרשב"ם דאף שאין הבעל יורש בראוי בשבח הוא בודאי יורש כיון שהוא יורש יחידי, וכיון שכל הירושה היא שלו ממילא כל השבח שלו. ומוסיף הרשב"ם דאפי' בכור כה"ג שאין יורש אלא הוא נוטל שבח כיון שכל הירושה היא שלו. עיין בקו"ש באות שצ"ג

במלוח שעמו פלגי. הא דחולקים מספק כתב הרשב"ם דהוי ממון המוטל בספק וחולקים. והקשו התוס' דסומכוס ס"ל ממון המוטל בספק חולקין ולא קי"ל כוותיה. ולכאורה י"ל שהרשב"ם אזיל לשיטתו דאית ליה לקמן קס"ו: דקי"ל כסומכוס. אך זה אינו דמבואר ברשב"ם שם שגם סומכוס לא אמר יחלוקו אלא בספק במציאות ולא בספק בדין, שבספק בדין הואיל ואין הדיין יודע לפסוק את הדין יהיו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו. דהיינו שמי שאינו יודע את הדין אינו יכול לעשות מעשה להוציא חצי מהממון מיד המוחזק. וכאן זה ספיקא דדינא א"כ לכאורה צ"ל גם ברשב"ם כמו שכתבו התוס' שהיה כאן תקנה"ח לחלוק מספק. וכמו שכתבו התוס' לעיל ס"ב: שבכמה מקומות תקנו חכמים לחלוק מספק אף שמדינא היה צריך להיות הממנע"ה.

היד רמה באות צ"ד מפרש הא דחולקים מספק ולא אמרינן בזה הממנע"ה שרק במקום שהממון הוא בחזקת אחד והשני בא להוציא ממנו אמרינן הממנע"ה. משא"כ כאן הממון היה בחזקת האב. וכשמת האב באים הבכור והפשוט לרשת את אביהם ואף אחד מהם אינו בא להוציא ממון מחזקתו. לכן בזה חולקים גם לרבנן דסומכוס. והדברים לכאורה צ"ב שזה אמת כשבאים לרשת ממון שהיה ביד אביהם, שבזה שניהם באים לרשת ואף אחד אינו בא להוציא מהשני. אבל הכא שבאים לרשת חוב שהבכור היה חייב לאביו, ויש צד שהבכור יורש פי שנים בחוב זה, בודאי הוא מוחזק בממון שהוא חייב לאביו. ולמה אין הפשוטים נחשבים מוציאים ויהיה עליהם להביא ראיה. ומה שכתב הרמ"ה שאין הבכור נחשב מוחזק מפני שאינו טוען טענת ברי לכאורה אינו מוכן דטענת ברי צריך כשהוא בא להוציא ע"י תפיסתו אבל הכא שהוא מוחזק מעיקרא יש לו דין מוחזק גם בלי טענת ברי. וצ"ל דסובר הרמ"ה כיון שיש על הבכור חוב ודאי אף שיש צד שהוא נפטר מחיוב זה כיון שהוא יורש את אביו לא אתא ספק ירושה ומוציא מודאי חוב. ואין הוא נחשב מוחזק בממון החוב כיון שהוא בודאי חייב חוב זה. והספק לגבי הירושה הוא מילתא אחרית.

הקונה"ס בכלל ז' אות ב' מביא שהש"ך בתקפו כהן כתב שאדם שהלוה לחברו מעות ואח"כ נתעורר ספק שמא המלוה חייב חוב אחר ללוה יכול הלוה לתפוס את ההלוואה שהוא חייב למלוה עבור החוב שאולי המלוה חייב לו דהוי כתפיסה ברשות כיון שקיבל את המעות מיד המלוה ולא בדרך תפיסה. הקונה"ס חולק דהלוואה לאו תפיסה ברשות הוא כיון שלא הלוה לו על דעת שיהיה שלו אלא בתורת הלוואה ע"מ לשלם. וצריך הלוה לשלם את החוב שהוא חייב ואח"כ לתבוע את הממון שהוא טוען שהחייבים לו ולגבי ממון זה הוא המוציא ועליו הראיה. מדברי הרמ"ה יש לכאורה ראיה לשיטת הקונה"ס. שלדברי הש"ך אמאי אין הבכור מוחזק בממון שהוא חייב לאביו. הרי יש צד שהוא יורש פי שנים בממון זה. אע"כ שאינו יכול לתפוס את ההלוואה כיון שחיובו לאביו הוא ודאי וירושתו היא ספק.

בתוס' מבואר שלולא תקנה"ח היה הדין במלוה שעמו הממנע"ה. אבל לא מבואר בתוס' מי נחשב המוחזק ומי המוציא. הקו"ש באות ת"א מפרש שהנכסים בחזקת הפשוטים והבכור הוא המוציא ועליו הראיה כדמוכח לקמן קכ"ז. בהוכרו ובסוף נתעברו שכדי לקבל פי שנים הם צריכים לכתוב הרשאה זה לזה. ולפי מה שנתבאר יש מקום לפרש דברי התוס' איפכא שהבכור הוא המוחזק כיון שמעות המלוה הם בידו והפשוטים באים להוציא ממנו. אך א"כ יהיה ראיה מהתוס' דס"ל כהש"ך שמלוה נחשב כתפיסה ברשות. [עיי' ביד רמה כשמקשה את השאלת

בעיקר הסתירה שהקשו התוס' בדברי ר"פ בלא"ה הראשונים הקשו סתירה בדברי ר"פ מדבריו בקידושין י"ג: דאית ליה שיעבודא דאורייתא לדבריו לקמן קע"ו. דאמר ר"פ שגובין מן הירושים כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, דמשמע דאית ליה שיעבודא לאו דאורייתא. כן הקשו התוס' בקידושין י"ג: ולקמן קע"ו. התוס' לקמן כתבו דאיכא ב' לשונות בגמ' בדעת ר"פ אי אית ליה שיעבודא דאורייתא או לאו דאורייתא. וא"כ לא קשיא קשייתם כאן. התוס' בקידושין כתבו דבעלמא אית ליה שיעבודא לאו דאורייתא ובמלוה הכתובה בתורה אית ליה שיעבודא דאורייתא. הרמב"ן הרשב"א והריטב"א בקידושין מוכיחים דר"פ ס"ל שיעבודא לאו דאורייתא מדבריו בכתובות פ"ו. ע"ש.

דף קכו.

במלוה שעמו. הרשב"ם מפרש שמה שיש צד שמלוה שעמו אינו ראוי הוא מפני שהבכור רוצה לשיעבד נכסיו לאביו לגמרי, ובעיני יפה גמר ומקני נכסיו לאביו כדי שיהיה אביו מוחזק בהן מלוה והוא יטול בזה פי שנים. והדברים צ"ב באיזה קנין הוא מחזק את השיעבוד, והיכן מצינו שני גדרים של שיעבוד.

הרמב"ם בפ"ג מנחלות ה"ה כתב וז"ל היה לאב מלוה ביד הבכור הרי זה ספק אם יטול בה פי שנים הואיל וישנה תחת ידו או לא יטול הואיל ומחמת אביו יירשנה ועדיין לא באה לידו של אביו עכ"ל. מלשון זה של הרמב"ם משמע שאינו מפרש כרשב"ם אלא הצד שאינו ראוי הוא שמה שמלוה נחשב ראוי הוא מפני שאינו ראוי לתת את המלוה במתנה לבנו כיון שמן התורה א"א להקנות מלוה. וזה שייך רק במלוה שאחר חייב לו שהשיעבוד אינו ברשות האב ולא ברשות הבכור. אבל מלוה שהבן חייב לאביו יכול האב להקנות לבנו כיון שהממון הוא ברשות הבן. וכן מבואר בריטב"א בב"מ ז. שללוה עצמו יכול המלוה להקנות את המלוה ולא צריך בזה כתיבה ומסירה. לשון השו"ע בזה בס' רע"ח הוא כלשון הרמב"ם. והסמ"ע בסקי"ח מביא ע"ז את דברי הרשב"ם. ולכאורה נראה שהרמב"ם והרשב"ם הם שני פירושים שונים.

היד רמה באות צ"ד כתב שהספק של מלוה שעמו תלוי במקור של הדין שאין בכור נוטל פי שנים במלוה. שאם נלמד מכל אשר ימצא לו בעיניו שיהיה מצוי אצל האב, וגם מלוה שעמו אינו מצוי אצל האב. אבל אם המקור הוא מלתת דמתנה קריא רחמנא בעינן דומיא דמתנה דמטא לידיה דנותן וראוי להקנות אותו לבכור. ומלוה לא נחשב מטא לידיה דנותן מפני שאינו בר הקנאה שמן התורה א"א למכור מלוה שמכירת שטרות הוא דרבנן להרבה ראשונים. ולענין זה מלוה שעמו שאני שיכול לפטור את בנו מהחוב ע"י מחילה א"כ נחשב מטא לידיה ויהיה לבכור בזה פי שנים. וזה דלא כפירוש הרשב"ם אלא כמו שנתבאר בדעת הרמב"ם. אך היד רמה לא כתב שאפשר להקנות את החוב ללוה אלא שאפשר למחול. ומשמע דס"ל שלהקנות א"א אפי' ללוה, ודלא כהריטב"א בב"מ ז. שכתב שללוה אפשר להקנות בלי כו"מ.

הנ"מ בין פירושו של הרשב"ם לפירושו של הרמב"ם והרמ"ה הוא בנידון של רע"א כאן שמסתפק בחוב שהבן חייב לאביו אבל אינו יודע שהוא חייב לאביו, כגון ששורו הזיק ממנו של אביו והוא לא ידע מזה עד אחר מיתת אביו. לסברת הרשב"ם לכאורה זה יהיה ראוי דכיון שאינו יודע אינו מקנה לאביו שיעבוד מיוחד. אבל לרמב"ם והרמ"ה כיון שהממון הוא ביד הבכור יש צד שאין זה ראוי, ואין נ"מ בין אם הוא יודע או שאינו יודע.

לבכור קודם חלוקה אינו סיבה שיהיה השבח שלו כמו שיבואר לקמן דף קכ"ו: שהראשונים כתבו שרק קנין הגוף יש לבכור קודם חלוקה ולא קנין פירות. ומה שזוכה בשבח ע"י מחאה הוא שיש לו זכות לעכב על הפשוטים שלא ישביחו את הנכסים כיון שגם הוא שותף בנכסים. וא"כ יכול לומר שאינו נותן רשות להשביח אלא ע"מ שהוא יטול פי שנים בשבח. וזה ענין המחאה ליד רמה. גם מדברי התוס' בעמ' ב' ד"ה והלכתא מוכח שאינם מפרשים ענין המחאה כהרשב"ם כמו שכתב הקו"ש באות ת'. וע"ש מה שכתב לבאר שיטת התוס' ע"ד שכתבנו בדעת הרמ"ה בנוסח אחר.

הרשב"ם ע"פ דרכו מפרש מה שמחלק רבה בין שבח שאין בו שינוי לשבח שיש בו שינוי שהפשוטים משביחים את הנכסים ע"ד לקחת את השבח לעצמם הם גזלנים וקונים את השבח בשינוי. שאם לא כן אין סברא לחלק בין שבח עם שינוי לשבח בלי שינוי שהרי לרשב"ם ענין המחאה הוא שע"י המחאה הוא זוכה פי שנים בנכסים וממילא כל השבח צריך להיות שלו. לכן צריך הרשב"ם לפרש שהפשוטים הם גזלנים על השבח וקונים את השבח ע"י שינוי.

גם הנ"י מפרש שע"י המחאה זוכה הבכור בשבח אך מה שבדרכו אינו מקבל השבח אינו מפרש כרשב"ם שקונים בשינוי אלא שמה שמהני מחאתו לזכות בשבח הוא רק לענין שבח שאין בו שינוי ולא כשיש שינוי. דברי הנ"י הובאו בקצה"ה ס' רע"ח סק"ה. גם הר"י מיגש בפירושו הראשון שהוא על דרך פירוש הרשב"ם מבאר החילוק בין ענבים ובצרום לענבים ודרכו דמחאה מהני רק לממון שהיה של האב. אבל כשדרכו היין הוא דבר חדש שלא היה של אביהם. ולגבי ממון האחים לא מהני מחאת הבכור. ויש רמז לפירוש זה בדברי התוס' שכתבו בד"ה אבל לפי הקונטרס דטעמא משום דקנאה בשינוי. משמע שלולא פירוש הרשב"ם יש לפרש בענין אחר. אך הדברים לכאורה צ"ב שאם זוכה הבכור בחלק הבכורה ע"י מחאתו והענבים הם שלו ממילא היין הוא שלו, שהוא שבח של ממון. וצ"ל שהנ"י והר"י מיגש לא ס"ל כהרשב"ם שע"י המחאה הוא זוכה בחלק בכורה דיש לבכור קודם חלוקה מזמן המחאה, אלא ס"ל כמו שנתבאר בדעת הרמ"ה דאף שעדיין לא זכה בחלק בכורה מהני המחאה שיהיה לו חלק בשבח, שאין לפשוטים רשות להשביח אלא ע"ד שהבכור יטול פי שנים בשבח. ולענין זה אמרין שאין המחאה נותן לו זכות אלא בשבח שבא מממון שהיה של האב ולא ב"י שהוא דבר חדש שלא היה של האב.

שיטת ר"ח. הרשב"ם כתב בשם ר"ח דבכור שמיחה היינו לענין הא דמבואר בסמוך שבכור שנטל חלק כפשוט ויתר, וע"ז אמרו כאן שאם מיחה אף שנטל אח"כ כפשוט אין בזה ויתור לענין שאר הנכסים. הרשב"ם תמה על פירושו של ר"ח שרק כשחלקו והבכור נטל חלק כפשוט יש ויתור והכא לא איירי בזה. ועוד שהיה לגמ' להקדים את הדין של בכור שנטל חלק כפשוט ויתר ואח"כ לומר שאם מיחה לא ויתר. על השאלה הראשונה כתב הרש"ש דלא קשיא דלר"ח איירי הכא שחלקו והבכור נטל חלק כפשוט. וכ"כ הקצה"ח בס' רע"ח סק"י שלפי מה שמבואר ברמב"ם לא קשיא קושיית הרשב"ם. וכוונתו שברמב"ם מבואר דבכור שמיחה איירי בחלקו ונטל הבכור חלק כפשוט.

הר"י מיגש בפירושו השני מפרש כר"ח דאיירי שחלקו והבכור נטל חלק כפשוט ואין בזה ויתור בשאר הנכסים כיון שמיחה לפני החלוקה. הביאור בהמשך דברי הגמ' לפירוש ר"ח מבאר הר"י מיגש שמה שהמחאה מבטל את הויתור הוא כשהדבר שבו היה המחאה הוא אותו דבר שבו הוא נטל כפשוט. בזה אמרין דליכא ויתור כיון שסמך על

התוס' דנימא הכא הממע"ה כתב בהדיא שהשאלה היא שישאר הממון בחזקת הבכור שהוא מוחזק בממון שהוא חייב, ולא הקשה שהממון הוא בחזקת הפשוטים והבכור הוא המוציא. א"כ יש לומר שזה גם כונת התוס'.

אמנם יש לחלק בין הא דהכא לנידון הש"ך וקונה"ס. ששם החוב של המלוה הוא ודאי, ואף שלצד שהשני חייב לו הוא לא ישלם את החוב אין זה אלא דין של הפוכי מטרותא למה לי. אבל עיקר הדין הוא שהוא משלם וחוזר וגובה. וא"כ כשיש ספק יתכן שהוא חייב לשלם חובו ואח"כ לחזור ולתבוע, והוא יהיה המוציא ועליו הראיה. משא"כ בבכור שיש צד שהוא בעצמו הורש של פי שנים מחוב זה א"כ על הצד שיש לו פי שנים חלק זה של החוב הוא חייב לעצמו. א"כ מספק א"א להוציא ממנו. וא"כ הראיה מהתוס' דס"ל כהש"ך אינו מוכרח אבל הראיה מהרמ"ה דס"ל כהקונה"ס הוא לכאורה מוכרח בק"ו.

אופן החלוקה במלוה שעמו כשיש פשוט אחד הוא שחולקים את הממון שהוא מוטל בספק. הספק הוא אם כ"א יקבל חצי או שהבכור מקבל שני שלישי והפשוט שלישי. א"כ הבכור מקבל חצי ממ"נ. שבין אם יש ע"ז דין בכורה בין אם אין מגיע לו חצי. הפשוט הוא ודאי על שלישי שגם אם יש דין בכורה מגיע לו שלישי. א"כ הממון המוטל בספק הוא חצי שלישי דהיינו ששית. ואת זה הם חולקים וכ"א מקבל מזה חצי ששית.

בכור שמיחה מיחה. הרשב"ם מפרש דאיירי לענין הא דאין הבכור נוטל פי שנים בשבח ששבו נכסים לפני חלוקה, וע"ז נאמר כאן שאם הבכור מזה ותובע חלוקה מהני מחאתו שיקבל פי שנים בשבח אף שעדיין לא חלקו. ונחלקו הראשונים בטעם הדבר אמאי מהני המחאה שיזכה הבכור פי שנים בשבח אף שעדיין לא חלקו. הרשב"ם מפרש דקאי כמ"ד יש לבכור קודם חלוקה, ומה שיש לבכור קודם חלוקה הוא מהזמן שתובע חלוקה. וכיון שהוא זוכה בחלק בכורה ע"י תביעת החלוקה ממילא השבח שהשביחו הנכסים מזמן תביעת החלוקה הוא שלו.

השיטה בשם הר"ן מבאר טעם הדבר אמאי תלוי הזכיה בחלק בכורה בתביעת החלוקה, דבכור מתנה קריא רחמנא והוי כמתנה שזיכו לו ע"י אחר שאינו זוכה עד שיגלה דעתו שרצונו לזכות. לכן אינו זוכה בחלק בכורה עד שיגלה דעתו שרוצה לזכות בו. וזה ענין המחאה. ומחדש הר"ן מכאן שגם המזכה מתנה לחברו ע"י אחר והשביחו הנכסים לפני שנודע לזוכה או לפני שהזוכה גילה דעתו דניחא ליה במתנה זו השבח הוא של המזכה. והדברים מהודשים מאד. דאף שאם מגלה דעתו כששומע שזיכו לו שאינו רוצה במתנה הוברר למפרע שאין זה זכות בשבילו ואינו זוכה, אבל כשמגלה דעתו דניחא ליה במתנה בפשטות הוא זוכה בו למפרע. ובר"ן מבואר שאינו זוכה אלא מזמן הגילוי שרוצה במתנה. עיי' מה שכתבנו בס"ד בזה לקמן על הא דיש לבכור קודם חלוקה. הר"ן מסיים זה נראה לי על דרך פירוש רשב"ם ז"ל. ומשמע שלומד כן בדעת הרשב"ם. וזה דלא כהקה"י בס' ט' שכתב שהרשב"ם והר"ן הם שני שיטות שונות ע"ש. דברי הר"ן הובאו בנתיבות בס' רע"ח סק"א ע"ש.

מדברי היד רמה באות צ"ה נראה שמפרש מה שהבכור זוכה בשבח ע"י המחאה באופן אחר וז"ל שאם רצו האחים להשביח את הנכסים ומיחה הבכור מהן ואמר אני רוצה שישביחו הנכסים אלא ע"מ שאטול פי שנים בשבח שישביחו נכסים אפי' מחמת הוצאה הרי מיחה ונוטל פי שנים בשבח שהשביחו ברשות עכ"ל. הרי שלא הזכיר כלל הא דיש לבכור קודם חלוקה, ולא שע"י המחאה הוא זוכה בחלק בכורה וממילא השבח שלו. ומשמע דס"ל שמה שיש

ויתור על חלק בכורה בכל הנכסים. ומבואר בגמ' דפליגי אם יש לבכור קודם חלוקה או לא. הרשב"ם מבאר שאם יש לבכור קודם חלוקה כשם שהבכור הוא בעלים למכור את חלקו כך הוא בעלים למחול על חלקו. ואם אין לבכור קודם חלוקה כשם שאינו יכול למכור כך אינו יכול למחול את חלקו דהוי כמקנה דבר שלא בא לעולם.

הרשב"א והריטב"א מקשים על פירושו של הרשב"ם דאיפכא מסתברא אם יש לבכור קודם חלוקה זה מגרע את הסילוק, ואם אין לבכור קודם חלוקה מסתבר טפי דמהני סילוק שעיקר סילוק הוא לפני הזכיה כמבואר בכתובות ריש פרק הכותב דבנשואה לא מהני סילוק ובכותב ועודה ארוסה מהני סילוק. לכן כתבו דאם מסתלק בהדיא מהני הסילוק בין אם יש לבכור קודם חלוקה בין אם אין לו. ומה שהגמ' תולה במחלוקת אם יש לבכור קודם חלוקה או לא הוא בויתור סתם אם הויתור הוא רק על מה שויתר בהדיא או גם על שאר הנכסים, שבמחילה סתם אין דעתו אלא על מה שיש לו. הרשב"א מישב בזה מה שקשה על המ"ד שלא מהני הויתור לפני חלוקה מהא דמבואר לעיל שבכור שאמר איני נוטל ואיני נותן רשאי דמבואר דמהני ויתור על חלק בכורה. והתוס' עמדו בזה בעמ' ב' ד"ה והלכתא. ולרשב"א ולריטב"א לא קשיא דויתור מפורש מהני גם למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה. הקצה"ח בס' רע"ח סק"ב כתב כן מדעת עצמו לישב שאלת התוס' מהא דאיני נוטל ואיני נותן.

ואכתי צ"ב בין לרשב"ם בין לרשב"א והריטב"א אמאי מהני הויתור למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה הרי סילוק מהני רק לפני זכית הממון. ולרשב"ם קשה עוד אמאי לא מהני סילוק למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה הרי סילוק מהני לפני הזכיה בממון. למה שכתב הרשב"ם לעיל שגם למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה אין הוא זוכה בחלק בכורה עד תביעת החלוקה נחא. דלמ"ד שיש לבכור קודם חלוקה יש כבר ממה להסתלק כיון שאם יתבע את חלקו יזכה בו. ואין זה סילוק מממון שהוא כבר שלו שעדיין לא תבע חלוקה. משא"כ למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה שגם אם יתבע חלוקה אין לו עד חלוקה ממש לא מהני הסילוק שאין עדיין ממה להסתלק ודמי לכותב לה לפני אירוסין דמבואר בר"ן בריש הכותב דלא מהני. שהזמן דמהני סילוק הוא רק בכותב לה ועודה ארוסה, ולא אחרי נישואין שיש לו זכיה גמורה ולא לפני אירוסין שעדיין אין שום זכות באשה ואין לסילוק על מה לחול. וכאן למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה, לפני תביעת החלוקה הוי כאירוסין. אחרי תביעת החלוקה שהוא זוכה בממון הוי כאחר נישואין דלא מהני סילוק. ולמ"ד שאין לבכור קודם חלוקה לא מהני סילוק משום דדמי לכותב לה לפני אירוסין. דברים אלו מבוארים בשיטה כאן בשם הר"ן שכתב שבזמן שעדיין לא זכה בחלקו אבל בידו לזכות ע"י תביעה מהני הסילוק. אבל אם אין לבכור קודם חלוקה ואין בידו לזכות בממון אפי' ע"י תביעה לא מהני הסילוק. והיינו משום דהוי כלפני אירוסין. והר"ן בזה לשיטתו דאית ליה בריש פרק הכותב דלא מהני סילוק לפני אירוסין.

וכן למה שיבואר בסמוך ששיטת היד רמה שגם למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה אין לו בזה זכיה גמורה אלא רק זכות לקבל ע"י חלוקה נחא מה דמהני סילוק למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה. וכן נראה מדברי הריטב"א שכתב וז"ל דכל שמחל בפירוש מחילתו מחילה בדבור בעלמא שאין לו לבכור קודם חלוקה אלא לענין שיוכל למכור ולתת עכ"ל. משמע דס"ל שגם למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה אין זה זכיה גמורה ולכן מהני בזה סילוק. ולכן לא קשיא ליה אמאי מהני סילוק למ"ד יש לבכור קודם חלוקה אלא רק שהסברא היא איפכא ממה שכתב הרשב"ם.

מחאתו. אבל כשיש שינוי בין המחאה לחלוקה לא מהני המחאה בענבים לבטל את הויתור ביין שהוא דבר אחר. ובביאור תירוצי הגמ' על רב יוסף דאית ליה אפי' דרכום דהיינו ליתן לו היזק ענבים כתב הר"י מיגש ב' דרכים. א. איירי שהדריכה היתה שלא בפני הבכור וכיון שלא ידע בדריכתם לא נסתלקה מחאתו הראשונה שהרי לא ידע בה שיחדש מחאה אחרת. ב. כיון שלא נחא ליה לבכור בדריכת הענבים והרי הוא מבקש מהם דמי היזק ענביו א"כ אותה דריכה אינה שבח אצלו נעשית אותה דריכה כאילו אינה וכאילו הם ענבים כמו שהיו קודם ולפיכך אינו צריך לחדש מחאה אחרת. ולשני הפירושים הלשון ליתן לו דמי היזק ענביו הוא לאו דוקא, אלא לפי הראשון הכוונה שהדריכה נעשה שלא בידיעתו, ולפי השני הכוונה שלא נחא ליה בדריכה, ולכן לא היה צריך לחדש את המחאה.

הרמב"ם בפ"ג מנחלות ה"ו מפרש כר"ח דאיירי שחלק כפשוטו והמחאה שמחה לפנ"כ מבטלת את הויתור לגבי שאר הנכסים. ומוסיף הרמב"ם שזה דוקא בענבים ובצרום אבל אם דרכום וחלקו נוטל כפשוטו ויתר בכל הנכסים. וכתב המ"מ שפסק הרמב"ם כרבה דרבה ורב יוסף הלכתא כרבה. ותמה הכ"מ דמבואר בגמ' שגם רב יוסף מודה שלא מהני מחאה בענבים ליין ורב יוסף איירי לענין ליתן לו דמי היזק ענביו. וכתב הלח"מ שרק לפירוש הרשב"ם רב יוסף איירי לענין לשלם דמי ענבים אף שעכשיו היין שזה פחות, ורבה לא איירי בזה כלל ולא פליגי. אבל לר"ח רב יוסף לא איירי לענין לשלם דמי נזק הענבים אלא אמר רק שיש אופן שמהני המחאה של ענבים ליין. וא"כ יש לומר שרבה שלא חילק בזה חולק וס"ל שגם באופן זה לא מהני מחאה בענבים ליין. וכ"כ הגאון בס' רע"ח סקט"ו על מה שפסק השו"ע שאם מיחה בענבים ואח"כ דרכום וחלקו בשוה לא מהני מחאתו וז"ל כרבה דלפי' הזה רבה ורב יוסף פליגי ועיין ברי' מיגש ודברי הכ"מ תמוהים עכ"ל.

הקצה"ח בס' רע"ח סק"א מקשה כיון שלגבי הענבים שחלק בשוה איכא ויתור על חלק בכורה ממילא יחלקו גם את היין בשוה כיון שהוא יוצא מן הענבים השייכים לכולם בשוה. וכתב ע"ז הנהיבות דלק"מ דלרמב"ם שמפרש כר"ח לא היה חלוקה בענבים כלל אלא היה מחאה ואחר שדרכו את הענבים חלקו את היין והבכור נוטל ביין כפשוטו. בזה אמרינן דלא מהני המחאה שמחה בענבים לגבי היין, וכיון שנטל ביין כפשוטו יש בזה ויתור מחלק בכורה בכל הנכסים.

נמצא ג' דרכים בהא דבכור שמיחה. א. לרשב"ם ע"י המחאה זוכה הבכור בחלק הבכורה למ"ד יש לבכור קודם חלוקה וממילא השבח שלו. והביאור בדברי הרשב"ם הוא ע"פ השיטה בשם הר"ן. ב. לרמ"ה הנ"י הר"י מיגש בפירושו הראשון והתוס' ס"ל שאינו זוכה בחלק בכורה ע"י המחאה ומה שהשבח שלו אינו מכח הירושה אלא זה תנאי שעושה עם הפשוטים שאינם יכולים להשביח אלא ע"מ שהוא יקבל פי שנים בשבח. ג. ר"ח הרמב"ם והר"י מיגש בפירושו השני ס"ל דלא איירי הכא לענין שבח כלל אלא לענין מחאה לסלק הויתור כשנטל חלק כפשוטו בשעת חלוקה.

תוד"ה אבל דרכום לא. הקשו על פירוש הרשב"ם מה קשה לגמ' אמאי פליג רב יוסף הא איכא מ"ד בהגוזל עצים דאית ליה שינוי אינו קונה. רע"א בגליון הש"ס מוכיח מב"ק דרב יוסף ושמואל ס"ל שינוי קונה וא"כ שאלת הגמ' היא על רב יוסף ושמואל לשיטתם. וכדבריו כתב גם הקצה"ח בס' רע"ח סק"ה.

בכור שנטל חלק כפשוטו ויתר. נחלקו ר"פ ורב פפי אם הויתור הוא רק באותו שדה שהוא נוטל בו כפשוטו, או שזה

קנין פירות. ורק לפני התביעה אין השבח שלו. ב. לרוב הראשונים יש לבכור קודם חלוקה רק קנין הגוף ולא קנין פירות. קנין הגוף יש לו מיד לכן יכול למכור את הגוף גם לפני תביעת החלוקה. וקנין פירות יש לו רק משעת חלוקה לכן עד החלוקה אין השבח שלו. ג. לרמ"ה יש לבכור קודם חלוקה רק זכות ולא קנין גמור וזכות זו יכול הוא למכור, אבל כיון שאין לו קנין גמור בגוף עד החלוקה אין השבח שלו.

הנתיבות בס' רע"ח סק"א מקשה על הר"ן שלמד ממה שבכור אין לו שבח עד שעת תביעה שהמזכה מתנה לחברו ע"י אחר אין הקונה זוכה בשבח ופירות עד שיודיעו לו ויגלה דעתו שניחא ליה במתנה, והרי המזכה שטר שחרור לעבדו אם אין העבד מוחה הוא משוחרר למפרע. ומוכח שכשמגלה דעתו דניחא הוא זוכה למפרע. וכתב הנתיבות שאין כונת הר"ן שאינו זוכה כלל למפרע, דלעולם הגוף שלו למפרע אבל קנין הפירות הוא מקבל מהזמן שמגלה דעתו דניחא ליה. ובזה מבאר הנתיבות הא דמבואר לעיל קכ"ד. שבכור נוטל פי שנים בשבח של דיקלא ואלים ואינו נוטל פי שנים בשבח שיש בו שינוי. וקשה ממ"נ אם זוכה בגוף למפרע כל שבח יהיה שלו ואם אינו זוכה למפרע גם שבח של דיקלא ואלים לא יהיה לו. והובא לעיל שהנתיבות מבאר ע"פ דברי הר"ן שהגוף הוא קונה למפרע לכן שבח בגוף עצמו הוא שלו אבל שבח של פירות אינו שלו עד שעת תביעה שאז הוא מקבל קנין פירות.

נמצא לדברי הנתיבות שגם הר"ן סובר החילוק שכתבו שאר הראשונים לחלק בין קנין הגוף לקנין פירות אלא ששאר הראשונים ס"ל שכל הדין של יש לבכור קודם חלוקה היא רק קנין הגוף, וקנין הפירות הוא מקבל רק בשעת חלוקה. והר"ן ס"ל שמשעת תביעה שהוא הזמן שמגלה דעתו דניחא ליה יש לבכור קודם חלוקה גם קנין פירות, ורק בזמן שלפני התביעה יש לו גוף בלי קנין פירות.

הובא לעיל שהנתיבות בס' רע"ח סק"ט מבאר הא דמהני ויתור על חלק בכורה לסוברים דלא מהני סילוק בדאורייתא שהיתור אינו מדין סילוק אלא מדין מחילה. וזה ע"פ מה שמוכיח הנתיבות מלקמן קכ"ו. שחלק בכורה אינו ממון של הבכור אלא זה חוב על הפשוטים לתת לבכור חלק בכורה. וזה כשיטת הרמ"ה שיש לבכור קודם חלוקה אינו קנין גמור אלא רק זכות. נמצא שדברי הנתיבות בסק"א ודבריו בסק"ט אינם אחד שיטה. אלא דבריו בסק"א הם לשיטת הר"ן שיש לבכור קודם חלוקה קנין גמור בגוף הנכסים. ודברי הנתיבות בסק"ט הם כשיטת הרמ"ה שאין לו קנין אלא רק זכות. ומה שיכול למכור היינו שמוכר את הזכות שיש לו.

רשב"ם ד"ה קסבר אין לו לבכור. כתב הרשב"ם שמה שאין לו קודם חלוקה הוא משום דילפינן מלתת דמתנה קריא רחמנא מה מתנה עד דמטא לידה דמקבל מתנה אף חלק בכורה אין הבכור זוכה בו עד דמטא לידה. לעיל בדף קכ"ד. מפרש הרשב"ם מה מתנה עד דמטא לידה אף חלק בכורה עד דמטא לידה היינו לידה דהאב שהוא הנותן, וכאן הרשב"ם מפרש דקאי על הבכור שהוא המקבל. אך אין זה סתירה ששניהם אמת דבעינן מטא לידה דנותן לכן אין הבכור נוטל פי שנים בראוי שממון זה לא היה ביד האב בחייו. וגם דבר שהיה מוחזק ביד האב אין הבכור זוכה בו עד שמגיע לידו בשעת חלוקה. וכן מבואר בלשון היד רמה באות צ"ז וז"ל וכי היכי דבעינן עד דמטא לידה דנותן דומיא דמתנה [זה מה שמבואר לעיל קכ"ד]. ה"נ לא זכי ביה זכיה גמורה לאקנויי לאחרני עד דמטא לידה או עד דזכי בה בחד מאנפיה זכיה דמקיימא בה חלוקה דומיא דמתנה עכ"ל. הרי ששני הדברים אמת דבעינן מטא לידה דנותן ומטא לידה דבכור שהוא המקבל. ועיין בקה"י ס' ט'

כל מה שנתבאר הוא ע"פ ההנחה שהיתור הנזכר בסוגיין הוא מדין סילוק. אך למה שכתב המל"מ בפכ"ג מאישות ששיטת התוס' בריש פרק הכותב הוא דסילוק מהני רק בדברבנן מדין אי אפשי בתקנ"ח ולא בדאורייתא א"א לפרש היתור שנזכר כאן מדין סילוק. וכתב הנתיבות בס' רע"ח סק"ט שלדידהו היתור כאן הוא לא סילוק אלא מחילה. וזה ע"פ החידוש שמוכיח הנתיבות מהגמ' לקמן קכ"ז. שגם למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה אין גוף הממון שייך לבכור אלא זה חוב שמוטל על הפשוטים. ומהני מחילה על חוב זה.

נמצא שני דרכים בביאור היתור שנזכר כאן. ותלוי במחלוקת הראשונים אי מהני סילוק בדאורייתא או לא. לסוברים דמהני יש לפרש שגם כאן זה מדין סילוק. ולסוברים דלא מהני סילוק צ"ל דהוי מחילה ולא סילוק. ומה שלמ"ד שאין לבכור קודם חלוקה לא מהני היתור הוא משום שעדיין אין חוב ואין מה למחול.

יש לבכור קודם חלוקה. נחלקו הראשונים בגור הבעלות שיש לבכור קודם חלוקה למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה. וזה תלוי במה שכתבו הראשונים לישב הסתירה דמצד אחד קי"ל שיש לבכור קודם חלוקה ומאידך קי"ל שאין הבכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים קודם חלוקה, ובבכורות נ"ב. מבואר שהטעם הוא משום שאין לבכור קודם חלוקה. רוב הראשונים, שהם הרא"ש הריטב"א הרשב"א הנ"י התוס' רי"ד והר"י מיגש, כתבו על שאלה זו שגוף הקרקע הוא של הבכור לפני חלוקה אבל הקנין לגבי השבח הוא מקבל רק בשעת חלוקה. היד רמה באות צ"ח תמה על תירוצו זה שאם הגוף שלו ממילא השבח שלו דקרקע שלו השביח. וכתב הקה"י בס' ט' שהראשונים הנ"ל ס"ל שכמו שאפשר להקנות לחברו גוף מהיום ופירות לאחר זמן כך יש לבכור לפני חלוקה קנין בגוף הקרקע, ולכן הוא יכול למכור את הגוף, אבל קנין הפירות אין לו עד החלוקה. ולכן אין השבח ששבחו הנכסים שלו עד החלוקה.

לשיטת הרשב"ם והר"ן שמה שיש לבכור קודם חלוקה הוא רק משעת תביעת החלוקה לא קשיא כלל קושיית הראשונים שאחרי תביעת החלוקה יש לו שבח, ומה שאין לו שבח הוא לפני התביעה, ואז לכו"ע אין לבכור קודם חלוקה. ולרשב"ם הבעלות של הבכור למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה היא בעלות גמורה בגוף ובפירות, אך רק משעת תביעה. ומה שיכול למכור הוא משום שעצם המכירה הוי כתביעת חלוקה. ומה שיכול להסתלק הוא משום דכיון שע"י תביעה יהיה לו קנין יש לסילוק על מה לחול גם לפני התביעה. ומדברי כל שאר הראשונים שהקשו מבכורות מוכח דלא ס"ל כרשב"ם אלא שלמ"ד יש לבכור קודם חלוקה קנינו של הבכור הוא מיד בשעת מיתת האב גם לפני תביעת חלוקה. ולדבריהם א"א לפרש מה שבכור שמיחה מקבל שבח כפירוש הרשב"ם כמו שכתב הקו"ש באות ת'.

היד רמה באות צ"ח מקשה על תירוצו הראשונים שאם הגוף שלו קודם חלוקה ממילא השבח צריך להיות שלו. הרמ"ה מבאר באופן אחר שמה שיש לבכור קודם חלוקה אין זה בעלות גמורה אלא זכות בעלמא לקבל פי שנים בשעת חלוקה. וזכות זו יכול הבכור למחול או למכור. וכיון שקנין גמור אין לו אין השבח שלו עד החלוקה. ולמ"ד שאין לבכור קודם חלוקה אין לו זכות ממון בחלק בכורה עד החלוקה לכן אינו יכול למכור. וגם להסתלק אינו יכול דהוי כסילוק לפני אירוסין שאין לסילוק על מה לחול.

נמצא ג' דרכים בהא דיש לבכור קודם חלוקה. א. לרשב"ם והר"ן יש לו בעלות גמורה על הגוף ועל הפירות אבל רק משעת תביעת החלוקה. ועד התביעה אין לו לא גוף ולא

אכתי צריך להבין בשיטת הרשב"ם אמאי למ"ד שיש לבכור קודם חלוקה יכול הבכור למכור חלקו, במה עדיף בכור ממשוט. הרי גם חלק הבכורה עד החלוקה הוא חלק מתפוסת הבית. וצ"ע.

מבואר בראשונים בכתובות בריש פרק הכותב דלא מהני סילוק מירושת אבותיו. הקצה"ח בס' רע"ח סק"ג מסתפק אם מחלק בכורה מהני סילוק או לא. וכתב הקצות שהר"ן בכתובות כתב הטעם דלא מהני סילוק מירושת, אף דשיטת הר"ן דמהני סילוק גם בדאורייתא, הוא משום דחשיב כאילו כבר בא לידו. והביאור בזה הוא דאף שבודאי אין לו שום זכות בממון לפני מיתת המוריש מ"מ סובר הר"ן שהסילוק אינו מהממון אלא מהדין יורש, והדין יורש כבר יש לו לכן לא מהני בזה סילוק. וכתב הקצות שכל זה בחלק פשיטות שאחרי מיתת המוריש בודאי אינו יכול להסתלק א"כ יש מקום לומר שגם לפני"כ אינו יכול להסתלק שכבר חל עליו שם יורש. אבל בבכור דמהני בו סילוק גם אחרי מיתת המוריש כמבואר לעיל שיכול לומר איני נוטל ואיני נותן ה"ה דמהני סילוק מחלק בכורה בחיי המוריש. ובזה מבאר הקצות דברי הרשב"ם קכ"ו: ד"ה התם קמחלה דמשמע מיניה דמהני מחילה בחיי המוריש על חלק בכורה.

הנתיבות בס' רע"ה סק"ט וכן הקו"ש כאן באות ת"ג תמהו על הקצות שבדעת הרשב"ם א"א לומר כן דמבואר כאן בגמ' לשיטת הרשב"ם שלמ"ד שאין לבכור קודם חלוקה לא מהני סילוק מחלק בכורה אפי' אחר מיתת המוריש. וכ"ש שבחיי המוריש לא מהני סילוק מחלק בכורה לכו"ע. ואף שמדברי הגמ' אין סתירה לדברי הקצות שהרי לפירוש הרשב"א והריטב"א מהני סילוק מחלק בכורה גם למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה, אלא שאם לא סילק עצמו בהדיא אלא מדבר אחד לא אמרינן שדעתו לסלק עצמו מכל הנכסים למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה. אבל בדעת הרשב"ם לכאורה מוכח דלא מהני סילוק לכו"ע כמו שלא מהני סילוק אחר מיתת למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה.

דף קכו:

תוד"ה והלכתא. כתבו התוס' דאע"ג דק"ל שיש לבכור קודם חלוקה מ"מ ק"ל שאין הבכור נוטל פי שנים בשבח. דהיינו שנתקשו התוס' במה שהקשו הראשונים שהובאו לעיל דלכאורה יש סתירה בין מאי דק"ל יש לבכור קודם חלוקה לבין הא דאין הבכור נוטל פי שנים בשבח. וכתבו ע"ז התוס' דאע"ג דיש לבכור קודם חלוקה מ"מ אינו נוטל פי שנים בשבח. ולא ביאר טעם הדבר ולכאורה כונתם כמו שכתבו רוב הראשונים שיש לבכור קודם חלוקה קנין בגוף אבל קנין הפירות הוא מקבל רק בשעת חלוקה, לכן אין השבח שלו עד החלוקה. וכבר נתבאר שלרשב"ם לא קשיא מעיקרא דס"ל שמה שיש לבכור קודם חלוקה הוא רק משעת תביעה. ומה שאין לו שבח הוא כשלא היה תביעה. וכן כתב הקו"ש באות ת'.

מה שכתבו התוס' שמה שבכור אינו נוטל פי שנים בשבח אינו נלמד מלתת אלא מימצא עיין ברא"ש. ולכאורה כונתם דאי ילפינן מלתת הדרשה הוא דהוי כמתנה שאינו שלו עד דמטיא לידו וס"ל דהיינו לידה דמקבל. וא"כ זה סתירה להא דיש לבכור קודם חלוקה. ולכן כתבו שאין הלימוד מלתת לבד אלא בצירוף ימצא. דהיינו שרק לענין מה שאינו מצוי ילפינן מלתת שאינו קונה עד דמטא לידה. וזה כדברי הראשונים שהובאו לעיל שהגוף שהוא מצוי יש לו קודם חלוקה אבל קנין לגבי השבח שאינו מצוי אינו מקבל עד שעת החלוקה. ולכן אין סתירה בין הא דיש לבכור קודם חלוקה להא דאינו נוטל פי שנים בשבח.

שמה שאין בכור נוטל פי שנים בשבח הוא מורכב משני דינים אלו. שאם לא היה צריך מטא לידה דמקבל היה זוכה הבכור מיד בגוף וממילא השבח היה שלו. ואם לא היה צריך מטא לידה דנותן היה מקבל פי שנים בשעת חלוקה גם בשבח שבא לעולם אחרי מיתת האב, כמו שהיה מקבל פי שנים במה שירש אביו בקבר אחר מיתתו לולא הדין של ראוי.

שיטת הרשב"ם שהמחלוקת אם יכול הבכור למכור לפני החלוקה הוא רק לגבי חלק בכורה אבל לגבי חלק פשיטות בין הבכור בין הפשוט אינם יכולים למכור. התוס' ושאר הראשונים חולקים על הרשב"ם וס"ל שאפי' למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה ואינו יכול למכור חלק בכורה חלק פשיטות בודאי שיכול למכור לכו"ע. סברת הרשב"ם שאינו יכול למכור חלק פשיטות מבאר הקו"ש באות ת"ד דאף שלגבי חלק פשיטות לא בעינן מטא לידה דמקבל ומיד עם מיתת האב זוכים כל היורשים בירושה מ"מ סובר הרשב"ם שאין לכ"א מן האחים בעלות פרטית עד החלוקה. ועד החלוקה כל הירושה שייכת לתפוסת הבית. והבעלות של תפוסת הבית שונה משל שותפים. שבשותפים יש לכל אחד חלק בגוף הממון. משא"כ בתפוסת הבית כל הממון כולו הוא רשות אחת של תפוסת הבית. ומפורש במשנה בבכורות ג"ו שיש חילוק בין שותפים שפטורים ממעשר בהמה לתפוסת הבית שחייב במעשר בהמה. והיינו משום שאין זה נחשב שותפות אלא רשות אחת של תפוסת הבית שכל היורשים נכנסים תחת אביהם. וכמו שיש חילוק בין קרבן שותפים לקרבן ציבור כך יש חילוק בין שותפים לתפוסת הבית. וכיון שתפוסת הבית אינו ממון פרטי סובר הרשב"ם דדמי לממון השבט דאף שהוא שייך לכל השבט אין אחד יכול למכור חלקו. וע"ז הראשונים חולקים שגם בבעלות של תפוסת הבית יכול כל אחד למכור חלקו בתפוסת הבית. ולפ"ז לא קשה מה שהקשו התוס' על הרשב"ם מלעיל קכ"ד. מה חלק פשוט אע"ג דלא מטא לידה, שגם הרשב"ם מודה שכל היורשים הם בעלים על הירושה גם לפני חלוקה, ובודאי השבח שהשיב לפני החלוקה הוא של כולם, אלא שאין זה בעלות פרטית אלא בעלות כללית של כולם יחד, ובמצב זה סובר הרשב"ם שאין אחד מהם יכול למכור חלקו.

היד רמה באות צ"ז מביא ב' ראיות שאפשר למכור חלק פשיטות לפני חלוקה. א. מבואר לעיל י"ג. שבדבר שאין בו כדי חלוקה יש דין של גוד או אגוד. דהיינו שיכול אחד מן היורשים לכופף את אחיו לקנות את חלקו או למכור לו חלקו. ואי אמרינן שא"א למכור חלק פשיטות לפני חלוקה איך יעשו גוד או אגוד. ב. תנן בנדרים מ"ו. השותפין שנדר אחד מהם הנאה מחברו לא יכנס המודר לחצר וכופין את המדיר למכור את חלקו. ומבואר שם דאירי בחצר שאין בו כדי חלוקה. א"כ מבואר שגם לפני חלוקה יכול שותף אחד למכור חלקו.

לפי מה שכתבו האחרונים בסוגיא דגוד או אגוד שהדין של גוד או אגוד אינו רק עצה להסתדר במקום שאין בו כדי חלוקה, אלא זה אופן של חלוקה, שחולקים את הבעין כנגד דמיו, לא קשיא קושיית הרמ"ה, שגם הרשב"ם מודה שיכולים לחלוק ע"י שמקנים זה לזה כ"א את חלקו. שהחלוקה והקנין באים כאחד. ומטעם זה יכולים גם לעשות גוד או אגוד שגם זה אופן של חלוקה.

מה שמקשה הרמ"ה מהמשנה בנדרים מתישב לפי מה שנתבאר שדברי הרשב"ם נאמרו רק ביורשים שבזה יש בעלות של תפוסת הבית שדינו כממון השבט שאין כל יחיד יכול למכור חלקו. אבל בשותפים מודה הרשב"ם שיש לכ"א בעלות פרטית על חלקו בשותפות ויכול למכור חלקו גם לפני חלוקה, והמשנה בנדרים איירי בשותפים.

באופנים אחרים כגון ע"י סילוק ע"ש. אך אכתי קשה דאפי' נימא שהלשון תנאי שנזכר כאן לאו דוקא מ"מ למה צריך להגיע לדין של מתנה ע"מ שכתוב בתורה דפשוט שלא אמר כלום דאיזה בעלות יש לו לשנות דין התורה במה שנוגע לאחרים.

האבי עזרי בפ"ה ממתנות עניים ה"א בד"ה ונראה בזה כתב דכיון דקי"ל כר' יוחנן בן ברוקה שבדרך הנחלה יכול הוא לשנות את דין הנחלה, ומה שכאן לא אמר כלום הוא מפני שאמר שפלוני לא ירש ולא שהשני כן ירש. א"כ אין החסרון מפני שאין לו בעלות לשנות שהרי אם היה משנה באופן המועיל היו דבריו קיימים. אלא מה שלא אמר כלום הוא מפני שלא עשה את ההנחלה באופן שאמרה תורה.

בני לא ירש עם אחיו. מבואר ברשב"ם שחלק זה של המשנה הוא אפי' לריב"ב שיכול להפקיע ירושה ע"י שמנחיל לבן אחר מ"מ מודה ריב"ב ששלא בדרך הנחלה אינו יכול לעקור נחלה מאחד מבניו אפי' שע"י העקירה ילך הנחלה לאחד מיורשיו. אבל מה דאיתא בסוף המשנה שאם ריבה לאחד ומיעט לשני דלא מהני בדרך ירושה אלא רק בדרך מתנה זה דלא כריב"ב שלריב"ב יכול לרבות לאחד ולמיעט מאחר גם בדרך ירושה.

הרמב"ם בפ"ו מנחלות ה"ג וה"ה מביא כל דברי המשנה להלכה אף דפסק כריב"ב. וכתב שם המ"מ שהרמב"ם ס"ל בזה כשיטת הר"י מיגש דמבואר לקמן ק"ל: שגם ריב"ב שסובר שיכול להנחיל לבן בין הבנים זה רק על חשבון הפשוטים, אבל אינו יכול למעט את חלקו של הבכור ע"י הנחלה לאחר. וילפינן לה מקרא דלא יוכל לבכר. ושיטת הר"י מיגש שאם ההנחלה ממעטת את חלקו של הבכור כל ההנחלה בטלה, גם מה שנוגע לפשוטים. וכתב המ"מ שגם הרמב"ם ס"ל בזה כשיטת הר"י מיגש ולכן מביא הרמב"ם משנתינו להלכה אף דקי"ל כריב"ב. א"כ לרמב"ם כל משנתינו היא להלכה גם למאי דקי"ל כריב"ב. והרשב"ם שכתב שהסיפא הוא דלא כריב"ב הוא משום דס"ל שגם אם ההנחלה הוא על חשבון הבכור ההנחלה קיימת לגבי הפשוטים. ובמשנה שמבואר שכל ההנחלה בטלה זה דלא כריב"ב. וזה כשיטת הרשב"א שהובא במ"מ שם שחולק על הר"י מיגש.

לימא מתני' דלא כר"י דאמר בדבר שבממון תנאו קיים. כתב הרמב"ם בפ"ו מנחלות ה"א אין אדם יכול להוריש מי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אע"פ שזה ממון הוא לפי שנאמר בפרשת נחלות והיתה לבני' לחוקת משפט עכ"ל. מבואר ברמב"ם שלולא האי קרא היה יכול להתנות לשנות דין הנחלה כיון דהוי דבר שבממון. רע"א מקשה על הרמב"ם מכאן שלדברי הרמב"ם לא מוכן מה שאמרו לימא מתני' דלא כר"י הרי לרמב"ם בנחלה גם ר"י מודה שתנאו בטל משום דכתיב לחוקת משפט. ומה צריך להגיע בתירוקן להא דלא קא מחיל הרי אפי' אם היה מוחל לא היה מועיל.

רע"א מזכיר בתוך דבריו שהמ"מ בפ"ב מאישות ה"ט כבר עמד בשאלה זו. שגם שם נזכר ברמב"ם שלא מהני תנאי לעקור ירושה משום דכתיב לחוקת משפט וכתב ע"ז המ"מ ואל יקשה עליך מה שאמר בפרק יש נוחלין הטעם דלא ידע דניחול דודאי אפי' ידע ומחיל אין בדבריו כלום, וכן כתבו קצת המפרשים עכ"ל. וכונת המ"מ שבלשון הגמ' משמע שאם היה מוחל היה מהני מחילתו לבטל דין ירושה. וכן מבואר ברשב"ם. והקשו הראשונים שאפי' אם היה מוחל זה לא היה מועיל שא"א למחול על ירושה. וכתב ע"ז הרשב"א דלרווחא דמילתא נקט האמת שאינו מוחל כלל, ואה"נ גם אם היה מוחל זה לא היה מועיל דלא מהני סילוק מירושת אביו. וכונת המ"מ דה"ה די"ל כן לדעת הרמב"ם

בסוף הדיבור כתבו התוס' דאע"ג דמבואר הכא שמהני ויתור על חלק בכורה רק אם יש לבכור קודם חלוקה מ"מ מה שמבואר לעיל קכ"ד. שבכור יכול לומר איני נוטל ואיני נותן הוא גם למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה. שלמ"ד שאין לבכור קודם חלוקה אין אמירת איני נוטל ואיני נותן מחילה או סילוק מחלק בכורה, ואם ירצה לחזור בו וליטול חלק בכורה יכול, אלא שכל זמן שאינו נוטל אינו נותן לבע"ח אלא ממה שהוא נוטל. אך להלכה דקי"ל שיש לבכור קודם חלוקה גם התוס' מודו דמהני הסילוק ואינו יכול לחזור מהסילוק כמו שכתבו הראשונים בדף קכ"ד.

הקצה"ח בס' רע"ח סקי"ב מקשה על התוס' אם לא חל הסילוק אלא שבפועל אינו נוטל למה לא כופין אותו ליטול כדי לקיים פריעת בע"ח מצוה כמבואר בכתובות פ"ו. שגם למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא שא"א לקחת את הממון מכה השיעבוד מ"מ מדין כופין על המצות כופין אותו לשלם. א"כ ה"נ כשאומר איני נוטל ואיני נותן אמאי לא כופין אותו ליטול כדי שיוכל לפרוע חובו. ובשלמא אם חל הסילוק לא שייך לכופו לשלם שאין הממון שלו. אבל אם לא מהני הסילוק למה לא כופין אותו לשלם. עיין מה שכתב בזה הקצות. ולעיל כתבנו שמוכח מכמה ראשונים שמה שמבואר בכתובות שכופין לשלם חוב מדין כופין על המצוה הוא רק למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא שלדידיה אין כפיה אחרת. אבל למ"ד שיעבודא דאורייתא הכפיה הוא רק מכה השיעבוד ולא מדין כופין על המצות. ויתישב בזה קושיית הקצות.

בני בכור לא יטול פי שנים. היד רמה מקשה על הא דאמר יעקב אבינו לראובן פחזו כמים אל תותר דהיינו שהפקיע ממנו את הבכורה הרי האומר בני בכור לא יטול פי שנים לא אמר כלום. וכן מקשה היד רמה על הא דאפרים ומנשה כראובן ושמעון יהיו לי, איך יכול להנחיל לאפרים ומנשה הרי בחיי יוסף הם אינם יורשים של יעקב ולא מהני הנחלה אלא למי שראוי ליורשו. וכתב ע"ז הרמ"ה דצ"ל דקודם מתן תורה שאני ונתנה תורה ונתחדשה הלכה. ומוסיף הרמ"ה דע"כ צ"ל כן דאל"כ קשה איך קנה יעקב את הבכורה מעשיו הרי זה דבר שלא בא לעולם. אלא משום שהיה לפני מתן תורה ע"ש.

הקצה"ח בס' רע"ח סקי"ג מביא בשם הריב"ש שאלה זו על מכירת הבכורה דהוי דשלב"ל. וכתב בשם הריב"ש שלפני מתן תורה מהני מכירת דשלב"ל. וזה כדברי הרמ"ה. הקצות כתב שזה לא היה מכירה אלא סילוק. וזה ע"פ מה שמכיה הקצות שם דאף דלא מהני סילוק מירושת אבותיו מחלק בכורה מהני סילוק.

שהתנה על מה שכתוב בתורה. תנן בפאה פ"ו מי"א הריני קוצר ע"מ שאם אני שוכח אטול יש לו שכחה. וכתב ע"ז הרמב"ם בפ"ה המשנה שהטעם הוא משום שהתנה על מה שכתוב בתורה. רע"א במשניות שם תמה מה שייך להתנות שלא יהיה שכחה, על מה הוא מתנה הרי אינו עושה שום חלות, ועם מי הוא מתנה תנאי זה. התפארת ישראל שם כתב ששאל את רע"א ממתני' דהכא דמבואר שהטעם שלא אמר כלום הוא משום שהתנה ע"מ שכתוב בתורה וגם כאן ליכא חלות ועם מי התנה תנאי זה. ומביא שרע"א השיב לו וז"ל קושיית ידידי הרב נ"י מבני בכורי באמת עמדתו בזה ומצאתי קצת ישוב רק שאין כאן מקום להאריך עכ"ל.

הקצה"ח בס' ר"ט סקי"א מוכיח מכאן שהכלל של מתנה ע"מ שכתוב בתורה אינו דוקא כשבאים לעקור דין תורה ע"י תנאי, אלא כל אופן של עקירת דבר מן התורה הוא בכלל מתנה ע"מ שכתוב בתורה שתנאו בטל. וכן הא בדבר שבממון תנאו קיים זה לאו דוקא ע"י תנאי אלא גם

והעקירה אינה ע"י התנאי אלא ע"י מחילת האשה על דין שאר כסות. ולמה הוצרכו האחרונים הנ"ל לבאר שהתנאי עצמו עוקר או שגורם לעקור. וממה שהגמ' תולה במתנה ע"מ שכתוב בתורה אין ראייה שהעקירה הוא מכח תנאי שהענין של מתנה ע"מ שכתוב בתורה הוא לאו דוקא כשהעקירה נעשה ע"י תנאי אלא בכל אופן שהוא כמבואר בקצה"ח בס' ר"ט סק"א, וכן מבואר ברע"א שלולא דברי התוס' היה מפרש שהעקירה אינה ע"י תנאי אלא שהבעל משייר בקידושין.

אמנם ראיתי בספר זכרון שמואל ס' ס"ג אות ג' שמספקא ליה בפשט בתי' הגמ' כאן אם העקירה היא ע"י מחילת האשה או ע"י התנאי של הבעל, אלא דאין בכחו להתנות לעקור דין התורה אלא עם מחילת האשה. אבל כשהיא מוחלת התנאי שלו הוא העוקר ולא מחילת האשה. ומוכיח הגרש"ר זצ"ל שם בזכרון שמואל מדברי התוס' בכתובות ריש הכותב שגם לתי' הגמ' התנאי הוא העוקר. וצ"ל שכן הבינו האחרונים הנ"ל לכן הוצרכו לדבריהם. אבל אם נפרש שהעקירה היא ע"י מחילת האשה והתנאי הוא תנאי ככל תנאי לכאורה לא קשיא קושית רע"א ולא צריך לדברי האחרונים הנ"ל.

ה"ז מקודשת ותנאו בטל דברי ר"מ. הראשונים כאן והתוס' בכתובות נ"ו. מקשים אמנם ר"מ ס"ל שגם בדבר שבממון א"א לעקור דבר מן התורה ולכן לא יכול לחול קידושין בלי שאר כסות מ"מ למה חלים הקידושין הרי הוא כפל תנאו ופירש שאם יהיה שאר כסות אינו רוצה קידושין ואיך חלים הקידושין בע"כ. הת"י בכתובות שם כתב שהמתנה לעקור דבר מן התורה לר"מ הוי כמתנה על דבר שא"א לקיימו כע"מ שתעלי לרקיע דסבר ר"י בן תימא בגיטין פ"ד. שתנאו בטל שאינו אלא מפליגו בדברים. וכן כתבו הרשב"א והריטב"א כאן בשם ר"ת.

הרמב"ן מקשה על תי' זה מנזיר דף י"א. הריני נזיר ע"מ שאני מטמא למתים תנאו בטל מפני שהוא מתנה ע"מ שכתוב בתורה. וגם שם קשה למה חל הנזירות הרי כפל תנאו ואמר שאם יהיה אסור לו לטמא למתים אינו רוצה להיות נזיר. ושם לא שייך לומר שמפליגו בדברים ששם אין לו עסק עם אחר אלא רק עם עצמו.

וכתב בזה הרמב"ן שבלא"ה צ"ב איך מהני תנאי בנזירות הרי כל מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי וא"א לקבל נזירות ע"י שליח. התוס' בנזיר י"א עמדו בשאלה זו וכתבו כיון שאת הקרבנות יכול הנזיר להביא ע"י שליח זה נחשב שנזירות איתא בשליחות. רע"א שם בגליון הש"ס מקשה על תי' התוס' דאכתי קשה מנדרים שגם בנדר מבואר בנדרים ריש פרק ואלו נדרים שאפשר להתנות על הנדר כגון קונם רחיצת עולם עלי אם ארחץ. ולמה מהני תנאי בנדר הרי נדר ליתא בשליחות, ותי' התוס' לא קיים בזה שבנדרים ליכא קרבן.

הרמב"ן כתב דהא דבעינן משפטי התנאים הוא רק בתנאי שבין אדם לחברו אבל תנאי שבינו לבן עצמו בכל ענין הוי תנאי, שהרי מדעתו התנה ורוצה לקיים תנאו. ולכן לא בעינן בזה תנאי כפול ולא קשיא שיתבטל הנזירות שכל קושית הראשונים היתה רק מפני שכפל התנאי ואמר בהדיא שאם לא יתקיים התנאי יתבטלו הגירושין. אבל בנזירות איירי כשלא כפל דלא בעינן בנזירות דיני התנאים.

הגר"ז זצ"ל בריש הלי' נזירות כתב בשם הגר"ח זצ"ל שבנזירות לא בעינן משפטי התנאים משום דכל שלא נעשה רצונו בטל הנדר או הנזירות משום דבעינן האדם בשבועה. וזה על דרך תירוץ של הרמב"ן אך לא מטעמיה. שהרמב"ן כתב דיני תנאים נאמרו רק כשיש עסק בין שנים ולא כשנוגע רק לו. והגר"ח כתב שבנדרים יש גזה"כ של האדם

שגם אם היה מוחל זה לא היה עוקר את הירושה דכתיב לחוקת משפט, ולרווחא דמילתא אמרה הגמ' יותר מזה שאינו מוחל כלל.

הריטב"א כתב שבכלל לשון הגמ' שלא מחל ושאנו יכול למחול. היד רמה באות ק' כתב שמה שלא מהני מחילה וסילוק מירושת אביו הוא משום דחשיב כאילו כבר זכה בממון ולא מהני סילוק אלא לפני שזכה בממון כגון בכותב לאשתו בעודה ארוסה. אבל אם היה מוחל מיד כשחל עליו שם יורש דהיינו בשעת לידתו היה מועיל המחילה. ושפיר אמרה הגמ' שמה שלא מהני תנאי משום דלא קמחיל. היינו שלא מחל בזמן שהיה מועיל המחילה, ועכשיו אפי' אם ימחול לא יועיל שכבר חל עליו שם יורש.

עוד בשוב הקושיא על הרמב"ם מכאן עיין באבי עזרי פ"ב מאישות ה"ט ובאבן האזל פ"ו מנחלות ה"א ובזכרון שמואל ס' ס"ג.

ע"מ שאין לך עלי שאר כו"ע. בתוס' בכתובות נ"ו. מבואר שצריך לזה תנאי כפול וכל שאר כל משפטי התנאים, ואם חסר משפטי התנאים התנאי בטל. ותמה ע"ז רע"א בכתובות שם דלכאורה עקירת חיוב שאר כסות אינו נעשה ע"י תנאי, שהתנאי אין בכחו לבטל חיוב אלא לתלות את החלות בחיוב, שאם יהיה חיוב שאר כסות הקידושין לא יהיו קידושין. ואם לא יהיה חיוב שאר כסות הקידושין יהיו קידושין. ועקירת החיוב נעשה ע"י שהמקדש משייר בקידושין, וכיון דהוי שיוור ולא תנאי לא בעינן בזה משפטי התנאים.

שמעתי בזה ממרן הגר"ר שמואל רזובסקי זצ"ל ב' דרכים. אחד שאמר בשם הגרש"ש זצ"ל ואחד בשם הגרי"ז זצ"ל. הגרש"ש ביאר ענין זה ע"פ יסוד שלמד מדברי התוס' בגיטין פ"ג. ד"ה ועמדה שכל חלות שאם יחול יתבטל אינו חל. וכיון שהוא התנה שאם יהיה חיוב שאר כסות יתבטלו הקידושין וממילא לא יהיה חיוב שאר כסות, נמצא שחלות חיוב שאר כסות גורם לביטולו, לכן לא חל החיוב. ולדבריו יוצא שהמקדש לא עשה עקירת חיוב שאר כסות כלל אלא עשה תנאי ככל תנאי שהוא תליית חלות הקידושין בתנאי. אך כתוצאה מתנאי זה נגרם ביטול החיוב של שאר כסות. דברי הגרש"ש בזה נמצאים בשערי יושר ש"ז פט"ז.

הגר"ז זצ"ל מבאר שכשם שיש כח לתנאי לעכב את החלות במצב מסוים כך יש כח ע"י דין תנאי לשייר בחלות הקידושין. ולדבריו התנאי עצמו הוא מה שעוקר את החיוב שאר כסות. דברי הגרי"ז הם בריש הלכות נזירות ע"ש.

ויש לעיין בכל זה ממה שמבואר כאן בסוגיין. דמבואר בגמ' שבמשנתנו מודה ר"י דלא מהני תנאי לעקור את הירושה אף דהוי דבר שבממון, שרק במקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כסות מהני התנאי לעקור דין תורה לר"י משום דקא מחלה, משא"כ כאן דלא קא מחיל. מבואר שמה שאפשר לעקור דין תורה בדבר שבממון הוא רק כשיש מחילה של מי שהדין נאמר לטובתו. א"כ מה הקשו בזה האחרונים הנ"ל לעולם איכא למימר שהתנאי של המקדש אינו עוקר כלל אלא הוא תנאי ככל תנאי שאם יהיה חיוב שאר כסות לא יהיו הקידושין חלים. ואם לא יהיה חיוב שאר כסות יחולו הקידושין. ומה שעוקר את החיוב אינו התנאי אלא מחילת האשה דכיון שקבלה קידושין ע"כ שהיא מסכימה לתנאי ומוחלת. ולא מיבעיא לרשב"א שהובא בקצות בס' ר"ט סק"א שלר"י שתנאו קיים התנאי הוא ע"מ שתמחלי לי את החיוב. אלא אפי' למה שמוכיח הקצות שם מרש"י בכתובות ומהרמב"ן כאן שגם ע"מ שלא יהיה דין שאר כסות מהני משום דבידו של מי שהדין נאמר לטובתו למחול את הדין בדבר שבממון, א"כ עקירת החיוב נעשה ע"י שהאשה מוחלת את הדין שנאמר לטובתה.

קרינא ביה כיכר לאחרים דאכתי מספקא לן עכ"ד. יש לעיין בדברי הרשב"ם אמאי לא מהני תפיסת הבכור הרי אין חזקת מ"ק נגד תפיסתו שעל הצד שהוא בכור חלק בכורה אינו שייך לפשוטים. ודמי לזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי שהדין הוא כל דאלים גבר ומהני תפיסה. וכן מבואר ביד רמה לעיל על מלוה שעמו. שגם שם יש ספק אם מקבל הבכור פי שנים או לא, וכתב הרמ"ה שחולקים משום דאין אחד מהם מוחזק אלא כ"א תובע את הירושה, ולדבריו לכאורה מהני הכא תפיסה.

אך התוס' שם כתבו דמדינא צריך להיות במלוה שעמו המוציא מחברו עליו הראיה. והובא לעיל שהקו"ש באות ת"א מפרש דברי התוס' ע"פ דברי הנתיבות שמוכיה מלקמן קכ"ז. שגוף חלק בכורה שייך לפשוטים עד החלוקה. ואין לבכור עד החלוקה אלא זכות בנכסים וחוב על הפשוטים לקבל מהם פי שנים. לכן מספק הבכור נחשב המוציא ועליו להביא ראיה. ולפ"ז ניהא דברי הרשב"ם דלא מהני תפיסה. שעד החלוקה הפי שנים הוא בודאי שייך לפשוטים. והבכור בא להוציא מהם ושפיר הוי התפיסה נגד מ"ק ומוציאים מידו.

אמנם צ"ע אם אפשר לבאר בזה את דברי הרשב"ם שכבר נתבאר שדברי הנתיבות שם הם כשיטת הרמ"ה שגם למ"ד יש לבכור קודם חלוקה אין גוף הממון שייך לבכור אלא יש לו רק זכות בממון לקבל ממנו חלק בכורה. ולכן בספק הוא נחשב המוציא. אבל הרשב"ם לא ס"ל כן אלא ס"ל שלמ"ד יש לבכור קודם חלוקה גוף הממון הוא של הבכור. ואף שגם הרשב"ם ס"ל שמה שיש לבכור קודם חלוקה הוא רק משעת תביעה ולא לפני התביעה וא"כ י"ל שאם יש ספק אם יש לו זכות לתבוע הוא המוציא ועליו הראיה. אך לפי מה שהנתיבות בעצמו מבאר בס' רע"ח סק"א בדעת הר"ן שרק קנין הפירות הוא מקבל בשעת תביעה אבל הגוף שייך לו מתחילה אין סיבה שהוא יחשב המוציא. ונתבאר לעיל שהרשב"ם והר"ן הם שיטה אחת. וא"כ אכתי קשה אמאי כתב הרשב"ם דלא מהני תפיסה מספק.

הקו"ש באות ת"ז כתב בשם הרשב"ם שלגבי דילמא בוכרא דאימא לא מהניא הגדת האב לשוויא ספיקא דלא קרינא ביה כיכר. משמע שמפרש הא דלא מהני תפיסה לרשב"ם הוא דכיון שיש ספק בכונת האב לא מהני אמירתו לעשות ספק. וכמו שבלי אמירתו לא היינו מסתפקים שמא הוא בכור שאין לנו סיבה להסתפק א"כ גם האמירה הלא ברורה של האב אינה עושה ספק, ולכן לא מהני תפיסה. וכן נראה קצת בלשון הג"י שכתב וז"ל דילמא בוכרא דאימא קאמר ואפי' ממון המוטל בספק לא הוי כיון שהממון בחזקת הבנים האחרים הוה הוא המוציא מחברו ועליו הראיה עכ"ל. מתחילת לשון הג"י משמע שאין כאן לידת הספק. אבל מסוף לשונו נראה כדברי הנתיבות שהממון בחזקת הפשוטים וצ"ע.

האו"ש בחידושיו לדף קכ"ז. מבאר הא דלא מהני תפיסה לרשב"ם באופן אחר. דלקמן ילפינן מקרא שאם מעולם לא הוכר שהוא בכור כגון שנולדו שנים במחבא ומעולם לא היה ניכר מי מהם הבכור אין לאף אחד מהם דין בכור לענין פי שנים. וה"נ כיון שלא ברור שכונת האב לומר שבנו הוא בכור לאביו א"כ ליכא הכרת בכורה ואפי' אם כלפי שמיא הוא בכור אין לו דין בכור לענין פי שנים דהוי כנתערבו ולא הוכרו מעולם. ולכן כתב הרשב"ם דלא מהני תפיסה. ולא דמי להא דמבואר לקמן קכ"ז. שאם אמר על מי שהוחזק שאינו בכור שהוא בכור דמספקא לן אי קי"ל כר"י שנאמן או כרבנן שאינו נאמן ומספק כותבין הרשאה זה לזה, דהתם האב מכיר אלא שיש ספק אם הוא נאמן. משא"כ כאן שיש צד שהאב בעצמו לא אמר שהוא בכור א"כ חסר הכרה. וכן נראה מסוף דברי הרשב"ם שכתב דלא

בשבועה דילפינן מיניה שצריך שיהיה לגמרי מדעתו ואם לא נתקיים התנאי בטל הנדר מפני שחסר דעתו ולא מכח פרשת תנאים.

המחנ"א בדיני ריבית ס' ל"ז ד"ה תשובה מקשה עוד על התי' של מפליגו בדברים מגיטין פ"ד: שהקשו על מה שמבואר שם ע"מ שתאכלי בשר חזיר נתקיים התנאי ה"ז גט, ואמאי הרי זה תנאי שא"א לקיימו. ומשני רבא זה נחשב שיכול לקיימו שיכולה לא לאכול ולא יהיה גט. ואב"י מתוך דקאי כרבנן שחולקים על ר"י בן תימא. ואח"כ הגמ' שואלת דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ומבואר דאף לרבנן דר"י בן תימא דס"ל שגם תנאי שא"א לקיימו התנאי קיים מ"מ מתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל. וכן מקשה הקו"ש בכתובות אות קס"ז.

התוס' בכתובות כתבו שבלי החידוש של פרשת תנאים לא היה שום תנאי יכול לבטל מעשה ותמיד היה הדין שהתנאי בטל והמעשה קיים. ומה שמהני תנאי לבטל המעשה הוא חידוש מפרשת תנאים. וכל תנאי שאינו כפי משפטי התנאים בטל. לכן המתנה על מה שכתוב בתורה התנאי בטל והמעשה קיים אף שכפל תנאו ואמר שאם לא יתקיים התנאי יבטל המעשה. האחרונים מבארים דברי התוס' ע"פ היסוד שכתב הרא"ש בתשובה [הובא באב"מ ס' ל"ה סק"ד] שחלות שנעשה על תנאי אין הפשט שכל החלות הוא רק על הצד שיתקיים התנאי אלא המעשה הוא מעשה שלם וראוי להתקיים בכל ענין והתנאי הוא מילתא אחריתי שמבטל את המעשה. ובזה מבאר הרא"ש מה שמהני מחילת התנאי ואינו צריך לעשות מעשה חדש. וכיון שהמעשה הוא מעשה גמור, בלי חידוש התורה של פרשת תנאים לא היה בכח התנאי לבטל את המעשה. עיין בזה בקו"ש שם בכתובות.

הכא לא קא מחיל. ברשב"ם משמע שאם היה מוחל היה מועיל והקשו הראשונים דלא מהני סילוק מירושת אביו ואפי' היה מוחל זה לא היה מועיל. כן מקשה הרשב"א ולכן הרשב"א חולק וכתב שלשון הגמ' הוא לרווחא דמילתא. ודברי הריטב"א והרמ"ה בזה הובאו לעיל.

הקצה"ח בס' רע"ח סק"ג מישיב דברי הרשב"ם דאף שבירושת אביו לא מהני סילוק היינו משום דחשיב כאילו כבר זכה, וכמו שאחרי מיתת אביו אינו יכול להסתלק מירושתו כן לפני המיתה אינו יכול להסתלק שכבר חל עליו דין יורש. אבל חלק בכורה שאחרי המיתה יכול למחול כמבואר לעיל קכ"ד. שיכול לומר איני נוטל ואיני נותן ה"ה שיכול למחול לפני מיתת אביו. והובא לעיל שהנתיבות והקו"ש תמחו על הקצות שבדעת הרשב"ם א"א לומר כן דס"ל שאפי' אחרי מיתה אינו יכול לסלק עצמו למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה וכ"ש שאינו יכול להסתלק בחיי המוריש.

בספר זכרון שמואל ס' ס"ג כתב לבאר דברי הרשב"ם דלעולם גם הרשב"ם מודה שאין הבכור יכול למחול על חלק בכורה כמו שפשוט אינו יכול לסלק עצמו מירושת אביו. וכאן לא איירי בעקירה שלה אלא בהסכמתה לעקירה שלו. כמו שהוכיח שם מהתוס' בכתובות שגם לתי' הגמ' העקירה נעשה ע"י התנאי של המקדש ולא ע"י מחילת האשה. ואין המחילה אלא הסכמה לעקירה שלו. ובזה סובר הרשב"ם שהיה מועיל מחילה כדי שהתנאי שלו יעקור את הירושה, ומש"ה צריכה הגמ' לומר דלא מחיל.

איש פלוני בכור הוא אינו נוטל פי שנים דילמא בוכרא דאמא קאמר. כתב הרשב"ם כיון דהוי ספק מספיקא לא יחבינן ליה פי שנים ואפי' אם תפס מפקין מיניה דלא

מחלק הפשיטות. לכן הבכור מקבל ד' חלקים, שני חלקים בכורה ושני חלקים פשיטות. וכיון שחלק הפשיטות הוא שני חלקים הבת מקבלת חלק אחד שהוא חצי חלק פשיטות. והחולקים ס"ל שכשיש רק בכור ואין שום פשוט אין חלק בכורה כלל וכל חלקו של הבכור הוא חלק פשיטות, והבת מקבלת חצי מזה. דהיינו שלדבריהם מחלקים את הנכסים לג' חלקים הבכור נוטל שנים, וזה חלק פשיטות. והבת מקבלת חצי חלק פשוט שהוא שליש הנכסים.

יסוד השאלה בזה הוא אם כשיש בכור לבד ואין שום פשוט שהבכור יורש הכל אם ירושתו מחולקת לשנים, חלק בכורה וחלק פשיטות. או שאין דין בכור רק כשיש פשוט ואם אין פשוט אין דין בכורה כלל וכל ירושתו הוא מדין פשיטות. אמנם פשוט שכו"ע מודו שהסרונות של בכור בודאי אין בכה"ג. כגון לענין הא דאין בכור נוטל בראוי פשוט שאם יש רק בכור שהוא יורש בראוי שאינו צריך להגיע לדין בכור שבכור לא גרע מפשוט. ולכן דברי הרשב"ם לעיל שבירוש' יחיד י"ש שבח שגם בכור כשהוא לבד יש לו שבח אינו מוכן שבכור לבד אינו צריך להגיע לדין בכורה כמו שכתבנו לעיל. והנידון כאן הוא לא לענין החסרונות של בכור אלא לענין המעלה של בכור, כגון הכא שהבת מקבלת חצי חלק פשוט, ואם יש לו דין בכור על חלק אין היא נוטלת כנגד חלק זה.

הסוברים שאין דין בכורה כשאין פשוטים מביאים ראיה לדבריהם מדברי הרשב"ם כאן שכתב ג"מ כשיש בכור פשוט וטומטום ואמאי לא כתב ג"מ בבכור וטומטום לבד. וגם בזה נימא שמחלקים את חלק הבכור לשני חלקים ומחלק הבכורה אין הפשוט ממצט ומחלק הפשיטות הוא ממצט. אע"כ שבאופן זה א"א לומר שלגבי חלק בכורה הטומטום כמי שאינו שאם הוא כמי שאינו יש רק יורש אחד ואין דין בכורה כלל. לכן בטומטום ובכור יהיה הדין שהבכור מקבל ב' שליש והטומטום שליש. והשבות יעקב כתב שאין ראיה מדברי הרשב"ם דלא דוקא נקט שיש גם פשוט וה"ה כשיש רק בכור וטומטום שהרי הרמב"ם כתב דין זה בפ"ב מנחלות ה"ד בבכור שני פשוטים וטומטום. וזה בהכרח לאו דוקא דה"ה פשוט אחד. וכמו שהרמב"ם נקט שני פשוטים והוא לאו דוקא כך הרשב"ם נקט פשוט אחד וגם זה לאו דוקא.

הפת"ת שם מביא שבשו"ת שב יעקב חולק על השבות יעקב וס"ל שהבכור נוטל שני שליש והבת שליש שאין דין בכורה אלא במקום שיש פשוט. נמצא מחלוקת הפוסקים בנידון זה אי איכא דין בכורה כשיש רק בכור בלי פשוטים או שכל ירושתו באופן זה הוא מדין פשוט.

ביד רמה כאן באות ק"ד מפורש שאם יש רק בכור וטומטום הבכור נוטל שני שליש והטומטום שליש. ומפורש בדבריו שאם יש רק בכור אין הוא יורש מדין בכור אלא מדין פשוט. ע"ש. ושור"ר בדבר אברהם בח"א ס' כ"ז שהאריך לדון בענין זה אי איכא דין בכורה כשיש רק בכור לבד. ומביא מדברי השבות יעקב והשב יעקב הנ"ל. וכן מביא מדברי הרמ"ה. וע"ש שהאריך עוד בזה.

תנא ספוקי מספקא ליה ולחומרא. הריטב"א מקשה אמאי איכא טומאה של נקבה מספק הרי זה ספק ספיקא, ספק שמא אין כאן דין לידה כלל, ואת"ל שיש דין לידה שמא זה זכר. וכתב ע"ז הריטב"א וז"ל י"ל דהא לא קשיא דאנן בחדא ספיקא דהיינו ספק לידה משוינן לה טמאה ואידך ספיקא קאי באנפי נפשה דכיון שמשוינן לה טמאה ולא ידעינן אם זכר או נקבה חוששת לשניהם דהשתא לגבי הא חדא ספיקא הוא וזה ברור עכ"ל. והדברים צ"ב מ"ש מכל ספק ספיקא, ואין זה שם אחד שהרי יש כאן שני צדדי

קרינא ביה יכיר לאחרים דאכתי מספקא לן. דכיון שיש לנו ספק בכונת האב ואין לנו מדבריו ידיעה אם הוא בכור או לא חסר הכרה ומדין ודאי אין לו חלק בכורה.

ההג"א כאן כתב כהרשב"ם שלא מהני הכא תפיסת הבכור וז"ל אפי' תפס מפקינן מיניה דתפיסה מספיקא לא מהניא אלא אם תפס בעוד שהיה הדבר ודאי קודם שנולד הספק או שטוען ברי לי שהוא חייב לי עכ"ל. ובדבריו מפורש שלא כביאורו של האו"ש ברשב"ם אלא דהוי ספק ולא מהני תפיסה מספק כיון דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק.

נמצא שיש לבאר בג' אופנים אמאי לא מהני הכא תפיסת הבכור. א. מלשון הרשב"ם שמסיים דלא קרינא ביה יכיר משמע כפירושו של האו"ש שיש חסרון בהכרה והוי כלא הוכר מעולם שהוא בכור שמדין ודאי אין לו פי שנים, לכן לא מהני תפיסה. ב. הקו"ש כתב כיון שיש ספק בכונת האב אין אמירתו מוליד ספק לכן לא מהני תפיסה. וכן נראה מתחילת לשון הנ"י. אך מסוף לשונו לא נראה כן וצ"ע. ג. בדברי ההג"א מפורש דהוי ספק ומספק לא מהני תפיסה דהוי תפיסה אחר לידת הספק. וזה דלא כהאו"ש ולא כהקו"ש אלא דברי ההג"א צריך לבאר ע"פ הנהיבות שחלק בכורה אינו ממונו של הבכור אלא חוב על שאר היורשים, ולכן מספק הוא המוציא ועליו הראיה, ולא מהני תפיסה כמו שלא מועיל תפיסה בכל ספק ממונו.

כל בוכרא דאמא בוכרא סכלא קארו ליה. כתב הרש"ש דרבה בר חנה שאמר דין זה חולק על דברי רב יוסף. דמשמע שרק בגלל שרגילות לקרוא בכור לאמו בוכרא סכלא לכן תולים בזה אבל לולא זה היינו אומרים שהוא בכור לאביו אף שלא אמר בכורי. השיטה בשם תוס' הרא"ש עמד בשאלת הרש"ש ונשאר בשאלה. היד רמה באות ק"ב כתב דה"ה אם לא היו קוראים לבכור מהאם בוכרא סכלא היה ספק אם הוא בכור לאביו או לאמו כדלעיל אלא מעשה שהיה כך היה, ולפום סהדותיה דסהדא מהדר ליה רבה בר חנה.

עד שיהא בן משעת הויה. הפשט הפשוט בזה הוא דאף שבודאי מתברר למפרע שהיה זכר מלידה מ"מ כיון שלא היה ניכר עד עכשיו הוא נתמעט מדין בכורה. אמנם בספר צפנת פענח בפ"ד מאישות הכ"ה וכן בפ"ו מיבום ה"ד מחדש שטומטום שנקרע ונמצא זכר אינו נעשה זכר ודאי אלא מכאן ולהבא. ואם ראה עדות לפני שנקרע אינו יכול להעיד אחר שנקרע דהוי תחילתו בפסול. וכתב שכן מבואר בב"ב קכ"ו: דהיינו שמפרש כפשוטו שטומטום שנקרע אינו נחשב בן משעת הויה מפני שנעשה ודאי זכר רק כשנקרע. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן ק"מ: על המשנה של הניח בנים ובנות וטומטום.

דף קכז.

טומטום אינו ממצט חלק בכורה. כתב הרשב"ם כגון שיש בכור פשוט וטומטום ויש ט' מנים. כשדנים על חלק הבכורה רואים את הטומטום כמי שאינו, וחלק הפשיטות מחשבים עם הטומטום. ולא נתבאר ברשב"ם איך הדין כשיש רק טומטום ובכור.

הפת"ת בחו"מ ס' רפ"א סק"ז מביא בשם שו"ת שבות יעקב ח"ג ס' קע"ד שדן במי שהיה לו בן בכור ובת וכתב לבת שטר חצי זכר. דהיינו שנתן מתנה לבת חצי חלק של בן פשוט. ואילו היו כמה בנים היה הדין פשוט שהבכור יטול פי שנים מפשוט והבת תקבל חצי מפשוט. אבל היכא דאיכא רק בן בכור ובת נחלקו הדיינים כמה תקבל הבת. יש שטענו שיהלקו את הנכסים לה' חלקים, הבכור יטול ד' חלקים והבת חלק אחד. וזה משום דס"ל שחלקו של הבכור מורכב מחלק בכורה וחלק פשיטות. והבת מקבלת חצי רק

לכן הם נחשבים המוציאים ואינם יכולים להוציא בלי הרשאה. ובזה מבאר הנתיבות מה שבכור יכול לסלק עצמו מחלק בכורה כמבואר לעיל קכ"ד. שיכול לומר איני נוטל ואיני נותן אף שבשאר ירושת אביו לא מהני סילוק, אלא דשאני חלק בכורה שהוא חוב על היורשים ומהני בזה מחילה כמו שמהני מחילה בכל חוב. והובא לעיל שהקו"ש באות ת"א מבאר ע"פ דברי הנתיבות מה דקשיא לתוס' לגבי מלוה שעמו דנימא הממע"ה שבכורה הוא חוב על היורשים והבכור נחשב מוציא.

נתבאר לעיל שדברי הנתיבות שאין זה אלא חוב על היורשים הן הם דברי הרמ"ה שכתב שמה שיש לבכור קודם חלוקה אינו אלא זכות לקבל פי שנים ולא בעלות על פי שנים. ונתבאר לעיל שרוב הראשונים חולקים. ולדבריהם שיש לבכור פי שנים בגוף הנכסים הדרא קושיית הנתיבות לדוכתיה.

נראה ששאר הראשונים יבארו מה שצריך הרשאה באופן אחר דאף שחלק הבכורה הוא בודאי לא של היורשים אלא של אחד מאלה הספקי בכור מ"מ כיון שלמעשה הממון בידם אין הם יכולים להוציא הממון מידם כשיש ספק למי שייך הממון. דתנן בקידושין ס"ג: קדשתי את בתי ואיני יודע למי קידשתיה ובא אחד ואמר אני קידשתיה נאמן. וכתב הר"ן שם בשם הירושלמי שהמוכר שדה לאחר ואינו יודע למי מכר, ובא אחד ואמר אני לקחתי לא כל הימנו. הרי מבואר דאף שהמוכר הוא ודאי לא בעלים ומי שבא טוען ברי שהוא הבעלים יכול המוכר לעכב את הממון עד שיביא הקונה ראיה שזה שלו. הרמ"א בחו"מ ס' רכ"ב סע' ד' כתב שאם בא אחד ואמר לקחתי אין המוכר יכול לעכב עליו כיון שזה בודאי לא של המוכר אין הוא בעלים לעכב על מי שטוען שזה שלו. ומקורו מההגהות מיימוניות שהיה לו גרסא אחרת בירושלמי כמו שכתב הגאון שם בסק"ה. עיין בקה"י ב"ב ס' כ"ו שהאריך בענין זה. ולמה שמבואר בר"ן בקידושין שיכול המוכר לעכב אף שהממון בודאי אינו שלו א"כ גם כאן אם הממון ביד הפשוטים אף שחלק הבכורה הוא בודאי לא שלהם יכולים לעכב על מי שהוא ספק בכור עד שיביאו ראיה או שיכתבו הרשאה זה לזה.

תוד"ה מדרש רבא. כתבו דמהני הרשאה גם בדבר שאינו נמכר דהלכתא שליוח שויה. הרמב"ם פוסק בפ"ג משלוחין ה"ז שא"א לכתוב הרשאה על מע"פ כיון שאינו נמכר. ויקשה על הרמב"ם מכאן דמהני הרשאה גם למ"ד שאין לבכור קודם חלוקה. עיין מה שכתבו בזה הרשב"א והריטב"א.

היו מוחזקים בזה שהוא בכור. כתב הרשב"ם שאין הכונה שהיו מוחזקים ע"י עדים, שאין האב נאמן נגד עדים אלא בקול בעלמא שהיו קורין לו בוכרא. הרמב"ן מקשה על הרשב"ם דאיכא מסתברא שאם האב היה קורא לו בכור אין הוא נאמן לומר שאינו בכור דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כמבואר לקמן. משא"כ כשהאב לא אמר שהוא בכור ויש עדים שאומרים שהוא נולד קודם נאמן האב לומר על הקטן ממנו שהוא הבכור. ואין זה נגד עדים שגם האב מודה שהאחר נולד קודם אבל הוא אינו בנו אלא ממזר, ואת זה אין העדים מכחישים. אבל פשוט שאם דבריו הם ממש נגד עדים, כגון שעדים מעידים שכן זה נולד קודם והוא הגדול והאב אומר שהשני נולד קודם והוא הגדול, בזה כו"ע מודו שאין לאב נאמנות נגד עדים.

מה שמקשה הרמב"ן שאין האב יכול לחזור מדבריו הראשונים לא מבואר ברשב"ם שהאב קרא לו בכור אלא דהו"ק קרי ליה בכור. וי"ל שהוחזק ע"י אחרים שהיו קוראים לו בוכרא ולא ע"י אביו. ועיין בפני שלמה שמביא שיש שלא גורסים לעיל דהו"ק קרי אבוב בוכרא אלא דהו"ק קרי

התר, צד שאין דין לידה כלל וצד זכר. ואילו היה ספק אם היה לידה במציאות היה מקום לומר שאין זה ס"ס המתהפך, שא"א לומר ספק אם היה זכר או נקבה ואת"ל שהיה נקבה שמא אין כאן לידה כלל. אבל הכא אין ספק אם היה לידה אלא אם יש לזה דין לידה, ושפיר הו"ס המתהפך, שיש לומר את"ל נקבה שמא אין כאן דין לידה כלל.

העירוני ש"ל דכונת הריטב"א דשאני ס"ס זה משאר ס"ס דספק אחד הוא בדין והספק השני הוא במציאות. וסובר הריטב"א שאין זה מצטרף לס"ס. שכשדנים על המציאות יש רק ספק אחד. וכשדנים על הדין שוב יש רק ספק אחד, וכל ספק לחומרא. ודמי למה שכתב הרשב"א בריש ביצה שספק אחד בגוף וספק אחד בתערובת אינו ס"ס. ותירוצו זה הוא דוקא כאן ולא כשיש ספק אם במציאות היה לידה. אך היכא דאיכא ספק אם במציאות היה לידה י"ל כמו שכתבנו לעיל דאינו מתהפך. וכאן שזה כן מתהפך זה ספק אחד בדין וספק אחד במציאות.

שתי נשים שילדו במחבא. כתב הרש"ש נראה דה"ה אשה אחת שילדה תאומים ולא ידוע איזה בן נולד תחילה. לענין הוכרו ולבסוף נתערבו דכותבין הרשאה זה לזה בודאי אין חילוק בין שני נשים לאשה אחת שילדה תאומים. אבל לענין לא הוכרו כלל נראה לכאורה שבדוקא נקטו שתי נשים. שבשתי נשים לא היה רגע אחד שהיה מבורר מי הוא הבכור שמיד כשנולד הראשון היה ספק שמא השניה ילדה לפניה. משא"כ באשה אחת שילדה תאומים אף שנולדו במקום חשוך ולא ראו מי הבכור כמש"כ הנ"י מ"מ כשיצא הראשון ועדיין לא יצא השני היה ידוע שגוף זה שלפנינו הוא בכור. ואף שלא רואים אותו ולא יכולים לאחר זמן להעיד עליו שהוא בכור מ"מ ברגע זה ידוע לכל שגוף זה הוא בכור. וזה מספיק בשביל ליחשב הוכרו ובסוף נתערבו.

הרשב"ם כתב דאיירי בשתי נשים של אדם אחד שאחד הוא בכור והשני אינו בכור. כתב הרש"ש דנראה דה"ה בשתי נשים של שני בנ"א דאף שכ"א לעצמו הוא ודאי בכור מ"מ כיון שלכ"א יש ספק מי אביו יש להם דין של ספק בכור ואם לא הוכרו מעולם אין אף אחד מהם מקבל פי שנים. ואם הוכרו ולבסוף נתערבו כותבים הרשאה זה לזה. וכן מבואר בר"י מיגש.

מדברי הרשב"ם שכתב דאיירי בב' נשים של אדם אחד נראה דס"ל שמה שבלא הוכרו אין דין בכורה ואפי' ע"י הרשאה אינם נוטלים פי שנים הוא רק כשלא הוכר שהוא בכור כלל שבוזה ילפינן מקרא שאם לא היה ניכר אין לו דין בכור. אבל היכא שהוכר שהוא בכור, אף שמעולם לא היה ניכר אם הוא בכור של ראובן או של שמעון, אין זה נחשב שלא הוכר מעולם וע"י הרשאה יקבלו פי שנים.

חיד רמה באות ק"ז מפרש כרשב"ם דאיירי בשתי נשים של בעל אחד אבל כתב דה"ה בשני בעלים שגם כשהספק הוא מי אביו אם לא הוכרו אין להם דין בכורה.

הוכרו ובסוף נתערבו כותבין הרשאה זה לזה. הנתיבות בס' רע"ח סק"ט מקשה אמאי צריכים הרשאה כדי לקבל חלק בכורה, הרי חלק בכורה הוא ממנו של הבכור, ואין צד שזה ממון של הפשוטים שהרי מבין שני המסופקים יש בודאי אחד שהוא הבכור. א"כ איזה כח יש להם לעכב את חלק הבכורה ולמה צריך ע"ז הרשאה. ולמד מזה הנתיבות דאף דק"ל יש לבכור קודם חלוקה אין חלק בכורה ממון גמור של הבכור. אלא הבעלים על חלק בכורה עד החלוקה הם שאר היורשים ויש לבכור קודם חלוקה היינו שיש לבכור חוב ושיעבוד על היורשים לקבל מהם חלק בכורה.

מקור רק לנאמנות על פסול שבא בתולדה מהכרת בכורה, ואין ללמוד מזה שנאמן לומר שהוא ממזר או שהוא בן גרושה שבזה הפסול אינו מחמת הכרת בכורה. לכן צריך רבינו אליהו לומר שיש לימוד מפסוק שנאמן גם על פסול שאינו ע"י הכרת בכורה. וכן כתב רע"א בתשובה קכ"ח ד"ה ואפשר בדעת הבה"ג כמו שיבאר לקמן.

ב. רע"א בתשובה ק"י ד"ה אמנם כתב דרבינו אליהו ס"ל כשיטת השלטי גיבורים בקידושין ע"ח: דהא דנאמן האב לר"י לומר בני זה ממזר היינו רק לומר שהוא בנו והוא ממזר כגון שאומר שאשתו היתה ערוה עליו ולא הכיר בה וממילא הבן אע"פ שהוא בנו הוא ממזר. אבל לומר שאשתו זינתה והבן אינו בנו ולכן הוא ממזר אינו נאמן, שהנאמנות היא רק על בנו ולא כשאומר שאינו בנו. ולדבריו א"א לומר כפירוש הראשון בתוס' שהרי לדבריו אינו נאמן לומר על הקטן שהוא בכור כיון שאומר בזה שהגדול אינו בנו וע"ז אין לו נאמנות. לכן הוצרך רבינו אליהו לפרש פירוש אחר. ונתבאר לעיל דיש שרצו לומר שגם הרשב"ם ס"ל כן לכן כתב שאם יש עדים על בן אחד שהוא הגדול אין האב נאמן לומר על הקטן שהוא הבכור. אבל נתבאר לעיל שאין הכרח לומר שהרשב"ם סובר כן. אך עיין לקמן על הרשב"ם ד"ה אינו נאמן שהובא דברי הקצות בס' רע"ז סק"ב שכתב שדברי הרשב"ם לקמן קל"ד: הם כשיטת השלטי גיבורים. א"כ י"ל שזה גם שיטתו כאן.

כתבו התוס' שבה"ג פוסק כר"י שנאמן האב לפסול את בנו רק כשפוסל ע"י הכרת בכורה. דהיינו שגם בה"ג מודה שר"י עצמו ס"ל שנאמן בכל גיוני שהרי ר"י אומר שנאמן לומר שבנו בן גרושה, וכן נאמן לומר בני זה ממזר. אלא דס"ל לבה"ג שלא קי"ל כר"י בזה, ורק לגבי פסול מחמת הכרת בכורה קי"ל כר"י שהאב נאמן. והדברים צ"ב שפסק דלא כרבנן ודלא כר"י שלרבנן בכל גיוני אינו נאמן ולר"י הוא נאמן בכל גיוני. וכתב בזה רע"א בתשובה קכ"ח שבה"ג ס"ל במקצת כתוס' ובמקצת כרבינו אליהו. דהיינו דס"ל שהמקור לשיטת ר"י הוא רק מהצירוף של סברת התוס' שהאב נאמן לומר שהקטן הוא הבכור אף שעושה את הגדול ממזר, והדרשה של רבינו אליהו מבין השנואה. שהלימוד של התוס' מלמד שהאב נאמן גם לומר שאינו בנו, אבל בה"ג ס"ל שמשם אפשר ללמוד רק כשפוסל ע"י הכרת בכורה. ומה שלר"י האב נאמן לפסול גם שלא ע"י הכרת בכורה נלמד מהדרשה של רבינו אליהו. אך משם ילפינן רק שנאמן על בנו ולא כשאומר שאינו בנו.

נמצא לפ"ז דרבנן ור"י פליגי בתרתי א. בדרשת התוס'. ב. בדרשת רבינו אליהו. ובזה סובר בה"ג דאנן קי"ל כר"י רק לענין מה שר"י חולק על רבנן בדרשת התוס'. אבל לגבי מחלוקת ר"י ורבנן בדרשת רבינו אליהו קי"ל כרבנן. ולכן להלכה סובר בה"ג שהנאמנות היא רק ע"י הכרת בכורה.

התוס' הקשו על בה"ג מיבמות מ"ז. שולוא הסברא של לדברין עכ"ם אתה היה האב נאמן לומר שבנו אינו ישראל. ומבואר שלהלכה האב נאמן לפסול את בנו גם שלא ע"י הכרת בכורה. הרא"ש כתב לדחות ראייה זו שגם שם זה נאמנות ע"י הכרת בכורה שהרי כשאומר שבנו הוא עכ"ם הרי הוא אומר שאין לו דין בכור שאין דין בכורה בירושת עכ"ם.

ביאור מחלוקת התוס' והרא"ש בזה הוא שהאב נאמן לומר בני זה בכור וממילא הוא גם נאמן לומר על מי שהוחזק בכור שאינו בכור. ויש להסתפק אם מה שנאמן לומר שאינו בכור הוא רק כשאומר על אחד שהוא בכור ונאמן ע"ז ממילא יוצא שהשני אינו בכור, כלשון הברייתא היו מוחזקים בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר שהוא בכור

ליה בוכרא והיינו שהיו אחרים קוראים לו כן. מה שמקשה הרמב"ן שאם יש עדים שהוא הגדול נאמן האב לומר שאחר הוא הבכור אף שיוצא מדבריו שהגדול אינו בנו אלא ממזר, כן הוא שיטת התוס' לקמן אבל יש חולקים דס"ל שאינו נאמן לומר שהגדול אינו בנו אלא הוא ממזר כמו שיבאר בסמוך בס"ד. ויש שרצו לומר שגם הרשב"ם ס"ל כן לכן כתב שאינו נאמן נגד עדים.

הרשב"א כתב שהרשב"ם שכתב שאם יש עדים על אחד שהוא הגדול אין האב נאמן לומר שאחר הוא בכור איירי כגון שהיו שני בנים תאומים, ויש עדים שאחד נולד קודם והוא הבכור, והאב אומר שהשני נולד קודם והוא הבכור, באופן זה כתב הרשב"ם שהאב אינו נאמן שדבריו הם נגד דברי העדים שלא יתכן שהקטן הוא בנו והגדול אינו בנו. ויש לעיין אמאי הוצרך הרשב"א להעמיד דברי הרשב"ם בתאומים שיש לבאר דברי הרשב"ם באופן פשוט שהעדים אומרים על בן אחד שהוא נולד קודם והוא הגדול והאב אומר על בן אחר שהוא נולד קודם והוא הגדול. ובזה הוא מכחיש את העדים ופשוט שאינו נאמן.

נמצא שיש לבאר דברי הרשב"ם בב' אופנים א. שחולק על התוס' בעמ' ב' וס"ל שאינו נאמן לומר על הקטן שהוא הבכור כיון שע"ז הוא אומר שהגדול אינו בנו אלא ממזר וע"ז אין לו נאמנות. ב. אין מחלוקת כלל בין הרשב"ם לשאר הראשונים אלא הרשב"ם איירי באופן שהוא מכחיש את העדים, כגון בתאומים או שאומר על מי שהעדים מעידים שהוא הקטן שהוא הגדול.

מה שכתבנו בפשיטות שאם יש הכחשה מפורשת בין האב לעדים כו"ע מודו שאין האב נאמן נגד עדים וטענת הרמב"ן על הרשב"ם הוא רק שכשאומר שהקטן הוא הבכור אין זה סותר את דברי העדים, אמנם כן הוא הפשטות אך אין זה דעת כולם. שהמל"מ בפ"ב מנחלות הי"ד כתב בשם מהריב"ל שלרמב"ן אפי' אם האב מוכחש ממש ע"י עדים לא בטלה נאמנותו. אך מביא המל"מ שם כמה פוסקים שחולקים וס"ל כמו שכתבנו שבהכחשה מפורשת כו"ע מודו שאין האב נאמן.

דף קכז:

נאמן אדם לומר זה בני בכור וכשם שנאמן לומר זה בני בכור כך הוא נאמן לפסולו ע"י שאומר על בנו שהוחזק כהן שהוא בן גרושה. כתב הרשב"ם שהנאמנות לפסול נלמד מסברא מהנאמנות לומר שהוא בכור. והתוס' הקשו איך לומדים נאמנות לפסול מהנאמנות לומר שהוא בכור. וכתבו שהנאמנות לומר שהוא בכור לר"י הוא אפי' שידוע שהוא הקטן וכשאומר שהוא הבכור הרי הוא אומר שהגדול אינו בנו והוא ממזר. וע"כ שהאב נאמן גם ע"ז. ואף שהנאמנות של יכיר הוא נאמנות של האב על בנו וכשאומר שהוא ממזר הרי הוא אומר שאינו בנו סוברים התוס' כיון שעד עכשיו הוא הוחזק כבנו הוא נאמן עליו אף שלדבריו אינו בנו.

אף שהמקור של הנאמנות לפסול לתוס' הוא מפסול שבא בתולדה מהכרת בכורה סוברים התוס' שלומדים מזה שנאמן לפסול גם כשאין הפסול בתולדה מהכרת בכורה שהרי מפורש בדברי ר"י שנאמן לומר בני זה בן גרושה, וזה פסול שלא מחמת הכרת בכורה. וכן מבואר במשנה בקידושין ע"ח: שלר"י האב נאמן לומר בני זה ממזר. הרי שלר"י הוא נאמן לפסול גם באופן ישיר ולא רק ע"י הכרת בכורה.

עוד כתבו התוס' בשם רבינו אליהו שיש לימוד נפרד על הנאמנות לפסול. מה שרבינו אליהו אינו מפרש כהתוס' יש לבאר בב' אופנים. א. רבינו אליהו ס"ל שדברי התוס' הם

נימא לדברין רשע אתה ואין נאמנות לרשע כמו שאמר ביבמות מ"ז. לדברין עכו"ם אתה.

מאי דפשיטא ליה לרש"ש שאב שהוא רשע אינו נאמן לומר בני זה בכור מדין יכיר מספקא ליה לרע"א. רע"א מסתפק בין בנאמנות של יכיר בין בהא דנאמן האב לומר קדשתי את בתי אם התורה נתנה לו נאמנות כעד אף שהוא קרוב וכל מי שפסול לעדות פסול גם לענין זה או שאין זה בזה גדר עדות וגם מי שפסול לעדות נאמן בזה. ומביא רע"א ראייה מדברי הנ"י שמקשה אמאי נאמן לומר שנשא גרושה הרי אאמער"ר ות"ל שגם אם אדם משים עצמו רשע אינו נאמן כאן לדברין רשע אתה ואין נאמנות לרשע. אלא מוכח שאין בנאמנות של יכיר פסול של רשע. ומה שביבמות אמרו לגבי נאמנות של יכיר לדברין כותי אתה היינו רק לגבי פסול של עכו"ם שלא נתנה תורה נאמנות לגוי ולא בשאר פסולי עדות.

בכידושי הריטב"א יש תוספת על מה שהובא בנ"י בשם הריטב"א. שאחרי שכתב דאיירי כגון שאומר שוגג הייתי מוסיף הריטב"א א"נ גזירת הכתוב שיהיה נאמן אף שמשים עצמו רשע. ועל תירוצו השני קשה דאכתי נימא לדברין רשע אתה ואין עדות לרשע אלא מוכח דס"ל שגם לרשע יש נאמנות מדין יכיר.

לרבנן יכיר למה לי. הרשב"ם מפרש שלר"י לא קשיא דלר"י הוא נאמן גם נגד חזקה ובזה אין להאמין מכה מגו דהוי מגו במקום חזקה. ורק לרבנן שאינו נאמן אלא בצריך הכירא קשה ת"ל משום מגו. הקצות בס' רע"ט סק"א מקשה שבר"ן בקידושין מבואר שמגו דבידו עדיף משאר מגו ומהני גם נגד חזקה. ולדבריו א"א לפרש כהרשב"ם. וכתב הקצות שמה שהגמ' שואלת רק לרבנן הוא משום שלר"י הוא נאמן גם לפסול ולגבי הפסול ליכא מגו. אבל לרבנן אינו נאמן אלא לענין בכורה ולגבי זה קשה ת"ל משום מגו. כדברי הקצות מפורש ביד רמה כאן ע"ש.

הרמב"ן בספר המצות במצות ל"ת י"ב כתב שחזן מהנאמנות שנתנה תורה לאב בקרא דאת הבכור בן השנואה יכיר יש בזה גם מצוה שאם לא ידוע מי הבכור מצוה על האב להכיר את הבכור לאחרים. ומקשה הקצות בס' רפ"א סק"א לדברי הרמב"ן מה קושיית הגמ' לרבנן יכיר למה לי הא בעינן קרא למצוה.

בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן. מלשון הגמ' משמע שלגבי נכסים שיש לו נשאר הנאמנות של מגו ומה שצריך לגזה"כ של יכיר הוא בשביל אותם נכסים שיפלו אח"כ. וקשה כיון שמרויח יותר ע"י טענת בני זה בכור ממה שהיה מרויח אם היה נותן במתנה א"כ זה מגו לחצי טענה ולא מהני המגו כלל. עיי' מש"כ בזה בקו"ש אות תט"ז ע"ש ועיי' מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן קל"ד: .

בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס. מבואר כאן שגוסס אינו בר הקנאה, ונחלקו הראשונים בטעם הדבר. הרא"ש בקידושין ע"ח: כתב בשם ר"ח שמה שאינו יכול להקנות הוא משום דרוב גוססים למיתה וכמת הוא חשוב. ועוד כתב הרא"ש שרבינו יואל למד מזה שגוסס אינו מגרש את אשתו אע"פ שהוא מיושב בדעתו. והא דתנן במס' שמחות הגוסס הרי הוא כחי לכל דבריו נוהל ומנחיל זוקק ליבוס ופוטר מן היבוס מבאר רבינו יואל דהיינו לענין מידי דממילא אבל לגבי דבר שהאדם עושה גוסס נחשב כמת ואין עשייתו עשייה אף שהוא מיושב בדעתו.

הרשב"ם כאן כתב שמה שאינו יכול להקנות כשהוא גוסס הוא כשאינו יכול לדבר. אבל כל זמן שהוא מיושב בדעתו לרשב"ם דינו כחי גם לענין הקנאה. וכן כתבו התוס' בקידושין ע"ח: שגוסס שמיושב בדעתו הוא כחי לכל דבר

נאמן, ולא כתוב שאם אמר על מי שהוחזק בכור שאינו בכור שנאמן, וא"כ כשאומר שאינו יודע מי שהוא הבכור אלא רק שפלוני אינו הבכור, או שאומר שהיה בת תחילה ואין בכור בכלל, אינו נאמן. או דלמא כשם שיש לו נאמנות לומר שפלוני בכור כך יש לו נאמנות לומר שפלוני אינו בכור.

בדברי הרא"ש שכתב שכשאומר שבניו הם עכו"ם ופסולים, זה נחשב פסול שבא מחמת הכרת בכורה כיון שכלול בדבריו שאין לבנו דין בכור שהרי הוא עכו"ם, מבואר דפשיטא ליה שיש נאמנות גם לומר שאינו בכור, ופסול שבא מחמת אמירת אינו בכור הוא פסול שבא מחמת הכרת בכורה. וי"ל שהתוס' לא ס"ל כן אלא ס"ל שנאמנות האב הוא רק לומר מי הבכור ובתולדה יודעים מדבריו מי אינו בכור. אבל נאמנות ישירה לומר שפלוני אינו בכור אין לו. ולכן פשיטא להו שכשאומר שבנו הוא עכו"ם אין זה נחשב פסול שבא מחמת הכרת בכורה.

הרמב"ן כתב בשם ר"ת מה שהתוס' כתבו בשם בה"ג. והרמב"ן מקשה ע"ז מיבמות כמו שהקשו התוס'. וכתב ע"ז הרמב"ן כהרא"ש שיש לישב שגם כשאומר שבנו אינו ישראל יש בזה הכרת בכורה שעכו"ם אין בו דין בכורה. הרמב"ן דוחה תירוצו זה וז"ל ואין זה נכון שאם ר"י דוקא קאמר משום בכורה לא אמר אלא שאם אמר על הקטן בכור הוא נאמן אבל לא לומר אינו בכור שפסול הוא עכ"ל. הלשון אינו ברור כ"כ אך נראה שהכוונה כמו שנתבאר שהכרת בכורה הוא רק שאומר שפלוני בכור, בזה יש לו נאמנות לגבי בכורה וממילא נאמן גם על הפסול. אבל אינו נאמן לומר שפלוני אינו בכור. ובגמ' ביבמות הוא לא אומר מי כן בכור אלא שמי שהוחזק לבכור אינו בכור שהרי הוא עכו"ם.

נמצא שברא"ש מוכח לכאורה דס"ל שיש נאמנות גם לומר שאינו בכור. והתוס' והרמב"ן ס"ל שאינו נאמן לומר שאינו בכור אלא רק לומר שפלוני בכור וממילא האחר אינו בכור.

בעיקר הדבר שכתבו התוס' שהראיה שהאב נאמן לפסול את בנו הוא מהא דנאמן לומר שהקטן הוא הבכור אף שע"ז עושה את הגדולים ממזרים, מקשה בשערי יושר ש"י פ"ג ד"ה ועפ"ז שאם כן יהיה האב נאמן גם על בתו שהרי אם יש בת גדולה והוא אומר על הבן הקטן שהוא הבכור הרי הוא עושה את בתו ממזרת, ולא מצינו שיהיה לאב נאמנות מדין יכיר אלא על בנו ולא על בתו. ע"ש מה שכתב בזה. אך מאי דפשיטא ליה שנאמנות של יכיר הוא רק על בנו ולא על בתו ראיתי בקונטרס זכרון יוסף מהגאון ר' יוסף רוזבסקי זצ"ל שנדפס בספר זכרון שמואל ס' פ"א שכתב בסוף הקונטרס שמדברי השלטי גיבורים בקידושין מוכח שהנאמנות של האב מדין יכיר הוא גם על בתו. דמבואר בקידושין ס"ג: שהאב נאמן לומר בני זה בן י"ג שנים ויום אחד בתי בת י"ב שנים ויום אחד. וכתבו שם התוס' שהנאמנות הוא מדין ע"א נאמן באיסורין. השלטי גיבורים כתב שהנאמנות הוא מדין יכיר. ולדבריו מוכח שיש נאמנות של יכיר גם על בתו שהרי שם מבואר שנאמן גם על בתו לומר שהוא בת י"ב שנה.

נאמן אדם לומר זה בן גרושה. הרשב"ם מפרש שאומר שכן זה נולד אחרי שהוא גירש את אשתו והחזירה. וכתב ע"ז הנ"י בשם הריטב"א דצ"ל שאומר שהחזירה בשוגג דאל"כ אינו נאמן שאין אדם משים עצמו רשע. הרש"ש כתב ד"ל דאיירי שידוע שנשא גרושה והוא אומר שכן זה הוא בן של אשתו הגרושה. ומוסיף הרש"ש דאין לומר שמה שאין אדם משים עצמו רשע הוא משום דאדם קרוב אצל עצמו וקרוב פסול לעדות וזה לא שייך לגבי יכיר שהתורה נתנה נאמנות לאב אף שהוא קרוב דאכתי קשה

בקושיית השעה"מ דאיכא מגו שיתן במעכשיו שבזה לרשב"א לא מהני חזרה].

לכאורה נראה שאליבא דר"ל רע"א אינו מסתפק שלר"ל פשוט דלא בעינן שיהיה בר הקנאה בחלות הקנין. אלא ספקו של רע"א הוא אליבא דר"י במה ר"י חולק על ר"ל. שיש לפרש דברי ר"י בב' אופנים. א. לעולם ר"י מודה לר"ל שאחר שעשה מעשה הקנין אין החלות תלוי בו ואין בכחו לעכב את החלות מלחול. אלא ר"י חולק משום דס"ל דאיתי דיבור ומבטל דיבור, וע"י חזרתו הוא מבטל את המעשה קנין הראשון. ולפי זה בנשתטה המקנה שאין מה שיבטל את המעשה הראשון גם לר"י לא בעינן דעתו על החלות ויחול הקנין גם אם המקנה הוא שוטה בזמן חלות הקנין.

ב. יש מקום לומר שגם לר"י לא בטל מעשה הראשון אלא ר"י ס"ל שהמעשה הראשון אינו יכול לעשות חלות נגד רצונו של המקנה. ואם סברת ר"י הוא שגם אחרי שנעשה המעשה אכתי בעינן הסכמתו לחלות יש מקום לומר שלר"י גם אם נשתטה המקנה הקנין לא יחול. שו"ר שהאור"ש הנ"ל בד"ה ולדעתי כתב לתלות ענין זה במחלוקת ר"י ור"ל ע"ש והובאו דבריו לקמן קל"ז.

הפת"ת באבה"ע ס' מ' סק"ד כתב שבספר גט מקושר מסתפק בקנין לאחר ל' וחזר בו המקנה בתוך הזמן ושוב חזר מחזרתו, אם צריך מעשה קנין חדש או שחל הקנין בסוף ל' אם בסוף הוא רוצה שיחול אף שבאמצע היה זמן של חזרה. וספק זה תלוי בשני הדרכים הנ"ל. שאם גם ר"י מודה שאם המעשה קנין קיים זה חל בע"כ של המקנה אלא דס"ל שיכול לבטל את המעשה הראשון מכח אתי דיבור ומבטל דיבור א"כ כשחזר בו בטל המעשה הראשון ואם חזר מחזרתו צריך מעשה קנין חדש. אבל אם גם ר"י מודה שאינו יכול לבטל את המעשה הראשון אלא שיכול למנוע את הקנין מלחול דאף שכבר נעשה המעשה מ"מ גם החלות תלוי בדעתו א"כ כשחזר מחזרתו ובסוף ל' הוא רוצה שהקנין יחול הוא יחול מכח המעשה הראשון. וספק זה של הגט מקושר הוא מחלוקת הפוסקים שהתורת גיטין בגיטין ל"ב: על תוד"ה התם כתב שאם חזר בתוך ל' בטל מעשה הראשון ואם שוב חזר בו צריך מעשה קנין חדש. והחת"ס באבה"ע ח"ב ס' נ' ד"ה וחיזי מדויק מלשון רש"י שגם אחרי החזרה המעשה הראשון עדיין קיים והחזרה מהני רק לעכב את החלות מלחול. אבל אם בסוף הוא רוצה שכן יחול אינו צריך מעשה קנין חדש.

במחלוקת זו תלוי הספק של רע"א. שאם לר"י החזרה מבטלת את המעשה א"כ כשלא ביטל לא מצאנו שר"י חולק על ר"ל. וא"כ מוכח שבין לר"י בין לר"ל חלות הקנין בסוף ל' אינו תלוי בדעתו. וגם אם נשתטה יחול הקנין. אבל אם אין המעשה בטל לר"י א"כ מה שיכול לחזור לר"י הוא משום שהחלות תלוי בדעתו ואם נשתטה לא יחול הקנין.

נמצא שלר"ל אין מקום להסתפק והספק הוא רק אליבא דר"י במה ר"י חולק על ר"ל. וזה תלוי בספק של הגט מקושר ובמחלוקת התור"ג והחת"ס.

האחיזת בח"א ס' כ"ח אות ח' מביא שנידון זה של רע"א הוא מפורש בירושלמי בריש פרק מי שאחזו. שהירושלמי תולה קנין לאחר ל' ואחזו המוכר קורדייקוס במחלוקת ר"י ור"ל במינה שליח והמשלח אחזו קורדייקוס. דלר"ל דס"ל בשלח שליח ואחזו המשלח קורדייקוס השליחות קיימת ה"ה בקנין לאחר ל' ואחזו המקנה קורדייקוס לא יתבטל הקנין. ולר"י דס"ל שבאחזו למשלח קורדייקוס השליחות בטילה ה"ה בקנין לאחר ל' ואחזו המקנה קורדייקוס הקנין יתבטל. ובאות ט' תמה האחיזת על רע"א שלא הביא דברי הירושלמי. לפי מה שנתבאר מדברי הבבלי בריש פ"ג

והקנאתו הקנאה. ומה שמבואר כאן שאינו יכול להקנות היינו משום דסתם גוסס אינו יכול לדבר אבל אם הוא מדבר דבריו קיימים.

נחלקו האחרונים בביאור דברי הרשב"ם והתוס' שכתבו דהכא איירי בגוסס שאינו יכול לדבר. הקצות בס' ר"נ סק"ח כתב בשם הגט פשוט שגם גוסס שאינו יכול לדבר הוא בר הקנאה אלא שאין לו מגו שהיה נותן במתנה כשהוא גוסס שאם אינו יכול לדבר אין בידו לגלות שרוצה להקנות. והקצות תמה על דבריו דלא איירי הכא לענין הקנאה שהוא עושה כשהוא גוסס אלא הקנאה שעושה כשהוא בריא שיחול לאחר זמן כשיהיה גוסס. וא"כ בשעת חלות הקנין לא בעינן דיבור ידידה. אלא הפשט בתוס' וברשב"ם הוא שגוסס שאינו יכול לדבר הוא בחזקת שאינו שפוי בדעתו.

הריטב"א כתב בשם יש מפרשים שגוסס אינו בר זכיה ואינו זוכה כלל בירושה שנופלת לו כשהוא גוסס. דהיינו דס"ל שגוסס הוא כמת גם לענין מידי דממילא. והריטב"א דוחה את דבריו מכח הא דתנן במס' שמחות שהגוסס הוא כחי לכל דבריו נוחל ומנחיל. הרי מבואר דלכל הפחות לענין מידי דממילא גוסס הוא כחי.

שנפלו לו כשהוא גוסס. מבואר כאן דאף שמעשה הקנין נעשה כשהיה בר הקנאה ואין חסרון של דשלב"ל לר"מ מ"מ כיון שלא חל הקנין עד שבא לעולם בעינן שבזמן שבא לעולם שאז חל הקנין שיהיה המקנה בר הקנאה. רע"א בגיטין ע': וכן בגליון השו"ע ס' קכ"א מסתפק בקנין לאחר ל' בדבר שבא לעולם אם בעינן שבזמן חלות הקנין יהיה המקנה בר הקנאה או לא. רע"א אינו מזכיר דבריו את הגמ' כאן. וצ"ל דפשיטא ליה שיש לחלק בזה בין בא לעולם ללא בא לעולם. ובלא בא לעולם פשוט לגמ' כיון שבזמן מעשה הקנין לא היה הקנין ראוי לחול בעינן שיהיה המקנה בר הקנאה בזמן חלות הקנין. אבל בבא לעולם שבזמן המעשה היה החלות ראוי לחול אף שבפועל לא חל עד אחר זמן יש צד לומר דלא בעינן שיהיה בר הקנאה בזמן החלות.

המחנ"א בדיני זכיה ס' ט"ז גם מסתפק אם צריך בר הקנאה בזמן החלות כשמקנה דבר שבא לעולם לאחר זמן. והמחנ"א מביא ראיה מכאן. וכתב שיש לדחות דשאני בא לעולם מלא בא לעולם. האור"ש בפ"ב מזכיה הט"ו כתב שאין לחלק בזה בין בא לעולם ללא בא לעולם וכשם שמבואר כאן שבלא בא לעולם בעינן שיהיה בר הקנאה בזמן החלות כך בבא לעולם בעינן שיהיה בר הקנאה בזמן החלות. וכן כתב החזו"א אבה"ע ס' פ"ו סק"ד.

בקידושין נ"ט. נחלקו ר"י ור"ל בקנין לאחר ל' אם מהני חזרה או לא. ר"ל ס"ל שאינו יכול לחזור דלא אתי דיבור ומבטל דיבור. ור"י ס"ל שיכול לחזור דאתי דיבור ומבטל דיבור. ומדברי ר"ל שאינו יכול לחזור מבואר שהעושה מעשה קנין שיחול לאחר זמן ובזמן החלות עומד רצונו שאינו רוצה שיחול הקנין חל בע"כ. ואם חל הקנין אף נגד רצונו לא יתכן שיתבטל הקנין מחמת חסרון דעת, הרי לא צריכים דעתו כלל. ואין שום טעם שיצטרכו שיהיה בר הקנאה אם החלות אינו תלוי בו כלל. ואף ששמעתי שיש מהאחרונים דס"ל שגם במקום שלא מהני חזרה ואין הקנין תלוי בדעתו וחל אפי' בע"כ מ"מ אם הוא שוטה שאינו בר הקנאה גרע ולא חל הקנין, ולדבריהם יש מקום לספקו של רע"א גם לר"ל, לכאורה אין הדברים ברורים, דבשלמא במת המקנה י"ל דאף שלא תלוי הקנין בדעתו מ"מ אם אין מקנה אין קנין, אבל שוטה הוא אדם בר קיימא ואין בו אלא חסרון דעת, ובמקום שהקנין חל בע"כ לכאורה ליכא חסרון בזה שאינו בר דעת. [עיי' בסמוך

דקדושין ר"ל לשיטתו בהכרח סובר שבקנין לאחר ל' הקנין אינו מתבטל אף שנשתטה בתוך ל'.

שמעתי לפשוט הספק של רע"א מדברי הריטב"א בגיטין כ"ה: שכתב על המגרש שעה קודם מיתה שאין הכוונה שעה קודם שימות ממש אלא שעה קודם שתטרף דעתו. ומפורש שגירושין לאחר ל' ונטרפה דעתו לפני זמן חלות הגירושין אינה מגורשת.

בעיקר החידוש שמבואר כאן שהמקנה דשלב"ל לר"מ ונשתטה המקנה לפני שבא לעולם לא חל הקנין עיין בדרכי דוד לעיל ע"ט. וכן בדף קכ"ד. שכתב שזה דוקא כשהדבר הנקנה לא היה בעולם כלל כגון נכסים שקנה אחר ההקנאה בזה אם כשבא לעולם הוא אינו בר הקנאה בטל הקנין. אבל בפירות דקל אף דהוי נמי דשלב"ל ונקנה רק לר"מ דאית ליה אדם מקנה דשלב"ל, בזה גם אם המקנה יהיה גוסס או שוטה כשיבאו הפירות לעולם יחול הקנין. ומבאר הדרכי דוד טעם הדבר שנכסים שיפלו לו לאחר מכן כדי שיחול הקנין בעינן שהוא יזכה בהם ורק אח"כ יכול הקונה לזכות. ולכן כשהממון בא מרשות המקנה לרשות הקונה בעינן שיהיה המקנה בר הקנאה. אבל בפירות דקל הדקל נמצא בעולם ואף שלא הקנה את הדקל אלא את הפירות מ"מ כיון שהדקל הוא שלו והוא בעולם כשהפירות באים לעולם הם נכנסים ישר לרשות הקונה ולא בעינן שיזכה בהם המוכר כדי שיחול הקנין. ומביא הדרכי דוד שכן מבואר בשיטמ"ק בשם רבינו יונה. אך כתב הדרכי דוד בדף קכ"ד. ד"ה אולם שבשיטמ"ק כאן מובא בשם הרשב"א שגם בפירות דקל בעינן שיהיה המקנה בר הקנאה בזמן חלות הקנין. נמצא לפי דבריו שנחלקו בענין זה רבינו יונה והרשב"א.

שנפלו לו כשהוא גוסס. השע"מ בהל' נחלות מקשה דאכתי יש לו מגו שיכול להנחיל לו הירושה למאי דקי"ל כריב"ב. ולגבי הנחלה שהוא כירושה אין חסרון בגוסס. וכתב דלא מהני הנחלה על מה שעתידי לרשת אלא רק על מה שכבר בידו. גם רע"א בתשובה קל"ב מסיק שלא מהני הנחלה בדבר שעדיין לא בא לרשותו, ומביא שכן מבואר ברשב"א בקידושין ס: . הקצות בס' רנ"ג סק"ט חולק וס"ל דמהני הנחלה גם לגבי מה שעתידי לבא לרשותו. הנהיבות בס' רפ"א סק"ג מסופק בזה ומביא ראיה מכאן ע"ש. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן בדף ק"ל.

עוד מקשה השע"מ בפכ"ב ממכירה ה"ה לשיטת הרשב"א בקידושין שבמעכשיו בדשלב"ל לא מהני חזרה איכא מגו שהיה מקנה במעכשיו. ונקט השע"מ שרשב"א דלא מהני חזרה אין חסרון בזה שהמוכר הוא גוסס בשעת חלות הקנין, ומבואר בשע"מ שגם אם מת המוכר לפני שבא לעולם אין בזה חסרון. והובא לעיל שהאחרונים כתבו שאפי' שחזרה לא מהני מ"מ בעינן שיהיה המקנה בר הקנאה ואם מת או אפי' נעשה שוטה הקנין בטל גם לרשב"א. אבל השע"מ לא ס"ל כן אלא כמו שכתבנו לעיל שאם לא מהני חזרה ולא בעינן דעתו לא איכפת לן שאינו בר דעת ואינו בר הקנאה. וכתב בזה השע"מ שליכא מגו ע"ז שאין רצונו לתת מה שעתידי לבא לעולם באופן שלא יהיה לו האפשרות לחזור מהקנאתו אם יתחרט.

אמר בני וחזר ואמר עבדי אינו נאמן. כתב הרשב"ם כיון שהאמינתו תורה במאי דאמר בני הוא כדכתיב יכיר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. ומוסיף הרשב"ם שאפי' אם חזר בו בתכ"ד לא מהני חזרתו. הטור בס' רע"ט חולק על הרשב"ם שבכל מקום מהני חזרה בתכ"ד, ולמה הנאמנות של יכיר עדיף מעדות דמהני בו חזרה בתכ"ד. וכתב הבי"י שהרשב"ם ס"ל דחזקה שאדם לא יקרא לעבדו

בנו ולכן אפי' בתכ"ד אינו נאמן לומר שאין זה בנו אלא עבדו. ולדברי הבי"י יוצא שבעלמא גם הרשב"ם מודה דמהני חזרה מיכיר בתכ"ד כגון שאמר בני זה בכור וחזר ואמר על אחר שהוא הבכור. ורק כאן אינו נאמן לחזור ממה שאמר בני הוא זה ולומר שהוא עבדו שאם זה עבדו חזקה שלא היה קורא לו בנו.

דברי הבי"י בזה לכאורה צ"ע שמביא בעצמו שגם הנ"י כתב כרשב"ם ובנ"י מפורש שלא כדבריו. שהנ"י בד"ה תנן כתב וז"ל אבל אם אמר על זה שהוא בכור וחזר ואמר על אחר שהוא בכור אינו נאמן דכיון שהכירו פעם אחת שוב לא נתנה לו תורה הכרה אחר הכרה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואפי' בתכ"ד אינו יכול לסתור דבריו וכדאמרין בסמוך אמר בני הוא זה וחזר ואמר עבדי אינו נאמן עכ"ל. וגם בדברי הרשב"ם משמע שמה שאינו חוזר בתכ"ד הוא מכח הנאמנות של יכיר ולא מכח חזקה שאינו קורא לעבדו בנו. אך סברת הרשב"ם צ"ע למה שלא יועיל בזה חזרה בתכ"ד כמו בעדות כמו שתמה הטור.

הא"ש בפ"ד מנחלות ה"ג מבאר דברי הרשב"ם שחזרה בתכ"ד בכל מקום הוא מעשיה להבא כגון מעשה קנין או שבועה להבא ולא על העבר. ורק בעדות מהני חזרה בתכ"ד אף שהוא על העבר מפני שצריך דו"ח וצריך שב"ד יקבלו את העדות. אבל הנאמנות של יכיר שהוא על העבר והוא אפי' חוץ לב"ד ואין בזה דו"ח ולא צריך שב"ד יקבלו את דבריו לא מהני בזה חזרה בתכ"ד. ע"ש. וזה דלא כהקצות בס' כ"ח סק"ח שמוכיח ממגדף דמהני חזרה גם על שבועה לשעבר. והובא לקמן קכ"ט: ע"ש.

מה שיש לגבי יכיר דין של אין חזרה ומגיד אף שאמירתו היא חוץ לב"ד עיין בקו"ש אות ת"ח שמביא לשון הרמב"ן במלחמות פ"ג דקידושין שלא מצינו בתלמוד נאמן ויכול לחזור בו אלא כל שנאמן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד עכ"ד. ולגבי עדות שאינו נאמן חוץ לב"ד יכול לחזור חוץ לב"ד משא"כ ביכיר שנאמן גם חוץ לב"ד יש בו דין של אינו חוזר ומגיד גם חוץ לב"ד.

רשב"ם ד"ה אינו נאמן. מבואר בדברי הרשב"ם שבכלל הנאמנות של יכיר הוא גם לומר שהוא בנו. דהיינו אף שלא ידוע שהוא בנו הוא נאמן עליו לומר שהוא בנו. רע"א בגליון הש"ס כאן והרש"ש לעיל קכ"ו: מקשים שדברי הרשב"ם כאן סותרים את דבריו לקמן קל"ד: ד"ה ליוורשו ששם כתב שהאב אינו נאמן אלא על מי שידוע שהוא בנו לומר שהוא בכור אבל אינו נאמן לומר על מי שאין ידוע אם הוא בנו או לא שהוא בנו.

הרש"ש כתב שדבר זה תלוי בר"י ורבנן. שלר"י שנאמן לומר בני זה ממזר דהיינו שנאמן לומר על מי שהוחזק כבנו שאינו בנו ה"ה דנאמן לומר על מי שלא הוחזק כבנו שהוא בנו. אבל לרבנן אינו נאמן לומר שאינו בנו ולא לומר שהוא כן בנו אלא רק לומר על בנו שלא ידוע אם הוא בכור או לא שהוא בכור. ובזה מישב הרש"ש הסתירה ברשב"ם שהרשב"ם כאן הוא אליבא דר"י והרשב"ם לקמן הוא לרבנן. ולדבריו יוצא שלהלכה דקי"ל כר"י שיטת הרשב"ם שיש נאמנות גם על מי שאינו ידוע שהוא בנו לומר שהוא בנו.

הקצה"ח בס' רע"ז סק"ב כתב ששיטת הרשב"ם הוא כמבואר בדבריו לקמן שאינו נאמן לומר זה בני. ומה שמבואר ברשב"ם כאן שנאמן איירי שידוע שזה בנו שנולד ממנו, והספק הוא רק אם הוא בנו מאשה ישראלית או בנו מן השפחה. ובזה הוא נאמן לומר שהוא בנו ואינו עבד. דהיינו שהנאמנות אינו תלוי אם הוא מתיחס אחריו כבן או לא אלא אם במציאות הוא נולד ממנו. אבל אם יש צד שאינו בנו כלל אינו נאמן לומר שהוא בנו. ומוסיף הקצות

האבי עזרי בפ"ג מיכוס ה"ד חולק בזה על הש"ש ומוכיח מיכמות מ"ז. שכמו שבעדות יש דין של תחילתו וסופו בכשרות כך ביכיר בעינן שיהיה כשר גם בשעת ראייה. ואי נימא דסגי בידיעה מפי אחרים אם סומך עליהם כ"ש שיועיל ידיעת עצמו אף שהיה תחילתו בפסול. וכתב האבי עזרי לישב את קושית הקצות מכתובות ואת קושית רע"א ממה שאינו נאמן לומר זה בני לפטור מיכוס שכל הנאמנות לומר זה בני במי שלא הוחזק לבנו הוא רק לענין נחלה שהוא דין של האב שהוא המוריש. אבל לגבי שאר ענינים אינו נאמן אלא רק אם הוחזק שהוא בנו. ועל דרך זה כתב האמרי משה בס' י"א ע"ש.

יש לעיין בסברת הסוברים שאינו נאמן לומר זה בני אם זה מפני שהנאמנות של יכיר הוא רק לענין אם הוא בכור או לא וכן לענין כשרות ופסול ולא לענין אם הוא בנו או לא. או שהנאמנות הוא על כל דיני הבן ומה שאינו נאמן לומר זה בני הוא משום שהנאמנות הוא רק על בנו ועל הצד שאינו בנו אינו נאמן עליו ואיך יהיה נאמן לומר שהוא בנו. מדברי האו"ש הג"ל שכתב על הסתירה ברשב"ם דהכא איירי שהוחזק בנו ולכן יש לו נאמנות עליו שהוא בנו מדין יכיר ואינו יכול לחזור, מוכח לכאורה דס"ל שמה שאינו נאמן הוא לא משום שאין נאמנות לומר אם הוא בנו או לא אלא טעמו של הרשב"ם הוא שהנאמנות הוא רק על בנו ואם לא הוחזק בנו אין סיבה להאמין לו. וכשהוחזק בנו יש לו נאמנות ומחזיקים אותו לבנו לא רק מכח החזקה אלא גם מכח נאמנות האב, ונ"מ שאינו יכול לחזור.

רע"א והרש"ש שלא תירצו כן אולי הוא משום דס"ל שמה שאינו נאמן לרשב"ם לומר זה בני אינו משום שאין לו נאמנות עד שנדע שזה בנו אלא משום שהנאמנות של יכיר הוא רק לענין בכורה ופסול ולא לענין אם הוא בנו או לא. ולכן ס"ל שאפי' אם הוחזק בנו והאב אומר שהוא בנו הוא נשאר בחזקת בנו מכח החזקה אבל הדין יכיר לא יוסיף בזה כלום שלא כלול בנאמנות של יכיר נאמנות לומר אם הוא בנו או לא.

היה עובר על בית המכס ואמר בני וחזר ואמר עבדי נאמן. מבואר דאף שנאמן לומר זה בני מדין יכיר מ"מ אם נותן אמתלא לדבריו יכול לחזור מדבריו הראשונים. הש"ש בש"ו פ"ח כתב בשם חכמי פרובינציא שאב שאומר קדשתי את בתי אינו יכול לחזור מזה אפי' ע"י אמתלא כיון שהתורה האמינה לו כעדים. הש"ש מקשה מכאן דמבואר דמהני אמתלא אף שהתורה האמינה לו כעדים. וכתב הש"ש לחלק בין אמתלא לפרש דבריו הראשונים לאמתלא לחזור מדבריו הראשונים.

ובזה יש לישב עוד דלכאורה מוכח כאן דמהני חזרה מהודאת בע"ד ע"י אמתלא שהרי כשאמר בתחילה זה בני יש בזה הודאת בע"ד שאינו עבדו ואיך חזר ואומר עבדי הוא. ועיין בקצה"ח בס' פ' סק"א שמביא מחלוקת הפוסקים אם מהני אמתלא לבטל הודאת בע"ד או לא. ולמה שכתב הש"ש ניהא דהכא אינו סותר דבריו הראשונים ע"י אמתלא אלא מפרש דבריו. אך בלא"ה אין הכרח מכאן דמהני אמתלא בהודאת בע"ד שלא מבואר בגמ' שנאמן לומר זה עבדו אחר שאמר שהוא בנו לגבי דין הממון אלא לגבי דין האיסור שנאמן לאסור את העבד בכת חורין.

דף קכח.

נשבע ואינו יכול לחזור בו. עיין מה שכתבנו בשיטות הראשונים בזה בב"מ ל"ד: ובשבוועות ל"ט.

רשב"ם ד"ה אתה נתת לי במתנה. מבואר ברשב"ם דגודרות יש להם חזקה אחר ג' שנים. וכן הוא שיטת

שנידון זה אם האב נאמן לומר זה בני על מי שלא הוחזק לבנו תלוי במחלוקת הראשונים שהובא לעיל אם האב נאמן לומר על מי שהוחזק בנו שאינו בנו. ושיטת הרשב"ם שאינו נאמן לומר זה בנו הוא כשיטת השלטי גיבורים שאינו נאמן לומר שמי שהוחזק לבנו אינו בנו. וזה מתאים עם מה שכתבנו לעיל על דברי הרשב"ם בעמ' א' ד"ה היו מוחזקים שהם כשיטת השלטי גיבורים.

האו"ש פ"ד מנחלות ה"ג מישב הסתירה ברשב"ם דהכא איירי שהוחזק בנו. ומה שצריך להגיע לנאמנות של יכיר אף שבלא"ה הוא בחזקת בנו הוא שאם לא היה אומר שהוא בנו היה נאמן לומר שהוא עבדו ולפסלו מדין יכיר אף שהוחזק שאינו עבד. אבל עכשיו שאמר שהוא בנו והוא נאמן ע"ז מדין יכיר כיון שאמר כן על מי שהוחזק בנו שוב אינו נאמן לומר שהוא עבד. אבל כשלא הוחזק בנו אינו נאמן לומר שהוא בנו. וא"כ אין ראייה לא מהגמ' כאן ולא מהרשב"ם שיש נאמנות לומר זה בני כשלא הוחזק לבנו.

הרמב"ם בפ"ב מנחלות ה"ד כתב בהדיא שגם על מי שלא הוחזק לבנו הוא נאמן לומר זה בני. ולדברי הקצות יוצא שנחלקו בזה הרשב"ם והרמב"ם. הקצות מביא ראייה לשיטת הרשב"ם מכתובות כ"ה: שכהן שאמר זה בני נאמן להאכילו בתרומה משום שבידו להאכילו תרומה. ולמה צריך להגיע לבידו ת"ל שנאמן מדין יכיר. אלא מוכח שאין נאמנות מדין יכיר לומר על מי שלא הוחזק לבנו שהוא בנו. וקשה מזה על הרמב"ם.

עוד מקשה רע"א בתשובה ק"י על הרמב"ם מלקמן קל"ד: שאין האב נאמן לומר זה בני לפטור את אשתו מן היבום אלא מכח מגו שבידו לגרשה ואמאי אינו נאמן מדין יכיר. וכתב בזה הש"ש ש"ב פ"כ שהנאמנות של יכיר הוא רק לגבי דין הבן ולא לגבי דין אמו. וכן נקט בשערי יושר ש"ו פ"ג ד"ה והנה יש להוכיח. ועפ"ז כתב שם בשע"ו בד"ה ובירושלמי שאם אומר זה בני הוא נאמן לענין שהבן ירש אותו אבל אינו נאמן לענין שאם מת הבן בחייו שהוא ירש את הבן, שזה אינו דין של הבן אלא דין שלו.

ובזה מישב השע"ו בד"ה ובזה את קושית הקצות על הרמב"ם מכתובות כ"ה: שהנאמנות של האב הוא לומר על מי שהוחזק בנו שאינו בנו, ועל מי שהוחזק שאינו בנו שהוא כן בנו. אבל לומר על מי שלא הוחזק לבנו שהוא בנו והוא ממזר אינו נאמן. שכדי שיהיה נאמן לומר שהוא ממזר צריך שיהיה בנו. ואף שהוא נאמן לומר שהוא בנו זה רק לגבי דין הבן, ואין לו נאמנות לומר שהוא בנו לענין לתת לו נאמנות לומר שהוא ממזר. א"כ גם כשאומר בני זה וכהן אף שנאמן לומר שהוא בנו אבל מה שמוסיף שהוא כהן כשר ע"ז אין לו נאמנות כיון שרק מפיו אנו יודעים שהוא בנו ורק לענין שהוא בנו יש לו נאמנות ולא לענין לתת לו נאמנות לומר שהוא כהן.

רע"א בתשובה ק"י דחה תירוץ זה ומוכיח דלא האמינה תורה לענין זה לחצאין. גם האמרי משה בס' י"א מוכיח שהנאמנות הוא לא רק לגבי דין הבן שהרי אם אומר בני זה ממזר הוא נאמן להתירה בממזרת. הרי שיש לו נאמנות גם לגבי דינה של הממזרת שמוותרת למי שהוחזק לבנו. העירוני שיש לחלק דהתם ההתר של הממזרת היא תוצאה ישירה מהדין ממזר שפסקנו עליו. ואין ראייה מזה שנוכל לפסוק גם דינים אחרים שהם בתולדה מהדין שלו כגון לפטור את האם מיכוס או לגבי כהונה.

עוד מחדש הש"ש שם בש"ב פ"כ שהנאמנות של יכיר הוא לאו דוקא כשהאב יודע מעצמו אלא גם אם שמע מאחר וסומך לבו שזה אמת יש לו נאמנות ע"ז כאילו ידע מעצמו. ומביא הש"ש שכן מבואר בב"ש באבה"ע ס' ו' סק"ז.

הרשב"ם לעיל ל"ו. וכתבנו שיטות הראשונים בזה לעיל ע"ש.

רשב"ם בא"ד. או בקטן המוטל בעריסה. מבואר לעיל ל"ו. שבקטן המוטל בעריסה יש חזקה לאלתר. ועיין בקצה"ח בס' קל"ה סק"ב שמבאר אמאי אין בזה ריעותא דאחוי שטרך. עיין מה שכתבנו בזה לעיל ל"ו.

רשב"ם ד"ה רצונך השבע וטול. כתב הרשב"ם שהמחזיק אינו נשבע דאין נשבעין על העבדים. מוכח מדברי הרשב"ם שגם שבועת היסת אין נשבעין על הקרקעות. ונחלקו בזה הרשב"ם והתוס' לעיל ל"ג. וכשזוכה ע"י חזקת ג' שנים שיטת הרשב"ם בדף ל"ג. שבלא"ה אינו נשבע שחזקה הוא במקום שטר. דהיינו שראית החזקה פוטרת מהשבועה. התוס' שם חולקים בזה על הרשב"ם וס"ל שהזוכה ע"י חזקה נשבע היסת. ומה שהרשב"ם צריך להגיע לאין נשבעין על העבדים ולא כתב כשיטתו דהיכא דזוכה ע"י חזקה אינו נשבע היינו משום שהרשב"ם כתב גם אופן שזוכה לאלתר כגון בקטן המוטל בעריסה ובוזה בודאי שהיה צריך שבועה לולא שאין נשבעין על העבדים.

ר"נ אמר אין גובין מן העבדים. כתב הרשב"ם שמה שאין גובין מן העבדים אף דקי"ל שעבדים הוקשו לקרקעות הוא שלגבי שיעבוד ההבדל בין קרקע למטלטלין הוא שעל הקרקע אדם סומך דעתו מפני שא"א להבריהו משא"כ במטלטלין ולענין זה עבד דמי למטלטלין שגם ע"ז אינו סומך דעתו. התוס' בב"ק י"ב. מבארים באופן אחר דר"נ ס"ל שמה שעבדים הוקשו לקרקעות הוא רק לענין מילי דאורייתא ולא לענין מילי דרבנן. וכיון שר"נ ס"ל שיעבודא לאו דאורייתא שיעבוד נחשב מילי דרבנן.

הש"ך בס' ל"ט סק"ב מקשה סתירה בענין זה בדברי הרא"ש שמצד אחד בב"ק י"ב. כתב הרא"ש דהלכתא כר"נ שאין גובין מן העבדים משום דלגבי מילי דרבנן עבדים אינם כקרקע. וזה כפירוש התוס'. ומאידך ברא"ש בסוף גט פשוט משמע דס"ל דקי"ל שיעבודא דאורייתא. ובשלמא לפירוש הרשב"ם אפשר לפסוק כר"נ אפי' אם פוסקים שיעבודא דאורייתא, אבל לרא"ש שמפרש כתוס' לפסוק כר"נ ולפסוק שיעבודא דאורייתא זה תרתי דסתרי.

הקצות בס' ל"ט סק"א כתב דאף שהתוס' כתבו שר"נ ס"ל שלא גובים מן העבדים משום דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא הרא"ש ס"ל שאפשר לפסוק כר"נ אפי' אם פוסקים שיעבודא דאורייתא. שמה שבמילי דאורייתא קי"ל שעבדים דינם כקרקע היינו כשהחילוק בין קרקע למטלטלין הוא מן התורה, כגון לגבי שבועה אונאה ושמירה שמן התורה יש בדברים אלו חילוק בין קרקע למטלטלין. אבל לגבי שיעבוד בין אם שיעבודא דאורייתא בין אם שיעבודא לאו דאורייתא מן התורה אין חילוק בין קרקע למטלטלין. שאם שיעבודא דאורייתא מן התורה גובים בין מקרקע בין ממטלטלין, כמו שמביא הקצות מהרשב"א ע"ש. ואם שיעבודא לאו דאורייתא מן התורה לא גובים לא מקרקע ולא ממטלטלין. א"כ לכו"ע החילוק בין קרקע למטלטלין לגבי שיעבוד הוא תקנ"ח. ולכן לענין זה עבדים אינם כקרקע.

מה שהתוס' לא ס"ל כן וכתבו שרב נחמן ס"ל שיעבודא לאו דאורייתא יתכן שהוא משום משום דס"ל שגם למ"ד שיעבודא דאורייתא לא גובים ממטלטלין מן התורה. וכן הוא שיטתו היד רמה לקמן קע"ה דקי"ל שיעבודא דאורייתא ואעפ"כ להלכה לא גובים ממטלטלין מן התורה. ולדבריו החילוק בין קרקע למטלטלין לענין שיעבוד למ"ד שיעבודא דאורייתא הוא מן התורה.

נמצא שלדעת הש"ך הנ"מ בין סברת התוס' לסברת הרשב"ם הוא אם מי שסובר שיעבודא דאורייתא יכול לסבור כר"נ או לא. ולדעת הקצות זה אמת לשיטת התוס' אבל לא לשיטת הרא"ש. ולכאורה איכא עוד נ"מ בין התוס' לרשב"ם לענין אם גובים מעציץ נקוב. שלשיטת התוס' כל מה שסבר ר"נ שלא גובים מעבדים הוא רק משום דלגבי מילי דרבנן אין לעבד דין קרקע. אבל עציץ נקוב שהוא במציאות קרקע יהיה עליו שיעבוד. ולסברת הרשב"ם דאף שעבד יש לו דין קרקע מ"מ כיון שאינו סומך דעתו עליו לא גובים ממנו לכאורה גם עציץ נקוב אף שהוא קרקע אינו סומך עליו ולא יגבו ממנו. ואף שלגבי פרוזבול שלא כותבים אלא על הקרקע מפורש בגיטין שכותבין על עציץ נקוב עיין בתוס' בגיטין ל"ז. ד"ה אלא דאף שאין סומך דעתו על העציץ מ"מ לא פלוג רבנן לענין פרוזבול.

היד רמה לקמן עמ' ב' באות קכ"ב כתב כסברת הרשב"ם שמה שלא גובים מן העבדים אף שהוקשו לקרקעות הוא משום שאין המלוה סומך דעתו על העבדים כיון שאפשר לכלותם ולהבריחם. ומדמה הרמ"ה להא דאין גובים מענבים העומדות ליבצר אף שלשאר דיני התורה ענבים העומדות ליבצר יש להם דין קרקע, שאני שיעבוד שתלוי בסמיכות דעתו של המלוה, ואינו סומך דעתו על ענבים אלו כיון שעומדים ליבצר.

עיקר הדין שכתב הרמ"ה מבואר בתוס' בשבועות מ"ג. שלגבי כל דיני התורה ענבים העומדות ליבצר הם כקרקע ולענין שיעבוד אינם כקרקע. ולא ביארו התוס' טעם הדבר. הש"ך בס' צ"ה סק"ט כתב שהטעם הוא ששיעבוד תלוי בסמיכות דעת המלוה. וכדברי הש"ך מפורש ברמ"ה כאן כנ"ל. ומדברי הרמ"ה יש ללמוד שלא גובים מעציץ נקוב. שהרי ענבים העומדות ליבצר הם קרקע ואעפ"כ לא גובים מהם כיון שאפשר לכלותם א"כ גם בעציץ יהיה הדין כן. וכמו שכתבנו לדעת הרשב"ם. אך כ"ז לרשב"ם ולרמ"ה אבל לתוס' כשם שמעבדים גובים למ"ד שיעבודא דאורייתא, וגם למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מה שלא גובים הוא רק משום שלגבי דרבנן אין לעבד דין קרקע, א"כ יגבו גם מעציץ נקוב ומענבים העומדות ליבצר שהם קרקע ממש.

מר בר ר"א אכשור באבא דאבא. כתב הרשב"ם דהכשיר משום דהוי שלישי בראשון. שהוא דור שלישי לאבי אביו שהוא ראשון. ומה דלא קי"ל כוותיה דמר בר ר"א מבאר הרשב"ם משום דבן ירך אביו הוא ואפי' בני בנים ובני בני בנים עד אלף דורות לא יעידו לאבותיהם. וכתבו ע"ז התוס' שאין נראה לפסול כיון דאתפלג דרא כ"כ. אך לא ביארו התוס' מהו גבול הפסול. הרא"ש כתב בשם הרי"ף דביאור מחלוקת מר בר ר"א והחולקים הוא דמר בר ר"א ס"ל דבן לאביו הוי שני בראשון וא"כ בן לאבי אביו הוי שלישי בראשון. ולדידן בן לאביו הוי ראשון בראשון. דכל שאין הפסק של אחר הוי ראשון בראשון. וכמו שאח לאחיו הוי ראשון בראשון כך בן לאביו הוי ראשון בראשון. וא"כ בן לאבי אביו הוי שני בראשון ופסול. ולפ"ז כתב הרא"ש שכן לאבי אבי אביו הוי שלישי בראשון ויהיה כשר גם לדידן. וכן פסק הרמב"ם בפ"ג מעדות ה"ה.

עד שלא נסתמא ונסתמא פסול. מבואר בגמ' דשמואל, רב ששת ור"פ כולהו ס"ל שסומא כשר לעדות כשמעיד על סימנים מובהקים. ולא נחלקו אלא איזה סימן הוא מובהק ומהני להוציא ממון ואיזה לא. דשמואל ס"ל שסומכים רק על סימן של מצרי הקרקע, ר"ש ס"ל שסומכים גם על מיתל ארכו ורחבו של גלימא, ור"פ ס"ל שסומכים גם על משקלו של נסכא. אך מסקנת הגמ' דתיובתא דכולהו תיובתא וקי"ל

י"ז: מזהו עד דבעינן תחילתו וסופו בכשרות. אבל מה שרחוק בשעת ראייה וקרוב בשעת הגדה פסול אינו מכח הדין של תחילתו וסופו בכשרות אלא מפני שקרוב פסול לעדות. ולמה בעד שהוא סומא בשעת הגדה צריכים הראשונים לומר שהוא פסול משום דבעינן תחילתו וסופו בכשרות.

אך הביאור הוא פשוט שהפסול של סומא לסוברים שהוא פסול הגוף הוא שונה משאר פסולי עדות. שכל פסולי עדות כגון קרוב, רשע, חשו"ק כולם פסולים להגדת עדות. ומה שפסולים בשעת ראייה הוא לימוד נוסף. אבל סומא שפסולו נלמד מקרא דאו ראה פרט לסומא כמו שהביאו הראשונים מהתוספתא עיקר פסולו בראיה. שאפי' שיש אופנים דמשכחת ראייה בסומא כגון ע"י טבעות עינא דקלא או מישוש הידים התורה פסלה ראייה של סומא שנאמר או ראה פרט סומא שלא סומכים על ראייתו. ומה שפיתח בשעת ראייה וסומא בשעת הגדה פסול הוא בגלל שלומדים מהקשר ראייה להגדה שכשם שצריך בשעת ראייה שיהיה העד ראוי להגדה, כך צריך בשעת הגדה שיהיה ראוי לראיה. ועיקר פסולו של סומא הוא בשעת הריאה, ומה שהוא פסול בשעת הגדה הוא בגלל הדין של תחילתו וסופו בכשרות. ושפיר הקשו הראשונים אמאי פיתח ונסתמא יכול לומר בפ"ג הרי בעינן תחילתו וסופו בכשרות.

הדברים מבוארים ביד רמה כאן באות קי"ח שאחרי שכתב שסומא פסול לעדות משום דכתיב או ראה פרט לסומא שואל הרמ"ה שמפסוק זה יש ללמוד שהריאה של סומא פסולה ואינו בכלל או ראה, ומניין שהגדה של סומא פסולה. ותירץ הרמ"ה שהגדה של סומא פסולה בגלל ההקשר שמקשים ראייה להגדה. הרי מבואר שעיקר פסולו הוא בראיה ומה שהגדתו פסולה הוא בגלל הדין של תחילתו וסופו בכשרות.

ובזה יש לבאר דברי הר"ן בגיטין שכתב על קושית התוס' שסומא אינו פסול אלא שלא סומכים על הסימנים ובגט שאינו תלוי בסימנים הוא כשר. וצ"ב למה צריך הר"ן לזה ולא ס"ל כתי' התוס' שאפי' אם סומא הוא פסול הגוף הוא כשר לעדות בפ"ג כמו שאשה וקרוב כשרים לעדות זו. ואפי' אם תאמר שהר"ן כתב האמת שאין בסומא פסול הגוף כלל אכתי צריך להבין דברי הרמב"ן שם. שמביא על שאלה זו שהראב"ד תירץ כתי' התוס', וכתב ע"ז הרמב"ן ואינו מחוור. ואח"כ מתיר הרמב"ן כתי' הר"ן. ואינו מוכן אמאי כתב על תי' הראב"ד אינו מחוור הרי זה אמת שגם אם סומא הוא פסול הגוף בודאי שהוא כשר לעדות בפ"ג כמו שאר פסולים. ואפי' שהרמב"ן סובר שלא צריך להגיע לזה שאין בסומא פסול הגוף כלל מ"מ גם תי' הראב"ד הוא אמת ומה שייך לומר ע"ז אינו מחוור.

אמנם לפי מה שנתבאר הפסול של סומא שונה משאר פסולים וסוברים הר"ן והרמב"ן שפסול זה לא הכשירו. ומחלוקת הראשונים בזה תלוי במה שמסתפק המהר"י בן לב והובאו דבריו ברע"א בגליון הש"ס בגיטין כ"ג. ובפתי"א אבה"ע ס' י"ז סקל"ה אם הכשירו בעדות אשה או עדות בפ"ג את הדין של תחילתו בפסול. דהיינו שהכשירו בעדויות אלו כל פסולי עדות חוץ מגולן דאורייתא. ומה הדין במי שהיה גולן בשעת ראייה וחזר בתשובה לפני ההגדה, שבשעת הגדה אינו גולן אלא פסולו מכח הדין של תחילתו בפסול. אולי פסול זה הוא כשאר הפסולים שהכשירו או דלמא כיון שגולן לא הכשירו גם התחילתו בפסול של גולן לא הכשירו.

המהר"י בן לב מביא ראייה לדבריו מהראשונים שהקשו שם בגיטין קושית התוס' בפיתח ונסתמא אמאי יכול לומר בפ"ג הרי סומא פסול לעדות ובעינן תחילתו וסופו בכשרות.

כדשלח רבי אבא וכמבואר בברייתא שסומא פסול בכל גונוי אפי' בעדות קרקע. אך נחלקו הראשונים בטעם הדבר. אם זה משום שסומא הוא פסול הגוף ואף שהסמנים מספיקים להוציא ממון לא מהני עדות של סומא ע"פ סימנים. או שאין פסול הגוף בסומא ומה שלא סומכים על דבריו אפי' בקרקע הוא משום שאפי' סימן מובהק לא מהני להוציא ממון.

הקצה"ח בס' רנ"ט סק"ב מאריך לדון אם מהני סימנים להוציא ממון או לא. דמה שמחזירים אבידה ע"פ סימנים י"ל שהוא משום שלא באים להוציא ממוחזק אבל להוציא ממוחזק אולי לא מהני סימנים. א"ד סומכים על סימנים גם להוציא ממון ממוחזק. ומביא הקצות שבתוס' בחולין צ"ו. ד"ה פלגיא מפורש שלא מוציאים ממון ע"פ סימנים ע"ש. ומקשה הקצות ע"ז מכאן דשמואל ר"ש ור"פ כולוהו ס"ל שמוציאים ממון ע"פ עדות הסומא ע"י סימנים. ומה שנדחו דבריהם למסקנא הוא רק משום דסומא הוא פסול לעדות. וכתב הקצות שהתוס' בחולין יפרש שמה שלא סומכים למסקנא על עדות של סומא אינו מפני שסומא הוא פסול הגוף אלא משום שלא סומכים על סימנים להוציא ממון.

בתוך הדברים מביא הקצות שנחלקו בזה התוס' כאן ובגיטין כ"ג. עם הר"ן והרמב"ן בגיטין שם. כמו שיבואר בסמוך. ובלא"ה איכא מחלוקת ראשונים מפורשת בענין זה. שהריטב"א בכתובות פ"ה: כתב בהדיא דלא אשכחן סימנים אלא באבידה ולא בהוצאת ממון. ולדבריו ע"כ מסקנת הגמ' כאן הוא לא משום דסומא הוי פסול הגוף אלא דלא סומכים על סימנים להוציא. דברי הריטב"א הובאו בקצות בס' רצ"ז סק"א ובנתיבות שם. ורבינו יונה כאן כתב בהדיא איפכא שמה שלא סומכים על סומא למסקנא הוא משום שהוא פסול לעדות ולולא זה סומכים על סימן להוציא ממון. אך מבאר רבינו יונה שזה רק סימן מובהק שמהני באבידה מן התורה אבל סימן שלא מהני באבידה אלא מדרבנן בודאי לא מהני להוציא ממון. ומחלוקת האמוראים כאן לענין גלימא ונסכא הוא אי הוי סימן מובהק או לא. אבל באבידה לכו"ע כולוהו הוי סימנים.

תוד"ה פיתח ונסתמא. הקשו דמבואר כאן שסומא פסול לעדות, ובגיטין מבואר ששליח הגט שנעשה סומא יכול לומר בפני נכתב. וכתבו דאף שבעלמא הוא פסול לעדות מ"מ לגבי בפ"ג שאשה וקרוב כשרים גם סומא כשר. הר"ן בגיטין כ"ג. כתב על שאלה זו שמה שמבואר כאן שסומא אינו יכול להעיד אפי' בקרקע אינו משום שהוא פסול לעדות אלא משום שלא סומכים על הסימנים אפי' בקרקע שאפי' סימן מובהק לא מהני להוציא ממון. ובגט שאין שום חשש שהרי בזמן הריאה הוא לא היה סומא והגט יוצא מתחת ידו אין שום חסרון בעדות של סומא. הרי שנחלקו התוס' והר"ן אם מה שלמסקנת הגמ' לא סומכים על עדות של סומא אפי' בקרקע הוא משום שסומא פסול לעדות פסול הגוף או משום דלא מהני סימנים להוציא אבל פסול הגוף אין בסומא. התוס' ס"ל שהוא פסול הגוף. ולדבריהם מוכח מכאן שלולא הפסול היו סומכים על הסימנים להוציא ממון. והר"ן סובר שאין בסומא פסול הגוף אלא שלא סומכים על הסימנים להוציא כמבואר כל זה בקצות בס' רנ"ט סק"ב.

הרמב"ן הרשב"א והריטב"א בגיטין כ"ג. שמקשים קושית התוס' למה סומא כשר לעדות בפ"ג הרי מבואר כאן שסומא פסול לעדות לא הקשו בפשיטות דסומא פסול לעדות אלא הקשו אמאי פיתח ונסתמא יכול להעיד בפ"ג הא בעינן תחילתו וסופו בכשרות. וצ"ב הרי כל פסולי עדות עיקר פסולם הוא בשעת הגדה. ומה שקרוב בשעת ראייה ונתרחק בשעת הגדה פסול הוא דין נוסף שנלמד בערכין

רשב"ם ד"ה ומתה בתו. וכגון שאין לו בנים הימנה כדתן בפרק זה בורר. רע"א והרש"ש מעוררים שדין זה הוא מחלוקת שם בסנהדרין וק"ל שאפי' אם יש לו בנים הימנה הוא לא נחשב קרוב של חותנו אחרי מיתת אשתו. האו"ש בפ"ד מעדות ה"א כתב שגם למאי דק"ל שהוא לא קרוב אפי' כשיש לו בנים הימנה מ"מ להעיד לטובת חותנו אינו יכול דאף שאינו קרוב מ"מ הוא נוגע בעדות שהרי בנו הוא יורש של חותנו ע"ש.

כל שתחילתו או סופו בפסלות פסול. לסוברים שסומא פסול הגוף ראית הגמ' היא מהא דאיכא בסומא דין של תחילתו וסופו בכשרות מוכח שהוא פסול הגוף. כן משמע מדברי הרא"ש הנ"ל. לסוברים שסומא אינו פסול הגוף מה דבעינן בסומא תחילתו וסופו בכשרות אינו מכח גז"כ דתחילתו וסופו בכשרות, אלא בתחילתו בעינן שלא יהיה סומא דלא סומכים על ראייה של סומא. ובסופו בעינן שלא יהיה סומא מפני שלא סומכים על הגדתו של סומא שהוא ע"פ סימנים. אך א"כ קשה מה הראיה דאיירי הברייתא בעדות קרקע אורי איירי בגלימא או בנסכא. לזה הוצרך הרשב"ם לומר שהראיה היא מהיתור. ולכאורה מבואר מזה שהרשב"ם ס"ל כראשונים שסומא אינו פסול הגוף. שאל"כ היה הרשב"ם מפרש כפשוטו שהראיה היא מזה שיש בסומא דין של תחילתו בפסול.

דף קכח:

על תינוק בין הבנים נאמן. מסקנת הגמ' דאיירי שאומר על תינוק בין הבנים שהוא הבכור והוא נאמן כר"י. לכאורה תינוק בין הבנים היינו שידוע שהוא הקטן. וא"כ כשאומר שהוא הבכור כלול בזה שהגדולים אינם בניו והם ממזרים. וזה ניהא לשיטת התוס' לעיל שהוא נאמן בכה"ג להעיד שהקטן הוא בכור ולעשות את הגדולים ממזרים. אבל שיטת השלטי גיבורים בקידושין ע"ח: שנאמן לומר בני זה ממזר רק כשאומר שהוא בנו והוא ממזר אבל לומר שהוא ממזר מפני שאינו בנו אינו נאמן. ולדבריו הוא לא נאמן לומר על מי שידוע שהוא קטן שהוא הבכור. וקשה מכאן דמפורש שהוא נאמן לומר על התינוק שהוא הבכור. ועיין בתוס' ר"ד כאן דס"ל כשיטת השלטי גיבורים וכתב שתינוק בין הבנים אין הכונה שגם לדברי האב הוא הקטן אלא תינוק היינו שנראה קטן מאחיו ואביו אומר שאינו כן אלא אף שהוא קטן בגופו הוא גדול מאחיו בשנים והוא הבכור.

בנכסים של עכשיו. כתב הרשב"ם שאם נתרכו הנכסים בשעת חלוקה אינה נוטלת כי אם כאותם שהיו בשעת אמירה דאין אדם מקנה דשלב"ל. כתב רבינו יונה שמה שאינה נוטלת מהנכסים שבאו לרשותו אחרי האמירה הוא פשוט שאין אדם מקנה דשלב"ל ולא זה מה שרובא בא לחדש. אלא רבא מחדש שאינה נוטלת מהנכסים שהיו בשעת אמירה לפי חשבון של חלוקת הנכסים שהיו בשעת מיתה. כגון שבשעת אמירה היה מנה ויש שני בנים, ובשעת מיתה יש ג' מנים. בזה ס"ד לומר שתקבל את כל המנה שהיה בשעת אמירה מפני שהוא שליש מהנכסים של שעת המיתה. ואין לגבי זה חסרון של דשלב"ל כיון שכל המנה שהיא נוטלת היה בעולם בשעת אמירה. קמ"ל שאינה נוטלת אלא לפי חשבון של הנכסים שהיו בשעת אמירה דהיינו שליש מנה. וזה בגלל אומדנא שדעתו על הנכסים שיש לו בשעת אמירה ולא בגלל דשלב"ל שכל המנה היה בעולם בשעת אמירה.

העירוני שיש לפשוט מדברי הרשב"ם את ספקו של רע"א לקמן קמ"ז. דמבואר שם שגם במתנת שכ"מ א"א להקנות דשלב"ל. ומסתפק רע"א אם דשלב"ל לענין מתנת שכ"מ

בכשרות. ותי' שהכשירו פסולים. מבואר שגם הדין של תחילתו בפסול הכשירו. וזה כנ"ל שסומא בשעת הגדה אינו עיקר הפסול של סומא אלא זה הדין של תחילתו בפסול. וסומא בשעת הגדה הוא כגזלן בשעת ראייה. וא"כ פשוט שמחלוקת הראשונים אם אפשר לומר כתי' התוס' או לא תלוי בספק של מהר"י בן לב. שהרי עיקר הפסול של סומא הוא בשעת ראייה ואת זה לא הכשירו. וא"כ יש צד לומר שגם בשעת הגדה לא הכשירו כמו שיש צד לומר שלא הכשירו גזלן שהיה גזלן בשעת ראייה וחזר בתשובה לפני ההגדה. ועיין בגיטין כ"ג. שכתבנו שם כל זה עם תוספת דברים.

רשב"ם ד"ה ונתחרש. כתב הרשב"ם דאיירי בנתחרש ולא בנשתתק דנשתתק אין בו פסול עדות אלא שאינו יכול בפועל להעיד מפני שאינו יכול לדבר, ולכתוב אינו יכול שהתורה אמרה מפייהם ולא מפי כתבם. מבואר דפשיטא לרשב"ם שאין באלם פסול הגוף אלא שאינו יכול לדבר. וכן הוא פשוטות הגמ' בגיטין ע"א. שאין למעט אלם מקרא דאם לא יגיד פרט לאלם כיון דחזי לדבר מתוך הכתב אלא פסולו משום דכתיב מפייהם ולא מפי כתבם. וכן נקט הש"ך בס' מ"ו סקצ"ג. דאייתא התם בשו"ע סע' ל"ו שמי שחתם על שטר ואח"כ נעשה אלם אינו יכול לקיים חתימתו אלא יקיימו ע"י אחרים. ומשמע מזה שאלם אינו יכול לחתום על שטר. ומקשה הש"ך אמאי אין אלם יכול לחתום על שטר הרי מבואר בגיטין שפסולו של אלם הוא משום מפי כתבם ובשטר ליכא מפי כתבם. וכתב הש"ך שלר"ת שהפסול של מפי כתבם הוא באלם ניהא אבל לשאר הראשונים שבכל אדם שכותב עדותו יש פסול של מפי כתבם ובשטר אין מפי כתבם קשה למה אלם אינו יכול לחתום על שטר.

הקצה"ח שם סק"ט כתב שאלם הוא פסול הגוף. ופסולו נלמד מאם לא יגיד פרט לאלם. ומה שמבואר בגיטין שפסולו הוא משום מפי כתבם היינו שלולא מפי כתבם לא היה אפשר למעטו מאם לא יגיד שהרי הוא ראוי להגדה מתוך הכתב. אבל אחרי שאינו יכול להעיד מתוך הכתב בגלל הפסול של מפי כתבם שוב אינו ראוי להגדה ומתמעט מקרא דאם לא יגיד, והוא פסול הגוף. ולכן אלם אינו יכול לחתום על שטר. נואין להקשות דאכתי אלם חזי להגדה ע"י שטר, שאם ראה עדות אין בידו להעיד ע"י שטר ששטר צריך דעת המתחייב, וזה תלוי במתחייב ולא בעדן.

בזה מישב הקצות מה שמקשה הש"ך שם אמאי אין אלם יכול לקיים חתימתו הרי פסולו של אלם הוא משום מפי כתבם והרמ"א בס' מ"ו סע' ז' כתב בשם הריב"ש שבעדות קיום כשר מפי כתבם. וכתב הקצות שמפי כתבם כשר בקיום אבל פסול הגוף של אלם לא הכשירו בקיום.

הנ"מ בין שיטת הש"ך שאלם אינו פסול הגוף לשיטת הקצות שיש בו פסול הגוף הם א. אם אלם יכול לחתום על שטר או לא. ב. אם אלם כשר לקיום שטרות או לא. ג. אם יש באלם דין של תחילתו בפסול או לא. כגון שבזמן הראיה היה אלם ונתרפא לפני ההגדה. ד. אם אלם יכול להיות עד בקידושין שכל ענינו ראייה ואין בו הגדה. נאין לא בעינן עד שראוי להתברר על ידו, עיין קו"ש אות ק"ז.

בדברי הרשב"ם כאן מפורש שאלם אינו פסול הגוף וזה כהש"ך ולא כהקצות. אך ברא"ש מבואר לכאורה שאלם הוא פסול הגוף כשיטת הקצות. וז"ל וסומא פסול דכתיב או ראה פרט לסומא כדפסלינן אלם מואם לא יגיד אע"פ שיכול להעיד בכתב דבעינן שיהיה ראוי להגיד בפיו ה"נ בעינן שיהיה ראוי לראות בעיניו ואע"פ דקושטא קמסהיד פסול עכ"ל. מפורש בדבריו שגם סומא וגם אלם יש בהם פסול הגוף.

לעדות לגביו אבל אין זה אלא ספק שיש צד לומר שהוא אינו זוכר אלא מקצת הפרעון והם זוכרים יותר. ולצד זה אין הם נפסלים לעדות לגביו. ולכן מהממון הוא נפטר ע"י העדים דהוי ספק ממונא. אבל אינו נפטר בלי שבועה כיון שיש צד שהעדים פסולים לגביו. ועל דרך זה כתבו הרשב"א והריטב"א ע"ש.

מה שמספק הוא נפטר מהממון ואינו נפטר מהשבועה כתב הקצות בס' פ"ב סק"ט בתוך דבריו דאחר שיש חיוב שבועה אינו נפטר מזה אלא ע"י בירור ודאי וספק בירור אינו פוטר מחיוב שבועה דעיקר החיוב שבועה הוא כדי לברר וספק עדים אינם מבררים. ויש לעיין בזה שעל הצד שהעדים אינם מוכחשים לכאורה לא חל חיוב שבועה מעיקרא. שהרי לפני שבאו העדים היה חייב ממון ע"פ השטר, וכשבאו העדים ויש צד שאינם מוכחשים אמאי לא נימא שמספק לא חל עליו מעיקרא חיוב שבועה.

אמנם עיקר הדבר שלא מחייבים שבועה מספק אינו ברור. הש"ך בס' פ"ז סק"י כתב שלא משביעים מספק. וכתב שכן מוכח מתוס' בשבועות מ"א. שכתבו על מה שנחלקו שתי לשונות בגמ' אם יש שבועה היסט בכל כפירת ממון או רק כשיש דרא דממונא שמספק אין נשבעין אלא כשיש דרא דממונא.

רע"א בגליון השו"ע על דברי הש"ך וכן בחי' רע"א לשבועות מ. כתב שאין ראיה מדברי התוס' בדף מ"א. שהר"ן גם כתב שמספק לא משביעים אלא כשיש דרא דממונא אבל הר"ן מוסיף שמדינא ליכא חיוב שבועה כלל ואין זה אלא תקנה"ח וכשיש ספק תקנה"ח לא נשבעים משמע שאם היה חיוב שבועה דאורייתא היו נשבעים מספק. וא"כ מדברי התוס' ליכא ראיה ד"ל שכוונתם כהר"ן דהוי ספק תקנה"ח. אבל מדברי התוס' בדף מ. ד"ה להודיע מוכיח רע"א דס"ל שלא נשבעים מספק בכל שבועה. אבל מדברי הר"ן נשאר רע"א שלכאורה משמע דס"ל שבשבועה דאורייתא נשבעים מספק. וא"כ י"ל שמה שכתב הר"ן הנ"ל דהכא איכא ספק הכחשה ולכן אינו משלם, וקשה א"כ למה הוא נשבע, י"ל שהר"ן בזה לשיטתו דס"ל שנשבעים שבועה דאורייתא מספק.

היד רמה מבאר הא דנפטר מהממון ואינו נפטר מהשבועה באופן אחר. דלעולם העדים מוכחשים על ידו ולדבריו הם פסולים ואינו יכול לפטור עצמו ע"י עדים אלו. ומה שאינו משלם ע"פ השטר הוא משום דאית ליה מגו שלא היה אומר ששילם מחצה ואז היה נפטר ע"י העדים. והמגו מהני לפטור מהממון ולא מהשבועה דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. דהיינו שהרמ"ה ס"ל כשיטת הר"י מיגש שמוכא ברא"ש ובר"ן בשבועות מ"ו: דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. הרא"ש והר"ן שם חולקים וס"ל דמהני מגו לפטור משבועה כמו שמגו פוטר ממונא.

דברי הרמ"ה צ"ב איך כתב דנפטר מהממון ע"י מגו הרי בגמ' מבואר דלית ליה מגו כיון דמרתת שמא העדים יעידו שלא פרע. וצריך להוסיף בדברי הרמ"ה מה שכתב רבינו יונה כאן שגם רבינו יונה מפרש שמה שפטר מהממון הוא בגלל מגו, ומה שהמגו אינו פוטר מהשבועה הוא משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, ומבאר רבינו יונה שמה שמבואר בגמ' בכמה מקומות שבמקום שמעיז הוא פטור משבועה מפני שהוא משיב אבידה שהיה יכול לכפור הכל אין זה מגו דמגו לא מהני לאפטורי משבועה אלא זה תקנה"ח שהמוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם כמו שכתב הרשב"ם. ומה שאמרו שמירתת אין זה מבטל את המגו אלא גורם שלא יחשב משיב אבידה ולא יהיה בזה התקנה של המוצא מציאה לא ישבע, שאין הוא נחשב מוצא מציאה מפני שאינו יכול לכפור משום דמירתת. אבל

הוא דבר שלא היה בעולם בשעת אמירת השכ"מ אף שהיה בעולם בזמן מיתת השכ"מ. או שרק מה שבא לעולם אחרי מיתת השכ"מ נחשב לא בא לעולם אבל מה שבא לעולם לפני מיתתו אחרי אמירתו נחשב בא לעולם דכל שלא חזר בו דנים כאילו האמירה נמשכת עד שעת מיתתו והוי כאילו היה אמירה לפני המיתה. וכתב רע"א שהפשוטות הוא שכל מה שבא לעולם אחרי האמירה הוא דשלב"ל שהקנין נעשה ע"י האמירה. אבל מדברי התוס' בגיטין י"ד: ד"ה הא שכ"מ כתב רע"א דמשמע שרק מה שבא לעולם אחרי מיתתו נחשב דשלב"ל. וברשב"ם כאן מפורש שנכסים שבאו לרשותו אחרי האמירה הם לא בא לעולם אף שהרשב"ם כתב לפני זה שההקנאה כאן היא ע"י מתנת שכ"מ א"נ בבריא ע"י קנין.

ויש לדחות שלשון הרשב"ם הוא שאם נתברר הנכסים בשעת חלוקה אינה נוטלת כי אם באותם שהיו לו בשעת אמירה. הרי שפתח בשעת חלוקה וסיים בשעת אמירה. ולמה לא כתב שאם נתברר הנכסים אחרי האמירה אינה נוטלת כי אם במה שהיה לו בשעת אמירה. אלא כונת הרשב"ם שלפני זה כתב שההקנאה כאן היתה או ע"י מתנת שכ"מ או בבריא ע"י קנין. ולגבי בריא ע"י קנין מה שבא לרשותו אחרי האמירה וההקנאה הוא לא בא לעולם. ומה שבא לרשותו בשעת חלוקה היינו נכסים שהגיעו לרשותו אחרי מיתתו כגון ע"י משמוש בודאי הוי דשלב"ל גם לגבי שכ"מ. ולכן כתב הרשב"ם שני הקצוות דהיינו בא לעולם בשעת אמירה כדי שיהיה בא לעולם בין לגבי שכ"מ בין לגבי בריא, ולא בא לעולם שבא לרשותו בשעת חלוקה שהוא לא בא לעולם בין לגבי בריא בין לגבי שכ"מ. ואדרבה מדכתב שבא לרשותו בשעת חלוקה ולא כתב אחרי האמירה משמע קצת שלגבי שכ"מ מה שבא אחרי האמירה אינו נחשב לא בא לעולם. אך מה שכתב הרשב"ם שלר"מ יכול להקנות גם דשלב"ל קאי רק על מה שבא לרשותו אחרי האמירה של בריא אבל מה שבא לרשותו אחרי מיתתו לא מהני גם לר"מ דאפי' בנפלו לו כשהוא גוסס אינו יכול להקנות.

בבנים הבאים לאחר מכאן. כתב הרשב"ם שתמיד אזלינן בתר הבנים של שעת המיתה בין אם נתברר, שאז זה לרעת האשה. בין אם נתמעטו שאז זה לטובת האשה. הנ"י כתב שהרשב"א והרא"ה חולקים וס"ל שתמיד ממעטים את המתנה לאשתו ואם נתמעטו אזלינן בתר שעת האמירה. הרא"ש ס"ל כשיטת הרשב"ם שגם בנתמעטו אזלינן בתר שעת המיתה אך כתב שזה רק אם גם בשעת מיתה יש בנים אבל אם מתו כל הבנים אזלינן בתר שעת האמירה שכן הוא האומדנא ע"ש.

הרי זה נשבע וגובה מחצה. הראשונים נתקשו בדיון זה אמאי נשבע הלזה ונפטר ממחצה. הרי יש למלוה שטר ואין הלזה יכול לטעון פרעתי נגד שטר. ואם מה שנפטר ע"י שבועה הוא משום שיש עדים שמעידים שפרע א"כ יפטר בלי שבועה ע"י העדים. אע"כ שאין יכולים לפוטרו מכח העדים גם בחלק שהוא והעדים מעידים שפרע הכל לדבריו שהוא שילם רק מחצה והעדים מעידים שפרע הכל לדבריו העדים העידו שקר והם פסולים לעדות. ולכן אין העדים מועילים לפטור אותו משבועה א"כ אמאי פוטרם אותו ע"י שבועה ולא מחייבים אותו מכח השטר כיון שהעדים אינם יכולים לפטור אותו. וממ"ז אם העדים פסולים לגביו ישלם. ואם אינם פסולים לגביו למה הוא צריך שבועה. הרשב"א בשם הראב"ד שואל בנוסח זה ע"ש. וכמה דרכים נאמרו בראשונים בישוב קושיא זו.

הר"ן בשבועות ל"ט. [דף י"ח. בדפי הרי"ף] וכן הנ"י כאן כתבו שיש צד שדברי העדים מוכחשים על ידו והם פסולים

מגו נשאר אף דמירתת והמגו פוטר מהממון ולא מהשבועה. ומה שמירתת אינו מקלקל את המגו מבאר רבינו יונה דאין זה אלא מגו דהעזה ומגו דהעזה מהני לפטור מממון כדמוכח מהני עיני דאכלו חושלא לעיל ל"ו.

על דרך זה יש לבאר גם לראשונים דס"ל שמגו לאפטורי משבועה אמרינן. דמגו דהעזה לכו"ע לא מהני לאפטורי משבועה כמבואר בדברי רבה שובא בכמה דוכתי מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע. ופרשו התוס' שהשאלה היא שיפטר משבועת מודה במקצת במגו שהיה כופר הכל. ומשני שאינו נפטר ע"י מגו משום דאינו מעיז לכפור הכל. הרי מבואר שמגו דהעזה אינו פוטר משבועה. ואילו לענין ממון מוכיח הר"ן בשבועות בדף כ"ג. מדפי הר"ף מהני עיני לעיל ל"ו. שגם מגו דהעזה פוטר. וכן כתבו התוס' לעיל נ"ב: אף שדחו הראיה מהני עיני מ"מ הסכימו לדינא שמגו דהעזה מהני בממון. וכן נקטינן להלכה כמבואר בש"ך בכללי מגו ס' פ"ב כלל ו' ובגאון שם סק"ד. [בטעם הדבר דמהני מגו דהעזה לממון ולא מהני לשבועה עיין בקצה"ח ס' פ"ב סק"ד ובמה שכתבנו בזה בס"ד לעיל נ"ב].

א"כ מה שאמרו כאן דמירתת היינו דהוי מגו דהעזה ומגו דהעזה אינו פוטר משבועה. אבל לגבי הממון הוא כן נפטר ע"י המגו אף שהוא מגו דהעזה. ולכן הוא נשבע ונפטר מהממון.

נמצא ג' דרכים בביאור דברי הגמ' אמאי נפטר מהממון מכח העדים ואינו נפטר מהשבועה. א. לר"ן ג"י רשב"א וריטב"א יש ספק אם יש בדבריו הודאה שהעדים פסולים או לא. ומספק הוא נפטר ע"י העדים מהממון. ואינו נפטר מהשבועה שעדים שהם ספק פסולים אינם פוטרם משבועה. ב. לרמ"ה ולרבינו יונה העדים הם בודאי מוכחשים ואינו נפטר מהממון מכח העדים אלא ע"י מגו. ומגו מהני רק לפטור מממון ולא משבועה דס"ל כר"י מיגש דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. ומירתת שנזכר בגמ' אינו מבטל את המגו אלא מבטל את המשיב אבידה. ג. לסוברים דמגו לאפטורי משבועה אמרינן י"ל דהכא כיון דמירתת הוי כמגו דהעזה ומגו דהעזה לכו"ע לא מהני לפטור משבועה, ולרוב הראשונים מהני מגו דהעזה לפטור מממון. לכן אינו משלם דאית ליה מגו אבל נשבע משום דמגו דהעזה אינו פוטר משבועה.

תוד"ה נשבע וגובה מחצה. כתבו התוס' שמה שאינו משלם ע"פ השטר אף שלדבריו העדים פסולים משום דחשיב לגביו כמלוה ע"פ כיון שלולא דבריו היה מתבטל השטר ע"י העדים והוא ע"י הודאתו עושה את השטר לשטר א"כ הוא נאמן לומר שפרע מחצה. כונת התוס' דאית ליה הפה שאסר כיון שכל כח השטר הוא ממנו. ואף שאמר דבריו לפני שהעידו העדים מ"מ אחרי שבאו העדים מתברר שכל קיום השטר הוא בגלל דבריו. ולכן הוא נאמן לומר שפרע מחצה מכח הפה שאסר.

וכן כתב הקו"ש באות תכ"ו שמקשה מדברי התוס' כאן שכתבו שיש לו מגו שלא היה אומר שפרע מחצה, ובתוד"ה אבל כתבו דלית ליה מגו משום דמירתת. וכתב דמגו לית ליה משום דמירתת אבל הפה שאסר אית ליה. אך הדברים אכתי צ"ב שאם המירתת מקלקל רק את המגו ועדיין יש לו הפה שאסר למה אינו נפטר מהשבועה ע"י הפה שאסר. ולמה כתבו התוס' שהפה שאסר מבטל את כח השטר ונחשב כמלוה ע"פ, הרי אם לא היה מבטל את דברי העדים היה עדות שהוא פטור לגמרי וכל מה שיש התחלה של תביעה הוא מפני שהוא סתר את דברי העדים. א"כ יש לו הפה שאסר גם לגבי החיוב שבועה. ולמה הפה שאסר פוטר רק מהממון, ולגבי החיוב שבועה צריך מגו, וזה אין לו

מפני שמירתת, למה אותו פה שאסר שפוטר מהממון לא יפטור גם מהשבועה. לכן נראה שגם בדעת התוס' צ"ל כמו שכתבו שאר הראשונים. דהיינו או שמגו וכן הפה שאסר לאפטורי משבועה לא אמרינן. ומה שלולא מירתת היה פטור הוא משום משיב אבידה, וזה מתבטל בגלל שמירתת. ולכן הפה שאסר פוטר מהממון ולא מהשבועה. או שמגו מהני גם לאפטורי משבועה אבל כאן כיון שמירתת זה מגו דהעזה ומגו דהעזה פוטר ממון ולא משבועה. וזה דלא כפשטות לשון התוס' שמשמע לכאורה מלשונם שהפה שאסר מבטל את דין השטר ונשאר כמלוה ע"פ לכן אינו משלם אבל צריך שבועה כמו במלוה ע"פ. וזה לכאורה לא מובן למה הפה שאסר לא יפטור גם מהשבועה וצ"ע.

רשב"ם ד"ה נשבע. כתב הרשב"ם שמה שאינו גובה מלקוחות הוא משום דיכלי לקוחות למימר אתון קנוניא עבדיהו אהדרי אנן אעדים סמכינן. ואינו מובן למה צריך להגיע לחשש קנוניא ולא פשוט שכל הנאמנות של הלוה נגד העדים הוא מדין הודאת בע"ד שהוא נאמנות רק לגביו ולא לגבי אחרים. אך הביאור הוא כמו שהיה רגיל מרן הגר"ש רזובסקי זצ"ל לומר שבהודאת בע"ד יש שני ענינים א. נאמנות מגוה"כ דכתיב כי הוא זה כמבואר ברש"י בקידושין ס"ה: ב. אנן סהדי שלא היה אומר על עצמו חיוב אם לא שהוא באמת חייב. ואף שהנאמנות מגוה"כ הוא רק לגבי עצמו האנן סהדי מהני גם לגבי אחרים. ולזה כתב הרשב"ם דליכא אנן סהדי שיש לומר שמה שאמר על עצמו חיוב הוא כדי לעשות קנוניא עם המלוה להפסיד ללקוח.

רשב"ם ד"ה פלוגתא. כתב שמה שפטור לר"ע בסלעים דינרים משום משיב אבידה היינו כדתנן המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם. כן כתב רש"י בב"מ ד: ובכתובות י"ח. התוס' בכתובות כתבו על דברי רש"י שלא צריך להגיע לתקנה"א אלא במקום שמעיז הוא פטור מכח מגו. שיטת רש"י והרשב"ם בזה הוא כשיטת הר"י מיגש שמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. ולדידה הפטור של משיב אבידה במקום שמעיז הוא מכח התקנה של המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם. וכן הוא שיטת רבינו יונה כאן כמו שהובא לעיל.

הר"ן בשבועות מ"ו: מקשה על הר"י מיגש מדברי רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת ישבע ואינו נפטר מכח מגו אי בעי כפר הכל מבואר שמגו פוטר משבועה. וכתב בזה התומים בס' פ"ב כלל קי"ג שסברת הר"י מיגש הוא שאחרי שהתורה חייבה שבועה בעינן דוקא שבועה ולא מהני ביור אחר לפטור משבועה. ושאלת הגמ' מפני מה אמרה תורה הוא למה מעיקרא התורה חייבה שבועה הרי בכל מודה במקצת יש מגו.

תוד"ה הלכתא. הקשו אמאי איכא שבועה דאורייתא של מודה במקצת הרי מבואר בב"מ ד. שממון שיש עליו שטר הוא הילך. וכתבו שזה רק בשטר שגובה ממשעבדי אבל הכא שאין השטר גובה ממשעבדי אינו נחשב הילך. דברי התוס' לכאורה תלויים במחלוקת ראשונים בטעם הדבר ששטר נחשב הילך. רש"י בב"מ ד: כתב דהוי הילך משום שהשטר משעבד את הנכסים. דהיינו כמו שהודאה בפקדון שנמצא בעין נחשב הילך אפי' שאינו מוסר מיד את חלק ההודאה כיון שהממון הוא של בעליו בכל מקום שנמצא, כך כשמודה בחוב שיש עליו שיעבוד נכסים הרי הוא מודה שיש למלוה קנין בנכסיו בכל מקום שהם. הרמב"ם בפ"ד מטו"נ ה"ד כתב שמודה בממון שיש עליו שטר אינו נשבע מפני שזה הודאה בממון שא"א לכפור אותו. הנ"י בריש ב"מ כתב שלרמב"ם ממון שא"א לכפור בו נחשב הילך. וכתב הש"ך בס' פ"ח סקנ"א שלרמב"ם גם שטר שאינו גובה ממשעבדי נחשב הילך מפני שהממון שבשטר א"א

שאין לומר דהלכתא קאי על דין זה משום דא"כ לימא אין הלכה כרבא. ולמסקנא לא אמרו כן משום דבא לאפוקי נמי מדר' יוחנן ואתקפתא דמר בר ר"א. א"כ לדברי ר"ת קי"ל ששלישי בראשון פסול. ובשו"ע ס' ל"ג סע' ב' הובאו ב' דיעות אם שלישי בראשון כשר או לא.

לר"ת דקי"ל שלישי בראשון פסול צ"ב אמאי הוצרכו לומר לעיל דלית הלכתא כמר בר ר"א שמכשיר באבא דאבא, הרי מחלוקת רבא ומבר"א לענין אבא דאבא הוא אליבא דרבא דמכשיר שלישי בראשון אם גם נכד המעיד באבי אביו הוי שלישי בראשון כיון שבן לאביו הוי שני בראשון, או שבן לאביו הוי ראשון בראשון ונכד לאבי אביו הוי שני בראשון. אבל לר"ת דקי"ל שגם שלישי בראשון פסול, ואין הנכד יכול להעיד אפי' לאחיו של אבי אביו כ"ש שאינו יכול להעיד לאבי אביו. וכתב בזה החזו"א בסנהדרין ס' י"ח סק"ז שיש נ"מ ממחלוקת רבא ומבר"א גם למאי דקי"ל ששלישי בראשון פסול. שגם לר"ת רביעי בראשון כשר. ויכול אדם להעיד לאחיו של אבי אבי אביו. א"כ למבר"א דס"ל שאב לבנו הוא ראשון בשני יכול אדם להעיד לאבי אבי אביו שגם זה רביעי בראשון. אבל למאי דלא קי"ל כמבר"א נכד לאבי אבי אביו אינו רביעי בראשון אלא שלישי בראשון, ורק נכד לאבי אבי אביו דהיינו דור חמישי נחשב רביעי בראשון ויהיה כשר.

ר"ל אמר לא קנו עד שיאמר וכו'. הרשב"ם מפרש דר"ל ס"ל שאם נותן לשנים אף שאמר לשון ירושה ולשון מתנה לשניהם לא מהני, דכיון דאיכא שני מקבלים ושתי לשונות תולים לשון הראשון לראשון והשני לשני. ולכן בעינן דוקא לשון ירושה בתחילה ובסוף ואז הלשון מתנה שנאמר באמצע קאי על שניהם. הרמ"ה והריטב"א חולקים על הרשב"ם שגם אם לא היה לשון ירושה בסוף זוכים שניהם כיון שיש לשון מתנה לשניהם. ומה שסיים ר"ל בלשון ירושה הוא כדי לבאר מה שנאמר במשנה ירושה בתחילה וסוף. ואם אין לשון ירושה בסוף זה מתנה בסוף ואם אין לשון ירושה בתחילה זה מתנה בתחילה. ובכל גיוני מהני כמבואר במשנה. המ"מ בפ"ו מנחלות ה"ו תמה על פירוש הרשב"ם מה שייך לומר שלשון מתנה קאי רק על אחד מהם הרי הוא פירש נתתם להם במתנה לשון רבים.

בדברי ר"ל מבואר דס"ל שבשתי שדות ושני בנ"א לא מהני לשון מתנה של אחד לשני. אבל לא מבואר בדברי ר"ל מה הוא סובר לענין שדה אחד ושני בנ"א או אדם אחד ושני שדות, אי ס"ל בזה כר"א דמהני בלי עירוב לשון או דס"ל כרב דימי אמר ר"י שרק שדה אחד ואדם אחד מהני לשון מתנה ללשון ירושה. ונ"מ מזה להלכה דמבואר בסמוך דקי"ל כר"ל שכתב"ד מהני אפי' ב' שדות לב' בנ"א. ואחר תכ"ד לא מהני בב' שדות וב' בנ"א. ומה הדין אחרי כדי דיבור באדם אחד וב' שדות או שדה אחת וב' בנ"א. הטור בס' רפ"א כתב שרק בב' שדות וב' בנ"א בעינן תכ"ד. אבל אדם אחד ושתי שדות או איפכא מהני גם אחר תכ"ד. וכן פסק הרמ"א בס' רפ"א סע' ז'. הלח"מ בפ"ו מנחלות ה"ז כתב שברמב"ם משמע שגם בזה בעינן תכ"ד. גם היד רמה והריטב"א כאן כתבו שר"ל ס"ל כרב דימי בשם ר"י דבעינן דוקא שדה אחת ואדם אחד.

תנו שקל לבני בשבת וכו' ואם אמר אם מתו ירשו אחרים תחתיהם אין נותנים להם אלא שקל. הראשונים מקשים אמאי זוכה האחרון הרי בניו ראויים ליורשו ורב אחא ס"ל בסמוך דנכסי לך ואחרון לפלוני אם הראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושא אין לה הפסק. דהיינו שהזוכה ע"י הנחלה אינו מקבל מתנה אלא הוא יורש, ואין

לכפור בו. ולדבריו דברי התוס' הם כרש"י ולא כרמב"ם. אך התומים בס' פ"ח סק"ט והנתיבות שם סק"י כתבו שלרמב"ם בעינן תרתי גם שיעבוד נכסים וגם שא"א לכפור בו. וכן מבואר בבבאור הגר"א שם סק"ז. ולדבריהם גם לרמב"ם י"ל כתירוצן התוס'. עיין מה שכתבנו עוד בענין זה בב"מ ד'.

עוד הקשו היד רמה כאן והשיטה בשם הר"י מיגש אמאי איכא הכא שבועה דאורייתא הרי ממון שיש עליו שטר הוא שיעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות ולא על הודאת שיעבוד קרקעות. וכתבו כיון שבפועל לא גובים ממשעבדי מפני שאין הלקוחות סומכים על הודאת הלזה אלא על העדים שאומרים שפרע הכל אין זה נחשב שיעבוד קרקעות.

השיטה כתב על זה דשמעינן מהכא שמי שתובע את חברו מנה מלוה בשטר ואומר שאבד השטר. והלזה מודה שהיה מלוה בשטר אבל לא על מנה אלא על חמישים נשבע הלזה שבועה דאורייתא ואין זה נחשב שיעבוד קרקעות אף שלפי דברי הלזה אפשר לגבות ממשעבדי מ"מ כיון שלמעשה לא יגבו שאין ראייה לחייב את הלקוחות אין זה נחשב שיעבוד קרקעות.

דין זה שכתב השיטה נחלקו בו הרמב"ן והרא"ש בשבועות בסוף פרק שבועת הפקדון דף ל"ז: הרמב"ן כתב כיון שבפועל אינו גובה מלקוחות אין זה נחשב שיעבוד קרקעות. והרא"ש כתב כיון שלדברי הלזה איכא שיעבוד נכסים אף שבפועל לא גובים מלקוחות זה נחשב שיעבוד קרקעות ואינו נשבע. עיין מה שכתבנו בס"ד בשבועות שם בבבאור המחלוקת. ודברי הרא"ש לכאורה צ"ע ממה שמבואר כאן שיש חיוב שבועה ככה"ג. ועמד בזה התרומת הכרי בס' פ"ח סע' ל"ב ד"ה ולדידי ע"ש.

הרא"ש בפירושו לנדרים כ"ז: כתב ששטר שהמלוה מודה שנפרע חציו אינו גובה חציו השני מלקוחות כיון שמתוך השטר נראה שלא נפרע כלום גזינן שמא יגבה הכל. ומדמה הרא"ש לשטר מוקדם שלא גובים בו ממשעבדי אפי' מזמנו גזירה שמא יגבו מלקוחות שקנו לפני ההלואה. ודבריו הובאו ברמ"א בס' נ"ה סע' ב'. והש"ך בסק"ה תמה על הרא"ש מסברא דמנין לחדש גזירה שלא נזכר בגמ'. ועוד מקשה הש"ך מכאן דמבואר שלא גובים מלקוחות רק בגלל שהלקוחות סומכים על העדים. אבל לולא העדים היו גובים חציו מלקוחות אף שהלזה טוען שחצי נפרע.

נמצא שני חידושי דינים ברא"ש. אחד בשבועות ל"ז: ואחד בנדרים כ"ז: ושניהם לכאורה צ"ע מסוגיא דהכא.

הרמב"ם בפכ"ז מט"ו ה"ז כתב שמי שהודה בב"ד שחייב מנה ואח"כ אמר שזכר שפרע ועדים מעידים שפרע הרי הוא פטור. הנ"י בריש ב"מ בדף ב'. מדפי הרי"ף מקשה על הרמב"ם מכאן שגם כאן בודאי איירי שאחרי שבאו העדים הוא חוזר ואומר כדברי העדים ואעפ"כ אזלינן בתר תחילת דבריו. וכתב הנ"י דצריך לחלק בין באו עדים ואח"כ חזר בו לחזר בו ואח"כ באו עדים. עיין מה שכתב בזה המ"מ שם ומה שכתב בבבאור דבריו באבי עזרי פט"ו מט"ו ה"ג אות ו'.

דף קכט.

אי לאפוקי מדרבא מוסיף הוא. הרשב"ם מפרש שאין ראייה שר' אבא חולק בזה על רבא די"ל שגם ר' אבא מכשיר אפי' שלישי בראשון ומה דנקט שלישי בשני משום דעובדא הוי בשלישי בשני. ולדברי הרשב"ם קי"ל שלישי בראשון כשר. ר"ת מפרש שר' אבא בודאי חולק על רבא ופוסל שלישי בראשון ומכשיר רק שלישי בשני, ומה דס"ד

דרך משמוש או ישיר כמו שהובא לעיל בריש פרקין. ב. גם על עיקר החילוק בין יורש דרך האב ליורש שלא דרך האב לענין ירושה אין לה הפסק חולק הדרכי משה ע"ש.

הקצה"ח בס' רנ"ג סק"ט מביא שמהר"א ששון וכן הש"ך בס' רנ"ג סק"ג הקשו על פירושו של רש"י והב"י מהמשך הגמ' אמר רב אשי ת"ש וכו' וכי תימא ה"נ בראוי ליורשו א"ה מת שני קנה שלישי אמאי הא בראוי ליורשו ירושה אין לה הפסק. ואמאי לא משני כגון שהשני אין לו בנים. עיין מה שכתב הקצות שם לישב דברי רש"י והב"י.

נמצא ג' הדרכים ביישוב השאלה שנאמר לגבי תנו שקל לבני ירושה אין לה הפסק. א. לר"י מיגש רבינו יונה והרמ"ה לא נתן האב לבנו את כל הנחלה אלא רק שקל לשבוע לכל ימי חייו והשאר הוא מעיקרא של האחר. ב. הרמב"ן מחלק בין ירושה דממילא שיש לה הפסק להנחלה שאין לה הפסק. ג. רש"י מפרש שמתו הבנים בלי בנים ואין להם אלא יורשים שיוורשים דרך האב. ולגבי יורשים אלו לא אמרינן ירושה אין לה הפסק. ונולדברי הראשונים שהובאו בסמוך שאם פירש לשון מתנה לא אמרינן ירושה אין לה הפסק לא קשה מתנו שקל לבני, וכ"כ המ"מ בפ"ב מזכיה ה"ו בדעת הרמב"ם כמו שיבאר בסמוך. אך למה שכתב הרמב"ן שהבנים זוכים בכל הירושה ולא רק בשקל לשבוע אין זה מישב ששאר הירושה לא היה בו לשון מתנה.

דף קכט:

אם ראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום שירשוהו אין לה הפסק. נחלקו הראשונים אם דין זה של רב אחא הוא דוקא כשנתן בלשון ירושה או שאמר נכסי לך סתם שמשמעו במי שראוי ליורשו ירושה, אבל אם פירש לשון מתנה אף שראוי ליורשו אין זה ירושה אלא מתנה ויש לה הפסק. או שבכל גווני אם ראוי ליורשו זה נחשב כירושה ואין לה הפסק. בדברי הרשב"ם מבואר שרק בלשון ירושה או בסתם זה נחשב ירושה אבל אם פירש לשון מתנה אין זה ירושה אלא מתנה. והרמב"ן בשם הגאונים חולק.

סברת הרשב"ם הוא דכשם שאם נותן מתנה לאחר המתנה מבטלת את ירושת היורש כך כשנותן מתנה ליורש עצמו המתנה מבטלת את הירושה ואין זכיתו מכח ירושה אלא מכח מתנה ומתנה יש לה הפסק. אבל הרמב"ן ס"ל שמתנה ליורש אינה מבטלת את הדין ירושה שלו. ואין זה רק משום שכך האומדנא אלא הרמב"ן ס"ל שאין בכח מתנה ליורש לבטל דין הירושה שלו. וז"ל הרמב"ן אפי' אמר לשון מתנה כירושה חשבינן ליה, דמה שהוא שלו בירושה אינו יכול ליתן לו במתנה עכ"ל. ובמלחמות כתב הרמב"ן וז"ל וטעם לדבר משום דכל מה שאדם זוכה בו בירושה אין יכול לשנותו למתנה דירושה דנפשיה יהיב ליה ולא שייך בה מתנה עכ"ל. ואולי הכונה דעד כמה שהוא משייר במתנה ואינו נותן לו לעולם הרי לגבי זה הוא נשאר יורש, והדין יורש גורם שלא יהיה לזכיתו הפסק.

היד רמה כתב כרמב"ן שבראוי ליורשו גם אם נותן בלשון מתנה זה נשאר ירושה. אך מבאר הרמ"ה שזה רק באותו חלק שהיה מקבל מכח ירושה גם בלי הנחלת המוריש. אבל מה שמוסיף המוריש יותר על חלקו אף שהוא ראוי ליורשו אם נתן בלשון מתנה הרי חלק זה הוא מתנה ולא ירושה וחלק זה יש לו הפסק אם נתן אחריו לאחר.

הרמב"ם בפ"ב מזכיה ה"ד כתב כהרמב"ן שגם אם אמר לשון מתנה למי שראוי ליורשו אמרינן דהוי ירושה ואין לה הפסק. אבל בהלכה ו' כתב הרמב"ם שאם אמר בהדיא שיהיה מתנה ולא ירושה זה מתנה ויש לה הפסק. דהיינו

ירושא לחצאין. ואין המנחיל יכול להגביל את הזכיה של יורשו. ולמה בתנו שקל לבני זוכה האחרון אף שבנו ראוי ליורשו. וכמה דרכים נאמרו בזה.

הרמב"ן כתב בשם הר"י מיגש שרק כשנותן לאחר אותו ממון שהנחיל לקרובו אמרינן שירושה אין לה הפסק ולא זוכה האחר. אבל כאן נתן לבנו רק שקל בכל שבוע. ושאר הממון היתר על שקל לשבוע לכל חיי הבנים מעיקרא לא נתן לבנים אלא לאחר. וכן כתבו רבינו יונה והיד רמה. הרמב"ן דוחה פשוט זה שלשון הגמ' הוא אם מתו ירשו אחרים תחתיהם, הרי שיש תנאי בזכית האחר, והתנאי הוא מיתת הבנים. ובכל תנאי של אם חל החלות מזמן קיום התנאי ולא למפרע. א"כ זכית האחר אין אלה במיתת הבנים וע"כ שעד מיתת הבנים כל הירושה שייכת לבנים. ומה שאמר תנו שקל לבני אין הכונה שיזכו רק בחלק זה של הירושה אלא שבפועל יתנו להם רק שקל בשבוע. אבל גוף הממון הוא כולו של הבנים. ומה שיש לו כח לומר שיתנו להם רק שקל בשבוע הוא מדין מצוה לקיים דברי המת כמבואר בכתובות ס"ט: וכיון שאין האחרון זוכה עד מיתת הבנים ועד אז כל הירושה היא של הבנים אין זוכה האחרון במיתת הבנים הרי ירושה אין לה הפסק.

היד רמה כתב דאף שכל תנאי של אם אינו מעכשיו שאני הכא שלא אמר אם מתו ירשו אחרים אחריהם אלא ירשו אחרים תחתיהם. ולשון תחתיהם הוא במקום, והיינו שהאחרון יקנה מעכשיו. ואפי' אם כל אחרון אינו כאומר מעכשיו כשאומר בלשון ירשו תחתיהם זה מעכשיו. וא"כ הממון שנשאר במיתת הבנים לא היה של הבנים מעיקרא ולא שייך לומר בזה ירושה אין לה הפסק.

הרמב"ן מוסיף להקשות מכל מתנת שכ"מ לאחר זמן או שניתן בתנאי של אם שלא חל עד קיום התנאי, ועד קיום התנאי הממון הוא של היורשים, ואין קונה אח"כ הרי ירושה אין לה הפסק. וכתב הרמב"ן שמה שאמרו ירושה אין לה הפסק לא קאי על ירושה של תורה, ואפשר להפסיק ירושה של תורה ע"י שמנחיל לאחר לאחר זמן או ע"י מתנת שכ"מ שיחול לאחר זמן או שתלוי בתנאי. ומה שאמרו כאן ירושה אין לה הפסק היינו דוקא בירושה שע"י הנחלה שאינו יכול להנחיל לחצאין. ואף שמתנה יכול לתת לחצאין דהיינו לזמן ואחר הזמן יהיה של אחר, הנחלה שהוא ירושה אינו יכול לעשות לזמן, אף שירושה דממילא יש לה הפסק.

רש"י בכתובות ס"ט: כתב שמה שאמר אם ימותו הבנים ירשו אחרים תחתיהם היינו אם ימותו הבנים בלי בנים. וכתב הב"י בס' רנ"ג אות ל"ג שכונת רש"י בזה לישב שאלת הראשונים הנ"ל אמאי לא אמרינן בזה ירושה אין לה הפסק, לכן כתב דאיידי שאין לבנים בנים ולא שייך למימר בהו ירושה אין לה הפסק. ומקשה הב"י מה בכך שאין להם בנים הרי ירושה אין לה הפסק הוא לאו דוקא ירושה של בנים אלא גם של שאר יורשים. וכתב הב"י שרש"י ס"ל שירושה אין לה הפסק הוא רק לגבי יורשים שיוורשים את המקבל שלא דרך הנותן, אבל אם שנותן לבנו ואין לכן בן או אח, והיורש של הבן הוא אחי אביו, שיוורש דרך האב שהוא הנותן, לגבי יורש כזה לא אמרינן ירושה אין לה הפסק. ומסיים הב"י שדברי רש"י הם דרך מחודש ביישוב קושית הראשונים. [רבינו יונה כאן כתב בהדיא דתנו שקל לבני ואם מתו ירשו אחרים איירי גם כשמתו והשאירו בנים ולא כרש"י].

הדרכי משה שם סק"ח חולק על הב"י בתרתי. א. על מה שמחלק הב"י בין אח שירושתו הוא לא דרך האב לאחי אביו שיוורש דרך האב כתב הדרכי משה שגם ירושת אח הוא דרך משמוש האב. דהיינו שנחלקו אם ירושת אח הוא

השני מתחילה, ולראשון יש רק קנין פירות לכל ימי חייו. וכיון שהגוף מעיקרא לא היה של הראשון לא שייך לומר בזה ירושה אין לה הפסק. וצריך להבין סברת הסוברים שגם במעכשיו אמרינן ירושה אין לה הפסק.

הקצה"ח בס' רמ"ח סק"א מבאר שמחלוקת זו תלויה במחלוקת הראשונים שהובא לעיל קכ"ה: דמבואר שם בנכסי לסבתא ואחריה לבתי אם מתה הבת אין בעלה זוכה בנכסים אחרי מיתת הסבתא משום דהוי ראוי ואין הבעל יורש את אשתו בראוי. ומבואר שם דמה דהוי ראוי הוא משום שאם מכרה הסבתא מכירתה מכירה. ונחלקו הראשונים בביאור דברי הגמ'. שיטת הר"ף שם הוא שמזה שבכל אחריו אם מכר הראשון חלה מכירתו ואין לשני אלא מה ששייר הראשון מוכח שאחריו אינו מעכשיו, שאם היה מעכשיו לא היה הראשון יכול למכור כיון שהגוף הוא של השני מתחילה. וכיון שאינו מעכשיו זכיית השני הוא רק במיתת הראשון ולכן זה ראוי. בעה"מ שם מבאר שגם אם אחריו הוי כאומר מעכשיו או אפי' פירש מעכשיו יכול הראשון למכור. וכיון שיכול הראשון למכור זה נחשב ראוי לגבי השני אף שאם לא מכר הראשון הקנין של השני הוא מעכשיו.

מה שיכול הראשון למכור לדעת בעה"מ אף שקנינו של השני הוא מעכשיו הוא משום שקנינו של השני הוא מעכשיו רק אם בסוף יגיע הממון לשני במיתת הראשון יתברר שהגוף היה של השני מעיקרא ולא היה לראשון אלא קנין פירות בלבד. אבל אם מכר הראשון ולא הגיע הממון לשני כלל מתברר שמעולם לא היה לשני קנין כלל אלא הגוף והפירות היו של הראשון, ולכן מכירתו חלה.

מבאר הקצות שהסוברים שגם במעכשיו ירושה אין לה הפסק ס"ל כשיטת בעה"מ שגם במעכשיו יכול הראשון למכור ואז יתברר שלא היה לשני קנין מעולם. ורק אם לא מכר הראשון והגיע הממון לשני מתברר שהגוף היה שלו מעיקרא. וכמו שמכירת הראשון מהני למנוע קנינו של השני גם במעכשיו כך מה שירושא אין לה הפסק הוא גם סיבה למנוע זכייתו של השני. דכל זמן שלא זכה השני הגוף הוא של הראשון. וכיון שירושא אין לה הפסק קנין הגוף של הראשון לא יפסק לעולם, וכיון שלא יגיע הממון לשני יתברר שמעולם לא זכה השני בגוף. עיין לקמן קל"ג. שהובא שהחנ"א בשם מהר"י בן לב מפרש דברי הרשב"א באופן אחר.

וכי תימא ה"נ בראוי לירושא. הרמב"ן כתב בשם י"מ שמה שאם הראשון ראוי לירושא אין השני זוכה משום שירושא אין לה הפסק הוא רק כשהראשון ראוי לירושא והשני אינו ראוי לירושא. אבל אם גם השני ראוי לירושא לא אמרינן שירושא הראשון אין לה הפסק, והשני זוכה אחרי מיתת הראשון. הרמב"ן מקשה על דבריהם שכאן כשהגמ' מתרצת בראוי לירושא ע"כ צ"ל שגם השני וגם השלישי ראויים לירושא, דאל"כ לא היה מועיל בהם לשון ירושה. ואעפ"כ הגמ' שואלת אמאי זוכה השלישי במיתת השני הרי ירושה אין לה הפסק. הרי מפורש שגם כששניהם ראויים לירושא אמרינן שירושא הראשון אין לה הפסק ואין השני זוכה במיתת הראשון. גם מסברא צריך להבין שיטת הי"מ מה בכך שהשני גם ראוי לירושא מ"מ למה לא נימא שירושא הראשון אין לה הפסק.

הקצה"ח בס' רמ"ח סק"ב מבאר סברת הי"מ. דמבואר לקמן קל"ז: שמה שבאחריו יכול הראשון למכור הוא רק כשהאחריו הוא אדם אחר אבל אם אחרי מיתת הראשון הממון חוזר לנותן או לירושא אין המקבל יכול למכור. וזה משום שבכל אחריו עד מיתת הראשון הגוף שייך לראשון לכן מכירתו מכירה. אבל כשאומר אחריו לי או לירושא

שהרמב"ם חולק על הרשב"ם רק מכא האומדנא שאפי' אם אומר לשון מתנה כונתו לירושא כיון שהוא ראוי לירושא. אבל אם מפרש שלא יהיה ירושה מודה הרמב"ם לרשב"ם שמתנה מבטלת את הירושא. ולא כרמב"ן דס"ל שלא שייך לבטל את הירושא ע"י מתנה. וכתב המ"מ שם בה"ו שהרמב"ם כתב כן לישב קושית הראשונים מתנו שקל לבני דכיון שפירש מתנה ולא ירושה לא אמרינן בזה ירושה אין לה הפסק ע"ש.

רע"א בתשובה קל"ב והובא בחי' רע"א כאן מסתפק בנכסי למי שעכשיו אינו ראוי לירושא ואחריו לפלוני ולפני מיתת הנותן נעשה המקבל ראוי לירושא אם אמרינן בזה ירושה אין לה הפסק או לא. אם אזלינן בטר שעת האמירה ואז לא היה ראוי לירושא או בטר שעת מיתת הנותן ואז היה ראוי לירושא. ומבאר רע"א דאף שלרמב"ם אם מפרש מתנה ולא ירושה זה נחשב מתנה ויש לו הפסק, וא"כ כשבזמן האמירה לא היה ראוי לירושא בודאי היה כונתו למתנה, מ"מ אין הכרח שיש בזה עקירת ירושה אם יהיה ראוי אחר"כ לירושא. ולכאורה נראה שהפסק של רע"א הוא באומדנא אם נתינה במצב זה הוי מתנה ולא ירושה או שאין בזה הפקעה לירושא אם יהיה אחר"כ ראוי לירושא. אבל לרמב"ן דס"ל שאין בכחו להפקיע דין הירושא ע"י מתנה למי שראוי לירושא לכאורה פשוט שאם בזמן מיתת הנותן המקבל ראוי לירושא הרי הוא יורש וירושא אין לה הפסק.

הוא מותיב לה והוא מפרק לה בראוי לירושא וריב"ב היא. כתב הרשב"ם שרב ששת אמר כן כדי שלא יקשה לחבריו. הקצה"ח בס' רנ"ג סק"ט כתב שגם לרב ששת עצמו צריך לתירוץ זה. דאף דבעלמא סובר רב ששת דמהני לשון מתנה ללשון ירושה אפי' בב' בנ"א וב' שדות זה דוקא כשאמר לשון מתנה למי שאינו ראוי לירושא. אבל הכא שאמר תנו שקל לבני זה לשון מתנה למי שראוי לירושא. ולראשונים דס"ל שירושא אין לה הפסק גם כשאמר בלשון מתנה הרי דס"ל דלשון מתנה למי שראוי לירושא הוא כלשון ירושה ואיך זה יועיל להפוך לשון ירושה למתנה אם המתנה עצמה היא ירושה. ולכן גם רב ששת לנפשיה צריך להגיע לתי' של ראוי לירושא וריב"ב הוא.

האו"ש בפ"ו מנחלות ה"ה כתב בשם המהרי"ט שמה שלשון מתנה למי שראוי לירושא הוא ירושה אין זה משום שמשמעות לשון מתנה היא ירושה אלא שאין המתנה מפקיעה את הירושא ויש בזה גם מתנה וגם ירושה. וזה כמו שנתבאר בדעת הרמב"ן שלשון מתנה למי שראוי לירושא אמרינן ירושה אין לה הפסק אף שנתן בתורת מתנה שאין המתנה מבטל את מה שהירושא מוסיפה על המתנה. וא"כ אף שאמר תנו לבני מהני לשון זה של מתנה ללשון ירושה שאמר לשני.

ירושא אין לה הפסק. נחלקו הראשונים אם מה שאם הראשון ראוי לירושא אין לשני במקום ראשון כלום משום שירושא אין לה הפסק הוא רק למ"ד שאחריו לאו כאומר מעכשיו דמי אבל אם כאומר מעכשיו השני זוכה אחרי מיתת הראשון, וכ"ש שאם פירש שנותן לשני מעכשיו שהשני זוכה אחר מיתת הראשון. או שגם למ"ד דאחריו כאומר מעכשיו או שפירש מעכשיו אמרינן שירושא אין לה הפסק ואין לשני במקום ראשון כלום. והובאו ב' דעות בזה ברמ"א בס' רמ"ח סע' ז'. הרשב"א והריטב"א כאן כתבו שגם במעכשיו אמרינן ירושה אין לה הפסק ואין השני זוכה במיתת הראשון.

סברת הסוברים שבמעכשיו לא אמרינן ירושה אין לה הפסק הוא שאם האחריו קונה מעכשיו א"כ הגוף הוא של

אכתי צריך להבין בדעת הר"ן דלכאורה יוצא שיש בתוכ"ד שני ענינים שונים שאינם קשורים זה לזה. א. נחשב זמן אחד ונ"מ לענין קריעה. ב. עד זמן זה אינו גומר בדעתו ומה"ט מהני חזרה בתוכ"ד. ונראה שגם מה שאינו גומר בדעתו עד זמן זה הוא תולדה מהא דנחשב זמן אחד. דכמו שמצאנו לעיל קי"ד. לגבי קנין סודר דמהני חזרה כל זמן שעסוקין באותו ענין, והיינו משום שכל זמן שלא סילק ידו מענין המקח ליכא גמירות דעת גמורה, ה"נ בתוך הזמן של תוכ"ד כיון שזה נחשב כזמן מעשה הקנין, הרי שעדיין לא סילק ידיו מהקנין שעדיין הוא נמצא באותו מעמד של עשיית הקנין. ורק אחרי שעבר הזמן שנחשב זמן הקנין בזה נסתלק ממעשה זה ותו לא מהני חזרה. ומאותו טעם שבקנין סודר מהני חזרה כל זמן שעסוקין באותו ענין מהני חזרה בכל קנין בתוכ"ד.

נמצא ג' טעמים להא דמהני חזרה בתוכ"ד. א. לרמ"ה כיון שזה נחשב זמן אחד יכול הוא לחזור דחשיב כאילו המעשה והחזרה היו בבת אחת. ב. לר"ן כיון שנמצא עדיין במעמד הקנין ליכא עדיין גמירות דעת. ג. לתוס' לענין חזרה לא מהני מה שזה זמן אחד אלא מה שחוזר הוא תקנ"ח.

ב' חידושים יש ללמוד מדברי ר"ת. א. שחזרה מיד עם מעשה הקנין מהני גם בלי הדין של תוכ"ד. שאם לא כן מה תקנו תוכ"ד כדי שיוכל לשאול בשלום רבו ולא יפסיד את האפשרות לחזור בו הרי גם אם לא ישאל בשלום רבו אינו יכול חזור אחרי מעשה הקנין. אלא מוכח שבלי הפסק כלל מהני חזרה גם בלי החידוש של תוכ"ד, וזה הוא היה מפסיד ע"י שאלת שלום. ונ"מ מזה לקידושין שאין בו דין חזרה של תוכ"ד מ"מ אם חוזר מיד בלי הפסק כלל מהני חזרתו. וכן מבואר בב"י באבה"ע ריש ס' ל"ח כשמדבר על הרמב"ם של תנאי קודם למעשה. והובאו דבריו בדברי יחזקאל בס' כ"ז. ומביא הדבר"י שם שברשב"א בקידושין נ"ט מבואר שגם בכה"ג לא מהני חזרה בקידושין.

ב. עוד מבואר בדברי ר"ת שזמן החזרה של תוכ"ד כולל משהו אחרי תוכ"ד, ואם מיד אחרי הזמן של תוכ"ד הוא חוזר מהני. דאל"כ לא הועילו חכמים בתקנתם דאכתי אינו יכול לשאול בשלום רבו שבוזע יעבור הזמן של תוכ"ד. ועיין בקו"ש כאן באות תל"א ובב"ק אות נ"ח שכתב שענין זה הוא מחלוקת בגמ' בנזיר ע"ש.

הרמב"ן אחרי שמביא את דברי ר"ת שתקנו שתוכ"ד כדיבור דמי כדי שיוכל לשאול בשלום רבו מוסיף הרמב"ן וז"ל ובשם הראב"ד שמעתי דכיון דאמור רבנן הקורא את השמע שואל מפני היראה תקנו שלא יהא הפסק בשום דבר עכ"ל. משמע שכונת הראב"ד שמה שהתירו בק"ש לשאול בשלום רבו רואים את חשיבות הענין ולכן תקנו נמי שיוכל לחזור בזמן זה כדי שיוכל לשאול בשלום רבו ולא יפסיד. וכן נראה שהבין השיטמ"ק בשם שיטה לא נודע למי את דברי הראב"ד.

בנ"י יש בזה תוספת דברים, שאחרי שמביא את דברי הראב"ד כתב הנ"י שנראה מדבריו שההתר לשאול מפני היראה אינו דוקא כשיש פחד של סכנה אלא גם משום כבוד רבו ובלבד שלא יאריך אלא כדי לומר שלום עליך רבי שהוא תוכ"ד הנאמר בכל מקום. דהיינו שמפרש שהראב"ד לא רק מביא מזה שהותר לשאול בשלום רבו בק"ש שיש בזה ענין גדול ולכן תקנו שיוכל לחזור בזמן זה כדברי ר"ת אלא הראב"ד סובר שמה ששאלת שלום מפני היראה הותר בק"ש הוא מפני שההפסק אינו אלא תוכ"ד. ואף ששלא לצורך אסור להפסיק בק"ש גם פחות מזה מ"מ ההתר לשאול מפני היראה הוא רק כשאינו הפסק גמור שאינו אלא הפסק של פחות מכדי דיבור. ויוצא מדברי הנ"י

אינו מקנה למקבל אלא קנין פירות לימי חייו. וא"כ כשאומר לאדם שראוי ליורשו נכסי לך ואחריך לאדם אחר שגם הוא ראוי ליורשו אין לראשון קנין הגוף אלא רק קנין פירות ואם מכר השני מוציא מהלקוחות. וכיון שבאופן זה אין הגוף של הראשון לא אמרינן בזה ירושה אין לה הפסק. וע"ש מה שכתב הקצות לישב קושיית הרמב"ן על הי"מ מהגמ' כאן.

תיובתא דכולהו תיובתא. הרשב"ם מפרש שגם אחרי תירוץ הגמ' כאן בתכ"ד כאן לאחר כדי דיבור נשאר תיובתא דכולהו שבדבריהם מוכח שגם בתכ"ד ס"ל דלא מהני לשון מתנה של אחד ללשון ירושה של השני. והתי' כאן בתכ"ד וכו' הוא רק לר"ל. הרמב"ן הרשב"א והריטב"א חולקים בזה על הרשב"ם וס"ל שאחרי תי' הגמ' על ר"ל ה"ה דלא קשיא לכולהו דמה שמבואר כאן שמהני לשון מתנה של אחד לשני היינו בתכ"ד.

לכאורה דברי הראשונים בזה הם לשיטתם. שמה שלרשב"ם על שאר האמוראים אין לתרץ כאן בתכ"ד כאן לאחר תכ"ד מבאר הרשב"ם שא"כ הוי להו למימר שגם כשאין זה אדם אחד ושדה אחת אם זה בתכ"ד מהני וכ"ש שמהני באדם אחד או שדה אחת. ועל ר"ל אין טענה זו שלרשב"ם עיקר חידושו של ר"ל הוא שלשני בנ"א לא מהני אפי' אם מפרש לשון מתנה לשניהם אלא אם יש לשון ירושה בתחילה ובסוף. וחידוש זה לא היינו יודעים אם היה אומר שתכ"ד מהני. אבל לשאר הראשונים שחולקים לעיל על הרשב"ם אין חילוק בין ר"ל לשאר האמוראים, ואם יש כ"ש לשאר האמוראים יש כ"ש גם לר"ל.

תוך כדי דיבור. נחלקו התוס' כאן בשם ר"ת והר"ן בנדרים פ"ז. בהא דמהני חזרה בתוכ"ד. שיטת ר"ת הוא דהוי תקנ"ח כדי שיוכל לשאול בשלום רבו. שיטת הר"ן שזה דין דאורייתא שאינו גומר דעתו עד אחר זמן זה של תוכ"ד. ולכן בקידושין וגירושין ע"ז ומגדף ליכא חזרה בתוכ"ד כיון שבדברים אלו החמורים הוא גומר בדעתו. ולא כרשב"ם שכתב שמה שבקידושין לא מהני חזרה בתוכ"ד הוא תקנ"ח. הר"ן שם מקשה על ר"ת מנדרים דמהני בהם חזרה בתוכ"ד, ואיך תקנו חכמים שיוכל לחזור מנדרו הרי זה עקירת דבר מן התורה בקום ועשה.

התוס' כאן מקשים על ר"ת מהא דמבואר בנדרים שם שאם קרע קריעה והמת מת אחרי הקריעה בתוכ"ד יצא ידי חובתו, ושם לא שייך סברת ר"ת. גם על הר"ן קשה משם דליכא ענין של גמירות דעת בקריעה. ונראה שלכו"ע יסוד הדין של תוכ"ד הוא כמבואר ביד רמה כאן והובאו דבריו בדברי יחזקאל ס' כ"ז שזמן זה של תוכ"ד נחשב זמן אחד לכל דיני התורה. ושני דברים שנעשו אחד בתוכ"ד של השני נחשבים כאילו נעשו יחד. וזה דין דאורייתא. ומה"ט מהני הקריעה שהיה בתוכ"ד של המיתה. וזה הטעם שהטועה בכרכה יכול לתקן בתוכ"ד, כגון שאמר הקל הקדוש במקום המלך הקדוש, דכיון שלא עבר זמן של תוכ"ד עדיין הוא נמצא בזמן אמירת הכרכה ויכול לתקנו.

הרמ"ה ס"ל שזה גם הטעם דמהני חזרה בתוכ"ד דחשיב כאילו המעשה והחזרה היו יחד. התוס' והר"ן ס"ל דאף שהזמן של תוכ"ד נחשב זמן אחד זה מהני לענין קריעה דבעינן שיהיה שייכות בין המיתה למעשה הקריעה. ומה שהמיתה והקריעה היו בתוכ"ד זה של זה מקשר ביניהם ונחשב שהקריעה היתה על המיתה. אבל לגבי חזרה ס"ל לתוס' והר"ן שמה שזה נחשב זמן אחד אינו סיבה שיוכל לחזור מחלות שכבר חל. וע"ז כתב ר"ת שהחזרה הוא תקנ"ח. והר"ן כתב שאינו גומר בדעתו עד אחרי תוכ"ד.

חומרתו היה מועיל בו חזרה אף שהוא על העבר. וזה דלא כהא"ש בפ"ד מנחלות ה"ג שהובא לעיל קכ"ז: שכתב שלא מהני חזרה אלא משבועה להבא ולא משבועה על העבר. [מעדות שהוא על העבר ומהני בו חזרה אין ראייה כמו שכתב הא"ש שם דשאני עדות דבעי דו"ח וכל זמן שלא נתקבלה העדות בב"ד יכול לחזור].

היד רמה באות ק"ל כתב שמה שאמרו שאין חזרה בתוכ"ד בע"ז היינו במתפס דבר לע"ז, וזה כפירוש הרשב"ם, א"נ בעובד ע"ז בין ע"י מעשה בין ע"י דיבור דקבליה עליה באלוה אע"ג דהדר ביה לא מיפטר. מה שכתב דקבליה עליה באלוה זה כפירוש התוס' דלולא חומרת ע"ז היה מועיל חזרה מקבלת הע"ז באלוה. אבל מה שכתב בעובד ע"ז ע"י מעשה לכאורה אינו מובן שזה מעשה עבירה ככל עבירה ומה שי"ך חזרה מזה. ומה שהקשו הראשונים על מגדף קשה על הרמ"ה בע"ז. ומדברי התוס' שכתבו שאמר לע"ז אלי אתה ולא כתבו שעבד ע"י מעשה מבואר דפשוט להו שבזה לא שי"ך חזרה. ודברי הרמ"ה לכאורה צ"ב.

תודה חוץ מע"ז. כתבו שמבואר בתמורה שאין מוקצה לע"ז נאסר אלא כשהוקצה לשבע שנים. הרמב"ן כתב שמה שמבואר שם שאין מוקצה אלא לשבע שנים אין הכונה שאינו נאסר אלא"כ הוקצה לשבע שנים אלא שאין דבר שהוקצה לע"ז אסור אלא עד שבע שנים. שאם הוקצה להקרבה ועברו שבע שנים ולא הקריבו הותר איסורו דלעולם לא יקריבו עוד ובטלה הקצאתו.

דף קל.

חוץ מקידושין. היינו דלא מהני חזרה ממעשה קידושין אבל מנאמנות על קידושין מהני חזרה כמבואר בב"ש וחי"מ באבה"ע ס' מ"ט.

בנדרים איתא נמי חוץ מגירושין כמו שהובא בתוס' כאן. הא"ש בפ"ו מגירושין ה"ט מסתפק במניה גט בחצרו ומגרש ע"י הקנאת החצר לאשה אם מהני חזרה בתכ"ד כדין הקנאת ממון או שאינו חוזר כיון שע"י הקנאה זו נעשה גירושין יעו"ש.

אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימים. רע"א בתשובה קל"ב הובא בחי' רע"א בריש פירקין נקט שיכול להנחיל רק למי שהוא יורש ישיר ממנו. אבל אינו יכול להנחיל למי שיורש דרך משמוש של אחר שאין הוא יורש שלו אלא של מי שיורש בקבר ומוריש לו. ומה"ט מקשה רע"א על התוס' שהקשו לעיל ק"ח: למה לי קרא לירושת אח ת"ל שיורש דרך משמוש האב הא איכא נ"מ אם יכול להנחיל לאח בין האחים. שאם לא היה כתוב אח ואין ירושת האח אלא דרך משמוש האב אין אח יכול להנחיל לאחיו שאין אחיו יורש שלו אלא של אביו. משא"כ אחר שנכתב ירושת אח האח יורש ישיר מאחיו א"כ יכול להנחיל לאח בין האחים שהם כולם יורשים שלו. וכתב רע"א שלעולם יכול אדם להנחיל לכל מי שבפועל יורש מכחו אף אם הירושה היא דרך משמוש של אחר. ומביא ע"ז רע"א את דברי הרמב"ם פ"ט מזכיה ה"ה שיכול להנחיל לבני בניו. הרי שאף שבנו קודם לבן הבן והוא יורש את אביו בקבר להוריש לבניו מ"מ יכול האב להנחיל לאחד מבני בניו.

הקצה"ח בס' רפ"א סק"ב פשיטא ליה שירושת אח אינה ירושה ישירה אלא דרך משמוש האב. ומקשה הקצות דמבואר ברמב"ם בפ"ו מנחלות ה"ב שאם אין לא בנים יכול להנחיל לאח בין האחים ואיך הוא מנחיל לו הרי אין הוא המוריש. ומוכיח מזה הקצות דמהני הנחלה לכל מי שיורש מכחו אף שאינו יורש ישיר אלא דרך משמוש של אחר. וכתב הקצות שלפ"ז ה"ה שאם מת בנו יכול להנחיל

שאם יש צורך להפסיק מפני היראה הפסק יותר גדול אין זה בכלל ההתר של שואל מפני היראה. וזה דלא כראשונים שלמדו מהא דשואל מפני היראה שמותר לענות יהא שמה רבה או קדושה באמצע ק"ש ק"ו מהא דשואל מפני היראה. ולדברי הנ"י בדעת הראב"ד אין התר זה כיון דהוי הפסק יותר מכדי דיבור.

כל תוכ"ד כדיבור דמי. בשו"ע חו"מ ס' קצ"ה סע' ז' מבואר שבשאר קנינים חוץ מקנין סודר לא מהני חזרה כל זמן שעסקין באותו ענין אבל בתוכ"ד מהני חזרה בכל הקנינים. וכתב שם רע"א שבכל הקנינים יכול לחזור בתוכ"ד אפי' במשיכה והגבהה, ומביא שכ"כ הרא"ש וכ"כ הנ"י בשם הריטב"א וכתב שם שיש חולקים. דברי הריטב"א הם כאן בסוגיין שכתב וז"ל תוכ"ד כדיבור דמי יש שפירשו דהיינו במילתא דמגמר כדיבור ולאפוקי משיכה או הגבהה דכיון דאחזקיה בגוה אינו יכול לחזור בו ואינו נכון עכ"ל. גם הקצה"ח שם סק"ז כתב שהט"ז באבה"ע ס' ל"ח מוכיח מדברי הטור שהנותן מתנה לחברו אינו יכול לחזור אחרי שחברו זכה במתנה אפי' בתוכ"ד. והקצות תמה ע"ז שהוא נגד דברי הראשונים והפורקים.

דברי הי"מ שהובאו בריטב"א וכן דברי הט"ז שלא מהני חזרה אחרי מעשה קנין אפי' בתוכ"ד לכאורה תמוהים דמבואר כאן שבכל מקום תוכ"ד כדיבור דמי חוץ ע"ז וקידושין. וקידושין הוא ע"י מעשה קנין, ורק בקידושין לא מהני חזרה בתוכ"ד מפני חומרתו. משמע דבשאר קנינים דומיא דקידושין מהני חזרה בתוכ"ד. וצ"ל שגם הי"מ מודו שבכל מעשה קנין שלא נעשה בגוף החפץ הנקנה, כגון קנין כסף או שטר, מהני חזרה ורק במשיכה והגבהה שנעשה מעשה קנין בחפץ עצמו שבא ליד הקונה בזה ס"ל דלא מהני חזרה. וכן מבואר בלשון הריטב"א לאפוקי משיכה והגבהה דכיון דאחזקיה בגוה אינו יכול לחזור בו. וגם בזה חולק הריטב"א.

הרשב"ם בד"ה וקידושין כתב שמה שלא מהני חזרה בקידושין בתוכ"ד היינו שחזר ואמר בתוכ"ד שהמעות יהיו למתנה ולא לקידושין. וכן כתב הרמ"ה. ויש לעיין למה נקטו שחזרה מקידושין היינו שאומר שהמעות יהיו למתנה ולא לקידושין ולא כתבו שחזר מכל ענין הקידושין ורוצה שיתבטלו הקידושין ויחזרו המעות. לכאורה נראה מזה שהרשב"ם ס"ל כשיטת הי"מ שהובאו בריטב"א שבקנין משיכה והגבהה לא מהני חזרה, ונתבאר שגם לדידהו מהני חזרה בקנין שאינו בגוף הדבר הנקנה כגון קנין כסף ושטר. ובקידושין יש שני חלקים. א. הקנאת המעות לאשה. וזה נעשה ע"י הגבהה שהוא מעשה בגוף המעות. ב. קנין האשה שהוא ע"י קנין כסף. ולדברי הי"מ מה שהיה מועיל חזרה לולא החומרא של קידושין הוא רק מקנין האשה שהוא ע"י קנין כסף אבל הקנאת המעות לאשה שהוא ע"י קנין הגבהה לא מהני בו חזרה גם בעלמא. לכן פירש הרשב"ם שאינו חוזר מהקנאת המעות לאשה אלא חוזר רק מהקידושין שנעשו ע"י הקנאת המעות ורוצה שהמעות יהיו מתנה, מזה היה יכול לחזור לולא החומרא של קידושין.

חוץ מעבודת כוכבים. בנדרים איתא חוץ מע"ז ומגדף. עיין בקו"ש שמביא שהראשונים בנדרים הקשו מה שי"ך חזרה ממגדף הרי אין זה חלות אלא מציאות, וכמו שלא שי"ך חזרה מכל מעשה עבירה כך לא צריך להועיל חזרה ממגדף, ואיך יכול לבטל את אשר כבר נעשה. וכתב דמגדף שאני משאר עבירות דשאר עבירות שנעשו שלא בכוונה איכא מעשה בשוגג. משא"כ מגדף שלא בכוונה אינו מעשה איסור כלל לכן היה מועיל בזה חזרה לולא חומרתו ע"ש.

הקצה"ח בס' כ"ח סק"ח מסתפק אם מהני חזרה בתוכ"ד משבועה על העבר. ומביא הקצות ראייה ממגדף שלולא

שלא ירש, דאחר שעשאו יורש אינו יכול להפקיע ממנו הירושה ע"י חזרה אלא רק ע"י שינחיל לאחר. [לכאורה היה נראה שאם הנחיל כל נכסיו לבן אחד הוא לבדו נחשב יורש ואם מנחיל לבן אחר הרי זה כמנחיל למי שאינו ראוי ליורשו. אך הקצות לא ס"ל כן אלא אף שבפועל רק בן זה שהנחיל לו יורש הכל אכתי יש גם על האחרים שם יורשים לענין שיכול להנחיל להם, ולבטל ע"י זה את ההנחלה שהנחיל לראשון]. וגם כאן מבואר בקצות שע"י ההנחלה נעשה מי שהנחילו לו ליורש, וכבר חלה ההנחלה ולכן אינו יכול לחזור. וזה הקצות לשיטתו דס"ל שמהני הנחלה גם על דשלב"ל.

הנתיבות בס' רפ"א סוף סק"ג חולק על הקצות ומביא שבנ"י מבואר שיכול לחזור מההנחלה כל זמן שהוא חי. גם ברבינו יונה בריש דף קל"א. מפורש כדברי הנ"י דמהני חזרה מההנחלה. וזה משום דס"ל שאינו נעשה יורש ע"י ההנחלה אלא ההנחלה היא על הנכסים וחלות ההנחלה הוא בשעת מיתתו ועד אז יכול לחזור בו. והנתיבות בזה לשיטתו דס"ל שלא מהני הנחלה על דשלב"ל.

הקו"ש באות תל"ג מסתפק אם יכול האב להנחיל לבנו בע"כ או לא. ונראה שהספק הוא בין אם ההנחלה היא על האדם שנעשה יורש בין אם זה על הנכסים. שאם נעשה יורש אף שאחרי שנעשה יורש פשוט שהוא יורש בע"כ ככל יורש מ"מ י"ל שאין בכחו של האב לעשותו יורש בע"כ. וכן אם ההנחלה היא על הנכסים יש להסתפק אם נתינת נכסים ע"י הנחלה מהני בע"כ של המקבל ככל ירושה. או כיון שאין זה ירושה דממילא אלא צריך להוריש לו אולי אינו יכול להוריש לו בע"כ.

עוד דן הקו"ש באות תל"ד אי איכא משמוש על ירושה שע"י הנחלה. כגון שהנחיל לבנו ומת בנו בחיי אביו אם יורש בקבר להנחיל ליורשיו או לא. ומביא הקו"ש שבשו"ת ר"ח אור זרוע כתב שגם בהנחלה יש משמוש. וכתב הקו"ש שזה תלוי אם דין הנחלה היא כדין ירושה או שדינה כדין מתנה. ולכאורה כונתו לנידון הנ"ל שאם הנחלה היא דין באדם שנעשה יורש שלו מסתבר שיש בזה משמוש. ואם לא חל ההנחלה על האדם אלא על הנכסים יש מקום לומר שאין בזה דין משמוש.

נמצא הנ"מ מספק זה בגדר הנחלה. א. הנחלה בדשלב"ל. ב. חזרה מההנחלה. ג. משמוש בירושה שע"י הנחלה. ד. הנחלה במלוה או בממון שאינה ברשותו.

הנחלה במקצת נכסים. הנ"י כתב בשם הריטב"א דלא מהני הנחלה במקצת נכסים אלא רק בכולם. וכן הוא בחידושי הריטב"א ע"ש. הנתיבות בס' רפ"א סק"ב תמה על הריטב"א דמבואר לקמן קל"א. שלרבי נתן תקנת כתובת בנין דיכרין הוא מכח הדין של הנחלה. ושם זה במקצת נכסים דבעינן שיתקיים ירושה דאורייתא במותר דינר. וכתב הנתיבות שדברי הריטב"א נאמרו רק למאי דקי"ל שהנחלה הוא רק בשכיר מרע ולא בבריא. בזה סובר הריטב"א שמתנת שכ"מ במקצת דינו כמתנת בריא דמוכח מדשייר שלא נתן מחמת מיתתו. אבל לצד שגם בבריא איכא הנחלה בודאי מהני גם במקצת, שלגבי בריא אין נ"מ בין כולו למקצת. והגמ' לקמן גבי כתובת בנין דיכרין הוא לצד דאיכא הנחלה בבריא ע"ש.

מכלל דת"ק סבר נחלקו. שיטת הרשב"ם שגם לת"ק דר"י בנו של ריב"ב שמחלוקת רבנן וריב"ב הוא באח במקום בת וכתב במקום בן היינו רק שלריב"ב גם בזה מהני הנחלה אבל לרבנן דפליגי אין הנחלה גם בכך בין הבנים. הרמ"ה חולק וס"ל שלת"ק דר"י בנו של ריב"ב המחלוקת הוא רק בכתב במקום בן אבל בן בין הבנים לכו"ע מהני

לבן בנו אף שהירושה עוברת דרך בנו בקבר. ודין זה מפורש ברמב"ם הנ"ל בפ"ט מזכיה ה"ה. וכדברי הקצות כתב גם הנתיבות שם סק"א.

הנחלה בדבר שלא בא לעולם. רע"א בתשובה קל"ב מקשה עוד על התוס' בדף ק"ח: דאיכא נ"מ בין אם אב יורש דרך משמוש או שהוא יורש ישיר של אחיו היכא שאביהם הנחיל לפני מותו כל נכסיו לאחד מבניו, ואחרי מיתת האב מת בן אחר, אם ירושת אב הוא ישיר ירשו כל האחים ואם יורש דרך משמוש האב לא ירש אלא אותו בן שהנחיל לו האב כל נכסיו. וכתב רע"א דיש לדחות שלא מהני הנחלת האב אלא על ממון שהיה ברשותו בשעת ההנחלה ולא על מה שבא לרשותו אח"כ. ומביא רע"א ראייה שלא מהני הנחלה על דבר שלא בא לעולם מלעיל קכ"ז: דפר"ך יכיר למה לי הרי יש לו מגו שהיה נותן במתנה. ומשני שלנכסים שיפלו אח"כ ליכא מגו. ואמאי אינו נאמן במגו שינחיל לו. אלא מוכח דלא מהני הנחלה על דשלב"ל. ומביא רע"א שמצא שכן מפורש ברשב"א בקידושין ס: שלא מהני הנחלה אלא לממון שיש לו בשעת ההנחלה.

הנתיבות בס' רפ"א סוף סק"ג מסתפק אם מהני הנחלה בדשלב"ל. וכתב שלענין לדבר שלא בא לעולם מפורש בגמ' לקמן קל"א. וכן בדף קמ"א: דלא מהני אבל לגבי דבר שלא בא לעולם לא מבואר להדיא אי מהני או לא. ומכריע הנתיבות שגם בדבר שלא בא לעולם לא מהני הנחלה מהגמ' בדף קכ"ז: כדברי רע"א. ומוסיף הנתיבות שגם שטר שאינו נקנה בשאר קנינים אין בו הנחלה דכל דבר שאינו בהקנאה אינו בהנחלה. גם השעה"מ פ"ב מנחלות הי"ד מקשה על הגמ' בדף קכ"ז: דאיכא מגו דהנחלה וכתב שהמהרי"ט למד מזה דלא מהני הנחלה על דשלב"ל.

הקצה"ח בס' רנ"ג סוף סק"ט חולק וכתב דאף דלא מהני הנחלה לדבר שלא בא לעולם היינו רק שאינו יכול לעשות אדם שאינו בעולם ליורש שלו. אבל כשמנחיל למי שנמצא בעולם הוא נעשה יורש שלו וממילא הוא יורש כל מה שיש למוריש בשעת מיתתו, גם מה שבא לרשותו אחרי ההנחלה. עיין לקמן קל"א. שכתבנו שנידון זה אם מהני הנחלה בדשלב"ל מפורש בגמ' שם לפי חלק מן הראשונים.

מחלוקת האחרונים בזה אי מהני הנחלה בדשלב"ל או לא הוא בגדר הנחלה דריב"ב. שהקצות ס"ל כמבואר בדבריו שהנחלה היינו שעושה את מי שמנחיל לו ליורש שלו. ולדבריו ההנחלה חלה מיד שהוא מיד נעשה יורש שלו. ואף שהזכיה בנכסים יהיה רק בשעת מיתת המוריש הדין יורש חל מיד בשעת ההנחלה. ולכן ס"ל דמהני הנחלה גם על ממון שאין לו עדיין שההנחלה לא חלה על הנכסים אלא על האדם שנעשה יורש שלו. ולכן אם היורש אינו בעולם לא מהני הנחלה. והחולקים ס"ל שהנחלה לא חלה על האדם אלא על הנכסים, שנאמר בקרא דביום הנחילו את בניו שיכול להוריש נכסים לאחד מיורשיו. וכיון שההנחלה אינה על האדם אלא על הנכסים בעינן שהנכסים יהיו ברשותו בשעת הנחלה. ולדבריהם לא חלה ההנחלה עד שעת המיתה.

בחי' רע"א לקמן קמ"א: ד"ה ובעיקר מסופק אי מהני הנחלה על הלואה שאינו ממון בעין וא"א להקנותו. ולכאורה בכלל ספק זה אי מהני הנחלה בכל דבר שאינו ברשותו. וכל זה תלוי בספק הנ"ל אם הנחלה היא על הממון או על השם יורש.

האבי עזרי בפ"ב מזכיה ה"ו כתב שבמחלוקת זו תלוי מה שנחלקו עוד בענין חזרה מההנחלה. הקצות כתב בס' רפ"א סק"ג שאחרי שהנחיל לאחד מבניו אינו יכול לחזור ולומר

לרמב"ם לומר שאמר שכן אחר ירש חלק בכורה של הבכור, שזה לשון הנחלה שמהני בפשוט ולא מהני על חשבון בכור. וחסר ברמב"ם עיקר הדין של לא יוכל לבכר שאפי' באופן דמהני הנחלה בפשוט לא מהני בבכור וצ"ע.

הרמב"ן בספר המצוות במצוות שמוסיף הרמב"ן על מנין הרמב"ם בל"ת י"ב מונה לאו זה דלא יוכל לבכר. ומבאר הרמב"ן שלא נאמר בזה רק שאין יכול להנחיל על חשבון הבכור אלא יש בזה גם לאו ואיסור, והעושה כן אף שלא אהנו מעשיו עובר בלאו זה. הקצה"ח בס' רפ"א סק"א מקשה על הרמב"ן מה שאלת הגמ' למה לי והיה ביום הנחילו את בניו גלמד דמהני הנחלה בפשוט מקרא דלא יוכל לבכר, שאם גם בפשוט לא מהני הנחלה למה לי קרא לבכור, ולרמב"ן גם אם א"א להנחיל בפשוט צריך קרא דלא יוכל לבכר ללאו. וכתב הקצות דאף שצריך לא יבכר ללאו מ"מ שאלת הגמ' שלא יוכל דמשמע דלא מהני בזה הנחלה הוא מיותר. וע"ש מה שכתב עפ"ז לישב את קושית התוס' בד"ה תלמוד לומר.

הקצה"ח בס' רפ"א סק"ד כתב בשם המהרי"ט שדין זה שאין האב יכול להנחיל על חשבון חלק הבכורה הוא גם כשמת הבכור ובאים בני הבכור לרשת עם שאר בני המת, והמת הנחיל חלק בכורה של בן בנו הבכור לבנו הפשוט. וכתב ע"ז הקצות שברמב"ן על התורה בפרשת כי תצא מבואר שהדין של לא יוכל לבכר הוא רק בחיי הבכור דכתיב לא יוכל לבכר את בן האהובה על פני בן השנואה הבכור. ועל פני היינו בחייו ולא אחר מותו. דהיינו שהמהרי"ט נקט שהדין של לא יוכל לבכר הוא דין בחלק הבכורה ואין ג"מ אם ע"י ההנחלה הוא מפקיע את חלק הבכורה מהבכור או מירוש של הבכור. ולרמב"ן אין דין בחלק הבכורה אלא דין בבכור שלא יפקיעו מהבכור את הפי שנים שלו. ורק כשהנחלה מפקיעה מהבכור נאמר לא יוכל לבכר ולא כשמפקיע חלק בכורה מירורי הבכור.

הר"י מיגש והרמ"ה כתבו שאם יש בהנחלה הפקעה לחלק הבכורה בטל ההנחלה כולה גם החלק שאינו על חשבון הבכור אלא על חשבון הפשוט. והובא לעיל קכ"ו: שהמ"מ בפ"ו מנחלות ה"ג כתב שגם הרמב"ם ס"ל בזה כשיטת הר"י מיגש. ונתבאר שם שהרשב"ם לא ס"ל כן אלא כשיטת הרשב"א שהובא במ"מ שם שרק חלק ההנחלה שהוא על חשבון הבכור בטל והשאר קיים.

הרש"ש מסתפק אם דין זה דלא מהני הנחלה על חשבון הבכור הוא רק לגבי חלק הבכורה של הבכור או גם לגבי חלק הפשיטות של הבכור. דהיינו אם הקפידא הוא שלא לבטל את הפי שנים של הבכור, ואם מנחיל את חלק הפשיטות של הבכור לאחר לא קיבל הבכור פי שנים או שאין קפידא שיקבל פי שנים אלא שאת החלק שהוא מקבל בבכור לא יפקיעו ממנו אבל חלק הפשיטות של הבכור הוא כחלק הפשוטים. ולכאורה זה מפורש במשנה לעיל הוזה להם את הבכור לא אמר כלום. ולרמב"ם המשנה היא כריב"ב ומה שלא אמר כלום הוא בגלל הדין של לא יוכל לבכר. והרי הוזה להם את הבכור אינו בהכרח הפקעת חלק הבכורה דיש לפרש שהוזה את הבכור ע"י שהפקיע את חלק פשיטותו ונשאר רק חלק בכורה. וכן במהרי"ט שהובא בקצות בס' רפ"א סק"ד לשון המוריש היה שירשו הבכור והפשוט בין שניהם לחצאין. ולמה זה נחשב הנחלה על חלק בכורה ולא על חלק הפשיטות. אלא מבואר לכאורה מזה דבעינן שיקבל הבכור פי שנים ואינו יכול להשוות את הבכור לפשוט בין ע"י הפקעת חלק הבכורה בין ע"י הפקעת חלק הפשיטות של הבכור.

תוד"ה תלמוד לומר. בקושייתם נקטו שבלי שום פסוק א"א להנחיל לא בבכור ולא בפשוט דהוי מתנה על מה

הנחלה. ומה שהרשב"ם לא פירש כן מבאר המהרש"א שבמשנה לעיל קכ"ו: מבואר שגם בבן בין הבנים א"א להנחיל. ואם רבנן דהכא ס"ל שרק בבת במקום בן ליכא הנחלה ובבן בין הבנים איכא הנחלה א"כ איכא תלת תנאי בזה. לכן פירש הרשב"ם דרבנן דהכא ס"ל שאין הנחלה לא בבת במקום בן ולא בבן בין הבנים ורבנן דהכא היינו רבנן דמתני' דלעיל.

דברי המהרש"א נאמרו בדעת הרשב"ם ורק לרשב"ם לשטתו יש מקום לדברי המהרש"א. דהובא לעיל קכ"ו: שהרמב"ם בפ"ו מנחלות ה"ה מביא להלכה סיפא דמתני' דלעיל שלא מהני הנחלה בלשון ירושה אף שפסק כריב"ב. וכתב המ"מ שם שהרמב"ם מפרש מה שמבואר במשנה שריבה לזה ומיעט לזה בלשון ירושה שלא אמר כלום היינו כגון שההנחלה היתה על חשבון חלקו של הבכור. וילפינן בסמוך מקרא דלא יוכל לבכר שלא מהני הנחלה על חשבון חלקו של הבכור. והרמב"ם ס"ל בזה כשיטת הר"י מיגש שאם מנחיל על חשבון הבכור בטל כל ההנחלה, גם מה שעל חשבון הפשוטים. והרשב"ם שכתב שהמשנה שם כרבנן דריב"ב ס"ל כשיטת הרשב"א שהובא במ"מ שם שרק חלק זה שהוא מגרע מהבכור בטל והשאר קיים. לכן כתב הרשב"ם שהמשנה שם היא כרבנן. ולרשב"ם לשיטתו יש הכרח לומר דרבנן דהכא ס"ל שגם בבן בין הבנים לא מהני הנחלה. אבל לחולקים שפיר י"ל כמו שכתב הרמ"ה שלת"ק דר"י בנו של ריב"ב רק בבת במקום בן ליכא הנחלה ובבן בין הבנים איכא הנחלה.

רשב"ם בסוד"ה וכי תימא. הרשב"ם מבאר מה שבת במקום בן נחשב ראוי ליורשו יותר מאחי האב במקום בת שבת במקום בן ראוייה לרשת אם ימות הבן. משא"כ אחי האב אינם ראויים לרשת עד שתמות הבת והאח. כתב הרש"ש שלדברי הרשב"ם בת במקום שני בנים אינה נחשבת ראוייה לירושא שאינה יורשת עד שימותו שני בנים. וכתב הרש"ש שבוזה מדויק לשון המשנה שבכל מקום שנזכר בן בין הבנים זה כתוב בנים בלשון רבים. ובמשנה נזכר אחר במקום בת בלשון יחיד, ובת במקום בן בלשון יחיד. והיינו משום דבן בין הבנים ראוי עכשיו לרשת, ואין ג"מ בין בן במקום בן אחד או במקום בנים הרבה. משא"כ בת במקום בן אינה ראוייה לרשת עד שימות הבן ובוזה יש ג"מ בין אם יש בן אחד לשני בנים שאינה ראוייה לרשת אא"כ ימותו שנים. מה שכתב הרש"ש בדעת הרשב"ם לכאורה אינו מוכרח. שאין כונת הרשב"ם שהדבר תלוי כמה צריכים למות כדי שהוא ירש. אלא תלוי היכן יורש זה נמצא בסדר הנחלות. בת במקום בן היא יורשת אחרי הבנים. משא"כ אחי האב במקום בת אין הוא היורש הבא אחרי הבת אלא מקומו אחרי האח שאחרי הבת.

והיה ביום הנחילו את בניו. עיין ברשב"א דרבנן דפליגי על ריב"ב ס"ל דהאי קרא אתא להא דדרשינן לעיל קי"ג: ביום אתה מפיל נחלות ואי אתה מפיל נחלות כלילה.

דף קל:

לא יוכל לבכר. הרמב"ם בפ"ו מנחלות ה"ג כשמביא דין זה כתב וז"ל אבל אם אמר על הבכור יירש כפשוט או שאמר לא ירש פי שנים עם אחיו לא אמר כלום שנאמר לא יוכל לבכר וגו' עכ"ל. ויש לעיין שבלשונות אלו אין דין הנחלה גם בפשוט. כדתנן לעיל קכ"ו: פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא ירש עם אחיו לא אמר כלום. והטעם הוא מפני שהנחלה הוא רק בלשון פלוני ירש ולא בלשון שלילה. א"כ כשאומר שהבכור לא יטול פי שנים לא צריך להגיע ללא יוכל לבכר הרי גם פשוט אינו יכול להפקיע בלשון זה. וכן כשאומר על הבכור שיירש כפשוט הרי זה כאומר שלא ירש פי שנים, והוי ליה

קנין כשאמר בלשון ירושה למי שראוי ליורשו. וזו לא שמענו בכל התלמוד אלא ודאי כדאמרן. הרי שגם לריטב"א היה קשה קושי הרשב"א אמאי לא נזכר בשום מקום שמתנת שכ"מ במקצת בלשון ירושה אינה צריכה קנין. ומכאן זה חידש הריטב"א שאין הנחלה על מקצת נכסים. אך כבר הובא לעיל שהנתיבות תמה על דברי הריטב"א ומוכיח שבדאי איכא הנחלה גם במקצת נכסים. והובא לעיל מה שכתב בזה הנתיבות.

הובא לעיל שנחלקו האחרונים בגדר הנחלה אם הוא חלות שחל בנכסים או שע"י ההנחלה נעשה המקבל יורש על הממון שהנחילו לו. מדברי הראשונים דס"ל שהנחלה הוא ע"י קנין לכאורה מוכח שהנחלה היא בנכסים דליכא קנין על עשיית יורש אלא על הקנאת ממון.

הא אין אדם מקנה דשלב"ל. לרשב"ם אין זה דחיה לראיה שיש הנחלה בבריא אלא שאלה על רבי נתן למה הדין של בנין דיכרין הוא רק אליבא דריב"ב הרי אין זה התחייבות שהוא מחייב את עצמו אלא תנאי ב"ד, ואמאי היה רבי צריך לדחות דיסבון תנן. לתוס' אין זה שאלה על רבי נתן ורבי אלא דחיה לראיה שיש הנחלה בבריא שבנין דיכרין אינו הנחלה אלא תנאי ב"ד.

לשון הגמ' הוא הא אין אדם מקנה דשלב"ל, ואפי' לר"מ דאמר אדם מקנה דשלב"ל ה"מ לדבר שישנו בעולם. מה שבנין דיכרין הוי חיוב לדבר שלא בא לעולם הוא פשוט שבזמן ההתחייבות עדיין אין הבנים בעולם. אבל מה שהתחייבות של בנין דיכרין הוא הקנאה של דבר שלא בא לעולם אינו מוכן הרי הוא מחייב את עצמו ומשעבד את ממונו שישנו בעולם. ואמאי קרי לה הגמ' בתחילה דבר שלא בא לעולם. אמנם בדברי הרשב"ם בד"ה א"ל ר"פ לאביי מבואר שמה שאמרו הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מעיקרא כונת הגמ' שזה התחייבות לדבר שלא בא לעולם, ולא שזה דבר שלא בא לעולם. וזה גופא מה שהגמ' אומרת שהדבר שלא בא לעולם כאן אינו דבר שלא בא לעולם אלא לדבר שלא בא לעולם. ולדברי הרשב"ם אין להביא ראיה מכאן כלל לנידון של הנחלה בדשלב"ל, שלא נזכר כאן כלל דבר שלא בא לעולם אלא רק לדבר שלא בא לעולם. ובזה כו"ע מודו דליכא הנחלה. אך לא כל הראשונים ס"ל בזה כהרשב"ם.

הר"י מיגש כתב על תחילת דברי הגמ' שכתובת בנין דיכרין הוי דבר שלא בא לעולם וז"ל שהרי עדיין לא מתה אשתו כדי שירש הוא כתובתה ויורש בה לבנין דיכרין וק"ל דאין אדם מקנה דשלב"ל עכ"ל. הרי שמפרש הר"י מיגש את הגמ' כפשוטו שהתחייבות של בנין דיכרין הוא גם דבר שלא בא לעולם וגם לדבר שלא בא לעולם. ומבאר הר"י מיגש אמאי הוי דשלב"ל שבנין דיכרין אינו סתם התחייבות שהוא מתחייב לבנים לפי שיעור כתובת אמן, אלא הוא מקנה לבנים את מה שהוא עתיד לרשת מאשתו במיתתה. והיינו משום דעיקר כתובת בנין דיכרין אינו על עיקר כתובה ותוספת אלא הנדוניא כמבואר ברשב"א בגיטין שמציין רע"א כאן בגליון הש"ס, והובאו דבריו בסמוך, וחלק זה אינו ממונו של הבעל אלא עתיד לבא לרשותו במיתת האשה, ולכן סובר הר"י מיגש שהתחייבות של בנין דיכרין הוא דבר שלא בא לעולם ממש.

לדברי הר"י מיגש מפורש בגמ' כאן מה שדנים האחרונים אי מהני הנחלה בדשלב"ל או לא. שהרי לר"י מיגש מבואר כאן שלרבנן דר"מ אי אפשר להנחיל בנין דיכרין גם מפני שזה דבר שלא בא לעולם וגם מפני שזה דבר שלא בא לעולם. הנתיבות בס' רפ"א סק"ג כשמסתפק בזה כתב שיש מקום לומר שאין בזה חסרון של דשלב"ל כיון שעושה אותו יורש ממילא הוא יורש אח"כ כשבא לעולם ודוקא

שכתוב בתורה. ולכן הקשו לרבנן ל"ל קרא דלא יוכל לבכר ללמד שאינו יכול להפקיע חלק בכורה. וכתבו שבלי קרא ה"א מסברא שיוכל להנחיל על חשבון חלק בכורה כיון שבכור אינו נוטל בראוי. דברי התוס' לכאורה אינם מובנים למה מה שאינו נוטל בראוי הוא סיבה שיוכל להפקיע ע"י הנחלה בלי פסוק. בגמ' נזכר ענין של ראוי לק"ו או לפירכא אבל לא שזה סיבה מצד עצמו שיוכל להנחיל. המהרש"א מקשה אמאי לא תירצו התוס' שבלי הפסוק של לא יוכל לבכר היו רבנן לומדים הנחלה מקרא דוהיה ביום הנחילו את בניו כריב"ב. ורק משום דכתיב לא יוכל לבכר שא"א להנחיל חלק בכורה, ומזה ילפינן בק"ו לחלק פשוט לכן דרשו והיה ביום הנחילו לדרשה אחרת.

דף קלא.

בבריא היאך. נחלקו הראשונים לצד שיש הנחלה גם בבריא אם זה דומיא דהנחלה של שכ"מ שהוא בדיבור בלי קנין או שהנחלה בבריא הוא רק עם קנין. הריטב"א כתב דפשוט שלצד שיש הנחלה בבריא ההנחלה היא בדיבור לבד בלי קנין. אך מביא שהראב"ד כתב שהנחלה בבריא הוא בשטר בלשון ירושה. וכתב ע"ז הריטב"א דאינו מוכן מה עסק שטר בכאן וכי הנחלה היא הקנאה מחיים שצריך ע"ז קנין. גם רבינו יונה כתב שפשוט שאין ענין של קנין בהנחלה שהנחלה חלה לאחר מיתה ואין שטר לאחר מיתה. [הריטב"א ורבינו יונה כתבו שהנחלה בבריא מהני רק אם לא חזר בו מההנחלה. והובא לעיל שנחלקו בזה הקצות והנתיבות].

הר"י מיגש כתב וז"ל או דלמא אפי' בבריא נמי אמרינן שאם קנו מידו לאחד מבניו שהוריש לו כל נכסיו לאחר מיתה דבריו קיימים עכ"ל. זה כשיטת הראב"ד דהנחלה בבריא הוא ע"י קנין. גם הרשב"א כתב שנראה כשיטת הראב"ד שהנחלה בבריא הוא עם קנין.

אף שמחלוקת הראשונים הוא רק בבריא, ובשכ"מ לכו"ע ההנחלה הוא בלי קנין, מ"מ איכא נ"מ ממחלוקת זו גם לגבי שכ"מ. שהנחלה הוא דין דאורייתא ומתנת שכ"מ שלא צריך קנין אינו אלא תקנ"ח. ולסוברים שהנחלה בבריא הוא עם קנין, מן התורה גם בשכ"מ ההנחלה הוא עם קנין, שמן התורה אין נ"מ בין בריא לשכ"מ. וכל מה שבשכ"מ הנחלה הוא בלי קנין הוא רק אחר תקנ"ח שדברי שכ"מ ככתובים וכמסורין דמי.

ונ"מ מזה למעשה במתנת שכ"מ במקצת דבעי קנין. שלסוברים שהנחלה גם בבריא הוא בלי קנין פשוט שמה שמתנת שכ"מ במקצת בעי קנין הוא רק בלשון מתנה אבל בדרך הנחלה אינו צריך קנין דלא גרע מהנחלה של בריא שאינו צריך קנין. אבל לסוברים שהנחלה של בריא הוא עם קנין, וכל מה שבשכ"מ לא צריך קנין הוא מפני שדבריו ככתובין ומסורין א"כ הנחלה במקצת צריך קנין גם בשכ"מ. והדברים מפורשים ברשב"א שמביא ראיה לדברי הראב"ד שהנחלה בבריא צריך קנין וז"ל שאם אתה אומר כן [שלא צריך קנין] מתנת שכ"מ במקצת למי שראוי ליורשו לא תהא צריכה קנין אם אמר בלשון ירושה וכו' ואם נפשך לומר כן לא היתה הגמ' שותקת בכך עכ"ל. הרי דפשיטא ליה שהנחלה של שכ"מ במקצת צריך קנין.

רבינו יונה והריטב"א דס"ל שהנחלה לא צריכה קנין לכאורה יענו על טענת הרשב"א שכל מה שמתנת שכ"מ במקצת בעי קנין הוא רק בלשון מתנה אבל בלשון ירושה אין זה הקנאה אלא הנחלה וכזה גם מתנת שכ"מ במקצת לא צריך קנין. אך אין הדבר כן שהריטב"א כתב לעיל בדף ק"ל. דנראין הדברים שהנחלה הוא רק במחלק כל נכסיו אבל לא במקצת שאל"כ מצינו מתנה במקצת שאינה צריכה

עליו חיוב מכח תנאי ב"ד יכול הוא להוסיף ע"ז שיעבוד מטלטלין אף שזה חיוב לדשלב"ל.

לדבר רע"א מיושב קושית הב"מ דאף שאינו יכול לחייב את עצמו בעיקר החיוב של בנין דיכרין מ"מ אחרי שיש עליו חיוב מכח תנאי ב"ד יכול הוא להוסיף על חיוב זה שיעבוד מטלטלין אף שהתנאי ב"ד אינו מחייב את זה.

רע"א בכתובות שם בדף נ"א. מקשה לצד שגם במקום שגוף החיוב קיים מכח תנאי ב"ד אין הוא יכול להוסיף ע"ז שיעבוד מטלטלין כיון שזה חיוב לדשלב"ל איך תקנו הגאונים שיגבו מזון הבנות ממטלטלין. שמסתבר שלא תקנו הגאונים אלא שיחשב כאילו הוא שיעבוד מטלטלין בהדיא. אבל במקום שאינו יכול לשעבד מטלטלין מסתבר שאין תקנת הגאונים. דהיינו כעין מה שמקשה הבית מאיר על בנין דיכרין מקשה רע"א על מזון הבנות. וכתב בזה האבי עזרי בפט"ז מאישות ה"ז שמוכח ברמב"ם בפ"ט מאישות הי"ב וכן בסוף פ"ז מאישות שהחיוב של מזון הבנות אינו חיוב לבנות אלא זה חיוב לאשתו לדאוג למזון בנותיה, ולכן כתב הרמב"ם שמהני מחילת האשה לפטור מהחיוב של מזון הבנות. ומביא שכ"כ האו"ש בפ"ט מאישות הי"ב. וא"כ החיוב של מזון הבנות אינו חיוב לדשלב"ל אלא לאשה שהיא בעולם. אך זה מישב רק את השאלה של רע"א ולא את השאלה של הבית מאיר.

נמצא ב' דרכים בשוב קושית הב"מ. א. תי' האב"מ שאם כתובה גובה מטלטלין ממילא גם בנין דיכרין נגבה ממטלטלין. ב. ע"פ דברי רע"א בכתובות נ: שאם יש חיוב יכול להוסיף שיעבוד גם לדשלב"ל.

ה"נ תנאי ב"ד שאני. רע"א בגליון הש"ס מציין לרשב"א בגיטין י"ג: שכתב בסוגיא דמעמד שלשתן שרבנן לא מתקנים הקנאה שאין אדם יכול לעשות כיוצא ב. ומקשה הרשב"א מכאן שיש חיוב בנין דיכרין מכח תנאי ב"ד אף שאין אדם יכול לחייב עצמו בחיוב זה שהוא חיוב לדשלב"ל. וכתב הרשב"א שגם כאן יש אופן שיכול בלי תקנה לעשות חיוב של בנין דיכרין, שיכול לסלק עצמו מירשת הנדוניה של אשתו, וממילא זה יעבור לבניה במיתתה. וכיון שיש אופן שהוא יכול לעשות חיוב זה יכולים רבנן לתקן שיתחייב בדרך חיוב או הנחלה. ומוסיף הרשב"א דאף שרק הנדוניה יגיע לבנים אם יסתלק מירשת אשתו ולא עיקר כתובה ותוספת מ"מ עיקר בנין דיכרין הוא הנדוניה, וסגי בזה שחלק זה הוא יכול לגרום שיגיע לבנים ע"י סילוק. וזה גם כונת הר"י מיגש שכתב שבנין דיכרין זה התחייבות של דשלב"ל מפני שמקנה לבנים מה שהוא עתיד לרשת מאשתו. וזה נכון לגבי הנדוניה ולא לגבי עיקר הכתובה ותוספת. אלא שעיקר בנין דיכרין הוא חלק הנדוניה כמש"כ הרשב"א.

תודה וש"מ אפי' בריא נמי. כתבו בסוף הדיבור בשם הקונטרס שבלשון ירתון אין חסרון של לדבר שלא בא לעולם כיון שמפרש שלא יחול עד המיתה ואז הבנים כבר בעולם. [דברים אלו אינם ברשב"ם שבפנינו אלא בפירוש הרשב"ם העקרי שנדפס בגליון הגמ']. והקשו התוס' דמבואר לקמן קמ"א: שהאומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה הוי מקנה לדבר שלב"ל ולא קנה אפי' לר"מ אף שאמר שיקנה אחרי שיבא לעולם.

הרמ"א בס' ר"ט סע' ד' כתב י"א דכל זה [שאין אדם מקנה דשלב"ל] במקנה לו סתם אבל אם אומר שיקנה כשיהיה בעולם קנה אע"פ שעכשיו אינו בעולם ויש חולקים. הי"א שהובא ברמ"א הוא שיטת התוס' כאן בשם הרשב"ם כמבואר בביאור הגר"א שם סק"ב. וברמ"א מבואר שמפרש דברי הרשב"ם דס"ל שרק בסתם אינו מקנה לדבר

במנחיל לדבר שלא בא לעולם אמרין בב"ב קל"א. דלא מהני אבל בדבר שלא בא לעולם יש מקום לומר דמהני. הרי שכתב שמבואר כאן רק לגבי לדבר שלא בא לעולם. וזה מפני שמפרש כפירוש הרשב"ם שמה שאמרו בתחילה דבר שלא בא לעולם היינו לדבר שלא בא לעולם. אבל לר"י מיגש מפורש כאן שגם דבר שלא בא לעולם א"א להנחיל.

השעה"מ בפ"ב מנחלות הי"ד כתב בשם המהרי"ט שאין הנחלה בדשלב"ל. וראיתו של המהרי"ט הוא מכאן שמבואר שבנין דיכרין אינו מדין הנחלה דהוי דשלב"ל. ומוסיף המהרי"ט דאף שכאן גם הקונה אינו בעולם זה נזכר בגמ' אח"כ, ותחילת דברי הגמ' הם מצד דבר שלא בא לעולם.

נמצא שנידון זה של האחרונים תלוי בפשט הפשוט בדברי הגמ' כאן. לרשב"ם בנין דיכרין הוא רק לדבר שלא בא לעולם ואינו דבר שלא בא לעולם. ולדבריו אין ראייה מכאן כלל, וכן נקט התיבית. לר"י מיגש בנין דיכרין הוי גם לא בא לעולם וגם לדבר שלא בא לעולם. ולדבריו מפורש כאן בגמ' דלא מהני הנחלה בדשלב"ל. וכן נקט המהרי"ט שהובא בשעה"מ.

אלא תנאי ב"ד שאני. מבואר בגמ' שאין אפשרות להתחייב בנין דיכרין מעצמו דהוי חיוב לדשלב"ל, וחיובו הוא רק מכח תנאי ב"ד. הרמב"ם בפט"ז מאישות ה"ז כתב שמדינא כתובה וכל תנאי כתובה אינם נגבים אלא מן הקרקע ולא ממטלטלין. ותקנו הגאונים שיגבו גם ממטלטלין. בה"ח כתב הרמב"ם שעכשיו שנהגו לכתוב בכתובה בפירוש שמשעבד מטלטלין אגב קרקע לחיוב הכתובה גובים מטלטלין מעיקר הדין. בשו"ע אבה"ע ס' קי"א סע' י"ד מובא בשם י"א שאם שיעבד בפירוש מטלטלין גובים גם כתובת בנין דיכרין ממטלטלין מעיקר הדין.

האבני מילואים שם סק"ט מקשה בשם הבית מאיר אם מדינא לא גובים ממטלטלין מה מוסיף שהוא משעבד עצמו הרי מבואר כאן שחיוב בנין דיכרין הוא לדשלב"ל ואינו יכול לחייב עצמו בזה ואין הוא חייב אלא מכח תנאי ב"ד בלבד. וכיון שהתנאי ב"ד הוא רק על קרקע איך יכול לחייב את עצמו יותר ממה שהתנאי ב"ד מחייב. וכתב בזה האב"מ שמבואר בכתובות נ"ב: שבנין דיכרין מצד עצמו היה משתלם גם ממטלטלין אלא ככתובה שוויה רבנן. והיכא שהכתובה נגבה ממטלטלין ממילא גם הבנין דיכרין הם ממטלטלין. וכיון שעל הכתובה מהני מה שמשעבד עצמו ממילא זה מועיל גם לבנין דיכרין.

רע"א בכתובות נ: מסתפק לגבי מזון הבנות אם משעבד מטלטלין אגב קרקע אי מהני או לא. שמזון הבנות הוא חיוב לדבר שלא בא לעולם ואין חיובו בזה אלא מכח תנאי ב"ד ואין הוא יכול להוסיף על מה שחייבו חכמים, שהתוספת שהוא מחייב את עצמו הוא התחייבות לדשלב"ל. ומביא ע"ז רע"א את הגמ' כאן. ואעפ"כ כתב רע"א שנראה שיכול לשעבד מטלטלין למזון הבנות. שרק גוף החיוב אינו יכול לחייב עצמו לדשלב"ל, אבל היכא שהחיוב קיים מכח תנאי ב"ד והוא בא רק להוסיף שיעבוד על מטלטלין אין בזה חסרון של דשלב"ל. ומבאר רע"א טעם הדבר דק"ל דאף שאין אדם מקנה דשלב"ל יכול אדם לשעבד דשלב"ל. ומבואר בתוס' בכתובות בריש אע"פ שזה בגלל שעיקר החיוב הוא על גופו ועל הממון שיש לו עכשיו שהם בא לעולם. וכיון שחל עיקר החיוב יכול הוא להוסיף שיעבוד גם על דבר שעדיין לא בא לעולם. ומה"ט י"ל שגם לגבי מזון הבנות אף שתחילת החיוב אין הוא יכול לחייב את עצמו כיון שזה לדשלב"ל מ"מ אחרי שיש

האור"ש כתב שרק כאן כתב כן הרשב"ם מפני שבידו לגרום זכיית הבנים ע"י סילוק מירושת אשתו. ג. החזו"א כתב דדברי הרשב"ם הם רק במקנה לדבר שלא בא לעולם ולשיטת ר"נ דאית ליה מזכה לעובר קנה. ופירושים אלו כולם הם דלא כרמ"א שמביא דברי הרשב"ם בכל הקנאה של דבר שלא בא לעולם שאם מפרש שיחול כשיבא לעולם מהני.

דף קלא:

לעולם אימא לך בתרי ב"ד איתקין. נחלקו הראשונים אם ספק זה של רבא אם יש הנחלה בבריא או לא נפשט שיש הנחלה בבריא או שנשאר בעיא דלא איפשטא. הרמב"ן במלחמות כתב שנחלקו בזה ר"ח ורב האי גאון. ר"ח ס"ל שנפשט ורה"ג ס"ל שלא נפשט. וכן נחלקו בזה הר"ף ובעה"מ, והתוס' בד"ה דלמא ור"י. בדעת הסוברים שנפשט יש ב' דרכים. לשיטת הרשב"ם כבר בתחילת הסוגיא נפשט שיש הנחלה בבריא מדברי רב נתן בכתובת בנין דיכרין. וכל המשך הסוגיא אינה עוסקת בזה אלא בביאור דברי רבי ורב נתן. הרא"ש בשם ר"ח מפרש כפירוש התוס' שדברי ר"פ ואב"י וכל המשך הגמ' קאי על הראיה שהביאו לספק של רבא. ואעפ"כ ס"ל שמסקנת הגמ' היא שגם בבריא יש הנחלה שהרי במסקנא אמרו דלעולם בתרי ב"ד איתקין וא"כ אין זה נחשב תוכ"ד וע"כ דהוי מדין הנחלה. והחולקים ס"ל שזה לא נאמר דרך פשיטות אלא דרך דחיה. ה"ד רמה כתב בסוף אות קל"ז דמסקנת הגמ' דריב"ב אית ליה הנחלה גם בבריא ואעפ"כ כתב דאנן קי"ל כוותיה רק בשכ"מ ולא בבריא.

הרי"ף כתב דכיון שלא נפשט הספק לא עבדינן עובדא בבריא. וכן פסק הרמב"ם בפ"ו מנחלות ה"ד דמהני הנחלה רק בשכ"מ ולא בבריא. וכתב המ"מ שמה שפסק הרמב"ם שמספק לא מהני הנחלה של בריא הוא משום שהיורשים מוחזקים ואין מוציאים מהם מספק. ויש לעיין בזה אמאי הוי היורשים מוחזקים הרי הנחלה אינה חוב על היורשים אלא מי שהנחילו לו נעשה היורש על ממון זה. וא"כ כשיש ספק אם מהני הנחלה או לא זה ספק מי הוא היורש ואמאי הוי היורשים מוחזקים. ועוד היכא דהנחיל כל היורשה לאחד מן הבנים בן זה הוא ודאי ביורשה זו והאחרים ספק. ודמי לודאי בן וספק בן שהודאי יורש הכל דאין ספק מוציא מידי ודאי. ואפי' נימא דלשאר היורשים יש חזקת יורשים הרי הקצות כתב בס' ר"פ סק"ב שהדין של אין ספק מוציא מידי ודאי בודאי יורש וספק יורש הוא אפי' כשיש רוב שמסייע לספק.

וצ"ל דכיון שכל זמן שלא היה הנחלה כל היורשים יורשים והנחלה הוא מעשה שמפקיע ירושתם כשיש ספק אם נעשה דבר שבא להפקיע דין ירושתם לא אתי ספק הנחלה ומפקיע ודאי ירושה. ואכתי צ"ב למה עדיף כח היורשים בגלל שאין ספק הנחלה מוציא מודאי יורש מכח אותו שהנחילו לו שהוא ודאי יורש בנכסים אלו והם ספק ואיכא למימר גם לגבי אין ספק מוציא מידי ודאי. ואולי כיון שיש סברא של אין ספק מוציא מידי ודאי לשני הצדדים אזלינן בתר חזקת היורש וצ"ע.

הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא. דין זה יסודו מכח אומדנא כמבואר ברשב"ם ובתוס' קידושין מ"ט: ואעפ"כ נמנה דין זה לקמן קמ"ד. בהדי תלת מילי דשוניהו רבנן כהלכתא בלא טעמא, ומבואר שאין זה דין דאורייתא אלא תקנה, היינו משום דמדינא אין בכח אומדנא זו לבטל לשון מתנה מפורש. ותקנו חכמים לבטל את המתנה בגלל אומדנא זו.

שלב"ל. אבל אם פירש שיחול הקנין כשיבא לעולם קנה. והרמ"א ס"ל שדברי הרשב"ם לא נאמרו דוקא כשמקנה לדבר שלא בא לעולם אלא גם בדבר שלא בא לעולם. דברי הרשב"ם מובאים במרדכי בריש פרקין ס' תקע"ח. והמרדכי חולק ע"ש. גם הגאון מקשה מכמה מקומות שמפורש שגם כשמפרש שיחול כשיבא לעולם לא מהני כגון לאחר שאתגיייר או כשאקנה.

רע"א במה"ת ס' צ' [מובא בחי' רע"א לעיל ק"ל]. כתב בשם הבית מאיר שאין כונת הרשב"ם כלל לומר שבהקנאה אם מפרש שיחול אחר שיבא לעולם אין חסרון של דשלב"ל. אלא כונת הרשב"ם שמהני הנחלה לא רק בדבר שלא בא לעולם אלא גם בדבר שלא בא לעולם. וזה טענתו של אב"י לר"פ. דר"פ פשיטא ליה שלא מהני הנחלה לדבר שלא בא לעולם, ולכן ס"ל שבנין דיכרין הוא רק מכח תנאי ב"ד. ואב"י השיב דירתון תנן ואין זה הקנאה אלא הנחלה והנחלה מהני לדבר שלא בא לעולם. ודחיית התוס' הוא שמפורש לקמן קמ"א: דלא מהני הנחלה לדבר שלא בא לעולם. וכתב רע"א שלדברי הב"מ צריך לגרום בתוס' דבריש מי שמת אמר אימור דשמעת ליה לריב"ב, ולא אימור דשמעת ליה לר"מ. וכונת התוס' להמשך הגמ' שם שאמרו על דברי ריב"ב שלא מהני הנחלה לדשלב"ל.

רע"א חולק על פירושו של הב"מ וכתב דלשון התוס' משמע שאין הרשב"ם מחלק בין הנחלה להקנאה אלא ס"ל שגם בהקנאה אם מפרש שיתחיל הקנין רק כשיבא לעולם אין בזה חסרון של דשלב"ל. וזה שיטת הי"מ שהובא ברמ"א. וע"ז הקשו התוס' שבמי שמת מבואר שגם אם פירש שהקנין יחול אחרי שתלד אשתו מ"מ לא מהני אפי' לר"מ כיון שזה מקנה לדשלב"ל.

האור"ש בפכ"ב ממכירה ה"י כתב ביאור מחודש בדברי הרשב"ם. דאף שאין אדם מקנה דשלב"ל מבואר בכתובות נ"ט: דהיינו דוקא כשבשעת הקנין זה כבר לא בא לעולם. אבל אם אומר על שדה שהוא ברשותו שדה זו שאני מוכר לכשאקנה תקדש קדשה ואין בזה משום מקדיש דשלב"ל כיון שבזמן שהקדיש היה בידו להקדיש עכשיו. ואף שהוא הקדיש באופן שיחול ההקדש רק לאחר שיקנה מ"מ כיון שהיה בידו להקדיש עכשיו חל ההקדש. וכן כאן בבנין דיכרין היה בידו לגרום שירשו הבנים כתובת אשתו בלי הנחלה ע"י שהיה מסלק עצמו לפני הנישואין מירושת אשתו ואז בניה היו יורשים נדוניתה ממנה. וא"כ גם כשאינו מסתלק מירושת אשתו יכול להנחיל ממון זה לבנים אף שאינם עכשיו בעולם כיון שיכול לגרום שיזכו בממון זה באופן אחר. וע"ש מה שכתב לבאר הא דמהני לגבי עיקר כתובה אף שלגבי העיקר לא היו הבנים יורשים גם אם היה מסתלק מירושת אשתו. וביאור זה ברשב"ם הוא דלא כהבנת הרמ"א בדברי הרשב"ם כמו שכתב האור"ש שם.

החזו"א בחו"מ ליקוטים ס' ט' סק"ב כתב דר"נ ס"ל לקמן שהמזכה לעובר לכשתלד קנה. ונחלקו הרשב"ם לקמן קמ"א: והתוס' בגיטין י"ג: בטעמו. הרשב"ם כתב דס"ל שעובר נחשב בא לעולם. והתוס' כתבו דאף דר"ה ס"ל שלדבר שלא בא לעולם גרע מלא בא לעולם, ר"נ פליג וס"ל שאין אדם מקנה דשלב"ל ואעפ"כ ס"ל שלדבר שלא בא לעולם אדם כן מקנה. וכתב החזו"א שהרשב"ם שהובא בתוס' כאן אזיל בשיטת התוס' בגיטין, ומה שכתב שאם מפרש שיחול כשיבא לעולם קנה זה דוקא בלדבר שלא בא לעולם ולא בדבר שלא בא לעולם. ודלא כרמ"א שמביא דברי הרשב"ם לענין דבר שלא בא לעולם.

נמצא ג' דרכים בביאור דברי הרשב"ם א. הבית מאיר מפרש שכל דברי הרשב"ם הם בהנחלה ולא בהקנאה. ב.

ירושלם אינו חסרונן אף שאינו יכול להנחיל לאשתו מ"מ כיון שכתב גם לשון מתנה מהני כמבואר לעיל דלשון מתנה עם לשון ירושה בין בתחילה בין באמצע בין בסוף דבריו קיימים. אך דן רע"א מצד הדין של הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופיא וק"ל שאפי' בבריא אינה אלא אפטרופוס. וכתב רע"א שבנידון ידידה יש ג' צדדים לקיים את המתנה. א. לשיטת הרא"ש שאם נתן לבנו בלשון ירושה הוא זוכה בממון, שלא שייך לשון ירושה באפטרופיא, מסתפק רע"א כשנתן לאשתו בלשון ירושה ומתנה, אף שזכיייתה הוא מכח לשון מתנה דלא מהני לשון ירושה באשתו, מ"מ אולי מהני לשון ירושה לגלות שאין דעתו לאפטרופיא וממילא תקנה מכח לשון מתנה. ב. בעובדא דרע"א לא היו לנותן בנים ויורשיו הם בני אחיו, ולדעת הרא"ש לא אמרין שעשאה אפטרופיא אלא במקום בנים או אחים ולא בשאר קרובים. ג. המתנה היתה עם קנין וכשקנו מידו יש פוסקים דס"ל שלא עשאה אפטרופיא. ואף דלא מוציאים ממון ע"י ספק ספקא יש צד לרע"א לומר שבג' ספקות מוציאים ממון. ויש לעיין אמאי לא כתב רע"א שיש בזה ד' ספקות דמאי דק"ל שגם בבריא לא עשאה אלא אפטרופיא אינו אלא מספק כמו שכתב רע"א בתחילת דבריו ולמה לא מנה רע"א ספק זה במנין הספיקות. ובפרט שיש ראשונים שחולקים בזה על הרי"ף והרמב"ם וס"ל שמספק מקיימים את המתנה ואינה נעשית אפטרופוס כמו שיבואר לקמן.

רשב"ם ד"ה ה"ג. כתב הרשב"ם שמה שמקפיד שיכבדו את בנו הגדול הוא משום שחייבים בכבודו כדאמרין בכתובות ק"ג. ואת לרבות אחיך הגדול. ואח"כ בד"ה ואשה אצל בני הבעל כתב הרשב"ם ששם מספקא לגמ' מפני שבזה אינם חייבים כל כך שאינו אלא מיתורא דקרא דאת אביך לרבות אשת אביך. רע"א כתב על דברי הרשב"ם עיין בכתובות ק"ג. וצ"ע. כונת רע"א שמבואר בכתובות שהחוב כיבוד באשת אביו הוא רק בחיי אביו וא"כ הכא שהנידון הוא לענין לאחר מיתתו ליכא חיוב כיבוד לאשת אביו אפי' מיתורא.

המהרש"ל כתב שמקשים על הרשב"ם מה בכך שאינו אלא מריבוי הרי גם החיוב של אחיו הגדול אינו אלא ריבוי ובוזה פשוט לגמ' שאינו עושה אותו אלא אפטרופיא. וכתב מהרש"ל שאין כונת הרשב"ם שאין כ"כ חיוב מפני שנלמד מריבוי אלא כונת הרשב"ם דכיון שאינו אלא ריבוי מכבוד אביו אין חיוב זה נוהג אלא בחיי אביו. ולכן יש צד שאחר מיתת האב אין לו ענין שיכבדו אותה. ומבואר במהרש"ל דפשיטא ליה שהחיוב כיבוד לאחיו הגדול הוא אפי' אחרי מיתת אביו. הרמב"ן בהשגותיו על הרמב"ם בספר המצות בתחילת השורש השני לא ס"ל כן. שכתב שהחיוב של כבוד אשת אביו אינו חיוב כיבוד לאשת אביו אלא לאביו ולכן אינו נוהג אלא בחיי אביו כמבואר בכתובות. ומוסיף הרמב"ן שמסתבר שכמו שכבוד אשת אביו שנלמד מואת אביך הוא חיוב לאב כך החיוב של כבוד אחיו הגדול שנלמד מואת הוא ג"כ בכלל כבוד אביו ונוהג רק בחיי אביו. אך המנ"ח במצ' ל"ג כתב שמדברי הרמב"ם בפ"ו מממרים משמע שחולק על הרמב"ן וס"ל שכבוד אביו אינו חיוב לאב ונוהג גם אחרי מיתת אביו. וזה כמבואר בדברי המהרש"ל.

המהרש"א כתב שמה שבנו הגדול פשוט לגמ' יותר מאשת אביו אינו מפני שהחיוב כיבוד לבנו גדול יותר מלאשת אביו שהרי גם בבנו קטן אמרין דלא עשאו אלא אפטרופיא אף שאין חיוב כיבוד לאחיו הקטן כלל אלא שאדם מקפיד יותר על כבוד בנו משל אשתו ע"ש.

דף קלב.

כיון שדין זה הוא מכח אומדנא כתבו הראשונים שאם פירש שנותן מתנה גמורה ואינו עושה אותה אפטרופוס מתנתו מתנה. כן כתבו הרי"ף מיגש הרא"ש והנ"י. אמנם בתשובת הרשב"א שמוכא בב"י בחו"מ ס' רמ"ו כתב שנראה מדברי הרי"ף דס"ל שאפי' פירש שאינו עושה אפטרופוס אמרין שגם זה כתב לכבודה ואין מתנתו מתנה. גם הרמב"ן כתב בשם י"א שבאשתו גם אם פירש מתנה ולא אפטרופיא לא עשאה אלא אפטרופוס, ורק בבנו אם פירש מתנתו מתנה. אך הרמב"ן כתב ע"ז שאין זה אלא דברי הבאי. בתשובת הרא"ש שמוכא בטור אבה"ע ס' ק"ז מבואר שאפי' אם לא פירש שלא עשאה אפטרופוס אלא שמוכח כן מתוך דבריו כגון שאמר שמה שאינו חושש לבניו ונותן הכל לאשתו הוא מפני שיודע בה שלא תנשא לאיש אחר מתנתו מתנה ולא אמרין דלא עשאה אלא אפטרופיא. היכא דלא פירש שאינו עושה אותה אפטרופוס אלא שאמר לשון מתנה רוב הראשונים ס"ל שלא עשאה אלא אפטרופוס. אך היד רמה כתב בתחילה שמה שנעשית אפטרופוס הוא רק כשאמר נכסי לך, אבל אם פירש לשון מתנה מתנתו מתנה. אך מביא שיש חולקים ומסיים שדין זה צ"ע.

הרמב"ם בפ"ו מזכיה ה"ד כתב שאפי' קנו מידו אינה אלא אפטרופיא. וכ"כ הנ"י. אבל רבינו יונה מביא שיש חולקים וס"ל שאם קנו מידו מתנתו מתנה, והובאו דבריו בטור חו"מ ס' רמ"ו.

בנו הגדול לא עשאו אלא אפטרופיא. הרשב"ם לעיל ק"ל. מקשה דלעיל מבואר דק"ל כריב"ב שיכול אדם להנחיל כל ממנו לבן בין הבנים וכאן מבואר שאם נותן כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפטרופיא. וכתב הרשב"ם שמה שמבואר כאן הוא רק כשנתן בלשון מתנה, שגם אפטרופיא הוא ענין של מתנה. אבל לשון ירושה שייך רק בקנין גמור ולא באפטרופיא. הרמב"ם בפ"ו מנחלות ה"ב אינו מחלק בזה בין לשון ירושה ללשון מתנה אלא בין אמר לכתב. שרק בכתב אמרין דלא עשאו אלא אפטרופיא שלכתיבה יש קול ובוזה היא מתכבדת. והדין הנחלה לבנו הוא כשלא כתב אלא אמר וכן כתב הרי"ף. הרי"ף מיגש כתב שהדין הנחלה הוא כשמפרש שנותן מתנה גמורה ולא אפטרופיא. הרא"ש בשם ר"ח כתב שלא נזכר הנחלה לבנו בכל הנכסים אלא בריבה לזה ומיעט לזה. ומה דאיתא לקמן קל"ג. הכותב כל נכסיו לאחר אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה לא איירי בכך אלא בשאר יורשים.

אפי' קטן המוטל בעריסה. כתב בעה"מ שכל מה דאמרין שלא עשאה אלא אפטרופוס היינו כשיש בנים קטנים שצריכים אפטרופוס. וקטן המוטל בעריסה היינו שיש קטנים ממנו. הרשב"א והריטב"א חולקים שאין מינוי האפטרופוס בזה לצורך אלא לכבודה גם כשכולם גדולים או בקטן שאין קטנים ממנו.

בת אצל האחים. נחלקו הראשונים בבת בין הבנות עיין מה שכתב בזה הרא"ש.

אשה אצל האחים. נחלקו הראשונים אם אחים דוקא או ה"ה שאר יורשים. הריטב"א כתב שאחים לאו דוקא וכל היורשים בכלל אחים. וכן מבואר ברמב"ם פ"ו מזכיה ה"ד. אבל הרא"ש בתשובה שהובא בטור אבה"ע ס' ק"ז חולק וס"ל שדין זה הוא מכח אומדנא שאין אדם מניח את בניו ונותן כל ממנו לאשתו. ורק לענין בניו אמרין הכי וכן באחים ובני הבעל אבל לא קרובים רחוקים יותר מזה.

רע"א בשו"ת מה"ת ס' צ' [מובא בחי' רע"א לעיל דף ק"ל] דן באדם שכתב לאשתו שאם היא ימות בחייה היא תירש אותו ותנתן לה כל עזבונו. וכתב רע"א שמה שכתב בלשון

יכול למחול את שיעבוד הנכסים גם כשאינו מוחל את שיעבוד הגוף. ומה שמבואר בכתובות דלא מהני בזה סילוק היינו משום דכשם שבממון גמור בעינן הקנאה או הפקר ולא מהני סילוק כך בחוב ושיעבוד בעינן דוקא מחילה ולא סילוק. כדברי הנתיבות כתב גם החזו"א באבה"ע ס' ע"ז סק"א.

ברשב"ם כאן מפורש דמהני מחילה על שיעבוד גם כשאינו מוחל את גוף החוב. וזה לכאורה דלא כהאב"מ. ואף שהראיה מכאן הוא רק מהרשב"ם ולא מהגמ' שהרמ"ה חולק על הרשב"ם וס"ל שכאן יש מחילה גמורה מ"מ לקמן לגבי הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא מפורש בגמ' לקמן קל"ג. שאין המחילה אלא על השיעבוד של נכסים אלו אבל אי הדר קני נכסים אחרים היא גובה מהם. הרי מפורש שם דמהני מחילה על שיעבוד גם כשאינו מוחל את גוף החוב.

למחצה לשליש ולרביע גובה כתובתה מן השאר. כתב השיטה בשם הר"ן שהלשון גובה כתובתה מן השאר משמע שאינה גובה ממה שקבלה, שבאותו ממון שקבלה יש מחילה גם כשלא קבלה את כל הנכסים. וכן כתב הר"י מיגש. וכתב האו"ש בחידושו שזה דוקא כשבאותו מקצת יש שיעור כל הכתובה ע"ש.

הר"ן מוסיף שמדברי הרמב"ם בפ"ו מזכיה משמע דלא ס"ל כן. וכוונתו שהרמב"ם כתב שם ה"ח שאם כתב לה בעלה כל נכסיו איבדה כתובתה דאומדן דעתה הוא שבהניה שבאה לה בזה שכתב לה כל נכסיו איבדה כל זכות שיש לה בנכסים אלו חוץ ממתנה זו. משמע שהמחילה היא בגלל ההנאה שיש לה מזה שהוא כתב לה כל נכסיו. א"כ כשלא כתב אלא מקצת נכסים ליכא מחילה כלל אפי' מאותם נכסים.

מדברי התוס' שהקשו מאי קמ"ל פשיטא שנוטלת כתובתה מן השאר משמע דס"ל כהרמב"ם שלר"ן קמ"ל שאינה נוטלת אלא מן השאר שמממון זה שקיבלה מחלה. אלא ס"ל שאם לא כתב לה הכל ליכא מחילה כלל. ולכן קשיא להו שאין שום חידוש בהא דנוטלת כתובה מן השאר.

תודה למחצה. האו"ש בפ"ט ממלוה ה"ח ד"ה נסתפקתי מסתפק בלוה שיש לו ב' בתים שאחד מהם מושכר למלוה והשני אינו מושכר, ורוצה הלוה לפרוע ע"י שנותן למלוה קנין הגוף בבית שיש למלוה בו קנין שכירות, אם יכול המלוה לטעון שאינו רוצה בית שלא יהיה לו ממנו שימוש עד גמר השכירות ששימוש זה הוא בלא"ה שלו. וכתב האו"ש שמסברא נראה שיכול לפרוע לו גוף הבית לפי מה ששוה קנין הגוף למי שיש לו כבר קנין הפירות. וכתב האו"ש שבתוס' כאן לכאורה מבואר שלא כדבריו. ועיין מה שכתב האו"ש לבאר שאין סתירה לדבריו מתוס' זה.

למימרא דלא אזיל ר"נ בתר אומדנא. דברי הגמ' לכאורה אינם מובנים איך ס"ד להוכיח מהא דפסק ר"נ דאיכא מחילה ואם טרפו ממנה את המתנה נמצאת קרחת מכאן ומכאן דלא אזיל ר"נ בתר אומדנא, הרי כל המחילה כאן אינה מחילה מפורשת אלא מכח אומדנא, ואי לא אזלינן בתר אומדנא ליכא מחילה כלל. כן מקשה בקו"ש באות תל"ו. וכתב הקו"ש שהנידון בגמ' אי אזלינן בתר אומדנא או לא הוא במקום שבאים ע"י האומדנא להטיל תנאי בחלות שהוא עשה. בזה יש מקום לומר דבעינן תנאי גמור ולא מהני אומדנא. אבל במקום שאינו ענין של תנאי פשוט לגמ' דאזלינן בתר אומדנא. לכן לגבי המחילה עצמה פשוט דמהני אומדנא. אבל לענין להטיל תנאי במחילה שלא מחלה אלא ע"מ שלא יטרפו את המתנה ע"ז אמרו

בעי רבא בבריא היאך. כתב הרשב"ם שהספק הוא בין במתנה גמורה מהיום בין במתנה מהיום ולאחר מיתה. השיטה בשם הר"ן חולק וס"ל שהספק הוא רק כשנותן מהיום ולאחר מיתה שצריך המתנה יתקיים אחר מיתתו. אבל מתנה מהיום בודאי הוי מתנה גמורה.

ספק זה לא נפשט ונחלקו הראשונים מה הדין בספק. הרי"ף והרמב"ם כתבו שאינה אלא אפטרופוס שהנכסים בחזקת הבעל ועל האשה להוכיח שמתנתה מתנה. הריטב"א והשיטה בשם הר"ן חולקים בזה על הרי"ף וס"ל שמשפך מקיימים את המתנה ולא אמרין שאינה אלא אפטרופוס. אך נראה שאין טעמו של הר"ן כטעמו של הריטב"א. שהר"ן כתב וז"ל מסתבר דקנו קנין גמור דכיון דהלכתא בלא טעמא הוא לא נקטינן מינה אלא מאי דפשיטא בהדיא עכ"ל. ביאור דברי הר"ן הוא דכיון דהוי הלכתא בלא טעמא א"כ אין זה אלא תקנה"ח. ולא מבטלים ודאי מקח דאורייתא מחמת ספק תקנה"ח.

הריטב"א כתב וז"ל ולי נראה כדברי האומר דכיון שיש להם שטר מתנה סתם הרי הם מוחזקים במתנתם ועל היורשים הראיה שלא נתכוין אלא לאפטרופוס כיון שלא נתברר בתלמוד עכ"ל. הרי שלא נזכר בריטב"א שמקיימים את המתנה מספק מפני שאין ביטולו אלא מדרבנן כמו שכתב הר"ן, אלא אפי' אם היה צד לבטל את המתנה מן התורה לא היו מבטלים ודאי מתנה מחמת ספק אומדנא. שהמתנה הוא ודאי סיבה לקנין ויש ספק אם יש אומדנא לבטל את המתנה ואין ספק מוציא מידי ודאי. ויש מקום לומר שהריטב"א בזה לשיטתו כמו שיבאר.

הקונה"ס בכלל ז' אות ט' כתב בשם הריטב"א דהיכא דאיכא ודאי מכר וספק תנאי המקח קיים דלא אתא ספק תנאי ומבטל ודאי מקח. ולכן סובר הריטב"א נמי הכא דלא אתא ספק אומדנא ומבטל ודאי מקח. ואף שיש מקום לחלק בין ספק תנאי לספק אומדנא, שתנאי הוא מילתא אחריתי והמעשה מצד עצמו ראוי להתקיים והתנאי מבטלו, בזה יש יותר סברא לומר דלא אתי ספק תנאי ומוציא מודאי מקח. משא"כ ספק אומדנא על הצד שיש אומדנא ליכא מקח כלל. אך אין זה מוכרח דיש מקום לומר שגם בספק אומדנא יש ודאי סיבה לקנין ואין ספק אומדנא מבטל ודאי מקח כמו שאין ספק תנאי מוציא מודאי מקח.

תקיע כתובתה ותעמוד על מתנתה ונמצאת קרחת מכאן ומכאן. דהיינו שקבלת האשה כל נכסי הבעל במתנה יש בה מחילה על שיעבוד הכתובה שיש על נכסים אלו. וכתב הרשב"ם שאין הכונה שמוחלת את גוף הכתובה אלא רק את השיעבוד שיש על נכסים אלו אבל אם יקנה נכסים אחרים תגבה מהם שהרי גם דאיכני משתעבד ועל שיעבוד זה לא היה מחילה. ה"ד רמא אות קמ"ו חולק דלשון הגמ' תקיע כתובתה משמע שיש כאן מחילה גמורה ואינה גובה אפי' מנכסים שיקנה אח"כ.

תנן בכתובות צ"ה. מי שהיה נשוי ב' נשים ומכר את שדהו וכתבה ראשונה ללוקח דין ודברים אין לי עמך וכו'. והקשו בגמ' וכי כתבה ליה מאי הוי הרי לא מהני סילוק מממון שהוא כבר שלו. והקשו האחרונים שאין זה סילוק מממון אלא סילוק משיעבוד, ולא בעינן הקנאה כדי להפקיע שיעבוד אלא סגי במחילה ולמה לא יועיל בזה סילוק. וכתב בזה האב"מ בס' ק' סק"ז שגם שיעבוד הוא קנין בממון חברו ואינו נפקע ע"י מחילה וסילוק. ומה שבעלמא מהני מחילה להפקיע שיעבוד הוא מפני שמוחל את שיעבוד הגוף וממילא פוקע שיעבוד הנכסים. אבל היכא שאינו מוחל את שיעבוד הגוף אלא רק את שיעבוד הנכסים לכד לא מהני בזה לא מחילה ולא סילוק. הנתיבות בס' ר"ט סק"ו חולק וס"ל דכשם שיכול למחול את שיעבוד הגוף כך

שמכל הגמרות שהתוס' הביאו להוכיח שמהני אומדנא הריא"ז למד שבמתנה אין חסרון של דברים שבלב. דברי הריא"ז הובאו בשלטי גיבורים בכתובות צ"ז.

האחיצור בח"ג ס' ס"ח אות ב' תמה על מה שהגאון כתב ראייה לריא"ז שבמתנה דברים שבלב הוי דברים ממתנת שכ"מ שאם עמד חוזר הרי מפורש לקמן קמ"ט. שגם במכר של שכ"מ הדין הוא שאם עמד חוזר. עיין מה שכתב בזה האבי עזרי בפ"ו מזכיה ה"א ופי"א ממכירה ה"ח. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן קל"ה: ע"פ חידושו של הקה"י בהא דאם עמד חוזר.

נמצא ג' דרכים בהא דמבואר כאן במי ששמע שמת בנו שהמתנה בטלה אף שלא התנה ולא כפל. א. לתוס' האומדנא מסלק חסרון דרשב"ל ונחשב כאילו התנה וכפל. ב. הריטב"א ס"ל שהאומדנא מסלק חסרון של דברים שבלב אבל אינו נחשב כאילו כפל אלא דלא קי"ל כר"מ שמצריך תנאי כפול. ג. לריא"ז מוכח מכאן שבמתנה דברים שבלב הוי דברים וחשיב כאילו התנה וכפל.

מפורש כאן בגמ' שדין זה של שמע שמת בנו הוא מכח אומדנא שמה הביאו ראייה דר"נ אזיל בתר אומדנא. ואין מזה סתירה לדברי הריא"ז שכתב שמה שאין בזה חסרון של דברים שבלב אינו מחמת האומדנא אלא מפני שבמתנה דברים שבלב הוי דברים, שגם לדברי הריא"ז בעינן אומדנא שאל"כ אין הוא נאמן לומר שכך היה בלבד. ורק לענין הדין של דברים שבלב סובר הריא"ז שלא האומדנא מסלק חסרון דברים שבלב אלא שבמתנה דברים שבלב הוי דברים. אבל גם לדבריו צריך את האומדנא. ושפיר למדו מכאן שר"נ אזיל בתר אומדנא גם לריא"ז. ועיין באבן האזל פ"ו מזכיה ה"א שיש לו צד לומר שגם לריא"ז האומדנא הוא לא רק להוכיח אלא שמה שאין במתנה חסרון של דברים שבלב הוא רק במקום שיש אומדנא, ורק במכר ס"ל דלא מהני אומדנא ע"ש.

עוד כתב האבן האזל שם שמדברי הרמב"ם שמביא כל הדינים של אומדנא בפ"ו מזכיה לגבי מתנה ובפי"א ממכירה ה"ט כתב שאין הולכים במכר אחר דרשב"ל אף שמראין הדברים שכונתו לזה משמע דס"ל כשיטת הריא"ז שרק במתנה מהני אומדנא ולא במכר ע"ש.

התוס' בקידושין כשהוכיחו דהיכא דאיכא אומדנא מוכחת לא צריך אפי' גילוי דעת הביאו ע"ז מכאן הכותב כל נכסיו לאחרים ושמע שיש לו בן שהמתנה בטלה בגלל האומדנא שלא נתן אלא מפני שחשב שאין לו בן. ועוד הביאו מהדין של הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא שזה גם מחמת אומדנא. ולכאורה אינו מוכן שנתבאר שמוכח בתוס' דלא קשיא להו מעיקרא מהדין של דברים שבלב, שלגבי זה ידעו גם בקושייתם דהיכא דאיכא אומדנא אין חסרון של דברים שבלב. אלא סברו שאם יש דין של תנאי כפול בעינן שיפרש התנאי והכפילות וע"ז לא מהני אומדנא. ולכן לרשב"ם שכתב דלא בעינן תנאי כפול לא קשיא קושית התוס'. ובתירוץ חידושו שבמקום אומדנא זה נחשב כאילו התנה וכפל. וא"כ צ"ב מה הביאו ראייה מהא דלא עשאה אלא אפטרופא, הרי בזה אין חלות עם תנאי אלא האומדנא היא שאין כונתו לתת לה כלל אלא רק לעשותה אפטרופוס. ולגבי זה פשוט שמהני אומדנא. ובשלמא מה שהביאו מכאן ניהא שכאן יש נתינה, והאומדנא גורם שהנתינה היא על תנאי. ובזה בעינן הלכות תנאים ואעפ"כ מהני האומדנא להחשיב כאילו התנה וכפל. אבל מהכותב לאשתו לא שמעינן שהאומדנא נחשב כאילו התנה אלא רק שאומדנא מסלק חסרון של דברים שבלב וזה ידעו כבר בתחילת דבריהם וצ"ע. התוס' בכתובות צ"ז. גם כתבו שבמקום שיש אומדנא לא בעינן גילוי דעת והביאו

למימרא דר"נ לא אזיל בתר אומדנא, והקשו מהא דשמע שמת בנו שע"י האומדנא מטילים תנאי במתנתו. עיקר דברי הקו"ש לחלק בין אומדנא במקום שצריך תנאי למקום שלא צריך תנאי מוכח מדברי הראשונים כמו שיבואר בס"ד בסמוך.

לכאורה נראה ש"ל עוד שמה שמוחלת את הכתובה כשהבעל כותב לה כל נכסיו אינה אומדנא אלא מונח בקבלת כל ממון הבעל שלא תגבה מממון זה את הכתובה. שאם הוא נותן לה את הממון במתנה בודאי שלא תגבה מזה כתובתה. וא"כ קבלת הממון פירושו שבמקום לגבות ממון זה בכתובתה היא מקבלת ממון זה במתנה. וכלול בקבלת הממון מחילה ולא רק אומדנא על מחילה. ואדרבה אי אזלינן בתר אומדנא היינו אומרים דהוי כאילו פירשה שמה שמונח בקבלת הממון שלא תגבה מזה את הכתובה הוא רק אם לא יטרפו את המתנה. ואם ר"נ סובר שהמחילה קיימת גם אם טרפו את המתנה מוכח דס"ל דלא אזלינן בתר אומדנא. ובהכרח צ"ל שזה נחשב מחילה מפורשת ולא אומדנא על מחילה למה שקבלנו ממון הגרא"מ שך זצוק"ל ששום חלות לא יכול לחול ע"י אומדנא אפי' אומדנא דמוכח. דאומדנא מהני רק להטיל תנאי בחלות או לבטל את החלות אבל אין עשיית חלות ע"י אומדנא. ויקשה מכאן דאיכא מחילה מכח האומדנא. אע"כ כנ"ל דאין זה אומדנא אלא זה כמפרש שמסכימה לקבל ממון זה במתנה ולא תגבה מזה את הכתובה. ופשוט לפ"ז מה שאמרנו למימרא דלא אזיל ר"נ בתר אומדנא.

הרי שהלך בנו למדה"י ושמע שמת וכו'. התוס' בקידושין מ"ט: הקשו על מה שמבואר שם דמאן דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לא"י ובסוף לא יכל לעלות לא"י אין המקח בטל כיון דהוי דברים שבלב. משמע שאם גילה דעתו בשעת מכירה שמוכר בשביל זה המקח בטל. והקשו התוס' אמאי הא בעינן תנאי כפול. וכתבו כיון שיש אומדנא שלא מכר אלא על דעת כן סגי בגילוי דעת ולא בעינן תנאי כפול. וכתבו עוד דמה דבעינן עכ"פ שיגלה דעתו היינו במקום שיש רק קצת אומדנא אבל במקום שיש אומדנא גמורה לא בעינן אפי' גילוי דעת. והביאו ראייה לזה מכאן.

מבואר בתוס' שגם בקושייתם לא הקשו אלא מכח הדין של תנאי כפול. וכן מוכח מהמשך דבריהם שהביאו שהרשב"ם כתב דלא בעינן תנאי כפול בממון. הרי שכל קושייתם הוא מהדין של תנאי כפול. וצ"ב שגם לרבנן דלא בעינן תנאי כפול תנאי ודאי צריך. א"כ קשה לכו"ע ששם בקידושין לא היה תנאי כלל ולא רק שלא היה תנאי כפול. וצ"ל שלגבי מה שצריך תנאי ידעו התוס' גם בקושייתם דמהני אומדנא לסלק חסרון דברים שבלב. אלא שסברו שלר"מ שמצריך תנאי כפול יש גזה"כ דבעינן נוסח מיוחד לתנאי וע"ז חשבו דלא מהני אומדנא. ותיצרו שגם לענין זה מהני אומדנא.

הריטב"א בקידושין נ. ס"ל כמו שנקטו התוס' בקושייתם דהיכא דאיכא אומדנא חשיב כאילו התנה אבל לא מהני אומדנא במקום שצריך תנאי כפול. שהריטב"א כתב בתוס' דמה שמהני גילוי דעת בזבין ע"ד למיסק לא"י הוא משום דאיכא אומדנא. וכן מביא הריטב"א מכאן דהיכא דאיכא אומדנא גמורה לא צריך להתנות [וכן כתב הריטב"א כאן]. ואח"כ כתב הריטב"א דמוכח מזה שסומכים על אומדנא דלא קי"ל כר"מ שמצריך תנאי כפול. הרי דס"ל שאומדנא מהני רק דהוי כאילו התנה ואין זה נחשב דברים שבלב, אבל אם צריך תנאי כפול לא יועיל אומדנא. ומזה שמהני אומדנא מוכח דלא קי"ל כר"מ.

הרמ"א בס' ר"ז סע' ד' כתב בשם י"א שבמתנה דברים שבלב הוי דברים. וכתב ע"ז הגאון בסקי"ד וז"ל כן למד ריא"ז ממתנת שכ"מ, ומי ששמע, ומברחת עכ"ל. דהיינו

דאיירי במזכה על ידה, וכן לשמואל דאיירי במחלק לפניה והיא שותקת, זה לבד גורם את המחילה גם אם לא כתב לה כלום. והא דתנן וכתב לאשתו קרקע כל שהוא הוא לא דוקא אלא אורחא דמילתא קתני, שאין דרך בנ"א לפטור נשותיהם בלא כלום ודברו בהוה. הרמב"ן במלחמות כתב על דברי בעה"מ אין צריך להשיב ע"ז דמתני' קתני וכתב לאשתו והוא אומר אפי' בלא כתיבה.

הרמב"ן והנ"י מקשים איך יכול הבעל לזכות ע"י אשתו לבניו הרי מבואר בערובין ע"ט: שאינו יכול לזכות ע"י אשתו או ע"י שאר בני ביתו הסמוכים על שולחנו לאחרים. וכתבו דדוקא כשאינו מזכה אלא לאחרים אינו יכול לזכות ע"י אשתו אבל אם מזכה גם לאשתו וגם לאחרים מגו דזכיה לעצמה זכיה נמי לאחרים. ויש לעיין לשיטת בעה"מ שבמזכה להם על ידה אינו צריך לכתוב לה חלק א"כ אין היא זוכה לעצמה אלא רק להם ולדבריו הורא קושית הראשונים שאין האשה יכולה לזכות מיד בעלה לאחרים. וי"ל שבעה"מ ס"ל שהמחילה אינה מחמת ההקנאה לאשה אבל מ"מ בעינן שיקנה חלק לאשה כדי שיוכל לזכות על ידה לבניו. אך י"ל עוד שבעה"מ חולק בזה על הראשונים הנ"ל וס"ל שיוכל לזכות על ידה אף שאינה קונה לעצמה כלום כמו שיבואר.

דין זה שאין הבעל יכול לזכות לאחרים ע"י אשתו הוא משום דבעינן שיוציא את הממון מרשותו. ויש מקום לומר שדין זה נאמר רק כשמזכה ע"י אשתו בקנין הגבהה או משיכה בזה יש חסרון כיון שיד האשה כיד בעלה אין כאן הוצאה מרשותו ולא מהני הגבהה זו להקנות לאחרים. אבל כשמקנה ע"י קנין סודר הקנין נעשה ע"י שהיא נותנת סודר לבעל ולא ע"י נתינה לאשה וא"כ י"ל שבזה אין חסרון במה שידה כידו. ומדברי הראשונים הנ"ל מבואר שלא חלקו בזה וס"ל שגם כשמקנה ע"י קנין סודר אינו יכול לזכות ע"י אשתו. אבל בדעת בעה"מ י"ל דלא ס"ל כן.

וכן נראה מדברי התוס' רי"ד שמקשה קושית הראשונים איך הוא מזכה ע"י אשתו לאחרים. ותי' כיון שהיא זוכה לעצמה זוכה נמי לאחרים. ואח"כ כתב ור"ש פירש שמזכה להם ע"י סודר שלה. וכתב התוס' רי"ד שהלשון במזכה על ידה לא משמע בקנין סודר. משמע לכאורה שכונתו לומר שלרשב"ם שהזכיר הוא ע"י קנין סודר לא קשיא. והיינו כנ"ל שבקנין סודר כיון שמעשה הקנין הוא ע"י הבעל אין חסרון זה. ומה שלולא הרשב"ם קשה היינו משום שמקנה לבניו ע"י קנין שטר וזיכה להם את השטר ע"י אשתו. ובזה בודאי איכא חסרון כיון שהזכיה הוא ע"י מעשה קנין של אשתו שהיא מגביהה את השטר וזוכה את השטר לבניו. אבל לרשב"ם שהקנין הוא ע"י סודר משמע בתוס' רי"ד שאין חסרון זה. וכן י"ל בדעת בעה"מ. אמנם שאר הראשונים שהקשו לא ס"ל כן שבנ"י מבואר להדיא שהקנין הוא ע"י סודר ואעפ"כ הקשה. ומבואר דס"ל שגם בקנין סודר אינו יכול לזכות לאחרים ע"י אשתו.

אמנם מדברי בעה"מ אין הכרח דס"ל כן שהרשב"א גם כתב כרמב"ן ונ"י שאין האשה יכולה לזכות לאחרים אא"כ היא קונה גם לעצמה, ומיד אח"כ כתב הרשב"א כדברי בעה"מ שבמזכה על ידה היא מוחלת גם כשאינו מקנה לה כלום. ויקשה על הרשב"א אם אינו מקנה לה כלום איך היא זוכה לאחרים הרי הרשב"א ס"ל שגם בסודר אינה יכולה לזכות לאחרים. ועכצ"ל כמו שכתבנו לעיל שהמחילה אינה תלויה בהקנאה לאשה אבל למעשה צריך הקנאה לאשה כדי שתוכל לזכות לבנים.

נמצא שמדברי הנ"י הרמב"ן והרשב"א שהקשו איך הוא מזכה לבנים ע"י אשתו מוכח דס"ל שדין זה שאינו יכול לזכות לאחרים ע"י אחד מבני ביתו הסמוכים על שולחנו

רק משמע שמת בנו ומשטר מברחת. ולא הביאו מהכותב כל נכסיו לאשתו. ולכאורה הוא כנ"ל שמשם ליכא ראייה שאומדנא מהני במקום שיש חלות שצריך תנאי לבטלו. גם הגאון הנ"ל הזכיר מי ששמע, מתנת שכ"מ, ומברחת, ולא הכותב נכסיו לאשתו.

ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים. מלשון ועמד וכתב מדייק רע"א בשו"ע ס' רמ"ו שהאומדנא היא רק אם מיד כששמע שמת בנו כתב נכסיו לאחרים שזה מוכיח שכתב ע"ד כן. ומביא רע"א ע"ז את התוס' בכתובות ק"ט. ד"ה תשב שכתבו שמה שמבואר בכתובות ק"ב. שיש דברים הנקנים באמירה היינו דוקא כשמתחייב סמוך לקידושין כלשון הגמ' ועמדו וקדשו.

ואח"כ בא בנו. היינו שנתברר שמעיקרא לא היה נותן אם היה יודע שבנו חי. עיין בקו"ש באות תמ"ג שמסתפק היכא שלא היה טעות בשעת נתינה אלא שאח"כ נשתנה המצב באופן שאם היה יודע שכך יהיה לא היה נותן אם גם אומדנא על העתיד מבטל מתנה או מכר או לא, כגון שכתב כל נכסיו מפני שחשב שלא יהיו לו בנים ואח"כ נולד לו בן. ובהמשך דבריו מביא הקו"ש מחלוקת ראשונים בזה שהמרדכי בפ"ק כתב באחד שנתן כל ממונו לצדקה מפני שיורשיו היו עשירים ואח"כ ירדו מנכסיהם שיי"א שבטל מתנתו שאם היה יודע שיורשיו עניים לא היה נותן לאחרים. ומבואר שגם אומדנא על העתיד מבטל את המתנה. ובשו"ת מהר"ם בר ברוך חולק ע"ז וס"ל שרק אומדנא של שעת עשיית החלות מבטלת ולא אומדנא שתלוי בעתיד.

לכאורה פשוט שבעיקר דין האומדנא אין נ"מ בין אומדנא שתלוי בעתיד לאומדנא שתלוי בהוה, שאין ביטול המקח בזה משום מק"ט אלא מחמת אומדנא שלא נתן ע"ד כן והוי כאילו התנה. ואין נ"מ בין תנאי שתלוי בעתיד לתנאי שתלוי בהוה. ואם יש מחלוקת ראשונים בזה המחלוקת הוא רק משום שיש מקום לומר שאין אומדנא על העתיד. שאם נתן בגלל שחשב שלא יהיו לו בנים הרי הוא ידע שיש אפשרות שיהיו לו בנים, אבל כיון שהיה רחוק בעיניו לא חשש לצד זה ומדלא התנה גמר ונתן. משא"כ כשהטעות תלוי בהוה כגון שחשב שמת בנו בודאי שאם היה יודע שהוא חי לא היה נותן. ואין המחלוקת אי מהני אומדנא על העתיד או לא אלא אם יש אומדנא לגבי העתיד או לא.

נידון זה לגבי אומדנא שתלוי בעתיד מבואר להדיא בשו"ע בס' רמ"ו סע' ג' במי שכתב כל נכסיו לאחר מחמת שהיה צריך לברוח מפני בעלי חוביו או מפני אויביו ואח"כ עשה פשרה עם בעלי החוב ואויביו או שמתו, אם נתברר שלא מכר אלא ע"ד כן המתנה בטלה. הרי מפורש שגם כשהטעות תלוי בעתיד האומדנא מבטלת את המקח. וגם הנידון של הכותב נכסיו מפני שחשב שלא יהיו לו בנים ואח"כ נולד לו בן מבואר בפוסקים כמו שציין בש"ך שם סק"א.

אברה כתובתה. כתב הרשב"ם שאין הכונה שמחלה לגמרי את הכתובה אלא שמחלה השיעבוד של נכסים אלו אבל אם יקנה נכסים אחרים גובה מהם. הרי"י מיגש חולק בזה על הרשב"ם וס"ל שמה שמבואר לקמן קל"ג. דאילו הדר קני מי לא שקלא היינו בכריא אבל בשכ"מ היא מוחלת מחילה גמורה ואינה גובה אפי' מנכסים שיקנה אח"כ. ועיין בסמוך על הספק של רבא בכריא היאך.

במזכה להם על ידה. כתב הרשב"ם שהאומדנא שהיא מוחלת הוא בצירוף שנתן גם לה חלק כשאר הבנים ועוד שזיכה להם על ידה. בעה"מ לא ס"ל כן אלא שלמ"ד

לקמן על דברי רב כהנא שכתבנו שלר"י מיגש לשיטתו לא קשיא קושיית הרשב"ם.

נמצא ג' דרכים בביאור הספק של רבא בבריא היאך. א. לרשב"ם יש צד שאין בכלל מחילה בבריא. ב. לרמ"ה יש צד שבבריא המחילה היא על תנאי שיהיה לו נכסים אחרים אח"כ. ואם אין לו בטל המחילה. ג. לר"י מיגש הספק הוא רק לענין נכסים שיקנה אח"כ שיש צד שבבריא אינה מוחלת אלא לגבי נכסים אלו.

או דלמא השתא מיהת לית ליה תיקו. נחלקו הראשונים מה הדין בזה מספק. הר"ף כתב דמוקמינן לכתובה על חזקתה ועל הבעל להביא ראיה דמחלה. וכן כתב הרמב"ם בפ"י המשנה בפאה. הרמב"ם בפ"ו מזכיה ה"ט כתב שהכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא אבדה כתובתה בין אם הוא בריא בין אם הוא שכ"מ. דהיינו דס"ל שמספק אינה גובה ולא מעמידים את הכתובה על חזקתה. וכתב המ"מ שהרמב"ם כאן הסכים לאמת שהיא המוציאה ועליה להביא ראיה שלא מחלה. גם הריטב"א כתב שמספק עליה הראיה, וכ"כ הרשב"ם בסמוך בדף קל"ג. היד רמה באות ק"נ מביא מחלוקת בזה.

המ"מ כתב שהאמת כהרמב"ם שהיא נחשבת המוציאה ועליה להביא ראיה ולא מהני בזה חזקת השטר דקי"ל כב"ה ביבמות ל"ח: ששטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי. דהיינו שנחלקו ב"ש וב"ה שם ובסוטה כ"ה. בספק סוטה אם גובה כתובה מספק או לא. ב"ש סבר שטר העומד לגבות כגבוי דמי והאשה נחשבת מוחזקת בחיוב הכתובה ועל הבעל להביא ראיה שנפקע החיוב. וב"ה סברי שאין היא נחשבת מוחזקת מכח השטר שבידה אלא היא המוציאה ועליה להביא ראיה. וראית המ"מ היא שכמו שבספק סוטה שהיה ודאי חיוב כתובה וספק אם פקע החיוב ע"י הזנות על האשה להביא ראיה כך כאן שהיה ודאי חיוב כתובה וספק מחילה על האשה להביא ראיה שלא פקע החיוב ע"י מחילתה. וצריך להבין לשיטת הר"ף מ"ש ספק סוטה שעל האשה להביא ראיה ולא מעמידים את השטר על חזקתו מספק מחילה שמעמידים את השטר על חזקתו ועל הבעל להביא ראיה שפקע החיוב ע"י המחילה. האו"ש בפ"ו מזכיה ה"ט תולה ענין זה במחלוקת הרשב"ם והר"י מיגש שהובא לעיל בביאור הספק של רבא בבריא היאך ע"ש.

האחרונים מתקשים בדברי ב"ה אמנם אין האשה נחשבת מוחזקת מכח השטר שבידה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי מ"מ אמאי לא מחייבים כתובה בספק סוטה מדין איני יודע אם פרעתין, הרי יש חזקת חיוב שעד הזנות היה חיוב כתובה, והאשה טוענת ברי שלא זינתה והבעל הוא שמא, והוי ממש כאיני יודע אם פרעתין שמחייבים מכח ברי ושמא וחזקת חיוב. ואף שהתוס' כתבו בסוטה כ"ה: ד"ה ב"ה שאין האשה יכולה לטעון ברי כיון שהתורה עשתה את זה לספק התוס' כתבו כן כדי שלא יקשה מב"ה לר"ה דאית ליה ברי ושמא ברי עדיף. ואמאי לא הקשו לכו"ע דהיא דאיכא חזקת חיוב לכו"ע מוציאים בברי ושמא כדין איני יודע אם פרעתין. ובכתובות פ"א. כתבנו בס"ד דברי האחרונים בזה ע"ש. ובזה תלוי ראית המ"מ לרמב"ם כאן.

רע"א בכתובות ל"ב: כתב שמה שאש"א שזינתה מפסידה כתובה ולא נפטרת מהפסד הכתובה משום קלב"מ הוא משום שמה שהבעל נפטר מכתובה אינה עונש לאשה אלא שמעיקרא אינו מתחייב כתובה אלא ע"ד שלא תזנה תחתיו. וכתב האבי עזרי בפכ"א מעדות ה"י שלרע"א בספק סוטה אין זה ספק פטור אלא ספק חיוב שעל הצד שזנתה לא היה חיוב כתובה מעיקרא. ולדבריהם אין ראית המ"מ ראיה

אינו דוקא כשמזכה ע"י קנין משיכה או הגבהה אלא גם כשמזכה ע"י קנין סודר. ומדברי התוס' ר"ד משמע לכאורה דס"ל שבקנין סודר אין חסרון זה. וכן י"ל בדעת בעה"מ אף שבבעה"מ אין הכרח דס"ל כן. ומה שיש צד לומר שבקנין סודר אין חסרון זה הוא בין אם הזכיה לאחרים בסודר הוא מדין שליחות בין אם הוא מדין עבד כנעני [עיי' קצה"ח ס' קכ"ג], שהטעם שאין בזה חסרון הוא מפני שאין ההקנאה ע"י יד האשה אלא ע"י זכית הבעל בסודר.

דף קלב:

כיון שעשאה שותף בין הבנים אבדה כתובתה. הרשב"ם כתב ב' דרכים בביאור שיטת ר"נ. א. דס"ל שלר"י יוסי לא בעינן חד מהנך דלעיל אלא סגי בכתיבה לבד. ועל פירוש זה קשה על ר"נ מה שהקשו לעיל משום דכתב לה קרקע כל שהוא אבדה כתובתה. וצריך להוסיף בזה מה שכתב הריטב"א שר"נ ס"ל שמה שהקשו לעיל הוא כשכתב לה רק קרקע כל שהוא אבל הכא שעשאה שותף בין הבנים דהיינו שכתב לה חלק שוה לשאר הבנים איכא מחילה בכתיבה לחוד ולא בעינן מזכה על ידה או מחלק בפניה. וזה על דרך פירוש ר"ח שהובא ברא"ש ע"ש. ב. ר"נ ס"ל כשמואל דלעיל שכיון שכתב לבנים בפניה ושתקה וכתב גם לה קרקע כל שהו מחלה. ומה דשמואל ס"ל לרבנן סובר ר"נ אליבא דר"י. הרא"ש כתב שהלשון משמע שר"נ בא להקל יותר מהאמוראים דלעיל וס"ל שמוחלת כשכתב לה קרקע כל שהוא אפי' אם לא כתב לבנים בפניה אלא ששמעה אח"כ ושתקה.

בבריא היאך. הרשב"ם מפרש שהספק הוא שמא בבריא אין שתיקתה מחילה כלל שמה שאינה מוחה הוא משום שסומכת על זה שהוא יקנה נכסים אח"כ והיא תגבה מהם. וכיון שיש במה לתלות את השתיקה אין בזה מחילה אפי' לגבי הנכסים שנתן לבניו. היד רמה באות ק"נ מפרש באופן אחר. שגם בבריא הסכמתה היא מחילה על הגביה מנכסים אלו שנותן לבניו, אך יש צד לומר שמחלה מפני שחושבת שיקנה נכסים אחרים, והמחילה היא על תנאי שיקנה נכסים אחרים. ואם לא קנה אח"כ בטל המחילה שעל דעת כן לא מחלה והיא גובה מה שנתן לבנים. ולדעת הרמ"ה אם קנה נכסים אחרים יכולה לגבות רק מאותם נכסים ולא ממה שנתן לבניו. משא"כ לרשב"ם יש צד שבבריא אין מחילה כלל וגם אם יש נכסים אחרים גובה גם ממה שנתן לבנים.

הר"י מיגש חולק על מה שכתב הרשב"ם לעיל שגם בשכ"מ אין מחילתה אלא לענין נכסים אלו שנתן לבנים ואם קנה אח"כ נכסים אחרים היא גובה מהם. לדברי הר"י מיגש בשכ"מ המחילה היא מחילה גמורה על חיוב הכתובה ואינה גובה אפי' ממה שקנה אח"כ. והספק של רבא בבריא היאך מפרש הר"י מיגש שלגבי הנכסים שנתן לבניו בודאי איכא מחילה גם בבריא והספק הוא רק לגבי נכסים שקנה אח"כ יש צד לומר שבבריא אינה מוחלת אלא לענין נכסים אלו שנתן לבנים. ומה דסבר הרשב"ם בשכ"מ סובר הר"י מיגש בבריא לפי צד אחד של רבא. דהיינו שהרשב"ם והר"י מיגש פליגי בתרתי. א. לרשב"ם המחילה בשכ"מ היא רק על השיעבוד שעל הנכסים שנתן לבניו ולר"י מיגש היא מוחלת את כל חיוב הכתובה. ב. לרשב"ם בבריא לצד אחד של רבא אין מחילה כלל אפי' לגבי נכסים אלו שנתן לבניו. ולר"י מיגש הספק הוא רק לגבי נכסים שקנה אח"כ, אבל לגבי מה שנתן לבנים בודאי יש מחילה אפי' בבריא. הרשב"ם בד"ה או דלמא מביא פירוש זה של הר"י מיגש וכתב דאינו נראה שא"כ הוי ליה לגמ' למימר דמאי דמספקא ליה לרבא פשיטא ליה לרב כהנא. עיי' דף קלב:

הגאונים שגובים כתובה ממטלטלין ה"ה שאם שייר מטלטלין ליכא מחילה כיון שסומכת שתגבה מאותם מטלטלין. ומדכתב כן הרמב"ם רק לגבי השויר ולא לגבי הנתינה לאשה שנזכר באותה הלכה ברמב"ם משמע שלגבי הנתינה לאשה גם אחר תקנת הגאונים בעינן דוקא קרקע.

והטעם מבאר הד"מ שלגבי השויר הנ"מ בין קרקע למטלטלין הוא שאינה סומכת אלא על מה שהיא יכולה לגבות כתובתה ממנו. ולענין זה פשוט שמשנתה הדין אחר תקנת הגאונים. אבל מה שצריך שהנתינה לאשה יהיה קרקע ולא מטלטלין אינו מפני שאין כתובה נגבית ממטלטלין אלא מפני שאינה מוחלת אלא מפני שהוא נותן לה דבר חשוב כאחד מן הבנים. ולגבי זה גם אחר תקנת הגאונים בעינן דוקא קרקע ולא מטלטלין. נמצא מחלוקת הרמ"ה והדרכי משה בהא דאמר רב נחמן מטלטלי דאי לא קא אמינא אם מה שצריך שיכתוב לאשה קרקע דוקא ולא סגי במטלטלין הוא משום דבעינן דבר חשוב או משום שצריך דבר שגובים כתובה ממנו.

סבר ר"פ למימר לא שקלא אלא תלתא. כתב הרשב"ם שגם ר"פ ידע שאין המחילה אלא מנכסים אלו ואם קנה נכסים ממקום אחר גובה מהם, אלא דסבר ר"פ שקרקע זה שהוא ירש מהבת שעליו היה מחילה אינה חוזרת וגובה אף שחזר קרקע זה לרשות הבעל. וכ"כ הג"י והריטב"א דר"פ סבר שמנכסים אלו מחלה זכותה לגמרי. וע"ז חולק רב כהנא דלא גרע קרקע זה מקרקע אחר שקנה הבעל, שאין המחילה אלא על הגביה מכח השיעבוד שהיה בשעת הנתינה לבנות אבל על מה שחזר ומשתעבד כשחזר לרשות הבעל מדין דאיכא לא היה מחילה.

ויש לעיין בזה כיון שר"פ מודה שאינה מוחלת את עיקר חיוב הכתובה וגובה מנכסים שיקנה אח"כ איך סבר ר"פ שלגבי נכסים אלו יש מחילה גמורה גם לענין גביה מנכסים אלו אחרי שיחזרו לרשות הבעל, הרי שיעבוד של דאיכא לא חל עד שיבואו הנכסים לרשות הבעל ואינה יכולה למחול שיעבוד שעדיין לא בא לעולם. אך הביאור בזה הוא דדאיכא אינו משתעבד מאליו אלא רק אם כתב דאיכא. וכתב דאיכא הוא הקנאה של דבר שלא בא לעולם, ואף דקי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל לענין שיעבוד אדם משעבד דבר שלב"ל כמבואר לקמן קנ"ז. וכיון שהשיעבוד יחול על הנכסים שיבואו לרשותו מכח ההקנאה שהיה בתחילת ההתחייבות הרי זה דומה לקנין לאחר זמן שיחול אח"כ מכח המעשה הראשון. א"כ יכול מי שהנכסים עתידים להשתעבד לו למחול או להסתלק מהשיעבוד שהוא עתיד לקבל. שהסיבה לשיעבוד זה הוא כתיבת דאיכא שכתב בתחילה ויש למחילה והסילוק על מה לחול. ורב כהנא חולק רק משום דס"ל שלא היה דעתה למחול על השיעבוד שעתידי לבא אלא רק על השיעבוד שקיים בשעת הנתינה לבנות.

דף קלג.

אילו הדר קני מי לא שקלא. לשיטת הרשב"ם מבואר בדברי רב כהנא שמה שיש מחילה בכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא הוא מחילה רק משיעבוד נכסים אלו ולא ממה שיקנה אח"כ. והובא לעיל שהר"י מיגש חולק וס"ל שבשכ"מ היא מוחלת מחילה גמורה, והכא איירי בבריא. וס"ל שהספק של רבא לעיל בבריא היאך הוא לענין נכסים שיקנה אח"כ. הרשב"ם לעיל בד"ה או דלמא דחה פירוש זה שא"כ יוצא דמאי דמספקא לרבא פשיטא ליה לרב כהנא.

הרשב"ם והר"י מיגש בזה לשיטתם. דהובא לעיל שנחלקו הראשונים מה ההלכה בספק של רבא. הרי"ף ס"ל שמספק

כלל. שספק מחילה לא דמי כלל לספק סוטה שספק סוטה זה ספק בעיקר חיוב הכתובה והוי איני יודע אם נתחייבתי. משא"כ בספק מחילה איכא ודאי חיוב וספק פטור. ובהו סובר הרי"ף שיש חיוב מדין איני יודע אם פרעתיך.

התומים בס' ע"ה סק"ב כתב שספק סוטה נחשב ספק חיוב כיון שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים ולא בריר חיובו עד שימות או יגרש. ועל דרך זה כתב ההפלאה בכתובות פ"א. והביאור בזה הוא ע"פ דברי הרא"ש בריש פרק אע"פ שמוכח מדבריו שאף שיש שיעבוד נכסים לכתובה משעת הנישואין החיוב בפועל לא חל עד שעת המיתה והגירושין. ולא כמבואר ברמב"ם בפט"ז מאישות ה"ג שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים אינו אלא זמן פרעון. ולדברי הרא"ש כשיש ספק אם נפטר הבעל בחייו מחיוב הכתובה אין זה איני יודע אם פרעתיך אלא איני יודע אם נתחייבתי. ולפ"ז אין לחלק בין ספק זנות לספק מחילה, ושפיר מוכיח המ"מ מסוטה למחילה.

וא"כ יש מקום לתלות מחלוקת הראשונים לגבי ספק מחילה במחלוקת זו. שלרע"א אין לדמות ספק סוטה לספק מחילה, ובספק מחילה יש לחייב מדין איני יודע אם פרעתיך. משא"כ לתי' התומים וההפלאה גם ספק מחילה הוי כספק סוטה וכשם שבספק סוטה פוטרים ב"ה כך בספק מחילה יפטר הבעל מספק כמו שכתב המ"מ. [אך בדעת הרמב"ם קשה לומר כך שמדברי הרמב"ם בפט"ז מאישות ה"ג משמע דס"ל שחיוב כתובה חל בנישואין והמיתה אינה אלא זמן פרעון].

עוד יש לתלות ענין זה במחלוקת אם איני יודע אם פרעתיך חייב רק בצירוף ברי ושמא כפשוטו הגמ' בב"ק קי"ח. או שבמקום דלא הוי ליה למידע מחייבים מכח חזקת חיוב גם בשמא ושמא כמבואר ברשב"א בגיטין ע"ח: והובאו דבריו בקצה"ח ס' ע"ה סק"ו. שכאן זה ספיקא דדינא אי איכא מחילה או לא ואין היא יכולה לטעון ברי שלא מחלה דעיין באו"ש בפ"ו מזכיה ה"ט שלצד שיש אומדנא שמחלה אפי' אם באמת לא מחלה בלבד אין זה אלא דברים שבלב שהאומדנא נחשב כאילו אמרה בפה שמוחלת. וא"כ י"ל שמחלוקת הראשונים כאן הוא שהסוברים שאינה גובה מספק ס"ל דאיני יודע אם פרעתיך חייב רק בברי ושמא. והסוברים שגובה מספק ס"ל שגובים ע"י חזקת חיוב גם בלי צירוף של ברי ושמא. [יש לעיין עוד בענין זה דשמא אין לחייב מחמת חזקת חיוב כשיש ספיקא דדינא שיש ראשונים דס"ל שבספיקא דדינא לא מעמידים על החזקה ואכמ"ל].

מטלטלי ודאי לא קא אמינא. כתב היד רמה באות קנ"א שמה שאין מחילה כשנותן לאשה מטלטלין הוא משום שאינה מוחלת אלא כשעושה אותה שותף בין הבנים בדבר שגובה כתובה ממנו ולא מטלטלין דלא משתעבדי לכתובה. ועפ"ז כתב הרמ"ה שאחר תקנת הגאונים שגובים כתובה גם ממטלטלין איכא מחילה גם כשנתן לה רק מטלטלין ולא קרקע. ההגהות אשרי כאן מסופק בזה ע"ש.

הדרכי משה באבה"ע ס' ק"ו סק"א כתב שמשמע בני"י שאחר תקנת הגאונים איכא מחילה גם כשלא כתב לה קרקע אלא רק מטלטלין. וזה כמבואר ברמ"ה הנ"ל. וכתב ע"ז הד"מ שאין נראה כן מדברי הרמב"ם בפ"ו מזכיה. וכונת הד"מ דכשם שמבואר כאן שמה שהאשה מוחלת כשכתב לה קרקע כל שהוא הוא דוקא כשכתב לה קרקע ולא מטלטלין, כך מה שמבואר בסמוך שאם שייר חד דיקלא ליכא מחילה מפני שסומכת על אותו דיקלא, היינו דוקא כששייר קרקע אבל אם שייר מטלטלין אין זה מעכב את המחילה כיון שאינה יכולה לגבות כתובה ממטלטלין. ולענין זה כתב הרמב"ם בפ"ו מזכיה ה"י שאחר תקנת

כתב הנ"י אף שלשון הגמ' שגובים ממתנת שכ"מ משום דמתנת שכ"מ דרבנן אין הדין כן בכל מתנה דרבנן. [לכאורה הכונה שנתן בקנין דרבנן כגון במעמד שלשתן]. אלא שאר מתנה דרבנן דינו כמקבל מתנה שאין מע"פ או מזון האשה והבנות גובים מהם. ומתנת שכ"מ דרבנן שאני שחל לאחר מיתה וכירושה שווה רבנן כלשון הגמ' לקמן קמ"ט. וכן כתב הרמב"ן. ובה יש לבאר דברי הרשב"ם בד"ה א"ל רבא שכתב שדברי שכ"מ הם מדרבנן שהרי אין מתנה לאחר מיתה. ולמה צריך להגיע לזה דהוי דרבנן מפני שחל אחר מיתה ת"ל שזה דרבנן מפני שאין מעשה קנין וחל ע"י דיבור כמו שכתב בד"ה מתנה דרבנן כי הך מתנת שכ"מ שאין בה קנין, אלא שאם היה מדרבנן רק משום שאין בה קנין היה דינו כשאר קנינים דרבנן שדינם כמשעבדי. ורק מתנת שכ"מ שהוא דרבנן משום שאין קנין לאחר מיתה מוכח שתקנ"ח לא היה בגדר הקנאה אלא כירושה שווה רבנן לכן דינו כירושה ולא כלקוח.

הרי"ף מבאר מה שגובים מזון האשה והבנות ממתנת שכ"מ משום דק"ל כרבא לקמן קל"ז. שמתנת שכ"מ חלה אחר מיתה, וגם זמן חלות השיעבוד למזון האשה והבנות הוא באותו זמן, לכן אין אחד מהם דוחה את השני וגובים חיובים אלו ממי שקיבל משכ"מ. גם הרמב"ם בפ"ט מאישות הי"ג כתב שאלמנה והבנות נזונות ממתנת שכ"מ מפני שהמתנה ושיעבוד של חיובים אלו באים כאחד. ואינו מובן אמאי איכא שיעבוד על מה שניתן בזמן חלות השיעבוד הרי כדי שיעבדו הנכסים בעינן שיקדם השיעבוד למכירה.

הקצה"ח בס' רנ"ב סק"א מבאר דברי הרי"ף והרמב"ם ע"פ מה שמבואר בתמורה כ"ה. באומר על הבכור עם יציאת רובו יהא עולה, וכן באומר על הלקט אם נשירת רובו יהא הפקר, שצריך לחול בבת אחת שתי חלויות שלכל אחת יש דינים אחרים, ומבואר שם דאמרינן לגבי זה דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, דהיינו שהחלות שחל בידי שמם דוחה וקודם לחלות שחל ע"י אדם. וכן כאן כשצריך לחול יחד מתנת שכ"מ ושיעבוד, השיעבוד שחל ע"י תקנ"ח קודם לקנין של מתנת שכ"מ שהוא חלות שנעשה ע"י אדם. הקו"ש באות תמ"ז כתב דלא דמי לגמ' בתמורה ששם איירי בשתי חלויות סותרות זו את זו, בזה אמרינן שהחלות שהוא בידי שמם קודם. אבל הכא אין סתירה בין חלות השיעבוד והמכירה ואין סיבה שאחד ידחה את השני.

הרמב"ם בפ"ח מזכיה ה"ט כתב שמה שגובים מזון האשה והבנות ממתנת שכ"מ הוא מפני שהשיעבוד לחיובים אלו חל בשעת המיתה ומתנת שכ"מ קונה לאחר מיתה וא"כ קדם המתנה לשיעבוד. וזה לכאורה סותר את מה שכתב הרמב"ם בפ"ט מאישות הי"ג שהשיעבוד וקנין מתנת שכ"מ חלים יחד כדברי הרי"ף.

בדברי הרי"ף והרמב"ם מבואר דס"ל ששיעבוד של מזונות אלמנה לא חל בשעת נישואין אלא במיתת הבעל. וגם בענין זה יש לכאורה סתירה בדברי הרמב"ם. שהרמב"ם כתב בפ"ח מאישות הי"ד שמי שהניח נשים רבות אע"פ שנשאן זו אחר זו נזונות בשוה כמו שאין דין קדימה במטלטלין. דהיינו שמה שיש דין קדימה לגבי כתובה כמבואר בכתובות ריש פרק מי שהיה נשוי היינו משום שכתובה גובה ממשעבדי. אבל מזון אלמנה שאינה גובה ממשעבדי דינה כמלוה ע"פ שאין בו קדימה כמו שאין קדימה בגביית מטלטלין כיון שאין שיעבוד על מטלטלין.

הראב"ד כתב על דברי הרמב"ם שלא צריך להגיע לטעם זה אלא מה שאין קדימה במזון האלמנה הוא מפני שחיוב מזונות לא חל בשעת נישואין אלא במיתת הבעל. א"כ שיעבוד כולל חל יחד במיתת הבעל. ולא דמי לכתובה שחל

הכתובה בחזקתה ומספק אמרינן שלא מחלה. והרמב"ם פסק שאינה גובה מספק שהיא המוציאה ועליה להביא ראיה. הרשב"ם כתב בסמוך כהרמב"ם שמספק אינה גובה. ולדבריו אם הדין של רב כהנא היה תלוי בספק של רבא היה מוכח שרב כהנא פשיטא ליה, שאם היה ספק לא היה פוסק שגובה. אבל הרי"ף מיגש כתב בהדיא כרי"ף שגובה מספק א"כ אין ראיה מדברי רב כהנא דפשיטא ליה, ומה דלעולם י"ל שגם רב כהנא מספקא ליה כמו רבא, ומה שפסק שגובה הוא משום דס"ל שגובה מספק שהכתובה בחזקתה. א"כ הרשב"ם שדחה פירושו של הרי"ף מיגש הוא לשיטתו, ולרי"ף מיגש לשיטתו לא קשיא.

רשב"ם והשתא שמעינן מהכא וכו'. כתב הרשב"ם שדין זה של הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא שהיא מוחלת על שיעבוד הכתובה הוא לאו דוקא כשכתב נכסיו לבניו אלא ה"ה אם כתב נכסיו לאחרים וכתב לאשתו קרקע כל שהוא נמי איכא מחילה. וכתב ע"ז הרא"ש דברים הללו קשים לאומרם בלא ראיה שהלשון שעשאה שותף בין הבנים משמע שהמחילה הוא מפני שהוא מכבד אותה בזה שהוא משוה אותה לבניו או לבנותיו אבל אם חילק לאחרים מה כבוד עשה לה. משמע מדברי הרא"ש שהבין שלרשב"ם גם אם כתב נכסיו לאדם זר שאינו קרובו כלל וכתב לאשתו קרקע כל שהוא היא מוחלת. וכתב ע"ז הב"י באבה"ע ס' ק"ו שהרשב"ם מודה שאינה מוחלת אלא כשנתן לאחרים שהם יורשיו. וכ"כ המ"מ בפ"ו מזכיה הי"א בשם הרשב"ם דה"ה שאר יורשים. ולכאורה כונתם שאין לו בנים ובנות אלא יורשים אחרים כגון אחים, וכתב כל נכסיו לאחריו וגם לה קרקע כל שהוא. אבל כתב לאחרים שאינם יורשים בפועל אף שהם קרוביו מודה הרשב"ם שאינה מוחלת. אך מדברי הרמב"ם מדייק הב"י דס"ל כהרא"ש שלא נאמר דין זה אלא כשכתב לבניו או לבנותיו, שהרמב"ם כתב בפ"ו ה"ט כל הכותב נכסיו לבניו בין זכרים בין נקבות וכו' ואם דין זה נאמר גם בשאר יורשים פשיטא שאין חילוק בין בניו לבנותיו.

נמצא ג' צדדים בזה. א. לרא"ש בדעת הרשב"ם גם לאחרים שאינם יורשיו. ב. לב"י ומ"מ בדעת הרשב"ם דוקא לאחרים שהם יורשיו. ג. לרא"ש והרמב"ם דוקא בניו ובנותיו ולא שאר יורשים.

ההוא דהוי קא שכיב וכו'. כתב המהרש"א שהביאו מעשה זה להראות שגם בסתם שלא פירש הנחלה תולים בהנחלה אם אמר למי שראוי ליורשו. וגם רב הונא לא בא לחדש שהלכתא כריב"ב אלא שנכסי לך סתם במי שראוי ליורשו הוי הנחלה ולא מתנה.

למאי הלכתא. היינו מה נ"מ אם זוכה מכח הנחלה או מכח מתנת שכ"מ. הנתיבות בס' רפ"א סק"ג מוכיח מכאן דלא מהני הנחלה בדשלב"ל שאם מהני מה שאלת הגמ' למאי הלכתא הא איכא נ"מ לענין דשלב"ל שבמתנת שכ"מ אינו יכול להקנות דשלב"ל והנחלה מהני גם בדשלב"ל. אלא מוכח שגם הנחלה לא מהני בדשלב"ל.

בירושה דאורייתא אלמנתו נזונת מנכסיו במתנה דרבנן לא כ"ש. מבואר בגמ' לגרסא זו דאף שאין מוציאים למזון האשה והבנות מנכסים משועבדים ממתנת שכ"מ שאינו אלא מדרבנן מוציאים. וכתב הרא"ש הנ"י והרי"ף מיגש דכשם שמתנת שכ"מ אינה נחשבת משעבדי לענין מזון האשה והבנות ה"ה שאינו משעבדי לענין מלוה ע"פ. ואף שאין מלוה ע"פ גובה לא מלקוחות ולא ממקבל מתנה, מתנת שכ"מ אינו נחשב כלקוחות אלא כיוורש וגובים מע"פ ממנו.

שכ"מ הוא משום שזמן הקנין הוא יחד עם זמן חלות השיעבוד. לענין זה מתנה מהיום ולאחר מיתה דומה למתנת שכ"מ. אבל לפי מה שנתבאר דברי הרי"ף והרמב"ם הם בצירוף עם זה שמשכ"מ דרבנן ואין לגבי זה התיקון העולם. אבל מתנה דאורייתא אפי' שניתנה אחר מיתה הבעל אין נפרעין ממנו כמבואר ברמב"ן וצ"ע.

מגרע גרעא. אף שרוב הראשונים למדו מגמ' זו שגובים מזון האלמנה והבנות וכן מע"פ ממקבל מתנת שכ"מ כמו שנתבאר לא כל הראשונים ס"ל כן. הרא"ש והרי"ף כתבו שיש מן הגדולים שלא גורסים השתא בירושה דאורייתא אלמנה ניזונת במתנה דרבנן לא כ"ש, אלא רק מגרע גרעא, ומפרשים שאלתו של רבא שאין לומר שהנ"מ בין אם ראוי ליורשו לאין ראוי ליורשו הוא לענין מזון האשה והבנות שמיושר גובים וממקבל מתנה לא גובים, דאין סברא שיגרע כח מי שראוי ליורשו ממי שאין ראוי ליורשו. דאף שיש לו כח לקבל מדין יורש אין זה סיבה לבטל ממנו דין מקבל מתנה, ואם ממקבל מתנת שכ"מ אין נפרעין לא יגרע כוחו של המקבל בגלל שהוא ראוי גם לירושה. דאף שיש לו את המעלות של יורש לענין ירושה אין הפסק אין לו את החסרונות של יורש כיון שהוא גם מקבל מתנה. ולפירוש זה מבואר שאין אשה והבנות נפרעין ממקבל מתנת שכ"מ כמו שאינם גובים משאר לקוחות ומקבלי מתנה. וה"ה שלשיטה זו מלוה ע"פ אינו גובה ממתנת שכ"מ.

הראב"ד בפי"ט מאישות הי"ג כתב שבדברי הרמב"ם שם מבואר דס"ל שמתנת שכ"מ אינה נחשבת כמשעבדי וכתב ע"ז הראב"ד ואינו כן מכמה ראיות המפורשות בגמ' שאין פנאי לכתבן. ה"ב בחו"מ ס' קי"א סע' ז' כתב בשם בעל התרומות שנחלקו הרי"י מיגש והראב"ד אם גובים מע"פ ממתנת שכ"מ או לא. שהרי"י מיגש למד מסוגיתנו שגובים מע"פ ממתנת שכ"מ, והראב"ד חולק וס"ל שלא גובים מע"פ ממתנת שכ"מ. וכתב בעה"ת שראיתו של הראב"ד הוא מהא דמבואר בגיטין נ: דהא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח נאמר גם לגבי מתנת שכ"מ שלא גובים ממתנת שכ"מ במקום שיש נכסים בנ"ח. ומוכח דמתנת שכ"מ נחשב משעבדי ולא בנ"ח. ומה שמבואר כאן שמתנת שכ"מ אינו כמשעבדי הראב"ד יפרש כהי"מ שהובא ברא"ש שגורסים רק מגרע גרע ולדבריהם מבואר כאן שלא גובים ממתנת שכ"מ מזון האשה והבנות, וה"ה שלא גובים ממתנת שכ"מ מע"פ.

הרמב"ן דס"ל כשיטת הרי"י מיגש שמתנת שכ"מ אין דינה כמשעבדי מקשה מהגמ' בגיטין שמבואר שלא גובים ממתנת שכ"מ במקום שיש בנ"ח ומוכח דמתנת שכ"מ נחשב כמשעבדי. וכן הקשה הר"ן בגיטין בריש פרק הנזקין. וכתבו דהתם איירי במתנת שכ"מ במקצת עם קנין שדינה כמתנת בריא. אבל מתנת שכ"מ ממש דינה כבנ"ח וגובים ממנה גם במקום שיש בנ"ח. דהיינו שגם הראב"ד וגם הרמב"ן מדמים דין משעבדי לענין מע"פ לדין משעבדי לענין הא דאין נפרעין ממשעבדי במקום שיש בנ"ח. הראב"ד ס"ל שלגבי ב' דינים אלו יש למתנת שכ"מ דין משעבדי. והרמב"ן ס"ל שלגבי שני דינים אלו יש למתנת שכ"מ דין בנ"ח.

הקצה"ח בס' קי"א סק"א כתב שאפי' שמתנת שכ"מ דינה כירושה לענין שגובים מע"פ ממנה מ"מ לגבי הדין של אין נפרעין ממשעבדי במקום שיש בנ"ח אין דינו כבנ"ח וגובים מן הירושה ולא מהמקבל מתנת שכ"מ. שגם הזוכה מנכסי גר שמת דינו כיוורש ומלוה ע"פ גובה ממנו, ואעפ"כ גר שמת ובזבז נכסיו גובים חובות ממי שזכה אחרון. ומוכח מזה שגם ביורשים עצמם אילו היה אחד מוקדם ואחד מאוחר היו גובים מהאחרון. ולכן אף שהמקבל מתנת שכ"מ הוא כיוורש מ"מ יש לו טענת הנחת לגבי שאר היורשים.

השיעבוד בשעת הנישואין ומי שנישאת קודם שיעבודה קדם. משא"כ במזון האלמנה שיעבוד כולם חל כאחד בשעת מיתת הבעל ולכן אין קדימה שקדימת הגביה הוא בגלל קדימת השיעבוד. וכתב ע"ז המ"מ שטעמו של הראב"ד אינו נכון שאין זמן חיוב מזונות במיתת הבעל אלא החיוב והשיעבוד חל בשעת הנישואין, ואין המיתה אלא זמן פרעון.

וכתב האב"מ בס' ק"ג סק"ד שבדברי הרי"ף והרמב"ם הנ"ל מבואר שלא כדברי המ"מ אלא כדברי הראב"ד שלא חל שיעבוד למזונות אלמנה אלא במיתת הבעל ולא בנישואין. וא"כ צ"ע אמאי הוצרך הרמב"ם לבאר שאין קדימה במזונות של אלמנה בגלל שזה דומה למטלטלין ת"ל ששיעבוד כולם חל יחד. וזה גופא השגת הראב"ד שבדברי הרמב"ם לכאורה סתרי אהדדי. [לפי מה שכתב הראב"ד שחיוב והשיעבוד למזונות אלמנה חל במיתת הבעל ולא בנישואין כתב האב"מ בס' ק"ג סק"ד ד"ה וצריך לומר שמה שצריך להגיע לתיקון העולם כדי שלא יגבו ממשעבדי הוא רק לענין לקוחות שקנו אחרי מיתת הבעל. שמאלו שקנו לפני מיתת הבעלים לא גובים מדינא דקדם קנינם לשיעבוד].

הרמב"ן תמה על טעם זה של הרי"ף והרמב"ם שגובים מזון האשה והבנות ממתנת שכ"מ מפני שהשיעבוד של חיובים אלו לא חל עד אחר המיתה הרי הדין שאין נפרעין למזון האשה והבנות ממשעבדי הוא גם משעבדי שמכרו היורשים אחר מיתת האב. הרי שגם מה שנמכר אחרי שחל השיעבוד לא גובים ממנו מפני תיקון העולם. וע"כ שמה שממתנת שכ"מ כן גובים אינו מפני שקדם השיעבוד לקנין אלא מפני שמתנת שכ"מ דרבנן וכירושה שווה רבנן.

הקו"ש באות תמ"ו מבאר דברי הרי"ף והרמב"ם שבדאי שלא גובים מזון האשה והבנות גם מלקוחות שקנו אחרי שחל חיוב מזונות מפני תיקון העולם. ומה שממתנת שכ"מ כן גובים הוא כמבואר בגמ' שאינו אלא דרבנן וכירושה שווה רבנן ולגבי זה לא היה התקנה של אין נפרעין. אבל זה לבד אינו מספיק שאם מתנת שכ"מ היה חל לפני חלות חיוב המזונות לא היו גובים מזה מזון האשה מעיקר הדין כיון שקדם הנתינה לשיעבוד. לכן הוצרכו הרי"ף והרמב"ם לומר שחיוב מזונות קודם לקנין מתנת שכ"מ, או שהם חלים יחד ונחשב שקדם השיעבוד כמו שמבאר הקצות, ולכן מדינא אפשר לגבות מהם, ותקנ"ח שאין נפרעין לא היה לגבי משכ"מ כמבואר בגמ'. ועכצ"ל כן דאל"כ דברי הרי"ף והרמב"ם הם נגד הגמ' שבגמ' מבואר הטעם מפני שמשכ"מ דרבנן והרי"ף והרמב"ם כתבו טעם אחר. ולדברי הקו"ש נראה שהרי"ף והרמב"ם מבארים למה יש שיעבוד על מתנת שכ"מ, והגמ' מבארת למה אין בזה התקנה של אין נפרעין.

הב"י בחו"מ ס' רנ"ב סע' א' כתב שר"י בן הרא"ש נשאל אם גובים מזונות אלמנה ממתנת בריא מעכשיו ולאחר מיתה, דהיינו שמקנה לבנו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה כמבואר במשנה לקמן קל"ו. אם דין מתנה זו כדין מתנת שכ"מ שגובים ממנו מזון האשה והבנות או כדין מתנת בריא שלא גובים ממנו. וכתב שדינו כמתנת שכ"מ וגובים ממנו וחלקו עליו כמה חכמים ואמרו שדינה כמתנת בריא והאריכו בראיות, עכ"ד הב"י. ואינו מובן איזה צד יש לומר שדין מתנה זו כדין מתנת שכ"מ אמנם אמרו לקמן קל"ה: איזה מתנת בריא שהוא כמתנת שכ"מ כל שכתוב בו מהיום ולאחר מיתה היינו דדמי למתנת שכ"מ שקונה אחר מיתה. אבל הקולא שיש כאן שגובים ממשכ"מ מזון הבנות מבואר בגמ' שהוא משום דמשכ"מ דרבנן, ולא במתנה של גוף מהיום שהוא דאורייתא. ולכאורה דברי ר"י בן הרא"ש הם ע"פ הרי"ף והרמב"ם שמה שגובים מזון הבנות ממתנת

דמבואר ברשב"ם שהאיסור הוא אפי' כשאנו עוקר את הירושה לגמרי. וזה דלא כמו שמביא הקצות בס' רפ"ב סק"ב בשם התשב"ץ שאם יש במתנה שיעור ד' זוזי אין בזה משום אין רוח חכמים נוחה הימנו. גם החת"ס חו"מ ס' קנ"א, הובא בפת"ת ס' רפ"ב סק"א, כתב שהאיסור אפי' במקצת נכסיו. ומביא ראיה מכתובות נ"ג. דמבואר שם דאסור לכופ אדם להוסיף נדוניה לבתו משום דהוי בכלל עבורי אחסנתא. ומוכח שגם כשאנו נותן כל נכסיו יש איסור זה. ועוד כתב שם שמוכח בסוגיין שהאיסור הוא לא רק כשנותן לאחרים אלא גם כשמקדיש לשמים או לצדקה.

עוד כתב שם החת"ס דאף שלשון המשנה הוא והניח את בניו, הקפידא אינו דוקא לגבי בניו אלא גם כשאין לו בנים אם נותן לאחרים על חשבון שאר יורשיו אין רוח חכמים נוחה הימנו, שהרמב"ם בפ"ו מנחלות הי"א כתב והניח את היורשים ולא הזכיר בנים. ועוד מוכיח החת"ס מהגמ' הנ"ל בכתובות שהאיסור הוא לאו דוקא כשנותן בשעת מיתה או במתנת שכ"מ שחל לאחר מיתה אלא גם במתנה שנותן בחייו בעודו בריא. אך א"כ תימא שאם האיסור הוא גם במקצת ממונו וגם כשאנו סמוך למיתה א"כ אין אדם יכול לתת שום מתנה לחברו שהוא מפקיע בזה ירושת בניו. ואולי לכן מסיים החת"ס שם שאם משאיר מנה יפה לבניו מותר לתת לאחרים. דהיינו דאף שמוכח בגמ' בכתובות שהאיסור הוא גם כשאנו מחלק כל נכסיו וגם כשאנו סמוך למיתה מ"מ אם משייר סכום הגון לבניו בודאי ליכא איסור.

הפת"ת מפקפק במה שמחמיר החת"ס כשמקדיש חלק מנכסיו. דאמנם מוכח כאן שהאיסור הוא גם במקדיש ומוכח בכתובות שהאיסור הוא גם על מקצת נכסיו מ"מ אין ראיה לצרף שני חידושים אלו יחד. דהכא דאירי במקדיש מדובר בכל נכסיו. ובכתובות שמבואר שאסור גם מקצת נכסיו מדובר בנותן לבתו ולא במקדיש. א"כ מנלן לצרף שני החידושים יחד ולאסור מקדיש מקצת נכסיו.

נמצא שהחת"ס מחמיר בזה א. גם במקצת נכסיו [אא"כ משייר מנה יפה לבנים]. ב. גם שלא בשעת מיתה. ג. גם במקדיש. ד. גם כשאין לו בנים אלא שאר יורשים. והפת"ת מצדד להתיר במקדיש מקצת נכסיו. התשב"ץ מתיר כשנותן לאחרים אם משייר ד' זוזי.

הרמב"ם בפ"ו מנחלות הי"א אחרי שמביא הדין שמבואר כאן במשנה כתב ומדת חסידות שלא יעיד אדם חסיד בצוואה שמעבירין בה הירושה מן היורש. וכן הוא בשו"ע בס' רפ"ב. המ"מ כתב שהמקור לזה הוא שם בגמ'. והכונה מהא דאמרו בסמוך לא תיהוי בי עבורי אחסנתא. והכונה שגם אם אינו נותן בעצמו אלא שהוא נמצא במקום שנותנים, דהיינו שהוא משתתף ומסייע לנתינה יש לזה שייכות לאיסור זה.

לא תשיימה את דאמירתו לגבוה וכו'. נחלקו הראשונים בפשט בגמ' אם מה שחששה שירצה לחזור משומתו ולא יוכל הוא משום שחששה שמא יטעה בשומא או שחששה שמא בתחילה ירצה לשום בפחות משויו ולותר להקדש משלו ואח"כ יחזור בו ולא יוכל. נחלקו בזה התוס' כאן והתוס' בב"מ נ"ז. ד"ה יצא כמו שיבואר בסמוך בס"ד.

תוד"ה ולא תשיימה. הקשו התוס' דאמרינן בקידושין כ"ט. משך הקדש במאתים ולא הספיק לפדותו עד שעמד במנה נותן מאתים דלא יהיה הקדש חמור מהדיוט, וכמו שהדיוט קונה במשיכה כך הקדש קונה במשיכה כשזה לתועלת של הקדש. וקשה למה צריך להגיע לזה שיש בזה קנין משיכה ת"ל שמשך במאתים ואמר בשעת משיכה

והדברים לכאורה צ"ב אמאי נחשב המקבל מתנת שכ"מ קודם ליורשים הרי קי"ל כרבא לקמן קל"ז. שמתנת שכ"מ קונה אחר מיתה, וגם יורשים זוכים אחר מיתה כמו שכתב הקצות בס' רנ"ב סק"א. א"כ הם שוים ואמאי יש למקבל מתנת שכ"מ טענת הנחתי לגבי היורשים הרי לכולם יש דין יורשים וזמן זכית כולם יחד.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לרמב"ן משכ"מ יש לו דין בנ"ח בין לגבי מע"פ בין לגבי הדין של אין נפרעין ממשעבדי במקום שיש בנ"ח. ב. לראב"ד ולי"מ שברא"ש דין משכ"מ כמשעבדי לגבי שני דינים אלו. ג. לקצות אף שדינו כדורש לענין גבית מע"פ מ"מ לענין אין נפרעין ממשעבדי במקום שיש בנ"ח יש לו דין כמשעבדי שגם מורש ליורש יש טענת הנחתי אם אין זכיתם כאחד.

אם היה ראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום דירושה אין לה הפסק. הובא לעיל קכ"ט: שנחלקו הראשונים אם דין זה הוא רק למ"ד שאחריך לאו כאומר מעכשיו, שאם כאומר מעכשיו הגוף הוא של השני מתחילה ולא שייך לומר לגבי הראשון ירושה אין לה הפסק, וכ"ש שאם פירש שהשני יקנה את הגוף מעכשיו דלא אמרינן ירושה אין לה הפסק או שגם למ"ד שאחריך כאומר מעכשיו, וכן אם פירש מעכשיו, אם הראשון ראוי ליורשו אין לשני במקום ראשון כלום וגם בזה אמרינן דירושה אין לה הפסק. הרשב"א והריטב"א שם כתבו שגם אם אחריך כמעכשיו ירושה אין לה הפסק. הריטב"א מביא ראיתו מכאן שכאן נאמר דין זה כדי לבאר את דברי רב הונא שאמר אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה, ור"ה אית ליה לעיל קכ"ה: דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי. והובא לעיל בדף קכ"ט: מה שכתב הקצה"ח בס' רמ"ח סק"א בביאור סברת הרשב"א והריטב"א.

המחנ"א בהל' זכיה ס' מ"א כתב בשם מהר"י בן לב שהנותן מתנה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה ואחריך לפלוני והראשון ראוי ליורשו אין לשני כלום דירושה אין לה הפסק. ואף שנתן לראשון גוף מהיום, שזה מתנה מחיים ולא ירושה, ולגבי זה בודאי לא שייך למימר ירושה אין לה הפסק מ"מ כיון שאת הפירות נתן לו לאחר מיתה אמרינן לגבי הפירות שאם ראוי ליורשו אין זה מתנה אלא ירושה וירושה אין לה הפסק. ומביא מהר"י בן לב ראיה שגם לגבי פירות בלי גוף שייך לומר ירושה אין לה הפסק מדברי הרשב"א שכתב שגם למ"ד אחריך כמעכשיו, והשני קונה מיד את הגוף, ואין לראשון אלא פירות מ"מ אם הראשון ראוי ליורשו אמרינן לגבי הפירות ירושה אין לה הפסק.

לדברי הקצות בס' רמ"ח סק"א בביאור דברי הרשב"א ליכא ראיה כלל. שכתב שלרשב"א השני קונה את הגוף מעכשיו רק על הצד שעתידי להגיע לו הגוף, אבל אם ימכור הראשון, או שהראשון ראוי לירושה וירושה אין לה הפסק, לעולם לא יגיע הממון לשני, א"כ הוברר שמעולם לא זכה השני בגוף, אלא הגוף היה של הראשון. ורק אם הראשון אינו ראוי לירושה ולא מכר הראשון והגיע הממון לשני הוברר שהוא היה בעלים על הגוף מתחילה. ולדבריו אין ראיה כלל דאמרינן ירושה אין לה הפסק לגבי קנין פירות בלי קנין הגוף.

דף קלג:

הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו. לשון המשנה והניח את בניו, וכן לשון הגמ' עבורי אחסנתא, משמע שמה שאין רוח חכמים נוחה הימנו הוא רק כשנותן כל נכסיו ולא הניח לבניו כלום. אבל ברשב"ם בד"ה בי עבורי אחסנתא כתב אפי' להרבות לאחד ולמעט לאחד. וכתב הרש"ש

קנין. שהדין של אמירה לגבוה נאמר במנדב ממון לגבוה ולא במוכר ממון לגבוה.

הקה"י בע"ז ס' ב' אות ב' מקשה על האב"מ מדברי הרשב"ם כאן שכתב בד"ה ולא תשיימה שהמקור של אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט הוא מקרא דאיש כי יקדיש ומקרא דמוצא שפתיך תשמור. הרי שהקנין הוא תולדה מהמצוה לקיים נדרו, וא"כ בעכו"ם דליכא מצוה זו האמירה אינה קנין. וכתב הקה"י שבכלל מוצא שפתיך תשמור תרתי. א. מצוה לקיים מוצא שפתיך. ב. דין שהאמירה פועלת קנין ולכן צריך לשמור מוצא שפתיך. ואף שחלק המצוה אין בעכו"ם חלק זה שחל חלות ע"י מוצא שפתיך קיים גם בעכו"ם.

היד רמה באות קנ"ט כתב על גמ' זו וז"ל ושי"מ דמי שהולך חפץ אצל גזברים למוכרו ושמור המוכר בדמים מועטים אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ולא מצי למזהר ביה. אבל מקנא לא קני ליה הקדש למיקם ברשותיה דהקדש לזולא ולאונסיה עד דשקיל מוכר דמי והיינו דתנן רשות גבוה בכסף עכ"ל. הרמ"ה מישב בזה את קושית התוס' שהאמירה כאן אינה עושה קנין אלא רק איסור לחזור.

דברי הרמ"ה לכאורה אינם מובנים שפשוט שהדין של אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט אינו רק שאינו יכול לחזור בו אלא זה עושה קנין כמבואר בקידושין כ"ח: שהאומר שור זה עולה הוא נעשה ממון גבוה בגלל הדין של אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. וצריך לומר שגם הרמ"ה ס"ל כתי' התוס' שמה שאמירה לגבוה עושה קנין הוא רק כשמוסיף ממון לגבוה ולא כשמוחלף חפץ בדמים. ולכן כתב הרמ"ה את דבריו על מי שהולך חפץ אצל הגזבר למוכרו ולא במקדיש ממון לגבוה. אלא שהתוס' כתבו שבמעשה בבנו של יוסף בן יעזר היה כונה לוותר משלו להקדש לכן בזה הדיבור עושה קנין, והרמ"ה כתב שגם כאן לא היה אמירה לתת להקדש אלא למכור להקדש, ומה שיש ע"ז דין של אמירה לגבוה הוא לא לענין קנין אלא לענין שאינו יכול לחזור. אבל בודאי שבעלמא מודה הרמ"ה שאמירה לגבוה עושה קנין ולא רק איסור לחזור. אך יש חידוש בדברי הרמ"ה שהדין נדרי מצוה שיש באמירה לגבוה הוא אפי' כשאינו מוסיף ממון לגבוה אלא מוכר לגבוה, שגם בזה יש תועלת להקדש והוי בכלל נדרי מצוה. ורק לענין מה שהאמירה עושה קנין סובר הרמ"ה שאין האמירה עושה קנין אלא כשמוסיף ממון לגבוה ולא כשמוכר ממון לגבוה.

התוס' ר"י הזקן בקידושין כ"ט. כתב על קושית התוס' שהדין של אמירה לגבוה הוא רק כשאומר שור זה עולה שהוא אומר שזה יהיה של הקדש זה נעשה של הקדש או שאומר הרי עלי מנה לבדק הבית כיון שאמר שיתחייב הרי הוא מתחייב. אבל כשאומר שיתן הוא לא אמר שהממון יהיה של הקדש אלא שיתן להקדש בזה אין האמירה עושה קנין אלא רק נדר לתת.

רע"א בקידושין כ"ח: מביא שהתוס' יו"ט מקשה על המשנה שם רשות גבוה בכסף למה לי כסף ת"ל שקונה באמירה. וזה על דרך קושית התוס'. וכתב ע"ז רע"א שיש ג"מ בין הקנין שנעשה ע"י אמירה לקנין שנעשה ע"י מעשה קנין, שקנין שנעשה ע"י אמירה מהני בו שאלה והקנין שנעשה ע"י מעשה קנין לא מהני בו שאלה כמבואר בש"ך ביו"ד ס' רנ"ח סק"ח דמה"ט לא מהני שאלה אחרי שהגיע ליד גזבר שבזה יש להקדש מעשה קנין ולא רק אמירה.

האבה"א בפ"ח מנזק"מ ה"ז בד"ה ונראה כתב לישב קושית התוס' שאם נתחייב ע"י מעשה קנין ומת גובים מן היורשים אבל הנודר ומת לא גובים מיורשיו. בהשמטות ומילואים

שיתן עבור חפץ זה מאתים ואמירה לגבוה הוא כמסירה להדיוט. וכתבו התוס' דאמירה לגבוה הוא קנין במקום שבא באמירה זו להוסיף ממון להקדש כדהכא שהיה כוננו לותר משלו להקדש. אבל כשמשיך מהקדש במאתים כוננו היתה לתת להקדש מאתים תמורת מאתים. וכיון שאמירה זו לא מוסיפה ממון להקדש אין בזה הדין של אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ולכן צריך להגיע לזה שמשכה קונה להקדש דלא גרע מהדיוט.

התוס' בקידושין כ"ט. כתבו על שאלה זו שבמשך במאתים ולא הספיק לפדותו עד שעמד על מנה אין לחייבו מאתים מכא אמירתו כיון שהאמירה היתה בטעות שלא היה סבור שישתנה השער. משא"כ כאן אף שגם כאן השומא היתה בטעות כיון שהיה מרגלית שאין שומתו ידוע גומר בדעתו להתחייב אפי' שזה יותר. התוס' בב"מ ג"ז. ד"ה יצא כתבו שיש ללמוד מכאן שהמתחייב להקדש באמירה אפי' התחייב בטעות אינו יכול לחזור בו. דס"ל כמו התוס' בקידושין שהחשש היתה שישום בטעות, ולא ס"ל לחלק בין דבר שאין שומתו ידוע לשאר דברים.

נמצא שלתוס' כאן לא מדובר בחשש טעות אלא חשש שבכונה ישום בפחות כדי לותר משלו להקדש. ורק באופן זה אמרין אמירה לגבוה כמסירה להדיוט. והתוס' בקידושין ובב"מ ס"ל דאירי הכא בחשש של שומא בטעות.

דברי התוס' בקידושין לכאורה צ"ב אם אינו מתחייב מכא אמירתו מפני שיש בו טעות אמאי מתחייב מחמת הקנין, הרי גם הדיבור הוא קנין לגבי הקדש, ואם הקנין של הדיבור בטל בגלל הטעות למה אין הטעות מבטל את החיוב שבא ע"י קנין משיכה. וצ"ע.

הביאור בתירוץ התוס' כאן שאין דין אמירה לגבוה כשאנו מוותר משלו להקדש לכאורה הוא שהדין שאמירה לגבוה עושה קנין הוא תולדה מהדין נדרי מצוה שמחייב לקיים דיבורו, ובהקדש אין זה רק נדר לבד אלא הנדר עושה קנין. וזה רק כשבא להוסיף ממון להקדש, שבזה יש נדרי מצוה וזה עושה את הקנין. אבל כשמוחלף חפץ בדמים ולא נוסף להקדש ממון על ידו אין בזה נדרי מצוה שאין בזה מצוה וכשאין מצוה אין האמירה עושה קנין. אמנם מה שכתבנו שהקנין שנעשה ע"י האמירה הוא תולדה מהנדר מצוה שיש בזה אינו מוסכם כמו שיבאר.

בע"ז ה: מבואר דאף שמום אינו פוסל בקרבן של בן נח מ"מ מחוסר אבר אסור גם לבן נח. והקשו התוס' אם יש איסור לעכו"ם להקריב מחוסר אבר אמאי אין זה נמנה בז' מצות בני נח. וכתבו שאין זה איסור אלא קום ועשה שאם נדר מחוסר אבר אמרין ליה קום והבא קרבן שלם. והקשה רע"א שם בגליון הש"ס אמאי אומרים לו הבא שלם הרי המחייב להביא קרבן הוא הנדר ועכו"ם אינו מצוה בלאו דבל יחל דברו ומה מחייב אותו להביא את הקרבן.

האב"מ בס' א' סק"ב מביא שאלה זו בשם המל"מ פ"י ממלכים ה"ז. וכתב ע"ז האב"מ שאין חיובו של עכו"ם להביא מה שנדר מכא הנדר שבזה אלא שאמירה לגבוה הוא קנין, וקנין זה קיים גם בבן נח. ואם אמר הרי זו, הקרבן נעשה ממון גבוה ע"י אמירתו. ואם אמר הרי עלי חל עליו חיוב ושיעבוד להביא הקרבן לגבוה. ומבואר בדברי האב"מ שהקנין שנעשה ע"י אמירה לגבוה אינו תולדה מהנדר שבזה, שגם בעכו"ם שאין חיוב לקיים נדרו האמירה עושה קנין. ורע"א שלא תירץ כן לכאורה ס"ל שהקנין הוא מכא הנדר. ולדברי האב"מ א"א לפרש את דברי התוס' כמו שכתבנו אלא צ"ל דאף שאין הקנין תולדה מהנדר מ"מ הקנין הוא רק כשבא ע"י אמירתו להוסיף ממון להקדש אבל אם אין בזה הוספת ממון לגבוה אין האמירה עושה

אמרינן מכח האומדנא שלא נתן לו בעלות לענין להחזיר לבנו ה"ה דאינו יכול להקדיש. ואם יכול להקדיש ע"כ הוא שלו לגמרי ויכול נמי לתת לבנו. ומה שבאמת אין אומדנא מבאר הנ"י שאם נתן ע"ד כן היה לו לפרש ולהתנות בהדיא.

הרמב"ן תמה על הרשב"ם דלא דמי כלל למתנת בית חורון ששם לא נתן מתנה גמורה שאם אינו יכול להקדיש מוכח שכל המתנה אינה אלא הערמה. אבל כאן אם יש אומדנא שלא יתן לבנו הרי זה כאילו התנה שיהיה שלו לכל דבר בתנאי שלא יתן לבן. וכמו שאם היה מתנה בפירוש משמע ברשב"ם שלא היה יכול לתת לבן אף שיכול להקדיש כך אם היה אומדנא ע"ז אינו יכול לתת לבן ויכול להקדיש. ועיין ברא"ש שמבאר לפירושו של הרשב"ם שאם היה תנאי מפורש בודאי היה שלו לכל דבר ואינו יכול לתת לבן מחמת התנאי. אבל כשלא התנה בפירוש אלא אמרינן בסתם שלא נתן לכל דבר בזה יש חשש שלא נתן מתנה גמורה אלא להערמה בעלמא. וע"ז אמר יונתן בן עוזיאל שאם היה אומדנא שלא יתן לבן גם להקדיש לא היה יכול, ואם יכול להקדיש ע"כ שאין אומדנא ויכול גם לתת לבן.

התוס' פירשו שהאב הדיר את בנו מלהנות מנכסיו. ולדבריהם דמי ממש למתנת בית חורון. דשמאי סבר שגם כאן לא נתן האב מתנה גמורה אלא כדי שיתן לבנו. ועיין ברשב"א ובריטב"א שכתבו שלפירוש זה באמת האב נתן ליונתן בן עוזיאל כדי שיתן לבנו. אלא שנתן מתנה גמורה גם לענין להקדיש ולכן לא דמי למתנת בית חורון.

דף קלד.

כל מתנה שאינה שאם הקדישה וכו'. הקשו התוס' דמבואר לקמן שהנותן לחברו אתרוג ע"מ להחזיר אם החזירו יצא דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה. והרי אינו יכול להקדיש שאם יקדיש אינו יכול לקיים את התנאי. וכתבו בתי' השני שאם המתנה היא מתנה גמורה מה שאינו יכול להקדיש מחמת תנאי אינו חסרון. ורק כשאינו יכול להקדיש מפני שלא נתן לו את הממון שיהיה שלו כלל אלא רק כדי שיבא בנו ויאכל זה אינו אלא הערמה. וההקדש אינו אלא סימן שאין הממון שלו כלל. תי' זה כתבו רוב הראשונים והוא לכאורה תי' פשוט וצ"ב למה יש מהראשונים שלא ניהא להו בתירוץ זה, וגם התוס' בתי' הראשון כתבו תי' אחר, אמאי אין זה פשוט שתנאי שלא יקדיש אינו מגרע בבעלותו של המקבל הרי הקנין הוא קנין גמור ותנאי מילתא אחריתי.

בתירוץ הראשון כתבו שגם במתנה ע"מ להחזיר יכול להקדיש כל זמן שהוא בידו. תירוץ זה כתב גם הראב"ד, והובאו דבריו ברשב"א בקידושין ו: וז"ל מתנה ע"מ להחזיר נמי אי מקדיש לההוא זכותא דאית ליה בגויה קדיש וכו' דמאי דאקני ליה בגויה אקדיש ליה עכ"ל. דהיינו שיכול להקדיש את הקנין השתמשות שיש לו עד שיחזיר. ולדבריו יוצא שאם התנה הנותן שלא יקדיש כלל זה בכלל כל מתנה שאינה שאם הקדישה מקודשת ואינה מתנה. והסביר בזה צ"ב כנ"ל.

הקצה"ח בס' רמ"א סק"ד מחדש שמתנה ע"מ להחזיר אינו רק תנאי בעלמא אלא יש בזה גם שיעור בהקנאה שאינו קנוי אלא לזמן עד שיחזיר. [יש בזה גם תנאי שאם לא יחזיר בטל המתנה לגמרי]. ולכן כתב הקצות דלא בעינן הקנאה חזרה ולא כהרא"ש בסוכה פרק לולב הגזול ס' ל' שצריך הקנאה חזרה. ומבואר מדברי הקצות דאף שמתנה ע"מ להחזיר הוא בעיקרו תנאי מ"מ כיון שהגביל את הקונה ע"י התנאי שאינו קונה אא"כ יחזיר ממילא הוא גם לא מקנה לו יותר מעד שיחזיר. וא"כ גם כשמתנה שלא יקדיש התנאי

להל' נזק"מ מביא האבה"א בד"ה עוד כתב אלי שמרן הגרא"מ שך זצוק"ל העיר על תירוצו זה בזה"ל דבר זה אינו שבודאי בנודר בהקדש עושה התחייבות וגם היורשים חייבים כמו שאמירה לגבוה כמסירה להדיוט עושה קנין באומר שור זה של עולה ונעשה השור ממון הקדש כן באומר הרי עלי מנה לבדק הבית שנתחייב. ודין הנודר ומת שאין היורשים חייבים הוא רק בנודר לצדקה וכו' וכך היה צריך לומר דאם מטעם משיכה לא מהני שאלה ואם מטעם אמירה לגבוה מהני שאלה עכ"ל. מה שכתב שך היה צ"ל היינו תירוצו של רע"א כנ"ל. וע"ש באבה"א שהאר"ך לישב ולבאר דבריו.

דברי האבה"א הם כדברי הרמ"ה שגם תירץ שהאמירה הוא רק נדר ואסור לחזור מדיבורו אבל אין הממון ברשות הקדש אלא ע"י מעשה קנין. ושאלת הגרא"מ שך זצוק"ל קיימת גם בדברי הרמ"ה. וע"כ צ"ל ברמ"ה כמו שכתבנו שדבריו נאמרו רק היכא שאינו אומר לתת להקדש אלא למכור בזה אין האמירה אלא נדר ולא קנין. ובאופן זה יש לקיים גם דברי האבה"א אף שלא היה כונתו לזה.

נמצא התיורצים על קושית התוס' א. תוס' כאן תירצו שבמכירה להקדש אין דין אמירה והכא בבא לוותר משלו להקדש. ב. התוס' בקידושין תירצו דהיכא דאיכא טעות אין האמירה קונה ובעינן מעשה קנין. והכא לא היה טעות שאין שומתו ידוע. ג. היד רמה כתב שהאמירה כאן מחייבת אבל אינה עושה קנין. וכתבנו דהיינו באופן שאינו מוסיף ממון להקדש. ד. הרי"ז הוזקן כתב שכאן לא אמר שהממון יהיה של הקדש אלא שהוא יתן להקדש. ה. רע"א כתב שקנין שנעשה ע"י אמירה מהני בו שאלה וכשנעשה ע"י מעשה קנין לא מהני בו שאלה. ו. האבה"א כתב שנדר ומת לא גובים מן היורשים וע"י קנין גובים מן היורשים. וגם בדבריו צריך להוסיף מה שכתבנו בדברי הרמ"ה.

רשב"ם ד"ה הרי הן מוקדשות. כלומר מה ששוה האבן יותר אני מקדיש ממנה לגבוה עכ"ל. מה שמפרש הרשב"ם שהקדיש את מה ששוה האבן יותר מהדמים שקיבל ולא כפשוטו לשון הגמ' שית הרי הן מוקדשים לשמים שמשמע שהקדיש את החוב של שית שהקדש חייבים לו עבור האבן, משום שמבואר בראשונים בב"ק ל"ו: שא"א להקדיש חוב דחשיב כדבר שאינו ברשותו. לכן פירש שהקדיש את מה שהאבן שוה יותר מהדמים שקיבל.

ת"ר מעשה באדם אחד וכו'. שיטת הרשב"ם שאביו לא הדירו הנאה אלא נתן ממון ליונתן בן עוזיאל כדי שלא ירשנו בנו. וטענתו של שמאי היתה שכמו שבמתנת בית חורון נתן על דעת שלא יקדיש לשמים כך כאן נתן ע"ד שלא יתן הממון לבנו. ואם עבר ונתן לבן בטל המתנה וירש הבן את הנכסים ומכח מצוה לקיים דברי המת צריך להוציא את הממון מהבן וליתנו ליונתן בן עוזיאל. ואף שבעלמא מצוה לקיים דברי המת מתקיים ע"י שהגיע הממון למי שאמר המת שיתנו לו, ואם נתן המקבל ליורשים אין חוב לחזור ולתת למקבל, שאני הכא שהמצוה לקיים דברי המת הוא שיהיה הממון אצל יונתן ולא אצל הבן. בזה המצוה לקיים דברי המת הוא שלא יחזור הממון לרשות הבן.

ע"ז השיב יונתן בן עוזיאל לפירושו של הרשב"ם דלא דמי למתנת בית חורון ששם אמר הנותן בהדיא שלא נתן כדי שיקדיש לשמים. משא"כ כאן לא התנה שלא יתן לבנו. ומוסיף הרשב"ם שגם יונתן בן עוזיאל מביא ראיה לדבריו ממתנת בית חורון שאם תאמר שגם כאן יש אומדנא שלא נתן אלא ע"ד שלא יתן לבנו א"כ לא היה המתנה מתנה כלל וגם למכור ולהקדיש לא היה יכול דאין הקנאה לחצאין כמבואר במתנת בית חורון שאם אינו יכול להקדיש אינו נחשב שלו לענין לתת למי שנדר הנאה ממנו. וכן כאן אם

ואכתי צריך להבין אמאי יורש שמעון יחד עם ראובן בנכסי הספק. הרי הוא בעצמו אינו יודע אם הוא יורש או לא. ולכאורה אין לומר ששמעון יורש מכח הודאת בע"ד של ראובן שממון זה שמקבל שמעון בודאי אינו של ראובן. שאם הספק הוא אח שלהם חלק זה הוא של שמעון. ואם הספק אינו אח שלהם חלק זה הוא של יורש אחר שאינו ידוע. וכיון שממון זה אינו של ראובן איך מהני הודאתו של ראובן כדי ששמעון ירש. ובשלמא ראובן שטוען ברי שהוא יורש ואין מי שמכחישו שפיר מקבל ירושה מכח טענת ברי שלו. אבל שמעון שאינו יודע אם הוא יורש איך הוא יורד לנחלה ע"פ ראובן שאינו נאמן על שמעון בתורת עדות. ומכח הודאה גם אין להאמינו כיון שהממון בודאי אינו של ראובן. וצ"ל דכיון שאם שמעון היה טוען ברי שאינו אחיו של הספק היה כל הממון נשאר בידו של ראובן כמבואר ברמב"ם פ"ד מנחלות ה"ח ובשור"ע ס' ר"פ סע' ד' [זה גופא צ"ב אמאי ישאר בידו הרי בודאי אינו שלו, ויבואר בס"ד לקמן קל"ה]. א"כ שפיר מהני הודאת ראובן לשמעון כיון שאם לא יטול שמעון ישאר הממון ביד ראובן.

מת יחזור נכסים למקומן. דהיינו דאף שבמיתת הספק חולקים ראובן שהודה שהספק הוא אח ושמעון שלא הודה מ"מ אותן נכסים שנתן ראובן חוזרים אליו ואין שמעון חולק אלא בשאר נכסי הספק. כתב הרשב"ם שהטעם הוא שבתחילה כשראובן נתן שותות מחלקו לספק ושמעון לא נתן, לדברי ראובן שהספק הוא אח אותו חלק בנכסי שמעון שמגיע לספק הוא גזול ביד שמעון שלא היה מחילה של הספק על ממון זה. וא"כ ראובן יש לו טענת ממ"נ לשמעון, שאם הספק הוא אח אותו חלק שלא נתת לספק והיה גזול בידך עכשיו הוא יהיה לחלקך בירושת הספק ומגיע לראובן חלק כנגד זה. ואם הספק אינו אח ולא היה אותו הממון גזול ביד שמעון א"כ גם עכשיו לא מגיע לו ירושה בנכסי הספק.

התוס' ר"ד לקמן קל"ה. מקשה אמאי יחזור נכסים למקומם ואין שמעון חולק בקרקע שנתן ראובן בגלל טענת ממ"נ נימא קם דינא. דכיון שבתחילה זכה שמעון בממון מכח הדין של הממז"ה נימא שהממון נעשה שלו מכח פסק ב"ד אף אם כלפי שמיא אין הממון שלו כמבואר ביבמות ל"ז: לגבי ספק ובני יבם. וכיון שהממון נעשה שלו גם על הצד שלא היה מגיע לו ליכא ממ"נ ואמאי אין שמעון חולק עם ראובן בקרקע שראובן נתן לספק בתחילה.

התוס' ר"ד בתחילה כתב דלא אמרינן קם דינא אלא רק בתרי גברי שהיה ספק מי מהם חייב ומספק פטרו את שניהם ואח"כ בא הממון לאדם אחד. אבל בחד גברא אף שזכה מחמת הספק לא אמרינן קם דינא. התוס' ר"ד חוזר מזה ומיישב באופן אחר ע"ש. יסוד זה דלא אמרינן קם דינא בחד גברא כתב הש"ך בסוף ספרו תקפו כהן והובאו דבריו בקונת"ס כלל ו' אות י"ב ובנתיבות ס' ר"פ סק"א.

הרמ"א בס' ר"פ סע' ב' כתב שמה שיחזור נכסים למקומם הוא רק כשאיתו קרקע שנתן ראובן לספק הוא עדיין קיים בעין, אבל אם אינו בעין ראובן ושמעון חולקים בשהו בשאר נכסי הספק, ולא אמרינן ששמעון כבר קיבל חלקו בזה שלא נתן לספק מעיקרא וראובן צריך לקבל ירושה כנגד מה שנשאר ביד שמעון. ומקורו של הרמ"א הוא מהטור בשם הרמ"ה. והדברים אינם מובנים כיון שמה שביד שמעון היה גזול בידו עד עכשיו למה לא יקבל ראובן תוספת בשאר נכסי הספק כנגד מה שנשאר ביד שמעון גם אם הקרקע שנתן ראובן אינו קיים ביד הספק.

הנתיבות בסק"א כתב דמוכח מדברי הרמ"א דלא ס"ל מה שכתב הרשב"ם שהקרקע שנשאר ביד שמעון הוא גזול בידו אלא ס"ל כיון שזכה שמעון בממון זה מחמת הממז"ה

גורם שגם אינו מקנה לו לענין להקדיש. ובהו סובר הראב"ד שזה חסרון בבעלות. ולכן היה קשה לראב"ד שגם תנאי ע"מ להחזיר שמונע מלהקדיש אינו שלו לענין להקדיש. ולכן הוצרך לתרץ שהתנאי ע"מ להחזיר אינו מונע מלהקדיש. עיין מה שכתבנו בס"ד בזה לקמן קל"ז: .

הר"ן בסוכה מ"א: כתב בשם רבינו שמואל שלא גורסים לקמן לגבי אתרוג ע"מ שתחזירהו לי אלא ע"מ שתחזירהו, דמבואר שם שמה שאינו יכול להקדיש הוא משום דלי משמע דחזי לי, ובאתרוג אם אינו יכול להקדיש אין זה נחשב לכס. דהיינו שגם רבינו שמואל ס"ל שאם התנאי מונע מלהקדיש אין מתנתו מתנה. וזה כדברי הראב"ד והתי' הראשון בתוס' דלא ס"ל התירוץ השני. והרמב"ן כאן מביא שיש שמחקר מן הספרים לי וכתב ע"ז הרמב"ן שאין זה כלום ואין לשנות גרסת הספרים.

השעה"מ בפ"ח מלולב ה"י מקשה על רבינו שמואל מהמשך הגמ' לקמן קל"ז: שאם נתן שור ע"מ שתחזירהו לי אם הקדיש והחזירו אינו מוחזר דלי דחזי לי משמע. מבואר שאם לא הקדיש המתנה קיימת אף שאינו יכול להקדיש. וכתב השעה"מ שלגבי שור לא היה קשה לרבינו שמואל ששם גם אם הקדיש יכול לקיים התנאי ע"י החזרת דמים כמבואר ברא"ש בפ"ק דקידושין ס' כ'. אבל באתרוג יש קפידא שיחזיר את האתרוג בעצמו ולא דמים כמבואר ברא"ש בפרק לולב הגזול ס' ל' ובהו אינו יכול להקדיש אם אמר לי. אך מקשה השעה"מ מגיטין ע"ה. שהמגרש ע"מ שתחזירהו לי מגורשת ואמאי הא בגט אינה יכולה להחזיר דמים דקי"ל כרבנן דרשב"ג בגיטין ע"ד: דלצעורה קמכוין וצריכה להחזיר דוקא את הגט. וא"כ אינה יכולה להקדיש ואמאי מגורשת.

הקצה"ח בס' רמ"א סק"ה מביא שהרא"ש בתשובה כתב בשם רבינו אביגדור כהן צדק שגם באתרוג יכול לקיים את התנאי ע"י דמים. וא"כ יכול להקדיש ולכן מתנתו מתנה.

נמצא התיורצים על שאלת התוס' ממתנת בית חורון למתנה ע"מ להחזיר א. רוב הראשונים תרצו שמה שאינו יכול להקדיש מחמת תנאי אינו חסרון. ורק כשאינו יכול להקדיש מפני שלא נתן לו אלא להערמה אין המתנה מתנה. ב. הראב"ד והתוס' בתי' הראשון כתבו שגם במתנה ע"מ להחזיר יכול להקדיש הזכות שימוש שיש לו עד שיחזיר. ג. הר"ן בסוכה כתב בשם רבינו שמואל שלגבי אתרוג לא גרסינן לי וא"כ יכול להקדיש. ד. רבינו אביגדור ס"ל שגם באתרוג יכול לקיים את התנאי ע"י דמים וא"כ יכול להקדיש.

זה אחי אינו נאמן ויטול עמו בחלקו. מבואר בגמ' לקמן קל"ה: שהאח הספק אינו יודע אם הוא אח או לא ואעפ"כ אם ראובן מודה שהוא אח ושמעון אומר שאינו יודע נוטל הספק שותות מחלקו של ראובן מכח הודאתו של ראובן. ואם אח"כ מת הספק ראובן ושמעון יורשים אותו. וצריך להבין למה הם יורשים אותו הרי אין עדים שהם אחים שלו. וכתב בזה הקו"ש באות ת"נ שמה שצריך שני עדים להוריד לנחלה הוא כשיש קרוב אחר שטוען שהוא היורש. אבל היכא שאין מי שתובע את הירושה ואדם אחד אומר שהוא היורש אין מי שיכול לעכב עליו כיון שהוא טוען ברי שהממון שלו ואין שום בע"ד שמכחישו. ודמי לאבירה שאומר שהוא שלו ואין מי שמכחיש שנאמן ליטול את שלו. ומה צריך סימנים הוא רק אחרי שהגיע ליד המוצא ונעשה שומר אבירה וחל עליו חיוב של והיה עמך עד דרוש אחיך אותו, דורשהו אם רמאי אם לאו, אבל לפני שהגיע ליד המוצא כל מי שאומר שהוא שלו זוכה בממון אם אין מי שמכחיש.

שרוצה להרויח יותר. אבל במקום שיכול לטעון את שתי הטענות אין חסרון במגו. גם הנתיבות בכללי מגו כלל י"א כתב שאם אין הטענות סותרות אמרינן מגו לחצי טענה. ומביא ראיה לדבריו מדברי הרשב"ם כאן. כלל זה כתבו גם האור"ש בפ"ג מיבום ה"א בשם המהרי"ט והקו"ש לעיל אות תט"ז.

עוד כתב הרשב"ם שאין לומר ששאלת הגמ' פשיטא היא מכח הדין של יכיר ואז הנאמנות יהיה גם לגבי נכסים שיפלו לו אח"כ, שאין נאמנות של יכיר אלא כשידוע שהוא בנו והוא אומר בני זה בכור, אבל לומר שהוא בנו כשלא ידוע אם הוא בנו אין נאמנות של יכיר. וכ"כ התוס' בד"ה ליורשו. רע"א בגליון הש"ס לעיל קכ"ז: מקשה שדברי הרשב"ם כאן סותרים את דבריו לעיל קכ"ז: ששם מוכח מדבריו דס"ל שיש נאמנות של יכיר לומר זה בני גם כשלא הוחזק בנו. ועיין לעיל קכ"ז: שהובאו דברי הרשב"ש בדף קכ"ו: והקצה"ח ס' רע"ז סק"ב והאור"ש פ"ד מנחלות ה"ג בישוב הסתירה בדברי הרשב"ם.

הרמב"ם בפ"ב מנחלות ה"ד כתב בהדיא שנאמנות האב מדין יכיר הוא גם לומר זה בני על מי שלא הוחזק בנו. ולא כרשב"ם ותוס' כאן. ולדבריו היה אפשר לפרש שאלת הגמ' פשיטא שנאמן מדין יכיר, והנאמנות הוא גם לענין נכסים שיפלו אח"כ. ובאמת הרמב"ם בפ"ד מנחלות ה"א כתב הנאמנות של אב לומר זה בני ולא חילק בין נכסים שיש לו בשעת אמירה לנכסים שנפלו לו אח"כ. וכתב הב"י בחו"מ ס' רע"ט דמשמע שהרמב"ם ס"ל שנאמן גם לגבי נכסים שיפלו אח"כ. ולכאורה הרמב"ם בזה לשיטתו דס"ל שיש ע"ז נאמנות של יכיר ולא צריך להגיע למגו. אך תמה הלח"מ שם שברמב"ם מבואר שהנאמנות הוא בזה בני וזה אחי. ולגבי אח אין נאמנות של יכיר וע"כ הנאמנות לגבי אח הוא מכח מגו. ואמאי נאמן על אחיו לגבי נכסים שיפלו אח"כ הרי לגבי זה אין לא מגו ולא יכיר.

הרא"ש כתב שהר"מ תמה על דברי הרשב"ם דפליאה גדולה לומר שאדם שבא ממדה"י ובנו עמו ואומר זה בני שאין הבן יורש נכסים שיפלו לו לאחר מכאן. ולכן מפרש ששאלת הגמ' פשיטא אינה מכח מגו אלא מכח מתני' דפרק האומר שהובא בסמוך. אך לא ביאר הרא"ש טעם הנאמנות לענין נכסים שיפלו לאחר מכאן. וכתב הקצות בס' רע"ז סק"ב שהרא"ש ס"ל בזה כהרמב"ם שיש נאמנות של יכיר גם כשלא הוחזק בנו. אך אין זה מוכרח שברמב"ם בעצמו מוכח שנאמן גם על נכסים שיפלו אח"כ בלי הדין של יכיר שהרי הרמב"ם כתב שנאמן גם על אחיו.

הקצה"ח בס' רע"ט סק"ב מישב קושיית הלח"מ שלעולם הנאמנות לדעת הרמב"ם הוא מדין מגו. ומה שנאמן גם על נכסים שיפלו לאחר מכאן הוא משום דס"ל שגם ע"ז יש מגו דאף שאינו יכול להקנות דשלב"ל מ"מ יכול לחייב עצמו בחוב ולשעבד לחוב זה גם נכסים שיפלו לו לאחר מכאן דקי"ל דאיכני קנה. ומה שלעיל בדף קכ"ז: מבואר דליכא מגו לגבי נכסים שיפלו אח"כ הוא משום דשם איירי לענין שאלת הגמ' יכיר למה לי. ומן התורה ליכא מגו למה שיפול אח"כ דהא דדאיכני קנה אינו אלא תקנ"ח אבל מן התורה כשם שא"א להקנות דשלב"ל ה"ה שא"א לשעבד דשלב"ל. אבל אחרי שתקנו חכמים שאפשר לשעבד דשלב"ל אית ליה מגו גם לגבי מה שיפול אח"כ. וכ"כ הנתיבות שם סק"ב בשם התומים.

הרשב"א גם חולק על הרשב"ם ומוכיח שנאמן אפי' לגבי נכסים שיפלו אח"כ. ובדברי הרשב"א מבואר שהנאמנות אינו מטעם יכיר וגם לא מטעם מגו. וז"ל אלא מסתברא דהכא נאמן ליורשו אפי' בנכסים הבאים לאחר מותו שנוטל הוא עם בניו בראוי כבמוחזק, ופשיטא דהא ליכא דמכחיש

אמרינן קם דינא ונעשה הממון שלו מכח הפקר ב"ד הפקר. וא"כ כבר אין ממ"צ ואין ראובן מקבל תוספת ירושה בנכסי הספק אח"כ הקרקע שנתן ראובן נמצא בעין ביד הספק. והדברים לכאורה אינם מובנים שאם אומרים בזה קם דינא למה כשהקרקע של ראובן הוא בעין הוא כן מקבלו חזרה במיתת הספק. עיין בשערי יושר ש"ה פ"א שתמה בזה על הנתיבות. גם החזו"א תמה על דברי הנתיבות בחו"מ ס' ט"ו ד"ה והנה ע"ש.

נמצא שלפשוט הפשוט במשנה יש ראיה מכאן לש"ך שבחד גברא לא אמרינן קם דינא. ולרמ"א מוכח מכאן איפכא שגם בחד גברא אמרינן קם דינא.

אף שהמקור של הרמ"א הוא מדברי הטור בשם הרמ"ה כבר העירו האחרונים שביד רמה כאן מבואר בהדיא הפך דברי הרמ"א. הרמ"ה כתב שכל זמן שיש ביד שמעון הקרקע שהיה צריך לתת לספק מקבל ראובן תוספת ירושה בנכסי הספק כנגד אותו קרקע שביד שמעון. ואין נ"מ אם הקרקע שראובן נתן קיים ביד הספק או לא, שאם אינו קיים מקבל ראובן בשאר נכסי הספק כנגד אותו קרקע שביד שמעון. וזה איפכא ממה שכתב הרמ"א בשם הרמ"ה. ומדברי הרמ"ה מוכח דלא אמרינן בזה קם דינא וי"ל שהוא משום דלא אמרינן קם דינא בחד גברא כמו שכתב הש"ך. ועיין בשערי יושר ש"ה פ"א שכתב שדברי הרמ"א הם ע"פ הטור בשם הרמ"ה ושם חסר חלק מדברי הרמ"ה. ולפי מה שמבואר ביד רמה אין הדין כמו שכתב הרמ"א.

אמנם גם הרמ"ה כתב שיש אופן שאין ראובן מקבל חזרה אלא אותו קרקע שנתן ולא ממון אחר והוא כשהקרקע שהיה ביד שמעון אינו קיים בידו, ואין לשמעון דין גזלן שחייב באונסין כיון שהחזיק בממון בהתר, א"כ לא מגיע לראובן תוספת ירושה כיון שגם לשמעון אין שום תוספת שמה שהיה בידו אינו קיים בזמן שמת הספק. אך גם באופן זה אם הקרקע של ראובן נמצא בעין אצל הספק הוא חוזר לראובן. דהיינו שבין לרמ"ה בין לרמ"א יש אופן שראובן מקבל רק אותו קרקע שנתן ולא שאר נכסים. לרמ"ה כשאין הקרקע שביד שמעון קיים. ולרמ"א גם כשהקרקע קיים ביד שמעון.

אך סברת החילוק בין אם הקרקע של ראובן קיים או שאינו קיים אינו מובן, בין אליבא דהרמ"א בכל גווני, בין אליבא דהרמ"ה כשאין הקרקע של שמעון קיים. שאם מה שאין הקרקע של שמעון קיים גורם שלא מגיע לראובן תוספת ירושה א"כ מה שבכך שמה שהוא נתן עדיין קיים. ועיין בשערי יושר שם שמאריך לבאר ענין זה.

החזו"א בחו"מ ס' ט"ו מאריך לישב פסק הרמ"א דאף שברמ"ה מבואר שלא כדבריו מ"מ מראשונים אחרים מוכח דס"ל כפסק הרמ"א. ומקור החילוק בין הקרקע שנתן ראובן לבין שאר נכסי הספק בין לרמ"ה בין לרמ"א כתבו השערי יושר והחזו"א שהוא מלקמן קל"ה: בספק של שבחו נכסים מאליהם כמו שיתבאר שם בס"ד.

דף קלד:

ליורשו פשיטא. הרשב"ם מבאר ששאלת הגמ' פשיטא היא דאית ליה מגו שיכול לתת לבנו נכסיו במתנה. ושאלת הגמ' היא רק על נכסים שיש לו עכשיו ולא על מה שיפול לו אח"כ שע"ז אין לו מגו וע"ז באמת אינו נאמן. התומים בכללי מגו כלל ל"א מקשה על הרשב"ם דהוי מגו לחצי טענה שהרי לפי דבריו שהוא בנו מגיע לו גם נכסים שיפלו אח"כ, ומגו יש לו רק על נכסים שיש לו עכשיו. וכתב התומים שמגו לחצי טענה הוא רק במקום ששתי הטענות סותרות [כשהיא דלעיל ל"ה: בתוד"ה ואי דלי ליה ע"ש] שבוזה יש חסרון במגו דשמא לא טען טענת המגו מפני

במרדכי בפרק מצות חליצה דהתר יבמה לשוק הוי דבר שבערוה.

הקובצה ע' בס' ל"ה אות ה' כתב בשם ספר התרומה שהתר יבמה לשוק הוי דבר שבערוה, ומביא הקובצה ע' ראייה לדבריו מהכא שלמדו נאמנות של בעל לומר גרשתי את אשתי משום דבידו לגרשה מהא דנאמן לומר יש לי בנים לפטור מיבום משום דבידו לגרשה. אי נמיא דהתר יבמה לשוק אינו דשב"ע אלא איסורין איך למדו נאמנות בדשב"ע מנאמנות של איסורין. אלא מוכח שגם התר ליבם דינו כדבר שבערוה.

התם דלא מוחזק לן באח. מקשה הרשב"ם אם לא מוחזק לן באח בלא"ה היא מותרת ומה נ"מ מהנאמנות שיש לו לומר יש לי בן. וכתב שיש נ"מ מנאמנותו אם אח"כ יבוא אדם ויאמר שהוא אח שלא תאסר לשוק כיון שכבר נתקבלה הנאמנות שיש לו בנים. וכ"כ רש"י בקידושין. המהרש"א תמה על רש"י והרשב"ם שאפי' אם לא היה אומר יש לי בן אין האח שבא ואמר שהוא אח נאמן לאסור. ומביא המהרש"א שהרא"ש כתב נ"מ היכא שבאו עדים אח"כ ואמרו שיש אח שאינה נאסרת מכח העדים כיון שהבעל אמר שיש לו בן.

הכא אע"ג דמוחזק ליה באח. כתב הרשב"ם שמוחזק לן בחזקה בעלמא בלא עדים. התוס' רי"ד מקשה על הרשב"ם אמאי פירש שלא הוחזק בעדים הרי גם אם הוחזק בעדים שיש אח הוא נאמן לומר יש לי בנים משום שבידו לגרשה. ואין זה מגו נגד עדים שאינו מכחיש את העדים אלא אומר שאף שיש אח אינה צריכה יבום כיון שיש לו בן. וכן תמה רע"א ומוסיף רע"א שהגמ' מדמה נאמנות הבעל לומר יש לי בן לנאמנותו לומר גרשתי את אשתי ושם נאמן אף שיש עדים שהיתה אשתו. ועיין בשיטמ"ק בשם תוס' הרא"ש שכתב על דברי הרשב"ם שהדין עמו שאם יש עדים שיש לו אח אין הוא נאמן כדמוכח בקידושין והדברים לכאורה צ"ע.

מפני מה אמרו זה בני נאמן הואיל ובידו לגרשה. האחרונים הקשו מכאן על הרמב"ם בפ"ב מנחלות הי"ד דס"ל שהנאמנות של יכיר הוא גם לומר על מי שלא הוחזק כבנו שהוא בנו א"כ למה צריך להגיע לבידו ת"ל שנאמן לפטור מהיבום כשאומר זה בני מדין יכיר. הש"ש בש"ב פ"כ כתב שאין נאמנות האב מדין יכיר אלא לענין דין הבן ולא לפטור מיבום שאינו דין של הבן אלא דין של אמו. וכ"כ בשערי יושר ש"ו פי"ג ד"ה והנה יש להוכיח.

רע"א בתשובה ק"י כתב שאין לומר שהנאמנות הוא רק לגבי דין הבן שהמקור של הנאמנות של האב לפסול את בנו כתבו התוס' לעיל שהוא מהא דנאמן לומר בני זה בכור, וכשאומר על הקטן שהוא בכור הרי הוא אומר שהגדול אינו בנו אלא הוא ממזר. הרי שלא אומרים לגבי נאמנות זו שאין לך בו אלא חידושו אלא אמרין שלא האמינה תורה לחצאין ומזה שנאמן לענין בכורה ילפינן שנאמן נמי לענין לפסול. וא"כ ה"ה שמהנאמנות לגבי דין הבן צריך ללמוד שיש נאמנות גם לגבי דין האם.

וכתב רע"א שיש מקום לומר שהנאמנות הוא רק לגבי דין הבן ולא לגבי האם רק לשיטת רבינו אליהו שהובא בתוס' לעיל קכ"ז: דס"ל שלא לומדים הנאמנות לפסול מהנאמנות לגבי בכורה אלא יש לימוד נפרד מבין השנואה שנאמן לפסול. ולדבריו שפיר י"ל שלא האמינו לכל דבר אלא רק לגבי דין הבן. ויש צד ברע"א לתלות מחלוקת הראשונים אם האב נאמן לומר זה בני במחלוקת התוס' ורבינו אליהו ע"ש.

דיבוריה עכ"ל. ובהמשך דבריו כתב בהדיא שנאמן אפי' מוחזק בבנים אחרים בלי שום מגו. ואין הטעם משום יכיר אלא כמו שכתב הרשב"א שנאמן משום דליכא דמכחיש ליה. ולכאורה הפשט בזה דכיון שהוא טוען ברי שזה בנו ואין מי שיכול לטעון ברי כנגדו, וכיון שאין כאן הוצאת ממון מחזקתו שהספק הוא מי הוא היורש הרי הוא נאמן מכה טענת ברי שאין כנגדו טענת ברי של אחר. גם הריטב"א כתב על דרך זה ע"ש.

ומה שבבכור צריך להגיע לנאמנות של יכיר ואינו נאמן מכה טענת ברי עיין בריטב"א שלגבי חלק בכורה איכא הכחשה של הפשוטים משא"כ לגבי זה בני אין הם יכולים להכחיש. אבל חלק זה לא נזכר ברשב"א. ובדעת הרשב"א י"ל ע"פ דברי הנתיבות בס' רע"ה סק"ט שהובא לעיל קכ"ז. שמוכיה מהגמ' שם שחלק בכורה עד החלוקה הוא ממון של הפשוטים ויש לבכור על הפשוטים חוב ושיעבוד לקבל מהם חלק בכורה. וא"כ גם לצד שבן זה הוא בכור הפשוטים זוכים בממון אלא שיש עליהם חוב לבכור. בזה דברי האב הוא להוציא ממון מהפשוטים. ולגבי זה לא סומכים על הברי של האב.

הקובצה ע' ס' כ"א באות כ' כ"א כתב על דרך זה בדעת הרמב"ם לישב קושית הלח"מ אך כתב בנוסח אחר. שלרמב"ם אין הנאמנות לא מדין יכיר ולא מכה מגו אלא מדין הודאת בע"ד. ואף שחב בהודאתו ליורשים כיון שההודאה היא בזמן שהממון שלו הוא נאמן גם לגבי היורשים. ומה שלגבי בכור צריך להגיע לנאמנות של יכיר מבאר הקובצה ע' ע"פ הנתיבות כנ"ל. ולשונו של הרשב"א שכתב שנאמן מפני שאין מי שמכחיש משמע יותר כמו שכתבנו שזה מדין טענת ברי ולא מדין הודאת בע"ד. שאם נאמן מכה הודאת בע"ד יהיה נאמן גם אם יש מי שמכחיש.

נמצא הדרכים בביאור הנאמנות לומר זה בני ובביאור שאלת הגמ' ליורשו פשיטא א. לרשב"ם מגו ונאמן רק לגבי נכסים שיש לו עכשיו. ב. לסוברים שיש נאמנות של יכיר גם במי שלא הוחזק לבנו יש לפרש שאלת הגמ' מדין יכיר. וכן כתב הקצות בדעת הרא"ש. וא"כ הנאמנות הוא גם לגבי נכסים שיפלו אח"כ. ונאמנות זו היא רק לגבי בן ולא לגבי שאר יורשים. ג. הקצות מפרש שלרמב"ם הנאמנות הוא מטעם מגו ואעפ"כ נאמן גם על נכסים שיפלו אח"כ שגם ע"ז יש מגו. ד. לרשב"א נאמן מסברא בלי מגו ובלי יכיר מפני שאין מי שמכחיש אותו. ולדבריו נאמן גם בנכסים שיפלו אח"כ וגם בשאר יורשים ולא רק בבן. ה. הקובצה ע' כתב שיש כאן נאמנות של הודאת בע"ד. וגם לדבריו נאמן גם בשאר יורשים וגם בנכסים שיפלו אח"כ. וברמב"ם י"ל בשלשה דרכים אלו.

לפטור את אשתו מן היבום אצטריכא ליה. יש לעיין איזה דין נאמנות צריך כדי להתיר את האיסור של יבמה לשוק, אם נחשב כדבר שבערוה ואין דשב"ע פחות משנים או שדינו כאיסורין דסגי בע"א. רע"א בתשובה קכ"ד מביא שהנתיבות מחדש שע"א שמעיד על מיתת הבעל כשכבר אין נ"מ לענין התר האשה אלא לענין להכשיר את הבנים מחשש ממזרות העד נאמן אף שלא שייך בזה דייקא ומינסבא שרק לענין התר האשה צריך להגיע לדייקא דהוי דבר שבערוה. משא"כ התר הבנים מחשש ממזרות שאין בו מיתה אלא לאו דינו כאיסורין וע"א נאמן בזה בלי דייקא.

וכתב ע"ז רע"א שגם איסור לאו יכול להיות דבר שבערוה דעיקר דבר שבערוה הוא סוטה אף שאין בו אלא לאו. הראיה מסוטה דוחה רע"א דשאני סוטה דטומאה כתיב בה כעריות. אך מביא רע"א ראייה מיבמה לשוק דהוי לאו ואעפ"כ הוי דבר שבערוה כדמוכח ביבמות צ"ד: שהגמ' מסתפקת ע"א ביבמה מהו ע"ש. ומביא רע"א שמפורש

לבעל ענין להתירה דוקא לכהן. אבל בנידון דר"י והרשב"א א"א לומר שאין לו ענין שאדם זה יקנה שמדובר שם שכבר מכר לאדם זה. ועכשיו טוענים ללוקח מה שהמחזיק היה יכול לטעון. וכיון שכבר מכר בודאי יש לו ענין שמי שקנה ממנו יכול להחזיק בקרקע שקנה. וע"כ שאין ענין זה נוגע לדברי הרמב"ן. ועיין מה שכתבנו בס"ד שם בדף ל. במחלוקת ר"י והרשב"א.

נחלקו האחרונים מה שיטת התוס' בענין זה. המהרש"א בריש דף קכ"ה. כתב שמדברי התוס' בד"ה הואיל משמע שחולק על הרשב"ם וס"ל שאסורה לכהן. וכונתו שמפרש מה שכתבו התוס' מ"מ חשיב מגו לפוטרה מן היבוס היינו שאף שאין לו נאמנות להתיר לכהן אין זה מגרע את הנאמנות לענין לפטור מיבוס. המל"מ הנ"ל בפ"ג מיבוס ה"א כתב שאין ראיה מהתוס' אי ס"ל כרמב"ן או כשלט"ג. דהיינו שיש לפרש איפכא שכונת התוס' שעיקר רצונו הוא להתיר ליבוס ולגבי זה אין חסרון במגו וממילא היא מותרת גם לכהן. התומים בכללי מגו ס' פ"ב כלל ל"א ל"ב כתב ב' דרכים אלו בביאור דברי התוס' ומסיק שהלשון נראה יותר כדברי המהרש"א שהתוס' חולק על הרמב"ן.

הקצות הנ"ל כתב שדעת התוס' כרמב"ן שמותרת גם לכהן. וגם זה צ"ב שלדברי המהרש"א מבואר בתוס' דלא כרמב"ן. וגם למל"מ אין ראיה מדברי התוס' מה שיטתם בזה. ונראה שאין כונת הקצות לתוס' ד"ה הואיל אלא לתוס' בסמוך ד"ה חזיא לכהנא רבה, שלכאורה מפורש בתוס' שם כדברי הרשב"ם והרמב"ן שהיא מותרת לכהן. ומה שהמהרש"א והמל"מ לא הביאו מהתוס' שם יבואר לקמן על דברי התוס'.

אכתי צריך להבין סברת החולקים על הרמב"ן למה מותרת לישראל ולא לכהן. דאי ס"ל כסברת הרמב"ן שאין לו ענין להתיר לכהן וא"כ אין חסרון במגו ולמה לא נתיר אותה גם לכהן. ואם לא ס"ל כרמב"ן אלא שיש לחוש שמא יש לו כן ענין להתיר אותה לכהן א"כ זה מגו לחצי טענה ואינו מגו כלל שלא היה יכול לגרש שהרי הוא רוצה להתיר לכהן.

הקו"ש בח"ב ס' ג' אות י"ג כתב שהסוברים שנאמן להתיר לישראל ואינו נאמן להתיר לכהן ע"כ ס"ל שמגו אינו בתורת אנן סהדי, שאם היה מכח אנן סהדי אי אפשר לחלק את הנאמנות. אלא ס"ל שמגו הוא שיש בטענה שהוא טוען את הכח נאמנות שהיה בטענה שהיה יכול לטעון. וא"כ עד כמה שהיתה מותרת אילו היה מגרש היא מותרת גם כשאומר יש לי בנים.

האו"ש בפ"ג מיבוס ה"א כתב שהחולקים על הרמב"ן ס"ל דאף שיש לו ענין להתיר לכהן אין חסרון במגו. דמגו לחצי טענה הוא כשאינו יכול לטעון את שתי הטענות. אבל היכא שאין הטענות סותרות ויכול לטעון את שתי הטענות אין חסרון במגו. כגון ההיא דלעיל שנאמן לומר זה בני לגבי הנכסים שיש לו במגו שיכול לתת במתנה, ואין בזה חסרון של מגו לחצי טענה שהרי יכול גם לומר שהוא בנו וגם לתת לו במתנה. וכן כאן יכול גם לגרש וגם לומר שיש לו בנים. וכיון שאין הטענות סותרות אין בזה חסרון של מגו לחצי טענה.

והדברים לכאורה צ"ב בשלמא בזה בני הוא נאמן לומר שזה בנו מכח המגו שהיה יכול לתת במתנה. ולא אמרינן שאין זה מגו דשמא אמר שהוא בנו ולא נתן במתנה מפני שרוצה שיקבל גם את הנכסים שיפלו לו אח"כ שהרי היה יכול גם לתת לו מתנה וגם לומר זה בני, והיה מועיל לפי מחשבתו באמירת זה בני לנכסים שיפלו לו אח"כ. א"כ אינו מפסיד כלום בזה שנותן מתנה לכן אין חסרון בראית המגו. אבל כאן אמנם יכול גם לגרש וגם לומר יש לי בנים אבל אם רצונו להתיר אותה לכהן אינו יכול לגרש שכזה

האמרי משה בס' י"א מביא ראיה שהנאמנות אינו רק לגבי דין הבן שהרי כשאומר בני זה ממזר הוא נאמן להתיר בממזרת, וזה לא רק דין של הבן אלא גם דין על האשה.

האו"ש בפ"ג מיבוס ה"א כתב שהנאמנות של יכיר הוא רק במקום שאינו חב לאחרים. והכא כשאומר יש לי בן הוא חב לאחריו שאוסר עליו ליבם וגם חב לאשתו שאוסר אותה ליבם. לכן צריך להגיע לבידו לגרשה שבידו לאסור אותה ליבם ע"י שיגרש.

הקו"ש כתב שהנאמנות לומר זה בני הוא רק כשהדין תלוי בזה שהוא בנו. לגבי יבוס אין הפטור משום שזה בנו אלא מפני שיש לו בנים. וכשם שאם היה אומר יש לי בנים לא היה נאמן מדין יכיר כיון שאינו אומר על בן מסוים שהוא בנו כך כשאומר זה בני אינו נאמן כיון שאין הפטור מכח שזה בנו אלא משום שיש לו בנים וע"ז אין לו נאמנות.

הואיל ובידו לגרשה. הקשו התוס' דמגו זה אינו מגו טוב כיון שאם היה מגרש תפסל לכהן. וכתבו דאעפ"כ חשיב מגו לפוטרה מיבוס. הרשב"א ורבינו יונה מקשים מה תירוץ הגמ' לפטור את אשתו מן היבוס אצטריכא ליה, כמו שהנאמנות לענין נחלה הוא פשיטא מפני שבידו לתת לו במתנה כך הנאמנות לפוטרה מן היבוס פשיטא שגם בזה הנאמנות הוא בגלל בידו. וכתבו שהחידוש בזה הוא דלא אמרינן שאין זה מגו טוב שאם היה מגרש היתה אסורה לכהן. דהיינו שמה שכתבו התוס' זה גופא החידוש. [לולא דבריהם היה אפשר לומר שיש חידוש בזה דסומכים על מגו ובידו בדבר שבערוה. שיש מקום לומר שמגו מהני רק בממון שיש בו דין טענה בזה המגו מחזק את הטענה ולא בדבר שבערוה שאין בו דין טוען ונטען].

המל"מ בפ"ג מיבוס ה"א מסתפק אם אשה זו שהותרה לשוק ע"י שבעלה אמר יש לי בנים ונאמן מפני שבידו לגרשה מותרת גם לכהן או לא. וכתב שנחלקו בזה הרמב"ן והשלטי גיבורים. הרמב"ן כאן מקשה אמאי נאמן במגו זה הרי זה מגו לחצי טענה שהגירושין אינו מתיר אלא לישראל והוא בא בטענה שיש לו בנים שזה מתיר גם לכהן. ותירץ הרמב"ן שעיקר רצונו שלא תיזקק ליבוס ולא חיישינן שמא יש לו ענין להתיר אותה דוקא לכהן. וכיון שאין חסרון במגו היא מותרת ע"י מגו זה גם לכהן. והשלטי גיבורים כתב דכיון שאין הנאמנות אלא מפני שיכול לגרשה היא מותרת רק לישראל שהיתה מותרת לו אם היה מגרשה ולא לכהן.

הקצה"ח בס' קמ"ו סק"א כתב שנחלקו בזה הרמב"ן והרשב"ם בסוגיין שלרמב"ן מותרת גם לכהן ולרשב"ם אסורה לכהן. וכתב הקצות שבמחלוקת זו תלוי מחלוקת ר"י והרשב"א שהובא בתוס' לעיל דף ל. במי שזכה בקרקע בטענת לקוח במגו דלא היתה שלך מעולם אם יכול למכור קרקע זו לאדם שמודה שהמכור היה המ"ק. שאם היה המחזיק זוכה בטענת לא היתה שלך מעולם לא היה אדם זה יכול לקנות מהמחזיק וסובר ר"י שלגבי אדם זה אין לו מגו והרשב"א חולק. וכתב הקצות שהרשב"א ס"ל כרמב"ן שמהני המגו להתיר גם לכהן כיון שלא איכפת לו אם תינשא לכהן או לא, א"כ גם בזה לא איכפת לו מי יקנה ממנו. ור"י ס"ל שבידו לגרש אינו מתיר לכהן ומגו דלא היתה שלך מעולם אינו מתיר למי שמודה שהיתה שלו.

דברי הקצות בזה לכאורה תמוהים בתרתי א. מה שכתב שהרשב"ם חולק בזה על הרמב"ן ברשב"ם בסמוך ד"ה הא אמר מפורש שאם ניתרת בטענת יש לי בנים היא מותרת לכהן. וזה כרמב"ן. וכן כתב המהרש"א ששיטת הרשב"ם כרמב"ן שמותרת לכהן. עיין בקו"ש ח"ב ס' ג' אות י"ג שתמה בזה על הקצות. ב. מה שכתב שהרשב"א בתוס' שם כרמב"ן לכאורה אינו מוכן שטעמו של הרמב"ן שאין

היא תאסר לכהן. א"כ כאן יש חסרון במגו דשמא מה שאינו מגרש הוא מפני שרוצה להתיר לכהן ואמאי אין בזה חסרון של מגו לחצי טענה. רצ"ע.

כאן למפרע כאן להבא. מבואר שהנאמנות של בידו הוא רק לענין להבא ולא למפרע. והטעם הוא שבידו הוא מגו ומגו למפרע לא אמרינן. הרא"ש בגיטין פרק הנזקין מוכיח שהנאמנות של בידו אינו מדין מגו אלא שבידו נותן לו דין נאמנות של בעלים ונאמן אפי' כשכבר אינו בידו. וקשה מכאן דמבואר שהנאמנות של בידו הוא רק כ"ז שזה בידו ואינו נאמן למפרע. וכתב בזה הש"ש בש"ו פ"א שהדין נאמנות של בידו מדין בעלים הוא רק באיסורין ולא בדבר שבערוהו. ובדשכ"ע בידו מהני רק מדין מגו ולכן אינו נאמן למפרע. טעם הנאמנות של בידו באיסורין מדין בעלים מבאר בשערי יושר ש"ד שאדם הוא בעלים על האיסורים של ממונו שהרי יכול לאסור ממונו על אחרים. ע"י קונם לכן יש לו נאמנות לומר שממונו אסור על אחרים. וכן מי שבידו לאסור יש לו אותו נאמנות שיש לבעלים. ומה"ט כתב שם שהנאמנות של בעלים הוא רק לאסור ולא להתיר ע"ש.

תוד"ה למפרע. הקשו מאי קמ"ל פשיטא שאינו נאמן למפרע שאם היה נאמן למפרע מה הועילו חכמים בתקנתם שתקנו זמן בגיטין כדי שלא יחפה הרי יכול לחפות ע"י שיאמר גרשתי למפרע. רע"א כתב לישב קושית התוס' שגם אם היה נאמן למפרע אין זה אלא לגבי האיסור וההתיר ולא לגבי עונש מיתה, לא לחיוב ולא לפטור. וכ"כ הש"ש ש"ו פ"ב שרק לגבי האיסור ס"ד להשוות דשכ"ע לאיסורין ששם באמת מהני בידו למפרע כמבואר ברא"ש הנ"ל. אבל לגבי לפטור ממיתה פשוט שאין הבידו מדין בעלים אלא מדין מגו ולא מהני למפרע.

אמר למפרע מהו להמוניה להבא. מבואר בגמ' שכל הנידון בזה הוא אם פלגין דיבורא או לא. דהיינו שמצד הנאמנות פשוט שצריך להיות נאמן מכאן ולהבא אף כשאומר שגירש למפרע אלא שיש צד לומר שא"א להאמין לחצאין. והדברים צ"ב דלכאורה כשאומר שגירש למפרע ליכא נאמנות כלל לענין מכאן ולהבא, דכיון שאמר למפרע ואין בידו להתיר למפרע ע"י גירושין אין לך מגו לחצי טענה גדול מזה, דמה שלא גירש אלא אמר שגירש הוא מפני שרוצה להתיר למפרע.

ואין לומר על דרך הרמב"ן שכתב לגבי ההתיר לכהן שאין לו ענין להתיר לכהן ולכן אין זה מגרע את המגו, ונאמר גם כאן דאיירי באופן שאין אנו רואים סיבה לחשוש שיש לו ענין להתיר אותה למפרע, שהתוס' ר"ד כתב שכל מה שיש צד לומר שלא פלגין דיבורא הוא רק כשעיקר כונת העדות הוא על למפרע אבל אם אין לו ענין להתיר למפרע אלא עיקרו להבא פשוט שפלגין [עיי' בזה לקמן]. וכן ביד רמה מפורש דאיירי הכא באופן שכונתו להתיר למפרע ואעפ"כ נאמן לענין מכאן ולהבא. ואינו מובן אמאי אין בזה חסרון של מגו לחצי טענה.

הנתיבות עמד בזה בס' פ"ב בכללי מגו סק"א וכתב דבידו שאני משאר מגו שהנאמנות של בידו הוא מדין בעלים ולא מדין מגו כמבואר ברא"ש בגיטין פרק הנזקין. ודבריו לכאורה תמוהים שאם דברי הרא"ש קיימים כאן אמאי אינו נאמן גם למפרע. וע"כ כמו שכתב הש"ש שדברי הרא"ש נאמרו רק באיסורין ולא בדבר שבערוהו שבזה אין דין נאמנות של בעלים אלא רק מכח מגו, ולכן אינו נאמן למפרע. וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה אמאי נאמן לענין מכאן ולהבא הרי זה מגו למפרע.

הובא לעיל שהאר"ש כתב בפ"ג מיבום ה"א שמה שנאמן לומר יש לי בנים לפטור את אשתו מיבום לסוברים שאסורה לכהן ואין זה נחשב מגו לחצי טענה הוא משום דהיכא שיכול לטעון את שתי הטענות אין חסרון של מגו לחצי טענה. וכשאומר יש לי בנים יכול גם לתת גט. וא"כ גם כאן י"ל דאף שאומר שגירש למפרע אכתי יש סיבה להאמין מכאן ולהבא מפני שבידו לגרש. ואף שהוא רוצה להתיר אותה למפרע וזה לא יהיה לו ע"י שיגרש מ"מ אין חסרון במגו שהיה יכול גם לומר שגירש למפרע וגם לחזור ולתת גט עכשיו. ויאמר שאם לא יאמינו שגירש בעבר הרי הוא מגרש עכשיו. ומדלא עשה כן יש לו נאמנות לענין מכאן ולהבא. ואף שלעיל כתבנו שלכאורה דברי האר"ש אינם מובנים היינו לענין להתיר לכהן שאם היה מגרש לא היה יכול להתיר לכהן א"כ ליכא מגו דשמא לא עשה כן מפני שרוצה להתיר לכהן. אבל הכא מה שיתן עכשיו גט לא יקלקל את מה שאומר שגירש למפרע. ושפיר אית ליה מגו לענין מכאן ולהבא.

נמצא דהא דליכא הכא חסרון של מגו לחצי טענה הוא משום שיכול גם לומר שגירש למפרע וגם לגרש מכאן ולהבא והיכא שיכול לטעון את שתי הטענות אין חסרון של מגו לחצי טענה.

יש לעיין בכל מי שבא ואומר גרשתי הרי אנו רואים שלא גירש עכשיו וע"כ טוען שגירש לפני שבא לפנינו וא"כ הוי כאומר גרשתי למפרע שאינו נאמן אפי' לענין מכאן ולהבא למ"ד דלא פלגינן. אך עיין בשערי יושר ש"ו פ"ב בד"ה ובמס' ב"ב שאם הלמפרע הוא על זמן כזה שאין נ"מ בדין אם מגורשת מעכשיו או למפרע הוא נאמן מכח בידו בלי פלגינן. שכל הדין שאנו דנים ע"פ דבריו שגירש למפרע בידו לעשות ע"י שיגרש עכשיו. וא"כ אף שכל האומר גרשתי אין כונתו עכשיו ממש אלא רגע קודם אין זה נחשב למפרע.

פלגינן דיבורא. התוס' ר"ד מקשה אמאי איכא מ"ד דלא פלגינן הרי מבואר בכמה מקומות דפלגינן דיבורא. שהאומר זה בני נאמן לענין ירושה ואינו נאמן לחייבו מיתה אם חבל הכן באביו. וכן נאמן לומר זה בני לגבי נכסים שיש לו שבידו לתת לו במתנה ואינו נאמן לגבי נכסים שיקנה אח"כ. וכן אשה שאמרה מת בעלי נאמנת לינשא ואין היורשים נכנסים לנחלה על פיה. וכתב ע"ז התוס' ר"ד שבכל אלו עיקר כונת העד הוא על הדבר שיש לו נאמנות. ובזה כו"ע מודו שמקבלים את העדות לענין מה שהוא נאמן ולא מקבלים לענין מה שאינו נאמן. משא"כ הכא איירי שאשתו זינתה ועיקר עדותו הוא לענין למפרע שע"ז אינו נאמן. בזה יש מ"ד שכיון שאינו נאמן על עיקר העדות לא פלגינן כדי להאמין לענין מה שיש לו נאמנות. דכיון שעיקר העדות בטלה בטלה כולה.

בכל הראיות שמביא התוס' ר"ד שפלגינן דיבורא אין הנידון לחלק את הדיבור אלא להאמין לכל הדיבור לגבי דבר אחד ולא להאמין לגבי דבר אחר. כגון אשה שאומרת מת בעלי שנאמנת להתיר עצמה לינשא ולא להוריד את היורשים לנחלה, לא שייך בזה לחלק את הדיבור. והפלגינן בזה הוא פלגינן נאמנות ולא פלגינן דיבורא. וכן בזה בני שנאמן לירושה ולא לחייבו מיתה. משא"כ הנידון דסוגיין אינו לחלק את הנאמנות אלא לחלק את הדיבור, להאמין שגירש ולא שגירש בזמן שהוא אומר שגירש. וכן מבואר ברע"א ביבמות כ"ה. שגם המ"ד שלא פלגינן דיבורא מודה שפלגינן נאמנות. [עיי' בקה"י כתובות ס' י"ח]. ולדבריו לא קשיא קושית התוס' ר"ד.

אמנם דין זה של פלגינן נאמנות שנוי במחלוקת הראשונים. שהריטב"א מקשה על מה שמבואר כאן שבתרי גופי פלגינן

מקצתה בטלה כולה ולא פלגינן. וכשעל חלק הוא בעל דבר שאין לו שם עד כלל לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה אלא בזה פלגינן. ג. לתוס' רי"ד אם עיקר העדות הוא פסול אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ואם על עיקר העדות הוא כשר פלגינן דיבורא.

תוד"ה פלוני בא על אשתי. התוס' נדחקו בביאור הגמ' בסנהדרין שהיה ה"א שמתוך שנאמן על חברו נאמן גם על אשתו אף שהוא קרוב שלה. ולפי הראב"ד שהובא ברא"ש הנ"ל במכות הביאור בגמ' בסנהדרין הוא שפשוט שאדם פסול להעיד על אשתו אלא דס"ד שזה רק פסול קורבה ולא בעל דבר, וכיון שאינו בעל דבר על אשתו יש לו דין של עד פסול, וא"כ לא פלגינן אלא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. קמ"ל שאינו רק קרוב אצל אשתו אלא הוא בעל דבר אצל אשתו ואין לו שם עד על אשתו ולכן לא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אלא פלגינן דיבורא. עיין מה שכתבנו בס"ד עוד בדברי הראב"ד לעיל דף מ"ג. ובמכות דף ז'.

דף קלה.

חזיא לכהנא רבה. כתב הרשב"ם לאו דוקא שבודאי אסורה לכהן כיון שהותרה ע"י שאמר גרשתי. ומבואר בהמשך דברי הרשב"ם שאם היה מתיר אותה בטענת יש לי בנים היתה מותרת לכהן. וזה כשיטת הרמב"ן ולא כמו שכתב הקצה"ח בס' קמ"ו סק"א שהרשב"ם חולק בזה על הרמב"ן. גם התוס' כתבו שאסורה לכהן כיון שאמר גרשתי ולא שהיה אומר שהיו לו בנים. ומבואר גם בתוס' שאם היה אומר יש לי בנים היתה מותרת לכהן. וקשה מכאן על המהרש"א שכתב שמדברי התוס' לעיל בד"ה הואיל משמע דס"ל שאסורה לכהן. ולדבריו דברי התוס' סתרי אהודי. וכן קשה על המל"מ שהובא לעיל שכתב שאין ראיה מה שיטת התוס' בזה. ואמאי לא הביא מתוס' זה שמפורש דס"ל כרמב"ן שמותרת לכהן.

התומים בס' פ"ב כללי מגו כלל ל"א ל"ב עמד בזה, וכתב שמדברי התוס' כאן אין הכרח ד"ל שכתבו רק שלא יתכן שהבעל אמר שמותרת לכהן כשהוא עצמו אומר שגירש. אבל אם היה טוען יש לי בנים היה מקום לומר שהוא אומר שמותרת לכהן. אבל אין הכרח שכונת התוס' שהוא יהיה נאמן ע"ז. ורק ברשב"ם משמע דדינא הכי שמותרת לכהן אם היה אומר יש לי בנים ע"ש. לכן המהרש"א והמל"מ לא הביאו מתוס' זה. אבל כבר כתבנו למעלה שהקצות כן מביא ששיטת התוס' כרמב"ן ולכאורה כונתו לתוס' זה.

הר"י מיגוש מפרש לשון הגמ' חזיא לכהנא רבה כפשוטו שטענת הבעל היא שהיו קידושי קדושי טעות ומעולם לא היתה מקודשת לו. ואיירי שגם לא נבעלה ומותרת לכהן גדול שאינה לא אלמנה ולא בעולה. וכ"כ הרמ"ה דאיירי בארוסה שהיה טעות בקדושיה. הרשב"א כתב שהיו קידושין על תנאי ולא נתקיים התנאי. הרמב"ן והריטב"א מקשים על פירוש זה דהוי כאומר גרשתי למפרע שהרי לדבריו שהקדושין היו קידושי טעות מעולם לא היתה מקודשת. ובזה לא שייך לעשות פלגינן דיבורא. וכן הקשה הקו"ש באות תנ"ז ע"ש.

ועוד צ"ב לפשט זה אמאי אמרו ע"ז זיל חוש לה הרי כל מה שיש צד שלא לסמוך על בידו לגרשה הוא רק לענין בעל שאמר גרשתי את אשתי דאם איתא דגירשה קלא אית לה. אבל האומר יש לי בנים בודאי נאמן משום דבידו לגרשה. וה"ה שאם אומר שהיו קידושי קידושי טעות צריך להיות נאמן משום דבידו לגרשה. וכמו שהוכיחו התוס' מזה דלא איירי באומר יש לי בנים ה"ה דמוכח דלא איירי שטוען מק"ט.

דיבורא מהירושלמי במכות כתב נכסיו לשני בנ"א והעדים קרובים לזה ורחוקים לזה מתוך שפסולים לזה פסולים לזה דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. והא התם הוי תרי גופי ואמאי לא פלגינן דיבורא. וכתב הריטב"א שבעדות לא פלגינן דיבורא דגזה"כ דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ומה שבפלוגי בא על אשתי פלגינן ולא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה הוא משום שאדם על אשתו הוא בעל דבר ואין לבע"ד דין עד, וכיון שאין ע"ז דין עדות אין בזה הגזה"כ של עדות שבטלה מקצתה ולכן פלגינן דיבורא.

הרא"ש בסוף פ"ק דמכות מקשה על הגמ' של אילעא וטוביה שהיו קרובים לערב ורחוקים ללוה ולמלוה ומבואר בגמ' דכיון שהם קרובים לערב אינם נאמנים גם על הלוה והמלוה, וקשה אמאי לא פלגינן דיבורא ונאמין לגבי הלוה ומלוה ולא לגבי הערב. וכתב הרא"ש בשם י"מ שבמקום שאפשר לחלק את הדיבור כגון בפלוני רבעני לרצוני או פלוני בא על אשתי מחלקים את הדיבור. אבל במקום שאי אפשר לחלק את הדיבור לא פלגינן נאמנות. וזה הפך דברי רע"א שכתב שאפי' למ"ד שלא פלגינן דיבורא פלגינן נאמנות והי"מ שברא"ש ס"ל שגם למ"ד פלגינן דיבורא לא פלגינן נאמנות.

עוד כתב הרא"ש שהראב"ד תירץ שבעדות לא פלגינן לא דיבורא ולא נאמנות דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ורק בפלוני רבעני או פלוני בא על אשתי שמעיד על עצמו או על אשתו שבזה הוא בעל דבר אין לבעל דבר על עצמו תורת עדות. ובזה לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לכן פלגינן דיבורא. וזה כדברי הריטב"א.

הקה"י בכתובות ס' י"ח מקשה על הי"מ שהובא ברא"ש שלא פלגינן נאמנות שבכמה מקומות מבואר דפלגינן נאמנות. כגון במת בעלי שנאמנת לגישואין ולא לנחלה כמבואר ביבמות קי"ז. ונתגירתי ביני לבין עצמי שנאמן לפסול את עצמו ואינו נאמן לפסול את בניו ביבמות מ"ז. וכן הא דמבואר לקמן קל"ה. זה אחי שאינו נאמן למעט את הירושה של שאר האחים אבל יכול עמו בחלקו. והובא לעיל שכבר עמד התוס' רי"ד בשאלות אלו. ובתירוצו של התוס' רי"ד מתישבים גם רוב ראיותיו של הקה"י.

הקה"י מישב שבמקום דלא בעינן עד כשר כגון מת בעלי או שויה אנפשיה או הודאת בע"ד פשוט שפלגינן נאמנות. אבל במקום שהנאמנות הוא מדין עדות ובעינן דוקא עד כשר לא פלגינן כיון שבעדות יש הלכה של עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

נמצא ג' דרכים בישוב קושית התוס' רי"ד שכאן יש מחלוקת אם פלגינן או לא וכמה דוכתי מוכח שפלגינן. א. תירוצו התוס' רי"ד שבמקום שעיקר כונת העד הוא החלק שעליו הוא כשר בודאי פלגינן. והנידון כאן הוא כשעיקר כונת העד הוא החלק שאין לו עליו נאמנות. ב. לרע"א המחלוקת כאן הוא בפלגינן דיבורא אבל פלגינן נאמנות אמרינן לכו"ע. ג. הקה"י בדעת הי"מ שמוכח ברא"ש במכות שלא פלגינן נאמנות היינו דוקא כשצריך עד כשר אבל כשלא צריך כו"ע מודו דפלגינן נאמנות.

לענין הסתירה בין הדין של פלגינן לדין של עדות שבטלה מקצתה א. לי"מ שהובא ברא"ש במכות כשאפשר לחלק את הדיבור מקבלים רק חלק ולא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. וכשא"א לחלק את הדיבור אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא מחלקים את הנאמנות. וכשאין זה דין עדות כו"ע מודו שפלגינן נאמנות כיון שאין בזה הדין של עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ב. לראב"ד ולריטב"א אין ג"מ בין פלגינן דיבורא לפלגינן נאמנות כשיש שם עד עם פסול אמרינן עדות שבטלה

האתון דאורייתא בס' ח' דן באריכות בגדר איסור יבמה לשוק אם האיסור מחמת אישות המת או מחמת הזיקה ליבם. ובד"ה והנה מצאתי מביא האתון דאורייתא מדברי הרשב"ם והב"ח כאן דמשמע בדבריהם שהאיסור יבמה לשוק הוא מחמת אישות הבעל המת ויש בזה חזקת איסור ממש ולא צריך להגיע בזה למחזיקים מאיסור לאיסור. [עיין מה שכתבנו בס"ד בדברי האת"ד בקידושין י"ד]. רבינו יונה כשמביא פשט זה של הרשב"ם והתוס' ר"ד שהחומרא של אשת איש הוא מחמת חזקת איסור כתב בהדיא שמה שיש לה חזקה הוא משום דמחזיקין מאיסור לאיסור.

רבינו יונה והרשב"א דחו פשט זה שהחומרא של אשת איש הוא משום דאית לה חזקת איסור שביבמות ל: מבואר שאשה בחיי בעלה היא בחזקת התר לשוק. ואף שבחיי הבעל היא אסורה לעלמא מ"מ היא בחזקת שכשימות בעלה תהיה מותרת לשוק. ועוד קשה מקידושין י"ב: שמוכא לשון זה אם בשבויה הקילו נקל באשת איש, ושם מיירי לענין מי שקידש בדבר שהיה ספק אם היה שוה פרוטה או לא. וא"כ ליכא חזקת איסור אלא חזקת פנויה ואעפ"כ החמירו באיסור אשת איש.

הרמב"ן כתב שמה שהקילו באשת איש אף שיש חשש שיש עדי טומאה הוא משום דכיון דמנוולה נפשה לגבי שבאי אין הדרך שנטמאת ולא חיישינן שיש עדי טומאה. וכן כתבו התוס' בכתובות בסוף דבריהם.

נמצא ד' דרכים בביאור הא דהקילו בשבויה ולא באשת איש. א. הרשב"ם והתוס' בקידושין כתבו ששבויה דרבנן. וקשה דאירי בעדי טומאה. ויש לישב ע"פ דברי תוס' הרא"ש. ב. שבויה אפי' אם נטמאה אינה אלא לאו משא"כ אשת איש שהיא במיתה. כ"כ התוס' בקידושין ובכתובות. וקשה דהכא ליכא אלא לאו דיבמה לשוק. ג. באשת איש יש חזקת איסור, או משום דמחזיקין מאיסור לאיסור, או משום שהאיסור לשוק הוא מחמת אישות הבעל והוי המשך של אותו איסור. וקשה מיבמות דמבואר דאיכא חזקת התר לשוק. ועוד קשה מקידושין דאירי שיש ספק אם היו הקידושין בש"פ ובזה ליכא חזקת איסור. ד. הרמב"ן והתוס' בכתובות כתבו ששבויה מקילים משום דלא שכיח שנטמאת כיון דמנוולה נפשה.

אלא דקאמרי לאו אחינו הוא אימא סיפא נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו הא אמרי לאו אחונא הוא. מבואר שבאופן זה שראובן טוען שהספק הוא אחיו ושמעון טוען ברי שאינו אחיו כשמת הספק ראובן יורשו ושמעון אינו יורשו. ויש לעיין מאיזה דין זוכה ראובן בכל הירושה, הרי לדבריו הירושה שייכת לו ולשמעון אחיו. ולדברי שמעון אין הממון שייך לא לראובן ולא לשמעון. א"כ לדברי שניהם אין לראובן כממון זה יותר מחצי.

התוס' רי"ד עמד בזה וכתב בשם רבינו יצחק שאין ראובן יורש אלא חלקו ולא כל נכסי הספק ושאר נכסי הספק יהיו מונחים עד שיבא קרוב אחר שיאמר שהוא היורש. וכתב ע"ז התוס' רי"ד שאין הדברים נראים אלא ראובן נוטל כל נכסי הספק. ואם יבא קרוב אחר יאמר ראובן שהספק היה אחיו והספק בעצמו הודה שהוא אחיו, ולדבריו הוא ושמעון הם היורשים. וכיון ששמעון אינו תובע חלקו שהרי הודה שהספק אינו אחיו, ראובן לוקח הכל. ודמי לחמישה אחים וארבעה אינם רוצים לירש שהחמישי יורש הכל. והדברים לכאורה צ"ב דגם אח שאינו רוצה לרשת יורש בע"כ. דלא מהני סילוק מירושה. ואם חלק מהאחים אינם רוצים לקחת את הממון בפועל אין סיבה שיהיה הממון של האח שרוצה לרשת. ובשלמא במקום שאחד מן האחים אינו יכול לזכות בחלקו בירושה, כגון שהוא מודר הנאה

חדא דמוחזק לן דלית ליה אחין ועוד הא אמר דלית ליה. כתב הרשב"ם שכלול בועד שגם אם היה מוחזק לן שיש לו אחים היה נאמן לומר שאין לו אחים משום דכידו לגרשה כמו שנאמן לומר יש לי בנים אף שהוחזק שיש לו אחים. ודברי הרשב"ם לכאורה אינם מוכרחים דהיכא שהוחזק שיש לו אחים והוא אומר שיש לו בנים אמנם היתה בחזקת זקוקה ליבום והוא נאמן להתיר מ"מ אינו אומר מפורש נגד מה שהוחזק לן. משא"כ כשהוחזק שיש לו אחים והוא אומר שאין לו אין הכרח דמהני בידו נגד החזקה. עיין בזה ברש"ש.

אם הקלנו בשבויה נקל באשת איש. כתב הרשב"ם שלגבי שבויה מקילים כיון שאיסור קל הוא והרבה הקילו חכמים באיסור שבויה שאפי' אשה וע"א נאמנים בה. לכאורה כונת הרשב"ם שהקילו מפני שאיסור שבויה דרבנן דמן התורה היא בחזקת התר. וכן כתבו התוס' בקידושין. וקשה הא מבואר בגמ' בכתובות כ"ג. דעדי טומאה איתמר. ועל הצד שיש עדי טומאה הרי היא אסורה מן התורה. וכן על מה שכתב הרשב"ם שהחומרא של אשת איש הוא שהיא בחנק תמה רע"א דאירי שמת הבעל ויצאה מחשש אשת איש ואין בה אלא חשש יבמה לשוק שהוא בלאו. גם התוס' בקידושין י"ב: ובכתובות כ"ג. כתבו שבשבויה הקילו מפני שהוא איסור לאו משא"כ אשת איש שיש בו חיוב מיתה. ותמה רע"א שכאן מבואר שהחמירו באשת איש אף שאינו נוגע אלא לאיסור יבמה לשוק שהוא לאו ואין בו מיתה.

וכן מה שמוסיף הרשב"ם שאשת איש היא בחזקת איסור צ"ב שלגבי האיסור של יבמה לשוק ליכא חזקת איסור. וכתב בזה הב"ח שכונת הרשב"ם שהיא בחזקת איסור מפני שכל זמן שהבעל היה חי היא אסורה מכח איסור אשת איש. ועכשיו שמת ויש ספק אם הותרה לעלמא ע"י המיתה או שעדיין אסורה באיסור יבמה לשוק הרי היא בחזקת איסור מכח האיסור שהיה עליה בחיי בעלה. ומה שכתב הרשב"ם שהיא בחנק אין כונתו חנק ממש אלא שיש צד שהיא עדיין אסורה בלאו מכח האיסור חנק שהיה עליה כשהיה בעלה חי.

התוס' רי"ד מבאר החילוק בין שבויה לאשת איש ששבויה יש לה חזקת התר ואשת איש היא בחזקת איסור. ואף שמבואר בגמ' בכתובות דאירי בעדי טומאה מ"מ כשיש ספק אם יש עדי טומאה או לא היא בחזקת התר. ורק לרשב"ם קשה מהגמ' בכתובות מפני שהרשב"ם כתב שהקילו בשבויה משום דהוי איסור קל כמו שהקילו להאמין לע"א ואשה. וקולות אלו הקילו משום שאיסור שבויה דרבנן וזה לא קיים כשיש צד שיש עדי טומאה.

התוס' הרא"ש שמוכא בשיטמ"ק בכתובות כ"ג. כתב שמה שאמרו שם דאירי בעדי טומאה אין הכונה שיצא קול שיש עדים שיודעים שנטמאת אלא שיש עדים שיודעים שנטמאת או לא. לדבריו ניהא שאין כאן אלא איסור דרבנן של שבויה אלא שהיה צד להחמיר מפני שיכול הדבר להתברר.

מה שכתבו התוס' רי"ד והב"ח שלגבי אשת איש יש חזקת איסור יש לפרש כב' אופנים. א. אף שאיסור אשת איש בודאי פקע מ"מ כיון שיש צד שהיא עדיין אסורה מחמת איסור יבמה לשוק אית לה חזקת איסור דמחזיקין מאיסור לאיסור. וא"כ דברי הרשב"ם והתוס' רי"ד תלויים במחלוקת רש"י ותוס' בביצה כ"ה. אם מחזיקים מאיסור לאיסור או לא. ב. אם האיסור של יבמה לשוק הוא מחמת אישות הבעל המת שפיר אית לה חזקת איסור ואין זה תלוי במחלוקת של מחזיקים מאיסור לאיסור או לא.

ראובן] א"כ שפיר איכא הודאה של ראובן שאין ממון זה צריך להשאר בידו אלא ביד שמעון. אבל לרבינו יצחק והריטב"א שחלקו של שמעון יהא מונח עד שיתברר מי היוורש ואין ראובן זוכה אלא בחלקו בודאי צדקו דברי הנתיבות שאין כאן הודאת בע"ד של ראובן שממון זה בלא"ה אינו של ראובן.

יש לכאורה להביא ראיה לדברי הרמב"ם שכל הממון נשאר ביד ראובן וממילא יש להודאתו של ראובן שם הודאה מהא דמבואר במשנה לעיל דהיכא ששמעון אינו טוען ברי שהספק אינו אחיו אלא טוען שמא, כשמת הספק ראובן ושמעון יורשים יחד את הספק. ונתבאר לעיל שמה שראובן יורש אף שאין עדים שהוא קרוב הוא מפני שהוא טוען ברי שהוא קרוב ואין אחר שמכחיש, ואין אף אחד שמוחקק בממון, ממילא ראובן זוכה מכח הטענת ברי שלו. וזה ניהא לגבי ראובן אבל במה זוכה שמעון שאינו טוען ברי שהוא יורש. ולכאורה צ"ל ששמעון זוכה מכח הודאתו של ראובן. וזה ניהא לרמב"ם והשו"ע שאם לא יזכה שמעון כל הירושה ישאר ביד ראובן א"כ שפיר מהני הודאתו של ראובן. אבל אי נמא שאם לא יזכה שמעון יהא חלקו של שמעון מונח או שיהיה ביד שלישי אין הודאתו של ראובן הודאה שאינו מודה על ממון שלו כמו שכתב הנתיבות ובמה זוכה שמעון כשהוא טוען שמא.

מנה לי בידך והלה אומר אני יודע. הקשו התוס' סתירה בדברי רב יהודה. וכתבו דמה דאית ליה לרב יהודה ברי עדיף היינו בברי טוב ושמא גרוע. אבל בברי גרוע ושמא טוב מודה רב יהודה דלאו ברי עדיף. ובדעת אב"י כתבו דס"ל שגם בברי גרוע ושמא טוב ברי עדיף כדמוכח מדברי אב"י כאן שאילו האח בעצמו היה טוען ברי היו מוציאים מהאח שטוען שמא מדין ברי ושמא ברי עדיף אף שהברי הוא גרוע והשמא הוא טוב. הקו"ש באות תס"א דן במה שכתבו התוס' לחלק בין ברי טוב ושמא גרוע לברי גרוע ושמא טוב אם הקובע הוא ברי טוב או שמא גרוע. דהיינו מה הדין אם הברי טוב וגם השמא הוא טוב או ששניהם גרועים. ומביא הקו"ש ראיה שתלוי בברי מהתוס' בב"מ צ"ז: שדחו הראיה מכאן שגם כאן הברי של האח הוא טוב שהיה לו לחוש שמא יכחישו אותו. וזה רק סברא שהברי הוא טוב אבל בודאי שאין שום חסרון בשמא של האח שאינו מכיר. א"כ חזינן דפשיטא להו שברי טוב ושמא טוב דינו כברי טוב ושמא גרוע.

מוסיף הקו"ש שגם מסברא נראה כן. שהחסרון של שמא גרוע הוא דכיון דהוי ליה למידע יש ריעותא בזה שאינו יודע וחישינן שמשקר והוא יודע ואומר שאינו יודע. ולמה נחשו לשקר הרי יש לו מגו שהיה יכול לטעון ברי. אלא בודאי שאין חסרון בשמא גרוע אלא הכל תלוי בברי טוב כדמשמע בתוס' בב"מ. עיין בב"מ ק. שכתבנו בס"ד שמדברי המרדכי שם שהובא בגאון בס' ע"ה סקמ"ו מוכח שהכל תלוי בשמא אם הוא גרוע או לא ולא כדברי הקו"ש שכתב שתלוי בברי.

יש לעיין בסברת אב"י דס"ל שגם בברי גרוע ושמא טוב איכא מ"ד דברי עדיף ואיזה מעלה יש בטענת ברי כשזה ברי גרוע הרי אין שום ראיה מברי זה שהרי הוא יודע שאין מי שמכיר בשקרו. ואיזה חסרון יש בטענת שמא כשזה שמא טוב ולא הוי ליה למידע. וצ"ל שאין מעלת הברי מכח ראיה שאומר אמת דבברי גרוע אין שום ראיה. אלא המעלה של טענת ברי הוא שכל טענה בממון שאין טענה כנגדו הוא סיבה לזכות בממון. שכל אדם התובע את חברו ממון וחברו טוען איני רוצה להשיבך זוכה התובע בטענתו כיון שאין שום טענה כנגדו. והמ"ד דאית ליה ברי עדיף אפי' בברי גרוע ושמא טוב ס"ל דטענת שמא אינה טענה כנגד טענת ברי. וכיון שאין לנתבע טענה כנגד טענת התובע

מהמוריש, או שהוא עובר שאין לו זכיה בירושה למאן דאית ליה הכי לקמן קמ"ב, בזה שאר היוורשים זוכים בממון. שכל יורש יש לו סיבה לקבל הכל, ואם אחד אינו זוכה השני זוכה בחלקו. אבל כאן לדברי ראובן גם שמעון הוא אח של הספק. וא"כ לדברי ראובן חצי מהירושה אינה שלו אלא של שמעון. ואף ששמעון מודה שאין הממון שלו מ"מ גם לדבריו אין הממון של ראובן, ובמה יזכה ראובן בממון זה.

הריטב"א כתב שאין כונת הגמ' שכל הירושה תשאר ביד ראובן אלא ישלשו ביד שלישי את הפירות מחלקם של שאר האחים. וזה על דרך רבינו יצחק שהובא בתוס' ר"ד הנ"ל. ברמב"ם בפ"ד מנחלות ה"ח וכן בשו"ע ס' ר"פ סע' ד' מבואר שאם שמעון טוען ברי שהספק אינו אחיו כל נכסי הספק נשארים ביד ראובן. וכן כתב היד רמה. וזה כדברי התוס' ר"ד ולא כדברי רבינו יצחק והריטב"א.

הא אמרי לאו אחונא הוא. כתב הרא"ש מכאן דקדק רבינו מאיר ז"ל שאם ראובן אומר לשמעון אני חייב לך מנה ושמעון אומר אינך חייב לי אע"פ שאין שמעון מוחל לו פטור ראובן אע"פ שראובן יודע בעצמו שחייב. הראיה מכאן הוא שראובן מודה ששמעון הוא אחיו של הספק ומגיע לו חלק בירושה, ואעפ"כ אין ראובן נותן לשמעון חלק בירושה מפני ששמעון מודה שאין הוא אח של הספק. והטעם מבאר הרא"ש דהוי כאילו מוחל לו ע"ש. וכן מבואר בדין של טענו חיטין והודה לו בשעורין שאינו משלם אפי' דמי שעורין משום דאיכא הודאה של התובע שאינו חייב שעורין אף שכנגד זה איכא הודאה של הנתבע שהוא כן חייב שעורין. עיין בזה בקצות בס' פ"ח סק"ט.

המל"מ בפ"ד מנחלות ה"ח מקשה על הרא"ש שאפי' אם היה מוחל בהדיא לא היה מועיל המחילה דלא מהני מחילה אלא על חוב ולא על ממון בעין. הקצה"ח בס' ר"פ סק"א כתב ע"ז בשם אחיו בעל תרומת הכרי, והוא בתרומת הכרי ס' פ"ח סע' י"ב, דהודאה נגד הודאה חשיב כתרי ותרי והוי ספק. וכיון דהוי ספק כל הנכסים נשארים ביד ראובן שהוא ודאי ואין ספיקו של שמעון מוציא מודאו של ראובן. והדברים לכאורה אינם מובנים אמאי הוי ראובן יתור ודאי משמעון הרי אם דברי ראובן הם אמת שהספק הוא אחיו הרי הוא גם אחיו של שמעון. ואם אינו אחיו של שמעון הוא גם לא אחיו של ראובן. ולמה נחשב ראובן ודאי יתור משמעון. וצריך לומר שכונת הקצות דאף שראובן אינו ודאי מצד המציאות אבל ראובן יש לו דין יורש ודאי כיון שהוא אומר שהוא יורש ואין מי שמכחישו ובאופן זה הוא נאמן לומר על עצמו שהוא היוורש. משא"כ שמעון יש עליו הודאה כנגד הודאה שדינו כספק. לכן הוא נחשב ספק לגבי ראובן.

הנתיבות בסק"ג כתב שאין הודאת ראובן הודאה נגד הודאתו של שמעון שהודאתו של שמעון היא הודאה על ממון שיש צד שהוא שלו שאינו שלו. וזה הודאת בע"ד גמור והוא היה נאמן ע"ז גם אם היו עדים שהוא אח של הספק דהודאת בע"ד מהני נגד עדים. משא"כ הודאתו של ראובן אינו על ממון שלו אלא על ממון שבלא"ה אינו שלו. שאם הוא אחיו של הספק ממון זה של שמעון. ואם אינו אחיו של הספק גם ראובן אינו אחיו של הספק והממון שייך למי שהוא היוורש של הספק. וממ"נ ממון זה שראובן מודה שהוא של שמעון אינו של ראובן. ולכן אזלינן בתר הודאתו של שמעון שאין כנגדה הודאת בע"ד של ראובן.

דברי הנתיבות לכאורה תלויים במחלוקת הראשונים שהובא לעיל. שלפי מה שמבואר ברמב"ם ובשו"ע שאם שמעון טוען ברי שהספק אינו אחיו כל הממון נשאר ביד ראובן [אף שטעם הדבר צ"ב דלכאורה ממ"נ אין ממון זה של

ברשב"א כאן שכתב שיש ללמוד מכאן שברי ע"י אחר אינו נחשב טענת ברי לחייב שבועת היסט. הרי שמדמה טענת ברי לגבי חיוב שבועה לטענת ברי לגבי ברי ושמה. ומה דנקט שבועת היסט לכאורה הוא לאו דוקא וה"ה שבועת מודה במקצת.

הקו"ש בכתובות ס' י"ז כתב שיש לחלק בדעת הראב"ד בין הדין של ברי לענין ברי ושמה לבין הדין ברי לגבי חיוב שבועה. שלגבי ברי ושמה בעינן ברי ממש כדי להוציא ממון משא"כ לענין חיוב שבועה בעינן רק דין טענה, ולענין זה י"ל דסגי בברי ע"י אחר. אך מקשה הקה"י דשיטת הראב"ד שאין חיוב שבועת ע"א כשהתובע הוא שמא, ואם ברי ע"י אחר נחשב ברי לענין חיוב שבועה אמאי אינו נחשב ברי מכה העד. וכתב הקה"י לחלק בין ברי ע"י אחר כשבא בטענת אביו שהוא טענה של בע"ד לבא בטענת אדם אחר שאינו בע"ד. ולפ"ז כתב הקה"י שלא קשיא על הראב"ד מהגמ' בב"ב ואין צורך לחלק בין ברי ושמה לשבועה. אלא מה שכתב הראב"ד שברי ע"י אחר הוי ברי היינו כשבא בטענת בע"ד. ומה שמבואר כאן שברי ע"י אחר אינו נחשב ברי היינו כשבא בטענת אחר שאינו בע"ד לגבי חלק זה של הירושה.

הקו"ש באות ת"ס מסתפק בהא דלא מהני ברי ע"י אחר אם הוא מפני שברי מהני רק לעצמו ולא לאחר, ואפי' ברי של בע"ד לא מהני לאחר, או שמה שלא מהני ברי ע"י אחר הוא משום דבעינן ברי של בע"ד ולא מהני ברי של מי שאינו בע"ד אבל ברי של בע"ד יועיל גם לאחר. ומביא ע"ז הקו"ש את דברי הר"ן בשבועות בשם הרמב"ן דלא מהני ברי של הכן הבא בטענה שכך אמר לו אביו משום דמבואר בב"ב שברי ע"י אחר אינו ברי. הרי מבואר דאף שהבן בא בטענה של אביו שהוא בע"ד אעפ"כ לא מהני הברי של אביו לבן. ומוכח שגם טענת ברי של בע"ד לא מהני לאחר דבעינן טענה של הטוען בעצמו ולא מהני טענה של אחר אפי' טענה של בע"ד. אמנם לדברי הקה"י הנ"ל ע"ז גופא חולק הראב"ד שם דס"ל דלא דמי למה שמבואר כאן דהכא זה טענת ברי של אחר שאינו בע"ד משא"כ בבא בטענת אביו זה ברי ע"י אחר שהוא בע"ד.

מה שמוכיח הקה"י שברי ע"י אחר אינה טענת ברי לחייב שבועה מהסוכרים שלא נשבעין שבועת ע"א בטענת שמא מדברי הש"ך בספרו תקפו כהן מבואר שזה גופא טעם הסוכרים שנשבעין שבועת ע"א בטענת שמא דס"ל שהתובע נחשב ברי ע"י העד. דברי הש"ך הובאו בקונוה"ס כלל ה' אות א' ע"ש. אך מפשטות דברי הראשונים משמע שהסוכרים שנשבעין שבועת ע"א בטענת שמא הוא משום דס"ל דשבועת ע"א לא צריך טענת ברי ולא משום שנחשב ברי ע"י העד. עיין תוס' ב"מ ג'.

נמצא דלגבי ברי ושמה מבואר כאן דברי ע"י אחר לא הוי ברי. הר"ן הרמב"ן והרשב"א ס"ל שאין לחלק בין ברי ושמה לבין הדין ברי לענין חיוב שבועה, וגם לגבי שבועה ברי ע"י אחר אינו ברי. בקה"י יש צד לחלק בזה בין ברי ושמה לבין שבועה. ובש"ך משמע שבה תלוי מחלוקת הראשונים אם נשבעין שבועת ע"א בטענת שמא או לא. הר"ן בשבועות כתב בדעת הראב"ד שדין זה של ברי ע"י אחר בין לענין ברי ושמה בין לענין שבועה הוא מחלוקת ראב"י ורבנן. יש מקום לחלק לגבי ברי ע"י אחר בין שהאחר הוא בע"ד לאחר שאינו בע"ד. מדברי הרמב"ן מוכח שאינו מחלק בזה ויתכן שע"ז גופא חולק הראב"ד.

שבחו נכסים מאליהם מהו. הספק של הגמ' הוא אם השבח הוא כגוף הקרקע שנתן ראובן לאח הספק או שנחשב כנכסים שנפלו לספק ממקום אחר. ולגבי זה אמרו ששבח המגיע לכתפים פשוט שהוא כנכסים שנפלו ממקום

זוכה התובע מכה טענתו בלי ראיה. דזהו הדין של טוען ונטען שאם אין טענה כנגד טענת התובע הוא זוכה מכה טענתו. אלא דהמ"ד ברי ושמה לאו ברי עדיף ס"ל דטענת שמא היא ג"כ טענה. אבל מאן דאית ליה ברי עדיף ס"ל ששמא אינה טענה כנגד טענת ברי.

יסוד זה שאדם זוכה מכה טענתו כשאין טענה כנגדו אף שאין ראיה שאומר אמת מוכח מהדין של הוחזק כפרן לאותו ממון שמבואר בשבועות מ"ב. ובעוד מקומות שאדם שטען טענת שקר והוחזק כפרן מאבד דין טענה לגבי אותו ממון שבו הוא נמצא שקרן וזוכה התובע בטענתו. וצ"ב אמנם הנתבע הוחזק כפרן וא"א להאמין לדבריו מ"מ גם התובע אין לו ראיה לטענתו ובמה הוא מוציא ממון. אלא מבואר שכל שיש טענה לחייב ואין כנגדו טענת פטור של הנתבע זוכה התובע מכה טענתו. וכיון שהנתבע הוחזק כפרן הוא מאבד נאמנות טענה והוי כאילו אומר אני רוצה להשיבך. וזה הכח של ברי ושמה למ"ד שברי עדיף אפי' בברי גרוע ושמה טוב.

אחר שנתבאר שלאב"י הכח של ברי נגד שמא למ"ד ברי עדיף אינה מכה ראיה אלא מכה הטענה של הברי שאין שמא נחשב טענה כנגדו ולכן זוכה התובע בממון מסתבר שזה גדר הדין של ברי ושמה גם למ"ד שברי עדיף רק בברי טוב ושמה גרוע. ואף שבברי טוב יש קצת ראיה ובשמא גרוע יש קצת ריעותא לא מסתבר לומר שמוציאים ממון מכה ראיה זו. אלא מסתבר שלכו"ע מעלת הברי הוא מכה הטענה שלו, שאין טענת שמא טענה לדחות טענת ברי של התובע. אלא דס"ל שאין הכח טענה של ברי אלים להוציא ממון אלא כשהוא ברי טוב והשמא גרוע. אבל כשהברי הוא טוב אין הוצאת הממון מכה הראיה שבה אלא מכה הטענה של התובע שאין טענת ברי כנגדו. וכן מבואר בדברי האחרונים עיין בשערי יושר ש"ו פ"ח ד"ה כתב רבינו יונה ובקו"ש כתובות אות כ"ו.

דף קלה:

כמנה לאחר בידך דמי. מבואר שלגבי ברי ושמה ברי ע"י אחר אינו נחשב ברי. יש לעיין לגבי חיוב שבועה דבעינן נמי טענת ברי אם ברי ע"י אחר הוי ברי או לא. נחלקו ראב"י ורבנן בשבועות מ"ב: ככן שתובע חוב של אביו והלוה מודה במקצת אם חייב שבועה או לא. ראב"י ס"ל כמו שבכל תובע אין הנתבע מעיז לכפור הכל ולכן אין לו מגו אי בעי כפר הכל וחייב שבועה כך בבנו נמי אינו מעיז וחייב שבועה. ורבנן ס"ל שבכנו מעיז ופטור משבועה משום דהוי משיב אבידה דאית ליה מגו אי בעי כפר הכל. ומבואר שם שמה שראב"י מחייב הוא רק כשהבן טוען טענת ברי.

הר"ן בשבועות כתב שנחלקו הראב"ד והרמב"ן בביאור דברי הגמ' שם שראב"י מחייב כשטוען הכן ברי. הראב"ד כתב שאין הכונה שטוען ברי ממש שהוא יודע בעצמו שהלוה חייב לאביו אלא שטוען שאביו אמר לו שפלוגי חייב לו. אבל אם טוען ברי ממש שהוא בעצמו יודע גם רבנן מודו דאיכא חיוב שבועה. הרמב"ן חולק שלא יתכן שראב"י מחייב כשאין הכן טוען ברי ממש אלא שכך אמר לו אביו דמבואר בב"ב קל"ה: שברי ע"י אחר אינו ברי. וע"כ שראב"י מחייב רק כשטוען ברי ממש שהוא בעצמו יודע שפלוגי ליה מאביו וע"ז פליגי רבנן שגם בזה אין חיוב שבועה כיון שבכנו מעיז. וכתב ע"ז הר"ן שאין זה טענה על הראב"ד שהראב"ד ס"ל דקי"ל כרבנן, ומה שמבואר בב"ב דברי ע"י אחר לא הוי ברי היינו דלא כראב"י אלא כרבנן דפליגי על ראב"י. עכ"פ מבואר ברמב"ן ובר"ן שמה שמבואר כאן שברי ע"י אחר אינו נחשב ברי הוא לא רק לגבי ברי ושמה אלא גם לגבי חיוב שבועה. וכן מבואר

החזו"א בחזו"מ ס' ט"ו ד"ה ונראה לבאר הא דייחזור נכסים למקומם רק כשהממון בעין ביד הספק דאמדינן דעתם של ראובן ושל הספק שלא נתן ראובן ממנו לספק על דעת שאם ימות הספק בלא זרע יעבור הממון לאדם זר. אלא נתן ע"ד שאם ימות הספק בלי זרע יחזור הממון לראובן. ולכן כשהשביחו הנכסים זה נחשב שהשבח הוא על ממנו של ראובן.

דייתיקי קשורה על יריכו ה"ז אינה כלום. נחלקו הרשב"ם והרמב"ם בטעם דין זה. הרשב"ם כתב שכתובת הדייתיקי אינה צוואת שכ"מ אלא רק הכנה לנתינת השטר. ולדבריו אין הטעם שלא אמר כלום משום דחיישינן שמא חזר בו אלא משום דמיעולם לא היה ציווי לתת. הרמב"ם בפ"ט מזכיה הכ"ד כתב שמי שמת ונמצאת דייתיקי קשורה על יריכו הרי זו אינה כלום שאני אומר כתבה ונמלך. הרי דס"ל שיש בזה צוואת שכ"מ אלא שיש חשש שמא חזר מזה. והנ"מ בזה הוא במה שכתב הרמב"ם שם שאף שיש עדים על הדייתיקי וקנו מידו ליפות את כחו של המקבל אעפ"כ לא אמר כלום. לדברי הרשב"ם אם קנו מידו בודאי יש בזה צוואת שכ"מ, ולדבריו כשיש צוואה לא חיישינן לחזרה. אבל לרמב"ם אף שהיה קנין מ"מ כיון שהיה מתנת שכ"מ בכולו דמהני בו חזרה חוששים לחזרה. עיין בגאון בס' ר"ג סקס"א שכתב בהדיא שנחלקו הרמב"ם והרשב"ם בזה ע"ש.

מה שחוששים לחזרה בזה יותר מכל צוואת שכ"מ שלא חוששים בו לחזרה הוא משום דהכא יש ריעותא שהשטר נשאר תחת ידו ולא מסרו למקבל.

האור"ש בפ"ט מזכיה הכ"ד מסתפק במי שנתן מתנת שכ"מ לאחד וכשמת נמצא תחת יריכו דייתיקי לאחר. מבואר כאן במשנה שהשני אינו זוכה אך יש להסתפק מה דינו של הראשון. שכתובת הדייתיקי לשני הוא חזרה ממתנתו של הראשון ואף שבטל המתנה הכתובה בדייתיקי מ"מ החזרה מהראשון לא בטלה א"ד כל מה שחזר הוא מפני רצונו לתת לשני, וכשבטל המתנה של השני שוב רצונו לתת לראשון. לכאורה נראה שכל הספק בזה הוא לשיטת הרמב"ם שהיה בכתובת הדייתיקי לשני מתנת שכ"מ לשני, אלא שלא מתקיים מתנה זו בגלל חשש חזרה. בזה יש צד שאין החזרה מהשני מבטל את החזרה מהראשון. אבל לרשב"ם שמה שלא אמר כלום הוא מפני שהכתובה לשני אינה צוואה לתת לשני אלא רק הכנה לתת כשימסור לשני את השטר או כשיצוה בפיו לתת לשני, א"כ כמו שאין אנו רואים צוואה לשני כ"ז שהדייתיקי היא תחת ידו כך אין אנו רואים חזרה מהראשון כ"ז שלא הוציא הדייתיקי מתחת ידו, ולמה נחשוש לחזרה מהראשון.

הרי זו אינה כלום. בב"מ י"ג. מבואר דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ולא חיישינן שמא ילוה רק אחר זמן ויוציא מלקוחות שלא כדין דאיידי בשטרי אקנייתא ששיעבד הלוה עצמו מעכשיו בין ילוה בין לא ילוה. ונחלקו שם הראשונים אם השיעבוד הוא דוקא אם בסוף יגיע השטר ליד המלוה או שהוא משועבד מעכשיו גם אם לעולם לא יגיע השטר ליד המלוה. שיטת הר"ף דבעינן מטא לידה, ורק אם בסוף השטר הגיע ליד המלוה חל שיעבודו של הלוה גם אם לא ילוה. וכתב הנ"י בב"מ שם שהר"ף מביא ראיה לדבריו ממשנה זו שדייתיקי שקשורה ביריכו אינה כלום ומי לא עסקינן דכתיב בה קנין. אלא מוכח שגם אם כתוב בה קנין הקנין מותנה במסירת השטר למי שהשטר נכתב עבורו. ומוסיף הנ"י שכן דעת הרמב"ם בפ"ט מזכיה הכ"ד שכתב שהדין של משנתנו הוא אפי' שכתוב בשטר קנין.

אחר והספק הוא רק בשבח שאינו מגיע לכתפים. ולכאורה כל דברי הגמ' אינם מובנים מה הנ"מ אם זה אותו קרקע שנתן ראובן לספק או נכסים שנפלו ממקום אחר שמה שיחזור נכסים למקומם הוא משום שראובן נתן מחלקו לספק ושמעון לא נתן. א"כ עכשיו שבאים ראובן ושמעון לרשת את הספק יש ביד שמעון אותו חלק שהוא לא נתן לספק, וכנגד זה צריך ראובן שכן נתן לקבל מהספק. וגם אם מה שהוא נתן אינו קיים הוא מקבל ממון אחר כנגד מה שהוא נתן.

מגמ' זו המקור לדברי הרמ"ה והרמ"א שהובאו לעיל קל"ד. שהרמ"א בס' ר"פ סע' ב' כתב שמה שיחזור נכסים למקומם הוא רק כשאותו ממון שנתן ראובן לספק הוא בעין, אבל אם אינו בעין אין ראובן מקבל תוספת כנגד מה שהוא נתן לספק אלא הוא ושמעון חולקים נכסי הספק בשוה. ולדבריו שפיר מספקא לגמ' אם השבח הוא כאותו קרקע שנתן ראובן או נכסים שנפלו ממקום אחר.

גם הרמ"ה שכתב לעיל שראובן מקבל חלק כנגד מה שנתן לספק גם כשהממון שהוא נתן אינו בעין, ודלא כרמ"א, מודה שאם הממון ששמעון לא נתן אינו בעין ראובן אינו מקבל תוספת אלא כשהממון שהוא נתן הוא בעין ביד הספק. ובאופן זה איירי הגמ' כאן לדעת הרמ"ה. ואף שמסברא קשה להבין מה הנ"מ בין אם הממון בעין ביד הספק או לא, בין לרמ"א בכל גווני, בין לרמ"ה כשהממון ביד שמעון אינו בעין כמו שנתבאר לעיל קל"ד. מ"מ מוכח כאן בגמ' שיש אופן שאין הנכסים חוזרים לראובן א"כ הם בעין ביד הספק. ולרמ"א זה בכל גווני, ולרמ"ה זה באופן שאין הממון ביד שמעון בעין. כן מבואר בחזו"א חזו"מ ס' ט"ו שכתב שמכאן המקור לדברי הרמ"א, וכן כתב שלרמ"ה ע"כ איירי הכא כשאין הממון בעין ביד שמעון. עוד כתב החזו"א שם שמדברי התוס' לעיל מ"ב: מוכח שחולק על הרמ"ה וס"ל שגם כשהממון בעין ביד שמעון אין ראובן מקבל תוספת ירושה בנכסי הספק אלא כשהממון שנתן הוא בעין ביד הספק. וזה כדברי הרמ"א.

בשבח המגיע לכתפים. התוס' לעיל מ"ב: כתבו בשם ר"ת שמגיע לכתפים היינו שבח שבא ע"י טורח, ושאינו מגיע לכתפים היינו שבח מאליו בלי טורח. ולדבריו מה שאמרו שבח המגיע לכתפים לא תיבעי לך היינו הסבר על מה שאמרו בתחילה שהספק הוא רק בשבחו מאליהם ולא בשבח המגיע לכתפים שהוא ע"י טורח. וכתבו שם שרבינו אלחנן מקשה על ר"ת מכאן שהגמ' מסתפקת בשבחו נכסים מאליהם. ואח"כ אמרו שבח המגיע לכתפים לא תיבעי לך. משמע דמגיע לכתפים ולא מגיע לכתפים שניהם בכלל שבח הבא מאליו. וכתבו בשם רש"י שמגיע לכתפים היינו שבח שסופו לינטל מהקרקע כגון פירות שסופן ליתלש. ואינו מגיע לכתפים היינו שבח בגוף הממון שאין סופו ליתלש כדקלא ואלים.

דיקלא ואלים מאי תיקו. הרמב"ם בפ"ד מנחלות ה"ח פסק מספק שהשבח נחשב כגוף הקרקע וחזור לראובן. וכתב המ"מ שם שטעמו שראובן הוא ודאי ושמעון ספק ואין ספק מוציא מידו ודאי. כונתו שגם על הצד ששבח זה אינו נחשב כגוף הקרקע שנתן ראובן מ"מ ראובן חולק בזה עם שמעון אחריו. ואם זה כגוף הקרקע כולו של ראובן א"כ הוא ודאי בממון זה ואין ספקו של שמעון מוציא מודאו של ראובן.

הריטב"א גם כתב שמספק השבח הוא של ראובן וכתב הטעם משום דבארעא ידיה קאי. [וכן כתב הנ"י בתחילת דבריו אך אח"כ כתב דהוי ספק וחולקים ע"ש]. ואינו מוכן שהוא בא עכשיו לרשת ממון זה ועד עכשיו זה היה ממנו של הספק. ויש לבאר דברי הריטב"א ע"פ מה שכתב

שלו. ולדבריהם י"ל שאילו הממון היה עדיין של המקנה היה הקנין יכול לחול גם כשאין המקנה בר הקנאה ואפי' שאינו בעולם כלל כיון שהקנין חל עכשיו מכח המעשה הראשון שנעשה בזמן שהיה בר הקנאה. גם הרשב"ם לקמן קל"ו. במשנה כתב כדברי הראשונים הנ"ל שבלי מהיום לא יחול הקנין דבהיא שעתא אין לו חלק בהם שיוכל להקנות.

גם לגבי הא דאין גט שחרור לאחר מיתה במי שאמר תנו שטר שחרור לעבדי דתנן בגיטין י"ג. שלא יתנו לאחר מיתה כתב רש"י שהטעם הוא דפקע ליה רשותיה, וכן שם ט': כתב דנפקא ליה רשותיה מיניה וחייל עליה רשות יורשים. משמע דלולא זה היה חל השחרור אחר מיתה אף שמת המשלח. כך מדייק הקצות בס' קפ"ח מדברי רש"י וכתב שתלוי במחלוקת הרמב"ם והטור בנשתטה המשלח אם בטל השליחות או לא. וס"ל שלסוברים שלא בטל השליחות ה"ה שבמת המשלח לא בטל השליחות. אך כבר כתבו האחרונים שרש"י בגיטין כ"ח. כתב שהשולח גט ע"י שליח ומת המשלח לא יתנו את הגט אחר מיתתו דכיון שמת המשלח בטל השליחות. וכתבו שאפי' לסוברים שבנשתטה המשלח לא בטל השליחות במת המשלח בטל השליחות שאם אין משלח אין שליח. עיין בזה באבן האזל פ"ו עבדים ה"א. וכן כאן יש מקום לחלק בין נשתטה המקנה בזמן חלות הקנין למת המקנה.

כתבו ותנו מנה לפלוני ומת אין כותבין ונותנין שמה לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה. הנ"י כתב שנחלקו הראשונים בדין זה אם מה שחוששים שמה לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה הוא דוקא כשלא נתנו את השטר למקבל עד אחר מיתת השכ"מ, אבל אם נתנו בחייו הוא קונה אחר מיתה ככל מתנת שכ"מ שקונה אחר מיתה ואין השטר מגרע, או שלשון הגמ' ומת הוא לאו דוקא וגם אם נמסר השטר למקבל בחיי השכ"מ אינו קונה דחוששים שמה לא רצה להקנות מדין מתנת שכ"מ אלא מכח השטר ואין שטר לאחר מיתה. וכתב הנ"י ששיטת הרמב"ם והרשב"ם הוא שאם נמסר השטר בחייו מהני. וכתב שר"י חולק וס"ל שאם הוא רוצה להקנות ע"י השטר אין תקנ"ח ולא חל לאחר מיתה.

הרמב"ם כתב בפ"ח מזכיה הי"ב שכ"מ שאמר כתבו ותנו ומת קודם שיכתבו ויתנו אין כותבין ואין נותנים. וכתב ע"ז הראב"ד שאפי' כתבו מחיים אין נותנים. המ"מ הבין שהראב"ד בא לחלוק שלא מהני גם אם נכתב ונמסר מחיים. והכ"מ כתב שבזה גם הראב"ד מודה דמהני ולא אמר הראב"ד אלא שגם אם נכתב מחיים אי לא נמסר מחיים לא מהני דאין שטר לאחר מיתה, וכן מבואר בטור בס' ר"נ שאם נמסר מודה הראב"ד דמהני.

המ"מ לפי הבנתו בראב"ד תמה אמאי חולק הראב"ד בזה על הרמב"ם הרי פשוט שאם נמסר השטר בחיי הנותן מהני דלא גרע ממתנת בריא. דהיינו שהמ"מ מפרש מה שמבואר ברמב"ם שאם נמסר מחיים מהני משום דהוי מתנת בריא גמור וחל מחיים בשעת נתינת השטר ואינו יכול לחזור. ולכן תמה המ"מ על הראב"ד שחולק. אבל אם היה דעתו שלא יחול הקנין עד אחר מיתה לא יועיל לדעת המ"מ גם לרמב"ם דכיון שדעתו להקנות ע"י השטר אין שטר לאחר מיתה אף שנמסר השטר מחיים.

בנ"י כשמביא שר"י חולק על הרמב"ם וס"ל שגם אם נמסר מחיים לא מהני כתב בהדיא שמסר השטר מחיים כדי שיקנה לאחר מיתה ככל מתנת שכ"מ. בזה סובר ר"י דכיון שדעתו שהקנין יהיה ע"י השטר אין שטר לאחר מיתה. ומבואר בנ"י שהרמב"ם חולק גם באופן זה, שאין השטר מגרע ויכול הקנין לחול אחר מיתה מכח תקנ"ח אף שכתב

המ"מ על הרמב"ם הנ"ל כתב שהרמב"ם לא ס"ל כהר"ף אלא ס"ל כשאר הראשונים שבשטר אקנייתא לא בעינן מטא לידיה. ומה שכתב הרמב"ם כאן שגם אם כתוב בשטר קנין אינו כלום הוא משום דהכא איירי בשטר של שכ"מ בכולו, ובוזה גם עם קנין מהני חזרה. לכן אינו כלום אף שכתוב בו קנין דחיישינן שמא נמלך. אבל בשטר מתנת בריא עם קנין חל הקנין והשיעבוד מיד גם אם לא מטא השטר לידיה. דהיינו שלדברי המ"מ אין ראית הר"ף מכאן מוכרחת שאפי' אי איירי הכא בשטר עם קנין מה שאינה כלום הוא משום דמהני חזרה. ואין ראיה מזה דבעינן מטא לידיה בשטר אקנייתא של בריא.

איזו היא מתנת בריא כמשכ"מ. כתב הרשב"ם שדין מתנה זו כמתנת שכ"מ רק לענין שאין למקבל קנין הפירות עד אחר מיתה, אבל לענין חזרה אין דין מתנה זו כמתנת שכ"מ, ולא מהני בזה חזרה כיון שהמקבל זוכה מיד בגוף. התוס' מוכיחים מהגמ' בב"מ דמתנה שנזכר יחד עם דייתיקי היינו מתנה מהיום בתנאי שלא יחזור בו עד המיתה. ולתוס' איזו היא מתנת בריא כמשכ"מ כמתנת שכ"מ היינו שהיא לגמרי כמתנת שכ"מ גם לענין חזרה. אמנם אין מחלוקת בין הרשב"ם לתוס' לדינא אלא איך לפרש את הברייתא איזו היא מתנת בריא כמשכ"מ כמתנת שכ"מ אם הכונה בגוף מהיום ופירות לאחר מיתה ודמי למתנת שכ"מ רק לענין שקונה אחר מיתה ולא לגבי חזרה, או דאירי בגוף מהיום ע"מ שאוכל לחזור עד המיתה, ודמי למתנת שכ"מ גם לגבי חזרה. כ"כ המ"מ בפ"ב מזכיה הי"ד ע"ש.

התוס' ר"ד מביא דברי ר"ת באופן אחר ממה שהובאו דבריו בתוס'. שהתוס' כתבו בשם ר"ת דמהיום ולאחר מיתה שנזכר כאן אינו אותו מהיום ולאחר מיתה שנזכר במשנה בסמוך. דהתם הכונה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה. ובוזה אינו יכול לחזור שהקנאת הגוף חל מעכשיו. והכא מהיום ולאחר מיתה היינו שפירש מהיום אם לא אחזור עד המיתה. והתוס' ר"ד כתב בשם ר"ת דתרווייהו איירי במקנה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה. ולר"ת גם במקנה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה יכול לחזור עד המיתה שהקנין מתחיל מעכשיו ונגמר אחר מיתה. וכתב ע"ז התוס' ר"ד שאין דברי ר"ת נראין כלל וקורא אני עליו הבל הבלים אמר קוהלת דכל האומר מהיום הקנין חל למפרע ואינו יכול לחזור. אך לפי מה שהובא בתוס' בשם ר"ת לק"מ דהכא איירי בפירוש שיוכל לחזור. ולקמן בגוף מהיום ופירות לאחר מיתה מודה ר"ת שאינו יכול לחזור.

רשב"ם ד"ה איזו היא מתנת בריא. כתב הרשב"ם שמה שמתנת בריא בלי מהיום לא מהני הוא משום דאין מתנה לאחר מיתה, שהרי אין כח לאדם ליתן מקודם לכן דבר שלא יוכל להקנות באותו הזמן שהוא רוצה שתתקיים המתנה, ואחר מיתה היאך יכול אדם ליתן אחרי שמת ונקבר. מבואר ברשב"ם דאף שמעשה הקנין נעשה בזמן שהיה בר הקנאה אעפ"כ אם בזמן החלות אינו בר הקנאה אין הקנין יכול לחול. ואף שדין זה מפורש בגמ' לעיל קכ"ז: דלר"מ שאדם מקנה דשלב"ל בעינן שבזמן שבא לעולם יהיה המקנה בר הקנאה ואם נפלו לו הנכסים כשהוא גוסס לא יחול הקנין, התם איירי בדבר שלא בא לעולם. והובא שם שנחלקו האחרונים לגבי דבר שבא לעולם אם מקנה לאחר זמן אי בעינן שיהיה בר הקנאה בזמן החלות או לא. אלא שיש לחלק בזה בין גוסס או שוטה שיש מקנה בעולם אלא שאינו בר הקנאה למת שאין המקנה בעולם כלל.

הר"י מיגש כאן והיד רמה באות קע"ג כתבו שמה שבלי מהיום לא מהני מתנת בריא שיחול לאחר מיתה הוא משום שכבר נפל נכסי קמי יתמי ואינו יכול להקנות ממון שאינו

פרק האומר שייכול לחזור כל זמן שלא חל הקנין. וכתב הקה"י שבנ"י לקמן קנ"א מבואר שגם הנותן כל נכסיו בקנין מעכשיו יכול לחזור אם עמד. דאף שבזה הקנין חל מיד שאין הקנין חל מכח תקנ"ח אלא מכח הקנין מ"מ כיון שנתן כל נכסיו יש אומדנא שלא נתן אלא מפני שחושב שימות. ובאופן זה צריך להגיע לאומדנא שהקנין חל מעכשיו. ובוזה אינו חוזר אלא אם עמד. אבל בעודו שכ"מ אינו חוזר אלא רק במתנת שכ"מ בלי קנין שבזה החזרה היא מפני שעדיין לא חל הקנין.

נמצא לדברי הקה"י שבמתנת שכ"מ בלי קנין אם עמד חוזר מתרי טעמי. א. מפני שיש אומדנא שלא נתן אלא ע"ד שאם יעמוד יחזור. ב. חוזר כיון שעדיין לא חל הקנין כמו שחוזר מכל קנין לאחר זמן. והיכא שיש קנין מעכשיו ליכא לטעם השני אלא רק הטעם הראשון. והיכא שלא עמד אלא רוצה לחזור בעודו שכ"מ ליכא לטעם הראשון אלא רק הטעם השני. ובוזה מהני חזרה רק כשלא הקנה בקנין מעכשיו. ולפ"ז יוצא שהדין של דייתיקי מבטלת דייתיקי, שהוא בגלל שייכול לחזור בעודו שכ"מ, הוא דוקא במתנת שכ"מ בלי קנין מעכשיו שבזה החזרה הוא מפני שעדיין לא חל הקנין.

כל זה כתב הקה"י בדעת הנ"י אבל שיטת הרמב"ם בפ"ח מזכיה הי"ח ששכ"מ שהקנה מעכשיו עם קנין אין זה מתנת שכ"מ כלל אלא דינו כמתנת בריא ואינו חוזר. והכונה שאפי' אם עמד אינו חוזר שהרי כתב שיש לזה דין של מתנת בריא לכל דבר. ולדברי הרמב"ם הדין שאם עמד חוזר מחמת אומדנא הוא במתנת שכ"מ בלי קנין וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה למה צריך להגיע לאומדנא ת"ל שחוזר מפני שעדיין לא חל הקנין. וכתב ע"ז הקה"י שהרמב"ם אינו מפרש האומדנא שנזכר בדף קמ"ו: כפירוש הרשב"ם שאומדנא שנתן ע"ד שאם יעמוד יחזור אלא כמבואר ברמב"ם בפ"ח מזכיה הי"ד שהאומדנא היא שאין רצונו שיחול הקנין עד שעת המיתה. דהיינו שמה שמתנת שכ"מ חל בשעת מיתה ולא מחיים אינו מפני שכך תקנו חכמים אלא מפני שהאומדנא שכך דעת הנותן. ומה שייכול לחזור בין אם עמד בין אם לא עמד הוא מפני שעדיין לא חל הקנין ודמי לכל קנין לאחר זמן שחוזר עד זמן חלות הקנין.

נמצא שלרמב"ם גם מה שחוזר אם עמד וגם מה שחוזר כשלא עמד הכל מפני שעדיין לא חל הקנין. וזה גופא שלא חל הקנין הוא בגלל האומדנא. ולדעת הנ"י מה עמד חוזר הוא מחמת האומדנא וזה אפי' כשחל הקנין מעכשיו. ומה שחוזר כשלא עמד הוא מפני שעדיין לא חל הקנין. והדין של דייתיקי מבטלת דייתיקי לכו"ע הוא רק כשלא היה קנין מעכשיו דהיכא שלא עמד לכו"ע החזרה הוא רק מפני שעדיין לא חל הקנין.

ע"פ דברי הקה"י בדעת הנ"י יתישב קושיית האחיעזר בח"ג ס' ס"ח אות ב' שהובא לעיל בדף קל"ב. שהרמ"א בחור"מ ס' ר"ז סע' ד' כתב בשם י"א שבמתנה דברים שבלב הוי דברים. וכתב שם הגאון בסק"ד שאחד מהמקורות לשיטה זו היא ממתנת שכ"מ שהדין הוא שאם עמד חוזר. וזה מפני שהוא נותן ע"ד כן שאם יעמוד יחזור. וקשה הרי לא התנה והוי דבשב"ל. והתוס' הוכיחו מזה דהיכא דאיכא אומדנא דברים שבלב הוי דברים. וראשונים אלו ס"ל שמה שחוזר ואין זה דשב"ל הוא משום דבמתנה דברים שבלב הוי דברים. ומקשה האחיעזר שלא יתכן לומר שמה שאם עמד חוזר הוא משום שבמתנה דשב"ל הוי דברים שמפורש לקמן קמ"ט. שגם במכירה של שכ"מ הדין הוא שאם עמד חוזר.

שטר. והשטר מגרע רק כשלא נמסר השטר עד אחר מיתה. וכן מפורש ביד רמה שכתב דאי מטא שטרא לידיה דמקבל בחיי הנותן אהני למיקני אחר מיתה דומיא דאמירה גרידתא.

נמצא שברמב"ם וברשב"ם מבואר שאם נמסר השטר מחיים מהני. ונחלקו המ"מ והנ"י בביאורו. המ"מ היה פשוט לו שאם רוצה שהשטר יקנה אחר מיתה לא מהני לכו"ע אפי' נמסר מחיים. ולכן מפרש ברמב"ם שאם נמסר השטר מחיים הקנין חל מיד מחיים. ולכן ס"ל שאין מקום לחלוק בזה על הרמב"ם ותמה על הראב"ד שלהבנתו חולק. ולדעת הנ"י היכא שרוצה שיקנה השטר מחיים באמת פשוט שקונה וע"ז אין חולק. אלא שהרמב"ם ס"ל שמהני אם נמסר השטר מחיים גם לקנות אחר מיתה. וע"ז ר"י חולק. גם הריטב"א כתב שאפי' אם נמסר השטר מחיים לא מהני דאין שטר לאחר מיתה וזה כשיטת ר"י שהובא בנ"י. אך יש לעיין בדברי הרמב"ם אם אין השטר מגרע כשנמסר מחיים שגם אם כתב השטר יכול הקנין להיות מכח תקנ"ח אמאי כשנמסר השטר אחר מיתה לא מהני הרי גם אם אין דעתו שיחול הקנין עד מסירת השטר אין זה חסרון שמתנת שכ"מ יכול לחול גם זמן רב אחר מיתת השכ"מ כמבואר ברמב"ם לעיל קכ"ט: וברא"ש שהובא בקצה"ח ס' ר"ג סק"א והובאו דבריהם לקמן קל"ז. וצ"ע. ע"ע בדברי הרמב"ם באבן האזל.

שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר. הרמ"ה באמצע אות קע"ג מקשה איך שייך לומר שהוא רוצה שהקנין יהיה ע"י השטר הרי מנה הוא מטלטלין ואינו נקנה בשטר. כן מקשה הלח"מ על המ"מ הנ"ל שכתב שפשוט שאם נמסר השטר מחיים מהני שהקנין חל מחיים מכח השטר וקשה שא"א להקנות מנה ע"י קנין שטר. וכתב שאולי המ"מ מפרש מנה שזה מנה ולא מנה ממש. הרמ"ה כתב שאין כונת הגמ' שיש צד שרוצה שהקנין יחול מכח השטר אלא יש צד שאינו רוצה שהקנין יחול עד מסירת השטר. ולכן אם לא נמסר השטר עד אחר מיתה לא מהני שכבר חל על הממוץ ירושה דאורייתא. ומה"ט פשוט לרמ"ה שאם נמסר השטר מחיים אין השטר מגרע וחל הקנין בשעת מיתה מכח מתנת שכ"מ.

דהיינו שמחלוקת הראשונים שהובא לעיל לכאורה תלוי בפשט בהא דאמרו שמא לא גמר להקנות אלא בשטר. שאם הפשט שדעתו שהקנין יחול ע"י השטר [ואיירי בשוה ולא במנה ממש] אין קנין שטר יכול לקנות אחר מיתה אפי' נמסר מחיים. ואם הכונה כמו שכתב הרמ"ה שאין צד שרוצה שהקנין יהיה ע"י השטר אלא שלא יחול הקנין מכח תקנ"ח עד מסירת השטר. זה חסרון רק אם השטר נמסר אחר מיתה ולא כשנמסר מחיים. אך אכתי הדברים לכאורה צ"ב כמו שכתבנו לעיל שאם אין כונתו שיחול הקנין ע"י השטר אלא שלא יחול הקנין של תקנ"ח עד שיגיע השטר ליד המקבל למה לא מהני כשנמסר השטר אחר מיתה הרי מבואר בראשונים שמתנת שכ"מ יכול לחול גם זמן רב אחר מיתה ולא אמרינן שכבר זכו היורשים.

דייתיקי מבטלת דייתיקי. כתב הרשב"ם שהטעם הוא משום ששכ"מ יכול חוזר ממתנתו וכתובת הדייתיקי לשני הוא חזרה מהראשון. תנן לקמן קמ"ו: שמתנת שכ"מ ככל נכסיו אם עמד חוזר. ומבואר בגמ' שם שמה שאם עמד חוזר הוא משום דאזלינן בתר אומדנא. וכתב הרשב"ם דאמדינן דעתו דכיון שלא שייך כלום בודאי נתיאש מן החיים ונתן ע"ד שאם ימות יתקיים המתנה ואם יעמוד יתבטל. הקה"י בס' מ"א מקשה למה צריך להגיע לזה שנתן ע"ד שאם יעמוד יתבטל המתנה ת"ל שמתנת שכ"מ חלה בשעת מיתה והוי כקנין לאחר זמן דקי"ל בקידושין ריש

להוריש קנינו לבניו. אבל לבית מאיר שאינו זוכה בקנין הפירות עד אחר מיתת האב איך הוא מוריש לבניו דבר שעדיין אינו שלו, ונתינת האב היתה לבנו ולא לבן בנו. ואף שמלשון הרשב"ם בד"ה הכותב נכסיו שכתב מהיום יהא קניו לך הגוף לבדו ולאחר מיתתו תהא נגמרת המתנה שתאכל גם פירות לאחר מיתתי משמע יותר כדברי הבית מאיר שקנין הפירות חל לאחר מיתת מ"מ לכאורה מהמשנה ומהרשב"ם מוכח שאינו כן.

הובא לעיל דף קל"ג. שהמחנ"א בזכיה ס' מ"א כתב שמהר"י בן לב מסתפק במי שנתן מתנה למי שראוי ליורשו גוף מהיום ופירות לאחר מיתתו ואחריו לפלוני אי אמרינן לגבי קנין הפירות ירושה אין לה הפסק. דלגבי הגוף שקנה מחיים בודאי לא שייך לומר ירושה אין לה הפסק שהרי הוא קנה בחיי הנותן. אבל לגבי קנין הפירות שאינו קונה אלא לאחר מיתתו אולי שייך לומר ירושה אין לה הפסק. ומביא המהריב"ל ראייה שגם לגבי פירות לבד אומרים ירושה אין לה הפסק מדברי הרשב"א דס"ל שגם אם אחריו כאומר מעכשיו אמרינן שאם הראשון ראוי ליורשו ירושה אין לה הפסק אף שאין לראשון אלא קנין פירות וקנין הגוף שייך לאחריו מתחילה. לעיל קל"ג. כתבנו בס"ד שלפי מה שכתב הקצות בבאור דברי הרשב"א ליכא ראייה ע"ש.

מדברי מהריב"ל מוכח לכאורה דס"ל כשיטת הבית מאיר שקנין הפירות חל לאחר מיתתו לכן יש מקום לומר לגבי קנין הפירות ירושה אין לה הפסק. אבל לרע"א קנין הפירות של אחר מיתתו קניו למקבל מתחילת המתנה כמו קנין הגוף, וכמו שלגבי הגוף לא אמרינן ירושה אין לה הפסק שהוא של המקבל עוד בחיי הנותן כך לגבי קנין הפירות שגם חל מחיים לא שייך לומר ירושה אין לה הפסק.

רשב"ם ד"ה הכותב נכסיו לבניו. כתב הרשב"ם דאיירי במי שנושא אשה ורוצה שלא ישתעבדו נכסיו לכתובת אשתו ולכן הוא מקנה את נכסיו לבנים שיש לו מאשתו הראשונה. הרשב"ם מבאר בזה למה הוא צריך להקנות לבניו הרי בלא"ה הם יורשים, לכן כתב נ"מ שלא ישתעבד לכתובת אשתו. אך קשה למה הוצרך לנ"מ זו ולא כפירש כפשוטו שרוצה לתת מתנה לבן בין הבנים, וצריך להקנות גוף מהיום מפני שאין שטר לאחר מיתתו, ואינו נותן הכל מעכשיו מפני שרוצה לאכול פירות כל ימי חייו. לכן צריך לכתוב לו גוף מהיום ופירות לאחר מיתתו.

רשב"ם ד"ה מפני שהן ברשות האב. כתב הרשב"ם שאף שהאב לבדו אינו יכול למכור מפני שהגוף של הבן, והבן אינו יכול למכור מפני שהפירות של האב, מ"מ שניהם יחד יכולים למכור. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן על הא דפריך והא אפליגו בה חדא זימנא.

הא תנן מהיום ולאחר מיתתו גט ואינו גט. התם מספקא לן אי תנאה הוי אי חזרה הוי אבל הכא הכי קאמר ליה גופא קני מהיום פירא לאחר מיתתו. מבואר דהיכא שאפשר לפרש הלשון מהיום ולאחר מיתתו גוף מהיום ופירות לאחר מיתתו מפרשים כך ולא מסתפקים בתנאי או בחזרה. ובמקום שא"א לפרש גוף מהיום ופירות לאחר מיתתו כגון בגט ע"כ זה או תנאי או חזרה. ומקשה המל"מ בפ"ה מעבדים ה"ג על הא דאמר ר' יוחנן בכתובות פ"ב. משוך פרה זו ולא תהא קנויה לך אלא מעכשיו ולאחר ל' יום אם עומדת באגם בסוף ל' קנה ואם לא לא קנה משום דר' יוחנן לטעמיה דאית ליה בקידושין ס'. שמעכשיו ולאחר ל' אינו לא תנאי ולא חזרה אלא מתחיל עכשיו ונגמר לאחר ל'. ואמאי לא אמרינן דמעכשיו ולאחר ל' היינו גוף מהיום ופירות לאחר ל' כדאמרינן הכא בקרקע. הקצה"ה בס' קצ"ו סוף סק"ד כתב שכבר עמדו בשאלה זו התוס' ביבמות צ"ג. בסוד"ה קנויה וכתבו שרק כשאומר מהיום ולאחר מיתתו מפרשים

לדברי הקה"י בדעת הנ"י יש לישב בפשיטות שלדבריו מה שאם עמד חוזר הוא מתיר טעמי. וראית הגאון הוא ממה שמבואר בגמ' שאם עמד חוזר מחמת האומדנא. וזה נאמר גם במקום שהיה קנין מעכשיו. בזה החזרה הוא משום שבמתנה דשב"ל הוי דברים. ואה"נ במכירה עם קנין לא יהיה הדין של אם עמד חוזר. ומה שמבואר שגם במכירה של שכ"מ אם עמד חוזר זה בשכ"מ שהקנה בדיבור ככל מתנת שכ"מ בלי קנין אלא שקיבל ממון תמורת הקנאתו. [ובלא"ה צריך לפרש כן לרמב"ם דס"ל שאין בכלל דין של אם עמד חוזר כשיש קנין]. בזה אף דהוי מכירה ולא מהני חזרה מחמת האומדנא שבמכירה דשב"ל אינם דברים מ"מ מהני החזרה בגלל שלא חל הקנין עד המיתה שלגבי זה אין שאלה של דברים שבלב ואין נ"מ בזה בין מתנה למכירה.

רשב"ם ד"ה כי אתא רב דימי אמר. מבואר ברשב"ם שמה שהגמ' מביאה מדברי רב דימי לבאר מאי תיבדק הוא מהחלק השני שבדבריו שאם כמיפה את כחו כותבין. אבל החלק הראשון שדייטיקי מבטלת דייטיקי אינו נוגע לזה אלא הביאו את כל דברי רב דימי. היר רמה בתחילת אות קע"ג כתב שגם הא דדייטיקי מבטלת דייטיקי הוא ישוב על השאלה מאי תיבדק. שאם אמר כתבו ותנו בזמן שהיה דייטיקי אחר לפנ"ז תולים שכתבת השטר השני אינו מפני שלא גמר להקנות אלא בשטר אלא שאמר לכתוב השטר השני כדי שיהיה הוכחה לבטל את הדייטיקי הראשון. וכל דברי רב דימי הם שני אופנים של בדיקה שבהם אין חשש שלא גמר להקנות אלא בשטר.

מתיב ר' אבא בר ממל. שאלת הגמ' היא דס"ד שמוכח בבביתא ששכ"מ שאמר כתבו ותנו ומת כותבין ונותנין. לכאורה כונת הגמ' להוכיח דאף שאמר כתבו ותנו לא חיישינן שמה לא גמר להקנות אלא בשטר אלא רצונו להקנות מכח דברי שכ"מ והשטר אינה אלא לראיה. אמנם הרשב"ם בד"ה הא שכ"מ אינו מפרש כן אלא כתב דס"ד שמוכח בבביתא דאף שלא גמר להקנות אלא בשטר מהני דכשם שתקנו שדבריו יהיו ככתובים ומסורין ויקנו אחר מיתתו כדי שלא תטורף דעתו כך תקנו שהשטר שלו יקנה לאחר מיתתו דכנתב מחיים דמי. ואף שמסירת השטר אינה מיד עם גמר מיתתו אלא לאחר זמן אין בזה חסרון שמבואר בראשונים לעיל קכ"ט: ולקמן קל"ז. שמתנת שכ"מ יכולה לחול גם זמן רב אחר מיתת השכ"מ ולא אמרינן שכבר זכו יורשים.

דף קלו.

מהיום ולאחר מיתתו. נחלקו רע"א במה"ת ס' פ"ח [הובא בחי' רע"א כאן] והבית מאיר בגדר הקנין של גוף מהיום ופירות לאחר מיתתו. רע"א ס"ל דכשם שאין קנין הגוף יכול לחול אחר מיתתו כך קנין פירות אינו יכול לקנות אחר מיתתו. וגוף מהיום ופירות אחר מיתתו שקנה הכל גוף ופירות מעכשיו, אלא שהנותן משייר לעצמו קנין פירות לכל ימי חייו. אבל הקנין לפירות של אחר מיתתו הוא כבר של המקבל מעכשיו. הבית מאיר שהובא בדברי רע"א שם כתב דמהיום ואחר מיתתו אינו ענין לשויר אלא שקונה את הגוף מהיום ולאחר מיתתו חל קנין הפירות. ואין בזה חסרון של קנין לאחר מיתתו דכיון שהתחיל קנין הגוף מחיים יכול ליגמר קנין הפירות לאחר מיתתו.

יש לעיין לדברי הבית מאיר מהא דמבואר במשנה שאם מכר האב מכורים עד שימות האב. ואמאי אין האב יכול למכור את הפירות לאחר הרי עדיין לא קנה הבן קנין פירות. וכן קשה מהא דמבואר ברשב"ם בד"ה מכר האב שאם מת הבן בחיי האב הבן מוריש לבנו את קנין הגוף וקנין הפירות של אחר מיתת האב. ובשלמא לרע"א הבן הוא כבר בעלים על הקנין פירות של אחר מיתת האב ויכול

זה בגלל שזמנו של שטר מוכיח עליו. והיה לרי"ף לומר שחולצת ואינה מתיבמת כדאמר ר"ה בגיטין שם לדעת ר' יוסי. אלא מוכח דס"ל שלגבי גט לא חיישינן לזמנו של שטר כלל.

הרמב"ם ס"ל כשיטת הרי"ף שלגבי גט לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו כלל ורק בממון קי"ל כר' יוסי. שבפי"ב מזכירה ה"ט פסק בממון כר' יוסי. ובפ"ט מגירושין הי"ב לא חשש אפי' לחומרא לזמנו של שטר. הכ"מ בפ"ה מגירושין ה"א מבאר טעם החילוק בין ממון לגט שבממון אם אין רצונו שיחול מהזמן למה כתב זמן. משא"כ בגט אין ראייה מזה שכתב זמן שרוצה שהגט יחול מהזמן שע"כ צריך לכתוב זמן שגט שאין בו זמן פסול.

המ"מ בפ"ה מגירושין ה"א מוסיף להקשות על הרמב"ם מממון לממון שבהל' זכיה פסק כר"י שזמנו של שטר מוכיח עליו, ובפ"ו מאישות ה"ט כתב המקדש על תנאי כשיתקיים התנאי תהיה מקודשת משעה שנתקיים התנאי. ובסוף ההלכה כתב הרמב"ם וכן הדין בגיטין ובממונות בשעה שיתקיים התנאי הוא שיהיה גט או יתקיים המקח או המתנה. וע"כ איירי שיש בשטר זמן דומיא דגט. ואמאי אין המקח מתקיים מהזמן שכתוב בשטר הרי בממון קי"ל כר"י שזמנו של שטר מוכיח עליו. וכתב המ"מ שהרמב"ם ס"ל שרק כשתולה במיתה אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו דע"כ כונתו שיחול מהזמן הכתוב בו שהרי אין שטר לאחר מיתה. אבל כשתולה בזמן אחר או בקיום תנאי אין הכרח לומר שרוצה שיחול מעכשיו ובוזה לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו.

המל"מ מקשה על תירוץ זה של המ"מ מגיטין ע"ב: דמבואר שם שהמגרש בתנאי אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש ומת בתוך י"ב חודש לר"י דאית ליה זמנו של שטר מוכיח עליו היא מגורשת. הרי שגם כשלא תלה את הגט במיתה אלא בתנאי אחר אמרינן לר"י זמנו של שטר מוכיח עליו.

הטור בס' רנ"ח כתב בשם הרמ"ה שאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו בכל תנאי שתלוי בדבר שזמנו ידוע כגון שתולה במיתה או בדבר אחר שזמנו ידוע שבזה אם אין דעתו שיחול מהזמן למה כתב זמן בשטר. אבל כשתולה בל' יום או ב"ב חודש אין הזמן מוכיח כלום שהרי הוא מוכרח לכתוב זמן כדי שידעו מתי נשלם ל' יום או י"ב חודש. הש"ך שם סק"ב מקשה על הרמ"ה מהגמ' הנ"ל בגיטין שגם באם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו. וזה כקושיית המל"מ על המ"מ דקשה מהגמ' שם בגיטין גם על דברי המ"מ בדעת הרמב"ם וגם על דברי הרמ"ה.

האמרי ברוך בהגהות על השו"ע כתב לישב קושיית הש"ך על הרמ"ה שמה שכתב הרמ"ה שלא אומרים זמנו של שטר מוכיח עליו כשצריך את הזמן כדי לדעת מתי מתחילים הל' יום זה דוקא כשכתב בגט שיחול אחר ל' יום. משא"כ הגמ' של אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש לא איירי שכתוב בגט אם לא באתי אלא בגט כתוב גירושין סתם, והוא התנה בע"פ בשעת נתינת הגט שיחולו הגירושין רק אם לא יבא עד י"ב חודש. בזה אין הזמן שכתוב בגט ראייה לתחילת הי"ב חודש, וכיון שאין הזמן צריך ללמד על הי"ב חודש אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו. המעיין בדברי היד רמה כאן יראה שכל הדברים הנ"ל, דהיינו קושיית הש"ך ותירוצו של האמרי ברוך, הכל מבואר בדברי הרמ"ה בעצמו.

בהקנאה מהו. הספק הוא דשמא כיון שכתוב בשטר שקנו מידו בקנין סודר זה יפוי כח ובוזה גם ר' יהודה יודה שהקנין הוא מעכשיו אף שלא כתב מהיום. כתב הרא"ש

גוף מהיום ופירות לאחר מיתה דכיון שתלה במיתה מסתבר שרצונו להכריח משאר היורשים. אבל כשאומר מעכשיו ולאחר ל' לא מפרשים גוף מהיום ופירות לאחר ל' שאם אינו רוצה שיהיה למקבל פירות עד אחר ל' הוא יכול להקנות לו גוף ופירות לאחר ל' ולמה לו להקדים הקנאת הגוף.

עוד מביא המל"מ שבירושלמי בגיטין מבואר שהמשחרר עבדו או מפקיר שדהו מהיום ולאחר מיתה הוא או תנאי או חזרה. וקשה בהפקר אמאי לא נימא דהוי גוף מהיום ופירות לאחר מיתה. בשלמא בשחרור של עבד לא יתכן שגופו משוחרר ונעשה בן חורין ומעשה ידיו יהיו לרבו אבל בהפקר למה לא יתכן שהגוף יהיה הפקר ולא הפירות. הרשב"א בגיטין ע"ב: ד"ה גרסינן בירושלמי שהובא ברע"א בגלילין הש"ס כאן מביא ירושלמי זה. וכתב ע"ז דאי אפשר שיהיה הגוף מופקר והפירות לבעלים.

הקצה"ח בס' רנ"ח סק"א כתב שהטעם הוא דהפקר נלמד משמיטה דכתיב ביה ונטשתה וכיון דשייר פירות לעצמו אין זה נטישה גמורה. רע"א בתשובה קמ"ה דוחה סברא זו דמסתבר שכל מה שאפשר למכור אפשר גם להפקיר. האו"ש בפ"א ממכירה ה"ח מבאר הא דא"א להפקיר גוף בלי פירות ע"פ דברי המל"מ שכתב בפ"א ממכירה ה"ח להסתפק במי שהשכיר קרקע לראובן ובתוך זמן השכירות רוצה להקנות את הקרקע לשמעון בקנין חזקה של נעל גדר ופרץ. דיש מקום לומר דכיון שכל השימוש קנוי לשוכר אין החזקה של הקונה מעשה קנין לקנות מהמשכיר. ומה"ט כתב האו"ש שאם גוף הקרקע הוא הפקר ולא פירותיו אין אפשרות לזכות בקרקע בקנין חזקה כיון שהשימוש קנוי לבעלים הראשונים. וכיון שאין הפקר זה ראוי לזכות בו לא חל ההפקר. עיין באבי עזרי פ"ב מזכיה הי"ד שהביא כל זה.

זמנו של שטר מוכיח עליו. הרשב"ם מקשה דהכא אמר רב דהלכה כר' יוסי שזמנו של שטר מוכיח עליו ובגיטין פ"ה: מבואר דרב אתקין לכתוב בגיטין מן יומא דנן לאפוקי מדר' יוסי. וכתב הרשב"ם שמה שתיקן רב לכתוב מיומא דנן הוא רק בגט שאין בו קנין לרווחא דמילתא משום חומר עריות אבל בשטרי ממון שיש בהם קנין קי"ל כר"י שזמנו של שטר מוכיח עליו. עיין ברש"ש שכתב שהרשב"ם מערב שני טעמים נפרדים א. שבגט החמירו לרווחא דמילתא משום חומר עריות. ב. שבגט אין קנין. וכתב הרש"ש שברא"ש משמע שהם שני טענות נפרדות. אך צ"ב מה המעלה בזה שיש בשטר קנין ולמה זה יותר סיבה לומר שזמנו של שטר מוכיח עליו. ובשלמא מה דאיתא בסמוך בהקנאה מהו התם הכונה שכתוב בשטר שקנו מידו, שנוסף על קנין השטר כתוב בשטר שהיה קנין סודר, אבל כשאין בשטר קנין אחר אלא עצם הדבר שהשטר עושה קנין למה זה סיבה שהזמן יוכיח יותר מבגט שאינו עושה קנין. התוס' בגיטין כתבו שמה דרב אתקין בגיטין אינו מדינא אלא משום שופרא דשטרא. דהיינו שאפי' משום חומר עריות לא חששו אלא לשופרא דשטרא ולא לעיכובא.

הרי"ף גם עמד בסתירה בדברי רב מכאן לגיטין וכתב בשם מקצת רבנותא שיש לחלק בין ממון לאיסורא. וכתב ע"ז הרי"ף דטעמא דמסתברא הוא. ועיין המ"מ בפ"ה מגירושין ה"א שמוכיח שמה שהרי"ף מחלק בין איסורא לממוןא אין הטעם כמו שכתב הרשב"ם שהחמירו בגיטין לרווחא דמילתא משום חומר עריות אלא הרי"ף ס"ל שמעיקר הדין קי"ל כר' יוסי רק בממון אבל בגט מדינא לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו. המ"מ מוכיח כן מזה שהרי"ף כתב בגיטין את המשנה הרי זה גיטין אם מתי שאינה מגורשת דהוי גט לאחר מיתה ולא חשש לשיטת ר' יוסי שמכשיר גט

אם לא מכר ומת הבן בחיי אביו מוריש הבן את קנין הגוף לבנו וכשימות האב יזכה בן הבן בממון. דאף שאינו יכול לעשות חלות בממון זה אבל ירושה דממילא חל על קנין הגוף אף שאין לו קנין פירות כמו שיש ירושה על דבר הגזול אף שאינו יכול למכור או להקדישו.

הרמ"ה שכתב שאם מת הבן בחיי אביו לר' יוחנן אין בן הבן יורש אלא יחזור הנכסים ליורשי האב ס"ל שלר"י שקנין פירות כקנין הגוף אין זה חסרון רק בשליטת בעל הגוף לעשות חלות בממון זה אלא אינו בעלים גמורים גם על קנין הגוף. וזה לשונו של הרמ"ה בתחילת דבריו כל זמן שהגוף משועבד לאב לפירות הרי הוא כאילו קניו לו קנין גמור כל זמן שהפירות שלו, וכל כמא דלא אקני להו הבן לפירי לא קני ליה לגופא קנין גמור דהא קנין פירות (לאו) כקנין הגוף דמי, ולא אהני ליה לבן קנין הגוף אלא למקני זכותא בעלמא בגויה דלא יכיל האב לאפקועיה לגופה מיניה מהשתא, ולא לאפקועיה פירא מיניה לאחר מיתה עכ"ל. דהיינו שס"ל שלמ"ד ק"פ כקנין הגוף אין לבעל קנין הגוף אלא זכות בעלמא בגוף לקבל מזה קנין גמור אחר שיפסק קנין הפירות של האב. ועד אז אינו נחשב בעלים גמור אפי' על הגוף. ולכן סובר הרמ"ה שכשם שאינו יכול למכור את קנין הגוף כך אינו מוריש את קנין הגוף לבניו. שאין זה רק חסרון בשליטה אלא חסרון בבעלות וגם ירושה דממילא ליכא על ממון זה.

בזה יתבאר דברי הרשב"ם שכתב שאם מכר הבן אף שהמכירה לא חלה יש בזה סילוק ואינו מוריש את קנין הגוף לבניו. וקשה מ"ש מכל קנין שלא חל שאינו סילוק ועוד דלא מהני סילוק מממון שלו. אך הביאור שגם הרשב"ם ס"ל כרמ"ה שלמ"ד ק"פ כקנין הגוף אין בעלות גמורה על קנין הגוף אלא רק זכות בעלמא יש לו בגוף לקבל בזה קנין לאחר זמן. ואף שהרשב"ם חולק על הרמ"ה וס"ל שאם לא מכר יש ירושה על ממון זה היינו דס"ל שגם על זכות זו איכא ירושה. אך כיון שאין זה בעלות גמורה אלא רק זכות כמבואר ברמ"ה סובר הרשב"ם דמהני בזה סילוק כדין כותב לה בעודה ארוסה. ולא דמי לשאר מוכר שאם לא חל המכירה נשאר הממון ביד המוכר ולא אמרינן דהוי סילוק דלא מהני סילוק בממון שלו. ורק כאן מהני סילוק שאין לו אלא זכות בעלמא. ע"ע לקמן קל"ח. במה שכתבנו בדברי הרשב"ם שכתב שבכל קונה שאינו רוצה לקנות הממון נעשה הפקר ולא חוזר לנותן.

נמצא ג' שיטות בזה. א. שיטת הריב"ם ורוב הראשונים שיש לבעל הגוף בעלות גמורה על הגוף גם למ"ד ק"פ כקנין הגוף. ולא מהני סילוק מבעלות זו. ומה שאינו יכול למכור הוא רק משום חסרון שליטה דומה לדין של אינו ברשותו. ולכן פשיטא להו דאיכא ירושה על ממון זה. ב. שיטת הרמ"ה שלמ"ד ק"פ כקנין הגוף אין בעל הגוף נחשב בעלים כלל ואין לו אלא זכות בעלמא לקבל קנין לאחר זמן. ואינו יכול לא למכור ולא להוריש ממון זה לבניו אם מת בחיי אביו. ג. הרשב"ם ס"ל מצד אחד שאינו בעלות גמורה אלא רק זכות לבן מהני בזה סילוק. אך מאידך ס"ל שגם על זכות זו איכא ירושה ולכן אם לא מכר הוא מוריש זכות זו לבניו אף שהוא מת בחיי אביו. לבעל המאור שיטה אחרת בענין זה כמו שיבואר בס"ד לקמן.

ומת הבן בחיי האב. מבואר שמחלוקת ר"י ור"ל הוא רק כשמת הבן בחיי אביו ולא הגיעו הפירות מעולם לבן. אבל אם מת האב לפני הבן חל המכירה אף שבזמן המכירה עדיין לא היה לבן קנין פירות. הר"י מיגש מקשה אם לר' יוחנן בעל קנין הגוף אינו יכול למכור כיון שק"פ כקנין הגוף דמי אמאי מודה ר' יוחנן שאם מת האב בחיי הבן והגיעו אח"כ הפירות ליד הבן חלה המכירה הרי בזמן הקנאת קנין הגוף עדיין לא היו הפירות שלו והוי כמקנה

שר"ח מוכיח מזה דק"ל כר' יהודה דלא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו שלר' יוסי גם בלי הקנאה אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו. וכתב הרא"ש שאין זה ראייה שהספק הוא גם אליבא דר' יוסי היכא שלא כתוב זמן בשטר. וכן כתבו הרשב"א והריטב"א. לכאורה נראה שר"ח שהביא הראיה מזה ולא ניחא ליה לפרש כשאין בו זמן הוא משום דס"ל שלשון הקנאה בלי זמן אינו סיבה לומר שיחול מעכשיו. וכל הספק בהקנאה מהו הוא רק כשיש זמן וגם לשון הקנאה דשמא בזה מודה ר' יהודה שזמנו של שטר מוכיח עליו. אבל בלי זמן אין מעלה בהקנאה. ושאר הראשונים ס"ל שהספק של הקנאה מהו הוא דשמא ההקנאה עצמה גורמת שיהיה מעכשיו אפי' בלי זמן.

עוד כתב הריטב"א דזמנו של שטר מוכיח רק כשנכתב ע"י הבע"ד ולא כשהסופר או העדים כתבו זמן מעצמם.

יש לעיין מה הצד לומר שגם כשכתוב בשטר שקנו מידו אין זה מעכשיו הרי מבואר בנדדים מ"ח: ובשו"ע ס' קצ"ה סע' ה' שא"א להקנות בסודר לאחר זמן דהדרא סודרא למריה וכלתה קנינו, א"כ כשכתוב בשטר שקנו מידו בהכרח שזה מעכשיו.

בדוכרן פתגמי פליגי. כתב הנ"י שאין הכונה שטר שנכתב רק לראיה ולא לעשות קנין דבדודאי שגם בשטר קנין פליגי אלא בא לאפקוי שטר שכתוב בו שקנו מידו בסודר, שחזן מקנין השטר עשה גם קנין סודר.

דף קלו:

לא קנה לוקח קנין פירות כקנין הגוף. ר' יוחנן ס"ל דאף שהבן הוא בעלים על קנין הגוף, ויש לו גם קנין פירות על הזמן של אחר מיתת אביו, מ"מ כיון שעכשיו אין לו שום שימוש בממון אינו יכול למכור. לכאורה נחלקו הראשונים בגדר דין זה. רוב הראשונים ס"ל שאם לא מכר הבן ומת הבן בחיי אביו בן הבן יורש מאביו את קנין הגוף. הריב"ם בתוד"ה לא קנה ס"ל שאפי' אם מכר הבן ומת הבן בחיי אביו בטל מכירתו ויורשי הבן יורשים אותו. הרשב"ם חולק וס"ל שאם מכר הבן אף שהמכירה לא חלה יש בזה סילוק מקנין הגוף וחוזר קנין הגוף ליורשי האב. אבל גם הרשב"ם מודה שאם לא מכר הבן אף שמת הבן בחיי אביו יורשי הבן יורשים את קנין הגוף. הרמ"ה באות קע"ט חולק וס"ל שכשם שאינו יכול למכור את קנין הגוף אם מת הבן בחיי אביו למ"ד קנין פירות כקנין הגוף כך אינו מוריש את קנין הגוף ליורשיו ואם מת הבן בחיי אביו חוזר קנין הגוף ליורשי האב גם כשלא מכר הבן. ועל מה שכתב הרשב"ם שאם מכר הבן אף שהמכירה לא חלה הבן הסתלק מקנינו ויורשי האב יורשים אותו ולא יורשי הבן הקשו הרמב"ן והרשב"א כיון המכירה בטלה קנין הגוף נשאר של הבן ולמה לא ירשו בניו קנין זה כמו שהיו יורשים אם לא היה מוכר. דהיינו דקשיא להו מ"ש מכירה זו מכל מכירה שלא חלה שהממון נשאר ברשות המוכר ולא אמרינן שהסתלק. ועוד דלא מהני סילוק מממון שהוא כבר שלו.

ביאור מחלוקת הראשונים בזה הוא שרוב הראשונים ס"ל שגם לר"י שק"פ כקנין הגוף בעל קנין הגוף הוא בעלים גמורים על קנין הגוף. ומה שאינו יכול למכור את קנין הגוף הוא משום שחסר לו בשליטה על הממון כיון שאין לו שום שימוש בממון. ודמי להא דאמר ר' יוחנן בב"ק ס"ט. גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו. דאף שהממון הוא של הנגזל כיון שאין הממון בשליטתו אינו יכול לעשות חלות בממון. וכן כאן אף שהוא בעלים על הגוף כיון שאין לו שום שימוש בגוף חסר בשליטתו על הגוף ואינו יכול למכור אותו לאחרים. לכן ס"ל שרק למכור אינו יכול אבל

נמצא ב' דרכים בישוב קושית הר"י מיגש. מדברי הראשונים כאן משמע שאם בסוף באו הפירות לרשותו הוברר שהיה הממון שלו משעת כתיבת האב, וחל המכירה למפרע. לשון הר"י מיגש הוא שאם מת האב בחיי הבן איגלאי מילתא דמההיא שעתא הוה נכסיה ומש"ה קני לוקח. לשון הרמב"ן הוא דמתלא תלי וקאי כי מאית האב בחיי הבן איגלאי דמההיא שעתא קנייה וכו' וכי לא באה לידו אותו זכות שמת בחיי האב פקע קניניה לגבי לוקח דלאו יורש ידידה הוא עכ"ל. הריטב"א כתב אילו קיים הבן כשמת האב היה נגמר קנינו למפרע עם גמר מיתה וזכה בגוף משעת קנין וזכה הלוקח שלו. מכל לשונות אלו מבואר דס"ל שאם מת האב בחיי הבן, והגיעו פירות ליד הבן מתברר למפרע שהיה בעלים כבר מזמן כתיבת האב והוברר שחלה מכירתו ללוקח. וחידוש גדול יש בזה שקנינו תלוי ועומד במה שיהיה בעתיד. ואולי ביאור הדברים הוא שלר"י קנין הגוף שלא הביא לידי קנין פירות אינו כלום. אבל אם בסוף הביא קנין זה לידי קנין פירות מתברר שקנין הגוף בעצמו היה ממון רצ"ע.

גם מדברי רבינו יונה מוכח דס"ל שאם מת האב בחיי הבן זוכה הבן למפרע. ששיטת רבינו יונה הוא שמה שלא חל המכירה במת הבן בחיי האב הוא רק כשמת הבן בחיי האב ולא השאיר בנים. אבל מת הבן בחיי האב והשאיר הבן בנים הרי כאילו מת האב בחיי הבן. שאין ג"מ אם הגיע קנין הפירות לבן או לבנו של הבן שגם הוא כאביו שהבן כרעיה דאביו וזוכה במקומו במתנה. וכשזוכה הוא או בנו בפירות הוברר שהיה קנין לו מעיקרא וחלה המקח וזוכה הלוקח. ולא כרשב"ם וריב"ם דס"ל שאם מת הבן בחיי אביו אף שיש לו בנים המכירה בטלה. ומוכח מדברי רבינו יונה שחל הקנין למפרע שאם חל רק לאחר זמן כשמיגיע הפירות לבן אין הקנין יכול לחול אחר מיתת הבן שהוא המוכר. אלא מוכח לא רק מלשונו של רבינו יונה אלא גם מתוכן דבריו שהקנין חל למפרע. גם הרשב"א מסכים בזה עם רבינו יונה ע"ש.

התוס' ביבמות לו: גם הקשו קושית הר"י מיגש למה כשמת האב בחיי הבן חל המכירה הרי בזמן המכירה לא היה המכירה ראוי לחול והוי דשלב"ל. וכתבו וז"ל וי"ל דלגבי הכי לא אלים קנין פירות לבטל לגמרי קנין הגוף דבן וכיון דלבסוף אתיא שדה לידי דבן חשיב מכר עכ"ל. רע"א לעיל מ"ג. מביא תוס' זה ומפרש דבריהם שאין כונתם שחל הקנין למפרע אלא שאין בזה חסרון של דשלב"ל וחל הקנין כשבאים הפירות לרשות הבן. שמה שקנין הפירות מונע מכירה של בעל הגוף הוא רק לענין שלא יכול לחול עכשיו הקנאת הגוף. אבל לא אלים כחו לעשות חסרון של דשלב"ל ויכול הקנין לחול כשיבואו הפירות לרשותו מכח ההקנאה שהקנה לפני שהיו הפירות שלו. ורע"א מדמה דברי התוס' ביבמות לדברי השיטמ"ק בב"ק ל"ג. בשם הרמ"ה שאף שאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו מ"מ אם הקדיש ואח"כ הוציא מיד הגזלן חל ההקדש. וכתב רע"א שאין כונת הרמ"ה כמו שכתב בנו הגר"ש איגר שאם בסוף הוציא מהגנב חל ההקדש למפרע אלא כונת הרמ"ה שהדין של אינו ברשותו גורם רק שבמצב זה לא חל ההקדש אבל לא אלים הדין של אינו ברשותו לעשות שיחשב דשלב"ל ולא יחול ההקדש גם אח"כ כשיהיה הממון ברשותו. אלא חל ההקדש אח"כ מכח מעשה הראשון ואין בזה חסרון של דשלב"ל. ומביא ע"ז רע"א את התוס' הנ"ל ביבמות. [מדברי רע"א יש מקור למה שכתבנו לעיל לדמות מה שבעל הגוף אינו יכול למכור את הגוף למ"ד ק"פ כקנין הגוף לדין של אינו ברשותו שגם רע"א מדמה ב' דינים אלון].

בשור"ע אבה"ע ס' צ' סע' ט' כתב הרמ"א שאם מכרה אשה נכסי מלוג בחיי בעלה ואח"כ מת הבעל או נתגרשה מכרה קיים. ומקורו מהטור בשם הירושלמי והנ"י. והקשה הב"ש כיון דקני"ל שהאשה שמכרה בנכסי מלוג הבעל מוציא מהלקוחות את הגוף א"כ גם אם מכרה שיחול הקנין לאחר מיתת הבעל זה דשלב"ל. וכתב ע"ז האב"מ שם סקי"ג שלפי מה שמבואר ברש"י בפרק החובל שתקנת אושא היתה שהאלימו את קנין הפירות של הבעל והחשיבו את זה כקנין הגוף א"כ גדר הדין של תקנת אושא הוא כמו שבעלמא הדין למ"ד ק"פ כקנין הגוף. ולענין זה מבואר בגמ' שאם מכר ואח"כ הגיעו הפירות לידו שמת האב בחיי הבן חל הקנין. ומביא ע"ז האב"מ את דברי הרמב"ן בשם הר"י מיגש שאין זה דשלב"ל כיון שהקנין חל למפרע. א"כ גם בתקנת אושא יהיה הדין כן כיון שגם בזה ביטול המקח הוא מחמת שקנין פירות דבעל הוי כקנין הגוף אחרי תקנת אושא.

האב"מ בסקי"ד מקשה על תירוצו זה מב"ק פ"ט: דמבואר שלמ"ד ק"פ כקנין הגוף אין עבדי מלוג יוצאים בשור"ע לאשה. ואי אמרינן שאם מת או מגרש הוברר למפרע שבעל הגוף נחשב בעלים ומכירתו מכירה ה"ה שיתברר למפרע שיצא לחירות בשור"ע. אך זה קשה רק לפי מה שמביא האב"מ מהרמב"ן שהקנין חל למפרע. אבל למה שכתב רע"א בדעת התוס' ביבמות שהקנין חל רק כשמיגיע הפירות לבעל הגוף ואין זה נחשב דשלב"ל זה שייך רק בהקנאה שיכול לחול לאחר זמן. אבל שחרור של שור"ע אם לא חל עכשיו אינו חל לאחר זמן. א"כ י"ל שהרמ"א ס"ל כשיטה זו ומיושב קושית האב"מ.

שיטת בעה"מ. כתב בעה"מ לעיל בדף קכ"ה: בסוגיא דנכסי לסכתא וז"ל וכן אתה מפרש בהא דקאמר ר' יוחנן מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב לא קנה לוקח ואע"ג דא"ל מהיום נעשה כאומר לו כשתקנה הפירות לאחר מיתה קנה לך גם הגוף מהיום ולאחר זמן ואם מת בחיי האב ולא הניח בן לא קנה לא זה ולא זה עכ"ל. דהיינו שבעה"מ ס"ל שמוזה שאם מת האב בחיי הבן חל הקנין גם לר"י מוכח שגם לר"י שק"פ כקנין הגוף אין קנין הפירות מונע מבעל הגוף למכור את הגוף. ומה שאם מת הבן בחיי האב לא קנה לוקח אינו מפני שקנין הפירות מונע מבעל הגוף מלמכור אלא שכל הקנאת הגוף מעכשיו מותנה בזה שיגיע לו אח"כ פירות. ומה שדין זה תלוי בקנין פירות כקנין הגוף צ"ל שרק בגלל שק"פ הוא כקנין הגוף יש אומדנא שהמקנה תולה את הקנאת הגוף בקבלת קנין הפירות. אבל מה שמונע את מכירת בעל הגוף אינו מה שאין לו קנין פירות אלא תנאי של המוכר שאינו נותן לו את הגוף מעכשיו אא"כ הוא יקבל אח"כ את קנין הפירות. לפ"ז פשוט מה שהקנין תלוי ועומד במה שיהיה בעתיד. אבל אין לומר שזה כונת הראשונים הנ"ל שכתבו שחל הקנין למפרע שהרמב"ן הוא מהראשונים שכתבו כן והרמב"ן חולק בזה על בעה"מ כמו שיבואר.

הרמב"ן שם במלחמות מקשה על בעה"מ שבב"ק פ"ח: משמע שלר' יוחנן אשה שמכרה בנכסי מלוג הבעל מוציא מהלקוחות בלי תקנת אושא כיון שק"פ כקנין הגוף. ושם הקנין פירות הוא מתקנה"ח ולא מכח הקנאה ולא שייך לומר שיש תנאי בהקנאת הגוף. אלא מוכח שלר"י מעיקר הדין קנין הפירות מונע מבעל הגוף מלמכור ולא מכח תנאי. ובעה"מ ס"ל שגם לר"י מה שאין האשה מוכרת הוא רק

שאין בעל הגוף יכול למכור לר"י הוא משום שיש תנאי בהקנת הגוף שאינו מקנה לו את הגוף מהיום אלא ע"מ שיקבל אח"כ את קנין הפירות. והרמב"ן הקשה על בעה"מ מקנין פירות של בעל שלדברי בעה"מ בבעל לא צריך הק"פ לעכב את מכירת האשה ששם ליכא תנאי. ומה"ט סוברים התוס' שבאמת כן הוא ולכן גם לר"י צריך להגיע לתקנת אושא.

ובזה מיושב מה שמקשים על התוס' מב"מ צ"ו. לגבי השואל מן האשה ונשאל הבעל עמו שהגמ' תולה אם יש בזה דין בעליו עמו או לא בק"פ כקנין הגוף. וקשה הרי לתוס' בפירות של בעל לכו"ע ק"פ לאו כקנין הגוף. ואם סברת התוס' הוא כבעה"מ לק"מ. שלגבי שאר הדינים של ק"פ כקנין הגוף כגון אם מביא וקורא או לא אין ג"מ בין פירות של בעל לשל אחר. אלא רק לענין מה שהק"פ מבטל כח המכירה של בעל הגוף זה לדברי בעה"מ בגלל תנאי בהקנת הגוף. ורק לגבי זה שונה קנין פירות דבעל שאין בו תנאי.

האו"ש בפ"ב מרוצח הט"ו כתב שכל מה שיש מ"ד שק"פ כקנין הגוף הוא רק כשיש לבעל הפירות קנין בגוף לפירות אבל קנין פירות שאינו דקל לפירות כגון למ"ד אדם מקנה דשלב"ל לכו"ע אינו כקנין הגוף. שהגוף מגדל לבעל הגוף ואח"כ הפירות נקנים לבעל הפירות. אלא דלמאי דקי"ל שאין אדם מקנה דשלב"ל אין מציאות של קנין פירות בלי שיהיה לו קנין בגוף לפירות. אבל בפירות שהם מכח תקנ"ח יכולים רבנן להקנות פירות בלי קנין בגוף לפירות. ולכן בפירות של בעל שהם מתקנ"ח קנין פירות אינו כקנין הגוף. ומה שבב"מ צ"ו. מבואר שגם בפירות דבעל ק"פ כקנין הגוף מבאר האו"ש דהיינו אחרי תקנת אושא שתקנו שיש לבעל קנין בגוף לפירות.

הרמב"ן והרשב"א כתבו על קושית התוס' שלר"י באמת לא בעינן תקנת אושא. וכן כתבו התוס' בכתובות נ. ע"ש. ועוד כתבו שצריך תקנת אושא לר"י היכא שנתן הבעל מתנה לאשתו שאינו אוכל פירות.

התוס' לעיל נ: וכן השיטה כאן בשם תוספי הרא"ש כתבו דמה דסבר ר"י דק"פ כקנין הגוף ואין בעל הגוף יכול למכור הוא רק כשבתחילה לא היה לו כלום וקיבל גוף בלי פירות. כיון שלא היה מעולם בעלים אינו נעשה בעלים ע"י גוף בלי פירות. אבל אשה שהיתה בעלים על הגוף ועל הפירות לא בטל מינה שם בעלים כשמקבל הבעל קנין פירות. וכתבו התוס' שמצאנו כעין זה בפסחים ו. בבהמת ארננא. ואינו מובן מה נ"מ מה היה קודם הרי עכשיו יש לאחד גוף ולשני פירות. וזה כעין מה ששאלנו על הגמ' כאן בסברא של אחולי אחיל. ולדברי בעה"מ היה אפשר להבין החילוק אך בפירות של בעל ליכא לסברת בעה"מ כמו שנתבאר וצ"ע.

תוד"ה לא קנה לוקח. כתבו בשם ריב"ם דכיון שלא חל המכר נשאר הגוף של הבן וכשמת יורש בן הבן. ולא כרשב"ם שכתב שאף שבטל המקח ואין הלוקח זוכה אין קנין הגוף נשאר ביד הבן אלא חוזר ליורשי האב שהבן הסתלק מקנינו ע"י המכירה. ומבואר בדברי ריב"ם דלא ס"ל כרבינו יונה שכתב שאם יש בנים לבן המקח קיים אף שמת הבן בחיי אביו כיון שקנין הפירות הגיעו במיתת האב לבן הבן הרי זה נחשב כמת האב בחיי הבן והמקח קיים. דהיינו שיש ג' שיטות למי הולך קנין הגוף כשמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי אביו והניח בנים. א. לרשב"ם חוזר קנין הגוף ליורשי האב. ב. לריב"ם ליורשי הבן. ג. לרבינו יונה ללוקח.

מבאר הריב"ם שמה שאין הלוקח מוציא מבן הבן בטענה של אבין זבין ואת מפקת הוא משום דכיון שלא חל מכירת

מכח תקנת אושא כמבואר בתוד"ה ר' יוחנן בתי' השני שבקנין פירות דבעל שהוא מתקנ"ח מודה ר"י שק"פ אינו כקנין הגוף.

לשיטת בעה"מ מובן הצריכותא של הגמ' בסמוך דס"ד דאב לגבי בריה אחולי אחיל ואפי' אם בעלמא ק"פ כקנין הגוף ואין בעל קנין הגוף יכול למכור הכא ס"ד שיכול למכור. וכן איפכא יש צד שאפי' אם בעלמא אין קנין הפירות מונע מכירת הגוף כאן זה כן מונע דכל לגבי נפשיה אפי' לגבי בריה נפשיה עדיפא ליה. ואינו מובן דלכאורה אין שני אופנים של קנין פירות. ואם מה שאין לבעל הגוף קנין פירות מונע ממנו למכור את הגוף מה יועיל מה שהאב אחולי אחיל הא סו"ס לא נתן האב לבן אלא קנין הגוף בלי קנין פירות. וכן קשה איפכא אם לר"ל מה שיש לאחר קנין פירות אינו מונע מבעל הגוף למכור למה יש צד לומר כיון שאב לגבי נפשיה משייר פירות באופן שלא יוכל בעל הגוף למכור, ומה יש לאב בקנין הפירות יותר מקנין הפירות של אחר. ולדברי בעה"מ ניהא שלדבריו כל מה שק"פ מונע את מכירת הגוף הוא מכח אומדנא שלא נתן לו את הגוף אלא ע"מ שיהיה לו אח"כ קנין פירות. ולגבי זה יש לחלק בין אב לגבי בריה לבין אחר.

תוד"ה רבי יוחנן. הקשו לר"י דאית ליה ק"פ כקנין הגוף ואין בעל קנין הגוף יכול למכור ל"ל תקנת אושא הא בלא"ה אין האשה יכולה למכור מפני שהבעל אוכל פירות. וכתבו בתי' הראשון שצריך תקנת אושא באופן שכתב לה הבעל דו"ד אין לי בפירות ובפירי פירות. ממה שהוצרכו התוס' להוסיף שכתב שאין לו דו"ד גם בפירי פירות למד האב"מ בס' צ' סק"א שאם יש לאחד קנין הגוף ופירות ולשני יש קנין לפירי פירות הקנין פירי פירות מונע את מכירת הגוף לר"י דאית ליה ק"פ כקנין הגוף. ולכן כתבו התוס' שרק כשהסתלק הבעל גם מפירות וגם מפירי פירות צריך להגיע לתקנת אושא.

לכאורה הדברים תמוהים דהא דק"פ כקנין הגוף הוא כשלבעל הגוף אין פירות בכלל, כיון שאין לו שימוש בגוף חסר בכח ההקנאה על הגוף. אבל כשיש לו פירות מה בכך שיש אחר שאוכל פירי פירות. ונראה שענין זה תלוי במחלוקת ראשונים בריש הכותב דף פ"ג: כשמסתלק הבעל מפירות ולא מפירי פירות אם יכולה האשה לאכול את כל הפירות ואינה חייבת לשייר, אלא שאם במקרה נשאר וקנו בזה קרקע הבעל אוכל פירי פירות או שחייבת לעשות מהפירות פירי פירות. ולסוברים שם שחייבת לשייר נמצא שאף שיש לאשה פירות אין לה מזה אלא אפשרות להגדיל את קנין הגוף שלה אבל שימוש בפועל לאכילה אין לה כלל. ושפיר יש מקום לומר שהקנין פירי פירות הוא כקנין הגוף ואין בעל הגוף יכול למכור אף שהפירות הם שלו. עיין מה שכתבנו בזה בכתובות פ"ג:

עוד למד האב"מ שם וכן בקצות בס' ק"ג סק"ט מתי' זה של התוס' דס"ל שתקנת אושא הוא גם כשאין הבעל אוכל פירות. ולא כדמשמע ברש"י בב"ק פ"ח: שבאושא תקנו שהקנין פירות של הבעל יחשב כקנין הגוף אף דבעלמא קי"ל שק"פ לאו כקנין הגוף. ולדבריו באופן שאין הבעל אוכל פירות כגון שהסתלק או שנתן מתנה לאשתו שאינו אוכל פירות לא יהיה תקנת אושא. והתוס' ס"ל שתקנת אושא הוא גם כשאינו אוכל פירות שתקנו שאין האשה יכולה להפקיע את ירושת הבעל ע"י מכירה.

עוד כתבו התוס' שבקנין פירות של הבעל שהוא מתקנ"ח מודה ר"י דק"פ לאו כקנין הגוף ורק בגלל תקנת אושא אינו יכול למכור. והדברים צ"ב מה נ"מ אם יש לו קנין פירות מפני שקיבל מחברו או שקיבל מתקנ"ח. ויש לבאר דברי התוס' ע"פ דברי בעה"מ שהובא לעיל שכתב שכל מה

מחלוקות אלו תלויים זה בזה. ובגמ' מבואר שתלוי זה בזה שמה שמונע את בעל הגוף מלמכור הוא מה שיש לבעל הקנין פירות דין בעלים על הקרקע.

ברשב"ם במשנה מבואר שבעל קנין הגוף ובעל קנין הפירות יכולים יחד למכור. ולכאורה כונתו שגם למ"ד קנין פירות כקנין הגוף ובעל הגוף לבדו אינו יכול למכור מ"מ שניהם יחד יכולים למכור. והוא חידוש שהרי אין לאף אחד מהם בעלות גמורה לענין מכירת הגוף ומנין שביחד יכולים הם למכור. לענין גזל ולא נתיאשו הבעלים ששניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינה ברשותו נחלקו הפוסקים אם שניהם יחד יכולים להקדיש ולמכור. הב"ש באבכה"ע ס' כ"ה סע' ה' כתב ששניהם יחד יכולים להקדיש. האב"מ שם סק"ג מוכיח שגם שניהם יחד אינם יכולים למכור ע"ש. וה"ה שיש מקום לומר כאן שגם אם ימכרו יחד בעל הגוף ובעל הפירות לא יחול הקנין מפני שאין לאף אחד מהם כח הקנאה. וברשב"ם מבואר שביחד יכולים להקנות.

המוכר שדהו לפירות ר"י אמר מביא וקורא קסבר קנין פירות כקנין הגוף דמי. התוס' לעיל כ"ז. הקשו מהא דהקונה אילן אחד אינו מביא ביכורים מפני שאין לו קרקע ואמאי הא אית ליה זכות להניח אילנו בקרקע של חברו ואמאי גרע מקנין פירות שלר"י מביא וקורא. וכתבו דשאני קנין פירות שקנוי לו לזמן קבוע משא"כ באילן אחד אם יתיבש מיד האילן אין לו בקרקע כלום. וביאור דבריהם כתב בחי' הגר"ח זצ"ל בפ"ב מביכורים ה"ג, והובא בקה"י ב"ב ס' ט"ז, שהלוקח אילן אחד מקבל יניקה מבעל הקרקע אבל אין לו קנין ביניקה אלא שיעבוד על בעל הקרקע לקבל ממנו יניקה. משא"כ הלוקח שדה לפירות יש לו קנין בגוף לפירות.

עוד כתבו התוס' שם בתי' השני שהלוקח שדה לפירות יש לו כל השימושים בקרקע ובזה סובר ר"י שקנין פירות כקנין הגוף דמי. משא"כ הקונה אילן אחד אין לו בקרקע חברו אלא יניקה לבד ולא שאר שימושים. לכאורה מבואר בתי' זה שק"פ כקנין הגוף הוא רק כשיש לבעל קנין הפירות את כל השימושים אבל אם גם בעל הגוף יש לו שימוש אין הק"פ של בעל הפירות כקנין הגוף. עיין בקה"י ס' י"ז שמביא שהאחרונים הקשו משבת קל"ה: שגם כשאין לבעל הפירות אלא שימוש מסוים קנין פירות כקנין הגוף.

במשנה בביכורים פ"א מ"ב מבואר שהשוכר קרקע אינו מביא ביכורים. והקשו האחרונים לר' יוחנן דאית ליה ק"פ כקנין הגוף אמאי אין שוכר מביא וקורא. ואין לומר ששוכר אין לו אלא קנין השתמשות ולא קנין הגוף להשתמשות שקנין השתמשות בלי גוף הוא דשלבי"ל, וע"כ שיש לו קנין דקל לפירות. וא"כ למה גרע כוחו של שוכר לענין ביכורים מהלוקח שדה לפירות. וכמה דרכים נאמרו בזה.

החזו"א בזרעים ס' כ"א סק"ד מוכיח מזה, וכן מהא דשוכר חייב בגו"א והקונה לזמן שדינו כקנין פירות אינו חייב אלא בפשיעה כמבואר בתוס' ב"מ צ"ו: שקנין פירות עדיף מקנינו של שוכר. וטעם הדבר מבאר הקה"י בשביעית ס' א' אות ז' ע"פ התוס' הנ"ל שאין ק"פ כקנין הגוף אלא כשיש לבעל קנין הפירות את כל השימושים ואין שום שימוש לבעל הגוף. ובשכירות הקרקע משמש גם את המשכיר שהוא מקבל את השכירות. וגם שאלה שאינו מקבל שכירות מ"מ יש לו קבלת אחריות אונסים של השואל. האבי עזרי' בפ"ו משכירות ה"ה כתב דמה דסבר ר"י שהלוקח שדה לפירות מביא וקורא הוא רק כשקונה את הגוף לזמן שדינו כקנין פירות. אבל אם אין לו אלא קנין פירות לבד לא עדיף קנינו משל שוכר וכמו ששוכר אינו

הגוף משום דק"פ כקנין הגוף ממילא נשאר הגוף של הבן וכשמת הבן קנין הגוף עובר בירושה לבן הבן. דאף שמכירה אין על קנין הגוף לר' יוחנן זה רק חלות שהאדם עושה אבל ירושה דממילא יש על קנין הגוף גם לר' יוחנן כמו ממון שאינו ברשותו שאינו יכול למוכרו אבל יש ע"ז ירושה. [לכן הרש"ש מגיה בתוס' ומעביר את תיבת ממילא לכאן משום שזה הטעם שיש ירושה על קנין הגוף]. ולא כרמ"ה דס"ל שלר' יוחנן שאינו יכול למכור את קנין הגוף גם אינו מוריש את קנין הגוף לבניו.

ומה שלקמן קנ"ט. מבואר שלולא סברת מכח אבזה דאבא קאתינא היה ללוקח טענה של אביך זבין ואת מפקת היינו משום ששם לא איירי לגבי גוף הקרקע אלא לגבי הדמים ששילם הלוקח שהוא חוב על הבן ולולא סברת מכח אבזה דאבא קאתינא היו משתעבדים הנכסים שהבן יורש בקבר להנחיל לבניו והיה הלוקח שהוא המלוה מוציא מהם. משא"כ הכא לא איירי לגבי הדמים אלא לגבי גוף הקרקע.

מה שכתב עוד ריב"ם וכשמת זקינו קנאם הבן בקבר וא"כ ירשם בן הבן, לכאורה הלשון אינו בדוקא שקנין בקבר איכא בירושה ואילו קנין הפירות מקבל הבן אחר מיתת אביו מכח מתנת אביו ולא מכח ירושה. ומקבל מתנה שמת לפני קבלת המתנה אינו זוכה בקבר. וקנין פירות שאני שמעיקרא הוא קנה את הגוף וכל הפירות. ולא שייר האב לעצמו אלא את קנין הפירות לכל ימי חייו אבל קנין הפירות של אחר מיתתו שייך לבן מתחילה כמו שכתב רע"א. אלא כונת התוס' כיון שבן הבן יורש את קנין הגוף ממילא הוא זוכה גם בקנין הפירות של הזמן של אחר מיתת אביו שגם קנין זה היה שייך לאביו והוא יורש ממנו.

לבית מאיר דס"ל שקנין הפירות חל אחר מיתתה היה ניהא לשון התוס' שקונה בקבר אבל אינו מוכן איך הוא קונה בקבר שדין משמוש נאמר רק בירושה ולא בקנין. ובשלמא אם קנה במתנת שכ"מ י"ל ע"פ דברי הקצות בס' קכ"ה סק"ה דכיון שמתנת שכ"מ כירושה שוויה רבנן יכול לקנות בקבר כמו שיוורש בקבר. אבל כשהקנה האב לבנו גוף מהיום ופירות לאחר מיתתו במתנת בריא ומת הבן בחיי האב איך זוכה הבן בפירות בקבר הרי אין זכיה לאחר מיתתו. וע"כ צ"ל כרע"א שקנין הפירות חל מעיקרא ולשון התוס' שזוכה בקבר הוא לאו דוקא. אלא שבפועל הפירות הגיעו לידו כשהיה בקבר אבל הקנין לפירות אלו היה לו מתחילת המתנה.

עוד כתבו התוס' ואפי' לרב ענן וכו'. ביאור דברי התוס' הוא ע"פ מה שכתבו לעיל קכ"ה: ד"ה לירתי שבלי רב ענן יש לומר דהא דמת שני בחיי ראשון יחזור לירשי ראשון הוא דוקא באחריו לפלוני ואחרי אחריו לפלוני. כיון שיש שלישי אין לשני גוף ואם מת בחיי הראשון אין לשני מה להוריש לבניו. אבל כשיש רק אחריו אחד אולי מת שני בחיי ראשון ילכו הנכסים לירשי שני. אך לעיל כתבו שלרב ענן אינו כן אלא גם בשנים אם מת שני בחיי הראשון יחזור לירשי ראשון. וע"ז הקשו כאן למה לא יוריש השני את הגוף לירשיו כמו שכאן הבן מוריש את הגוף לירשיו. וכתבו דאחריו שאני שאין לשני גוף עד אחר מיתת הראשון.

והא אפליגו בה חזא זימנא. לכאורה היה נראה שעיקר המחלוקת לגבי מכר הבן הוא מה דינו של קנין הגוף כשאין לו קנין פירות. דר' יוחנן ס"ל שאין בעל הגוף יכול למכור את הגוף כיון שאין לו עכשיו שימוש בממון זה. ור"ל ס"ל שאין זה חסרון בבעלות על הגוף. והמחלוקת של הלוקח שדה לפירות אם מביא וקורא הוא מה דינו של בעל הקנין פירות אם נחשב כבעלים על הקרקע כיון שהשימושים הם שלו אף שאין הגוף שלו או לא. ולכאורה אין הכרח ששתי

מביא ביכורים כך מי שיש לו קנין פירות בלי קנין בגוף אינו מביא גם לר' יוחנן.

ר"ל אמר מביא ואינו קורא. המנ"ח במצ' צ"א מביא שנחלקו השאג"א בס' צ' והמקור חיים בס' תמ"ח אם מה שמביא לר"ל הוא מן התורה או מדרבנן. השאג"א ס"ל שמביא מן התורה. והמקור"ח ס"ל שאינו מביא לר"ל אלא מדרבנן. והעירו כבר שנחלקו בזה הרשב"ם והתוס' כאן שהרשב"ם ס"ל שמביא מן התורה. והתוס' כתבו שאינו מביא אלא מדרבנן. הרמב"ן כתב שמה שמביא ואינו קורא לר"ל הוא משום שמה שאינו יכול לומר אדמתך לר"ל אינו אלא מספק ולכן דינו ככל ספק שמביא ואינו קורא. דהיינו שיש בזה ג' שיטות. לרשב"ם מביא מן התורה מדין ודאי ואעפ"כ אינו קורא. לתוס' מביא מדרבנן ולכן אינו קורא. לרמב"ן הרי ספק ומספק מביאים ולא קוראין.

התוס' הקשו על הרשב"ם אם מביא מן התורה מפני שנחשב אדמתך א"כ נחשב גם האדמה אשר נתת לי ואמאי אינו קורא. הקצות בס' רנ"ז סק"ג כתב לבאר דברי הרשב"ם ע"פ מה שמביא בשם הר"ר אביגדור כהן שמתנה לזמן נחשב לכם לענין אתרוג אף שקנין לזמן אינו אלא קנין פירות דלקחתם לכם היינו שבזמן הלקיחה יהיה שלכם, ולגבי זה סגי במה שהוא שלו לזמן. כמו שמספיק קנין פירות לגבי לכם של אתרוג כך סגי בקנין פירות שיחשב אדמתך להבאת ביכורים דבעינן רק שיהיה בעלים בשעת הבאת הביכורים. אבל לקריאת ביכורים בעינן שיוכל לומר האדמה אשר נתת לי, לזה בעינן בעלות לעולם ולא קנין לזמן שאינו אלא קנין פירות. אך כל זה לר"ל שק"פ אינו כקנין הגוף אבל לר"י דהוי כקנין הגוף סגי בקנין לזמן גם לענין האדמה אשר נתת לי.

יש לעיין בדברי הקצות שמה שכתב ר' אביגדור כהן דחשיב לכם היינו כשמקנה גוף לזמן. אבל כשאינו נותן אלא קנין פירות בלי גוף גם הוא מודה שאין זה אלא כשאול ולא מהני. ומה שר"ל אמר שמביא ואינו קורא היינו במוכר שדה לפירות ולא במוכר גוף לזמן. ואף שהובא לעיל בשם האבי עזרי בפ"ו משכירות ה"ה שמחלוקת ר"י ור"ל הוא בגוף לזמן הקצות בעצמו לא ס"ל כן כמבואר בדבריו שם בס' רנ"ז סק"ג.

המל"מ בפ"ד ממלוה הי"ד כתב שמה דסבר ר"ל שקנין פירות לאו כקנין הגוף זה רק כשיש לו קנין פירות לזמן אבל קנין פירות לעולם לכו"ע הוא כקנין הגוף. והובאו דבריו בקה"י שביעית ס' א' אות י"א. ע"ש.

סד"א אבא לגבי בריה אחולי אחיל. לדברי התוס' בגיטין מ"ח. אין זה רק צריכותא וה"א אלא סברא זו קיימת אליבא דהלכתא. דמבואר שם שהמוכר שדה בזמן שהיובל נהוג אינו אלא קנין לזמן ודינו כקנין פירות ולר"ל מביא ביכורים ואינו קורא. וע"ז אמרו שם בגמ' שאם ר"י היה סובר בזה כר"ל לא היה מוצא ידיו ורגליו בבית המדרש. שר"י אית ליה אין בריה ואחים שחלקו לקוחות הם ומחזירים זה לזה ביוכל. ואם היה סובר כר"ל לא היו קוראים על ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע בין נון. והקשו התוס' איך אנו מצאנו ידיו בכה"מ הא קי"ל אין בריה וקי"ל כר"ל שק"פ לאו כקנין הגוף דמי. וכתבו התוס' דמאי דקי"ל כר"ל הוא רק לגבי אב שנתן לבנו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה דאב לגבי בריה אחולי אחיל.

הקצות בס' רנ"ז סק"ג כתב לישב קושית התוס' דמאי דקי"ל כר"ל שק"פ לאו כקנין הגוף הוא במוכר שדה לפירות שאין לקונה גוף כלל אלא רק דקל לפירות. אבל כשמוכר הגוף לזמן שיש לו קנין גם בגוף לחפור בו בורות, אף שקנין לזמן דינו כקנין פירות בזה קי"ל שמביא וקורא.

לדברי הקצות יוצא שיש שני אופני קנין פירות א. קנין פירות ממש שאין לו גוף אלא דקל לפירות ואינו יכול לשנות הגוף. ב. קנין הגוף לזמן שגם הוא נחשב כקנין פירות אבל בזה יש לו גם קנין בגוף לזמן ויכול לשנות את הגוף. ובזה יש לבאר קצת את הצריכותא של הגמ' דס"ד לחלק בין אב לגבי בריה או בין אדם שמשייר לנפשיה לבין שאר קנין פירות. וכתבנו לעיל דלכאורה אינו מובן מה הנ"מ אם משייר לעצמו בעין יפה או לא הא סו"ס יש לאחד גוף ולשני פירות. ולדברי הקצות י"ל שפעמים שיש לבעל הפירות פירות לבד ופעמים שיש לו גוף לזמן שהוא עדיף מפירות בלי גוף. ואי פליגי במוכר שדה לפירות ס"ד דאב לנפשיה משייר גוף לזמן. א"נ ס"ד דאב לגבי בריה אחולי אחיל ואינו משייר לעצמו אלא פירות בלי גוף כלל משא"כ המוכר שדהו לפירות אולי נותן לקונה גם גוף לזמן.

איתיביה ר"י לר"ל. היד רמה באות קפ"א מבאר שהה"א להביא ראייה מכאן לר"י ודחיית הגמ' אחריו שאני תלוי אם האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי או לא. דס"ד שהאומר אחריו כאומר מעכשיו דמי וא"כ לאחרון יש גוף מתחילת הנתינה. וא"כ הראשון אין לו אלא קנין פירות. ואם כשמת שני בחיי הראשון חוזרים הנכסים ליורשי הראשון מוכח דק"פ כקנין הגוף. ודחיית הגמ' אחריו שאני היא שאחריו אינו כאומר מעכשיו ואין האחרון מקבל את הגוף אלא כשמת מי שלפניו. וא"כ בתחילת הנתינה הגוף והפירות הם של הראשון. ולכן אם מת שני בחיי הראשון יחזרו הנכסים ליורשי הראשון ואין מזה ראייה שק"פ כקנין הגוף. וכן נראה מדברי הרשב"ם.

וכן מבאר הרמ"ה את המשך הגמ' שמחלוקת רבי ורשב"ג דפליגי אליבא דר"ל אם אחריו שאני או לא היינו דפליגי אם אחריו כאומר מעכשיו דמי או לא. דרבי ס"ל כאומר מעכשיו והגוף שייך מתחילה לשני ולראשון יש רק פירות לכן לא חל מכירת הראשון. ורשב"ג ס"ל דאחריו לאו כאומר מעכשיו דמי ואין לשני גוף אלא במיתת הראשון ועד אז הגוף והפירות הם של הראשון לכן מכירתו מכירה ואין לשני אלא מה ששייר הראשון.

אכתי צ"ב שאם ס"ד שאחריו כאומר מעכשיו דמי והראשון אין לו אלא קנין פירות קשה גם לר"י הרי גם ר"י דאית ליה ק"פ כקנין הגוף מודה שאין בעל הפירות יכול למכור את הגוף שאינו שלו כמבואר במשנה שאם מכר האב אינו מכור אלא עד שימות. ואמאי הכא יחזרו הנכסים ליורשי הראשון. וע"כ צ"ל דאחריו שאני שעל הצד שלא יגיע לשני הכל של הראשון א"כ גם לר"ל ניהא ומה הה"א של ר"י להביא מזה ראייה לשיטתו.

וכן צ"ב בהמשך הגמ' שר"י מפרש מחלוקת רבי ורשב"ג דפליגי אי קנין פירות כקנין הגוף דמי או לא. ואינו מובן למה לרשב"ג חל מכירת הראשון הרי גם לר"י שק"פ כקנין הגוף אין בעל הפירות יכול למכור את הגוף כמבואר במשנה. הגליון שבתוס' בסוד"ה והתניא כתב שמזה מביא ר"ל ראייה דפליגי באחריו שאני ולא בק"פ כקנין הגוף. אבל לפירוש הרשב"ם ר"י ס"ל דפליגי בק"פ כקנין הגוף. וקשה שמה שק"פ הוא כקנין הגוף אינו סיבה שיוכל בעל הפירות למכור את הגוף.

רבינו יונה עמד בזה וכתב שע"כ גם ר"י מודה שאחריו שאני ועדיף קנינו של הראשון משאר קנין פירות. ומקשה רבינו יונה א"כ מאי ס"ד דר"י להביא ראייה לשיטתו מהא דמת שני בחיי הראשון שיחזרו נכסים ליורשי הראשון הא גם לר"י ע"כ צ"ל דאחריו שאני. ומבאר רבינו יונה שבודאי גם ר"י מודה שמה שמת שני בחיי הראשון חוזרים הנכסים לראשון, וכן מה דסבר רשב"ג שאם מכר הראשון אין לשני אלא מה ששייר הראשון זה מפני שעל הצד שלא יגיע הגוף

אין לשני אלא מה ששייר הראשון. נתבאר שלרוב הראשונים טעמו של רשב"ג שחל מכירת הראשון הוא משום דס"ל שאין השני זוכה בגוף עד אחר מיתת הראשון ועד אז הגוף שייך לראשון ולכן מכירתו מכירה. ויש לעיין בזה דאמנם הגוף הוא של הראשון אבל אין הגוף שלו אלא לזמן וקנין לזמן נחשב קנין פירות כמבואר בר"ן נדרים כ"ט. ומקורו מגיטין מ"ח. שהקונה שדה בזמן שהיובל נוהג אין לו אלא קנין הגוף כיון שאינו שלו אלא עד היובל. וי"ל שמה שיש לראשון גוף לזמן הוא רק על הצד שיגיע הממון בסוף לשני. אבל אם מוכר הראשון ולא יגיע הממון לעולם לשני הוברר שהיה לראשון הגוף לעולם ולכן מכירתו מכירה. אך אין זה מספיק דמבואר בסמוך לרשב"ג שמכירת הראשון מכירה זה נחשב לכס לענין אתרוג אף שבפועל לא מכר. וכיון שלא מכר והגיע לשני הרי הוברר שהיה לראשון גוף רק לזמן וא"כ מתברר שלא היה לו קנין הגוף ואמאי הוי לכם.

הרמ"א בס' רמ"ח סע' ג' כתב שמה דמהני מכירת הראשון הוא רק כשנתן לראשון לכל ימי חייו ואחריו לפלוני. אבל אם נתן לראשון רק לעשר שנים ואח"כ לפלוני ומכר הראשון מודה רשב"ג שהשני מוציא מהלוקח בסוף עשר שנים. וכתב ע"ז הגאון בסק"ג וז"ל עיין רשב"ם שם ד"ה דתניא כו' ומיהו לר"ל כו' משא"כ לזמן דלא אקני ליה אלא פירות כמ"ש גיטין מ"ח א' אדורו לטעמייהו כו' עכ"ל. דהיינו שהגאון כתב מקור לרמ"א מדברי הרשב"ם כאן שכתב שטעמו של רשב"ג שחל המכירה של הראשון לר"ל הוא שיש לראשון קנין בגוף כל ימי חייו. ואם זה טעמו של רשב"ג ממילא זה דוקא כשהקנה לו לכל ימי חייו. שאם לא הקנה לו אלא לעשר שנים זה קנין לזמן וכל קנין לזמן אינו אלא קנין פירות. וכיון שאין לו קנין הגוף אינו יכול למכור.

מבואר בגאון שמה שבאחריו מהני מכירת הראשון הוא משום דכיון שקניו לראשון לכל ימי חייו אין זה נחשב קנין לזמן אלא הוי כקנין לעולם שיש לו קנין הגוף. ולכאורה אינו מובן מה לי קנין לעשר שנים מה לי לכל ימי חייו הרי שניהם קנין לזמן. ומוכח מזה שהגאון ס"ל שמה שקנין לזמן הוא קנין פירות אינו משום שקנין הגוף לזמן נחשב קנין פירות אלא זה אומדנא שהנותן לחברו לזמן אינו נותן לו אלא פירות. וכן הוא לשון הגאון שלא אקני ליה אלא פירות. ולענין זה שפיר י"ל שאם נותן לו לכל ימי חייו, שלגבי מקבל זה הקנין הוא לעולם דעתו לתת לו קנין הגוף.

הקצה"ח לא ס"ל בזה כהגאון שהקצות מקשה בס' רמ"א סק"ד איך יוצא באתרוג שניתן לו ואחריו לפלוני לרשב"ג הרי אין לו אלא גוף לזמן דהוי קנין פירות. ומוכיח מזה הקצות דאף שלגבי ביכורים אין זה נחשב האדמה אשר נתת לי מ"מ לענין לכס דלולב סגי בזה. ואף שהר"ן כתב שקנין הגוף לזמן דינו כקנין פירות מ"מ כיון שלזמן יש לו גוף הרי לכם. וכל זה כשנותן לראשון לכל ימי חייו שמבואר ברשב"ם בסמוך שהגמ' של אתרוג איירי נמי שנתן לראשון לכל ימי חייו. ומה שמבואר ברמ"א שאם נתן לעשר שנים לא מהני מכירת הראשון לדעת הקצות אין זה בגלל הגמ' בגיטין שקנין לזמן הוא קנין פירות אלא מפני שבזה באמת אין נותן אלא פירות. אבל כשנותן לכל ימי חייו יש לו גוף. ואף דהוי גוף לזמן מ"מ חשיב לכם כיון שלזמן הזה הגוף שלו.

נמצא שלגאון הנותן לכל ימי חייו המקבל נחשב קנין לעולם ובזה לא נאמר בגיטין דהוי קנין פירות. ורק כשנותן לעשר שנים הוי קנין פירות בגלל הגמ' בגיטין. ולקצות גם לכל ימי חייו זה גוף לזמן שדינו כקנין פירות כמבואר בגיטין. ולעשר שנים אינו נותן גוף כלל אלא רק פירות. מה שיכול הראשון למכור באחריו לקצות אף שאין לראשון אלא גוף לזמן שדינו קנין פירות. צ"ל כמו שכתבנו לעיל דהיינו

לשני הרי הגוף הוא של הראשון, אלא שר"י ס"ל שכל זה רק אי אמרינן דק"פ כקנין הגוף. דבשלמא אם גם כשהגוף של השני הקנין פירות שיש לראשון הוא כקנין הגוף אמרינן שעל הצד שלא יגיע הגוף לשני כגון שימות בחיי הראשון או שימכור הראשון, הרי הנותן נותן לראשון גם את הגוף. אבל אם הק"פ שנתן לראשון אין לו שייכות לקנין הגוף אין לנו לומר שאם לא יגיע הגוף לשני הוא נתן את הגוף לראשון. דהיינו שר"ל ס"ל שאחריו שאני הוא סברא בפנ"ע גם אם ק"פ אינו כקנין הגוף. ור"י ס"ל שלא אמרינן אחריו שאני אלא אם ק"פ כקנין הגוף. אך גם לר"י מה שבמת שני בחיי הראשון חוזרים הנכסים ליורשי הראשון, וכן מה שלרשב"ג מהני מכירת הראשון, אין זה בגלל ק"פ כקנין הגוף לבד, אלא בצירוף עם אחריו שאני. אלא דר"י ס"ל שלא אמרינן אחריו שאני אלא אם ק"פ כקנין הגוף.

אחריו שאני. הובא לעיל שהרמ"ה מפרש שמסקנת הגמ' דאחריו שאני היינו דאחריו לאו כמעכשיו דמי ואין השני קונה את הגוף אלא אחר מיתת הראשון ועד אז הגוף והפירות שייכים לראשון. וזה טעמו של רשב"ג שמהני מכירת הראשון מפני שהגוף והפירות הם שלו כל ימי חייו. וכן הוא שיטת הרי"ף והרמב"ן במלחמות לעיל קכ"ה: במעשה דנכסי לסבתא. ולכן כתב שם הרי"ף שאם מפרש שאחריו יקנה פלוני מעכשיו מודה רשב"ג שאם מכר הראשון השני מוציא מהלקוחות.

בעה"מ שם חולק וס"ל שגם רשב"ג ס"ל שהאומר אחריו כאומר מעכשיו דמי ואעפ"כ מהני מכירת הראשון. שמה שקונה השני את הגוף מעכשיו הוא רק על הצד שיגיעו לו הנכסים אחרי הראשון. אבל אם הוא ימות בחיי הראשון או שימכור הראשון הוברר שמעולם הוא לא היה בעלים על הגוף אלא הגוף היה של הראשון. ולדברי בעה"מ אחריו שאני היינו שאם מת השני בחיי הראשון הוברר שהגוף היה של הראשון. ורק אם באמת הגיע הגוף לשני אחרי מיתת הראשון מתברר שהגוף היה שלו מתחילה. דהיינו שנחלקו הרמב"ן ובעה"מ בפשט באחריו שאני. לרמב"ן היינו שאחריו לאו כאומר מעכשיו. ולבעה"מ אף דהוי כאומר מעכשיו מ"מ על הצד שלא יגיע לשני מתברר שהגוף היה של הראשון.

הרמב"ן מקשה על בעה"מ שאם אחריו כמעכשיו ואעפ"כ מהני מכירת הראשון מפני שאם מכר הוברר שלא היה לשני כלום למה במתני' כשמקנה האב לבן גוף מהיום ופירות לאחר מיתה לא מהני מכירת האב. נימא גם בזה שקנינו של הבן בגוף הוא רק לצד שעתיד להגיע לבן. ומה נ"מ בין אחריו לפלוני לבין אחרי לבני. בשלמא לרמב"ן החילוק הוא שכאן הוא פירש שמקנה לבן את הגוף מעכשיו משא"כ אחריו לאו כאומר מעכשיו אבל לבעה"מ מאי שנא הרי שניהם הם מעכשיו. אך שיטת בעה"מ דלשון אחריו שאני שרק בזה אמרינן שנתן לשני את הגוף מעכשיו רק על הצד שעתיד להגיע לשני. משא"כ כשנותן לבנו גוף מהיום אין קנין הגוף של הבן תלוי ועומד ולכן אין האב יכול למכור את הגוף שהוא כבר הוחלט לבן.

דף קלז.

מכר ואכל השני מוציא וכו'. כתב הרשב"ם דהא דנקט מכר ואכל אורחא דמילתא נקט. התוס' רי"ד כתב דבדוקא נקט שאם לא אכל והדמים שקיבל נמצאים בידו יזכה האחריו בדמים אלו אחרי מיתת הראשון שהם דמי הנכסים. ורק כשמכר ואכל ולא שייר הראשון כלום אין לאחריו כלום שאין לשני אלא מה ששייר הראשון.

לאחר מיתה היה אפשר לומר שמה שכתב הרשב"ם שבאופן זה קדמו אחריו היינו שקדם האחרון לזכות בקנין הפירות לפני מקבל המתנה. אך כתב רע"א שלמה שהוכיח שגם קנין הפירות של אחר מיתה קנוי לבעל הגוף מתחילת המתנה קשה אמאי קודם האחרון הרי כל קנינו של המקבל הוא מתחילת המתנה לפני האחרון.

הקצה"ח בס' רמ"ח סק"ט תמה בזה על הרשב"ם וכתב דאין לומר שמה שהאחרון קודם הוא לגבי קנין הפירות דכיון שיש למקבל קנין הגוף מנין יהיה לאחריו פירות אם אין הגוף שלו. אך כתב הקצות שהשאלה היא על הרשב"ם לשיטתו דס"ל לעיל קל"ה: שמה שגוף מהיום ופירות לאחר מיתה דמי למתנת שכ"מ הוא רק לענין שאינו משתמש בממון עד אחר מיתה אבל לענין חזרה דינו כמתנת בריא ואינו חוזר. והתוס' חולקים וס"ל דאיידי בתנאי שיוכל לחזור עד מיתתו. וכתב הקצות שלתוס' שמתנת בריא שהוא כמתנת שכ"מ היינו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה עם תנאי שיוכל לחזור שפיר איכא למימר דקדמו אחריו. ואף שאם אינו חוזר חל הקנין מעכשיו מ"מ כיון שבידו לחזור זה נחשב ששייר הראשון וזוכה האחרון.

הקצות מביא ראיה לדבריו שהטור בס' ר"נ כתב שבכל מתנת שכ"מ אחרי מיתת השכ"מ קונה המקבל למפרע משעת אמירת השכ"מ. ותמה הב"י דמבואר כאן שאינו זוכה עד אחר מיתת השכ"מ ולכן קדמו אחריו. ואי אמרינן דקונה למפרע הוא קודם לאחריו. וכתב הקצות שבתוס' והרא"ש בגיטין י"ד: מוכח כדברי הטור. שמבואר שם בגיטין שאם מת המקבל בחיי הנותן נותנים את המתנה לבנו של המקבל. וקשה הרי הוא הקנה למקבל ולא ליורשיו ואיך זוכה המקבל הרי בזמן שהמתנה חלה הוא כבר מת. וכתבו התוס' והרא"ש שהקנין חל למפרע מזמן אמירת השכ"מ. הרי מבואר דס"ל כדעת הטור. ועל מה שקשה מכאן כתב הקצות דאמנם אם לא חזר חל הקנין למפרע מ"מ כיון שבידו לחזור ולבטל את הקנין זה נחשב ששייר הראשון וזוכה בזה האחרון. וא"כ ה"ה בגוף מהיום ופירות לאחר מיתה לתוס' שיוכל לחזור מוכן למה קדמו אחריו. ע"ע בקצות בס' ר"נ סק"א. וצ"ב בטעם הדבר מה בכך שיוכל לחזור האם לא חזר הקנין חל למפרע ואמאי קדמו אחריו.

שיטת הרשב"א והר"ן שמתנת שכ"מ לא חל למפרע ומה שמת מקבל בחיי הנותן נותנים ליורשי המקבל כתבו שהוא משום דאיידי שהנותן הוציא ממון מרשותו ואמר תן לפלוני. ואף דבעלמא קי"ל שתן לאו כזכי בשכ"מ תן הוא כזכי וכבר זכה המקבל מכח זכית השליח. הקצות בס' קכ"ה מבאר באופן אחר דכיון שמתנת שכ"מ כירושה שוויה רבנן דינו כירושה לענין שזוכה המקבל אחר מיתתו בקבר להנחיל ליורשיו. דכמו שביירושה יש משמוש כך במתנת שכ"מ יש זכיה בקבר לענין להוריש ליורשיו. עיין באו"ש בפ"ט מזכיה הי"ג שמקשה על הקצות מלקמן קמ"א: שא"א להקנות לעובר במתנת שכ"מ אף שירושה ממילא יש בעובר.

נמצא ג' דרכים בביאור הדין של מת מקבל בחיי נותן. א. הקנין חל למפרע מאמירת השכ"מ. ב. תן של שכ"מ הוא כזכי. ג. המקבל זוכה בקבר להוריש לבניו דמתנת שכ"מ דינו כירושה שיש בו זכיה בקבר.

וכבר קדמו אחריו. כתב הרשב"ם שזמן קניית האחרון הוא עם גמר מיתה דהיינו מהזמן שאין הראשון צריך לנכסים. ולכן קנין האחרון הוא לפני המתנת שכ"מ שאינו חל אלא אחר גמר מיתה. וכן מבואר ברשב"ם שלאביי למאי דסבר מעיקרא שמתנת שכ"מ קונה עם גמר מיתה זמן קנין האחרון הוא אותו זמן שקונה המקבל מתנת שכ"מ.

משום שאם מוכר הוברר שהיה לו גוף לעולם. ואף שבאחריו יוצא לרשב"ג אף שלא מכר והוברר שלא היה שלו אלא לזמן הקצות ס"ל דלענין לכם סגי בזה.

הדין שמבואר ברמ"א הנ"ל שמודה רשב"ג כשנותן לראשון לעשר שנים שאין הראשון יכול למכור אינו מוסכם שהרמב"ן לקמן קל"ז: ס"ל שגם בזה אם מכר הראשון אין לשני אלא מה ששייר הראשון והובאו דבריו בקצות רמ"ח סק"ח.

הא לכתחילה הא דיעבד. מה שלרשב"ג אסור למכור לכתחילה היינו מכירת הגוף אבל מכירת הפירות מותרת לכתחילה גם לרשב"ג. וא"כ רבי ורשב"ג בברייתא השניה אינם מדברים על דבר אחד. דרבי קאי על פירות, ובזה גם רשב"ג מודה. ורשב"ג קאי על הגוף ובזה לרבי אפי' בדיעבד לא מהני המכירה א"כ במאי פליגי. כדי לישב שאלה זו כתב הרשב"ם שהמחלוקת הוא במכירה סתם. דרבי ס"ל שאינו יכול למכור את הגוף א"כ מכירה סתם היא מכירת הפירות בלבד וזה מותר לכתחילה. אבל לרשב"ג סתם מכירה כוללת מכירת הגוף וכיון שאסור לכתחילה למכור את הגוף א"כ אסור למכור סתם אא"כ מפרש שמוכר רק פירות.

היד רמה כתב בנוסח אחר שהמחלוקת היא בסתם מכירת פירות. שלרבי אינו יכול למכור אלא פירות של ימי חייו וזה מותר למכור לכתחילה. משא"כ לרשב"ג מכירת פירות כולל גם פירות של אחר מיתתו וזה אסור למכור שמכירה זו היא על חשבון האחרון. לכן לרשב"ג אינו יכול למכור לכתחילה פירות סתם אא"כ מפרש שמוכר רק פירות של ימי חייו.

איזהו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים כרשב"ג. כתב הרשב"ם שרק המשיא עצה נחשב רשע שהוא חוטא ולא לו אבל המוכר עצמו שמוכר להנאתו אף שאסור לו למכור כמבואר ברשב"ם, וכדמשמע בגמ' הא לכתחילה הא בדיעבד, אינו נחשב רשע. ויש לעיין שבכתובות צ"ה: למדו שאסור לכתחילה למכור מזה שהמשיא עצה למכור הוי רשע ערום. ואם על המשיא עצה יש איסור גדול יותר מה הראיה מהאיסור שלו שיש איסור על המוכר עצמו. וצ"ל שאם המשיא עצה נחשב רשע ערום מוכח מזה שהמכירה היא שלא כהוגן. שאם היה ראוי לעשות כן אין הוא חוטא ולא לו אלא מצוה קעביר. ומזה שהוא נחשב רשע מוכח שהמכירה עצמה אינה כדין. וממילא אדם שנותן עצה לעשות שלא כהוגן הוא חמור יותר מהעושה עצמו כיון שהוא חוטא ולא לו. ושפיר למדו איסורו של המוכר מזה שהנותן עצה נחשב רשע אף שהמוכר עצמו אינו רשע.

התוס' רי"ד לקמן קל"ז: במעשה דרב ביבי בר אביי כתב שעל המוכר אין אפי' איסור ומותר לו למכור לכתחילה. ומה שמבואר כאן שלכתחילה אסור היינו שאם בא לב"ד לימלך אם למכור או לא אסור לב"ד לומר לו למכור שאם יאמרו כך הם בכלל רשע ערום. אבל הוא עצמו אם יודע הדין יכול למכור לכתחילה. ולדבריו גם מה שמבואר בכתובות שלכתחילה לא תמכור היינו שאם היא שואלת לא יאמרו לה למכור.

מודה שאם נתן במשכ"מ שלא עשה כלום שמתנת שכ"מ לא קנה אלא אחר מיתה וכבר קדמו אחריו. כתב הרשב"ם דקאי על מתנת שכ"מ ממש או על מתנת בריא שהוא כמתנת שכ"מ כגון שכתב לו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה. ותמה רע"א אמאי קדמו אחריו הרי מכירת הגוף חל מחיים ואין לשני אלא מה ששייר הראשון. וכתב רע"א שלשיטת הב"מ שאין הקונה זוכה בקנין פירות עד

הראשון דק"ל כל האומר אחריו לאו כאומר מעכשיו אף שבזמן הקנין כבר מת המקנה. ומוסיף הרא"ש שכל מתנת שכ"מ ליתיה למקנה בעולם בשעת קנין בין למ"ד עם גמר מיתה בין למ"ד לאחר מיתה, מש"ה מהני באחריו דמה לי שתחול הקנין אחר מיתתו מיד או לאחר זמן. וכתב ע"ז הקצות הא דכתב הרא"ש דכל מתנת שכ"מ ליתיה למקנה בעולם בשעת קנין גם למ"ד שקונה עם גמר מיתה צ"ל דס"ל דגוסס מתנתו אינה מתנה דאל"כ איתא למקנה בעולם.

נראה שגם מה שקשה לקצות על הרא"ש הוא משום דקט כפירוש הרשב"ם שעם גמר מיתה הוא מעט קודם שימות, ולכן קשיא ליה אמאי כתב הרא"ש שאין המקנה בעולם בזמן שחל הקנין של מתנת שכ"מ. והוצרך לומר שהוא משום דס"ל שגוסס אינו בר הקנאה. אבל למה דמבואר בר"י מיגש, ונתבאר שגם הרשב"א ס"ל כן, שעם גמר מיתה היינו באים כאחת עם המיתה גיחא שגם זה נחשב שאין המקנה בעולם בזמן חלות הקנין. וטענת הקצות בס' ר"ע על הרא"ש הוא כטענתו בס' רנ"ב על שו"ת הרשב"א. וכשם שכתבנו לעיל שלדברי הר"י מיגש לא קשיא על הרשב"א כך לכאורה לא קשה נמי על הרא"ש. אמנם שוב התבוננתי שאין הדברים נכונים שמבואר בגמ' בסמוך שאם מתנת שכ"מ היה חל עם גמר מיתה היה חל גט של שכ"מ עם גמר מיתה ואין בזה חסרון של גט לאחר מיתה. מבואר שעם גמר מיתה אינו נחשב שאין מקנה בעולם. ושפיר הקשה הקצות על הרא"ש שכתב שגם אם חל עם גמר מיתה זה נחשב שאין מקנה בעולם.

הקו"ש מוכיח מהא דמבואר בסמוך שגט יכול לחול עם גמר מיתה שההתר של מיתת הבעל אינו עם גמר מיתה אלא לאחר מיתה. שאם מיתת הבעל מתיר עם גמר מיתה איך יכול לחול הגט עם גמר מיתה הא מבואר בתמורה כ"ה ששני חלויות שצריכים לחול יחד, אחד חלות שחל מאליו מדין התורה ואחד ע"י מעשה האדם החלות שחל מאליו דוחה את החלות שחל ע"י האדם דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. ואם היה ההתר של מיתת הבעל חל עם גמר מיתה היה ההתר של הגט נדחה מפני ההתר של מיתת הבעל. אלא מוכח שההתר של מיתת הבעל חל אחר גמר מיתה ולכן יש מקום להתר של הגט לחול עם גמר מיתה.

לכאורה אין הדברים מוכרחים שמה שמבואר בתמורה שחלות שחל מאליו דוחה חלות שחל ע"י אדם הוא במקום ששתי החלויות סותרות זו את זו ואין שניהם יכולים לחול. בזה אמרין שהחלות שחל מאליו דוחה את החלות שחל ע"י מעשה האדם. אבל במקום שאינם סותרים זה את זה ויכולים שניהם לחול אין סיבה שהחלות שחל מאליו ידחה את החלות שחל ע"י האדם. והתר של הגט וההתר של מיתת הבעל אינם סותרים זה את זה. ואם גט יכול לחול עם גמר מיתה, מה שיש באותו זמן התר של מיתת הבעל אינו סיבה לבטל את ההתר של הגט ויהיו שתי סיבות להתר גם גט וגם מיתת הבעל.

כל הנידון הזה של הקו"ש אם ההתר של מיתת הבעל הוא עם גמר מיתה או אחר גמר מיתה הוא רק לשיטת הר"י מיגש והרשב"א שעם גמר מיתה היינו עם המיתה כאחד, ואחר גמר מיתה היינו רגע אחרי המיתה. אבל לרשב"ם הנ"י והתוס' ר"ד שעם גמר מיתה הוא מעט קודם המיתה ואחר גמר מיתה הוא ברגע של המיתה פשוט שההתר של מיתת הבעל הוא אחר גמר מיתה ולא עם גמר מיתה, שלא יתכן שיהיה התר של מיתת הבעל והבעל עדיין חי.

נמצא שהדברים שתלויים במיתה חלקם חלים עם גמר מיתה וחלקם חלים אחר גמר מיתה. א. קנינו של אחריו מבואר

יוצא מדברי הרשב"ם שהזמן שנקרא עם גמר מיתה הוא מעט לפני המיתה בזמן שאינו צריך לנכסיו. וזהו הזמן שהאחריו קונה וזה הזמן שקונה מתנת שכ"מ למאי דסבר אביי בתחילה. וכן מפורש בג"י שזמן קנין אחריו הוא מעט קודם שימות הראשון. התוס' ר"ד כתב שעם גמר מיתה היינו כשמתחילים אבריו למות שיש חולי שמתים אבריו אחד אחד ושווה הרבה במיתתו. מבואר גם בדבריו שזמן קנין אחריו זמן קנין מתנת שכ"מ לאביי הוא כשהוא עדיין חי סמוך למיתה. וזה הזמן של עם גמר מיתה. ולדבריהם אחר גמר מיתה היינו מיד בשעת המיתה. שאדם בשלו מקפיד שלא יצא מרשותו כל זמן שהוא חי. משא"כ באחריו אין הנותן נותן לראשון אלא כל זמן שהממון צריך לו. ומעט קודם מיתה שכבר אין לו צורך בממון דעת הנותן שיהיה לאחריו.

הר"י מיגש כתב וז"ל שכ"מ אימתי קונה אביי אמר עם גמר מיתה כלומר לא יגמור מיתתו והמתנה כבר קנה עכ"ל. דהיינו שהקנין הוא עם גמר המיתה ממש ואין רגע שהוא מת ולא חל עדיין הקנין. וזה כפשטות לשון הגמ' עם גמר מיתה. ולא כראשונים הנ"ל שהקנין חל מעט קודם שימות. ולדבריו אחר גמר מיתה היינו שהמיתה היא הסיבה לקנין והקנין חל רגע אחר המיתה. והיינו משום שאין דעת האדם לתת ממנו אלא אחר מיתתו.

הקצה"ח בס' רנ"ב סק"א מביא שו"ת הרשב"א שנשאל על מתנת שכ"מ שאמר הנותן שיחול זמן רב אחר מיתתו האם יקנה המקבל או דילמא כבר קדמו יורשים וזכו ואין המתנה של השכ"מ יכול להפקיע ממון שכבר זכו בו היורשים. וכתב ע"ז הרשב"א שאין חסרון בזה שזכו היורשים בתחילה שבכל מתנת שכ"מ יורשת היורשים קודמת לקנינו של המקבל. שהיורשים יורשים עם גמר מיתה ומתנת שכ"מ אינה קונה אלא אחר גמר מיתה. וע"כ שכך תקנו חכמים קנין של משכ"מ שהוא מפקיע את קנינם של היורשים. א"כ אין נ"מ אם הקנין הוא מיד אחר גמר מיתה או זמן רב אחר המיתה.

הקצות כתב על דברי הרשב"א וז"ל ומאד יפלא בעיני לומר ירושת היורשים עם גמר מיתה כי נראה דודאי ירושה אינו אלא לאחר מיתה ודבריו צע"ג עכ"ל. ונראה דמה שמקשה הקצות הוא משום דפשיטא ליה שעם גמר מיתה היינו כפירוש הרשב"ם הנ"י והתוס' ר"ד שהוא מעט קודם שימות. וע"ז כתב דתימה לומר שהיורש יורש כשהמוריש עדיין חי. אבל למה שמבואר בר"י מיגש שעם גמר מיתה הוא באים כאחד עם המיתה, לאפוקי אחר גמר מיתה שהוא רגע אחר המיתה, לא קשיא כלל על הרשב"א שבדאי מסתבר שזמן הירושה הוא מיד עם המיתה ולא אח"כ. ורק תקנ"ח של מתנת שכ"מ הוא רגע אחר המיתה, ושפיר כתב הרשב"א שזכית היורשים הוא לפני שחל מתנת שכ"מ.

כדברי הרשב"א בתשובה מבואר גם בחידושי הרשב"א כאן שכתב דמהכא שמעינן דירושה היא עם גמר מיתה כמו שקנינו של אחריו הוא עם גמר מיתה כך זכית היורשים הוא עם גמר מיתה שהיורש הוא אחרי המוריש כמו שאחריו הוא אחרי הראשון. וזה כשיטת הר"י מיגש ולא כרשב"ם התוס' ר"ד והנ"י שאחריו קונה מעט קודם שימות. ועיקר הדבר שכתב הרשב"א שמתנת שכ"מ מהני גם כשחל זמן רב אחרי המיתה ופקע בזה קנינם של היורשים מבואר גם ברמב"ן לעיל קכ"ט: שמוכיח מזה שבירושה של תורה לא אמרין ירושה אין לה הפסק. והובאו דבריו בקצות ס' ר"ע סוף סק"א.

הקצות בס' ר"ע סק"א מביא את דברי הרא"ש בתשובה שכתב שמתנת שכ"מ מהני גם כשמת הנותן לפני זמן הקנין כגון שאמר אחריו לפלוני שקונה האחריו אחרי מיתת

הרי זה גיטך אם מתי. מבואר בגמ' שמה שאין גט לאחר מיתה היינו רק בגט שחל אחר מיתה אבל גט שחל עם גמר מיתה אין בו חסרון של גט לאחר מיתה ושפיר חל. ויש לעיין בזה ת"ל שעם גמר מיתה אינו בר דעת ואינו ראוי להקנאה. לא מיבעיא לסוברים שעם גמר מיתה היינו בשעת המיתה ממש, אלא אפי' לסוברים שהוא מעט קודם מיתה ת"ל שבזמן זה הוא גוסס. ואפי' אם נדחוק דאיירי בדעתו מיושבת עליו מ"מ יקשה לרבינו יואל דאית ליה שגוסס אינו בר הקנאה גם אם דעתו מיושבת עליו. ואף שמעשה הגירושין נעשה קודם מ"מ מבואר לעיל קכ"ז: שלא מהני הקנאה של נכסים שיפלו לו כשהוא גוסס שאפי' לר"מ דאדם מקנה דשלב"ל היינו דוקא כשבזמן חלות הקנין הוא בר הקנאה. ואמאי חלים הגירושין בזמן המיתה אף שאינו ראוי אז לגרש. המחנ"א בהל' זכיה ס' ט"ז עמד בזה, והובאו דבריו בנתיבות ס' רמ"ח סק"י, ומוכיח מזה המחנ"א שרק כשמקנה דשלב"ל שבזמן מעשה הקנין לא היה הקנין ראוי לחול בעינין שיהיה בר הקנאה בזמן החלות. משא"כ הכא דאיירי בבא לעולם והיה יכול לגרש בשעת נתינה. בזה אם מגרש לאחר זמן לא בעינן שיהיה בר הקנאה בזמן החלות.

הא"ש בפ"ב מזכיה הט"ו כתב שאין נראה לחלק בזה בין בא לעולם ללא בא לעולם דלא בא לעולם לר"מ הוא כבא לעולם לדידן. ובישוב הסתירה מדף קכ"ז: שמבואר דבעינן שיהיה בר הקנאה בזמן חלות הקנין למה שמבואר כאן שגט לאחר זמן יכול לחול עם גמר מיתה כתב הא"ש שתלוי במחלוקת ר"י ור"ל בריש פ"ג דקידושין אם מהני חזרה בקנין לאחר ל' או לא. שלר"י דמהני חזרה בעינן דעתו כדי שיחול החלות לאחר ל' א"כ בעינן נמי שיהיה בר דעת בסוף ל'. ומה"ט מבואר לעיל שנפלו לו כשהוא גוסס אינם נקנים. ומה שמוכיח אביי כאן שמתנת שכ"מ הוא אחר מיתה שאם היה בשעת מיתה היה הגט חל היינו לר"ל דס"ל שאינו יכול לחזור ולדידה לא בעינן שיהיה בר דעת בשעת חלות הקנין. וזה כמו שכתבנו בס"ד לעיל קכ"ז: לתלות ענין זה במחלוקת ר"י ור"ל ע"ש.

אפי' היו בהם עבדים והוציאן לחירות. מבואר שהחידוש הוא דה"א דא"ל למיעבד איסורא לא יהבינן לך. דהיינו שס"ד שהנתינה לראשון הוא על תנאי שלא ישחרר. אם כונת הגמ' דס"ד שיש שיור בהקנאה לראשון שאינו בעלים לענין שחרור שפיר אמרינן דלא חל השחרור. ואם כונת הגמ' דס"ד שהיה תנאי במתנה לראשון שלא ישחרר א"כ אם שחרר בטל המתנה ואיך יזכה אחריו. וצ"ל שהתנאי הוא שלא יחול שחרור ואם לא חל השחרור שפיר קנה ויקנה השני אחריו. ואף דהוי גלגל החזרה שאם הוא בעלים יחול השחרור ואם חל השחרור אינו בעלים ובטל השחרור ושוב הוא בעלים ויחול השחרור. כל כה"ג אמרינן שכל חלות שקיומו גורם לביטולו אינו חל כמו שלמד בשערי יושר ש"ז פט"ז מדברי התוס' בגיטין פ"ג. ד"ה ועמדה.

אפי' עשאן תכריכין למת. מבואר שלרבי אינו נאסר. וכתב הקצה"ח בס' קי"ז סק"ב שלרבי אינו נחשב בעלים על הגוף אפי' לזמן, שאם היה בעלים לזמן והיה חל איסור הנאה רגע אחת תו לא פקע האיסור דהוי כקדושת הגוף דלא פקע בכדי ע"ש.

אתרוג זה נתון לך במתנה ואחריו לפלוני באנו למחלוקת רבי ורשב"ג. לפי הרמב"ם שטעמו של רשב"ג דס"ל דמהני מכירת הראשון משום דס"ל האומר אחריו לאו כאומר מעכשיו, וכל ימי חיי הראשון הגוף הוא של הראשון שפיר חשיב לכם, ואף שבסוף מת הראשון וזכה השני בממון אין זכייתו אלא ממיתת הראשון, ועד אז הגוף

בגמ' שהוא עם גמר מיתת הראשון. ב. מתנת שכ"מ נחלקו אביי ורבה אם הוא חל עם גמר מיתה או אחר גמר מיתה. ואביי הדר ביה וס"ל כרבא שחל אחר גמר מיתה. ג. ירושת היורשים לרשב"א הוא עם גמר מיתה ולקצות הוא אחר גמר מיתה. ולמה שנתבאר הם לא חולקים מהו זמן זכיית היורשים אלא מה נחשב גמר מיתה ומה נחשב אחר גמר מיתה. ד. גט יכול לחול עם גמר מיתה ואינו יכול לחול אחר גמר מיתה. ה. ההתר של מיתת הבעל לדברי הקו"ש הוא אחר גמר מיתה. ולכאורה נראה שלסוברים שעם גמר מיתה היינו בשעת מיתה ממש יש לומר שההתר של מיתת הבעל הוא עם גמר מיתה.

ומי אמר אביי הכי. כתב הרשב"ם שהטענה שכבר קדמו אחריו הוא רק אם קנינו של האחריו קודם לקנינו של המקבל מתנת שכ"מ אבל לאביי שמתנת שכ"מ קונה עם גמר מיתה זמן קנינם הוא שזה וא"כ יהיה הדין שהאחריו ומקבל המתנת שכ"מ יחולקו. שבזמן שיש לשנים סיבה לקנות יחד הקנין מתחלק וכ"א קונה חצי. וכן כאן עד כמה שיש סיבה לקנינו של המקבל מתנת שכ"מ זה מגרע מקנינו של האחריו שאין לשני אלא מה ששייר הראשון לכן הם חולקים.

השיטה בשם הר"ן חולק וס"ל שאין בכוחו של המתנה לבטל קנינו של האחריו אלא אם קדם קנינו שבזה אין לשני אלא מה ששייר ראשון. אבל אם קנינו של המתנה הוא יחד עם זמן קניית האחריו קונה הכל. ולדבריו לא מובן שאלת הגמ' שגם לאביי שמתנת שכ"מ קונה עם גמר מיתה כבר קדמו אחריו. מבאר הר"ן שזמן זכייתו של אחריו תלוי בזמן הקנין של מתנת שכ"מ. ואם מתנת שכ"מ קונה עם גמר מיתה אחריו אינו קונה אלא אחר גמר מיתה. שהוא הקנה לראשון כל זמן שיש לו שימוש בממון. ואם בזמן של גמר המיתה יכול לחול קנין מתנת שכ"מ עדיין לא הגיע זמן זכייתו של האחריו. ומאי דמבואר שאחריו קונה עם גמר מיתה היינו רק מפני שמתנת שכ"מ אינו קונה אלא אחר גמר מיתה א"כ בגמר מיתה אין ביד הראשון להקנות הממון לאחר ולכן קונה האחריו ע"ש. דהיינו שלר"ן אם היה זמנם יחד היה קונה אחריו. ולא כרשב"ם דס"ל שהיו חולקים. ושאלת הגמ' על אביי הוא שאם משכ"מ קונה עם גמר מיתה אחריו קונה אחר גמר מיתה ואמאי קדמו אחריו הרי זמנו של משכ"מ קודם. אלא מוכח שמשכ"מ קונה אחר גמר מיתה ואז יש מקום לומר שאחריו קונה עם גמר מיתה וכבר קדמו אחריו.

רשב"ם ד"ה ה"ג בה"ג. ז"ל אבל האי מקבל מתנה מראשון לא קנה עד לאחר גמר מיתה דסתם אדם הנותן ממנו לאחר מיתתו אין רוצה להוציא ממנו מכוחו עד שתגמר מיתתו עכ"ל. מבואר ברשב"ם שמה שאין מתנת שכ"מ קונה עד אחר מיתה הוא אומדנא שאין דעתו שיחול עד אחר מיתתו. הובא לעיל קל"ה: שהקה"י בס' מ"א מבאר שנחלקו הרשב"ם והרמב"ם בהא דשכ"מ אם עמד חוזר שמבואר לקמן קמ"ו: שהוא משום דאזלינן בתר אומדנא. הרשב"ם שם מבאר שהאומדנא הוא שהוא נותן ע"ד כן שיוכל לחזור אם יעמוד. ומקשה הקה"י ל"ל האי טעמא ת"ל שלא חל הקנין עד המיתה וממילא יכול לחזור כמו כל קנין לאחר ל' דמהני חזרה. ומביא הקה"י שהרמב"ם כתב בפ"ח מזכיה ה"ד שמה שאם עמד חוזר הוא משום שיש אומדנא שאינו רוצה שיחול הקנין עד מיתתו. ובסוף דבריו מביא הקה"י שברשב"ם כאן מבואר כהרמב"ם שמה שלא חל הקנין עד המיתה הוא מכח אומדנא. וכתב שלרשב"ם יש בזה שני אומדנות. א. אומדנא שיוכל לחזור אם ירצה. ב. אומדנא שאינו רוצה שיחול עד המיתה ע"ש.

בזה הרי אין הגוף שלו ואין לו אלא פירות ואין זה לכם שקנין פירות לאו כקנין הגוף.

לשיטת הרשב"ם הביאור בהא דמודה רבי הוא דמה שקנין פירות לאו כקנין הגוף היינו לגבי ביכורים שאין הבאת ביכורים אחד משמושי הקרקע. וכשיש לאחד קנין הגוף בקרקע ולשני יש קנין פירות, ודנים מי נחשב הבעלים לגבי ביכורים לר"ל אין בעל הפירות נחשב בעלים דקנין פירות לאו כקנין הגוף. וכן לגבי אתרוג אם יש לאחד הגוף ולשני שאר השימושים ודנים מי הבעלים לגבי לצאת בו לא היה בעל הקנין פירות נחשב בעלים. אבל כשניתן לו כדי לצאת בו הרי הוא שלו לגבי שימוש זה גופא. בזה שפיר סגי בקנין פירות כדי ליחשב לכם שלשימוש זה גופא יש לו קנין. ולא דנים שיחשב בעלים בגלל שאר השימושים שיש לו אלא בגלל שהוא בעלים לענין לצאת.

וכן מבואר בדברי רבינו יונה שכתב וז"ל דנפיק בה ראשון דהיינו פירות דיהיב ליה באתרוג זה אפ"ה קסבר רבי שאין כאן קנין הגוף דאע"ג דליכא קנין הגוף קרינא ביה לכם כיון שאינו משועבד לשני בעוד שהוא ברשות הראשון עכ"ל. הרי מפורש דאף שאין לו אלא קנין פירות זה נחשב לכם והוא יוצא כיון שפירות אלו יהיב ליה. וכתב בהדיא שזה שיטת רבינו שמואל. ומוסיף רבינו יונה דלא דמי לשאול שהרי במתנה נתן לו ולא בשאלה. והיינו דאף שגם שואל יש לו קנין השתמשות שאני שואל מקנין פירות כמו שהובא לעיל שהאחרונים מוכיחים שקנין פירות עדיף משכירות ושאלה שבקנין פירות לר' יוחנן מביא וקורא ובשכירות מבואר במשנה בביכורים שאינו מביא. וכמו שלר' יוחנן קנין פירות עדיף משאלה ושכירות, כך לר"ל בקנין פירות הוא נחשב בעלים לגבי אותו שימוש שקיבל ונחשב לכם, ועדיף משאלה ושכירות דאינו נחשב לכם.

שו"ר בקה"י שביעית ס' א' אות ח' שכתב ששיטת הרשב"ם ורבינו יונה הוא שנחשב לכם לרבי אף שאין לו אלא פירות. ומה שקנין פירות עדיף מקנין של שואל מבאר הקה"י ששואל מתחייב אחריות תמורת הקנין שיש לו משא"כ מי שיש לו קנין פירות שאין עליו חיוב אחריות. ומביא שכ"כ החזו"א באבה"ע ס' ע"ד סק"ד ע"ש.

הרא"ש מבאר הא דמודה רבי באתרוג באופן אחר דכיון שנתן לו כדי לצאת בו הוא נותן לו גוף ופירות ע"מ להחזיר. ולכן אף שאינו יכול למכור מפני שניתן לו ע"מ להחזיר מ"מ כל זמן שזה אצלו הרי הוא שלו לגמרי במתנה ע"מ להחזיר. וכן כתב הריטב"א. ולמד הרא"ש מזה שאפשר לקדש אשה בטבעת שאולה שאם נותן לו כדי לקדש בו אשה בודאי הוא מקנה את גוף המזון ע"מ להחזיר אחרי הקידושין.

הקו"ש באות תס"ה כתב שהרא"ש אינו מפרש כרשב"ם דניתן לראשון לכל ימי חייו ואחריו לפלוני שא"כ אינו יכול לקיים התנאי של החזרה. אלא הרא"ש מפרש שנותן לראשון ואחריו לפלוני היינו שאחרי שיצא הראשון יתן לפלוני. ולדבריו מוכח שהרא"ש לא ס"ל כרמ"א שבנותן לעשר שנים ואחריו לפלוני מודה רבי אלא ס"ל כרמב"ן שגם בזה רבי חולק על רשב"ג.

נמצא ב' דרכים בהא דמודה רבי שיוצא באתרוג. א. לרשב"ם ורבינו יונה הוא יוצא אף שאין הגוף שלו כיון שקנין לו לענין לצאת בו. ולאותו דבר שקנין לו הוא נחשב בעלים גם לר"ל דק"פ לאו כקנין הגוף. ב. לרא"ש והריטב"א הוא נותן לו קנין הגוף ע"מ להחזיר.

האחים שקנו אתרוג בתפוסת הבית. כתב הרשב"ם שאתרוג של שותפים אינו נחשב לכם. והוא פשוט דכיון שאין כל האתרוג שלו החלק של חברו אינו שלו אלא

היה של הראשון. וכ"כ הרמ"ה באות קפ"ה. אבל לשיטת בעה"מ שגם רשב"ג ס"ל כל האומר אחריו כאומר מעכשיו דמי וכשמת הראשון מתברר שהגוף היה של השני מתחילת הנתינה, ומה שמהני מכירת הראשון הוא משום שאם מכר הראשון ולא הגיע הממון לשני הוברר שהגוף היה של הראשון, קשה אמאי יוצא הראשון באתרוג זה הא כאן לא מכר הראשון, ובסוף הגיע הממון לשני, וא"כ הוברר שהראשון לא היה מעולם בעלים על הגוף ואמאי חשיב לכם. כן מקשה הגרש"ש זצ"ל במערכת הקנינים ס' ח' ע"ש.

הקצה"ח בס' רמ"א סק"ד מקשה על הא דמבואר בגמ' לרשב"ג הראשון יוצא כיון שלדבריו הגוף הוא של הראשון כל ימי חייו, הא אין הגוף שלו אלא לזמן, ומוכח בגיטין מ"ח. שקנין הגוף לזמן אינו אלא קנין פירות, כמו שהוכיח הר"ן בנדרים כ"ט. ואמאי חשיב לכם. וכמו שלרבי אינו יוצא מפני שאין לו אלא קנין פירות כך לא יצא גם לרשב"ג שאין לו אלא קנין הגוף לזמן שדינו כקנין פירות. ומוכיח מזה הקצות דאף שקנין פירות אינו נחשב לכם קנין הגוף לזמן חשיב לכם. ולא דמי לביכורים שקנין הגוף לזמן נחשב כקנין פירות שלגבי אתרוג סגי בזה שהוא בעלים על הגוף בזמן קיום המצוה ולא בעינן שיהיה לו גוף לעולם. וכן מביא הקצות שכתב ר' אביגדור כהן. וזה דלא כהרא"ש בפרק לולב הגזול ס' ל' שהובא בקצות שם שכתב שאם נותן הגוף לזמן אין זה נחשב לכם אלא הוי כשואל. וכבר הובא לעיל בעמוד זה ששיטת הגאון שאחריו כיון דהוי לכל ימי חייו אינו נחשב קנין לזמן ושפיר אית ליה קנין הגוף. ולדבריו לכאורה אין ראית הקצות מוכרחת.

הרשב"ם כתב שאתרוג זה נתון לך במתנה היינו כל ימך ואחריו לפלוני. ולא שנתן לראשון כדי שיצא בו ואחריו שיצא בו יהיה לשני. הקו"ש באות תס"ה כתב שמדברי הרא"ש מוכח שאינו מפרש כן אלא שנתן לראשון רק כדי שיצא בו ואחריו לשני. מה שהכריח את הרשב"ם לפרש שנתן לראשון כל ימי חייו הוא שהרמ"א כתב בס' רמ"ה סע' ג' דמה דק"ל כרשב"ג שאם מכר הראשון אין לשני אלא מה ששייר הראשון הוא רק כשנתן לראשון לכל ימי חייו ואחריו לפלוני. אבל אם נתן לראשון לעשר שנים ואחריו לפלוני מודה רשב"ג שהשני מוציא מהקונה. דמה דאמרין אחריו שאני ויש לראשון קנין הגוף הוא רק כשקיבל המתנה לכל ימי חייו. והובא לעיל שהגאון שם סק"ג כתב שהמקור לדברי הרמ"א הוא מדברי הרשב"ם לעיל. וא"כ הרשב"ם לשיטתו מוכרח לפרש כאן שנתן לראשון לכל ימי חייו כיון שהגמ' בה"א תולה דין האתרוג באחריו במחלוקת רבי ורשב"ג ואם איירי שנתן לראשון רק לצאת גם רשב"ג מודה שאינו יכול למכור. וע"כ איירי שנתן לראשון לכל ימי חייו. הרא"ש שמפרש [לדעת הקו"ש] שנתן לראשון עד שיצא בו ולא לכל ימי חייו יסבור כשיטת הרמב"ן לקמן קל"ז שהובא בקצות בס' רמ"ה סק"ח שגם בנותן לעשר שנים ואחריו לפלוני מהני מכירת הראשון לרשב"ג.

דף קלז:

מפיק דכו"ע לא פליגי דנפיק ביה. מסקנת הגמ' שגם לרבי יוצא באתרוג שניתן לו ואחריו לפלוני דאי לא נפיק ביה למאי יהביה ניהליה. אין כונת הגמ' שמה שסובר רשב"ג בעלמא סובר רבי באתרוג, וכמו שבעלמא יש לראשון גוף לרשב"ג, באתרוג מודה גם רבי שיש לו גוף דאל"כ לשם מה נתן לו, שמפורש בגמ' שגם באתרוג אין הראשון יכול למכור לרבי. וכתב הרשב"ם דהיינו משום שאין לראשון גוף אלא רק פירות. וצ"ב א"כ אמאי יוצא

יצא היינו משום שגם הקנין לזמן שיש למקבל הוא בתנאי שיחזיר ואם אינו מחזיר הוברר שלא היה שלו אפי' לזמן. אבל כשמקיים את התנאי הוברר שהיה שלו לזמן עד שמחזיר ולא בעינן הקנאה חזרה. ואה"נ יכול להקנות לקטן מתנה ע"מ להחזיר, ומה שבגמ' אמרו לא ליקני היינו נתינה סתם בלי תנאי, שהוא לעולם.

יש לעיין בדברי הקצות מהיכא תיתי יהיה מתנה ע"מ להחזיר הקנאה לזמן הרי ע"מ הוא תנאי ומ"ש תנאי זה מכל תנאי שאינו מגרע את הבעלות אלא תנאי מילתא אחריתא. אך ביאור דברי הקצות דחזינן בגיטין מ"ח. במוכר קרקע בזמן שהיובל נוגח ביובל ראשון המכירה היא לעולם והיובל הוא הפקעה, וביובל שני המכירה היא מכירה לזמן. ואמאי הוי מכירה לזמן הרי לא היה שום שיור בהקנאה ולמה אמרינן שלא היה דעתו להקנות אלא עד היובל. אלא מבואר מזה דאף שהיובל הוא הפקעה ולא שהמכירה היא רק עד היובל מ"מ ביובל שני שידוע לקונה ולמוכר שעתיד היובל להפקיע ממילא אין דעתם לקנות ולהקנות יותר מזה. וההפקעה של היובל גורם שיש שיור במכירה ולכן זה נחשב מכירה לזמן.

על דרך זה סובר הקצות במתנה ע"מ להחזיר. דאף שאין זה אלא תנאי מ"מ כיון שלמעשה התנאי מגביל את הקונה שאינו יכול בפועל להחזיק בממון בזמן שצריך להחזיר ממילא אין המקנה מקנה לו יותר מבעלות עד זמן זה. והתנאי גורם שיש שיור בקנין כמו שדין היובל גורם שיור בקנין. ועיין לעיל קל"ד. שכתבנו עפ"ז לבאר דברי הראשונים שם שהקשו איך מהני מתנה ע"מ להחזיר הרי כל מתנה שאינה שאם הקדישה מקודשת אינה מתנה. ואינו מובן הרי התירוץ השני של תוס' שם הוא פשוט שבמתנה ע"מ להחזיר יש לו בעלות גמורה ומה שאינו יכול להקדיש אינו אלא מחמת תנאי. וכתבנו ששאר הראשונים שלא תירצו כן ס"ל שאם התנאי מונע אפשרות להקדיש ממילא גם אין המקנה נותן לו בעלות להקדיש. שאין הנותן מקנה למקבל אלא מה שהתנאי מאפשר לעשות עם הממון. ואם בפועל אין התנאי מאפשר להקדיש אין לקונה בעלות להקדיש. ולכן הקשו מהדין של כל מתנה שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה.

והעיר בזה חתני הרב משה פישל שליט"א שבזה יש לבאר הא דמבואר בגיטין ריש פרק המגרש דף פ"ב. במחלוקת ר"א וחכמים במגרש חוץ מפלוני אם מגורשת או לא שיש צד בגמ' שם דפליגי בע"מ אבל בחוץ לכו"ע אינה מגורשת. ואינו מובן מה הסברא לומר שבע"מ אינה מגורשת הרי הגט מתיר לכל העולם ואין זה אלא תנאי. אבל למה שנתבאר ע"פ דברי הקצות שכל דבר שהתנאי מונע אינו בכלל ההתיר של הגט שפיר יש צד לומר שגם בתנאי יש חסרון כריתות.

רשב"ם ד"ה ואם לאו. הרשב"ם מקשה אמאי אם לא החזיר לא יצא הרי הוא לא כפל תנאו והיה צריך להיות הדין שהתנאי בטל והמעשה קיים. וכתב הרשב"ם דהא דבעינן תנאי כפול הוא דוקא בגיטין וקידושין אבל בדיני ממונות לא בעינן תנאי כפול. התוס' בקידושין מ"ט: הקשו על הרשב"ם איך אפשר לומר שכל הדין של תנאי כפול הוא רק באיסורין ולא בממון הרי עיקר דין תנאי כפול נלמד מבני גד ושם היה נתינה של ממון. ודברי התוס' לכאורה אינם מובנים שמפורש בדברי הרשב"ם שאין נ"מ מדינא בין גיטין וקידושין לממון אלא שכתב שגם בגיטין וקידושין מה שצריך תנאי כפול הוא רק לרווחא דמילתא. דהיינו דס"ל שלא קי"ל כלל כר"מ שמצריך תנאי כפול. אלא שבגיטין וקידושין משום חומר ערוה הצריכו תנאי כפול לרווחא דמילתא. אבל לר"מ שמצריך תנאי כפול מדינא בודאי שגם בממון בעינן תנאי כפול. עיין ברמב"ן

דשאל לו, ואין כל האתרוג לכם. ומה שיוצאים באתרוג של קהל מבאר הרשב"ם שכולם מקנים לכל מי שרוצה לצאת במתנה ע"מ להחזיר. הרשב"א והריטב"א כתבו שבאתרוג של קהל יוצאים כיון שקנו מתחילה כדי שיצאו בו הרי שקנו על דעת שיהיה של כל אחד בזמן שהוא משתמש בו כדי לצאת. ודמי להא דסבר ר' אליעזר בן יעקב בנדרים מ"ה: ששותפין שנדרו הנאה זה מזה נכנסים לחצר שכ"א נכנס לתוך שלו. והוא משום דס"ל שסומכים על ברירה לומר שהחצר קנוי לכ"א בזמן שהוא משתמש בו.

הקצה"ח בס' רמ"א סק"ד שמחדש שבשביל לכם סגי בקנין הגוף לזמן ולא כהרא"ש דס"ל שאין זה נחשב לכם מביא ראיה לדבריו מהב"י בשם הרשב"א שמה שיוצאים באתרוג של קהל הוא מפני שקנו ע"ד שיהיה של כ"א בזמן שהוא משתמש בו. וקשה אמנם הגוף שלו באותו זמן שיוצא בו אבל אין זה אלא גוף לזמן שנחשב כקנין פירות. אלא מוכח שלענין לכם סגי בגוף לזמן. אך הקצות כתב כן רק בגוף לזמן ולא בקנין פירות גרידא. ולמה שנתבאר לעיל שיטת הרשב"ם ורבינו יונה הוא שאם ניתן לו לשימוש זה של לצאת בו סגי בקנין פירות לבד אף שאין לו גוף אפי' לזמן.

אם יכול לאוכלו יצא. היינו שאם אין מקפידים זה על זה ויכול אחד לקחת אתרוג ולאוכלו ה"ה שיכול לזכות בו ולצאת בו. ומה"ט כתב הרשב"ם דלא גרסינן והוא דאיכא אתרוג לכל אחד אבל פריש או רימון לא, דאין נ"מ אם יש אתרוג או פריש ורימון אלא אם מקפידים אינו יוצא אפי' אם יש עוד אתרוגים ואם לא מקפידים יוצא אפי' אם אין עוד אתרוג. התוס' כתבו לישב הגרסא דכן הוא סתמא דמילתא שאם יש עוד אתרוגים אינם מקפידים ואם אין מקפידים.

הרמב"ם בפ"ה מלולב ה"א כתב שאם קנו אתרוגים מתפוסת הבית ונטל אחד מהם אתרוג לצאת בו אם יכול לאוכלו ואין האחים מקפידים בכך יצא. ואם קנו אתרוג רימון ופריש אינו יוצא באתרוג עד שיתן לו חלקו במתנה אע"פ שאם אכלו אין מקפידים עליו. ואינו מובן כיון שאין מקפידים למה אינו יוצא ומה הנ"מ אם יש כמה אתרוגים או שיש פריש ורימון הרי אינם מקפידים. וכתב בזה הקה"י בס' מ' שבמקום שאין קפידא יכול שותף לקחת חלקו מהשותפות וזוכה בממון בלי הקנאת השותף. דלא בעינן הקנאה בחלוקת שותפות שהוא לוקח את חלקו. אך זה דוקא כשחולק אתרוג כנגד אתרוג אבל אתרוג כנגד רימון שהם שני מינים לא שייך בזה חלוקה אלא זה הקנאה של מין אחד כנגד המין השני. ובה גם אם אינו מקפיד אינו זוכה בממון בלי הקנאת חברו.

אתרוג זה נתון לך במתנה ע"מ שתחזירו לי נטלו ויצא בו החזירו יצא לא החזירו לא יצא. הרא"ש בפרק לולב הגזול ס' ל' כתב שאם מקנה גוף האתרוג לזמן אין זה נחשב לכם אלא בעינן דוקא הקנאה לעולם עם תנאי ע"מ להחזיר. ולכן כתב הרא"ש שאין האתרוג חוזר להיות של הנותן אלא המקבל מקנה לו חזרה. ובה מבאר הרא"ש מה דאיתא בסוכה מ"ו: לא ליקני איניש לולבא לינוקא שקטן קונה בדעת אחרת מקנה ואינו מקנה א"כ לא יחזור הלולב לבעלות הנותן. ואי נימא דסגי בקנאה לזמן אמאי אינו יכול להקנות לקטן את הגוף לזמן. אלא מוכח דאין זה נחשב לכם. וע"כ שמתנה ע"מ להחזיר אינה הקנאה לזמן אלא הקנאה לעולם עם תנאי. ולכן צריך הקנאה חזרה.

הקצה"ח בס' ש"מ סק"ד מוכיח שקנין הגוף לזמן אף שאין דינו אלא כקנין פירות נחשב לכם לגבי לולב. וא"כ י"ל שכל מתנה ע"מ להחזיר אינו אלא קנין לזמן עד שיחזיר, ולא בעינן הקנאה חזרה שאינו קנוי למקבל אלא עד שיחזור לנותן. ומה שמבואר בגמ' שאם לא החזיר לא

התורה גיטין בגיטין כ: מקשה על תירוצו זה ממגרש אם מתי שאינה מגורשת מפני שאין גט אחר מיתה. ואמאי לא נימא דהוי תנאי ומעשה בדבר אחד שהתנאי גורם לביטול הגט ויהיה התנאי בטל והמעשה קיים. וכן מקשה הקה"י בקידושין ס' י"א מע"מ שלא תשתי יין כל ימי חייו שאינה מגורשת. שגם תנאי זה סותר את הגירושין ואמאי אין זה נחשב תנאי ומעשה בדבר אחד. וכתבו שתנאי ומעשה בדבר אחד היינו דוקא כשהתנאי סותר את המעשה ולא כשסותר את החלות. וכשאומר שתהיה מגורשת כשתחזיר את הנייר התנאי סותר את נתינת הגט שהוא מעשה הגירושין. משא"כ אם מתי או ע"מ שלא תשתי יין אין התנאי סותר את מעשה הגירושין דאיכא נתינה הראויה לגירושין אלא שהחלות אינו ראוי לחול אחר מיתה או עם תנאי שלא תשתי יין לעולם. וכיון שאין התנאי סותר את המעשה אין זה תנאי ומעשה בדבר אחד.

אקנייה לבנו קטן. כתב הרשב"ם דאף שיש איסור למכור גם לרשב"ג זה דוקא באחריו ולא כאן שלא אמרה אחריו אלא נתנה לרב ביבי בר אבבי לכל ימי חייו. התוס' ר"ד כתב שאין איסור על המוכר כלל אלא רק על המשיא עצה. ואם בא לימלך אם מותר לו למכור לא יאמרו לו שיכול למכור דדמי למשיא עצה למכור אבל הוא לעצמו אם יודע הדין מותר לו למכור. ומה שמבואר בכתובות שהנותן מתנה לפניה ואחריה לפלוני אסורה לכתחילה לינשא ולהכניס הממון לבעלה שמפסידה בזה לאחריו לתוס' ר"ד היינו נמי שאם באה לימלך לא יאמרו לה לעשות כן אבל היא מעצמה אם יודעת הדין מותרת לינשא לכתחילה.

רשב"ג לא קאמר אלא לאחר אבל לעצמו לא. מפרש הרשב"ם דהא דסבר רשב"ג שמהני מכירת הראשון ואין לשני אלא מה ששייר הראשון הוא רק כשאמר אחריו לפלוני אבל כשאומר אחריו לי או ליורשי אין הראשון יכול למכור. הרשב"א בשם ר"ח מפרש באופן אחר שמה שאין לשני אלא מה ששייר הראשון הוא כשמכר הראשון לאחר ואין הממון ברשותו. אבל כשנתן הממון לבנו הקטן הסמוך על שולחנו אין זה נחשב שהממון יצא מרשותו, ולא אמרינן בזה שאין לשני אלא מה ששייר הראשון שזה נחשב ששייר הראשון. ולפי"ז אין מקור מכאן לחלק בין אחריו לפלוני לבין אחריו לי או ליורשי.

לעיל קכ"ה: בנכסי לסבתא ובתרה לירתאי מבואר שאם מכרה הסבתא אין לשני אלא מה ששייר הראשון. והקשו הראשונים דמבואר הכא שלא מהני מכירת הראשון אלא כשאמר אחריו לפלוני ולא באחריו לי או ליורשי. ומה"ט כתבו כמה ראשונים לעיל דלא גרסינן התם בתרה לירתאי אלא בתרה לירתה, דהיינו ליורשי הסבתא. אך לרשב"א בשם ר"ח לק"מ שלדבריו לא מבואר כאן חילוק בין אחריו לפלוני לאחריו לי. דהיינו שיש ב' דרכים לישב את הסתירה בין כאן לשם. א. לגרוס שם בתרה לירתה. ב. לפרש כאן כהרשב"א בשם ר"ח. אך על הרשב"ם לשיטתו הקשו הראשונים לעיל שמצד אחד הרשב"ם גורס בתרה לירתאי ומאידך ס"ל הכא שאם אמר אחריו לי או ליורשי לא מהני מכירת הראשון. עיין בריטב"א לעיל קכ"ה: בזה.

לפר"ח ניהא אמאי הקנה דוקא לבנו קטן שרק בזה רשות הקטן כרשות אביו. ולא צריך להגיע למה שכתב הרשב"ם.

שור זה נתון לך במתנה. הרא"ש בפ"ק דקידושין ס' כ' כתב שיכול לקיים את התנאי ע"י החזרת דמים. דדוקא בגט סברי רבנן בגיטין ע"ד. שאינו מקיים התנאי בדמים משום דלצעורא קמכוין אבל בעלמא מודו רבנן שיכול לקיים את התנאי ע"י דמים. הרא"ש בפרק לולב הגזול כתב דאף שבעלמא מתקיים התנאי ע"י דמים באתרוג שצריך את האתרוג לצאת בו בעינן שיחזיר את האתרוג עצמו ולא

כאן שכתב כן בדעת הרשב"ם וכתב שהרבה טעו בזה והקשו על הרשב"ם שעיקר תנאי כפול נאמר בממון.

הרמב"ם בפ"ו מאישות הי"ד כתב בשם מקצת גאונים אחרונים שאין אדם צריך לכפול תנאו אלא בגיטין וקידושין בלבד אבל בדיני ממון אינו צריך לכפול. וכתב ע"ז הרמב"ם ואין ראוי לסמוך על דבר זה שכפילת התנאי למדו חכמים מאם יעברו בני גד ואם לא יעברו ותנאי זה לא היה לא בגיטין ולא בקידושין. שיטת מקצת גאונים אחרונים הוא כשיטת הרשב"ם. וקושיית הרמב"ם עליהם הוא קושיית התוס' על הרשב"ם. וכתב ע"ז המ"מ ששיטת הרי"ף בתשובה הוא כשיטת אותם גאונים. ומה שהקשה ע"ז הרמב"ם לא קשיא דלר"מ בעינן תנאי כפול גם בממון אלא אנן לא קי"ל כר"מ. ומדינא לא צריך תנאי כפול בשום מקום. אלא שהחמירו בגיטין וקידושין להצריך תנאי כפול לרווחא דמילתא. וזה כמבואר בדברי הרשב"ם כאן.

התוס' בקידושין ו: כתבו דאף דבעלמא בעינן תנאי כפול באתרוג לא בעינן כיון דאיכא אומדנא שלא נתן לו אלא כדי לצאת בו ולהחזיר. התוס' בגיטין פרק מי שאחזו דף ע"ה. ד"ה לאפוקי כתבו דאירי הכא שכפל לתנאו אלא שלא חש הגמ' לפרש לשון התנאי. וכ"כ הרא"ש כאן ובגיטין שם ס' ח'.

הרשב"א כתב דכיון דקי"ל כמ"ד ע"מ כאומר מעכשיו לא בעינן תנאי כפול. שלא בעינן משפטי התנאים אלא בתנאי של אם שהחלות אינו חל עד קיום התנאי ולא בתנאי של ע"מ שהוא מעכשיו. וזה כשיטת הרמב"ם בפ"ו מאישות הי"ז שבתנאי מעכשיו לא בעינן משפטי התנאים. עיין מה שכתבנו בביאור שיטת הרמב"ם וסברתו בקידושין ס"א.

נמצא התיירוצים על הא דלא נזכר כאן תנאי כפול. א. לרשב"ם קי"ל דלא בעינן תנאי כפול. ורק בגיטין וקידושין החמירו לרווחא דמילתא. ב. התוס' בקידושין כתבו דהיכא דאיכא אומדנא לא בעינן תנאי כפול. ג. הרשב"א כתב שבתנאי מעכשיו לא בעינן משפטי התנאים וקי"ל שע"מ כאומר מעכשיו. ד. לתוס' בגיטין והרא"ש באמת צריך כאן תנאי כפול אלא שלא חש הגמ' לבאר לשון התנאי.

תנאי ומעשה בדבר אחד. הקשו התוס' אמאי לא יצא כשלא קיים התנאי הא הוי תנאי ומעשה בדבר אחד שהתנאי בטל והמעשה קיים. גם התוס' בקידושין ו: עמדו בזה אף שעל השאלה של תנאי כפול כתבו דהיכא דאיכא אומדנא לא בעינן תנאי כפול, האומדנא מהני לגבי דיני תנאים התלויים בנוסח התנאי כתנאי כפול, דהיכא דאיכא אומדנא חשיב כאילו כפל. אבל תנאי ומעשה בדבר אחד שאינו נוגע לנוסח התנאי אין נ"מ לענין זה בין אם יש אומדנא או לא. אבל הרשב"א שכתב שבתנאי של מעכשיו לא בעינן משפטי התנאים כתב כן בין על תנאי כפול בין על תנאי ומעשה בדבר אחד.

בתירוצו השני כתבו שתנאי ומעשה בדבר אחד אינו שהתנאי והמעשה הם בחפץ אחד, אלא שהתנאי סותר את המעשה. והיכא שמגרש ע"מ שתחזיר את הנייר, אם ע"מ כאומר מעכשיו דמי אין התנאי סותר את המעשה, שהיא מגורשת עכשיו אם תחזיר את הנייר אח"כ, ולכן אין זה נחשב תנאי ומעשה בדבר אחד. אבל אם ע"מ לאו כאומר מעכשיו ואינה מגורשת אלא כשתחזיר את הנייר התנאי סותר את המעשה והוי תנאי ומעשה בדבר אחד. וכן ע"מ להחזיר אם המתנה חלה מעכשיו ע"מ שיחזיר אח"כ אין זה תנאי ומעשה בדבר אחד. אבל אם אין המתנה חלה אלא כשיחזיר, התנאי סותר את המתנה והוי תנאי ומעשה בדבר אחד.

ונתקיים התנאי והוי הקדש. וכתב הרמ"ה דכיון שהתנאי הוא שיחזיר מידי דחוי ליה והקדש לא חזי ליה הרי זה כמתנה שלא יקדיש. וא"כ המתנה היא מתנה וההקדש אינו הקדש. והדברים לכאורה צ"ב מה מוסיף בזה שיש תנאי שלא יקדיש הרי כתב שאם לא חל ההקדש המתנה קיימת ושוב קשה אם המתנה קיימת למה לא חל ההקדש. וע"כ צ"ל ע"פ היסוד שכתב בשערי יוסף ש"ז פט"ז מהתוס' בגיטין פ"ג. שכל חלות שקיומו גורם לביטולו אינו חל. וכן כאן אם יחול ההקדש זה גורם לביטול ההקדש ולכן לא חל ההקדש אף שהמתנה קיימת. אך מדברי הרמ"ה שלא כתב כן נראה לכאורה דלא ס"ל כן וצ"ע.

רשב"ם ד"ה הרי זה מוקדש ומוחזר. כתב הרשב"ם שאם מת השור ואינו יכול לקיים התנאי בטל המתנה ומתברר שמעולם לא היה השור שלו, ואינו חייב לשלם על מיתת השור שאינו לא שואל להתחייב באונסין ולא ש"ש להתחייב בגניבה ואבידה אלא דינו כש"ח שחייב בפשיעה. בהא דפשיטא ליה לרשב"ם שאינו יכול לקיים התנאי בשור מת מסתפק המ"מ בפ"ג מזכיה ה"י אם זה דוקא כשאמר ע"מ שתחזירנו לי דבעינן מידי דחוי ליה ומת לא חזי, אבל אם לא אמר לי דלא בעינן מידי דחוי ליה אולי מתקיים התנאי גם במת או דלמא שור מת אינו שור ולא מתקיים בזה התנאי גם אם לא אמר לי. המל"מ שם בסוף דבריו כתב שנראה פשוט שגם אם לא אמר לי אינו יכול לקיים התנאי בשור מת.

המל"מ שם בפ"ג מזכיה ה"י מסתפק במקבל שור ע"מ להחזיר ומת השור אם בטל המתנה מפני שאינו יכול לקיים את התנאי וצריך להחזיר את הפירות שאכל או שהתנאי שיחזיר הוא רק אם יהיה בעין אבל אם אינו בעין אין תנאי שיחזיר. וא"כ כשמת לא בטל המתנה ואינו מחזיר את הפירות. ומדברי הרשב"ם שכתב שדינו כש"ח מוכיח המל"מ דס"ל שהמקח בטל שגם אם מת ואינו יכול להחזיר הוא לא קיים תנאו.

הרא"ש בפרק לולב הגזול ס' ל' חולק על הרשב"ם וס"ל שעל הצד שאינו עתיד לקיים התנאי הוא גולן וחייב באונסין.

יש לעיין בדברי הרשב"ם שאם משלם על פשיעה מתקיים התנאי ע"י הדמים [עיין מהנ"א זכיה ס' י"ט וס' כ'] ומתברר שהממון היה שלו וא"כ אין עליו חיוב אחריות שממון שלו אבד. אך ממ"נ הוא משלם או כקיום התנאי או כחיוב אחריות של פשיעה.

הנידון ברשב"ם איזה אחריות יש לו על מתנה ע"מ להחזיר הוא כשלא נתקיים התנאי ובטל המתנה. אבל אם מתקיים התנאי כגון שהחזיר דמים פשוט שאין לו אחריות על המתנה שהרי הממון שלו. אך כל זה לרא"ש שמתנה ע"מ להחזיר הוא מתנה לעולם עם תנאי של חזרה, אבל לקצות שגם אם מתקיים את התנאי ומתקיים המתנה אין הממון שלו אלא לזמן ולגבי הזמן של אחר מועד החזרה מעולם לא היה הממון שלו אם נגנבה הבהמה יש לדון איזה אחריות יש לו כלפי הבעלים אף שמקיים את התנאי ע"י דמים. ואף שכלא"ה הוא משלם דמי הבהמה כדי לקיים את התנאי מ"מ נ"מ כגון שנגנבה ואח"כ הוזלה שהתנאי מתקיים ע"י החזרת הדמים לפי הערך של שעת החזרה, ואם דינו כש"ש ישלם כיוקרא דשעת הגניבה. והדין בזה תלוי במחלוקת הראשונים בב"מ צ"ו: במתנה לזמן איזה חיוב אחריות יש למקבל אם אבד הממון בזמן שהיה קנוי לו לזמן. התוס' שם כתבו שאינו אלא ש"ח. הרמב"ם ס"ל שאינו שומר כלל כמו שכתב בהגהת הגר"א שם. והרמב"ן שם ס"ל שדינו כש"ש שחייב בגו"א. עיין בב"מ צ"ו: מה שכתבנו בס"ד בביאור שיטות הראשונים בזה.

דמיו. שיטת ר' אביגדור כהן שהובא בשו"ת הרא"ש הוא שגם באתרוג יכול לקיים את התנאי ע"י דמים. והובא כל זה בקצות בס' רמ"א סק"ה ע"ש.

הרי זה מוקדש ומוחזר. מבואר בגמ' שאם אמר לי בעינן מידי דחוי ליה ואינו מקיים התנאי אם החזירו כשהוא מוקדש. אבל אם לא אמר לי לא בעינן מידי דחוי ליה ומקיים התנאי כשמחזירו מוקדש. האב"מ בס' כ"ח סקנ"ג מקשה מכאן על הרא"ש בסוכה דס"ל שבמתנה ע"מ להחזיר בעינן הקנאה חזרה, והכא שהקדיש אין הממון שלו ואין הוא מקנה הממון חזרה לבעלים. ומביא האב"מ ראייה מזה לשיטתו בקצה"ח ס' רמ"א סק"ד שאינו אלא מתנה לזמן עד החזרה ולא בעינן הקנאה חזרה. אך גם לקצות קשה מכאן אם אינו שלו אלא לזמן איך הוא מקדיש לעולם. וצ"ל שמה שאינו שלו אלא לזמן הוא משום שהתנאי מחייב להחזיר וכל מה שהתנאי מונע אינו בכלל הנתינה. וכיון שאם לא אמר לי יכול לקיים את התנאי כשמחזירו מוקדש אין א"כ אין התנאי מונע מלהקדיש לעולם, א"כ יש לו גם בעלות לענין להקדיש לעולם.

הנתיבות בס' רמ"א סק"ה עמד בשאלה זו איך מקיים התנאי כשהקדיש הרי לדעת הרא"ש בעינן הקנאה ואינו יכול להקנות כיון שהממון אינו שלו. וכתב הנתיבות דאירי בקדשים קלים לריה"ג דס"ל קק"ל ממון בעלים. א"כ שפיר יכול להקנות הממון חזרה לבעלים אחרי שהקדיש. וכתב בזה הקה"י דזה ניחא לסוברים דק"ל כריה"ג אבל הרא"ש בב"ק י"ג: מספקא ליה אי ק"ל כריה"ג או לא.

הקה"י כתב בשם ספר מקור ברוך שמה שכתב הרא"ש דבעינן הקנאה חזרה היינו שאינו חוזר להיות ממון הבעלים עד שיקנה חזרה אבל אין זה חלק מקיום התנאי, והתנאי גם לרא"ש מתקיים ע"י החזרה גם בלי הקנאה אלא שלא יוכל הבעלים לצאת בזה דאין הממון שלו. אבל הקפידא של התנאי הוא רק שיחזור הממון לרשותו. הקה"י מוכיח שאינו כן אלא לרא"ש ההקנאה הוא חלק מהתנאי. אך כתב הקה"י ש"ל על דרך המקור ברוך שאם אמר לי דבעינן דחוי ליה כמו שצריך שלא יהיה קדוש צריך גם שיחזור לבעלותו דאל"כ אינו ראוי לו לכל מה שצריך בעלות. אבל אם לא אמר לי הדין עם המקור ברוך דאף שאינו חוזר להיות של הבעלים בלי הקנאה לא כלול בתנאי שיקנה לבעלים אלא שיחזור לרשותו. וכמו שמתקיים התנאי בדבר קדוש שאינו ראוי לו גם לא בעינן שיחזור לבעלותו של הנותן.

הקצה"ח בס' רמ"א סק"ו והנתיבות שם סק"ה מדייקים מדברי הנ"י כאן שאם לא אמר לי כשם שאם הקדישו מוקדש ומוחזר כך אם נתנו לאחר יכול לקיים התנאי ע"י שיחזיר הממון לביתו של הנותן אף שהממון שייך לאחר. יעו"ש.

הריטב"א כתב בשם רבו שאם קיבל מתנה ע"מ להחזיר ושיעבד המקבל את הממון לחוב שלו והחזירו לנותן חל השיעבוד ובאים בעלי החוב וגוברים מהנותן. ואין זה מגרע את קיום התנאי שבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ובזמן שהחזיר חזר הממון לבעליו. הריטב"א חולק שאם בא בע"ח וגבה איגלאי מילתא שלא החזיר מידי דחוי ליה. ולכאורה זה דוקא כשאמר לי דבעינן מידי דחוי לי אבל אם לא אמר לי גם הריטב"א יודה שמתקיים בזה התנאי כמו שמתקיים התנאי כשהקדיש.

לי מידי דחוי ליה קאמר. כתב הרמ"ה באות קצ"ג כיון שלא קיים התנאי בדבר המוקדש בטל המתנה ובטל ההקדש. ומקשה הרמ"ה אמאי לא אמרינן דכיון שבטל המתנה וממילא בטל ההקדש שוב הוי מידי דחוי ליה

דף קלח.

כאן בצווח מעיקרא. כתב הרשב"ם דכיון שצווח אינו קונה דחוב הוא לו דכתיב שונא מתנות יחיה. ולכאורה אינו מוכן למה צריך לזה ת"ל שאינו רוצה לקנות ואין אדם קונה בע"כ אפי' דבר שהוא זכות. עיין מה שכתב בזה הרש"ש.

עוד כתב הרשב"ם שכשצווח מעיקרא ואינו זוכה בממון אין הממון חוזר לנותן שהנותן סילק עצמו מממון זה כשמקנה אותו לחברו אלא הממון הוא הפקר וכל הקודם לזכות בו זכה כדאמר ר"ל בכריתות. התוס' האריכו לחלוק בזה על הרשב"ם וס"ל שמה שאמר ר"ל כל הקודם זכה היינו בשתק ולבסוף אמר אי אפשר דיש בזה לשון הפקר. אבל אם צווח מעיקרא נשאר הממון ביד הנותן. התוס' הקשו על הרשב"ם למה יהיה הפקר לכל העולם הרי לא היה בדעתו לתת אלא לזה ועכשיו שהוא אינו קונה ישאר שלו, כמבואר גבי חמרא דרב ספרא בב"ק קט"ז. הרמ"ה מוסיף דאפי' תימא שדעתו להפקיר את הממון אין דעתו להפקיר אלא לאותו אדם שמכר לו והוי הפקר לעניים ולא לעשירים שאינו הפקר. ועוד יש לעיין דלא מהני סילוק מממון שלו אלא רק מממון שעדיין לא נכנס לרשותו.

אמנם יש מקור לשיטת הרשב"ם מלעיל נ"ד: נכסי עכו"ם הרי הם כמדבר וכל הקודם לזכות בהם זכה. והטעם משום שהעכו"ם מסלק עצמו מיד עם קבלת הכסף ואין דעת הישראל לקנות עד שיגיע שטר לידו. ומבואר שכשהמקנה מתכוין להקנות והקונה אינו רוצה לקנות הממון נעשה הפקר.

הריטב"א לעיל נ"ד: כתב על גמ' זו וז"ל וקשה לי אמאי לא אמרינן דגוי אדעתא דלוקח בלחוד אפקריה כדאמרינן בהגוזל גבי חמורו של רב ספרא עכ"ל. הרי שמה שהקשו התוס' על הרשב"ם מקשה הריטב"א על הגמ' לעיל נ"ד: הריטב"א מתוך שמה שמבואר שם הוא רק בגוי שאין דעתו אלא לכספו ולהנאתו. דהיינו שאין נ"מ לגוי אם יגיע הממון שהוא מוכר לקונה או לא וכל ענינו הוא קבלת הכסף, בזה אמרינן שברגע שמקבל כספו לא משנה לו מה יהיה עם הקרקע ולכן כלול במכירה שלו מעשה הפקר. משא"כ ישראל אינו מקנה אלא למי שהוא מוכר ולא כלול במכירה שלו מעשה הפקר. וזה כשיטת התוס' אבל הרשב"ם ס"ל שמה שמבואר שם לגבי עכו"ם אינו דוקא בעכו"ם אלא בכל מוכר כשאין הקונה רוצה לקנות הממון נעשה הפקר.

ביאור מחלוקת התוס' והרשב"ם הוא דכו"ע מודו שישאל הקונה קרקע מחברו אף שאין דעת הקונה לקנות ע"י כסף עד שיגיע השטר לידו לא אמרינן שבנתיים הקרקע הוא הפקר. אלא שנחלקו בטעם הדבר מ"ש עכו"ם מישאל לענין זה. התוס' ס"ל כריטב"א הנ"ל שרק במכירה של גוי שאין לו ענין שיגיע הממון לקונה אלא רק שיקבל כספו בזה כלול במכירה מעשה הפקר. וכן כתב בחי' הגרש"ש לעיל נ"ד: שכלול בהקנאה של עכו"ם מעשה הפקר. אבל ישראל שמעונין שהממון יגיע לקונה אינו מקנה אלא לקונה ולא כלול במכירה שלו מעשה הפקר. לכן ס"ל שאם לא חל הקנין הממון נשאר של המוכר. אבל הרשב"ם ס"ל שמה שהדין שמבואר בדף נ"ד: הוא דוקא בעכו"ם הוא כמו שכתב הנתיבות בס' רצ"ד סק"ב שבישראל המקנה יודע שאין הקונה רוצה לקנות עד קבלת השטר וכמו שאין דעת קונה עד קבלת שטר גם אין דעת מקנה עד אז. ורק בגוי המקנה אינו יודע שאין הישראל רוצה שיחול הקנין עד קבלת השטר. ולכן סובר הרשב"ם שבמקום שיש דעת מקנה ואין הקונה רוצה לקנות יהיה הממון הפקר גם בישראל. ואין זה משום שכלול בכל מכירה מעשה הפקר וגם לא מדין סילוק אלא כמבואר בנתיבות שם ובאמרי

משה ס' כ"ב אות ד' וס' כ"ד אות י' ואות ט"ו שכל מעשה קנין גורם הוצאה מרשות המקנה והכנסה לרשות הקונה, והיכא שהמקנה רוצה להקנות ואין הקונה רוצה לקנות המעשה קנין עושה רק הוצאה מרשות המקנה ולא הכנסה לרשות הקונה. דהיינו שהפקעת הבעלות של המקנה הוא ע"י מעשה הקנין. ולדעת הרשב"ם אין נ"מ לענין זה בין ישראל לעכו"ם.

נמצא שהחידוש שכתוב כאן ברשב"ם מבואר בגמ' לעיל נ"ד: לגבי עכו"ם, אלא שיש ב' דרכים לפרש הדין שמבואר שם. א. כלול במכירה של גוי מעשה הפקר. וזה דוקא גוי ולא בישראל. זה שיטת התוס'. ב. בכל מכירה המעשה קנין מוציא מרשות המקנה ואם יש דעת מקנה בלי דעת קונה יהיה הממון הפקר. ולא מכא מעשה הפקר אלא מכא מעשה קנין שהוציא ולא הכניס. ולגבי זה אין נ"מ בין עכו"ם לישראל. אלא שבדף נ"ד: מה שיש דעת מקנה הוא רק בגוי שישאל אינו מתכוין להקנות עד שיכתבו שטר. אבל בעלמא כל היכא דאיכא דעת מקנה בלי דעת קונה הממון יוצא מרשות המקנה אף שלא נכנס לרשות הקונה. וזה שיטת הרשב"ם. עיין לעיל נ"ד: מה שכתבנו עוד בס"ד בענין נכסי עכו"ם הרי הם כמדבר.

כל מה שנתבאר כאן הוא רק בדברי הרשב"ם כאן שאין שום חסרון במעשה הקנין מצד המקנה אלא רק שאין הקונה רוצה לקנות. בזה שיטת הרשב"ם שהממון יוצא מרשות המקנה ע"י מעשה הקנין אף שלא הגיע לרשות הקונה, ונעשה הממון הפקר. אבל לעיל קל"ו: במכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב שלר"י לא חל המכירה שגם בזה כתב הרשב"ם שהממון יוצא מרשות הבן שהרי הוא הסתלק, שם לא נוכל לישב ע"פ הגמ' בדף נ"ד: שבמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב החסרון בקנין אינו רק מצד הקונה שאינו רוצה לזכות אלא שיש חסרון בכח ההקנאה של המקנה. וא"כ אין מעשה קנין שיוציא את הממון מרשות המקנה. ושם לכאורה צריך לבאר כמו שכתבנו שם ע"פ דברי הרמ"ה שקנין הגוף אינו אלא זכות לקבל קנין פירות לאחר זמן, ועל זכות זו מהני סילוק.

תוד"ה כאן בצווח. לפרשב"ם שר"ל איירי בצווח מעיקרא מה שהגמ' בכריתות שואלת על ר"ל מרב ששת שאמר מקבל מתנה שאמר לאחר שבאת מתנה לידו מתנה זו תבטל אי אפשר בה לא אמר כלום, בטילה היא דבריו קיימין מאי לאו דבריו קיימין והדרא למרה, ואיך הקשו מרב ששת דאיירי אחר שבאת מתנה לידו לר"ל דאיירי בשעת קבלת המתנה. אך הביאור הוא שמה שבטילה היא דבריו קיימין אף שאמר כן אחר שבאת מתנה לידו הוא מפני שזה לשון עבר, דהיינו לשון הודאה שמעיקרא לא רצה לזכות במתנה. וא"כ בטילה היא אחרי שבאת מתנה לידו דמי לאי אפשרי בשעת קבלת המתנה. ושפיר הקשו מזה על זה.

כאן בשותק ולבסוף צווח. הרשב"ם מפרש במתנת בריא שקונה ע"י שטר. הרי"ף והרא"ש כתבו דאיירי במתנת שכ"מ. והיינו משום דס"ל שלא נזכר בגמ' שהשתיקה והצווחה היו בזמן מסירת שטר. לכן פירשו דאיירי בשכ"מ שמקנה בדיבור. אך גם לדבריהם דין זה קיים גם במתנת בריא. כ"כ המ"מ בפ"ט מוכיה ה"ג. ויש לעיין לדברי הרי"ף והרא"ש אמאי אינו חוזר היכא דשתק בתחילה הרי מתנת שכ"מ אינו חל עד המיתה ובכל קנין שיחול לאחר זמן מהני חזרה כמבואר בקידושין נ"ט.

הקצה"ח בס' רמ"ה סק"ד עמד בזה ומביא מזה ראיה למה שכתב להוכיח ששיטת התוס' והרא"ש בסוף פ"ק דגיטין הוא שמתנת שכ"מ אם ימות חל למפרע משעת האמירה. ורק הנותן יכול לחזור שעל דעת כן נתן אבל המקבל אינו

דאיירי בשכ"מ שאינו קונה אלא אחר מיתה א"כ מה בכך שהקדים אמירתו של אחד לשני הרי אין הקנין חל בשעת האמירה אלא לאחר גמר מיתה וא"כ כולם קונים יחד בשעה אחת ואמאי יש בזה טענת הנחת. בשלמא לסוברים שמתנת שכ"מ קונה למפרע משעת אמירה ניהא אבל לסוברים שחל רק בשעת המיתה קשה. שלכאורה פשוט ששנים שקנו בזה אחר זה והקנינים של שניהם יחולו יחד לאחר זמן ליכא טענת הנחת של אוליגן בטר מעשה הקנין אלא בטר זמן חלות הקנין.

היד הרמה והריטב"א כאן עמדו בשאלה זו. הרמ"ה כתב באות קצ"ה וז"ל ואע"ג דכולהו כי קנו במתנת שכ"מ הוא דקנו דלא קניא אלא לאחר גמר מיתה, ואשתכח דכי חייל קניניהו בהדי הדדי הוא דחייל, אפ"ה כיון דלא אקני ליה נותן לשני מידי אלא במאי דמשתייר מממונא לבתר דגבי ראשון הוה לבע"ח כמי שהקנה לזה היום ולשני למחר דאידי ואידי שייך ביה טעמא דהנחת לך מקום לגבות ממנו עכ"ל. דהיינו דאף שזמן חלות כל הקנינים הוא כאחד מ"מ כיון שאם אין מספיק לכולם יש קדימה לראשון, שלא קנה השני אלא מה שנשאר אחרי הראשון, יש לראשון טענת הנחת שזכותו קודם לזכותו של השני א"כ הוא הניח מקום לגבות אף שזמן קנין כולם הוא כאחד.

הריטב"א כתב שכשאומר אחריו כונתו שלא יקנו כולם יחד אחר מיתתו אלא שיקנו אחר מיתתו בזה אחר זה. הראשון יקנה תחילה ואחריו יקנה השני ואחריו יקנה השלישי. וא"כ שפיר איכא טענת הנחת שהרי קדם זכייתו של הראשון לזכייתו של השני. ומוסיף הריטב"א שיכול שכ"מ להקנות גם באופן שלא חל הקנין מיד אחר מיתתו אלא לאחר זמן כדמוכח מנכסי לך ואחר כך לפלוני. וזה כמו שכתבו הראשונים לעיל קל"ז. שכל מתנת שכ"מ כן הוא שהקנין חל אחר גמר מיתה ולא אמרינן שכבר קדם זכיית היורשים. ומבואר שהריטב"א לא ס"ל טענת הרמ"ה שמה שיש לו זכות קדימה הוא סיבה לטענת הנחת אלא בעינן דוקא שזמן חלות קנינו יהיה לפני הקנין של חברו.

הרמב"ן לעיל קל"ג. וכן הר"ן בגיטין נ: מקשים על הא דמבואר הכא ובגיטין נ: שבמתנת שכ"מ יש טענת הנחת דלעיל קל"ג. מבואר שמתנת שכ"מ אין דינו כמשעבדי וא"כ גם לגבי הדין של אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בנ"ח אין מתנת שכ"מ נחשב משעבדי. וכתבו דהא דמבואר הכא ובגיטין שיש טענת הנחת בשכ"מ איירי במתנת שכ"מ במקצת עם קנין שדינו כמתנת בריא. ולדבריהם ניהא הא דאיכא הכא טענת הנחת שאין הקנין חל לאחר מיתה אלא מיד בשעת ההקנאה. דברי הרמב"ן והר"ן הובאו בקצות בס' קי"א סק"א והובא לעיל קל"ג.

נמצא הדרכים בישוב השאלה אמאי איכא טענת הנחת הרי כולם קונים יחד במיתת הנותן א. לסוברים שמתנת שכ"מ קונה למפרע משעת אמירה ניהא. ב. לרמ"ה אף שקונים יחד במיתת הנותן כיון שאם אין מספיק לכולם הראשון קודם לאחרים יש לו טענת הנחת. ג. לריטב"א הם קונים במיתת הנותן בזה אחר זה. ד. לרמב"ן ולר"ן לא איירי הכא במתנת שכ"מ אלא במתנת שכ"מ במקצת עם קנין שדינו כמתנת בריא.

תנו מאתים זוז לפלוני בני בכור כראוי לו. מבואר שאם אמר כראוי לו הוא נוטל גם את הבכורה וגם מאתים זוז. אבל אם אמר בבכורתו נוטל רק אחד מהם וידו על העליונה. כתב הרשב"ם שבבכורתו לאו דוקא דה"ה אם אמר תנו מאתים זוז לפלוני בני ולא אמר לא בבכורתו ולא כראוי לו שאינו נוטל שניהם אלא ידו על העליונה. הרא"ש חולק וכתב שאם אמר לפלוני בני בכורי שהזכיר לשון בכור בזה אף שלא אמר בבכורתו הוי כאילו אמר בבכורתו. אבל

חוזר כיון שחל הקנין למפרע. האבן האזל בפ"ט מזכיה הי"ג כתב דאף שהקנין אינו חל עד המיתה לא מהני חזרת המקבל דקנין מתנת שכ"מ נתקן דומיא דקנין מעכשיו ולאחר זמן בדשלב"ל שיש ראשונים דס"ל דלא מהני בו חזרה. והיינו משום שהמעשה מצידו נגמר. ומה שהנותן חוזר אינו מפני שעדיין לא חל אלא מפני האומדנא. ולגבי המקבל שאין אומדנא לא מהני חזרה.

כל זה לפי מה ששמענו מפשטות הגמ' כאן ששתק וצווח הוא בתחילת הקנין. אבל הנ"י אחרי המשנה לעיל קל"ה: מי שמת ונמצאת דייתקי קשורה על יריכו מביא תוספתא שעד שלא זכה חוזר ואח"כ אינו חוזר, וזה כמבואר כאן, וכתב ע"ז הנ"י שהכל תלוי בשתיקה בשעת מיתת הנותן. וזה כשיטת הסוברים שמתנת שכ"מ חל לאחר מיתה ולא למפרע. וס"ל דמהני חזרה עד המיתה. דברי הנ"י הובאו בנתיבות בס' רמ"ה סק"ו ע"ש.

נמצא ד' דרכים בהא דשתק ולבסוף צווח אינו יכול לבטל הקנין. א. לרשב"ם איירי במתנת בריא, ואחרי מעשה הקנין אינו יכול לחזור. ב. לקצות לסוברים דאיירי במתנת שכ"מ אינו חוזר אחרי האמירה מפני שחל למפרע משעת האמירה. ג. לאבה"א אינו חוזר משעת האמירה אף שלא חל למפרע. ד. לנ"י איירי ששתק בשעת המיתה אבל שתק בשעת אמירה יכול לחזור עד המיתה.

שכ"מ שאמר תנו ר' זוז לפלוני. כתב הרא"ש שבדוקא נקטה הגמ' שנתן סכום אחר לכל אחד שבזה אינו יכול לכלול את כולם כאחד ולכן אם לא אמר אחריו כולם קונים יחד. אבל אם נתן לכולם סכום שוה יכול לכלול את כולם יחד ואם לא כלל הרי זה כמי שאמר אחריו. וכן כתבו התוס' בגיטין נ: הרמב"ן כתב שהרשב"ם לא ס"ל כן. גם הרשב"א והריטב"א חולקים בזה על הרא"ש.

יצא עליהם שט"ח גובה מכולם. כתב הרשב"ם שמה שגובים ממקבלי מתנת שכ"מ הוא קודם שקבלו את המעות א"נ איירי במתנת קרקע. דהיינו שהיה קשה לרשב"ם אמאי גובים מהם דאף שמקבל מתנת שכ"מ דינו כדורש מ"מ מטלטלי דיתמי לא משתעבדי וכ"ש שלא גובים ממטלטלי דמקבל מתנת שכ"מ. וכתב הרשב"ם דאיירי שעדיין לא הגיעו המטלטלין לרשות מקבלי המתנה. ולכאורה אינו מוכן דזה ניהא לשיטת ר"ט במשנה בכתובות פ"ד. שכל זמן שלא נכנסו המטלטלין לרשות היתומים לא חל עליהם דין מטלטלי דיתמי. אבל אנן קי"ל כר"ע דס"ל שם שגם אם אין המטלטלין ברשות היתומים חל עליהם דין מטלטלי דיתמי ולא גובים מהם.

הקצה"ח בס' רנ"ג סק"ב עמד בזה וכתב שר"ע חולק רק בגלל שבעלי החובות מחוסרים גובינא והיורשים אינם מחוסרים גובינא כמבואר ברא"ש ובר"ן שם. אבל הכא שגם מקבל מתנת שכ"מ הוא מחוסר גובינא מודה ר"ע שגובים מהמטלטלין כל זמן שלא נכנסו לרשות מקבלי המתנה. וכונת הקצות דאיירי בחוב שנתחייב הנותן למקבלים ולא בהקנאה של ממון מסוים כמו שמבאר הקצות שם בסוף סק"ב. והעירוני דיש לעיין בזה שבמשנה בכתובות איירי שהיה למת מלוה או פקדון ביד אחר. ובשלמא פקדון אינו מחוסר גובינא ליתומים. אבל מלוה הוא מחוסר גובינא ואעפ"כ סובר ר"ע שנחשב מטלטלי דיתמי וצ"ע. ע"ע במחנ"א זכיה מהפקר ס' ה' מה שכתב בדברי הרשב"ם ומבאר שהרשב"א חולק בזה על הרשב"ם ע"ש.

מאתים זוז לפלוני ואחריו לפלוני. מבואר בגמ' דכיון שאמר ואחריו הם קונים בזה אחר זה והבע"ח גובה מן האחרון שיש לראשון טענת הנחת. ויש לעיין בזה כיון

השיטה כתב שמהני הכתיבה לתת לתביעת היורש דין טענת ברי לחייב שבועה.

העדים כותבין. צ"ב איך כותבין העדים עדות זו שלא מדעת המתחייב הא הרי מפי כתבם. וכתב הקו"ש דאפשר שזה תקנ"ח כדי שלא תטרף דעתו של שכ"מ. החזו"א באבה"ע ס' קי"א סק"י מקשה על מה שלרבנן אין כותבין אא"כ מכירים לפיכך כשהוא גובה אינו צריך להביא ראיה, דמשמע שכותבין בלי ב"ד ואמאי אין זה מפי כתבם הרי נכתב שלא מדעת המתחייב. וכתב שמתוך הדחק נראה דאין כותבין אא"כ מכירין היינו שיהיה בפני המתחייב ושיצוה להם לכתוב. ומבואר מדבריו שהיה קשה לו רק על רבנן אבל לר"מ שאמר שכותבין אע"פ שאין מכירין לפיכך כשהוא גובה צריך להביא ראיה לא קשה לחזו"א דהוי מפי כתבם שנכתב שלא מדעת המתחייב [שבזה ליכא לתירוצו של החזו"א שהרי כותבין אע"פ שאין מכירין] משום שבאמת לא סומכים על כתיבה זו. וזה ניהא לפסק השו"ע לפירושו של הסמ"ע שהתועלת של הכתיבה היא רק כדי שלא יעיז להכחיש ולזה מהני גם שטר שיש בו פסול של מפי כתבם. וכן לרמ"ה ניהא שלא סומכים על השטר לחייב את בעל המנה אלא כדי להוציא מהשכ"מ את המתנה שנתן לאחר. ולגבי זה יש דעת המתחייב שהשכ"מ הוא המתחייב. אבל למה שכתב השיטמ"ק שסומכים על השטר לחייב שבועה בעינן שיהיה שטר כשר. ולדבריו א"א לומר כהחזו"א אלא צ"ל כמש"כ הקו"ש שזה תקנ"ח בשכ"מ.

אין חולצין אא"כ מכירין. לגבי חליצה פשוט דבעינן שיכירו גם את האיש וגם את האשה. ברשב"ם בד"ה אין חולצין מבואר שגם לגבי מיאון בעינן שיכירו את שניהם. וכן מפורש ברמב"ם בפ"א מגירושין ה"י. המ"מ שם כתב שהרשב"א ס"ל שבמיאון לא בעינן שיכירו את הבעל שיכולה למאן גם שלא בפניו וצריך להכיר רק את האשה. המ"מ מבאר סברת הרמב"ם והרשב"ם שחוששים שמא שמה כשם קטנה אחרת והיא באה להתיר במיאונה את חברתה.

רבא ורב סחורה נחלקו אם חולצין אע"פ שאין מכירין או לא. ויש לעיין איך מהני חליצה כשאין מכירין את האיש או את האשה הרי נחלקו הראשונים אם חליצה צריך עדות לקיום הדבר או לא. דביבמות ק"ד: מובא מעשה באחד שחלץ כינו לבינה בבית האסורין ור"ע הכשיר. ופרץ מי ידענא. ומפרש הנ"י שהשאלה היא שבלי עדים אין החליצה חליצה שצריך עדות לקיום הדבר. ודמי למקדש שלא בעדים שאינה מקודשת אפי' ששניהם מודים. הגר"ח זצ"ל בפ"ד מיכוס הט"ז מוכיח ששיטת הרמב"ם שחליצה לא צריכה עדות לקיום הדבר, שאין זה חלות שהאדם עושה אלא חל מאליו מכח מעשה האדם. ולרמב"ם שאלת הגמ' מי ידענא הוא שצריך עדות לבירור הדבר.

לשיטת הנ"י שצריך עדות לקיום הדבר צ"ב אמאי מהני חליצה כשאין מכירין הרי שיטת הב"ש באבה"ע ס' ל"א סק"ו על הא דמקדש בפמש"פ חוששין לקידושיו שמא ש"פ כמדי, ושיטת הרמב"ם היא שאם ידוע שש"פ כמדי היא ודאי מקודשת מן התורה. וכתב הב"ש שזה רק אם העדים יודעים שש"פ כמדי. אבל אם אינם יודעים או שיש להם ספק אינה מקודשת בודאי דהוי כמקדש בלא עדים כיון שלפי ראות עיניהם לא היו הקידושין קידושין. וכן בספק קרוב לו ספק קרוב לה שהיא ספק מגורשת כתב הב"ש בס' ל' סק"ט שזה דוקא בשנים אומרים קרוב לו ושנים אומרים קרוב לה. אבל בכת אחת שמספקא להו אם קרוב לו או לא אינה מגורשת שחסר עדות לקיומו. ולדבריו אם אין העדים מכירים מי היא החולצת או מי היכם חסר בעדות לקיום הדבר. ולכאורה מוכח מכאן שהנ"י שמצריך

אם אמר לפלוני בני ולא הזכיר בכורי נוטל את שניהם אף שלא אמר כראוי לו.

דף קלח:

לפלוני בע"ח. לגרסא שלפנינו שהוא גרסת הרי"ף יש שינוי בין בע"ח לבכור וכתובת אשה. שלגבי בכור וכתובת אשה מבואר שאם אמר בבכורתו או בכתובתה ידם על העליונה. דהיינו שנוטלים מה שיותר בין שניהם. ולגבי בע"ח לא קתני כשאמר בחובו שידו על העליונה אלא רק נוטלן בחובו. הנ"י כתב הטעם שרק בבנו ובאשתו שדעתו קרובה להם אמרינן שדעתו להוסיף. אבל בבע"ח אין סיבה לומר שדעתו להוסיף. ותולים שאמר מאתים וזו בחובו מפני שחשב שהוא חייב מאתים וזו ולא היה כונתו להוסיף על מה שהוא חייב. הרמב"ן מוסיף דכיון שאמר בחובו אינו יכול להוסיף דהוי ריבית מאוחרת. וע"כ שכונתו מאתים וזו בחובו אם הוא חייב מאתים וזו. כל זה לגרסת הרי"ף אבל הרא"ש גורס גם לגבי חוב שידו על העליונה דס"ל שגם בחוב כונתו להוסיף שהרי אמר מאתים וזו.

דלמא כראוי לו בחובו קאמר. גם בזה נחלקו הראשונים אם שאלת הגמ' היא על חוב דוקא ששם יש פחות סברא לומר שכונתו להוסיף או ששאלת הגמ' על כולהו. עיין בזה ברשב"א ובריטב"א. התוס' בכתובות צ"ו: ד"ה רצה כתבו שיש גורסים כאן תנו לבעל חובי ולא לפלוני בעל חובי. ורק בזה הגמ' שואלת דלמא כראוי לו בחובו. אבל אם אמר לפלוני בעל חובי משמע שבמתנה הוא נותן לו וגם אם לא אמר כראוי יטול את שניהם.

שכ"מ שאמר מנה יש לי אצל פלוני העדים כותבין אע"פ שאין מכירין לפיכך כשהוא גובה צריך להביא ראיה. הקשו הראשונים אם לא סומכים על כתיבה זו לשם מה כותבים ואיזה תועלת יש מהכתיבה. היד רמה כתב באות קצ"ז שאם אמר רק שיש לו מנה ביד פלוני באמת לא כותבין כיון שלא סומכים על הכתיבה. אלא איירי שאמר שיש לו מנה אצל פלוני ורוצה לתת את המנה לאחר בזה כותבים כדי שאם יתברר אח"כ שיש לו מנה אצל פלוני לא יוכלו היורשים להכחיש את הנתנה לשני. וחכמים סברי שגם באופן זה לא כותבין דחיישינן שמא יסמכו על הכתיבה להוציא את המנה.

הטור בחור"מ ס' רנ"ה חולק על הרמ"ה וכתב שבכל ענין כותבין, וכן נפסק בשו"ע שם ס' א'. וכתב הסמ"ע דאף שלא סומכין על הכתיבה מ"מ יש תועלת מזה שיכתבו שלא יעיז הנתבע לכפור את המנה כשיראה שכתוב בשטר שהשכ"מ אמר שיש לו מנה בידו.

השיטמ"ק כתב שהר"י בעל התוס' מפרש דנ"מ שאם יכחיש פלוני את תביעת המנה יכולים היורשים לחייבו שבועת היסט ע"פ השטר שמעיד שאביהן טען שיש לו מנה בידו. לכאורה דברי השיטה תלויים במחלוקת ראשונים שהובא לעיל קכ"ה: בכך שבא בטענת אביו, דהיינו שאומר שאביו אמר לו שפלוני חייב לו מנה, אם נחשב טענת ברי לחייב שבועה או לא. שהר"ן בשבועות מ"ב. כתב שנחלקו בזה הרמב"ן והראב"ד. וכשם שאם הבן טוען ברי שכך אמר לו אביו י"א שנחשב טענת ברי לחייב שבועה כך כשיש שטר שמעיד שאביו טען זה נחשב טענת ברי לחייב שבועה אף שהאב אינו עומד בפנינו וטוען מהני טענתו לבן. עיין בענין זה בקו"ש כאן. וע"ש שמקשה אמאי נקט השיטה נ"מ לשבועת היסט ולא לשבועת מודה במקצת.

נמצא ג' דרכים בזה. א. לרמ"ה לא כותבים אלא כשצויה לתת מנה זה לאחר. **ב.** לטור כותבים בכל גווני. והסמ"ע מבאר שמהני הכתיבה שלא יעיז הנתבע להכחיש. **ג.**

שכל זה כלול בקושית התוס' שאין ב"ד טועין דרב סחורה ודרכא שוין.

מתני' האב תולש ומאכיל. בגמ' מבואר שרק מה שהניח תולש הוא של היורשים אבל מה שהניח מחובר הוא של הבן שקיבל את המתנה. ברשב"ם במשנה מבואר שזה גם בפירות מחוברים שעומדים לתולש. הרמב"ם בפ"ב מזכירה ה"ג כתב שמה שעומד ליבצר הוא כתולש והוא של היורשים כפירות תלושים. ורק מה שצריך לקרקע הוא של הבן מקבל המתנה.

הש"ך בס' רנ"ז סק"ב מקשה שבגמ' מבואר שמה שהפירות המחוברים בשעת מיתת האב הם של הבן הוא הקנאה מיוחדת של האב לבנו מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו, ולולא זה לא היו פירות אלו בכלל הקנאת הגוף לבן. ובשלמא לרשב"ם דאיירי בפירות שאינם צריכים לקרקע נידח שאין זה חלק מגוף הקרקע ואינו בכלל הגוף שהוא של הבן וצריך ע"ז הקנאה מיוחדת, וזה יש רק בבן משום שדעתו קרובה אצל בנו. אבל לרמב"ם דאיירי בפירות הצריכים לקרקע הרי הם חלק מגוף הקרקע, ופשוט שהם בכלל מתנת הגוף, ולמה צריך לזה הקנאה מיוחדת, ולמה צריך להגיע לדעתו של אדם קרובה אצל בנו.

דברי הש"ך בזה לכאורה אינם מובנים דאמנם פירות שצריכים לקרקע הם חלק מגוף הקרקע אבל זה חלק מהקרקע שנוסף אחרי המכירה, שבזמן שנתן האב לבן את הגוף לא היו פירות אלו בעולם ולא היו חלק מהקרקע. וא"כ אף שהיום הם חלק מהקרקע לא מהני ההקנאה של הקרקע לפירות אלו שפירות אלו הם דבר שלא היה בעולם בשעת מכירת הגוף. ומצד הקנין הפירות אין סיבה שיהיו של הבן שהרי אין הקרקע קנוי לבן לפירות עד אחר מיתת האב ופירות אלו גדלו בחיי האב. וכדי שיזכה הבן בפירות אלו צריך הקנאה מיוחדת, דהיינו או שסמוך למיתתו הוא מקנה לבנו פירות אלו, או שכלול במכירה הראשונה שהקנין פירות של הבן לא יתחיל מהמיתה אלא לגבי פירות המחוברים בשעת מיתתו יהיה לו קנין פירות גם בחיי האב. וזה אמרינן רק בגלל שדעתו של אדם קרוב אצל בנו. ונ"מ מזה לדעת הרשב"ם שלהבנת הש"ך מה שכתב הרשב"ם דאיירי בפירות שאינם צריכים לקרקע הוא משום דס"ל שאם צריכים לקרקע זה בכלל הקנאת הגוף ולא צריך להגיע בזה לדעתו של אדם קרובה אצל בנו. וא"כ לגבי זה לא קיים תי' הגמ' כאן בבנו כאן באחר שגם אחר יקנה פירות מחוברים שצריכים לקרקע. אבל למה שכתבנו גם הרשב"ם מודה שגם לגבי פירות שצריכים לקרקע צריך להגיע לדעתו של אדם קרובה אצל בנו וגם בזה אמרינן כאן בבנו כאן באחר.

דף קלט.

כאן בבנו כאן באחר. כתב הרשב"ם שאם נתן האב לבן גוף מהיום ופירות אחר מיתה ולא מכר הבן זכותו לאחר הפירות שהיו מחוברים במיתת האב שייכים לבן דעתו של אדם קרובה אצל בנו והאב כלל גם פירות אלו במכירה לבן. אבל אם מכר הבן זכותו אין הלוקח זוכה אלא בפירות שגדלו אחרי מיתת האב אבל הפירות שגדלו בחיי האב והיו מחוברים במיתתו אינם בכלל המכירה של האב שאין דעתו של האב קרובה ללוקח ואינו כולל פירות אלו במכירתו. וכיון שהוברר שפירות אלו לא היו בכלל המכירה הפירות הם של היורשים ולא של הבן ולא של הלוקח. ועוד כתב הרשב"ם פירוש אחר שאין פירות אלו בכלל מכירת הבן ללוקח. דהיינו שהאב כלל פירות אלו במכירתו לבן גם אם הבן מכר לאחר. אבל הבן במכירתו ללוקח לא כלל פירות שהיו מחוברים במיתת האב. ולפירוש זה לא יהיו הפירות של היורשים אלא של הבן. לשני הפירושים ברשב"ם אם

בחליצה עדות לקיום הדבר לא ס"ל כהב"ש. והב"ש דס"ל שאם אינם רואים כל פרטי החלות חסר בעדות ע"כ ס"ל שחליצה אינה צריכה עדות לקיום הדבר.

לפיכך כותבין גט חליצה. גם בזה קשה מה מהני הכתיבה הרי אין דין שטר על איסורין והוי מפי כתבם. וגם בזה עמדו הקו"ש והחזו"א. הקו"ש כתב שנכתב ע"י ב"ד והוי מעשה ב"ד. אך כתב שברשב"ם מבואר שהעדים כותבים. גם החזו"א באבה"ע ס' קי"א סק"י כתב שלכאורה צ"ל שהב"ד כותבין אך כתב שבלשון הרמב"ם מבואר שהעדים כותבים. וכתב ע"ז וז"ל ואפשר דברשות ב"ד מקרי שטר אף שהעדים כותבים כאילו כתבו ב"ד עצמם וצ"ת עכ"ל.

ב"ד בתר ב"ד לא דייקי. מסקנת הגמ' שחוששין לב"ד טועין שיסמכו על ב"ד אחר אבל לא חוששים לב"ד שיטעו לסמוך על עדים במקום שע"פ דין אין לסמוך עליהם. מבואר בחזקת הבתים דף מ: שכל מודעה דלא כתיב בה אנן ידעינן ביה באונסא דפלגיא לאו מודעה. דהיינו שלא מספיק שהמוכר אמר לעדים שהוא אנוס אלא צריך שהעדים בעצמם יראו את האונס. בחו"מ ס' ר"ה סע' ה' נפסק שאם לא הכירו העדים את האונס אינם יכולים לכתוב שהמוכר מסר בפניהם מודעה ע"מ שאם יתברר אח"כ האונס יהיה בידו שטר שמסר מודעה. וכתב הב"י שם שהטעם הוא שחוששין לב"ד טועין שיסמכו ע"ז בלי לברר שהיה אונס. ומביא ע"ז הב"י מהא דאין חולצין אא"כ מכירים משום דחיישינן לב"ד טועין. וכתב הפת"ת שם סק"ו שהפנים מאירות תמה ע"ז דמבואר כאן שחוששים רק לב"ד טועין שיסמכו על ב"ד אחר ולא שיסמכו על עדים. וכבר עמד בזה הגאון שם סק"ד ע"ש.

תוד"ה מאי שנא. כתבו שלגרסת רש"י ביבמות רב סחורה סבר חוששין לב"ד טועין ורבא ס"ל שאין חוששין לב"ד טועין. וכתבו שרב סחורה סובר שחולצין אע"פ שאין מכירין אע"פ שלרש"י רב סחורה חושש לב"ד טועין, מפני שאם לא יבא עדים לב"ד השני ויעידו שחלצו לפני הב"ד הראשון אין הב"ד השני יודעים שחלצו כלל, ואם יעידו בפניהם העדים יאמרו אם הכירו או לא, וא"כ ליכא חשש טעות. ומה שחוששין לב"ד טועין גורם רק שאסור לכתוב שחלצו בפני הב"ד הראשון שבזה יש חשש שהב"ד השני יסמכו שהב"ד הראשון הכיר. ורבא ס"ל שאין חולצין אא"כ מכירין ולפיכך כותבין. ומה דסבר רבא לגרסת רש"י שלא חוששין לב"ד טועין היינו שלא חוששין שהב"ד הראשון טעו וחלצו בלי להכיר. והקשו ע"ז התוס' שא"כ לא הוי ב"ד טועין דרב סחורה ודרכא שוים דרב סחורה קאי על הב"ד השני ורבא קאי על הב"ד הראשון.

אמנם קשה יותר מזה שהחשש שרבא אינו חושש, דהיינו שהב"ד הראשון טועה גם רב סחורה אינו חושש, שמה שלרב סחורה לא כותבין הוא משום שחולצים אף שאין מכירין, אבל אם לא היו חולצים אא"כ מכירין גם רב סחורה היה מודה שכותבין ולא חיישינן לטעות של הב"ד הראשון. ומה שרב סחורה חושש לב"ד טועין לגבי הב"ד השני ולכן אין כותבין גם רבא חושש, ורבא חושש לזה יותר ממה שרב סחורה חושש, שרב סחורה חושש רק לגבי הכתיבה, אבל בלי כתיבה מתיר לחלוץ בלי להכיר ואינו חושש שהב"ד יטעה, ורבא חושש לטעות של הב"ד השני גם בלי כתיבה ואינו סומך ע"ז שיתברר ע"י עדים. ואמאי אמרו שרב סחורה חושש ורבא אינו חושש, הרי מה שרב סחורה חושש לטעות של ב"ד השני גם רבא חושש, ורבא חושש עוד יותר מרב סחורה, ומה שרבא אינו חושש לטעות של ב"ד הראשון גם רב סחורה אינו חושש. וצ"ל

לא נתן האב גוף מהיום ופירות לאחר מיתה לבנו אלא לאחר והיו פירות מחוברים במיתה האב לא זכה הקונה בפירות אלו. שרק לבנו מקנה האב פירות אלו מפני שדעתו קרובה אצל בנו כמבואר ברשב"ם במשנה.

יש לעיין באיזה קנין זוכה הבן בפירות המחוברים כשלא מכר הבן הרי פירות אלו גדלו בחיי האב בזמן שעדיין לא היה לבן קנין פירות א"כ אינם של הבן מכח הקנין פירות שלו. והקנאה נפרדת של האב על פירות אלו לכאורה אין שבזמן הנתינה פירות אלו לא היו בעולם והיו דשלב"ל. וצ"ל כמו שכתבנו לעיל דאמנם הבן מקבל קנין פירות רק במיתה האב מ"מ לגבי פירות אלו שיהיו מחוברים בשעת מיתת האב האב מקנה לבן כיון שדעתו קרובה אצל בנו קנין בגוף לפירות אלו גם בחייו. ולפירוש הראשון הקנאה זו היא רק על הצד שהבן לא ימכור לאחר. ולפירוש השני האב מקנה קנין זה לבן אפי' על הצד שהבן ימכור אבל הבן במכירה שלו אינו כולל הקנאה לענין פירות אלו והם נשארים של הבן.

הרמב"ם בפ"ב מזכיה הי"ג מפרש כאן בבנו כאן באחר באופן אחר. שאם האב שנתן לבנו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה מכר את קנין הפירות שיש לו לאחר אין הבן זוכה במיתה האב אלא בפירות שגדלו אחרי מיתת האב ולא בפירות שהיו מחוברים במיתה האב, אלא פירות אלו הם של הקונה. שרק האב שדעתו קרובה לבנו מקנה פירות אלו לבנו ולא הלוקח שקנה קנין הפירות מהאב. לכאורה אינו מובן מה בכך שמכר האב את זכותו לאחר הרי בשעה שמכר האב לבן הוא כלל במכירה לבנו גוף לפירות שיהיו מחוברים בשעת מיתתו ומה בכך שמכר אח"כ את הקנין פירות ששייר לעצמו לאחר. וכתב המ"מ שלרמב"ם מחילת האב לבנו מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו אינו בשעת מכירת האב לבן אלא סמוך למיתת האב. ולכן סובר הרמב"ם שאם מכר האב את זכותו לאחר אין הבן קונה את הפירות המחוברים מפני שדעת הקונה אינה קרובה אצל בנו של המוכר.

היד רמה גם כתב על פירוש זה של הרמב"ם דס"ל דמחילה דמחיל האב לפירות המחוברים לגבי בנו בשעת מיתה הוא. וכתב ע"ז דכד מעיינת בה שפיר לאו הכין היא מילתא. דאימת קני להו לפירות המחוברים שעד המיתה עדיין הקרקע קנויה לאב לפירות. ואם זכיתו הוא אחר מיתת האב שאז מקבל הבן קנין פירות הרי כבר זכו היורשים בפירות אלו מיד עם מיתת האב. אלא מסתברא דכי זכי בהו הבן בהני פירי לאו מטעם מחילה דשעת המיתה אלא מטעם מחילה דמחיל גביה בעיקר ההקנאה דמעיקרא כי אקני ליה גופא מהיום ופירא לאחר מיתה אפי' המחברים לקרקע בשעת מיתה אקני ליה הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו. לכן אין נ"מ בין אם מכר האב את הקנין פירות שלו אח"כ לאחר או לא. דהיינו שקשיא לרמ"ה על פירושו של הרמב"ם אם הקנאת האב לבן בפירות המחברים הוא סמוך למיתתו באיזה קנין קונה הבן פירות אלו. אע"כ הקנאתו אינה סמוך למיתה אלא בתחילת נתינתו לבן.

מה שכתבו הרמ"ה והמ"מ שמדברי הרמב"ם מוכח שהקנאה הוא בשעת מיתה ולא בתחילת הנתינה לבן הוא משום שאם הקנאתו הוא בתחילת הנתינה לא יתבטל זכותו של הבן בפירות המחברים ע"י מכירת האב לאחר. דלא שייך לומר שמה שהאב הקנה פירות אלו לבן הוא רק על הצד שלא יקנה האב את קנינו לאחר. שאם הוא נותן קנין זה לבן מפני שדעתו קרובה אצל בנו למה שיתבטל זכות הבן ע"י הקנאת האב לאחר. אלא מוכח שלרמב"ם המחילה לבן הוא סמוך למיתה ואם לפני מיתתו נתן האב זכותו לאחר אינו יכול להקנות לבן סמוך למיתתו. אבל הרשב"ם

דס"ל שאם הבן מכר את זכותו לאחר אין האב נותן לו את הפירות המחברים אין זה מפני שמחילת האב הוא סמוך למיתה אלא לעולם זה כלול בתחילת נתינת האב לבנו, אלא שאינו נותן לבן את הפירות המחברים אלא אם הפירות יהיו לבן אבל על הצד שהבן יתן את הקנין שלו לאחר אין האב נותן לו פירות המחברים שאין לו ענין להרויח לאחר אלא רק לבנו. לכן רק מדברי הרמב"ם יש ראייה שהמחילה היא סמוך למיתה ולא מהרשב"ם. וכן מבואר בגאון ס' רנ"ז סק"ב שרק לרמב"ם דעתו של אדם קרובה הוא בשעת מיתה ולא לרשב"ם.

האור"ש בפ"א מגירושין ה"ו ד"ה אולם מבאר לשיטת הרמב"ם שהקנאת הפירות המחברים הוא סמוך למיתת האב הבן קונה את הפירות בקנין חצר. ואף שהפירות שהם מחוברים ולרמב"ם הם צריכים לקרקע ודינם כקרקע מוכיח האור"ש מזה שהרמב"ם ס"ל שגם קרקע נקנה בקנין חצר. וכן מוכיח האור"ש מדברי התוס' בב' מקומות. א. בב"ק י"ב. מבואר בתוס' שקרקע נקנה בחצר. ב. גם מדברי התוס' לעיל פ"ז. מוכיח האור"ש דס"ל שקרקע נקנה בקנין חצר. וכתב האור"ש שזה דלא כנתיבות שנקט בס' רמ"א סק"ג שקרקע אינו נקנה בקנין חצר. ועיין מה שכתב האור"ש לישיב שלא יקשה מגיטין כ"ב. לגבי עצין נקוב דמשמע שקרקע אינו נקנה בחצר. וכדבריו כתב גם החזו"א באבה"ע ס' קמ"ז בעניני עבדים סק"ז. ואף שדחה החזו"א שם את ראת האור"ש מהתוס' לעיל פ"ז. מ"מ לדינא ס"ל כהאור"ש שקרקע נקנה בקנין חצר ולא כנתיבות.

היד רמה כפי שהובא לעיל חולק על הרמב"ם וס"ל שאם נתן האב לבנו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה ואח"כ מכר האב את הקנין פירות שלו לאחר לא יקבל הלוקח את הפירות המחברים בשעת מיתת האב אלא הם של הבן שהוא זכה בהם משעת נתינת האב. ומה דאיתא בגמ' כאן בבנו כאן באחר מפרש הרמ"ה שאם מעיקרא נתן האב גוף מהיום ופירות לאחר מיתה לאדם אחר שאינו בנו, ושוב נתן האב את הקנין פירות שלו ללוקח אחר הפירות המחברים הם של הלוקח השני שהם לא היו בכלל הנתינה הראשונה כיון שנתנה זו לא היתה לבנו.

נמצא ג' דרכים בביאור דברי הגמ' כאן בבנו כאן באחר. א. לרשב"ם אחר היינו שמכר הבן זכותו לאחר ובוזה אין האב מקנה המחברים לבן כיון שאין הרווח לבנו אלא הם של היורשים. ולפשוט השני ברשב"ם הם של הבן. ב. לרמב"ם אחר היינו שהאב מכר קנין הפירות שלו לאחר ובוזה אין הבן זוכה בפירות המחברים כיון שלרמב"ם מחילת האב הוא סמוך למיתתו ולא בתחילת הנתינה. ג. לרמ"ה אחר היינו שהאב נתן גוף מהיום לאחר ושוב מכר הקנין פירות שלו בזה אין המקבל מתנה זוכה בפירות המחברים כיון שאינו בנו אלא הם של השני. וכן אם לא נתן לאחר הם של היורשים.

דהיינו שיש ה' אופנים של פירות מחברים. א. נתן האב לבנו גוף מהיום וכו' והיו פירות מחברים במיתה האב לכו"ע הם של הבן. ב. מכר הבן קנינו לאחר לרשב"ם אין הפירות המחברים של הקונה אלא של היורשים. ולפירוש השני של הרשב"ם הם של הבן. ג. מכר האב קנין הפירות שלו אחרי שנתן את הגוף לבן לרמב"ם אין הפירות המחברים של הבן. הרשב"ם והרמ"ה חולקים. ד. נתן האב גוף מהיום ופירות לאחר מיתה לאדם שאינו בנו אין המקבל זוכה בפירות המחברים במיתה האב כיון שאינו בנו. כ"כ הרשב"ם במשנה. ה. אחרי שנתן האב גוף מהיום לאחר שאינו בנו מכר הקנין פירות שלו לאחר השני זוכה בפירות המחברים כיון שלא היו בכלל הנתינה לראשון שאינו בנו. כך מפרש הרמ"ה מה שאמרו כאן באחר.

מחילה מפורשת אבל היכא דאיכא אומדנא שמוחל מהני גם בקטן דמבואר בב"מ כ"ב: דיתמי לאו בני מחילה נינהו גם במקום דאיכא אומדנא דמחילה. ואדרבה מבואר בגאון בס' ר"ה סק"ט שגם בפעוטות דמהני מחילת קטן זה דוקא כשיש מחילה מפורשת אבל כשאין מחילה מפורשת אלא שאצל גדול איכא אומדנא בקטן ליכא אומדנא ולא מהני מחילתו. עיין מה שכתבנו בדבריו בס"ד בב"מ כ"ב: .

רשב"ם ד"ה מאי דעבד עבד. מיהו לכתחילה אין לבזבו בממון אחיו כל כך עכ"ל. הרא"ש חולק וכתב שמותר לכתחילה. מלשון הרשב"ם משמע שגם הוא מודה שמעט מותר לקחת לכתחילה ולא כתב אלא שאין לו לבזבו ממון אחיו כל כך.

בעל לוקח הוי או יורש הוי. הנ"מ מספק זה הם א. אם מע"פ שגובה מן היורשים ואינו גובה מלקוחות וכן מזון האלמנה שגובה מיורשים ולא מלקוחות גובים ממון שהכניסה אשה לבעלה או לא. ב. אם ירושת הבעל חוזר ביובל כדין מקח או שדינו כירושה שאינו חוזר ביובל. ג. האשה שמכרה נכסי מלוג בחיי בעלה אם הבעל נחשב כלוקח הוא מוציא מהלוקח ואם הוא יורש אינו מוציא.

ברשב"ם מבואר שהספק הוא בין מחיים בין לאחר מיתה. אבל לא נזכר ברשב"ם שהספק מחיים הוא לגבי קנין הפירות. שאין הכרח בגמ' שיש צד שהקנין פירות שיש לבעל מחיים הם מדין ירושה. וגם מסברא לא מובן מה שייך לומר שהבעל הוא יורש לגבי פירות הרי זכותו בפירות הוא רק מחיים ולא שייך ירושה מחיים. ומה שכתב הרשב"ם שהספק הוא גם מחיים היינו לגבי הגוף כמו שיבואר בס"ד בסמוך. אמנם בתוד"ה והיורש מבואר דס"ל שגם לגבי פירות מחיים יש צד שהבעל הוא יורש.

לותר ואכלה. כתב הריטב"א דאכלה לאו דוקא דה"ה אם המעות בעין שהרי מלוה להוצאה ניתנה וכיון שהמעות הם של האשה זוכה בהם הבעל כדין נכסי מלוג. אך בהמשך הגמ' מאי לאו נשאו גדולות לבעל ישאו קטנות מבעל כתב הריטב"א דאירי שאין הממון שלקחו הגדולות יותר ממה שמגיע להם בעין שאם הוא בעין מוציאים מהבעל אפי' אם הוא לוקח שאין זה חוב אלא גזל. ולא אמרינן בזה מלוה להוצאה ניתנה אלא הממון הוא של הקטנות בכל מקום שהוא. ורק כשאינו בעין זה חוב של דמי הגזילה, ובזה אם הבעל הוא לוקח לא מוציאים מידו כיון דהוי כמלוה ע"פ. השיטה בשם תוס' הרא"ש חולק בזה על הריטב"א וס"ל שאין זה גזל אלא יש להם רשות לקחת יותר מכדי צרכן דרך הלואה, וגם בזה אמרינן מלוה להוצאה ניתנה, ואפי' אם הממון בעין לא מוציאים מהבעל.

הרמב"ם כתב בפכ"ו ממלוה הי"ב שאשה שלותה מע"פ ונשאת לא מוציאים מבעלה שהוא כלוקח. ומסיים הרמב"ם שאם היו מעות ההלואה עצמן קיימין יחזירו אותן למלוה. וכתב המ"מ שהרמב"ם למד דין זה מלשון הגמ' לותר ואכלה דמשמע שהספק הוא רק כשאין המעות בעין. ובהל' ט' תמה המ"מ בזה על הרמב"ם דקי"ל מלוה להוצאה ניתנה וא"כ גם כשהמעות בעין אין הם ממונו של המלוה אלא של האשה וזכה בהם הבעל.

רש"י בב"מ ד. כתב שהדין של הילך שפטור משבועה הוא כשאומר הלוא הילך לא הוצאתים והם שלך בכל מקום שהם. הריטב"א שם מקשה על רש"י איך הוא טוען שלך הם בכל מקום שהם הרי מלוה להוצאה ניתנה וגם כשהמעות הם בעין הם של הלואה ולא של המלוה. וזה כקושיית המ"מ על הרמב"ם. עיין מה שכתבנו בס"ד בב"מ ד. ובקידושין מ"ז: בביאור שיטת רש"י. ובזה יש לכאורה לבאר גם שיטת הרמב"ם כאן.

לגבי כן בנו אם אמרינן נמי דדעתו של אדם קרובה או לא, הוא מחלוקת הפוסקים לגבי הא דמבואר לקמן קמ"ב: דאף דקי"ל המזכה לעובר לא קנה דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם, אם מזכה לעובר שלו קנה דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, וכתב הרמ"א בס' ר"י סע' א' דבן בנו כאחר דמי. והקצות שם סק"ד מביא שהתה"ד כתב שדעתו של אדם קרובה גם אצל כן בנו.

אין הגדולים מתפרנסים ע"י הקטנים. כתב הרשב"א דמתני' איירי במיחו זה בזה, אבל בסתם כל אחד לוקח כל צרכו מתפוסת הבית, הגדולים מתפרנסים והקטנים ניזונים, דסתם שותפים מוחלים זה לזה. וכ"כ הריטב"א בשם הרשב"א ומוסיף דיפה הוא לקטנים כדי שלא יצא מזה סכסוך ומחלוקת ביניהם. וכתב ע"ז הריטב"א וז"ל והקשיתי לו מהא דפרכינן בגמ' ממתני' למאי דאמר רבא האי גדול אחי דלביש מנכסי דיתמי מאי דעבד עבד, ומאי קושיא לימא שאני מתני' דמיחו עכ"ל. וכתב הריטב"א שהרשב"א השיב שגם רבא איירי במיחו דאי כשלא מיחו פשיטא.

התוס' בב"ק י"א: כתבו שמה שבגדול האחים אין שמין מה שעליו היינו בשלא מיחו אבל אם מיחו הרשות בידם. וכתב הריטב"א שדברי התוס' בב"ק הם דלא כרשב"א. דהיינו שלדברי הריטב"א מוכח מהתוס' בב"ק שחולק על הרשב"א וס"ל דמתני' איירי בסתם. ולכן יכלו לומר שהדין של גדול האחים איירי בסתם. אבל לרשב"א דמתני' במיחו ע"כ שהדין של גדול האחים איירי נמי במיחו שאל"כ אין נ"מ בין גדול האחים לאחר. אמנם דברי הריטב"א לכאורה צ"ע שהרשב"א בעצמו כתב בב"ק י"א: כדברי התוס' שמהני מחאת האחים בגדול האחים. אך גם דברי הרשב"א צ"ב דדבריו בב"ק לכאורה סותרים את דבריו כאן. שאם בגדול האחים מהני מחאה מאי איכא בין גדול האחים לאחרים ומה קושיית הגמ' ממתני' על רבא הרי המשנה איירי במיחו ורבא איירי בלא מיחו.

בש"ע ס' רפ"ו סע' א' הובא הדין שמבואר כאן במשנה וכתב על זה הש"ע דאירי במיחו אבל בסתם מחלי אהדדי ויש מי שחולק בזה. בסע' ב' כתב הש"ע שגדול האחים לובש מתפוסת הבית ואם מיחו בידו הרשות בידם. ותמה רע"א שב' דינים אלו מקורם ברשב"א, הדין הראשון ברשב"א כאן והדין השני ברשב"א בב"ק, והם תרתי דסתרי שאם בגדול האחים מהני מחאה ובשאר אחים בעינן מחאה מאי איכא בין גדול האחים לשאר האחים. ושני דברי הרשב"א הובאו במ"מ בפ"ט מנחלות שבה"ב מביא את הרשב"א שמתני' איירי במיחה. ובהל' ט"ו מביא הרשב"א בב"ק שכתב כתוס' שם. והם שני דברים שלכאורה סותרים זה את זה. וכתב ע"ז רע"א שבנ"י בב"ק מבואר דלא דמי המחאה בגדול האחים למחאה בשאר האחים. שמה שמהני מחאה בגדול האחים הוא בתחילת הלכיתה. ואם לא מיחו בתחילה יש בזה מחילה ושוב אינם יכולים למחות בו. משא"כ בשאר האחים אף ששתקו בתחילה יכולים למחות בכל עת. דהיינו שהמחילה בגדול האחים נותן לו קנין ולא מהני בזה חזרה. משא"כ בשאר האחים אין השתיקה נותן להם קנין אלא כל זמן שלא מוחים אין קפידא ומהני חזרה ויכולים לחזור ולמחות כשירצו.

עוד כתב רע"א שם שהט"ז מבאר סברת החולקים על הרשב"א וס"ל שגם בסתם אין הגדולים מתפרנסים ע"י הקטנים הוא שאין מחילת הקטנים מחילה. ובאמת צריך להבין שיטת הרשב"א מה בכך דמחלי הא קטנים לאו בני מחילה נינהו. ולכאורה צ"ל דאירי בקטנים שהגיעו לעונת הפעוטות דמבואר בתוס' בכתובות פ"ו. ד"ה תיזיל וכן בדף ק"ז. ד"ה קטנה דמהני מחילת קטן אחר עונת הפעוטות. ואין לומר דמה דלא מהני מחילת קטן הוא רק כשצריך

מתבטל ביוכל דין הבכורה והיה מתחלק חלק הבכורה בין כל האחים. אבל כיון שמה שמקבל מאביו חלק בכורה אינו מקח ואינו חוזר ביוכל אלא מה שחוזר הוא משום שחלוקת הירושה היא מקח כיון שאין ברירה, זה אינו סיבה לבטל את חלק הבכורה אלא רק להחזיר ולחזור ולחלק שוב כבתחילה.

הר"י מיגש כתב על הא דתנן שבכורה אינה חוזרת ביוכל דקאי על הא דק"ל שאחים שחלקו לקוחות ומחזירים זה לזה ביוכל, וע"ז אמרו שזה דוקא בחלק פשיטות שכנגד חלקו של אחד לקח השני חלק אחר, ולמ"ד אין ברירה זה נחשב מקח וחוזר ביוכל. אבל חלק בכורה שאין הפשוטים לוקחים כנגד חלקו של הבכור אין זה מקח ואינו חוזר ביוכל. דהיינו שמפרש דהא דתנן שבכורה אינה חוזרת ביוכל הוא לאפוקי חלק פשיטות שכן חוזר בגלל הדין של האחים שחלקו לקוחות.

הרמב"ן מביא דברי הר"י מיגש וכתב שכן פירש הרשב"ם, וכונתו שגם ברשב"ם משמע שמפרש בכורה דוקא וחלק פשיטות כן חוזר. הרמב"ן מקשה על הר"י מיגש שאם איירי הכא לגבי החזרה מכח הדין של אחים שחלקו לקוחות בודאי שגם חלק בכורה חוזר, ומה בכך שאין הפשוט נוטל חלק כנגדו הא מ"מ אי אין ברירה אולי החלק שהבכור קיבל לבכורתו הוא חלקו של אחד מן הפשוטים. וע"כ דלא איירי הכא לגבי חזרה זו שהיא מחמת שהחלוקה היא מקח. אלא הנידון הוא אם עצם הירושה היא מקח או לא. ולגבי זה תנן שאפי' חלק בכורה אינה מקח וכ"ש חלק פשיטות. והנ"מ בין המקח של החלוקה לבין אילו הירושה עצמה היתה מקח היא שאם ירושת הבכורה עצמה היתה מקח היו מחזירים לבטלה והיה הבכור מפסיד חלק בכורה ביוכל. אבל עכשיו שאין הבכורה מקח אלא שיש מקח בחלוקת הירושה בזה לא מחזירים לבטלה אלא מחזירים זה לזה חוזרים וחולקים כבתחילה.

ביאור מחלוקת הרמב"ן והר"י מיגש אם שייך לגבי חלק בכורה לומר דהוי לקוחות אף שאין הפשוט מקבל חלק כנגד חלק הבכור הוא שהרמב"ן ס"ל שמה שנחשבים לקוחות ומחזירים ביוכל הוא משום דכיון שאין ברירה אמרין שמה חלקו של אח זה הוא חלק של האח השני, והחלפה זו היא מקח וחוזר ביוכל. וזה שייך גם לגבי חלק בכורה דשמה מה שהגיע לחלק בכורה של הבכור הוא חלק הפשוט של אחד מן הפשוטים. אבל הר"י מיגש ס"ל שלא מחזירים מחמת חשש שהחליפו החלקים שאין זה אלא ספק ומספק לא מחזירים ביוכל. אלא החזרה הוא כמו שמבאר האבי עזרי' בפ"א משמיטה ה"כ בדעת הרמב"ם שעצם החלוקה היא כמקח. שמה שאח אחד מניח חלק מסוים לאחריו וכנגד זה הוא לוקח חלק אחר במקום החלק שהוא מניח לאחריו זהו מקח. וזה שייך רק לגבי חלק פשיטות שכ"א מקבל חלק כנגד החלק שאחיו מקבל. אבל חלק בכורה שאין האחרים מקבלים חלק כנגד חלק זה אין כאן מקח ואינו חוזר ביוכל. אך פשוט הגמ' בבכורות הוא כרמב"ן כמו שכתב הרמב"ן. וצ"ע לישב הסוגיא שם לדעת הר"י מיגש.

נמצא שחלק פשיטות מצד עצמו אינו חוזר אלא רק מצד הדין של האחים שחלקו לקוחות. וחלק בכורה מצד עצמו אינו חוזר ולכן אינו חוזר לבטלה. ולגבי החזרה מכח הדין של האחים שחלקו לקוחות לרמב"ן גם חלק בכורה חוזר ולר"י מיגש אינו חוזר. ועוד נחלקו בפשט במשנה בבכורות לרמב"ן לא קאי על הדין חזרה של אחים שחלקו לקוחות אלא על חזרה גמורה ולגבי זה חלק פשיטות פשוט שאינו חוזר וקמ"ל מתני' שגם חלק בכורה אינו חוזר. אבל מכח הדין של האחים שחלקו לקוחות מחזירים גם חלק פשיטות וגם חלק בכורה. ולר"י מיגש המשנה קאי על החזרה של

שאני פרנסה דאית ליה קלא. מבואר כאן שמה שמע"פ אינו גובה מלקוחות הוא רק בסתם מלוה שאין לו קול אבל היכא דאיכא קול גם מע"פ גובה ממשעבדי. בתוס' בב"ק י"ד: מבואר שחוב של נזקין יש לו קול ואעפ"כ כתבו שגובה מלקוחות רק למ"ד שיעבדא דאורייתא. שאם שיעבדא דאורייתא לא בטלו את השיעבוד במקום שיש קול. אבל אם שיעבדא לאו דאורייתא לא תקנו שיעבוד אלא במלוה בשטר ולא במלוה ע"פ אפי' במקום שיש קול. ולדבריהם לכאורה צריך לפרש הגמ' כאן למ"ד שיעבדא דאורייתא.

אך דבר זה תלוי במחלוקת הקצות והשעה"מ בביאור דברי התוס' בב"ק. הקצה"ח בס' קי"ט סק"א ס"ל שמה שכתבו התוס' בב"ק שבנזקין איכא קול היינו קול גמור כמו במלוה בשטר ואעפ"כ לא גובים ממשעבדי רק למ"ד שיעבדא דאורייתא. ומה"ט מקשה הקצות על התוס' ממה שמבואר בב"מ ט"ו. שנוקין אחרי העמדה בדין גובים ממשעבדי גם למ"ד שיעבדא לאו דאורייתא. ורש"י שם מפרש שהטעם הוא שע"י העמב"ד איכא קול. וקשה הא לתוס' גם לפני העמב"ד יש קול ואעפ"כ לא מהני לגבות ממשעבדי למ"ד שיעבדא לאו דאורייתא א"כ מה מוסיף העמב"ד.

השעה"מ בפ"ט ממלוה ה"ה כתב מכח השאלה מעמד בדין שבמקום שיש קול גמור זה נחשב כמלוה בשטר ממש וגובה ממשעבדי גם למ"ד שיעבדא לאו דאורייתא. ומה שכתבו התוס' שמע"פ שיש לו קול תלוי במחלוקת אם שיעבדא דאורייתא או לא היינו כשאין קול גמור ע"ש. ולדבריו איכא למימר דהכא בפרנסה איכא קול גמור וגובה ממשעבדי גם למ"ד שיעבדא לאו דאורייתא.

רשב"ם ד"ה ואמרו אלמנתו ניזונת. וז"ל דלעולם היא ניזונת עד שתנשא או שתתבע כתובתה או שירצו היורשים ליתן לה כתובה כדאמרין בכתובות עכ"ל. מה שכתב הרשב"ם שחייב מזונות הוא עד שירצו לפרוע את הכתובה הוא כאנשי יהודה דאית להו בכתובות שתלוי ביורשים לפרוע כתובה כשירצו ולפטור את עצמם מחיוב הכתובה. וכתב רע"א שבדוקא פירש הרשב"ם כאנשי יהודה ולא כאנשי גליל משום שהיה קשה לרשב"ם אמאי יורש הבעל ממון זה הרי הוא ראוי כיון שהממון משועבד למזונות האלמנה ואין הבעל יורש את אשתו בראוי. לכן כתב הרשב"ם דקאי כאנשי יהודה שביד היורש להפקיע שיעבוד זה בכל עת ע"י פרעון הכתובה ולכן אין זה ראוי ושפיר יורש הבעל.

אלו שאין חוזרין ביוכל הבכורה. לכאורה הכונה שחלק פשיטות פשוט שאינו חוזר שזה ירושה ולא מקח. אבל חלק בכורה ס"ד דחוזר כיון דמתנה קריה רחמנא קמ"ל שגם חלק בכורה אינו חוזר משום דהוקש חלק בכורה לחלק פשיטות מה חלק פשוט הוא ירושה אף חלק בכורה ירושה ואינו חוזר ביוכל כמבואר כל זה בגמ' בבכורות נ"ב: ומה שכתב הרשב"ם שחלק בכורה אינו חוזר משום דמתנה קריה רחמנא זה לשיטת ר"מ דס"ל שם שמתנה אינה חוזרת ביוכל ה"ה שחלק בכורה אינו חוזר משום דהוי מתנה כמבואר שם בבכורות. אבל לרבנן שמתנה חוזרת ביוכל מבואר שם שבכורה אינה חוזרת משום שהוקש לחלק פשיטות.

עוד מבואר שם בבכורות שהקשו ממשנה זו על הא דאמר ר' יוחנן האחים שחלקו לקוחות הן ומחזירים זה לזה ביוכל, ובמשנה מבואר שירושא אינה חוזרת ביוכל. ומשני שמה שמבואר במשנה שאינו חוזר היינו שאינו חוזר לבטלה. דהיינו שאינו מאבד ביוכל את מה שירש אלא מחזירים וחוזרים וחולקים כבתחילה. דהיינו שאילו הבכורה עצמה היתה נחשבת מקח שחוזר ביוכל היה

האחים שחלקו ולגבי זה תנן דאף שחלק פשיטות חוזר חלק בכורה אינו חוזר.

דף קלט:

והיורש את אשתו. הרשב"ם מביא את הגמ' בבכורות שמה שירושת הבעל אינה חוזרת ביובל הוא למ"ד ירושת הבעל דאורייתא אבל אם ירושת הבעל דרבנן זה חוזר ביובל. מה שירושת הבעל דרבנן חוזר ביובל מבאר הקו"ש בכתובות דף פ"ד. שלא עשו רבנן את הבעל לירוש מדרבנן אלא הקנו לו את הממון מכח הפקר ב"ד. וממון זה שהוא מקבל מכח הפקר ב"ד הוא כמתנה ומתנה חוזרת ביובל. אך מקשה הקו"ש שם שמוכח בגמ' בבכורות שירושת הבעל חוזרת ביובל אם ירושת הבעל דרבנן גם לר"מ דאית ליה התם שמתנה אינה חוזרת ביובל. וקשה למה ירושה חוזר אם ירושת הבעל דרבנן מהיכא תיתי שיהיה דינו כמכר שאינו אלא או ירושה או כמתנה.

האו"ש בפ"א משמיטה הכ"א כתב שאם ירושת הבעל דרבנן דינו כמכר שתקנו ירושה תחת קבורה. ועיין בכתובות פ"ו: על תוד"ה ר"א שכתבנו בס"ד לבאר מחלוקת האחרונים בזה אם מה שתקנו ירושה תחת קבורה או מעשה ידיים תחת מזונות היה בגדר מקח שאחד הוא תשלום על השני או שתקנו זה בגלל שתקנו זה אבל אינו בגדר מקח ותשלום זה על זה. וכתבנו שם שבזה תלוי הספק של הגמ' בב"מ צ"ו: אם בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי. וכן הספק של הירושלמי שהובא בתוס' בכתובות פ"ו: אם אשה בנכסי בעלה יש לה דין ש"ש או ש"ח יעו"ש.

רשב"ם ד"ה והיורש את אשתו. מלשון הגמ' אי לאו דשלה רבין אנן לא ידעינן והא תנן וכו' משמע שכל מה שיש להוכיח מהא דשלה רבין יש להוכיח נמי מהמשנה בבכורות. והיה קשה לרשב"ם שמהא דשלה רבין מוכח שהבעל הוא יורש ולא לוקח גם בחיי אשתו וגם אחר מיתת האשה. שהאלמנה נזונת מהבת אחרי שנשאת בין בחיי הבת בין אחר מיתתה. ואילו מהמשנה בבכורות יש ראייה שהוא יורש רק אחר מיתתה. וע"ז כתב הרשב"ם שגם מהמשנה בבכורות מוכח שהוא יורש בין מחיים בין אחר מיתתה שאם מחיים הוא לוקח לא יתכן שזכותו אחר מיתתה יהיה מדין יורש הרי כבר מחיים הוא לוקח ואמאי אינו חוזר ביובל.

התוס' הקשו על הרשב"ם שהגידון מחיים הוא על הפירות והגידון לאחר מיתתה הוא על הגוף א"כ אין ראייה מזה שהוא יורש על הגוף אחר מיתתה שיש לו דין יורש על הפירות מחיים. וזה מפני שהבינו התוס' שהגידון אם הוא יורש או לוקח מחיים הוא לגבי הפירות. אבל כבר נתבאר שברשב"ם לא נזכר שיש צד שהוא יורש מחיים על הפירות. אלא הספק בין מחיים בין לאחר מיתתה הוא על הגוף. שאם הוא לוקח מתחיל זכותו בגוף כבר מחיים כמו שיבואר בס"ד לקמן. ואם הוא יורש אף ששם יורש יש עליו מחיים אין לו זכות בגוף הנכסים מחיים, אלא כל זכותו בגוף מתחיל במיתת האשה כמו כל יורש. ולגבי זה שפיר כתב הרשב"ם שאם יש זכות על הגוף כלוקח מחיים לא יתכן שאחר מיתתה הוא יהיה יורש בגוף. ואם ירושת הבעל אינה חוזרת ביובל מוכח שהוא יורש ולא לוקח בין מחיים בין אחר מיתתה.

התוס' דס"ל שאין ראייה מהמשנה בבכורות אלא לגבי זכותו של הבעל אחר מיתתה ולא לגבי זכותו בפירות מחיים כתבו על שאלתו של הרשב"ם שגם מדברי רבין אין ראייה לגבי מחיים אלא רק שאחר מיתתה הוא יורש. שממה שמחיים האלמנה גובה מהבת הנשואה אין ראייה שזכותו

של הבעל בפירות מחיים הוא מדין יורש דשמא אינה גובה מהפירות אלא מהגוף שעתיד הבעל לרשת במיתת האשה. וכיון שמרבין אין להוכיח אלא לגבי אחר מיתתה א"כ כל מה שמוכח מדברי רבין מוכח נמי מהמשנה בבכורות. דהיינו לרשב"ם מרבין מוכח שהבעל הוא יורש גם מחיים וגם אחר מיתתה. וכן מוכח מהמשנה בבכורות. והכל לענין הגוף. והתוס' ס"ל שהגידון מחיים הוא לגבי פירות. ואין להוכיח לא מרבין ולא מהמשנה בבכורות לגבי זכותו מחיים אלא רק לגבי זכותו בגוף לאחר מיתתה.

החזו"א בליקוטים חו"מ ס' ד' סק"ב כתב שבתוס' מבואר שיש צד שגם זכות הבעל בפירות מחיים הוא מדין יורש. וכתב שאינו מוכח איך הוא יכול להיות יורש על פירות מחיים. וכתב שצ"ל שנתנו לו דין יורש אף שבאמת הוא לוקח. אבל כתב החזו"א שאין הכרח בגמ' לומר שיש צד שהוא יורש מחיים על הפירות ד"ל שכל הגידון הוא לגבי הגוף בין מחיים בין אחר מיתתה. אבל לגבי פירות מחיים בודאי הוא לוקח. וזה כמו שכתבנו בדעת הרשב"ם. אמנם בדברי רע"א כאן מבואר שלמד שלרשב"ם יש צד שהבעל הוא יורש מחיים על הפירות. וצ"ע שלכאורה אין ראייה מהרשב"ם שיש צד כזה.

באושא התקינן. נחלקו הראשונים בגדר תקנת אושא ובוזה תלוי מה שהגמ' מביאה ראייה מתקנת אושא שבעל לוקח הוי. הרמב"ם כתב בפכ"ב מאישות ה"ז שאין הבעל מוציא מהלוקח בחיי האשה אלא פירות, אבל הגוף אינו מוציא עד שתמות האשה. וזה כפשטות לשון הגמ' האשה שמכרה ומתה הבעל מוציא מיד הלוקחות. אבל הרא"ש בכתובות פרק נערה שנתפתתה ס' י"ז כתב שהבעל מוציא מהלוקחות מיד. והובא מחלוקת בזה בטור ושו"ע אבה"ע ס' צ' סע' ט'. עיין בב"ש ובח"מ שם שמבארים מה הנ"מ ממתי בטל מכירת הגוף הרי לכו"ע הפירות הם של הבעל. ולכו"ע אחרי מיתת האשה הגוף הוא של הבעל א"כ מה נ"מ מי הוא בעלים על הגוף בחיי האשה.

נחלקו הש"ך והקצות בביאור שיטת הרא"ש שמכירת הגוף בטילה עוד בחיי האשה. הש"ך כתב בחו"מ ס' ק"ג סק"כ שלרא"ש תקנת אושא היא שעל הצד שהאשה תמות בחיי בעלה הבעל הוא לוקח על הגוף מתחילת הנישואין. ומה שיש לבעל בחיי האשה רק פירות ולא גוף היינו על הצד שהוא ימות בחייה. אבל לצד שהיא תמות בחייו הוא בעלים על הגוף מתחילת הנישואין. ולכן הבעל מוציא מיד שיש צד שהגוף הוא כבר שלו וקדם קנינו לקנינו של הלוקח. ולדבריו זה גופא הספק כאן אם בעל לוקח הוי או יורש, שאם הוא יורש אין שום זכות בגוף נכסי האשה מחיים. אלא כל זכותו בגוף הוא מקבל במיתת האשה ככל יורש. אבל אם הוא לוקח הוא בעלים על גוף הנכסים מתחילת הנישואין לצד שהיא תמות בחייו. וזה מה שפשוט מתקנת אושא שממה שהוא מוציא מהלוקח מוכח שהוא בעלים על הגוף כבר מחיים. וזה יתכן רק אם הוא לוקח שאז הוא בעלים על הגוף מחיים.

הש"ך שם מוסיף שזה גם שיטת הרשב"ם כאן שלצד שהבעל לוקח היינו שיש לו דין לוקח על הגוף מחיים. וכן מבואר בקו"ש כאן שלרשב"ם לצד שבעל לוקח הוא בעלים על הגוף כבר מחיים על הצד שהיא תמות בחייו. וכתב הש"ך שבזה מיושב קושיית התוס' בד"ה והיורש על הרשב"ם. שהקשו על מה שכתב הרשב"ם שאם מחיים הוא לוקח לא יתכן שאחר מיתתה הוא יהיה יורש. והקשו אולי הוא לוקח מחיים על הפירות ועל הגוף לאחר מיתתה הוא יורש. וזה קשה מפני שהיה פשוט לתוס' שאין צד שהבעל הוא בעלים על הגוף מחיים. אבל שיטת הרא"ש והרשב"ם הוא שלצד שהבעל לוקח הוי הוא בעלים על הגוף מחיים.

כל זה לשיטת הרא"ש שתקנת אושא היא שמכירת האשה בטיילה מיד. ונתבאר בזה שיטת הש"ך והקצות. שיטת הרמב"ם שאין מכירת הגוף בטיילה עד מיתת האשה. וע"כ דלא ס"ל שהבעל הוא בעלים על הגוף למפרע, ולא שקנין הפירות של הבעל מבטל את מכירת האשה. וע"כ שלרמב"ם תקנת אושא היא רק שתקנו שאין לאשה כח להפקיע את ירושת הבעל ע"י מכירה וקשה א"כ מה ראית הגמ' מתקנת אושא שבעל לוקח הוי.

הביאור בראית הגמ' לשיטת הרמב"ם הוא שרש"י בב"ק פ"ז. בד"ה חייבין לשלם כתב וז"ל שנכסי מלוג של אשה משועבדים לבעל לפירות ולירושה עכ"ל. מבואר ברש"י שיש לבעל בחיי האשה שיעבוד על נכסי האשה לקבל מהם ירושה אחר מיתתה. ולא מצאנו בשאר יורשים שיש שיעבוד לירושה שבכל יורש זכותו בממון הוא בשעת מיתת המוריש ולא לפנ"כ. משא"כ בעל יש לו שיעבוד בחיי האשה לקבל ירושה במיתתה. ומה שתקנו באושא לדעת הרמב"ם הוא ששיעבוד זה שיש לבעל מונע את מכירת האשה. ששיעבוד הבעל קדם לקנינו של הלוקח. וזה מה שנקרא בסוגין בעל לוקח הוי. דהיינו שהספק אם בעל לוקח הוי או יורש הוא אם ירושת הבעל הוא ככל יורש שזכותו בממון מתחיל במיתת האשה ולא לפנ"כ. וא"כ הלוקח שקנה מהאשה קדם לבעל. או שבעל לוקח הוי דהיינו שיש לו קנין וזכות לקבל את הירושה. ואז זכותו של הבעל קדם ללוקח אף שהבעלות על גוף הממון אין לו עד מיתת האשה. ולכן אינו מוציא מהלוקח עד מיתת האשה, שבהייה אין לו אלא שיעבוד לקבל ירושה במיתתה.

נמצא ג' דרכים בביאור תקנת אושא וממילא ג' דרכים בביאור ראית הגמ' מתקנת אושא שהבעל לוקח הוי. א. לש"ך בדעת הרא"ש תקנת אושא היא הבעל מוציא מפני שהוא לוקח על גוף הנכסים משעת הנישואין על הצד שהיא תמות בחייו. וא"כ פשוט שמוכח מתקנת אושא שבעל לוקח הוי. ב. לרא"ש לדעת הקצות מה שהבעל מוציא אינו מפני שהוא לוקח אלא מפני שתקנו שהקנין פירות שלו יהיה כקנין הגוף. ונדחק הקצות לבאר שראית הגמ' שהבעל לוקח אינה מעצם התקנה שהוא מוציא מהלוקח אלא שאם תקנו שקנין פירות ידידה כקנין הגוף אין הנכסים מוחזקים לאשה והוי ראוי ואין הבעל יורש בראוי וע"כ שאינו יורש אלא לוקח. ג. לרמב"ם מה שהבעל מוציא הוא מפני שיש לו שיעבוד לירושה ושיעבוד זה נחשב לוקח. שאינו יורש ככל יורש אלא יורש מחמת זכות ושיעבוד שיש לו לקבל ירושה.

השיטמ"ק בשם הר"י מיגש מקשה מה ראית הגמ' מתקנת אושא שהבעל הוא לוקח אולי הוא יורש אבל יש לו כבר דין יורש מחיים ולכן הוא קודם ללוקח. וכן מקשה רע"א כאן ע"ש. וכתב ע"ז הר"י מיגש וז"ל אי אמרת בשלמא דלוקח הוי כיון דמתה איגלאי מילתא למפרע דמשעת נישואין הוי נמי לוקח לענין הגוף דהא קי"ל דלענין בעל קנין פירות כקנין הגוף דמי כדמברר בפרק החובל בענין מעשה דרב שמואל בר אבא אלא אי אמרת דיוורש הוי היכי הוי יורש לענין הגוף דהא ודאי לא אשכחנ ירושה מחיים לפי שאין אדם יורש את מורישו כשהוא חי עכ"ל. הרי שכתב בהדיא שאם הבעל הוא לוקח מתברר שהוא היה בעלים על הגוף משעת הנישואין ולכן הוא מוציא מהלוקח. וזה על דרך הש"ך בדעת הרא"ש. אבל אם יורש הוי אין לו מחיים אלא שם יורש ואין לו קנין בנכסים שאין ירושה מחיים ולכן אינו מוציא מהלוקח.

עוד כתב השיטה בשם תוס' הרא"ש וז"ל דפשיטא ליה דלא הוי יורש בגוף הקרקע בחייה דאין החי יורש החי, אלא אי לוקח הוי אחרי מיתתה, משעת נישואין התחיל אותה זכות אחר מיתתה דלקיחה שייכה מחיים אבל ירושה לא שייכה

וא"כ פשוט שאם הוא לוקח מחיים לא יתכן שאחר מיתת הוא יהיה יורש.

הקצה"ח בס' ק"ג סק"ט חולק על הש"ך וס"ל שאין צד שהבעל הוא בעלים על הגוף בחיי האשה שאין לבעל בחיי האשה אלא פירות ולא גוף. ומה שסובר הרא"ש שמכירת הגוף בטל בחיי האשה הוא משום דס"ל שקנין הפירות של הבעל מבטל את מכירת הגוף של האשה. ואף דקי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף מ"מ באושא התקינו שיחשב קנין הפירות של הבעל כקנין הגוף, וזה מה שגורם לביטול מכירת האשה. וכן מדייק הקצות מדברי רש"י בב"ק שמה שמבטל את המכירה אחרי תקנת אושא הוא שהאלימו את קנין הפירות של הבעל. אך כתב הקצות שמדברי התוס' שכתבו לעיל קל"ו: שגם כשאין הבעל אוכל פירות הבעל מוציא מהלקוחות מוכח דס"ל שאין ביטול המכירה מכח קנין הפירות. ועיין באב"מ ס' צ' סק"א מה שכתב לבאר את שיטת התוס' ע"פ דברי השיטמ"ק בכתובות ע"ח: אך לפי הש"ך דברי התוס' פשוטים שביטול המכירה אינה מחמת קנין הפירות אלא מפני שבמיתת האשה מתברר למפרע שהגוף היה של הבעל מתחילת הנישואין.

נ"מ בין פירושו של הש"ך ברא"ש לפירושו של הקצות יהיה לכאורה באשה שמכרה ובסוף הבעל מת בחייה. לש"ך שמה שמבטל את מכירת האשה הוא שעל הצד שהיא עתידה למות בחייו הוא בעלים על הגוף מתחילת הנישואין, אם בסוף הוא מת בחייה מתברר שלא היה הגוף שלו ולא היה לו אלא פירות והמכירה קיימת. משא"כ לקצות שמה שמבטל את המכירה הוא הקנין פירות של הבעל לא יחול הקנין גם אם הוא מת בחייה שכל זמן שהוא חי יש לו קנין פירות.

אמנם דין זה מפורש ברמ"א באבה"ע ס' צ' סע' ט' שאם מכרה ואח"כ נתאלמנה המכירה קיימת. ועיין באב"מ שם סק"ג שמבאר ע"פ מה שמבאר בראשונים לעיל קל"ו: שגם למ"ד קנין פירות כקנין הגוף אם בעל הגוף מכר ואח"כ הגיע לידו קנין הפירות חל המכירה למפרע. א"כ גם לקצות חל המכירה באופן זה. אמנם אכתי איכא נ"מ לראשונים דס"ל שלא חל המכירה למפרע אלא רק לכשיבאו הפירות לידו. ואין בזה חסרון של דשלב"ל כמו שנתבאר לעיל. שלשיטת הש"ך המכירה קיימת מיד על הצד שהוא ימות קודם. ולשיטת הקצות המכירה חלה רק לכשימות הבעל ולא עכשיו.

הקצות מקשה שלשיטתו לא מובן מה ראית הגמ' מתקנת אושא שהבעל הוא לוקח הרי ביטול המכירה לדבריו אינו מחמת קנינו בגוף אלא מחמת קנין הפירות שלו ומה הראיה מזה שבעל לוקח הוי. וכן מקשה רע"א בלי דברי רש"י בב"ק אלא מנין לגמ' ללמוד מתקנת אושא שהבעל הוא לוקח אולי אינו אלא יורש ומה שמבטל את המקח הוא קנין הפירות של הבעל שתקנו שיחשב קנין הפירות של הבעל כקנין הגוף. הקצות כתב שהראיה מתקנת אושא שהבעל הוא לוקח אינה ממה שהוא מוציא מהלקוחות אלא דכיון שהאלימו את קנין הפירות של האשה שיחשב כקנין הגוף ולכן הוא מוציא מיד הלקוחות היה צריך להיות שהקנין פירות של הבעל יגרום שאין נכסי מלוג נחשבים מוחזקים ביד האשה, כיון שהם של הבעל לפירות והקנין פירות של הבעל הוא כקנין הגוף. וא"כ קשה אמאי יורש הבעל נכסי מלוג של אשתו הרי אין הבעל יורש את אשתו בראוי. אלא מוכח מזה שאין זכותו של הבעל במיתת האשה מדין יורש אלא מדין לוקח. אך כ"ז לקצות אבל לש"ך ראית הגמ' היא מעצם זה שהבעל מוציא מוכח שהוא לוקח והגוף הוא שלו מחיים. שאם היה יורש לא היה לו זכות בגוף עד מיתת האשה.

להסתפק אם חוששים להפסד המלוה או לא. ולכאורה אינו מובן אמאי כתבו הרא"ש והרשב"א שלא נפשט הספק הרי הספק של הגמ' אי בעל יורש או לוקח נפשט. דטבא ליה עבדו ליה ואם יש פסידא דאחרני דינו כיוורש. ומה שיש להסתפק אם יש לחשוש לפסידא דהמלוה או לא אין זה ספק של הגמ' אלא הראשונים נסתפקו בזה ואמאי כתבו דבעית הגמ' לא נפשטה. גם המ"מ בפכ"ו ממלוה הי"ב כתב על דברי הרמב"ם שבלווחה ואכלה לא גובים מהבעל שהוא משום דהוי בעיא דלא איפשטא. והדברים לכאורה צ"ב שהספק של הגמ' נפשטה.

תורה התם אינהו אפסידו אנפשיהו. הביאו את הגמ' בכתובות צ"ה: במי שאמר לאשה נשואה נכסי לך ואחריו לפלוני ומכרה ומתה, הבעל מוציא מהלוקח, ואחריו מוציא מהבעל, ולוקח מוציא מאחריו ונשאר הממון ביד הלוקח. ומבואר שם שמה שלא אומרים בזה חזר חלילה עד שיעשו פשרה ביניהם הוא משום שרק ללוקח יש פסידא. הפשט הפשוט בגמ' שם הוא דכיון שהיה צריך להיות הדין חזר חלילה עד שיעשו פשרה מעצמם תקנו חכמים שישאר הממון ביד הלוקח משום שרק לו יש פסידא. אך התוס' כאן כתבו שאין זה כונת הגמ' אלא כונת הגמ' שמעיקר הדין הממון נשאר ביד הלוקח מפני שמבואר כאן שמה שיש לבעל דין לוקח הוא רק בדליכא פסידא דאחרני. וכיון ששם יש פסידא ללוקח אין הבעל נחשב לוקח אלא יורש וא"כ מדינא אין הבעל מוציא מהלוקח.

לפי דברי התוס' יש לבאר מה שלכאורה אינו מובן אמאי מוציא הבעל מהלוקח בפעם הראשונה, ואחריו מוציא מהבעל, והלוקח מוציא מאחריו, ורק אז נשאר הממון ביד הלוקח. ומבואר שבפעם הראשונה הבעל מוציא מהלוקח ורק בפעם השניה כשחזר הממון ללוקח אין בעל מוציא ממנו. ואינו מובן מ"ש פעם השניה מפעם הראשונה. התוס' בכתובות הקשו מאי נ"מ מהסיבוב הראשון. וכתבו נ"מ שאם יעשו שנים מהם פשרה ביניהם לפני שיחזור הממון ללוקח לא יגיע הממון חזרה ללוקח. דברי התוס' מבארים רק מה הנ"מ מהסיבוב הראשון ולא את הטעם שעושים את הסיבוב הזה. ומאותו הטעם שאין הבעל מוציא מהלוקח בפעם השניה לא יוציא גם בפעם הראשונה.

אך למה שכתבו התוס' כאן שמה שאינו מוציא מחמת פסידא דלוקח אינו תקנ"ה אלא כך דינו שבמקום פסידא דאחרני אין הבעל נחשב לוקח אלא יורש נ"חא. שהתוס' כאן הקשו אמאי חששו לפסידא דלוקח הרי הוא אפסיד אנפשיה שקנה מאשה נשואה וידע שהבעל יוציא ממנו. וכתבו התוס' שהלוקח חשב שלא יצטרכו לעשות פשרה בין כולם אלא הוא חשב שכשיוציא הבעל ממנו והאחריו יוציא מהבעל הוא יעשה פשרה עם אחריו והבעל יפסיד. וכשלא הצליח לעשות פשרה עם האחריו וחזר הממון ללוקח ועכשיו בא הבעל להוציא ממנו זה פסידא שלא חשב הלוקח שיהיה. ולגבי הפסד זה שאין עליו טענת איהו דאפסיד אנפשיה, שהוא חשב שלא יגיע למצב זה, הבעל נחשב יורש ולא לוקח ולכן אין הבעל מוציא. וא"כ פשוט אמאי מוציא הבעל בפעם הראשונה, שההפסד שיכול להיות ע"י מה שהבעל מוציא בפעם הראשונה, ושלא הבעל יתפשר עם אחריו והלוקח יפסיד, אין זה נחשב פסידא שהפסד זה לקח הלוקח בחשבון ולגבי הפסד זה איהו דאפסיד אנפשיה. אלא שהוא סמך ע"ז שהבעל לא יצליח לעשות פשרה עם האחריו והוא יעשה פשרה עם האחריו. ורק כשהוא לא הצליח לעשות פשרה עם האחריו והבעל בא בפעם השניה להוציא ממנו זה פסידא שאין עליו טענת איהו דאפסיד אנפשיה, ולגבי הפסד זה הבעל הוא

בגוף הקרקע בחייה הלכך קדמה מכירתה עכ"ל. מלשון הרא"ש משמע שגם לצד שהוא לוקח אין הגוף שלו מחיים אלא שאם אחר מיתה הוא לוקח, הזכות שלו לקבל אחר מיתה התחיל מחיים. משא"כ אם אחר מיתה הוא יורש לא שייך לומר שיש לו זכות ע"ז מחיים ואין סיבה שיוציא מהלוקח. וזה כמו שכתבנו בדעת הרמב"ם ע"פ דברי רש"י בב"ק שאף שאין הגוף שלו מחיים מ"מ יש לו מחיים שיעבוד לקבל ירושה אחר מיתה והשיעבוד הזה הוא מה שגורם שיוציא הבעל מהלוקח אחר מיתה ששיעבודו קדם לקנינו של לוקח. אבל כל זמן שהאשה בחיים אין הבעל מבטל את המכירה שאין הגוף שלו ואין לו בו אלא שיעבוד לירושה. ועל דרך זה כתב גם היד רמה ע"ש.

התוס' ר"ד כתב בשם ר"י שהספק בלווחה ואכלה אם בע"ח גובה דבעל יורש או שאינו גובה דבעל לוקח הוי הוא רק לאחר מיתה אבל בחיי האשה פשוט שאין הבעל לוקח שאין לבעל אלא פירות ולא גוף. ובודאי שבע"ח גובה מהגוף של האשה. התוס' ר"ד חולק דכיון שתקנו באושא שאין האשה יכולה למכור גם הגוף הוא של הבעל אפי' מחיים. וזה לכאורה כדברי הש"ך בדעת הרא"ש שאחרי תקנת אושא הבעל הוא בעלים על הגוף מתחילת הנישואין על הצד שהאשה תמות בחייו.

דטבא ליה עבדו ליה. לגבי יובל שעדיף לבעל להיות יורש הוא יורש ואינו חוזר ביובל. לגבי תקנת אושא שעדיף לו להיות לוקח כדי לבטל מכירת האשה הרי הוא כלוקח. לגבי גביית מזון האלמנה אף שעדיף לבעל להיות לוקח כדי שהאלמנה לא תגבה דינו כיוורש משום פסידא דאלמנה. הש"ך בס' ק"ג סק"ט מקשה אמאי לגבי יובל דינו כיוורש הרי יש בזה פסידא דמשפחת האשה שאין הממון חוזר להם ביובל. וכתב הש"ך דעיקר דינו של בעל הוא יורש. אלא שנתנו לו דין לוקח במקום שזה לטובתו. ודין זה לא עשו כשיש פסידא דאחרני. אבל הדין יורש של הבעל שהוא עיקר דינו הוא גם במקום דאיכא פסידא דאחרני. ומה"ט מקשה הש"ך על התוס' בב"מ ל"ה. שכתבו שבמקום דאיכא פסידא דאחרני מהדין יורש של הבעל אין דינו כיוורש אלא כלוקח.

רע"א כתב שענין זה תלוי אם ירושת הבעל דאורייתא או לא. שאם ירושת הבעל הוא דאורייתא בודאי צדקו דברי הש"ך. שזה עיקר דינו של הבעל לכן יש לו דין יורש גם במקום פסידא דאחרני. ומה שירושת הבעל אינה חוזרת ביובל הוא רק למ"ד ירושת הבעל דאורייתא כמבואר בגמ' בבכורות. אבל התוס' בב"מ ס"ל דק"ל ירושת הבעל דרבנן א"כ גם הדין יורש של בעל אינה אלא תקנ"ה ולכן ס"ל שיש לו דין יורש רק במקום דליכא פסידא דאחרני. וכן מבואר במהרש"א כאן שלגבי חזרה ביובל לא חשו לפסידא דאחרני דהעמידו על דין תורה שהבעל הוא כיוורש ע"ש.

עוד מסתפק רע"א אם יכול הבעל להיות בכת אחת גם יורש וגם לוקח. כגון שמכרה האשה ובעל מוציא מכח דין לוקח ואח"כ הגיע היובל. שבוזה ממ"נ חוזר שאם הוא יורש אינו מוציא כלל. ואם הוא מוציא מכח דין לוקח צריך לחזור ביובל. או דלמא לענין להוציא הוא כלוקח ויחד עם זה הוא כיוורש לענין חזרה ביובל.

רשב"ם ד"ה דיתבא תותי גברא. כתב הרשב"ם שלענין השאלה של לווחה ואכלה מסתבר שדינו כיוורש ובע"ח מוציא כיון דאיכא פסידא דבע"ח. הרא"ש כתב דהוי בעיא דלא איפשטא ולגבי לווחה ואכלה דינו כלוקח ואין הבע"ח מוציא ולא חיישינן לפסידא דמלוה דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא היה לו להלוות לאשה שעומדת לינשא. הרי"ף כתב דאפסיד אנפשיה שהלוה כלי שטר. וכן כתב הרשב"א בשם הרי"ף שלא נפשט הבעיא משום שיש

משמו לאשה שאין הבעל מחזיר אף שיש פסידא דהלוה. ומקשה המהרש"א שמה שאין הבעל מחזיר בשמו לה ואינסבא הוא בין אם הבעל הוא לוקח בין אם הוא יורש דמבואר בב"מ שם שאורתא וזבנא אינו חוזר. וכתב הרש"ש דלק"מ דשיטת התוס' כאן הוא כשיטת הרא"ש שם בב"מ שאורתא היינו שהוריש מעצמו ע"י שנתן מתנה גוף מהיום או שהנחיל אבל ירושה דממילא כן חוזר ולא כתוס' שם שכתבו שגם ירושה דממילא לא הדר.

פרק מי שמת

ביאור המחלוקת בזה הוא שהשואל ס"ל שהחיוב מזון הבנות אינו חיוב ממון אלא חיוב לזון ואם הבת נזונה ע"י אחר בדרך מתנה אין חיוב מזונות. וטענת הנוב"י מבט שיש לה ממון או מעשה ידיים לכאורה אינה מוכרחת דאף שיש לה ממון אינה חייבת לזון עצמה מממון זה, ויכולה לומר שאינה רוצה לזון את עצמה מהממון שלה אלא מגיע לה מזונות מהבעל. אבל כשכבר נזונה ע"י אחר תביעתה לבעל אינה מזונות אלא דמים ואין על הבעל חיוב דמים אלא רק לזון. והנוב"י חולק וס"ל שזה חוב ממון ואם לא נתן מזונות וקבלה מזונות ממקום אחר נשאר על האב חיוב דמי מזונות. היד רמה באות ט"ו כתב דאף שבנכסים מועטים מוציאים מהבנים מיד את כל דמי המזונות עד הבגרות מ"מ אם נשאו הבנות או מתו לפני הבגרות חוזר הממון לבנים וז"ל דמזוני תקינו להי רבנן, ממונא למיתב לאחרני לא תקינו להי רבנן עכ"ל.

גם לגבי מזונות של הבעל לאשתו מוכח מדברי הר"ן בנדירים ל"ח. שאם אחר זן את אשתו לא לשם פרעון חובו של הבעל אלא דרך מצוה ומתנה שהבעל נפטר בזה מחיוב המזונות שיש לו לאשתו. וכתב הקו"ש בכתובות בריש פרק מציאת האשה שזה משום שאין חיוב מזונות חיוב ממון אלא חיוב לזון ואם קבלה מזונות ממקום אחר פקע חיובו של הבעל. ואין סתירה לזה מהא דמבואר במשנה בכתובות ק"א: שמי שפסק לזון בת אשתו ונשאת לאחר היא מקבלת מזונות מבעלה ודמי מזונות מבעל אמה. שאינה חייבת לזון עצמה מהדמים שהיא מקבלת ממקום אחר. אבל אם כבר זנה את עצמה ממקום אחר אין חיוב דמים על הבעל. וכן הדין לגבי מזון הבנות לדברי הרב השואל בתשובת הנוב"י. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד בכתובות ק"א: וכן בריש דף ק"ג.

בזמן שהנכסים מרובים. כתב הרא"ש שהנ"מ בין נכסים מרובים למועטים הוא שבנכסים מרובים כל הירושה היא בחזקת הבנים, ולא מוציאים מידם את חלק הבנות אלא הם זנים את הבנות לפי הצורך. ולא מחייבים את הבנים לצמצם באכילתם. ובנכסים מועטים מוציאים מיד מהבנים את חלק הבנות מיד. דהיינו שנותנים את חלק הבנות שהוא מזונות עד הבגרות ביד ב"ד או ביד אפוטרופוס והשאר לבנים. וכ"כ הרמב"ן והרמ"ה והטור בס' ק"ב וכן נפסק בשו"ע שם סעי' י"א.

מדברי התוס' בד"ה יתומים משמע לכאורה דלא ס"ל כן. שהקשו כיון דקי"ל שיתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו, א"כ גם במועטים היתומים הם בעלים על חלק המזונות, ומאי איכא בין מועטים למרובים. וכתבו שבמרובים יכולים למכור לכתחילה לצורך גדול, ובמועטים אסור למכור לכתחילה אפי' לצורך גדול. ועוד שבמרובים הבנים גם נזונים מהנכסים ובמועטים הבנים אינן נזונים מהנכסים כלל. ומדלא כתבו הנ"מ שבמועטים מוציאים את חלק הבנות מרשות הבנים מיד משמע לכאורה דלא ס"ל כן. אמנם המהרש"א על דברי התוס' שם נקט שגם התוס' מודו לדברי שאר הראשונים אלא דקשיא

יורש ולא לוקח. ומבואר היטב לדברי התוס' אמאי בפעם הראשונה הבעל מוציא מהלוקח ובפעם השניה אינו מוציא.

עוד הקשו התוס' מב"מ ל"ה. שמו לה לאשה ואנסיבא או שמו מינה ואינסבא שהבעל לוקח הוי ולא מהדר ולא מהדרינן ליה. וקשה אמאי לא מהדר הרי במקום פסידא דהלוה אין הבעל נחשב לוקח אלא יורש. שאלת התוס' אינה משמו מינה שבזה מה שהבעל הוא לוקח גורם שאין המלוה מחזיר ואין בזה פסידא דאחריני. אלא השאלה היא

דף קלט:

הבנים ירשו והבנות יזונו. יש לעיין בגדר חיוב מזון הבנות אם זה חיוב לבנות או חיוב לאשתו לזון את בנותיה. הרמב"ם בפ"ט מאישות הי"ב כתב שאם אין שטר כתובה יוצא מתחת יד האשה אין הבנות נזונות דחיישינן שמא מחלה האם כתובתה. מבואר ברמב"ם שביד האשה למחול על חיוב מזון הבנות, וס"ל שמחילת הכתובה כולל מחילת מזון הבנות שהוא תנאי כתובה. ומוכח דס"ל שאין זה חיוב לבנות אלא חיוב לאשתו. הראב"ד כתב על דברי הרמב"ם שאין מזון הבנות תלוי במחילת הכתובה שאפי' אם נפרע הכתובה אין זה פוטר את הבעל ממזון הבנות, וכ"ש שמחילת הכתובה אינה סיבה לפטור את הבעל מחיוב מזון הבנות.

הח"מ בס' ק"ב סק"ד כתב שלא מבואר בדברי הראב"ד אם מהני מחילה מפורשת של האשה על מזון הבנות או לא. ש"ל שהראב"ד חולק רק שמחילת הכתובה אינה פוטרת ממזון הבנות. אבל מודה הראב"ד שמחילה מפורשת של האשה על מזון הבנות פוטר את הבעל. וי"ל שלראב"ד לא מהני כלל מחילת האשה על מזון הבנות שאין זה חיוב לאשה אלא לבנות.

האור"ש בפ"ט מאישות הי"ב כתב שלראב"ד לא מהני אפי' מחילה מפורשת של האשה על מזון הבנות שהראב"ד ס"ל שאין זה חוב לאשה אלא לבנות. ולרמב"ם זה חיוב לאשה ולכן מהני מחילתה.

האב"מ בס' ק"ב סק"א מביא ראייה שלהלכה קי"ל דמהני מחילת האם על מזון הבנות שנפסק בשו"ע אבה"ע ס' ק"ב סעי' י' שאם התנה הבעל בשעת נישואין שלא יתחייב במזון הבנות תנאו קיים דהוי תנאי בדבר שבממון. ומה שבדבר שבממון תנאו קיים הוא משום שבדבר שבממון מהני מחילת האשה. בין אם הכונה שמוחלת את הממון כשיטת הרשב"א, בין אם זה מחילת הדין כשיטת הקצות בס' ר"ט סק"א, מ"מ מבואר שהאשה היא בעלים למחול על חיוב מזון הבנות. וזה מפני שלהלכה חיוב מזון הבנות הוא חיוב לאשה לזון בנותיה ולא חיוב לבנות. ולדברי האור"ש נחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד.

עוד יש לדון בגדר חיוב מזון הבנות אם זה חוב ממון בשיעור מזונות או חיוב לזון. ולכאורה נחלקו בזה הנוב"י באבה"ע תנינא ס' צ"ה והרב השואל באותה תשובה. שנשאל הנוב"י במי שמת והניח שני בנים ובת. בתחילה חשבו שאין נכסים לזון את הבת, והאם זנה את הבת משלה, ואח"כ נתברר שהיו נכסים. וכתב השואל דכיון שכבר נזונו אין על האב חיוב מזון הבנות על הזמן שהבנות נזונו ע"י אחר. שהאם לא נתנה את המזונות דרך הלואה אלא דרך מתנה. וכתב ע"ז הנוב"י שמה שקבלו הבנות מזונות מאחר אינו סיבה לפטור את האב מחיובו. דאטו בנות שיש להם ממון משלהם ויכולות לזון את עצמן מהממון שלהן או שיש להן מעשה ידיים אינן מקבלות מזונות מנכסי האב.

האב"מ בס' קי"ב סק"ג כתב שמבואר ברמב"ן שלרבנן באמת הדין הוא שאם מכרו אינו מכור. ומה דקי"ל שמה שמכרו מכור הוא משום דקי"ל כאדמון שחולק בזה על רבנן. ומקשה האב"מ דמוכח בהמשך הסוגיא שגם לרבנן המכירה קיימת. ולולא דבריו היה נראה שאין הכרח ברמב"ן שרבנן חולקים בזה על אדמון, שמפורש ברמב"ן שלר"ת אדמון לא מיפלג פליג אלא אתמוהי מתמה. אלא מדברי אדמון למדנו שהתקנה"ח בזה הוא דבר מחודש וממילא מסתבר שגם לרבנן אין לך בו אלא חידושו. וגם מה שכתב האב"מ שלרמב"ן מה שאם מכרו מכור לאדמון הוא משום שדין זה הוא ספק ומספק לא מבטלים את המכירה לכאורה אין הכרח לפרש כן את הרמב"ן שגם לאדמון אין דין זה ספק אלא תקנה"ח ודאי. אלא כיון שזה דין מחודש מסתבר למעט את החידוש ולומר שלא תקנו אלא לכתחילה ולא בטלו את כח המכירה של הבנים.

כדי שיוזנו י"ב חודש. הרמב"ן מבאר סברת המ"ד דסגי במזונות ל"ב חודש, דאין החיוב עד הבגרות ודאי, שאם ינשאו לפני"כ יפסק חיוב המזונות. וכיון שמתקיים תקנת מזונות לשנה תמימה לא עוקרים את ירושת הבנים מחמת ספק שמא יצטרכו מזונות ליותר מזה.

דף קמ.

מרוכים ונתמעטו כבר זכו בהם יורשים. הרשב"ם כתב ביאור מחודש בדין זה. שכ"א זכה בחלקו בזמן שהיו הנכסים מרוכים. וגם אחרי שנתמעטו נשאר לכ"א לפי חלקו שהיה לו בתחילה. דהיינו אם בתחילה היה אלף זוז ומזון הבנות עד הבגרות הוא מאה זוז זכו הבנים בתשע חלקים והבנות זכו בחלק אחד. ואם בסוף נתקלקלו הנכסים ויש רק מאה זוז, תשעים זוז שייך לבנים ועשר זוז לבנות. ואחרי שיאכלו הבנות בשווי של עשר זוז אין להם יותר מזונות אף שנשאר לבנים עוד נכסים.

השיטה בשם תוס' הרא"ש תמה בזה על הרשב"ם שכל נכסי הבנים משועבדים למזון הבנות ולמה אין הבנים זנים את הבנות מהממון שנשאר בידם. לכן מפרש תוס' הרא"ש כפשוטו שגם אחרי שנתמעטו הנכסים נשאר לזה דין של נכסים מרוכים שהבנים והבנות ניוזנים יחד עד שיגמרו הנכסים. ולא אמרינן שחל ע"ז דין נכסים מועטים ורק הבנות יוזנו והבנים ישאלו על הפתחים.

מועטים ונתרכו מאי. גם כאן מפרש הרשב"ם ע"פ דרכו שיש צד לגמ' לומר דכיון שבנכסים מועטים זכו הבנות בחלקן אם השביחו או נתיקרו הנכסים כל השבח הוא שלהן שממון שלהן השביח והתיקר. וגם בזה חולק תוס' הרא"ש ומפרש שהספק הוא אם כשנתרכו בטל מזה הדין של נכסים מועטים וחזור כל הממון לרשות הבנים והבנות ניוזנות מהבנים, או שנשאר הדין של נכסים מועטים שמוציאים מהבנים את חלק הבנות. [עייין בטור שלצד שמועטים ונתרכו מקבל דין מרוכים, אפי' אם חזור ונתמעטו אח"כ נשאר לזה דין של מרוכים ונתמעטו שדינו כמרוכים]. אבל פשוט שמה שיש שבח יותר על דמי מזונותן של הבנות עד שיתבגרו הוא של הבנים. גם ברא"ש בפסקים מבואר בריש ס' ב' כדבריו בתוס' הרא"ש בין לענין מרוכים ונתמעטו בין לענין מועטים ונתרכו.

ת"ש יתומים שקדמו ומכרו וכו'. הגמ' פושטת שבמועטים ונתרכו חזור הדין של מרוכים מהא דחזינן שאם מכרו מה שמכרו מכור, מבואר שגם בנכסים מועטים נשאר חלק הבנות ברשות הבנים, וממילא אם חזור ונתרכו חזור הדין של מרוכים. שיטת הרשב"ם שמה שמכרו מכור הוא רק לפני שתפסו הבנות ולפני שהגבו להן כ"ד. אבל אח"כ זכו הבנות בממון ואין מכירת הבנים מכירה. וכן הוא

לתוס' דלשון הגמ' יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים משמע שיש נ"מ בין מרוכים למועטים לענין מכירה. וע"ז הקשו התוס' מאי איכא בנייהו לענין מכירה. אך הדברים לכאורה צ"ב שבתי' הראשון שפיר תרצו דנ"מ לענין למכור לכתחילה לצורך גדול. אבל מה שכתבו בתי' השני אינו נ"מ לענין מכירה. ועייין ברש"ש שכתב שדברי המהרש"א בזה מגומגמים.

גם בדברי הרשב"ם בדף ק"מ. בד"ה אלמנתו מהו שתמעט שכתב בפירושו הראשון שגם לצד שאין האלמנה ממעטת מוציאים מהבנים את חלק הבנות עד דתבגרון והשאר לבנים כדין נכסים מרוכים, משמע דס"ל שגם במרוכים מוציאים את חלק הבנות מרשות הבנים. וזה לכאורה דלא כראשונים הנ"ל.

רשב"ם ד"ה הבנות יוזנו. כתב הרשב"ם דיוזנו היינו מזונות ופרנסת נישואין עד דתבגרון או עד דתנסבן לגוברין. וכן בגמ' כתב הרשב"ם דמרוכים היינו כדי שיוזנו פרנסה ומזונות. התוס' כתבו שמזונות היינו אכילה ושתיה, ומלבושים וצרכי נישואין אינם בכלל מזונות אלא בכלל פרנסה שהוא חיוב אחר. הגמ' מסתפקת לקמן אם מזונות האלמנה ושאר חובות שיש על היתומים נכנסים לחשבון של מרוכים ומועטים. וכתב שם הרא"ש שפרנסת נישואין לא מחשבין דעדיין לא מטא זימניה. ולכאורה דבריו הם לשיטת התוס' שמזונות אינו כולל פרנסת נישואין אבל לרשב"ם שפרנסת נישואין הוא בכלל חיוב מזון הבנות מחשבים גם פרנסת נישואין. וכן נראה מדברי הרשב"ם בד"ה כדי שיוזנו שמרוכים היינו שיש מספיק כדי שיוזנו הבנים והבנות פרנסה ומזונות עד שיתבגרו הבנות. וכ"כ הב"ש בס' קי"ב סק"כ והח"מ שם סק"ב בדעת הרשב"ם. אמנם הריטב"א כתב שהרשב"ם לא כתב פרנסת נישואין אלא לאשמועינן עיקר הדין שיש גם חיוב פרנסה אבל מודה הרשב"ם שלא מחשבים פרנסת נישואין בנכסים מועטים כלל. וגם הב"ש כתב שיש לדחות הראיה מהרשב"ם ע"ש. עוד מבואר בריטב"א דאף שפרנסת נישואין אינו ממעט, כסות הוא בכלל מזונות וכן ממעט. והובאו דבריו בנ"י. וכתב הב"ש הנ"ל שמדברי התוס' כאן משמע דס"ל שגם כסות אינו בכלל מזונות אלא בכלל פרנסה ואינו ממעט.

נמצא ג' שיטות בזה א. לרשב"ם לדעת הח"מ פרנסת נישואין וכ"ש כסות הם בכלל מזונות וממעטים. ב. לנ"י בשם הריטב"א כסות הוא בכלל מזונות ופרנסת נישואין אינו בכלל. ג. לתוס' גם כסות אינו בכלל מזונות ואינו ממעט.

אדמון אומר וכו'. כתב הרשב"ם דהלכתא כאדמון דכל מקום שאמר ר"ג רואה אני את דברי אדמון הלכה כמותו. משמע דס"ל לרשב"ם שאדמון חולק על הדין של נכסים מועטים וס"ל דקי"ל כוותיה. רוב הראשונים חולקים בזה על הרשב"ם וס"ל דאף שאדמון חולק אין הלכה כמותו כדמוכח בכמה דוכתי וכמו שכתבו התוס' בשם הרי"ף ר"ח וה"ג. ועוד כתבו התוס' בשם ר"ת ד"ל שאדמון אינו חולק אלא מתמיה על תקנת חכמים.

הרמב"ן גם כתב בשם ר"ת שאין אדמון חולק אלא מתמיה אך מוסיף הרמב"ן שיש נ"מ לדינא מתמיהתו של אדמון. דמה שמבואר בסמון שיתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכור הוא בגלל תמיהתו של אדמון. דכיון שמספקא ליה אין לנו להוציא נכסים מיד הלוקח. דהיינו כיון שאדמון תמה על התקנה דלא מסתבר לו שרבנן יתקנו תקנה להפקיע ירושת הבנים בשביל מזון הבנות, לכן אמרינן דאף שתקנו כן אין לך בו אלא חידושו ומסתמא לא תקנו אלא לכתחילה ולא לבטל את המכירה בדיעבד.

למזון הבנות. וגם ע"ז חולק הרא"ש שתקנת הגאונים היא על מטלטלין שירשו מאביהם ודמי הקרקע אינם מטלטלין שירשו מאביהם ואינו משועבד למזון הבנות. וכתב הרא"ש למה הדבר דומה למלוה ע"פ שיצאתה על היתומים ומכר נכסים שאין בע"ח גובה מן הדמים שבידם דלאו הני זוזי שבק אבהון. וכדברי הרא"ש כתב גם הרמב"ן ע"ש.

ומה שהרא"ש מביא ראיה לדבריו מהא דמה שמכרו מכר דמשמע שאינם משלמים מן הדמים אינו ראיה למה שכתב על דברי רב האי גאון, דרב האי גאון איירי אחר תקנת הגאונים, אלא ראית הרא"ש הוא לתחילת דבריו שהיה לו צד לומר שהדמים הם במקום הקרקע וגם לפני תקנת הגאונים יגבו מהדמים כמש"כ הפלפולא חריפתא באות ו'.

מאי דפשיטא להו לרמב"ן ולרא"ש שיתומים שמכרו קרקע המשועבד למלוה ע"פ שאין המלוה גובה מהדמים אינו פשוט והובא מחלוקת ראשונים בזה בטור חו"מ ס' ק"ז לגבי לזה המוכר נכסיו באופן שאין המלוה יכול לגבות מהלוקח, כגון שמכר לעכו"ם אנס, או במלוה ע"פ, אם המלוה גובה מהדמים או לא. ומבואר בטור שיש בענין זה ב' מחלוקות בראשונים. א' רב האי גאון ס"ל שהדמים שמקבל הלוח עבדו הקרקע שירש מאביו הוא חליפי הקרקע, ונחשב כאילו ירש מעות אלו מאביו. ואמנם לפני תקנת הגאונים לא גובים ממעות אלו כמו שלא גובים ממעות שירש מאביו, אבל אחרי תקנת הגאונים גובים ממעות אלו דחשיב כאילו ירשו מעות אלו מאביהם כיון שהמעות הם חליפי הקרקע שירשו מאביהם. והרא"ש חולק וס"ל שאין זה נחשב כמעות שירשו מאביהם. דהיינו שמה שהקשו הרמב"ן והרא"ש מיורש שמכר במע"פ מבואר בטור שע"ז גופא חולק רב האי גאון וס"ל שגם בזה גובים מהמעות שביד הלוח.

ב. עוד כתב הטור שם שאפי' אם נחלק על רב האי גאון ונאמר שאין מעות אלו משועבדים לחוב של אביהם מ"מ נשאר חיוב על היורש שמכר נכסיו אביו מדין מזיק שיעבודו של חברו. שהרי ע"י המכירה גרם היורש שלא יוכל המלוה לגבות את שיעבודו. אך כתב הטור שגם ע"ז חולק הרא"ש שכתב בתשובה שאין על המוכר חיוב מדין מזיק שיעבודו של חברו שרק החופר בורות בקרקע המשועבד לחברו נחשב מזיק שיעבודו של חברו כיון שקלקל את גוף הקרקע ולא המוכר שלא שינה את גוף הקרקע. וכתב ע"ז הטור דאף שנראה לחלק כמו שכתבתי איני משיב על דבריו. אמנם מה שרב האי גאון מחייב אינו מטעם מזיק שיעבודו של חברו שא"כ היה חייב גם לפני תקנת הגאונים, אלא טעמו של רב האי גאון הוא דס"ל שהדמים הם חליפי הקרקע ונחשב כמטלטלין שירשו מאביהם שגובים ממנו אחר תקנת הגאונים.

בשור חו"מ ס' ק"ז סע' ד' הובא מחלוקת ביורש שמכר קרקע באופן שאין המלוה יכול לגבות ממנו אם גובה המלוה מהדמים שביד היורש או לא. ולא מבואר בשור"ע אם טעם המחייבים הוא משום דס"ל כרב האי גאון שהדמים הם חליפי הקרקע ונחשב כאילו ירשו הדמים, וגובים מהם אחר תקנת הגאונים, או שטעם המחייבים הוא כסברת הטור שיש בזה חיוב של מזיק שיעבודו של חברו. וב' דרכים נאמרו בזה.

הגאון בסק"כ וכן הקצות בסק"ו כתבו שסברת המחייבים שנזכר בשור"ע הוא דס"ל שיש בזה חיוב של מזיק שיעבודו של חברו. ולכן לא נזכר בשור"ע שהחיוב הוא דוקא אחרי תקנת הגאונים. רע"א בתש' קפ"ה בד"ה אמרתי מביא מחלוקת רב האי גאון והרא"ש וכתב ע"ז שהובאו ב' דעות בזה בשור"ע אבה"ע ס' ק"ב סע' י"ד ובחו"מ ס' ק"ז סע' ד'. הרי מבואר דס"ל שטעם המחייבים שנזכר בשור"ע אינו

שיטת רש"י בכתובות ק"ג. וכתבו התוס' שלדברי הרשב"ם ורש"י מה שהגמ' פושטת ממכרו מכור את הדין של מועטים ונתרבו הוא רק כשנתרבו לפני שב"ד הגבו לבנות. אבל מועטים ונתרבו אחרי שהגיע המזון לבנות יתכן שנשאר דין מועטים. וכן כתב המ"מ בפ"ט מאישות הי"ט שב' דינים אלו תלויים זה בזה.

חיד רמז ס"ל בזה כהרשב"ם שאחרי שב"ד מגבים אין מכירת הבנים מכירה. וכתב בהדיא שגם הדין של מועטים ונתרבו הוא רק כשנתרבו לפני העמב"ד. וכן כתב הריטב"א שלרשב"ם כל הנידון של מועטים ונתרבו הוא לפני העמב"ד. וכן משמע ברמב"ן שמביא מחלוקת לגבי מועטים ונתרבו אחרי גביית ב"ד ואח"כ מביא מחלוקת לגבי מכירת הבנים אחרי גביית ב"ד. ומשמע דס"ל ששתי המחלוקות תלויים זה בזה.

חב"י בס' ק"ב תמה בזה על הטור שלגבי מכירה אחרי גביית ב"ד מביא מחלוקת, ולגבי מועטים ונתרבו סתם שבכל גיוני חזון הדין של מרובים. וכתבו בזה חב"ש בס' ק"ב סק"ט והגאון בסק"ב שהרא"ש חולק בזה על התוס' וס"ל שב' דינים אלו אינם תלויים זה בזה. שהרא"ש מסיק כשיטת הרשב"ם שאחרי העמב"ד אין מכירתם מכירה ואעפ"כ סובר הרא"ש שהדין שמועטים ונתרבו הוא אפי' אם נתברו אחרי העמב"ד. ואף שהגמ' למדה את הדין של מועטים ונתרבו מהדין של מכר מכור הביאו דין זה לרווחא דמילתא מפני שהוא דין מפורש. ולעולם גם אחרי העמב"ד מועטים ונתרבו חשיב כמרובים שאין הנכסים לגמרי ברשות הבנות שאם ינשאו לפני הבגרות יחזרו הנכסים לבנים.

מחלוקת הראשונים אם חלה המכירה אחרי שהגבו ב"ד את המזון לבנות הוא אם תקנ"ה שהבנות יזונו בנכסים מועטים הוא שהקנו את המזון לגמרי לבנות או שגוף המזון נשאר של הבנים ולא נתנו לבנות אלא כח למכור ממון זה לצורך מזונותיהם. כן מבואר ברבינו יונה דס"ל כתוס' שהמכירה חלה גם אחרי שהגבו ב"ד לבנות ומבאר רבינו יונה הטעם שאין הב"ד שמגבים לבנות מקנים להם את המזון שיהיה שלהם אלא להרשותם במכירת המזונות. ורש"י והרשב"ם פליגי וס"ל שהקנו לגמרי את המזון לבנות ומה שהמכירה קיימת הוא רק לפני שב"ד הגבו לבנות את הנכסים.

האב"מ בס' ק"ב סק"ד כתב לחדש שלעולם גם רש"י והרשב"ם מודו שגם אחרי שהגבו ב"ד לבנות המזון נשאר של הבנים ולכן גם בזה יש הדין של מועטים ונתרבו. ומה דס"ל שאחרי גביית ב"ד אין מכירת הבנים מכירה אינו מפני שאינם בעלים למכור אלא משום שהבנות טורפות מהלקוחות כיון שיש שיעבוד על הנכסים למזון הבנות. ומה שאין מוציאים למזון הבנות ממשעבדי לר' יוחנן היינו משום שאין כתובים דהיינו שנתנו לזה דין מלוה ע"פ. ואחר העמב"ד שיש קול גם מע"פ גובה ממשעבדי ובה מוציאים מהלקוחות לר' יוחנן גם למזון הבנות ע"ש. אבל לפוסקים דפסקו שמה שלא מוציאים למזון הבנות ממשעבדי הוא מפני שאין קצובים יודו רש"י והרשב"ם שחלה המכירה גם אחרי העמב"ד ולא גובים מזון הבנות ממשעבדי.

יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים. כתב הרא"ש שאין הבנים חייבים לזון את הבנות מהדמים שקבלו ולא אמרין שהדמים הם במקום הקרקע דמה לי הן מה לי דמיהן שהדמים הם מטלטלין ולא גובים מזון הבנות ממטלטלין. וכתב עוד הרא"ש שרב האי גאון ס"ל דאחר תקנת הגאונים שגובים מזון הבנות ממטלטלין גובים מהדמים שקבלו הבנים עבור מכירת הקרקע המשועבד

גאון שאין הקרקע שקיבל נחשב כקרקע שירש מאביו. ומיושב הגמ' בבכורות. אמנם בדברי רע"א מבואר שאינו מחלק בזה וצ"ע.

תוד"ה יתומים. הביאו ראייה שגם אחרי גביית ב"ד מהני מכירת הבנים מיבמות ס"ז: וכתבו שיש לדחות דנחי דיכולים ב"ד לגבות חלק של בת עומדת, חלק של עובר שיש לחוש שמא היא בת אין יכולים לגבות כיון שלא יצאת לאויר העולם וחלק זה יכולים האחים למכור. הקו"ש באות תע"ד מקשה כיון שעדיין לא זכתה העובר בחלקה על הצד שהיא בת א"כ חלק זה הוא של הבנים ויאכלו העבדים. ונראה שכונת התוס' דאיירי בנכסים מועטים שאין יותר מכדי מזונות לבנות שכבר נולדו עד שיבגרו. וא"כ גם חלק זה שעתיד להגיע לבת שהיא עכשיו עובר הוא של הבנות שנולדו כל זמן שאין בת אחרת. אך על חלק זה לא יעשו ב"ד גביה כיון שהדבר עומד להשתנות בלידת העובר. וא"כ חלק זה הוי בנכסים מועטים לפני גביית ב"ד.

תוד"ה מה שמכרו מכרו. הקשו דהכא בין במרובים ונתמעטו בין במועטים ונתרבו אזלינן בתר המצב של מרובים ובכתובות לגבי כתובת בנין דיכרין במועטים ונתרבו אזלינן בתר המצב של מועטים שהיה בשעת מיתה ולא בתר המצב של מרובים של אח"כ. וכתבו דלא קשיא דהכא יד הבנים לעולם על העליונה כדי להעמיד נחלה דאורייתא. וכן כתבו התוס' בכתובות צ"א: דכלל דוכתי אזלינן בתר נחלה דאורייתא. לכן כאן במועטים ונתרבו אזלינן בתר המצב של אח"כ כיון שבזה מתקיים נחלה דאורייתא, והתם במועטים ונתרבו אזלינן בתר שעת המיתה שהיו מועטים שבזה מתקיים נחלה דאורייתא.

ולכאורה אינו מוכן דאכתי קשה ממרובים ונתמעטו שם דאזלינן בתר שעת המיתה אף שיש בזה ביטול נחלה דאורייתא. וכתב בזה המהרש"א שם בכתובות שלגבי מרובים ונתמעטו אזלינן תמיד בתר שעת המיתה, בין לקיים ירושה דאורייתא כדהכא בין לעקור ירושה דאורייתא כדהתם. ומה שכתבו התוס' דאזלינן בתר קיום נחלה דאורייתא היינו דוקא במועטים ונתרבו. וביאור הדברים הוא שמצד אחד יש סברא ללכת בין הכא בין התם בתר המצב של שעת מיתה כיון שהדין חל בשעת מיתה. מאידך יש סברא ללכת אחר המצב של מרובים שזהו המצב של לכתחילה. כגון הכא שעיקר רצון חכמים שהבנים ירשו והבנות יזונו אלא שבמועטים א"א לקיים דין זה והיו צריכים לעקור במקצת ירושה דאורייתא. וכן התם אף שיש בתקנת בנין דיכרין עקירת ירושה דאורייתא מ"מ כך היה רצון חכמים שם לתקן בנין דיכרין אף שיש בו עקירת ירושה דאורייתא במקצת. ולכן במרובים ונתמעטו שיש תרתי, גם שעת מיתה וגם מצב של מרובים אזלינן תמיד בתר שעת מיתה, בין הכא לקיים ירושה דאורייתא בין התם לבטל ירושה דאורייתא. אך במועטים ונתרבו יש ספק הכא והתם אי אזלינן בתר המצב של מועטים שהוא המצב שהיה בשעת מיתה, או דלמא אזלינן בתר המצב של מרובים שהוא המצב שיכול להתקיים עיקר רצון חכמים. ולענין זה כתבו התוס' שההכרעה בין הכא בין התם הוא ללכת בתר נחלה דאורייתא. לכן כאן אזלינן בתר המצב של מרובים אף שאין זה המצב שהיה בשעת מיתה כיון שבזה מתקיים נחלה דאורייתא. משא"כ התם אזלינן בתר המצב של מועטים של שעת מיתה לקיים נחלה דאורייתא.

עוד כתבו התוס' שלר"י בבנין דיכרין אזלינן תמיד בתר המצב של מרובים לקיים תקנ"ח של בנין דיכרין. והכא אזלינן תמיד בתר מעיקרא, מעיקרא מלשון עקירה כמש"כ הרש"ש, דהיינו דהכא אזלינן תמיד בתר המצב שיש בו עקירת תקנ"ח. ולא כמו שם שתמיד מתקיים תקנ"ח. וכתבו

משום מזיק שיעבודו של חברו אלא כרב האי גאון דנחשב כמטלטלין שירשו מאביהם שגובים מהם אחרי תקנת הגאונים.

האבי עזרי בפ"א ממלוה ה"ד כתב שא"א לפרש דברי השו"ע מטעם מזיק שיעבודו של חברו שא"כ היו גובים גם משאר ממון של היורשים, שיש עליהם חיוב של מזיק, ובשו"ע מבואר רק שגובים מהדמים שקבלו. ועוד שאם חיובם מדין מזיק ישלמו מעידית ככל מזיק ממון חברו. אע"כ החיוב הוא מטעמו של רב האי גאון דנחשב כמענות שירשו מאביהם.

רע"א בתש' הנ"ל כתב שלשית רב האי גאון שאם היורשים שאביהם חייב מע"פ מכרו את הקרקע שירשו מאביהם עבור קרקע אחרת יגבה המלוה מהקרקע שקבלו מדינא דגמ'. שרב האי גאון ס"ל שמה שקבלו תמורת הקרקע שירשו הוא חליפי הקרקע שירשו ונחשב כאילו ירשו גם את החליפין מאביהם. ומה שרב האי גאון כתב דבריו רק אחרי תקנת הגאונים הוא משום שמדינא לא גובים ממטלטלין גם אם ירשו מטלטלין מאביהם. אבל כשקבלו קרקע עבור הקרקע לרב האי גאון זה נחשב כאילו ירשו קרקע זו מאביהם ויגבו מזה מדינא דגמ'. דברי רע"א לכאורה מוכרחים מסברא דמ"ש קרקע מדינא דגמ' ממטלטלין אחר תקנת הגאונים.

אמנם האו"ש בפ"ח מאישות הי"ג תמה על דברי רע"א מגמ' מפורשת בבכורות מ"ח: במי שנולדו לו ב' בנים ולא ידוע איזה מהם הבכור, האב חייב בפדיון ממ"נ, אבל אם לא פדה האב אין על הבנים עצמם חיוב פדיון שכ"א הוא ספק. ומבואר שם שאף שמת האב אחר ל' יום וחל שיעבוד על נכסיו א"א לגבות מהקרקע שביד הבנים מכח השיעבוד לחוב של אביהם דאחים שחלקו לקוחות הן ומלוה ע"פ אינו גובה מן הלקוחות. וקשה דאחים שחלקו לקוחות זה החלפת קרקע עבור קרקע, וא"כ לדברי רב האי גאון הקרקע שקבלו הוא חליפי הקרקע שירשו מאביהם ונחשב כאילו ירשו קרקע זה מאביהם, ולמה אינו משועבד למע"פ של אביהם.

הקצה"ח בס' ק"ח סק"א מביא גמ' זו בבכורות ומקשה אמאי קי"ל שמע"פ גובה מן היורשים, ומשמע שזה בכל גונוי גם כשיש כמה יורשים. ולפי מה שמבואר בגמ' הנ"ל בבכורות היה צריך להיות הדין שלא יגבו מע"פ מיורשים אלא ביורש אחד שאם יש כמה יורשים קי"ל דאחים שחלקו לקוחות ומע"פ אינו גובה מן הלקוחות. וכתב הקצות ע"פ דרכו דס"ל שלשיטה שמוכא בס' ק"ז סע' ד' שגובים מן הדמים זה מדין מזיק שיעבודו של חברו. ובכל מע"פ אף שאחים שחלקו לקוחות מ"מ אפשר לגבות מכח הדין של מזיק שיעבודו של חברו. ומה שבבכורות מבואר שלא גובים הוא משום דאיירי בפדיון הבן שהוא ממתנות כהונה והמזיק מתנות כהונה פטור. אך כל זה ניחא לענין הסברא של מזיק שיעבודו. ואכתי קשה מהגמ' בבכורות על רב האי גאון כמו שכתב האו"ש.

וכדי שלא יקשה על רב האי גאון מגמ' מפורשת בבכורות אולי יש מקום לחלק בין דמים אחר תקנת הגאונים לבין מחליף קרקע בקרקע לדינא דגמ'. די"ל שדברי רב האי גאון שהדמים הם חליפי הקרקע הוא רק בדמים, שהמוכר קרקע עבור דמים הדמים נחשבים דמי הקרקע כיון שהדמים ניתנו כתשלום עבור הקרקע ומה לי הן מה לי דמיהן. אבל הקרקע אינו דמי הדמים שהקרקע אינו תשלום עבור הדמים אלא הדמים הם תשלום עבור הקרקע. וכשמחליפים קרקע עבור קרקע מי יימר דהקרקע שהוא קיבל הוא דמי הקרקע שהוא מכר, אולי הקרקע שהוא מכר הוא דמי הקרקע שהוא קיבל. לכן בקרקע עבור קרקע מודה רב האי

לדבריו שגם במרובים מוציאים חלק הבנות מהבנים מלשון המשנה דבין בנכסים מרובים בין במועטים תנן הבנות יזוננו, משמע דס"ל שכן הוא עיקר תקנת מזונות.

בפירוש השני כתב הרשב"ם שאם אינה ממעטת יש דין של נכסים מרובים, ודנים את אכילת האלמנה כמרובים ונתמעת, והאלמנה והבנות והיתומים נזונים כולם יחד. וזה כדברי התוס' בהג"ה השניה.

לגבי בת אשתו ובע"ח לצד שאינם ממעטים כתב הרשב"ם רק פירוש אחד על דרך פירושו הראשון שכתב באלמנה. עיין מה שכתב בזה המהרש"א.

כיון דאילו מתה לית לה. מבואר שאין חוב של דמי מזונות אחרי מיתת בת אשתו. הרא"ש כתב בכתובות ריש פרק הנושא דאף שהמקבל לזון בת אשתו ה' שנים ונשאת מקבלת מזונות מבעלה ודמי מזונות מבעל אמה מ"מ אם מתה אינה מקבלת שאין זה חוב ממון אלא חוב מזונות. וכתב ע"ז הרא"ש דהכי איתא בירושלמי. ותמה ההפלאה שם אמאי הוצרך הרא"ש להביא מהירושלמי הרי מפורש כאן בבבלי שאין חיוב מזונות לבת אשתו אחרי מיתה. וכתב ההפלאה שיש נ"מ בין גדר החיוב לבת אשתו במחייב עצמו לזון את בת אשתו ה' שנים לבין מקבל לזון בלי הגבלת זמן. כשאינו קובע זמן החיוב הוא לזון כל זמן שצריכה מזונות. ובוזה פשוט שאינו חייב אחר מיתה. וא"כ י"ל דהכא איירי כשלא קבע זמן. ואכתי י"ל שאם קיבל לזון ה' שנים הוא חייב גם אחר מיתה. לזה מביא הרא"ש מהירושלמי שגם במתחייב ה' שנים אינו חייב אחר מיתה. האב"מ בס' קיד"ד סק"ה תמה על דברי ההפלאה דע"כ איירי הכא שהתחייב לה' שנים שמבואר שאם נשאת הוא חייב. ואם קיבל לזון בלי הגבלת זמן אינו חייב כשנשאת שיש לה מזונות מבעלה ע"ש.

כיון דמחסרי גוביינא לא ממעט. היינו כיון דמחוסר גוביינא זה נחשב עכשיו כמרובים, ובשעת גביית החוב זה כמרובים ונתמעת. וכתב הרא"ש שחוב של כתובת אלמנה כיון דאית לה בתנאי ב"ד זה כמאן דגביה דמיא ובודאי ממעט, דחשיב כאילו שמתחילה הנכסים מועטים. הריטב"א כתב בשם התוס' שכתובה בודאי אינו ממעט כיון דנכסי בחזקת יתמי קיימי וגרע משאר חוב. וזה איפכא מדברי הרא"ש ע"ש.

תוד"ה מי אמרינן. הקשו מה הצד שאלמנה אינה ממעטת מפני שאם נשאת אין לה מזונות הרי גם הבנות אינן נזונות אחרי נישואין. וכן קשה לגבי בת אשתו ובע"ח. ועוד הקשו אם אלמנה ממעטת מה שיעור יהיה הרי יתכן שתהיה נזונת כל ימי חייה. וכתבו התוס' שהצד שאלמנה ממעטת הוא רק כשיש בנים ובנות שבלא"ה יש תקנת נכסים מועטים בגלל הבנות. בזה גם האלמנה כלולה בתקנת נכסים מועטים, ולכן היא ממעטת. ולכן מחשבים מזון האלמנה רק עד הבגרות של הבנות דאחר זמן זה כיון שבטל הדין נכסים מועטים לגבי הבנות בטל נמי לגבי האלמנה. ומיושב השאלה השניה של התוס'.

התירוצ' על השאלה הראשונה של תוס' למה יש צד שאלמנה אינה ממעטת מפני שאין לה מזונות אלא עד שתנשא לאחר הרי גם מזון הבנות אינו אלא עד דתלקחון לגוברין ואעפ"כ זה בודאי ממעט, הוא דשאני מזון הבנות שהוא הדבר שעליו אנו דנים ואינו חוב לדבר אחר לכן זה בודאי ממעט, אבל מזון האלמנה יש צד שנידון כחוב אחר ולגבי זה אמרינן דכיון שפוקע החוב בנישואי האלמנה לאחר אינו ממעט. וכן לגבי מה שיש צד שחוב אינו ממעט מפני שהוא מחוסר גוביינא זה רק מפני שזה חוב לדבר

שאינן זה סתירה שלגבי בנין דיכרין ליכא כ"כ עקירה שכולם יורשים אלא שאין יורשים בשוה. ולפי מה שכתבנו לעיל בלא"ה לא קשיא דהכא קיום נחלה דאורייתא הוא הלכתחילה, משא"כ שם רצו לתקן בנין דיכרין אף שיש בו עקירה קצת לירושה דאורייתא. ובין הכא בין התם אזלינן במועטים ונתרבו בתר המצב של מרובים שהוא המצב של לכתחילה. וק"ק מה קשיא לתוס' משם להכא על פירוש ר"י.

אלמנתו מהו שתמעט בנכסים. כתב הרשב"ם שעל הצד שאלמנה ממעטת יש לזה דין של נכסים מועטים אף שלולא האלמנה יש מספיק לבנים ולבנות עד שיתבגרו הבנות. וכיון שיש לזה דין של נכסים מועטים האלמנה והבנות נזונות והבנים ישאלו על הפתחים. דהיינו שכשם שבנכסים מועטים הבנות קודמות לבנים מתקנ"ה כך האלמנה קודמת לבנים. ולא אמרינן שהבנות מקבלות כל חלקן, והאלמנה והבנים נזונים יחד עד שיגמרו הנכסים. אלא גם האלמנה מקבלת כל חלקה והבנים ישאלו על הפתחים. ובתוס' מבואר שכל מה שיש צד שאלמנה ממעטת הוא רק משום שגם היא בכלל התקנה של נכסים מועטים כשיש בנים ובנות.

גם לגבי בת אשתו כתב הרשב"ם בד"ה כיון שלצד שבת אשתו ממעטת יזוננו היא והבנות והבנים ישאלו על הפתחים. וזה לכאורה אינו מובן דבשלמא לגבי אלמנה שיש לה בתנאי ב"ד יש מקום לומר שגם היא בכלל התקנה של נכסים מועטים שבלא"ה נעקר ירושת הבנים מחמת הבנות תקנו גם לאלמנה. אבל בת אשתו אינו חיוב מתקנ"ה אלא התחייבות של הבעל לזון את בת אשתו ודינו ככל חוב דעלמא. ולמה יהיו בנות אשתו עדיפות מבנים בנכסים מועטים. היה צריך להיות הדין שהבנות יקבלו כל חלקן, והבנים ובת אשתו יזוננו יחד עד גמר הנכסים. ובשלמא לגבי בעל חוב שעל הצד שהוא ממעט הבנות נזונות והבעל חוב מקבל חלקן והבנים ישאלו על הפתחים כמבואר ברשב"ם ד"ה בע"ח היינו מפני שזמן פרעון החוב הוא עכשיו ובעל חוב קודם לבנים שמוטל עליהם לפרוע חוב אביהם. אבל מזונות של בת אשתו עדיין לא הגיע זמן חיובם שהחיוב הוא מזונות דבר יום ביומו ומה שבאלמנה מוציאים הכל מהבנים הוא בגלל התקנה של נכסים מועטים, וזה שייך באלמנה שניזונת מתנאי כתובה ולא בכח אשתו שהוא חיוב שלו וצ"ע.

או דלמא כיון דאילו מנסבא וכו'. לצד של הגמ' שאין אלמנה ממעטת כתב הרשב"ם ב' דרכים. בפירוש הראשון כתב שגם אם אינה ממעטת ויש לזה דין נכסים מרובים מוציאים מהבנים את מזון הבנות ונותנים לבנות כדי מזונן עד שיבגרו. וכל הנ"מ בין אם אלמנה ממעטת או שאינה ממעטת לפירוש זה הוא לגבי האלמנה, שאם היא ממעטת היא נזונת יחד עם הבנות והבנים ישאלו. ואם אינה ממעטת מוציאים לבנות לבד, והאלמנה נזונת עם הבנים עד גמר הנכסים. והובא לעיל דמשמע מהרשב"ם בפירוש זה שגם בנכסים מרובים מוציאים את חלק הבנות מהבנים. כפירוש זה של הרשב"ם כתבו גם התוס' בד"ה מי אמרינן בהג"ה ראשונה בשם התוספתא כמבואר במהרש"א.

הרש"ש כתב שבעלמא מודה הרשב"ם שבנכסים מרובים לא מיוחדים מזונות לבת עד שתבגר, והכא שאני כיון שידוע שעתידים הנכסים להתמעט ע"י האלמנה. ומדמה הרש"ש להא דמבואר בחז"מ ס' ע"ג סע' י' שחוב שעדיין לא הגיע זמנו ויש ללוה נכסים ויש חשש שיכריחם מצוה על הדיין לעכב הממון עד שיגיע זמן השטר. ובלשון השני סובר הרשב"ם כמו החולקים על דין זה שהובאו בש"ך שם סקל"ד. אמנם מפשטות לשון הרשב"ם שמביא ראייה

מה שמשערים שתחיה כמו שכתב המ"מ שם בשם הרמב"ן והרשב"א.

הניח בנים בנות וטומטום. כתב הרשב"ם דטומטום היינו אטום שלא ניכר בו לא זכרות ולא נקבות והוא ספק זכר ספק נקבה ואיכא מ"ד שאינו ספק אלא בריה. וכן מבואר בגמ' לפירוש הרשב"ם דאביי ס"ל דתנא דמתני' סבר דטומטום הוא בריה. ולרבא רישא דמתני' סבר דהוי ספק וסיפא כרשב"ג דהוי בריה. וצ"ב איך יתכן לומר דטומטום הוי בריה, הרי טומטום יש לו או סימני זכר או סימני נקבה אלא שהוא מכוסה, וכשיקרע יתברר אם הוא זכר או נקבה, ואיך יתכן לומר שעכשיו הוא בריה וכשיקרע יתברר שהוא זכר או נקבה. בשלמא אנדרוגינוס גיחא דיש צד לומר דהוי בריה אבל בטומטום קשה להכין למה יחשב בריה. ואף שלפירוש התוס' לקמן בד"ה אלא אין תנא דמתני' סובר דהוי בריה אלא שאין דעתו של אדם על הספק, וכן לגבי מזון הבנות יש מקום לומר דלא תקנו אלא לבת ודאית ולא לספק בת. וכן מרשב"ג אין הכרח דס"ל דהוי בריה כמבואר כ"ז בתוס'. מ"מ מבואר בתוס' דאיכא מ"ד דס"ל שטומטום הוא בריה, וכן מבואר בבכורות מ"א. דלרבנן אנדרוגינוס הוי בריה ולא חל עליו קדושת בכורה, ואמר ר"ח שם מ"א: דדברי רבנן נאמרו רק באנדרוגינוס אבל בטומטום מודו רבנן דאינו בריה אלא ספק, ור"י שם מ"ב: פליג על ר"ח וס"ל שלרבנן גם טומטום הוא בריה. הרי שיש מ"ד דס"ל שגם טומטום הוא בריה. וצריך להבין טעם הדבר.

בספר צפנת פענח בפ"ב מאישות הכ"ה וכן בפ"ו מיבום ה"ד כתב שטומטום שנקרע ונמצא זכר אינו נעשה זכר למפרע אלא רק מכאן ולהבא. ואם ראה עדות בעודו טומטום ואח"כ נקרע ונמצא זכר אינו יכול להעיד על מה שראה לפני שנקרע דהוי תחילתו בפסול. וכתב שכן מבואר לעיל קכ"ו: דטומטום שנקרע ונמצא זכר והוא בכור אינו נוטל פי שנים דכתיב והיה הבן הבכור עד שיהא בן משעת הויה. הרי שאף שאח"כ נקרע ונמצא זכר בשעת הויה עדיין הוא לא היה זכר. אמנם הפשט הפשוט בגמ' הוא דאף שהוברר למפרע שהיה זכר מ"מ יש מיעוט בקרא למי שלא היה ניכר שהוא זכר בשעת לידתו. אך הצ"פ מפרש כפשוטו שאינו נעשה זכר למפרע אלא רק משעה שנקרע ואילך. ומבואר מדבריו דאף שיש צד שמעיקרא היו לו סימני זכר מ"מ כיון שהיה מכוסה אין לו דין זכר ודאי ומקבל דין זכר ודאי רק כשנקרע. ואף שדבריו מחודשים מאד למאי דק"ל שטומטום הוא ספק מ"מ דבריו הם פתח להבנת סברת המ"ד שטומטום הוא בריה. דס"ל דדין זכר תלוי בסימני זכרות גלויים. ואם גופו בצורה שאין סימני הזכרות גלויים אין לו דין זכר אלא הוא בריה בפנ"ע. ורק כשנקרע הוא נעשה זכר מכאן ולהבא.

הזכרים דוחין אותו אצל נקבות. מבואר שאין טומטום יורש במקום שיש זכר ודאי. וזה מפני שהזכר הוא ודאי והטומטום הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי. וזה כמבואר ביבמות ל"ח. בספק ויבם בנכסי סבא שהיבם הוא ודאי יורש שהוא בן של הסבא, והספק הוא ספק אם הוא יורש דשמא הוא בנו של היבם, ואין ספק מוציא מידי ודאי.

לגבי טומטום וכת נחלקו הראשונים. הרא"ש כתב שהטומטום יורש ג' רבעים והבת רבע. והיינו משום דס"ל דדין זה דמי לשנים אוהזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי שמי שאומר כולה שלי נוטל ג' רבעים ומי שאומר חציה שלי נוטל רבע. וכן כאן הטומטום טוען שהוא זכר והכל שלו. והבת טוענת שמא הטומטום הוא נקבה ומגיע לכ"א חצי. וא"כ חצי ודאי של הטומטום, והחצי השני הוא ממון המוטל בספק וחולקין. הרמב"ם

אחר. אבל החוב של מזון הבנות בודאי ממוצט אף שהוא מחוסר גוביינא.

בהמשך דברי התוס' כבר נתבאר שההג"ה הראשון הוא כפירוש הראשון של הרשב"ם שגם אם אין האלמנה ממוצט מוציאים לבנות מזונות עד הבגרות. וההג"ה השני הוא כפירוש השני של הרשב"ם שאם אינה ממוצט הבנים והבנות והאלמנה ניזונים יחד כמבואר במהרש"א.

דף קמ:

עשו אלמנה אצל הבת ככת אצל האחים בנכסים מועטים. שיטת התוס' דדין זה לא איירי באלמנה ובת לבד, שבוזה לא הפקיעו את ירושת הבת בשביל האלמנה, וכן בבן ואלמנה לא הפקיעו את ירושת הבנים בשביל האלמנה. אלא איירי בבן ובת ואלמנה, בזה כיון שהפקיעו את ירושת הבנים מחמת הבנות, האלמנה קודמת לבת. ויש לעיין מאי איכא בין נידון זה אם עשו אלמנה אצל בת ככת אצל הבנים או לא לספק הראשון אם אלמנה ממוצט, שמבואר בתוס' שהצד שהיא ממוצט הוא שיש דין נכסים מועטים גם לגבי אלמנה במקום שיש בן ובת. אמנם בדברי המהרש"א מבואר דלעיל איירי היכא שיש נכסים כדי מזונות הבנים והבנות עד הבגרות. ולולא האלמנה לא היה בזה דין נכסים מועטים ולא היה הפקעה לירושת הבנים. בזה מספקא לגמ' דשמא כיון שיש הלכה של נכסים מועטים לגבי הבנות האלמנה ממוצט ויהיה דין של נכסים מועטים בין לגבי הבנות בין לגבי האלמנה. או דלמא אין האלמנה גורמת שיהיה מצב של נכסים מועטים. משא"כ הנידון של אלמנה במקום בת איירי שגם בלי האלמנה אין מספיק לבנים ולבנות, וגם בלי האלמנה יש כאן הפקעה לירושת הבנים. בזה פשוט לגמ' שהאלמנה קודמת לבנות כיון שבלא"ה כבר הופקעה הירושה מהבנים. ואין מזה פשיטות לספק אם אלמנה ממוצט או לא.

הרמב"ם בפ"ט מאישות הכ"א כתב שאם הניח אלמנה ובת ואין בנכסים כדי שיוזנו שתיהן האלמנה ניזונת והבת תשאל על הפתחים. ומשמע דמפרש כפשוטו שגם כשיש רק בת ואלמנה יש דין של נכסים מועטים והאלמנה ניזונת והבת תשאל על הפתחים. וכן כתב הרמב"ן בדעת הרמב"ם כמו שכתב המ"מ שם. וכתבו שאם אלמנה דוחה את הבת כ"ש שדוחה את הבן במקום שיש רק אלמנה ובן.

עוד כתב הרמב"ן דכיון שמסקנת הגמ' שאלמנה דוחה את הבת גם כשיש רק אלמנה ובת ממילא נפשט הספק אם אלמנה ממוצט או לא. שאם יש דין נכסים מועטים בשביל האלמנה פשיטא שהיא ממוצט שהרי היא מקבלת מיד את כל מזונותיה. ומה שכתבנו לעיל בשם המהרש"א שאין ראייה מכאן לספק דלעיל זה לשיטת התוס' שאלמנה דוחה את הבת רק במקום שיש בן ובת. אבל לרמב"ם ולרמב"ן שאלמנה קודמת גם כשיש רק בן או בת פשיטא שאלמנה ממוצט. ומה"ט לא הביא הרמב"ם כהל' כ' אלא את הספק של בת אשתו ושל בע"ה, ופסק שמספק אינן ממוצט, ואת הספק של אלמנה לא הביא כלל דס"ל שאחרי שנפשט שיש דין נכסים מועטים לגבי אלמנה וס"ל שזה גם באלמנה ובת לבד אין מקום להסתפק אם ממוצט או לא. ואף שמבואר בגמ' שיש יותר צד שבת אשתו ובע"ה ממוצט מאלמנה ואיך סובר הרמב"ם שבת אשתו ובע"ה אינם ממוצט ואלמנה כן ממוצט היינו שלפני שידעו שאלמנה אצל הבת ככת אצל האחים יותר פשוט שבת אשתו ובע"ה ממוצט מאלמנה אבל למסקנא שיש דין נכסים מועטים לצורך אלמנה פשוט שאלמנה ממוצט אף שבע"ה ובת אשתו אינם ממוצט. כמבואר כל זה ברמב"ן ע"ש. ועל מה שהקשו התוס' שאם אלמנה ממוצט מהו השיעור כתבו הרמב"ן והרשב"א שמוציאים מזונות של כל ימי חייה לפי

עם קנין מג' טעמים. א. דאין מטבע נקנה בחליפין. ב. דהוי אסמכתא כיון שתולה את ההתחייבות באם ילדה אשתו. ג. דהוי קנין דברים כיון שאמר יטול. לכן כתב הר"י מיגש דע"כ מתני' איירי בשכ"מ שדבריו ככתובין וכמסורין.

הרשב"א כתב על דברי הר"י מיגש דמה שכתב שאין מטבע נקנה בחליפין אין הכרח שהקנה המנה בחליפין די"ל שהקנה אגב קרקע. ועוד איכא למימר דמנה לאו מנה ממש קאמר אלא קרקע שוה מנה, ולזה מהני חליפין. על השאלה שזה אסמכתא כתב הרשב"א שאם זה אסמכתא גם שכ"מ לא יתחייב בזה שהחסרון של אסמכתא הוא דלא גמיר ומקנה, ולענין זה מה לי בריא מה לי שכ"מ. ועוד כתב הרשב"א דאסמכתא הוא רק כשזה דרך גזומא וקנס כגון אם אוכיר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי. אבל תנאי זה של אם תלד הוי ככל תנאי בעלמא שאינו אסמכתא.

על טענת הר"י מיגש דהוי קנין דברים כתב הרשב"א שאם זה קנין דברים גם במתנת שכ"מ לא יקנה שלא מצאנו חילוק בין בריא לשכ"מ במה שאינו אלא דברים בעלמא, דמלתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ. ועוד דיטול הוא לשון מתנה ואין זה קנין דברים. ורק בלשון אתן י"א דהוי קנין דברים ויש מן הגדולים שאמרו דאפי' אתן לא מקרי קנין דברים וכן נראה עיקר.

נמצא מחלוקת הר"י מיגש והרשב"א אם יש בהתחייבות של שכ"מ חסרון של אסמכתא ושל קנין דברים או לא. ביאור המחלוקת לגבי קנין דברים הוא שיש לדון אם החסרון של קנין דברים הוא משום דאין מעשה קנין מחייב אלא ממון ולא פעולה. דהיינו שזה חסרון במעשה הקנין שאינו יכול לעשות חיוב כזה. או שאין החסרון במעשה הקנין אלא שאין בתורה חיוב אלא חיוב ממון ואין מציאות של חיוב על עשיית פעולה אלא בגדרי המצוות ולא בגדי החיובים של חו"מ. שאם זה חסרון במעשה הקנין החסרון הוא רק במקום דבעינן מעשה קנין משא"כ בשכ"מ שקונה באמירה לבד בלי מעשה קנין אין חסרון של קנין דברים. אבל אם מה דלא מהני קנין דברים הוא מפני שאין מציאות של חיוב על פעולה גם בהתחייבות של שכ"מ יהיה חסרון של קנין דברים.

היד רמה לעיל ג. ס"ל דקנין אתן חשיב קנין דברים ולא מהני ואעפ"כ כתב שבדברים הנקנים באמירה מהני לשון אתן. וכתבנו שם להסתפק אם הרמ"ה כתב כן רק על אתן דאף דבעלמא אתן הוא התחייבות של פעולה והוי קנין דברים, במקום שיש גמירות דעת מיוחדת מפרשים לשון אתן כחיוב ממון. אבל קנין דברים ממש מודה הרמ"ה דלא מהני אפי' בדברים הנקנים באמירה. או שגם בקנין דברים ממש סובר הרמ"ה שהחסרון הוא רק במקום דבעינן מעשה קנין שאין מעשה הקנין יכול לעשות חיוב של פעולה, אבל במקום שההתחייבות חלה בדיבור בלי מעשה קנין יכול לחייב עצמו גם בפעולה ואין בזה חסרון של קנין דברים. ולפי מה שמבואר כאן ספק זה תלוי במחלוקת הר"י מיגש והרשב"א לגבי קנין דברים בהתחייבות של שכ"מ. דהיינו שבספק זה תלוי הדין של קנין דברים בהתחייבות של שכ"מ ובדברים הנקנים באמירה.

ילדה טומטום אינו נוטל. לפירוש הרשב"ם הטעם הוא משום דתנא דמתני' ס"ל דטומטום הוא בריה. לתוס' הטעם הוא שאין דעתו של אדם אלא על זכר או נקבה ודאי ולא על הספק. ואביי ס"ל שבזה מודו גם רבנן דרשב"ג, ורק לגבי קרבן ס"ל שדעתו נמי על ספק כיון דחזי להקרבה. אבל לגבי בנו גם לרבנן דעתו קרובה לבנו או לבתו ודאי ולא לספק. וגם תקנת מזון הבנות תקנו לפי דעת בני"א לודאי בת ולא לספק בת. ורבא ס"ל דרבנן פליגי על רשב"ג גם כאן וסיפא דמתני' כרשב"ג.

כתב בפ"ה מנחות ה"א שטומטום ובת יורשים שניהם בשוה.

רע"א מקשה שלכאורה צריך להיות הדין בטומטום ובת לא כהרא"ש ולא כהרמב"ם אלא שהטומטום ירש הכל. שהטומטום הוא ודאי שגם אם הוא בת יש לו חצי. והבת היא ספק שאם הטומטום הוא בן אין לבת כלום, ונימא בזה אין ספק מוציא מידי ודאי כמו בטומטום ובן שהבן הוא ודאי והטומטום ספק. ולא דמי לשנים אוהזין בטלית ששם אין לומר אין ספק מוציא מידי ודאי כמו שכתבו התוס' בב"מ ב.

רע"א שנדפס בגליון הרמב"ם כתב על שאלה זו בזה"ל צ"ל דכל כמה שאין בפנינו בן מקרי גם הבנות ודאי והוא בא לדחות ודאי שלהן מכח ספיקות בן ידידה, בכה"ג לא אמרינן הכי, ושאיני ספק ויבם דמלבד הספק היבם הוא ודאי לפנינו והוא בא לגרוע ירושתו מכח ספיקתו עכ"ל. לכאורה כונתו שבספק ויבם היבם הוא ודאי יורש והוא יודע בודאות מכח מה הוא יורש שהוא ודאי בן וספק אם יש עוד בן. וכן בבן וטומטום הבן יודע שהוא ודאי בן. משא"כ בטומטום ובת אמנם הטומטום ממ"ג יש לו חלק בירושה, אבל אין זה ודאי אם הוא יורש כבן או כבת. וכיון שמה שהוא ודאי הוא מכח ספק בן ספק בת אין הוא נחשב ודאי לדחות בת ודאית אף שלא ודאי שיש לה חלק בירושה.

עכ"פ חזינן ברמב"ם וברא"ש מאיזה טעם שיהיה שאין הטומטום נחשב ודאי לגבי הבת. ואכתי צריך לברר במאי פליגי הרא"ש והרמב"ם אם חולקים בשוה או שהטומטום מקבל ג' רבעין והבת רבע. טעמו של הרא"ש דדמי לזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי. ועיין בתוס' בריש ב"מ שמבארים אמאי לא אמרינן בזה אין ספק מוציא מידי ודאי. וכיון שגם כאן לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי כמו שנבאר א"כ יש לדמות להתם. אך דברי הרמב"ם צ"ב אמאי חולקים שאם לא אמרינן הכא אין ספק מוציא מידי ודאי צריך להיות הדין כשנים אוהזין כמו שכתב הרא"ש.

הקו"ש באות תע"ט כתב בשם הגר"ט זצ"ל שאחרי שקיבל הטומטום חצי מדין בת תביעתו על החלק השני הוא דשמא הוא בן ואין ספק בן מוציא מודאי בת. ומחלוקת הרא"ש והרמב"ם בזה הוא במה שנחלקו הראשונים לגבי ספק בן במקום ודאי אחי אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי או לא. והובא המחלוקת בה בקובה"ע ס' מ' אות ח'. הרא"ש ס"ל דרחוק במקום קרוב אינו נחשב יורש וא"כ גם הבת היא ספק יורש. וא"כ הדר דינא דזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי. והרמב"ם ס"ל שרחוק במקום קרוב יש לו שם יורש א"כ הבת היא ודאי ואין ספיקו של הבן מוציא מודאי בת. גם בספר זכרון שמואל ס' ס"ב שכתב על דרך זה ומאריך בזה ע"ש.

עוד כתב בזכרון שמואל שם שיש לחלק לענין זה בין ספק בן במקום ודאי אחי לספק בן במקום ודאי בת. שקדימת בן לאח הוא מפני שבן קרוב יותר מאח. בזה יש יותר מקום לומר שאין הרחוק נחשב יורש במקום שיש קרוב ממנו. משא"כ ספק בן במקום ודאי בת שאין קדימת הבן לבת מפני שהוא יותר קרוב אלא שיש קדימה של זכרים לנקבות. בזה יש יותר סברא לומר שיש על הבת שם יורש גם במקום בן. וא"כ י"ל שאין ספק בן מוציא מודאי בת גם אם לא אמרינן הכי בספק בן במקום ודאי אחי. כל זה לגבי טומטום במקום בת לצד שטומטום הוא ספק. ואכתי יש לדון מה הדין של טומטום במקום בת למ"ד שהוא בריה. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד בסמוך בסוף המשנה.

אם תלד אשתי זכר יטול מנה. כתב הרשב"ם דאיירי במחלק נכסיו ומצוה לקיים דברי המת. א"נ בבריא עם קנין שזיכה לו ע"י אחר. הר"י מיגש כתב שא"א לפרש בבריא

ממשפחתו וירש אותה. בזה יש לדון היכן מקומו בסדר הנחלות אם לפני בת או אחרי בת. אבל לפירוש הראשון שנלמד מבן אין לו עיין עליו ומבת אין לו עיין עליה הוא שזה לבן ולבת ככל מה שנתרבה מבן אין לו עיין עליו ששזה לבן. ומה שאינו יורש במקום בן הוא משום דמי יימר שנתרבה מבן אין לו אולי נתרבה מבת אין לו. אבל בודאי שלא גרע מבת ולכן יורש עמה.

התוס' רי"ד מבאר מה שטומטום יורש כשהוא לבדו אף שהוא בריה, דבריה היינו דאינו זכר ולא נקבה, ולענין עולה ושלמים זכר ונקבה כתיב, ובריה לא יכול להיות לא עולה ולא שלמים מפני שאינו לא זכר ולא נקבה. אבל לגבי ירושה לא כתיב זכר או נקבה אלא בן ובת והני או בן או בת הן. ומבואר בתוס' רי"ד שהשם בן ובת אינו בהכרח תלוי בדין זכר ונקבה. ולענין בן ובת לכו"ע טומטום הוא ספק אף שלגבי השם זכר ונקבה הוא בריה. ולדבריו בודאי דלא גרע מבת ויורש עמה בשוה.

דף קמא.

תוד"ה אלא לאביי. כתבו שלר"ח קדושת אמו חלה עלי וראוי לעולה אם הוא זכר ונקבה לזבחי שלמים. עיין ברש"ש שמבאר איך משכחת ולד בעולה הרי עולה הוא זכר דקאי כמ"ד שהמפריש נקבה לעולה וילדה זכר יקריבנו עולה או בתמורת עולה.

כל אינו מניח בן ליורשו הקב"ה מלא עליו עברה. עיין קו"ש דאין העברה בגלל שלא הניח בן שאין זה תלוי בו. אלא מה שלא הניח בן הוא סימן שהקב"ה מלא עליו עברה עבור דבר אחר.

תוד"ה אידיך. הקשו אמאי חולקים ולא אמרינן המוציא מחברו עליו הראיה. דהיינו דסברו דאיירי במתנת שכ"מ ומת הנותן והבת באה להוציא מן הבן שהוא היורש. וכתבו דקאי כסמכות דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין אבל לרבנן יהיה הדין הממעי"ה. א"נ איירי בחיי האב והיה מתנת בריא עם קנין ובוזה שניהם באים להוציא מהאב ואין אחד מוחזק יותר מהשני לכן חולקים. וקשה אם שניהם באים להוציא מהאב יפטר האב לגמרי שלכ"א מהם יש לו טענת הממעי"ה. וצריך להוסיף בדברי התוס' מה שכתב הריטב"א דאיירי שכתבו הרשאה זה לזה ולכן ממ"נ הם מוציאים את כל הממון מהאב. ואין הנידון בינם לבין האב אלא בינם לבין עצמם, וכיון שאין אחד מהם מוחזק יותר מהשני חולקים.

דף קמא:

דתניא המבשרני במה נפטר רחמה של אשתי. לגרסת הרשב"ם מבואר בברייתא שאם אמר אם זכר מנה אם נקבה מנה ילדה זכר נוטל מנה ילדה נקבה נוטל מנה. ואח"כ קתני שאם ילדה זכר ונקבה אין לו אלא מנה. ע"ז פריך והא זכר ונקבה לא אמר. דאף שאמר שיטול על זכר לבד או על נקבה לבד על זכר ונקבה יחד לא קאמר. ומשני שפירש שגם אם תלד זכר ונקבה יחד יטול מנה. מכאן למד הרשב"ם לעיל במשנה שאם אמר אם תלד אשתי זכר יטול מנה ואם תלד נקבה יטול מאתים אם ילדה תאומים אינם נוטלים כלום. דאף שפירש זכר ונקבה הכונה כל אחד מהם לחוד ולא שניהם יחד. והובא לעיל שהנ"י כתב שאין ראייה מכאן דמבשר שאני דכיון שהתחייב למבשר יש צד לומר שאין דעתו על בשורת תאומים. אבל במשנה שהחויב לולדות עצמם דעתו גם על תאומים. וכדבריו כתב הרמב"ן כאן.

הא דס"ד שיטול יותר ממנה דאיצטריך לאשמועינן שאינו נוטל אלא מנה כתבו הרמב"ן והנ"י דס"ד שמה שאמר

הרמב"ם בפ"ח מזכיה ה"ו כתב אמר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ואם נקבה מאתים ילדה זכר נוטל מנה ילדה נקבה נוטלת מאתים. ילדה זכר ונקבה הזכר נוטל מנה והנקבה מאתים. משמע שמפרש את המשנה כפשטותה שגם בלידת תאומים נוטל הזכר מנה והנקבה מאתים ולא כרשב"ם. גם הנ"י כתב שהמפרשים חולקים בזה על הרשב"ם. הרשב"ם כתב ב' טעמים שתאומים אינם נוטלים. א. שמא לא היה חפץ בלידת תאומים. ב. אין תאומים בכלל אם זכר אם נקבה דמשמע זכר לבדו ונקבה לבדה. דהיינו שלפירוש הראשון תאומים הם בכלל הלשון ואעפ"כ אינם בכלל ההתחייבות שאין דעתו על תאומים. ולפירוש השני תאומים אינם בכלל לשון ההתחייבות כמבואר במהרש"א.

הרשב"ם מביא ראייה לדבריו מלקמן קמ"א: דמפורש שם בגמ' שאם אמר אם זכר מנה ואם נקבה מנה וילדה תאומים אינו חייב כלום. אף הנ"י לשיטתו כתב דהתם שאני שלא נתחייב לולד אלא למבשר, אבל היכא שמחייב עצמו לולד דעתו של אדם קרובה אצל בנו ודעתו גם על תאומים.

עוד כתב הרמב"ם שם שאם אמר אם ילדה זכר יטול מנה ואם נקבה מאתים וילדה טומטום או אנדרוגינוס נוטל כפחות שבשניהם. וזה דלא כמבואר במשנה שאינו נוטל כלום דתנא דמתני' ס"ל שטומטום הוא בריה ואנן קי"ל דהוי ספק לכן נוטל כפחות שבשניהם. ומבואר לפ"ז שהרמב"ם פוסק שגם אנדרוגינוס הוא ספק ולא כהטור שפסק בס' ר"פ שרק בטומטום קי"ל שהוא ספק אבל אנדרוגינוס הוי בריה. וכן כתב היד רמה כאן באות כ"ב דרבנן פליגי על רשב"ג רק בטומטום דס"ל דהוי ספק אבל באנדרוגינוס מודו רבנן דהוי בריה. וכ"כ הריטב"א שבאנדרוגינוס מודה רבא לאביי שאינו מקבל מזונות מפני שאינו ספק אלא בריה.

הלח"מ בפ"ח מזכיה ה"ו מקשה מדברי הרמב"ם בפט"ו ממע"ה ק"ה"ה ששם פסק הרמב"ם כרשב"ג שאם אמר אם תלד זכר הרי הוא עולה ילדה טומטום ואנדרוגינוס אינם קדושים. וכן מקשה סתירה בדברי הטור בענין זה ע"ש. ועיין עוד בלח"מ בפ"ד מאישות הי"א שמאריך בענין טומטום ואנדרוגינוס.

אין שם יורש אלא הוא יורש הכל. מה שטומטום יורש כשאין שם אלא הוא, אם הוא ספק ממ"נ הוא יורש או מדין בן או מדין בת. ואם הוא בריה כתב הרשב"ם שהוא יורש מקרא דאם בן אין לו עיין עליו או מאם בת אין לו עיין עליה. א"נ משום דקרינא ביה הקרוב אליו ממשפחתו וירש אותה. ויש לעיין מה הדין של טומטום במקום בת למ"ד דהוי בריה. טומטום במקום בן מפורש במשנה דאינו יורש. ולמ"ד דהוי בריה הטעם הוא שזכר גמור קודם לבריה שאינו זכר גמור. אבל בטומטום ובת יש לדון היכן מקומו של בריה זו בסדר הנחלות. ונ"מ מזה למעשה לפוסקים שאנדרוגינוס הוא בריה.

הטור בס' ר"פ כתב שאנדרוגינוס שהוא בריה אין לו כלום עם הבן. ואם הוא עם הבת הוא יורש עמה בשוה. הב"י תמה על דברי הטור מניין לו לחלק בין בריה במקום בן שאינו יורש כלל לבריה במקום בת שיוורש עם הבת. וכתב ע"ז הדרכי משה ואין תמיהתו כלום דאנדרוגינוס לא גרע מבת. דהיינו דס"ל כיון שבריה זו דומה במקצת לבן ובמקצת לבת הוא גרע מבן ואינו יורש עמו אבל לא גרע מבת. ומה שאינו ניזון כבת הוא משום דתקנת מזונות הוא דוקא לבת ולא לבן אף שהוא עדיף מבת. ולכן בריה אף דלא גרע מבת אינו בכלל תקנת מזונות. אבל לגבי ירושה אם בריה לא גרע מבת אין סיבה שבת תירש לפניו.

ונראה שמה שיש לדון בזה הוא לפירוש השני של הרשב"ם דמה שבריה יורש הוא משום דהוי בכלל הקרוב אליו

אלא במקום שבבריא מהני קנין. והקשו מהא דמבואר לקמן קמ"ח. ששכ"מ שאמר הלואתי לפלוני קנה אע"ג דליתיה בבריא אפי' בקנין. רע"א תמה על דברי התוס' דלקמן קמ"ז: מבואר דכל דאיתא בבריא איתא בשכ"מ ודליתא בבריא ליתא בשכ"מ. והקשו ע"ז מדין זה של הלואתי לפלוני. ומשני שאני הלואתי לפלוני הואיל ויורש יורשה. ועוד שגם הלואה איתא בבריא במעמד שלושתן. אבל לולא זה לא היה מהני הלואתי לפלוני במשכ"מ כיון דליתא בבריא. וזה כמבואר כאן לגבי מזכה לעובר ומה הקשו התוס'. וכתב בזה הרש"ש דהקשו בסמוך ולימא מתני' ר' יוסי דס"ל שעובר יורש. ומשני שאני ירושה הבאה מאליה. דהיינו שמבואר דאף שעובר יורש א"א להקנות לעובר במתנת שכ"מ. וע"ז קאי קושית התוס' דמבואר לקמן דהלואתי לפלוני כיון דאיתא בירושה איתא במתנת שכ"מ ואמאי מבואר כאן דאף שעובר יורש אינו זוכה במתנת שכ"מ. כדברי הרש"ש כתב גם האו"ש בפ"א מנחלות בסוף הי"ג ד"ה ובהתימא.

התוס' תירצו דאף שהלואתי לפלוני איתא בשכ"מ אף דליתא בבריא, הקנאה לעובר דליתא בבריא ליתא נמי בשכ"מ דלאו כולהו בחדא מחתא מחתינהו. ולדברי האו"ש והרש"ש הכונה שרק בהלואה מהני מה דאיתא בירושה שיועיל בזה מתנת שכ"מ, משא"כ בהקנאה לעובר דאף שירושה יש לו זכיה אין לו אפי' במתנת שכ"מ. והטעם מבאר האו"ש שרק בהלואתי לפלוני שהחסרון הוא בדבר הנקנה מהני מה דאיתא בירושה. אבל בעובר שהחסרון הוא בקונה לא מהני מתנת שכ"מ אף שיש לעובר זכיה בירושה דממילא.

איתא בסוף פ"ק דגיטין דף י"ד: ששכ"מ שאמר הולך מנה לפלוני ומת מקבל בחיי הנותן נותנים ליורשי מקבל. והקשו התוס' אמאי נותנים ליורשי המקבל הרי מתנת שכ"מ אינו חל עד אחר מיתת הנותן ואין יזכה המקבל כשהוא מת לפני חלות המתנה. שיטת התוס' שם שבמיתת הנותן זוכה המקבל למפרע מזמן אמירת השכ"מ כמו שמבאר הקצות בס' ר"נ סק"א. שיטת הר"ן והרשב"א הוא שנותנים ליורשי מקבל משום דאף שבבריא הולך לאו כזכי הולך של שכ"מ הוא כזכי. א"כ המקבל אינו קונה מכח דברי שכ"מ אלא מכח זכיות השליח שהוא מיד בשעה שאמר השכ"מ הולך.

הקצה"ח בס' קכ"ה סק"ה כתב לבאר באופן אחר ע"פ מה שמבואר לקמן קמ"ח. ששכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני הואיל ויורש יורשה. וכתב שם הרשב"ם שהוא משום דמתנת שכ"מ כירושה שוויה רבנן כמבואר לקמן קמ"ט. וכיון שמתנת שכ"מ הוא כירושה כמו שביירושה נחלה מממשות וזוכה המת בקבר להנחיל ליורשיו, כך במתנת שכ"מ יש זכיה בקבר להנחיל ליורשיו. ולכן אף שמת מקבל בחיי הנותן זוכה המקבל בקבר להנחיל ליורשיו.

האו"ש בפ"ט מזכיה הי"ג כתב על דברי הקצות שנעלם מעין בהיר שמועה שלימה דפרק מי שמת דאף לר' יוסי דעובר איתא בירושה דממילא אפ"ה אינו זוכה במתנת שכ"מ. ומבואר מזה דמה שיש למתנת שכ"מ דין ירושה הוא רק לגבי הדבר הנקנה דכל דבר דאיתא בירושה אף שאינו נקנה בקנין של בריא נקנה במתנת שכ"מ. אבל כשהחסרון הוא בקונה לא מהני מתנת שכ"מ אף דאיתא בירושה. וכמו שאין עובר זוכה במתנת שכ"מ אף שישנו בירושה דממילא כך מת אינו זוכה במתנת שכ"מ אף דאיתא במשמוש ירושה.

למה שמבאר האו"ש בהל' נחלות את השאלה והתירוצ' של התוס' קושית התוס' היא ממש כקושית האו"ש בהל' זכיה על הקצות. דהקשו אמאי לא מהני מתנת שכ"מ לעובר הרי

שאם יולדו תאומים זכר ונקבה יטול מנה היינו מנה לכל עובר, קמ"ל דאין לו אלא מנה אחד. הריטב"א כתב דלא גרסינן אם ילדו זכר ונקבה יחד יטול מנה אלא יטול סתם. ולכן ס"ד שחייב מנה כנגד כל וולד קמ"ל שאין חייב אלא מנה אחד. אבל לגרסא יטול מנה כתב הריטב"א שלא מוכן מאי קמ"ל שאינו נוטל אלא מנה.

למעוטי נפל. כתב השיטה בשם תוס' הרא"ש דהוי מצי למימר למעוטי טומטום כמבואר לעיל במשנה, אלא נקט נפל שזה לדברי הכל משא"כ טומטום תלוי במחלוקת דלעיל אם הוא ספק או בריה.

נכסי להאי דמעברת הוי מזכה לעובר והמזכה לעובר לא קנה. הרשב"ם מפרש מזכה לעובר במזכה ע"י אחר. נחלקו הראשונים אם מה שזכין לקטן הוא מן התורה או מדרבנן. ותלוי אם זכיה מטעם שליחות או לא. אם זכיה לאו מטעם שליחות זכין לקטן מן התורה. ואם זכיה מטעם שליחות זכין לקטן אינו אלא מדרבנן. כן מבואר בתוס' בכתובות י"א. ובראשונים בקידושין מ"ב. וברע"א בכתובות י"א. יש צד לומר שאפי' אם זכיה מטעם שליחות זכין לקטן מן התורה. שמה שאין שליחות לקטן אינו מפני שלא יכול להיות שליח לקטן אלא מפני שאין קטן יכול לעשות מינוי שליחות. ובזכין שנעשה שלוחו מאליה בלי מינוי יש שליחות גם לקטן. ויש לעיין בזכיה לעובר דמוכח בסוגיא שמה שאין זכיה לעובר הוא מפני שעובר לאו בר זכיה ולא משום שאין דין זכין לעובר שאינו בר שליחות, דר"נ ס"ל בסמוך שאם אומר לכשתלד קנה. ואם יש חסרון בדין זכין שאין שליחות לעובר לא היה מועיל גם לכשתלד, שנעשה הקנין נעשה עכשיו בשביל העובר והוא צריך להיות שלוחו של העובר עכשיו על מעשה הקנין שיחול כשילד. וגם ר"ה שחולק היינו משום דס"ל שאין אדם מקנה לדשלב"ל ולא בגלל חסרון בשליחות לעובר. ועוד דרב ששת ס"ל לקמן שמזכה לעובר קנה בעודו עובר. ויש לעיין אם גם בעובר יש צד שזכין לעובר מן התורה או שבעובר בודאי שהזכין אינו אלא מדרבנן. וכן לסברת רע"א שיכול להיות שליח לקטן כשלא צריך מינוי אולי לעובר ליכא שליחות כלל גם כשלא צריך מינוי. או שעובר שזה לקטן לענין זכין ולסוברים דזכין לקטן מן התורה הי"ג שזכין לעובר מן התורה ומה שאין זכיה לעובר הוא לא חסרון בשליחות אלא בזכיה של העובר.

התוס' כתבו בד"ה נכסי להאי דמעברת דאיירי במתנת שכ"מ. והוכיחו מזה שגם שכ"מ אינו יכול להקנות לעובר. ונראה שגם הרשב"ם שכתב על המזכה לעובר דאיירי במזכה ע"י אחר אינו חולק על התוס' דהרשב"ם קאי על הדין של המזכה לעובר שזה איירי בבריא המזכה ע"י אחר. אבל גם הרשב"ם יכול להודות דהוא דאמר לדביתהו נכסי להאי דמעברת איירי בשכ"מ. והגמ' לומדת ששכ"מ אינו יכול להקנות לעובר מהא דבריא אינו יכול לזכות לעובר.

הקצה"ח בס' רמ"ח סקי"ג כתב בשם שו"ת הרא"ש דאף דמתנת שכ"מ יכול לחול אף שבזמן החלות הנותן כבר אינו בעולם שכל מתנת שכ"מ חל אחר מיתת הנותן, מ"מ לענין הקונה לא מצינו חילוק בין מתשכ"מ למתנת בריא וגם בשכ"מ בענין שיהיה הקונה בעולם. וכתב הקצות שלא היה הרא"ש צריך לומר דלא מצינו אלא שמבואר להדיא כאן דלא מהני הקנאה של שכ"מ לדבר שלא בא לעולם. וזה ע"פ דברי התוס' שכתבו דאיירי הכא בשכ"מ. וגם הרשב"ם אינו חולק בזה על התוס' שרק על הדין של המזכה לעובר כתב דאיירי בבריא שמזכה ע"י אחר ולא על האי דאמר לדביתהו.

תוד"ה נכסי להאי דמעברת. כתבו דאיירי בשכ"מ ואף דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורין דמו לא מהני דברי שכ"מ

קנה ויכול להעמיד המושג כשאמר לשלשל. א"נ מה דסבר ר"נ שמזכה לעובר לא קנה היינו כשאנו בנו ומתני' איירי בבנו דדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמבואר לקמן קמ"ב: מבואר בדברי התוס' שדעתו של אדם קרובה אצל בנו מהני שיזכה גם בעודו עובר ולא רק לענין לסלק החסרון של דשלב"ל ויזכה כשילוד, שלשלשל מהני לר"נ גם שלא בבנו, וזה התי' הראשון. ומוכח שלתי' השני בבנו קנה בגלל שדעתו קרובה אצל בנו גם בעודו עובר. ונחלקו בזה הראשונים כמו שיתבאר בס"ד לקמן.

ולימא ליה ר"מ היא. רבינו יונה מקשה מה שאלת הגמ' הרי א"א בזה לישב את שאלתו של ר"נ ולומר דמתני' ר"מ ור"ה ס"ל כרבנן שהרי ר"ה בעצמו סובר כר"מ. אמנם מדברי הרשב"ם שמבאר בשאלת הגמ' דר"ה ס"ל כר"מ מבואר דס"ל שאין כונת הגמ' לישב בזה אלא להקשות אמאי אמר ר"ה איני יודע מי שנאה. וכן מפורש ברמב"ן ע"ש. ולא דמי לשאלת הגמ' ונימא ליה ר' יוסי היא ששם מפרש הרשב"ם שר"ה יתרץ דמתני' ר' יוסי ואיהו סבר כרבנן. הרשב"א והריטב"א כתבו ששאלת הגמ' די"ל דמתני' ר"מ דס"ל אדם מקנה דשלב"ל, וס"ד דלר"מ אדם מקנה גם לדבר שלא בא לעולם, ור"ה עצמו אף דס"ל אדם מקנה דשלב"ל מ"מ ס"ל דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם. והגמ' דוחה שגם ר"מ לא ס"ל אדם מקנה אלא בדשלב"ל ולא לדבר שלא בא לעולם.

לדבר שאינו בעולם מי שמעת ליה. בלשון הגמ' מבואר שהחילוק הוא בין הקנאת חפץ שאינו בעולם לבין הקנאה לאדם שאינו בעולם. וכן כתב רש"י בגיטין י"ג: אך הרשב"ם כאן לכאורה מפרש בענין אחר. שהרשב"ם כתב וז"ל אימור דשמעת ליה לר"מ בדבר שישנו בעולם בשעת קנין אלא שעדיין לא הגיע זמנו לקנות כדקתני הרי את מקודשת לאחר שאתגיייר לאחר שתתגיייר וכו' האשה הנקנית לו הרי היא בעולם אלא שעדיין לא נתגייירה ולא הגיע זמנה לקנות אבל עובר אינו בעולם ולא קני מידי להכי איני יודע מי שנאה. הרי שמחלק בין דבר שישנו בעולם אלא שאינו ראוי לקנין לבין דבר שאינו בעולם כלל, ולא בין חפץ שאינו בעולם לקונה שאינו בעולם.

אמנם א"א לפרש דברי הרשב"ם כפשוטם שמפורש בכמה דוכתי שלר"מ אפשר להקנות פירות דקל אף שבזמן הקנין הפירות אינם בעולם כלל. וע"כ שגם הרשב"ם מודה שעיקר החילוק שנזכר בגמ' הוא בין דשלב"ל לבין לקונה שאינו בעולם, והחילוק שמחלק הרשב"ם בין אם הדבר בעולם ואינו ראוי שיחול בו הקנין לבין דבר שאינו בעולם כלל הוא רק לגבי קונה שאינו בעולם. אבל חפץ שאינו בעולם נקנה לשיבא לעולם לר"מ גם כשאנו בעולם כלל.

הרשב"ם בא לישב בזה את קושית התוס' בגיטין י"ג: שהקשו על מה שהגמ' אומרת כאן דר"מ מודה שאין אדם מקנה לדבר שאינו בעולם שהמקור דר"מ אית ליה אדם מקנה דשלב"ל הוא מהמשנה בקידושין הרי את מקודשת לי לאחר שתתגיייר, ובאותה משנה כתוב גם לאחר שאתגיייר שזה הקנאה לאדם שאינו בעולם, ומבואר שגם בזה לר"מ קנה. וכתבו התוס' שגם לפני הגיירות המקדש הוא בעולם אלא שאינו ראוי לתפיסת קידושין. בזה סובר ר"מ שאפי' שהחסרון הוא בקונה ולא בחפץ הקנין חל. ומה שמודה ר"מ שאין אדם מקנה לדבר שאינו בעולם הוא רק כשהקונה אינו בעולם כלל כמו במזכה לעובר. ולגבי זה איכא חילוק בין החפץ שאפי' שאינו בעולם כלל מהני לר"מ לבין הקונה שאם אינו בעולם כלל לא מהני. דהיינו שהרשב"ם אינו מפרש את החילוק שנזכר בגמ' אלא מבאר שהחילוק בין החפץ לקונה הוא כשאנו בעולם כלל, אבל

הוא יורש וכל דאיתא בירושה איתא במתנת שכ"מ כמבואר לקמן גבי הלואתי לפלוני. וזה כדברי הקצות שלמד מהגמ' לקמן שמת יכול לזכות מתנת שכ"מ בקבר כיון דאיתא בירושה. ותירוצ' התוס' הוא דמה שמבואר שם הוא רק לגבי חסרון בדבר הנקנה ולא כשהחסרון הוא בקונה כדמוכח הכא מעובר. וזה כמו שמוכח האו"ש מאן דלא כהקצות. האו"ש כתב בסוף דבריו שבמקום אחר הוא ביאר ע"פ דבריו את דברי התוס' כאן. וכונתו למה שכתב בפ"א מנחלות. ולדבריו שם יוצא ששאלתו על הקצות היא קושית התוס'. ותי' התוס' דלאו כולהו בחדא מחתא מחתינהו הוא החילוק שכתב האו"ש בין חסרון בדבר הנקנה לחסרון בקונה.

עוד מקשה רע"א על מה שכתבו התוס' דהלואתי לפלוני ליתיה בבריא אפי' בקנין דאי איתיה בבריא בקנין א"כ שכ"מ ובריא שוים, מה הוצרכו לראיה ע"ז הרי מפורש שם דהלואתי לפלוני ליתיה בבריא. עיין מה שכתב בזה האו"ש בפ"א מנחלות סוף ה"ג בד"ה ובהתימא.

איתיביה האומר אם ילדה אשתי זכר וכו'. הרשב"ם לעיל במשנה כתב דמתני' איירי במחלק נכסיו ומצוה לקיים דברי המת א"נ בבריא וזיכה לו ע"י אחר. והקשה הרשב"ש שם בשלמא לפשט השני דאיירי בבריא עם קנין שפיר הקשו מזה על ר"ה דאית ליה מזכה לעובר לא קנה, אבל לפירוש הראשון ברשב"ם שלא היה קנין אלא מצוה לקיים דברי המת מה שאלת הגמ' משם על ר"ה הא לא איירי מתני' בקנין אלא במצוה לקיים דברי המת. ואף שאין זכיה לעובר מ"מ כשצויה לתת לעובר מצוה לקיים דבריו.

ויש להביא ראיה מדברי הרשב"ם למה שדנים האחרונים בגדר מצוה לקיים דברי המת. שמכמה ראשונים מוכח דאין זה אלא מצוה ולא נעשה ע"י מצוה זו שום קנין. התוס' בכתובות פ"ו. הקשו על רש"י שכתב שלא כופין על מצוה דרבנן מהא דכופין על מצוה לקיים דברי המת אף שאינו אלא מדרבנן. ואם מצוה לקיים דברי המת הוא קנין אין מקום לקושייתם. וכן מבואר ברמ"א בחור"מ ס' רנ"ב סע' ב' שמחלק בין מתנת שכ"מ למצוה לקיים דברי המת לענין אם עבר היורש והקנה לאחר. שאם נתן במתנת שכ"מ המקבל מוציא מהלוקח. ואם רק מצוה לקיים דברי המת חלה מכירת היורש ואין המקבל מוציא מהלוקח. וזה מפני שמצוה לקיים דברי המת אינו אלא מצוה ולא קנין. וכן מוכיח המחנ"א בדיני זכיה ס' כ"ט מהר"ן בגיטין י"ג. שכתב שאם היורש הוא קטן אין עליו מצוה לקיים דברי המת דקטנים לאו בני מצוה נינהו. ואם היה בזה קנין לא היה נ"מ בין יורש קטן לגדול.

אמנם מדברי רש"י בגיטין י"ד: מוכיח המחנ"א שם שחולק על הר"ן וס"ל שמדרבנן מצוה לקיים דברי המת הוא קנין. וא"כ לרש"י לשיטתו לא קשיא מה שהקשו עליו התוס' בכתובות פ"ו. וכן מוכיח המחנ"א מדברי התוס' בגיטין פרק השולח ע"ש. וכן מוכח מהתוס' לקמן קמ"ט. שהקשו למה הוצרכו לתקן שדברי שכ"מ ככתובין ומסורין ת"ל שמצוה לקיים דברי המת. ואם מצוה לקיים דברי המת אינו אלא מצוה הא איכא נ"מ טובא לדברי הרמ"א אם עבר היורש ומכר וכן נ"מ ליורש קטן. אלא משמע דס"ל דהוי קנין. ואם מצוה לקיים דברי המת הוא קנין יתישב קושית הרשב"ש על דברי הרשב"ם דאף שהרשב"ם מפרש מתני' מדין מצוה לקיים דברי המת שפיר מקשה ר"נ משם על ר"ה שאם מזכה לעובר לא קנה גם מצוה לקיים דברי המת ליכא כשהמקבל הוא עובר שאין לעובר זכיה בקנין שנעשה ע"י מצוה לקיים דברי המת.

תוד"ה איתיביה. כתבו שלר"נ עצמו לא קשיא אע"ג דאיהו נמי סבר המזכה לעובר לא קנה דר"נ ס"ל לשלשל

כשישנו בעולם אלא שאינו ראוי לקנין בזה מהני לר"מ גם כשהקונה אינו ראוי לקנין.

הביאור בדברי התוס' בגיטין וברשב"ם כאן שמה שמודה ר"מ שאין אדם מקנה לדבר שאינו בעולם הוא רק כשאינו בעולם כלל, ולא כשהוא בעולם אלא שאינו ראוי לקנין, הוא שמה שלקונה שלא בא לעולם גרע מחפץ שאינו בעולם הוא שמעשה הקנין נעשה בין המקנה לקונה ואם אין קונה בעולם אין עם מי לעשות מעשה קנין. וזה קיים רק כשאין הקונה בעולם כלל ולא כשנמצא בעולם אלא שאינו ראוי לקנין. דהיינו שלדבר שלא בא לעולם כשנמצא בעולם אלא שאינו ראוי לקנין דמי ללא בא לעולם שאינו בעולם כלל, דבתרומתו יש עם מי לעשות את הקנין. ורק כשאין הקונה בעולם כלל אין למי להקנות בזה מודה ר"מ דלא מהני.

לימא ליה ריב"ב היא. כתב הרמב"ן ששאלת הגמ' דנימא דמתני' איירי בלשון ירושה וקנה מדין הנחלה כריב"ב. ור"ה איירי בלשון מתנה ובוזה אין זכיה לעובר. ומבואר בגמ' שהשאלה הראשונה היא גם בלי ר' יוסי, דאף שאין לעובר זכיה אפי' בירושה דממילא מ"מ כשילד אחר מיתת אביו הוא יורש, א"כ כבר עכשיו הוא נחשב ראוי ליורשו ויכול האב להנחיל לו כדי שיקבל ירושה אחר מיתת האב.

לדבר שאינו בעולם מי אמר. תירוצו הגמ' היא שא"א להנחיל אלא למי שראוי לרשת בזמן ההנחלה ולא למי שיהיה ראוי אח"כ לרשת. וטעם הדבר תלוי במחלוקת האחרונים שהובא לעיל כק"ז: וק"ל. שלרע"א בתש' קל"ב, השע"מ בהל' נחלות, והנתיבות בס' רפ"ג סק"ג שא"א להנחיל דשלב"ל, והוא משום דס"ל שהנחלה אינה חלה על האדם שנעשה יורש אלא על הממון, וכשם שאינו יכול להקנות ממון שלא בא לעולם כך אינו יכול להנחיל ממון שלא בא לעולם, א"כ ה"ה שא"א להנחיל לאדם שאינו בעולם בשעת ההנחלה כמו שאינו יכול להקנות לאדם שאינו בעולם. ולקצות בס' רנ"ג סק"ט דס"ל דמהני הנחלה בדשלב"ל משום דס"ל שבהנחלה הוא עושה את המקבל ליורש, וממילא הוא יורש את הנכסים שנמצאים בשעת מיתת המוריש, זה דקא בהנחלה על ממון שאינו בעולם אבל להנחיל לאדם שאינו בעולם אינו יכול שאין מי לעשות יורש. דהיינו שלסוברים שהנחלה הוא על הממון לא מהני הנחלה למי שאינו בעולם כמו שלא מהני הקנאה למי שאינו בעולם. ולסוברים שהנחלה הוא על האדם שנעשה יורש אם אינו עכשיו בעולם אינו יכול לעשותו יורש.

ולימא ריב"ב היא וסבר כר"י. דאמנם אינו יכול להנחיל למי שאינו ראוי עכשיו לרשת אף שאח"כ יהיה ראוי לרשת, מ"מ אולי ס"ל לריב"ב כר"י דעובר אית ליה ירושה דממילא וא"כ עכשיו הוא ראוי לרשת ויכול להנחיל לעובר. ומשני דריב"ב לא ס"ל כר"י וא"כ העובר אינו ראוי לזכות בירושה עד שילד והנחלה לאדם שעדיין אינו ראוי לזכות בממון הוי הנחלה לדבר שלא בא לעולם שלא מהני כנ"ל. כך מפרשים הרשב"ם הרמב"ן והריטב"א את דברי הגמ'. ולפ"ז אם ריב"ב היה סובר כר"י היה מועיל הנחלה לעובר אלא שלא מצינו דריב"ב ס"ל כר"י.

השיטה בשם תוס' הרא"ש בפירוש השני מפרש בענין אחר. שאין כונת הגמ' דלא מצינו דריב"ב ס"ל כר"י אלא שלא מצינו שריב"ב סובר בהנחלה מה שר"י ס"ל בירושה דעלמא. דאף שעובר אית ליה ירושה דממילא מ"מ להנחיל לעובר אי אפשר.

נמצא מחלוקת ראשונים אם הנחלה נחשב ירושה דממילא או לא. ולכאורה זה תלוי במחלוקת אם הנחלה היא חלות שחל על הנכסים, א"כ אין זה ירושה דממילא, או שע"י הנחלה הוא מקבל שם יורש ואח"כ הוא יורש ירושה דממילא. ואולי יש לדחות שגם אם הנחלה היא על השם יורש ואחרי שהוא נעשה יורש הוא יורש ממילא ככל יורש מ"מ קבלת השם יורש אינו ממילא ושמא אין העובר יכול לזכות בשם יורש שהוא מקבל ע"י ההנחלה.

תוד"ה ולימא ליה ריב"ב היא. תימה אמאי נקט ריב"ב דאפי' רבנן מודו דבלשון מתנה מועיל. דברי התוס' לכאורה תמוהים דבלשון מתנה מועיל כשנותן לאדם שהוא בר זכיה ולא כשנותן לעובר. והקשו רק מריב"ב דס"ל שיכול לתת בלשון ירושה, בזה ס"ד שאין חסרון בעובר. כן תמה הרש"ש על דברי התוס'. וכתב בזה הקו"ש באות תפ"ד שהתוס' אינם מפרשים את שאלת הגמ' מדינא דריב"ב אלא מלישנא דריב"ב. דלשונו של ריב"ב הוא אם אמר על מי שראוי ליורשו וס"ד דכלול בזה גם עובר ומוכח דריב"ב ס"ל שעובר הוא ראוי לירושה שע"י הנחלה ומוכח מזה דאית ליה זכיה. ואין כונת הגמ' לומר שנעמיד משנתינו בהנחלה אלא שמוכח מריב"ב דס"ל שיש זכיה לעובר ונימא דמתני' כוותיה. וע"ז הקשו התוס' שאם ריב"ב איירי בעובר רבנן איירי נמי בעובר דמי שזוכה לריב"ב בלשון ירושה זוכה לרבנן בלשון מתנה. וכתב הקו"ש שגם ברשב"ם משמע שמפרש כך את שאלת הגמ'.

בחי' רע"א החדשים גם מבאר את דברי התוס' על דרך זה. ומבאר רע"א דאף שהנחלה היא כירושה מ"מ אין זה ירושה דממילא אלא ירושה שבאה מכח הנחלה. ואם מהני הנחלה לעובר ה"ה שיש לעובר זכיה. אך כתב שזה דלא כרשב"ם שהרשב"ם כתב ששאלת הגמ' דמתני' איירי בבנו. ומבואר שמפרש שאלת הגמ' דנימא שאין העובר זוכה במשנתינו מדין זכיה אלא מכח הנחלה. ולא כתוס' דסברי שלריב"ב מהני נמי דרך זכיה. [ולא כקו"ש שכתב שמלשון הרשב"ם משמע דמפרש כתוס']. וכתב רע"א שלפירוש הרשב"ם אין מקום לקושית התוס'. אך על פירושו של הרשב"ם מקשה רע"א שבמשנה מבואר נמי שיכול להתחייב מאתם לבת. ולבת במקום בן א"א להנחיל. ובשלמא לתוס' שאלת הגמ' דמוכח מריב"ב שיש זכיה לעובר. אבל לרשב"ם שהשאלה היא דנימא דהזכיה במתני' אינה מכח זכיה אלא מכח הנחלה זה שייך רק בבן ולא בבת בין הבנים.

ותי' הגמ' לפירוש התוס' מבאר רע"א דע"כ אין עובר כלול בראוי ליורשו של ריב"ב שעובר אינו זוכה בממון עד שילד. וא"כ אין ראיה מדברי ריב"ב שיש זכיה לעובר. ודחי דלמא ס"ל כר' יוסי וא"כ עובר הוא בכלל ראוי ליורשו דריב"ב. ומשני דריב"ב לא ס"ל כר"י וא"כ אין עובר בכלל ואין ראיה שלריב"ב יש זכיה לעובר. וממילא גם אין ראיה שלרבנן יש זכיה לעובר.

נמצא ב' דרכים בביאור דברי הגמ' לימא ליה ריב"ב היא. א. לרשב"ם ולרמב"ן השאלה נימא שהזכיה במתני' היא ע"י הנחלה ולא ע"י זכיה. ב. לתוס' לימא מתני' ריב"ב היא דמוכח מדבריו דס"ל שיש זכיה לעובר.

דף קמב.

אף לכשתלד לא קנה. שיטת ר"ה כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמבואר בב"מ ס"ו: וביבמות צ"ג. וה"מ כשמקנה לאדם שנמצא בעולם אבל לדבר שלא בא לעולם לא קנה. וגם ר"מ ס"ל כן כמבואר לעיל. והא דעובר לר"ה הוי לא בא לעולם יש לפרש בבי' אופנים. א. כיון שלא יצא העובר לאויר העולם הוא כמי שאינו ולכן חשיב

אדם מקנה דשלב"ל. אבל מדברי ר"ה דס"ל כר"מ יש לכאורה הכרח דס"ל שעובר אינו נחשב בא לעולם כלל. וא"כ מוכח לכאורה מדברי ר"ה שא"א למכור או לקדש עובר.

אמר ר"נ וכו' לכשתלד קנה. כל מה שנתבאר לעיל הוא בדעת ר"ה. ונחלקו הראשונים במאי פליג ר"נ על ר"ה. בב"מ ס"ו: מפורש דר"נ אית ליה אין אדם מקנה דשלב"ל ואעפ"כ ס"ל הכא לכשתלד קנה. התוס' בגיטין י"ג: והרשב"א והריטב"א כאן כתבו דסברת ר"נ הפוכה משל ר"ה. דר"ה ס"ל אדם מקנה דשלב"ל ואין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם. ור"נ ס"ל שאין אדם מקנה דשלב"ל, אבל אם החפץ בא לעולם אין חסרון במה שהקונה אינו בעולם בשעת מעשה הקנין דאדם מקנה לדבר שלא בא לעולם.

הרשב"ם מבאר שמה שלכשתלד קנה לר"נ אינו משום דאית ליה אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם אלא משום דס"ל שעובר נחשב בא לעולם. דהיינו מה שהוכחנו לעיל מדברי ר"ה דס"ל שעובר נחשב כמי שאינו בעולם ר"נ ע"ז גופא חולק וס"ל שעובר נחשב כמי שבא לעולם. ולדברי הרשב"ם לר"נ לכאורה פשוט שאפשר למכור עובר. וכל מה שיש צד לומר שא"א למכור עובר הוא לר"ה או לשיטת התוס' בדעת ר"נ. אבל לרשב"ם אליבא דר"נ עובר נחשב בא לעולם.

ואכתי צריך להבין אמנם ר"נ ס"ל שהעובר נחשב בא לעולם מ"מ כיון שאינו ראוי לזכיה, שגם ר"נ מודה שכל זמן שהוא עובר לית ליה זכיה, א"כ אמאי לכשתלד קנה הרי זה נחשב הקנאה לדבר שלא בא לעולם דומיא דלאחר שאתגייר שנחשב לא בא לעולם אף שהמקדש הוא בעולם כיון שאינו ראוי לקידושין, וכן עובר אף שהוא בעולם מ"מ הוי דשלב"ל מפני שאינו ראוי עכשיו לזכיה. הרי ר"נ ס"ל אין אדם מקנה דשלב"ל ולרשב"ם ס"ל נמי שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם, א"כ מה בכך שעובר בא לעולם מ"מ דינו כלא בא לעולם מפני שאינו ראוי לזכיה.

הקצה"ח בס' קצ"ז סק"ד מביא בתוך דבריו את דברי הרשב"ם וכתב ע"ז וז"ל א"כ מוכח דעובר נמי חשיב קצת בר קנין מעכשיו אלא שאינו קנין שלם עד שילוד, דאם לא היה בו שום צד קנין כלל מעכשיו א"כ מי איכא מידי דהשתא לא קני ולאחר זמן קני וכדאיתא בפרק אע"פ דף נ"ט. עכ"ל. מבואר שהיה קשה לקצות על דברי הרשב"ם כנ"ל שאפי' אם העובר בעולם יחשב דשלב"ל מפני שאינו ראוי עכשיו לזכיה. ומזה הוכיח שגם בעודו עובר הוא ראוי לקנין קצת. אך הדברים לכאורה אינם ברורים מה כונתו ראוי לקנין קצת.

הקו"ש באות ת"צ עמד בדברי הרשב"ם וכתב שהרשב"ם ס"ל דכיון שלר"נ העובר נחשב בא לעולם, מה שאינו ראוי עכשיו לזכיה אינו סיבה שיחשב לדשלב"ל מפני שחסרון זה יסתלק מאליהו בשעת הלידה. וכיון שאינו מחוסר מעשה אין זה נחשב לדשלב"ל. אך כל זה משום שהעובר הוא בעולם אבל אם לא היה העובר נחשב בא לעולם לא היה מועיל מה שעתיד לבא לעולם מאליהו. הקו"ש מקשה על דבריו ממקדש אשת איש לאחר שימות בעלה דהוי דשלב"ל כיון שעכשיו אינה ראויה לקידושין אף שאינה מחוסרת מעשה. דכשם שלידה אינה נחשבת מעשה כך מיתה אינו נחשב מעשה.

סברא זו שדבר שעכשיו אינו ראוי אבל יהיה ראוי לאחר זמן מאליהו ואינו מחוסר מעשה אין בו חסרון של דשלב"ל כתב המל"מ בפ"ד מאישות ה"ז. המל"מ שם מסתפק בקטן שקידש שיחולו הקידושין לאחר שיגדיל או שגדול קידש קטנה שיחולו הקידושין לאחר שתגדל. וכתב שיש מקום לומר שאין זה נחשב דשלב"ל אף שעכשיו אינם ראויים

לא בא לעולם. ב. לעולם העובר נחשב בא לעולם ואעפ"כ כיון שאינו בר זכיה, דר"ה אית ליה המזכה לעובר לא קנה, א"כ דמי לשדה זו שאקחנה מכורה לך דהוי דשלב"ל אף שהשדה נמצא בעולם כיון שאינו ראוי עכשיו לקנין. וכן למקדש לאחר שאתגייר נחשב דבר שלא בא לעולם אף שהמקדש נמצא בעולם כיון שאינו ראוי עדיין לקידושין. וה"נ עובר נחשב לא בא לעולם מפני שאינו ראוי לזכיה עד שילוד.

נ"מ מספק זה הוא אם אפשר למכור עובר פרתו או לא. שאם העובר נחשב לא בא לעולם יש מקום לומר שא"א להקנות עובר. ואם העובר נחשב בא לעולם ורק לגבי להקנות לעובר יש לו דין של לא בא לעולם מפני שאינו ראוי לזכות כ"ז שהוא עובר לענין הקנאת העובר אין זה נחשב דשלב"ל. ונחלקו הפוסקים בזה שהשו"ע בחו"מ ס' ר"ט סע' ד' פסק שהאומר מה שתלד פרתי מכור לך לא אמר כלום אפי' היתה הפרה מעוברת. והמקור לזה מדברי התוס' והרא"ש בבכורות ג': שכתבו שא"א למכור ולד פרה משום דהוי דשלב"ל כמו שמביא רע"א שם בשו"ע והקצות שם סק"ב.

הרמב"ם כתב בפ"ז מאישות הט"ז שהאומר לחברו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי לא אמר כלום. ואם היתה מעוברת והוכר העובר הרי זו מקודשת. ומוכח מזה שהרמב"ם ס"ל שעובר נחשב בא לעולם. וכן מוכיח הקצות בס' ר"ט סק"א מהא דמבואר בכמה מקומות שאפשר להקדיש עובר. הלח"מ בפ"ז מאישות מקשה מפכ"ב ממכירה ה"י שפסק הרמב"ם שהמזכה לעובר לא קנה שאין אדם מקנה למי שאינו בעולם. ומשמע דס"ל דעובר חשיב לא בא לעולם וסותר מה שפסק הרמב"ם לגבי קידושין. וכתב ע"ז הקצות בס' ר"ט סק"א דמה שמזכה לעובר לא קנה אינו מפני שהעובר אינו בעולם אלא מפני שאינו בר זכיה.

דהיינו שנחלקו הלח"מ והקצות בהא דמזכה לעובר לא קנה, ולר"ה אפי' אמר לכשתלד לא קנה. הלח"מ נקט שהטעם הוא משום דעובר הוי כמי שאינו נחשב לא בא לעולם. ולכן ס"ל שמוכח מזה שא"א להקנות או לקדש עובר. ומה"ט הוא מקשה סתירה ברמב"ם. והקצות ס"ל שאין ראיה מדברי ר"ה שעובר נחשב כמי שאינו בעולם, דלעולם עובר הוא בא לעולם ואפשר למכור ולקדש עובר. ומה שא"א להקנות לעובר אפי' לכשתלד הוא משום דעובר אינו בר זכיה וממילא זה דשלב"ל דומיא דשדה זו שאקחנה או לאחר שאתגייר שנחשב לא בא לעולם מפני שאינו ראוי לקנין לחול בו ולא מפני שאינו בעולם כלל.

אמנם לכאורה יש להוכיח שמה שלר"ה אפי' לכשתלד לא קנה הוא משום דס"ל שעובר אינו נחשב בעולם כלל ולא רק משום שאינו ראוי לזכיה. שר"ה ס"ל כר"מ שאדם מקנה דשלב"ל. ומה דאית ליה מזכה לעובר לכשתלד לא קנה הוא משום דס"ל כר"מ דאף שאדם מקנה דשלב"ל מ"מ לדבר שלא בא לעולם אינו מקנה. והובא לעיל שהתוס' בגיטין י"ג: הקשו ע"ז דלר"מ המקדש לאחר שאתגייר מקודשת וזה הוי לדבר שלא בא לעולם. והוכיחו מזה התוס' שמה שמודה ר"מ שלדבר שלא בא לעולם לא מהני הוא רק כשהקונה אינו בעולם כלל כגון הקנה לנולדים, אבל היכא שנמצא בעולם אלא שאינו ראוי לחול בו החלות, בזה סובר ר"מ שגם לדבר שלא בא לעולם אדם מקנה. וא"כ מה דסבר ר"ה שמזכה לעובר לכשתלד לא קנה משום דסבר שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם הוא בהכרח משום דס"ל שעובר אינו נחשב בא לעולם כלל ולא רק מפני שאינו ראוי לזכיה. דהיינו שמה שכתב הקצות לישב קושיית הלח"מ שאין ראיה ממזכה לעובר לא קנה שעובר נחשב לא בא לעולם הוא נכון למאי דקי"ל שאין

אפשר למכור עובר. שלתוס' מה שעובר נחשב קצת בא לעולם מהני רק לענין קונה שלא בא לעולם ולא לגבי חפץ שלא בא לעולם, דמפורש בתוס' שר"ג מחלק בין דשלב"ל לבין לדשלב"ל. וזה כשיטת התוס' בבכורות שא"א למכור עובר. משא"כ לרשב"ם אין נ"מ לר"ג בין לדשלב"ל לבין דשלב"ל, וכשם שעובר נחשב בא לעולם לענין להקנות לעובר לכשילד כן נחשב העובר בא לעולם לענין למכור את העובר.

מנא אמינא לה דתניא גר שמת וכו'. כתב הרשב"ם בד"ה חייב להחזיר וז"ל כיון דאשתו מעוברת עובר יורש הוי אלמא המזכה לעובר קנה עכ"ל. מבואר בדברי הרשב"ם שראיתו של רב ששת מהכא שיש זכיה לעובר הוא מהא דחייב הזוכה להחזיר. ודבריו לכאורה תמוהים שמפורש בגמ' שאין הראיה מזה אלא מהא דהחזיק בשניה קנה בראשונה לא קנה. והוא משום שבזמן החזקה הראשונה עדיין העובר היה חי והממון שייך לו ואינו הפקר. ומזה הגמ' מוכיחה שעובר יורש. וע"ז תירץ רבא שמה שהחזיק בראשונה לא קנה אינו משום שעדיין לא היה הממון הפקר אלא מפני שחסר כונה לזכות כיון שחשב שיש לגר בן. ואם הראיה היא מהא דחייב להחזיר כדמשמע ברשב"ם ע"ז לא תירץ רבא כלום. וע"כ שמה ליכא ראייה אלא רק מהא דהחזיק בראשונה לא קנה. וכן מפורש ברבינו יונה שאפי' למ"ד עובר לא קני חייבין להחזיר לאלתר. ודברי הרשב"ם לכאורה צ"ע.

וצריך להבין טעם הדבר אמאי חייבים להחזיר מיד אם העובר אינו זוכה עד לידתו. ודבר זה תלוי במחלוקת הקצות והנתיבות בס' ק"י. הקצות דן שם בסק"א בלוח שמת והניח אשה מעוברת, אם הבע"ח גובה מנכסי המת או שא"א לגבות מחלקו של העובר דאין נזקקין לנכסי קטנים. וכתב הקצות שלראשונים שפסקו שאין לעובר זכיה אפי' בירושה דממילא א"כ עד לידת העובר הנכסים שייכים לשאר היורשים שהם גדולים ונזקקין לנכסי הגדולים. ומוסיף הקצות שאפי' לפוסקים שיש לעובר זכיה בירושה דממילא אכתי יש לדון שלא חיישינן שמא העובר הוא זכר דסמוך מיעוטא דמפילות למחצה נקבות. כמבואר בגמ' ביבמות ס"ז. דמה"ט עובר אינו פוסל לרבנן דר"י כמבואר בתוס' כאן ד"ה בן יום אחד. אך טענה זו קיימת רק כשיש עוד אחים שאז העובר אינו יורש אא"כ הוא זכר, אבל אם אין אחים אלא שאר קרובים אין צירוף של מחצה נקבות שהעובר יורש גם אם היא נקבה. עכ"פ פשיטא ליה לקצות שאם העובר אינו זוכה הירושה שייכת לשאר היורשים עד לידת העובר ואז זוכה העובר בחלקו. וא"כ גם גר שמת והניח עובר עד לידת העובר הממון הוא הפקר ומי שזוכה בממון הוא שלו עד לידת העובר.

הנתיבות בס' ק"י סק"א כתב על דברי הקצות שלא דק בזה דאף שעכשיו עדיין לא זכה העובר בממון מ"מ כשילד תיפול הירושה גם לפניו. ומוסיף הנתיבות דאף שהעובר אינו זוכה בחלקו עד לידתו גם שאר היורשים אינם זוכים בחלקו של העובר. אלא חלקו של העובר מיתלא תלי עד לידת העובר. וכן בגר שמת כתב הנתיבות שאין שום אדם יכול לזכות בו אף שעדיין לא זכה בו העובר כיון שהוא עתיד לזכות בממון זה בלידתו. וצ"ע לדברי הנתיבות אמאי העבדים אוכלים בתרומה מחמת שאר הבנים הרי אין הם בעלים על החלק שעתיד להיות של העובר. ואף שגם העובר אינו בעלים על חלקו מ"מ חלק מהעבד אינו ממון כהן.

בעיקר המחלוקת בין הקצות לנתיבות אם למ"ד שעובר אינו זוכה בירושה דממילא זוכים שאר הקרובים בחלקו או לא עיין לקמן קמ"ב: שהובא דברי הגר"ח בפ"ח מתרומות ה"ד שמחלק בדעת הרמב"ם בין אחים שזוכים בחלקו של

לקידושין כיון שיהיו ראויים לאחר זמן ואינם מחוסרים מעשה. וכתב דלא דמי למקדש לאחר שאתגיייר או לאחר שימות בעליך או לאחר שתמות אחותיך דחשיב דשלב"ל דשאני התם דמחוסר מעשה הגירות או המיתה. ומבואר שיש צד למל"מ לומר שדבר שנמצא בעולם אלא שעכשיו אינו ראוי ויהיה ראוי לאחר זמן בלי מעשה אין בו חסרון של דשלב"ל. ומבואר עוד דס"ל דמיתה אף שהוא מאליו נחשב מחוסר מעשה.

התוס' ר"ד גם הולך בשיטת הרשב"ם דטעמו של ר"ג הוא דס"ל שעובר נחשב בא לעולם. ואף שעכשיו אינו בר זכיה יכול הקנין לחול לכשילד. וכתב התוס' ר"ד שלר"ג המקדש עובר מקודשת. והא דתנן בקידושין ס"ב. אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי לא אמר כלום לר"ג איירי שאינה מעוברת. ואף שבקידושין שם מבואר שרק למ"ד אדם מקנה דשלב"ל היא מקודשת כשהיא מעוברת ר"ג ס"ל שאם היא מעוברת חלים הקידושין גם למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל.

הרמב"ם בפ"ז מאישות ה"ט גם כתב שאם היא מעוברת חלים הקידושין אך נחלקו הראשונים בדעת הרמב"ם אם הקידושין חלים בעודה עובר או שחל לכשתלד. בר"ן בקידושין ס"ב: מבואר שאין הקידושין חלים עד הלידה. אבל בגמ' ביבמות ג. מבואר שלרמב"ם חלים הקידושין בעודה עובר. וכ"כ המ"מ פ"ב מאישות ה"ט. והובא כל זה ברע"א בתש' קע"א ד"ה ובעיקר ע"ש. והובא לעיל קושית הלח"מ שמקשה מדברי הרמב"ם לגבי קידושין שחלים בעובר לדבריו לגבי במזכה לעובר שפסק שלא קנה.

נמצא ב' דרכים בביאור דברי ר"ג. א. התוס' הרשב"א והריטב"א כתבו דר"ג ס"ל דאדם מקנה לדבר שלא בא לעולם, איפכא מסברת ר"ה. ב. הרשב"ם והתוס' ר"ד כתבו דר"ג ס"ל שעובר נחשב בא לעולם.

הנ"מ בין ב' דרכים אלו הוא לכאורה במזכה לפני תחילת העיבור למי שעתיד להולד. לתוס' שגם ר"ג ס"ל שעובר הוא לא בא לעולם ואעפ"כ ס"ל שאדם מקנה לדבר שלא בא לעולם א"כ ה"ה שיהיה להקנות כשאינה מעוברת עדיין. אבל לרשב"ם מודה ר"ג דאין אדם מקנה לדשלב"ל אלא דס"ל שעובר נחשב בא לעולם. וזה קיים רק כשיש כבר עובר. כן נקט הפנ"י בגיטין י"ג: והובאו דבריו בקצה"ח ס' ר"י סק"ב. ומה"ט כתב הפנ"י שלשיטת התוס' מה שמבואר בגיטין שם שמעמד שלשתן הוא הלכתא בלא טעמא, וא"א לומר דנעשה כאומר משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך דבהקנה לנולדים לא שייך טעם זה, שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם, זה דלא כר"ג שלר"ג אפשר להקנות לנולדים אפי' שבזמן ההקנאה לא היה אפי' עובר. ומקשה הפנ"י בזה סתירה בדברי הרא"ש שמצד אחד פסק כר"ג אליבא דשיטת התוס' ומאידך פסק שמע"ש הוא הלכתא בלא טעמא.

הקצות חולק וס"ל שגם לשיטת התוס' דר"ג איפכא מר"ה ור"ג ס"ל אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם אין זה אלא כשהקונה נמצא בעולם אלא שאינו ראוי לקנין וזה רק במעוברת. אבל כשאינו בעולם כלל גם ר"ג מודה שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם. ולכן גם לר"ג מע"ש הוא הלכתא בלא טעמא.

נמצא לפי דברי הקצות שכמעט שאין נ"מ בין שיטת הרשב"ם לשיטת התוס'. שגם הרשב"ם דס"ל שלר"ג עובר נחשב בא לעולם מודה ר"ג דכל זמן שהוא עובר אינו זוכה. ולא מהני מה שהעובר נחשב בא עולם אלא רק לענין לזכות לו לכשתלד. וגם לתוס' דר"ג ס"ל אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם זה רק כשיש לכה"פ עובר דהיינו שעובר נחשב במקצת כבא לעולם. אך אכתי איכא ביניהם אם

העובר עד לידתו לשאר קרובים כשאין אחים שאינם זוכים בחלקו של העובר.

לדברי הנתיבות נראה הא דמבואר בגמ' דאף שאין העובר זוכה מחייבים את מי שזכה להחזיר לאלתר שאין זכייתו זכיה והעובר עתיד לזכות בלידתו. אבל לדברי הקצות הממון שייך לזוכה עד לידת העובר ואמאי מחייבים אותו להחזיר לאלתר. ונראה שלדברי הקצות מה שמחייבים להחזיר יתבאר ע"פ דברי הרשב"א בתשובה שמביא הקצות שם. שהב"י בחו"מ ס' רפ"ט כתב בשם שו"ת הרשב"א ח"ב ס' שע"א שמי שמת והניח בנים גדולים ואשה מעוברת לא נותנים לבנים הגדולים את חלקו של העובר אף למ"ד שאין לעובר זכיה בירושה, וא"כ הגדולים הם בעלים על חלקו של העובר עד לידתו, מ"מ כיון שעתידי העובר לזכות בממון זה בלידתו חיישין שמה הגדולים יפסידו חלקו של העובר. אלא מעמידים חלקו של העובר ביד אפוטרופוס. ומטעם זה מחייבים את מי שזכה בנכסי הגר להחזיר מיד אף שמדינא עדיין לא זכה העובר בממון, כדי שיעמידו הממון ביד אפוטרופוס שיהיה שמור לעובר שעתידי לזכות בממון זה בלידתו.

על טענת הנתיבות שא"א לגבות מחלקו של העובר אף שעדיין לא זכה העובר בחלקו מפני שהוא עתיד לזכות בממון זה בלידתו הקצות ס"ל שמה שהוא עתיד לזכות אינו סיבה למנוע את הגביה עכשיו כשעדיין הממון אינה של הקטן.

הקו"ש באות תפ"ט כתב על הא דמבואר כאן דאפי' למ"ד שהעובר אינו זוכה בחלקו מ"מ כשנולד אח"כ הוא נוטל מהמחזיק בהן אף שאינו זוכה למפרע אלא משעה שנולד, דצ"ע אם היו בהם עבדים וזכו בעצמם מה יהיה דינם כשילד דלא מצינו עבד משתחרר וחוזר ומשתעבד, וכ"ש למ"ד מפקיר עבדו יוצא לחירות ואין צריך גט שחרור. מבואר דפשיטא ליה שאם אין העובר זוכה, המחזיק בנכסים זכה כמבואר בקצות ולא כדברי הנתיבות. אמנם נראה שגם לפי הקצות שיכולים אחרים לזכות בממון עד לידת העובר אין זה זכיה לעולם דמעיקרא אינו יכול לזכות אלא זכיה לזמן עד לידת העובר. ובזכיה כזה שאינה אלא לזמן לא אמרינן דמפקיר עבדו יצא לחירות. וזה לכאורה כונת הנתיבות שכתב שא"א לגבות חוב מממון זה שעתידי העובר לזכות בו בלידתו שא"א לגבות ממון זה אלא לזמן, וגביה לעולם נחשב גביה מהממון של הקטן ואין נזקקין לנכסי קטן. והקצות ס"ל דכיון שעכשיו עדיין אינו של הקטן אין זה נחשב שנזקקין לנכסי קטן.

ואח"כ שמעו שמת בנו. מבואר דאף שכן זה זכה בממון של אביו הגר ואח"כ מת הבן הממון נעשה הפקר כיון שאין לו יורש אלא אביו ואביו הוא גר שמת. ומה שאין אמו יורשת אותו הוא משום דמשפחת אם אינה קרויה משפחה דכתיב למשפחותם לבית אבותם כמבואר לעיל ק"ט: ומוכח כאן שגם בן גר שאין לו משפחת אב הראוי ליורשו אין אמו יורשתו. וזה לכאורה סותר את הגמ' בבכורות מ"ז. שלויה שנתעברה מעכו"ם בנה לוי. ואע"ג דכתיב למשפחותם לבית אבותם דמשפחת אם אינה קרויה משפחה ה"מ כשיש משפחת אב אבל כשאין משפחת אב אזלינן בתר משפחת האם. ועיין בחידושי הגר"ח בפט"ו מאיס"ב ה"ט שמוכיח מלעיל ק"ד: שגם בן גר אינו מנחיל את אמו ומקשה שזה לכאורה סותר את הגמ' בבכורות. וה"ה דהוי מצי להקשות מכאן. ע"ש מה שכתב בזה.

החזיק בשניה קנה בראשונה לא קנה. לאביי הטעם הוא משום שיש לעובר זכיה. התוס' בסד"ה בן יום אחד הוכיחו מכאן שלמ"ד שיש לעובר זכיה בירושה דממילא זה גם אם בסוף הפילה ולא אמרינן שהוברר שהולד היה

נפל ואינו יורש, אלא כל זמן שהוא חי הוא יורש. ומה שמבואר ביבמות דסמוך מיעוט נפלים למחצה נקבות דמשמע שנפל אינו יורש היינו שיש צד שכבר עכשיו הוא מת. אבל מה שעתידי למות אינו סיבה שלא ירש כל זמן שהוא חי.

הרמב"ן חולק על תוס' וס"ל שאם מת העובר לפני שכלו חדשיו הוברר שמעולם לא היה בר קיימא ואינו יורש אפי' כשהיה חי. ומה שמבואר כאן דאף שבסוף הפילה היא יורש כל זמן שהוא חי היינו כשמת אחרי שכלו לו חדשיו, דכיון שכלו לו חדשיו יצא העובר מכלל נפל ואף שמת לפני הלידה דינו כבן קיימא שמת שכל זמן שהיה חי הוא יורש.

הרמב"ם בפ"א מנחלות הי"ג כתב שקטן בן יומו יורש אפי' שלא כלו לו חדשיו וחי אחר אמו שעה אחת הרי זה נוחל את אמו. האחרונים תמחו בזה על הרמב"ם שאם לא כלו חדשיו הרי הוא נפל וחשיב כמת ובדאי אינו יורש. וכתב הקצות בס' רע"ו סק"א שיש מקור לדברי הרמב"ם מהסוגיא שלנו ומבואר בתוס' כאן דס"ל כהרמב"ם. שהתוס' הוכיחו מכאן שעובר יש לו זכיה בירושה אף שבסוף הפילה אמו. הנתיבות בסק"ב תמה בזה על דברי הקצות שהתוס' איירי בעובר במצי אמו שכל זמן שהוא חי אף שעדיין לא כלו חדשיו יש אפשרות שיגיע למצב של כלו חדשיו. וע"ז הוכיחו התוס' דאף שבסוף הוא מת ולא הגיע למצב של כלו חדשיו י"ל שהמיתה הוא דבר שנתחדש אח"כ וכל זמן שהיה חי היה לו דין יורש. אבל הרמב"ם איירי שיצא הולד לאויר העולם לפני שכלו חדשיו, בזה אין אפשרות שיגיע למצב של כלו חדשיו ודינו כמת, ובזה אין ראיה מכאן שיוורש.

עוד כתב הקצות שם שהרמב"ן בפרק מי שמת כתב שמה שמבואר כאן שהעובר יורש אף שבסוף הפילה היינו כשמת אחר שיצא פדחתו והיה כבר כילוד. וגם ע"ז תמה הנתיבות שהרמב"ן לא כתב שיצא פדחתו אלא שמת בעודו עובר אחר שכלו חדשיו, לאפוקי מהתוס' דס"ל שכל זמן שהוא חי הוא יורש אף שמת העובר במצי אמו לפני שכלו חדשיו.

האו"ש בחידושי כתב לתלות ענין זה אם יש ירושה בעובר חי כשאח"כ הפילה אמו במחלוקת ר"י ור"ל ביבמות ל"ה: בחליצת מעוברת ואח"כ הפילה אי אמרינן איגלאי מילתא למפרע שאינו ילד של קיימא או שלא אמרינן איגלאי מילתא למפרע. ועיין בזה באו"ש פ"א מנחלות הי"ג ד"ה ובהא דשני רבא.

שאני התם דרפוי מרפיאן בידיהו. לכאורה הכונה דכיון שלא ברור שאין לגר בן לא היה כונת המחזיק לזכות אלא רק לתפוס שלא יקדמנו אחר. אמנם מדברי רבינו יונה לכאורה נראה שאינו מפרש כן שכתב וז"ל שלא היו יודעים אם היתה אשתו מעוברת אם לא והחזיקו מספק, ואילו היו יודעים שאשתו מעוברת לא היו מחזיקין עכ"ל. משמע מלשון זה שהיה למחזיק כונה לקנות, אלא שיש אומדנא שאילו היה יודע שאשתו של הגר מעוברת לא היה מתכוין לקנות. וכן מפורש בהמשך דברי רבינו יונה שם שע"ד כן לא החזיק. ויש קצת חידוש בזה שהרי בסוף הפילה אשת הגר והוברר שהיה יכול לזכות. וא"כ אמאי אמרינן שיש אומדנא שאם היה יודע שהיא מעוברת לא היה רוצה לקנות נימא שאם היה יודע שהיא מעוברת וסופה להפיל כן היה רוצה לזכות. וצ"ל שהאומדנא נקבעת לפי המצב שהיה בשעת הקנין, ואם היה יודע בשעת הקנין שהיא מעוברת הוא לא היה סומך ע"ז שתפיל. ולא אמרינן שאם היה יודע מה שהיה בעתיד היה רוצה לקנות. אך צריך להוסיף שכל מה שיש אומדנא שאם היה יודע שהיא מעוברת לא היה רוצה לקנות הוא רק מפני שהיה מקום להסתפק בזמן

הבכור וכמו שלומדים מזה שפשוט שנולד אחר מיתת אביו אינו ממעט חלק בכורה כך יש ללמוד מזה שהבכור שנולד אחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים. וכתבו שאם לא היה פסוק נפרד לבכור לא היו לומדים מוילדו לו על פשוט. הרשב"א כתב בשם הראב"ד שבקרא דיכיר יש תוספת על מה שלומדים מוילדו לו, שוילדו לו ממעט רק כשנולד אחר מיתת אביו, ויכיר ממעט כל שנולד בזמן שלא היה אביו ראוי להכרה. וגם בכור שנולד כשאביו היה גוסס אינו נוטל פי שנים כיון שבזמן לידת הבכור לא היה האב ראוי להכרה.

הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו. אף שהמזכה לעובר לא קנה, בבנו מזכה לעובר קנה בגלל שדעתו של אדם קרובה אצל בנו. ונחלקו הראשונים בזה בתרתי א. י"א דאיירי בשכ"מ ורק בזה בנו שאני כדי שלא תטרף דעתו, אבל בכריא אין הבדל בין בנו לאחר. וי"א שגם בכריא בנו שאני. ב. י"א שמה שדעתו של אדם קרובה אצל בנו גורם שאם אמר לכשתלד קנה ואין בזה חסרון של הקנאה לדבר שלא בא לעולם. אבל בעודו עובר אין זכיה לעובר אפי' בבנו. וי"א שבגלל הסברא של דעתו של אדם קרובה אצל בנו זוכה הבן בעודו עובר אף דבעלמא אין זכיה לעובר. דהיינו שיש ד' צדדים בזה לענין מה בנו שאני. א. בשכ"מ וזוכה מיד בעודו עובר. ב. בשכ"מ וזוכה לכשתלד. ג. בכריא וזוכה מיד. ד. בכריא וזוכה לכשתלד.

שיטת הריטב"א שבכריא אין מעלה במה דדעתו קרובה אצל בנו, שאין החסרון בזכיה לעובר במקנה דנימא שמה שדעת המקנה קרובה אצל בנו מסלק חסרון זה, אלא החסרון הוא בעובר שאינו ראוי לזכות, ואין מה שדעתו של הנותן קרובה אצל בנו יכול לסלק חסרון זה. אלא איירי בשכ"מ דכיון שדעתו קרובה אצל בנו יש יותר חשש שמא תטרף דעתו ותקנו שיכול להקנות גם לעובר. ומשמע שזוכה העובר בעודו עובר שלא נזכר בריטב"א שהזכיה היא לכשתלד.

שיטת הרמב"ן ביבמות ס"ז. דאיירי בשכ"מ כדי שלא תטרף דעתו, וגם בשכ"מ לא תקנו שיקנה בעודו עובר אלא רק לכשתלד. ואף דבעלמא גם זה לא מהני משום דאין אדם מקנה לדשלב"ל תקנו בשכ"מ שיעיל כדי שלא תטרף דעתו.

שיטת הראב"ד בפ"ח מתרומות ה"ד והובא ברמב"ן הנ"ל ביבמות שגם בכריא מהני מה שדעתו קרובה אצל בנו, וזוכה העובר מיד בעודו עובר. דהיינו שמה שדעתו קרובה אצל בנו מסלק לא רק את החסרון של דשלב"ל אלא את החסרון של אין זכיה לעובר. שהראב"ד מוכיח דקי"ל שיש לעובר זכיה בירושה דממילא שאם לא היה לו זכיה בירושה דממילא לא היה לו זכיה בבנו בגלל הסברא של דעתו של אדם קרובה אצל בנו. ומוכח דס"ל שזוכה מיד דאל"כ אין ראיה מזה שיש לעובר זכיה בירושה דממילא. והרמב"ן חולק בתרתי א. דדין זה הוא רק בשכ"מ ולא בכריא. ב. אפי' בשכ"מ אינו זוכה בעודו עובר אלא לכשתלד. אבל הראב"ד ס"ל שגם בכריא מהני דעתו קרובה אצל בנו, וזה גורם שיזכה מיד בעודו עובר. וכן דעת רבינו יונה כאן שדעתו קרובה מהני רק בגלל שירושה דממילא אית ליה.

שיטת תוס' הרא"ש שמוכח בשיטמ"ק כאן דמהני דעתו קרובה אצל בנו גם בכריא. אבל אין העובר זוכה בעודו עובר אלא רק לכשתלד. וז"ל תוס' הרא"ש מכאן נראה טעמא דאין מקנה לדבר שלא בא לעולם משום דלא גמר ומקנה עכ"ל. מבוואר דס"ל דאיירי בכריא ומהני מדינא ולא תקנ"ח שלא תטרף דעתו של שכ"מ. ועוד מבוואר דס"ל

החזקה שמה היא מעוברת. שמבוואר בהמשך הגמ' שבשמעו שמת ולא מת ואח"כ מת אין חסרון בכונת הקנין. ולא אמרינן בזה שאם היה יודע שהוא חי לא היה רוצה לקנות כיון שלפי מה ששמע לא היה לו ספק בזה.

תוד"ה נוחל בנכסי האם. הקשו התוס' מאי ס"ד להביא ראיה משם הרי בלא"ה לא מובן מה הנ"מ בין אם הבן יום אחד נוחל או לא הרי בין אם הוא יורש בין אם אינו יורש הנכסים יגיעו לאחים. וע"כ צ"ל שהנ"מ הוא לענין ירושת האם שאם הבן יום אחד נוחל הוא יורש את אמו להנחיל לאחים מן האב. ואם אינו נוחל ישאר הממון אצל יורשי אמו. וא"כ ליכא ראיה משם שעובר אינו יורש שאפי' אם בעלמא הוא יורש הוא לא יכול לרשת את אמו להנחיל לאחים מן האב דהוא מיית תחילה ואין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחים מן האב. וכתבו שהגמ' ידעה דאיירי בירושת אמו אלא ס"ד שפעמים שהיא מתה תחילה, וא"כ אמאי נקט בן יום אחד הא גם עובר נוחל ומנחיל אם האם מתה תחילה. אלא מוכח שעובר אינו יורש. ובתירוץ נתחדש שהעובר מת תחילה ולכן לא משכחת לה אלא בבן יום אחד.

התוס' בנדה מ"ד: ד"ה איהו מיית ברישא כתבו שמה שאין חיוב מיתה על הריגת עובר הוא רק כל זמן שאמו חיה שהעובר תלוי בחיות האם. אבל אחרי מיתת האם העובר נחשב כילוד וחיובים מיתה על הריגתו. וכתב הקצח"ח בס' ר"ט סק"ג שמדברי התוס' כאן מוכח דלא ס"ל כהתוס' בנדה. שהתוס' פרשו הה"א של הגמ' דס"ד דפעמים שהיא מתה תחילה ואעפ"כ בן יום אחד נוחל ולא עובר וקשה למ"ד שעובר יורש. ולדברי התוס' בנדה קשה גם למ"ד שעובר אינו יורש שאחרי מיתת האם העובר נחשב כילוד ולכו"ע יורש. וע"כ התוס' בנדה יתרצו כתי' השני.

בתירוץ השני כתבו התוס' דס"ד דאיירי בירושת האב ונ"מ מירושת הבן יום אחד היכא דהקנה האב נכסיו לאחרים אם לא ירשנו זה. רע"א כתב על דברי התוס' דיכלו לתרץ באופן פשוט יותר שהאחים הקנו כל ממונם בין מיתת האב למיתת הבן יום אחד. ואם אין הבן יום אחד נוחל זכו האחים בממון מיד עם מיתת האב והירושה היא בכלל המכירה. ועכשיו שהבן יום אחד נוחל לא זכו האחים בממון עד מיתת הבן יום אחד וא"כ הירושה אינה בכלל המכירה.

דף קמב:

אין הבן יורש את אמו בקבר וכו'. עיין מה שכתבנו בס"ד בענין זה לעיל קי"ד.

תוד"ה דהוא מיית ברישא. כתבו התוס' דהיכא שנהרגה האם משכחת לה שהיא מתה תחילה. והקשו א"כ אמאי נקטו בן יום אחד הא משכחת נוחל ומנחיל בנכסי האם גם בעובר כגון שנהרגה האם. וכתב הקצות ס' ר"ט סק"ג שלדברי התוס' הנ"ל בנדה יתישב קושיית התוס' שאם נהרגה האם והיא מתה תחילה העובר נחשב כילוד והוא בכלל בן יום אחד. דברי הקצות בזה לכאורה צ"ב שלדבריו יקשה על התוס' בנדה למה בתירוץ הגמ' דאיירי לענין ירושת האם צריכה הגמ' להוסיף דהוא מיית ברישא, והקשו ע"ז מהא דפרסס תלתא פרכוסי, הא בין אם הוא מיית ברישא בין אם האם מתה תחילה ניחא הא דנקט בן יום אחד, שאם העובר מת תחילה אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחים מן האב, ואם האם מתה תחילה העובר הוא כילוד והוא בכלל בן יום אחד.

תוד"ה בכור שנולד אחר מיתת אביו. הקשו למה לי קרא דיכיר הרי הפסוק וילדו לו קאי גם על הפשוט וגם על

לידה לא קני דלא מקרבא דעתו לגביה אלא אדעתא דמתיליד. דעתו קרובה אצל בנו הוא רק במעוברת כמבואר בדברי הרשב"ם בסמוך על ההוא דאמר לדביתו נכסי לבני דיהו לי מיניך. ונחלקו הראשונים אי אמרינן דעתו קרובה בתחילת העיבור לפני מ' יום. הריטב"א כתב שלפני מ' יום הוא מיא בעלמא ואין דעתו קרובה אצלו. הב"י בס' ר"י כתב שבעל העיטור חולק וס"ל שגם לפני מ' יום בבנו קנה. רע"א בגליון השו"ע ס' ר"י מביא מחלוקת הפוסקים אם גם באשה אומרים שדעתה קרובה אצל בנה או לא. והובא גם בשע"מ בפכ"ב ממכירה ה"י. הרמ"א בס' ר"י כתב בשם שו"ת הרא"ש שאצל בן בנו אין דעתו קרובה. והקצות שם סק"ד כתב שהתה"ד חולק ע"ש.

הלכתא המזכה לעובר לא קנה. נחלקו הראשונים אם מה דק"ל שלא קנה הוא דוקא בעודו עובר אבל אם אמר לכשתלד קנה כר"ג או דק"ל שגם לכשתלד לא קנה. הרא"ש כתב דק"ל שאם אמר לכשתלד קנה. היד רמה באות כ"ו כתב דק"ל המזכה לעובר שאינו בנו לא קנה אפי' אמר לכשתלד כר"ה, ובבנו אע"ג דלא אמר לכשתלד קנה. הב"י בס' ר"י מבאר שמחלוקת הראשונים בזה הוא אם מה דק"ל מזכה לעובר לא קנה הוא משום דק"ל כר"ג, א"כ לכשתלד קנה, או דק"ל כר' יוחנן ור' יוחנן ס"ל שגם לכשתלד לא קנה כדמוכח מהא דאמר ר' יוחנן וא"ת משנתינו וכו' ואם לכשתלד קנה לא קשה מהמשנה. לדברי הרא"ש להלכה אין הכרח לחדש הסברא של דעתו של אדם קרובה אצל בנו שאפשר לפרש המשנה כשאמר לכשתלד.

עוד נחלקו הראשונים לענין ירושה דממילא, התוס' כתבו דק"ל כר"י שבירושא דממילא יש לעובר זכיה. וכן דעת הרא"ש והראב"ד. הרמ"ה באות כ"ז כתב דק"ל כרבא שאין לעובר זכיה אפי' בירושה דממילא. ולגבי ירושה אין נ"מ בין בנו לעובר אחר, שרק לגבי מזכה שזכית העובר הוא מכה הקנאת המקנה יש מעלה בבנו שכיון שדעתו קרובה לבנו גמר ומקני. משא"כ בירושה שאינה מכה הקנאה אלא זכיה דממילא אין בזה נ"מ בין בנו לאחר. ב' מחלוקות אלו, אם לכשתלד קנה ואם יש לעובר זכיה בירושה, הובאו בטור ס' ר"י.

עוד נחלקו הראשונים אם הדין של ירושה דממילא בעובר והדין שבבנו קנה משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו תלויים זה בזה או לא. הראב"ד שהובא ברמב"ן ביבמות ס"ז. וכן רבינו יונה מוכיחים מהא דיש זכיה לעובר כשאביו מזכה לו משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו שיש לעובר זכיה בירושה דממילא. שאם לא היה לו זכיה בירושה דממילא לא היה מועיל מה שדעתו של אדם קרובה אצל בנו. והרמ"ה מצד אחד פוסק שבבנו קנה משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ומאידך פסק שבירושה דממילא אין העובר זוכה, וכן כתב הרשב"א. הרי דס"ל שאין ב' ענינים אלו תלויים זה בזה ואפי' אם אין לו זכיה בירושה יתכן שבמקום שיש הסברא של דעתו של אדם קרובה הוא כן זוכה.

סברת רבינו יונה והראב"ד הוא שירושה הוא קנין שחל מאליו בלי דעת קונה ובלי מעשה קנין, ואפי' בע"כ של היורש. ואם גם בזה אין לעובר זכיה ע"כ שהחסרון הוא דליכא בעלות לעובר. וא"כ בודאי שגם כשדעתו של אדם קרובה אצל בנו אין העובר יכול לזכות בממון.

הרשב"א והרמ"ה חולקים בזה על הראב"ד ורבינו יונה וס"ל דמהני דעתו של אדם קרובה אף שירושה דממילא אין לעובר. אך לא הרי דברי הרשב"א כהרי דברי הרמ"ה. הרשב"א כתב שהקנאת האב לבנו עדיפא מירושה דממילא משום דדעת אחרת קרובה מקנה אותו. דהיינו שבהקנאה יש מעלה על ירושה שבהקנאה יש דעת אחרת מקנה. ואף

שגם בבנו אין העובר זוכה מיד שמה שהמזכה לעובר לא קנה בעודו עובר אינו בגלל הדין של אין אדם מקנה לדשלב"ל אלא משום שעובר לאו בר זכיה. וגם למ"ד שאדם מקנה לדבר שלא בא לעולם אין העובר זוכה אלא כשילד ולא בעודו עובר. אלא שהרא"ש ס"ל דדעתו קרובה מהני רק לענין שיזכה אחר לידתו. ובזה החסרון הוא דהוי הקנאה לדבר שאינו בעולם. ומזה שדעתו של אדם קרובה אצל בנו מהני לסלק חסרון זה מוכיח הרא"ש שמה שאין אדם מקנה לדשלב"ל הוא חסרון של גמירות דעת ובבנו ליכא חסרון גמירות דעת מפני שדעתו קרובה אצל בנו.

השע"מ בפכ"ב ממכירה ה"י כתב בשם המבי"ט דכשם שהאב מזכה לעובר ואין בזה חסרון של אין אדם מקנה לדבר שאינו בעולם כך אדם מקנה לבנו דבר שלא בא לעולם משום שדעתו קרובה אצל בנו. ונראין דבריו לשיטת תוס' הרא"ש שהסברא של דעתו של אדם קרובה אצל בנו מהני שיזכה העובר לכשתלד. שבזה דעתו קרובה מסלק חסרון של לדשלב"ל, ושפיר יש ללמוד דשלב"ל מלדבר שלב"ל. אבל לראשונים דס"ל שזוכה העובר בעודו עובר לא מצאנו מעלה של דעתו קרובה לגבי החסרון של דשלב"ל אלא לגבי החסרון של אין זכיה לעובר.

השע"מ מקשה על המבי"ט מלעיל קכ"ז: שבנכסים שנפלו לו לאחר מכאן ליכא מגו שאינו יכול לתת המתנה משום דהוי דשלב"ל. הרי מבואר שגם לבנו אינו יכול להקנות דשלב"ל. ע"ש מה שכתב בזה. ובסוף דבריו הוא נשאר בדין זה של המבי"ט בצ"ע שמדברי הרמב"ם מוכח שגם לבנו אין אדם מקנה דשלב"ל. והובאו דבריו בפת"ת ס' ר"י סק"א. ולפי מה שכתבנו לתלות דין זה של המבי"ט במחלוקת הראשונים אם דעתו של אדם קרובה אצל בנו מהני שיקנה העובר בעודו עובר או שקונה לכשתלד א"כ קושיית השע"מ מהרמב"ם הוא רק למה שהובא לקמן שהגר"ח בפ"ח מתרומות ה"ד כתב שהרמב"ם ס"ל שקונה לכשתלד. אבל למה שכתבנו לקמן שיש מקום לומר שלרמב"ם קונה מיד אין סתירה מזה למבי"ט שדבריו נאמרו לראשונים דס"ל שקונה לכשתלד.

עיקר הדבר שכתב תוס' הרא"ש שהחסרון של דשלב"ל הוא חסרון בגמירות דעת מוכח כן לכאורה מדברי ר"ת בתוס' בכתובות צ"א: שכתב שבשדה זו שאירש מאבא מכור לך אין חסרון של דשלב"ל כיון שאמר שדה זו והשדה עשויה להגיע לרשותו מאליו בלי מעשה קנין. וזה מעלה רק לענין החסרון של גמירות דעת. וכן הביאו האחרונים מדברי הנ"י בב"מ ס"ז. נדף ל"ז: מדפי הרי"ף ד"ה אמרן שכתב בהדיא דטעמא דאין אדם מקנה דשלב"ל הוא דלא סמכא דעתיה. וזה דלא כדברי הנובי" תנינא אבה"ע ס' נ"ד אות י"ב שכתב שמה שאין אדם מקנה דשלב"ל אינו מחמת חסרון סמיכות דעת אלא משום שאינו בעלים להקנות דבר שעדיין אינו שלו. ובדברי תוס' הרא"ש כאן לכאורה מפורש דלא כהנובי". [עיי' קה"י בכורות ס' א' ד"ה וכ"ז שמבואר בכמה דוכתי שגם לשייר א"א בדבר שלא בא לעולם [עיי' לעיל ס"ג. בן לוי שמכר שדהו ע"מ שמעשר ראשון יהיה שלו מע"ר שלו. ופריך הא אין אדם מקנה דשלב"ל. וע"ע לקמן קמ"ח. בתוד"ה איבעיא]. ולגבי שיור לא שייך חסרון סמיכות דעת, שהקנאה צריך גמירות דעת ולא שיור. ע"ש מה שכתב בזה, והובאו דבריו לקמן קמ"ח. ע"ש].

דעתו של אדם קרובה אצל בנו. כתב הרמ"ה באות ל"ב דבנו לאו דוקא דה"ה בתו כדמוכח במשנה. ועוד שאינו יודע אם העובר הוא זכר או נקבה וע"כ שדעתו קרובה גם לבתו. עוד כתב הרמ"ה שדעתו קרובה מהני רק אם בסוף נולד העובר אבל אם לא אתא בתר הכי לכלל

משום דלא חיישינן שהוא זכר דאיכא מחצה נקבות ומיעוט מפילות. משא"כ כשאין אחים העובר יורש גם אם אינו זכר לכן הוא פוסל. אבל הרמב"ם סובר לדברי הגר"ח שעובר אינו יורש ואעפ"כ ס"ל שכשאין אחים אינו אוכל מחמת שאר קרובים כיון שהעובר הוא היורש אף שאינו זוכה בירושה.

עיקר חידושו של הגר"ח דאף שעובר אינו זוכה בירושה אין זה מפני שאינו יורש אלא מפני שאינו יכול לזכות בירושה שאין זכיה לעובר הוא דלא כיד רמה שהובא לעיל שמפורש ברמ"ה שמה שעובר אין לו ירושה דממילא הוא משום דבפרשת נחלות כתיב בן ולא עובר. הרי מפורש שאין חסרון בזכיה אלא שאינו בפרשת נחלות. ולדבריו אין מקום לחלק בין אחים במקום עובר לשאר קרובים במקום עובר.

הרמב"ם בפכ"ב ממכירה ה"י פסק שהמזכה לעובר לא קנה. ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה. וכתב המ"מ שמשמע שהרמב"ם ס"ל שמה שבבנו קנה הוא לא רק בשכ"מ אלא גם בבריא. ולא נזכר ברמב"ם שבבנו קונה לכשתלד א"כ משמע דס"ל שקונה בעודו עובר. וא"כ מבואר שהרמב"ם חולק על רבינו יונה והראב"ד שהובאו לעיל דס"ל שאם בבנו קנה בגלל שדעתו קרובה אצל בנו בהכרח שגם ירושה דממילא אית ליה, שלדעת הגר"ח הרמב"ם פוסק שירושה דממילא אין לו ואעפ"כ היכא דזיכה לו אביו הוא זוכה. אלא הרמב"ם ס"ל כשיטת הרמ"ה והרשב"א דאף שבירושה דממילא אין לעובר זכיה היכא דאביו מזכה לו יש לו זכיה. אך לא מטעמיה דהרמ"ה שהרמ"ה ס"ל שמה שעובר אין לו ירושה אינו חסרון בזכיה אלא מפני שאינו בכלל פרשת נחלות. והרמב"ם ס"ל לדעת הגר"ח שהוא כן בפרשת נחלות אלא שאינו בר זכיה ואעפ"כ סובר הרמב"ם דמהני מה שדעתו של אדם קרובה אצל בנו. וע"כ שהרמב"ם ס"ל כשיטת הרשב"א דאף שאין לעובר זכיה בירושה היכא שדעת אחרת קרובה מקנה יש לו כן זכיה.

שו"ר שהגר"ח שם בד"ה ונראה כתב על שאלת הראב"ד על הרמב"ם שהרמב"ם ס"ל שדעתו של אדם קרובה אצל בנו מהני רק לענין שיזכה לכשתלד. אך לפי מה שמבואר ברשב"א אין הכרח לומר כן ד"ל דאף שאין לו זכיה בירושה מ"מ מהני מה שדעתו של אדם קרובה אצל בנו כיון דאיכא דעת אחרת קרובה מקנה.

עכ"פ עיקר חידושו של הגר"ח זצ"ל שגם למ"ד שאין לעובר ירושה דממילא אין הפשט שאין עליו שם יורש אלא הוא יורש אך אינו יכול לזכות בממון הוא מחלוקת הראשונים שהרמ"ה ס"ל שאינו יורש כלל והרשב"א ס"ל שהוא יורש אלא שאינו יכול לזכות בירושה.

דף קמג.

קני את וחמור. ר"נ ס"ל שקנה מחצה שאין חלק אחד תלוי בחלק השני שלא תלאן זה בזה כמבואר ברשב"ם. סברת רב המנונא שלא קנה כלום יש לפרש כב' אופנים א. דכיון שהקנה לשניהם יחד איכא אומדנא שאינו רוצה להקנות לזה בלא זה כמו שכתב הרשב"ם. ב. אין ביטול הקנין בגלל אומדנא אלא כיון שהכל נעשה בהקנאה אחת אם בטלה חלק מההקנאה בטלה כולה.

סברא זו הוכיחו האחרונים מדברי רש"י בקידושין נ"א: שכתב לגבי מקדש ה' נשים ובהם ב' אחיות שמה שביטול קידושי האחיות גורם לביטול הקידושין של האחרות למ"ד שבאית וחמור לא קנה כלום הוא רק כשקידש את שתי האחיות, שבזה ביטול קידושי האחיות הוא משום ערוה של אחות אשתו, דכל שאינו בזה אחר זה אפי' בכת אחת אינו,

דבעלמא לא מהני דעת אחרת מקנה להקנות לקטן לפני שהגיע לצרור וזורקו אגוז ונוטלו, שאני הכא דאיכא דעת אחרת קרובה מקנה אותו וזה מהני אפי' בעובר, ועדיף מירושה שאין בה דעת אחרת קרובה מקנה אותו.

הרמ"ה ס"ל שמה שאין לעובר זכיה בירושה דממילא אינו משום שאין לו זכיה אלא משום שאינו נכלל בפרשת נחלות. וז"ל הרמ"ה באות ל"ב הלכתא המזכה לעובר לא קנה. ודוקא בעובר דאחריני אבל עובר ידידה קני כסתמא דמתני'. ואפי' בעובר ידידה דוקא ע"י מתנה וזיכוי אבל בירושה הבאה מאליה לא קני, דבירושה הבאה מאליה לא שני לן בין בנו לשאר יורשים, דנהי דדעתו של אדם קרובה אצל בנו הא לאו איהו קא מקני כי היכי דתימא גמר ומקני אלא ממילא קאיתא, ומאן דאמר רחמנא ליזכי זכי ומאן דלא אמר ליזכי לא זכי, וגבי ירושה דאורייתא בן אין לו אמר רחמנא ולא עובר עכ"ל. דהיינו שהרמ"ה מסכים עם סברת הראב"ד ורבינו יונה שאם יש לו זכיה כשאביו מזכה לו בודאי שבירושה דממילא אין חסרון בזכיה של עובר. אלא סובר הרמ"ה שמה שאין עובר יורש אינו מצד חסרון זכיה אלא משום דבן כתיב בפרשת נחלות ולא עובר.

נמצא ג' שיטות בזה. א. הראב"ד ורבינו יונה ס"ל שאם יש לו זכיה מאביו בהכרח שיש לו זכיה בירושה דממילא. ב. הרשב"א ס"ל דזכיה מאביו שיש בו דעת אחרת קרובה מקנה אותו עדיף מזכיה בירושה דממילא. ג. הרמ"ה ס"ל שמה שאינו יורש אינו חסרון בכח הזכיה של העובר אלא מפני שאינו בכלל פרשת נחלות דבן כתיב ולא עובר.

הרמב"ם בפ"ח מתרומות ה"ד כתב שבת ישראל שנשאת לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה בשביל העובר, שילוד הוא שמאכיל ושאינו ילוד אינו מאכיל. לפיכך אם היה העובר חלל אינו פוסל העבדים אלא אוכלין בגלל אחיו הכשרים. בחי' הגר"ח שם מפרש דברי הרמב"ם דס"ל שאין עובר זוכה אפי' בירושה דממילא ולכן כשיש אחים העבדים אוכלים בגלל האחים, ואין חלקו של העובר פוסל כיון שאינו זוכה בחלקו. אבל תחילת דברי הרמב"ם הם כשאין אחים, ובזה אין העבדים אוכלים בשביל שאר המשפחה. ומבאר הגר"ח שמה שאין לעובר זכיה בירושה אינו מפני שאינו יורש אלא מפני שאין לו זכיה. וכיון שיש עליו שם יורש אין על הקרובים הרחוקים שם יורשים. ואף שאין העובר זוכה בירושה אין שאר הקרובים זוכים שאין עליהם שם יורשים במקום שיש עובר. משא"כ כשיש אחים הם יורשים גם במקום שיש עובר, וכיון שאין העובר זוכה בחלקו הם זוכים בחלקו. שכל יורש יש לו סיבה לזכות בכל הממון אלא כיון שיש עוד יורש הממון מתחלק ביניהם. וכשאחד אינו יכול לזכות בחלקו מי שיכול לזכות זוכה בהכל. [ומה שצריך הרמב"ם להגיע לזה שילוד מאכיל ושאינו ילוד אינו מאכיל ולא כתב פשוט שאין העובר מאכיל מפני שאינו זוכה בחלקו מבאר הגר"ח שלולא זה היה העובר מאכיל אף שאינו זוכה כיון שיש לו דין יורש וכבר יש לו דין לזכות כשילוד ע"ש]. עיין בקובה"ע ס' מ' אות ה' מה שכתב בדברי הגר"ח.

הובא לעיל קמ"ב. מחלוקת הקצות והנתיבות בס' ק"י למ"ד שעובר אינו יורש אם שאר היורשים זוכים בחלקו של העובר או לא. לפי מה שמבואר בחי' הגר"ח יש חילוק לענין זה בין אחים לשאר יורשים. שאחים יורשים את חלקו של העובר ויורשים אחרים אינם יורשים את חלקו של העובר.

גם התוס' לעיל בד"ה בן יום אחד מחלקים בין עובר במקום שיש אחים לעובר במקום שאין אחים אלא שאר קרובים. אלא שהתוס' קאי למ"ד שיש לעובר ירושה דממילא ומה שבמקום שיש אחים אין העובר פוסל הוא

דבריו הוא דתנן בריש שנים אוחזין זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי זה נוטל ג' רבעים וזה נוטל רביע. והקשו שם התוס' אמאי לא אמרין בזה אין ספק מוציא מידי ודאי כמו שאומרים לגבי יורשים. וכתבו שרק ביורשים יש דין של אין ספק מוציא מידי ודאי כיון שכ"א יש לו סיבה לקבל את כל הירושה לכן יש לו ודאי סיבה על כל הנכסים ואין ספקו של השני מוציא מודאי שלו. אבל בשנים אוחזין מה שאחד הוא ודאי על חצי אין זה נחשב ודאי לגבי החצי השני. וזה שכתב הקו"ש שלר"ש המקנה ממנו לשנים כאחד יש לכל אחד סיבה לקבל הכל א"כ דמי ליורשים ויהיה בזה דין של אין ספק מוציא מידי ודאי.

אמר ר"ש מנא אמינא לה. הרשב"ם מפרש שמה שצריך להוסיף על הקישות של תרומה הוא משום דחיישין שמא יש יותר מר בקישות של תרומה ממה שיש בשל החולין. וכמה דרכים נאמרו בביאור ראייתו של ר"ש מדין זה של קישות שאת וחמור קנה כולו.

המהרש"ל מפרש דמה שצריך להוסיף על החיצון לר' יוסי אינו אלא מדרכנן כמו תורם ויחזור ויתרום. ומעיקר הדין חלק המתוק שבקישות של התרומה פוטר את כל המתוק של החולין. אף שדעתו בהפרשתו הוא שכל הקישות של התרומה תפטר את כל החולין א"כ כונתו שחלק מן המתוק שבחולין יתוקן ע"י חלק המר שבתרומה וחלק זה אינו חל ובמקומו המתוק שבתרומה פוטר את כל המתוק שבחולין. ומזה ראייה שאת וחמור קנה הכל.

המהרש"א מפרש כיון שלא פירש שהמר יפטר את המר והמתוק את המתוק אלא שקישות זה יפטר את השאר א"כ לפי דבריו ההפרשה על המתוק שבחולין הוא חציו מן המר שבתרומה וחציו מן המתוק שבתרומה. ואעפ"כ כל המתוק שבתרומה פוטר את המתוק שבחולין. ומזה ראייה שאת וחמור קנה הכל.

הרש"ש מפרש שהראיה היא שכשמוסיף על הקישות של תרומה מתוק ממקום אחר נמצא שבס"ה"כ הוא מפרש יותר משיעור אחד מחמישים וכונתו שכל התרומה תפטר את החולין. א"כ על חלק המתוק שבחולין שהוא יותר מחלק המתוק שבקישות של התרומה הוא הפריש גם מר שבקישות של התרומה וגם מתוק שהוסיף ממקום אחר. והיה צריך להיות שכ"א יפטר חלק וא"כ חלק מהמתוק העודף נפטר ע"י המר והוא ישאר טבל. ומזה שכולו נתקן ע"י המתוק שהוא הוסיף מוכח שאת וחמור קנה כנגד כולו. עיין ברשב"א שמפרש על דרך פירושו של המהרש"ל.

התוס' כתבו שאין המציאות שבכל קישות יש מר ומתוק כפירוש הרשב"ם, אלא כולם מתוקים והקישות שהוא תרם נמצאת מרה. בזה ת"ק סבר תרומה ויחזור ויתרום. ור' יוסי סבר שגם הקישות שנמצאת מרה רק הפנים שהוא מר ביותר יש לו דין מר, ורק על החלק שתוקן ע"י הפנים חוזר ותורם, אבל מה מה שתוקן ע"י החיצון אינו חוזר ותורם.

לדברי התוס' צריך להבין מה הראיה שאת וחמור קנה הכל הרי החיצון שדינו כמתוק אינו מתקן הכל אלא רק החלק שכנגדו. וכשהוא מוסיף שוב הוא תורם רק מתוק. וצ"ל שגם לתוס' מה שר' יוסי אומר שאין לך מר בקישות אלא הפנימי שבו לפיכך כשהוא תורם מוסיף על החיצון שבו ותורם היינו שייכול לכתחילה לקחת קישות מר ולהוסיף על החיצון מתוק ממקום אחר ולומר שכל הקישות ומה שהוסיף יהיו תרומה על כל החולין שהוא כולו מתוק. ואם כל חלק מהתרומה מתקן חלק מהחולין יוצא שחלק תוקן ע"י המר. ומזה שתוקן כל החולין מוכח שהמתוק פוטר גם את החלק שכנגד המר, ומזה ראייה שאת וחמור קנה הכל. דהיינו שגם לתוס' ר' יוסי לא דיבר על קישות ונמצאת מרה אלא על התורם ממר על מתוק שצריך להוסיף מתוק כנגד

אבל אם קידש אחת משתי האחיות שבזה מה שהאחיות אינן מקודשות הוא בגלל קידושין שאין מסורים לביאה בזה אין ביטול קידושי האחיות גורם לבטל קידושי האחרות. ואינו מוכן מה הנ"מ אם קידושי האחיות בטלים בגלל ערוה של אחות אשתו או בגלל קידושין שאינן מסורים לביאה, הא סו"ס לא חלו הקידושין ולמה לא יתבטלו הקידושין של כולם כדין את וחמור שלא קנה כלום לר"ה. וכתב בזה האב"מ בס' מ"א סק"ג שרש"י ס"ל שמה שבקני את וחמור לר"ה בטל הכל הוא רק כשחלק מהקנין אינו ראוי לחול כלל שאינו בר קנין דומיא דחמור. אבל אם חלק בטל רק מפני שלא עשה את הקנין באופן המועיל אין ביטולו של חצי מבטל את החצי השני.

האב"מ שם מביא מקור לחידוש זה מדברי המדרכי בשם רבינו שמחה שהמקנה מעות מטלטלין וקרקע בסודר אף שאין הסודר קונה את המעות, קנין הקרקע והמטלטלין אינם בטלים. והיינו אפי' לר"ה דאית ליה באת וחמור שלא קנה כלום שאני את וחמור שהחמור אינו בר קנין כלל. משא"כ הכא המעות ראויים לקנין דנקנים במשיכה והגבהה אלא שקנין סודר לא מהני בהו. בזה אין ביטול המקצת מבטל השאר גם למ"ד שבאת וחמור לא קנה כלום. דברי המדרכי הובאו ברמ"א בס' ר"ג סע' י'.

אם מה שלא קנה כלום לר"ה הוא בגלל אומדנא שאינו רוצה להקנות לחצאין אין מקום לחלק בין ביטול מחמת שאינו בר קנין לביטול מחמת שלא עשה הקנין כראוי. וכתב האבי עזרי בפ"ט מאישות ה"ב שמוכח מדברי רש"י שמה שלא קנה כלום אינו מחמת אומדנא אלא מפני שהכל נעשה במעשה אחד ובהקנאה אחת ואם בטל מקצת הקנין בטל כולו. ובזה יש לחלק בין ביטול גמור שאינו ראוי כלל לקנין לבין ביטול מחמת שלא עשה את הקנין באופן המועיל.

ר"ש אמר קנה הכל. כתב הרשב"ם שסברת ר"ש הוא שאדם יודע שאין חמור קונה וגמר בדעתו שמי שיוכל לקנות משניהם יקנה הכל. הקו"ש באות תק"א כתב שר"ש ס"ל שהמקנה לשנים אינו מקנה חצי לזה וחצי לזה אלא הכל לשניהם. וכששניהם ראויים לקנות קנינו של אחד מבטל את של השני וממילא מתחלק הקנין בין שניהם, אבל כשאחד אינו ראוי לקנות קונה השני הכל מפני שיש לכ"א סיבה לקנות הכל. כדברי הקו"ש מבואר ביד רמה באות ל"ד ע"ש. ונראה שזה גם כונת הריטב"א שכתב וז"ל הוא נותן כל נכסיו לשניהם ומה שאין זה יכול לקנות שיקנה האחר עכ"ל.

הר"י מיגש כתב וז"ל רב ששת אמר קנה הכל פירוש שהרי הקנה להם הכל וסילק ידו להם מהכל הילכך מה שלא קנה החמור קנאו הוא עכ"ל. לכאורה היה נראה כונתו שמה שקונה הכל לר"ש הוא מפני שהמקנה שהקנה הכל נסתלק מממון זה ואף שהחמור לא קנה, הממון יצא מרשות המקנה וממילא זוכה השני בכל. וזה על דרך שיטת הרשב"ם לעיל קל"ט. שבכל מוכר אם המקנה מקנה והקונה אינו רוצה לקנות הממון נעשה הפקר מפני שהמוכר הסתלק. אך א"א לפרש כן שרב ששת מביא ראיה לשיטתו מקישות ושם לא שייך סברא זו. לכן צ"ל שגם הר"י מיגש מתכוין למה שכתבו הרמ"ה והריטב"א והקו"ש שהמקנה מסלק עצמו מהכל לשניהם. דהיינו שהוא מקנה באופן שיש סיבה לכ"א לקנות את הכל. לכן אם אחד אינו קונה השני קונה את חלקו.

לפ"ז כתב הקו"ש שלר"ש אם יש ספק אם הקנה לראובן לבד או לראובן ושמעון יחד יהיה ראובן ודאי ושמעון ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי כמבואר ביבמות ל"ח. לגבי יורשים שאין ספק יורש מוציא מידי ודאי יורש. ביאור

הפנים של המר ולא כנגד החיצון של המר. ונ"מ מדבריו לדין של קישות ונמצאת מרה שאינו חוזר ותורם אלא כנגד הפנים.

אם אינו קדוש נשיאות חטא למה. התוס' בקידושין מ"ו: מקשים אולי אף שלא חל ההפרשה איכא נשיאות חטא על זה שעבר אמימרא דרחמנא כמו שמבואר בתמורה למ"ד אי עבד לא מהני דלוקה משום דעבר אמימרא דרחמנא. בכתבי הגר"ח זצ"ל מובא שתירץ שהעבירה של תורם מן הרעה על היפה אינה מה שתורם רעה אלא מה שלא תורם יפה. א"כ היכא שלא חל ההפרשה ועדיין יכול לתרום יפה ליכא עבירה כלל ולא עבר אמימרא דרחמנא. וי"ל שלזה כיוון הרשב"ם דכתב נשיאות חטא למה אלא יחזור ויתורם מן היפה. דהיינו שאין השאלה נשיאות חטא למה שאין חטא כיון שלא חל הרעה אלא השאלה שאין חטא מפני שעדיין יכול לתרום יפה.

מעשה בחמש נשים. שלהן היתה ושל שביעית היתה. כתב הרשב"ם שמבואר בקידושין דש"מ מהכא שהמקדש בפירות שביעית מקודשת. התוס' בקידושין נ"ב. כתבו שהחידוש בזה הוא דס"ד שאינה מקודשת כיון דאיכא בקידושין איסור סחורה קמ"ל דאף שלכתחילה אסור בדיעבד חלים הקידושין. הנוב"י קמא אבה"ע ס' ע"ו מביא שיש מקשים אם יש איסור בקידושין אמאי מקודשת הרי כאן לא קבלו הנשים הקידושין בעצמן אלא אחת היתה שליח של כל שאר הנשים והיא קיבלה בשביל כולן. וכיון שיש בקידושין אלו עבירה נימא אין שליח לדבר עבירה ולא יחולו הקידושין. ורצו להוכיח מזה שאין שליח לדבר עבירה היינו רק שאין העבירה מתיחס למשלח אלא לשליח, אבל השליחות קיימת ושפיר חלים הקידושין. הנוב"י מאריך שם לחלוק ומוכיח דאין שליחות לדבר עבירה היינו שאין דין שליחות על עבירה וכל השליחות בטלה. ומה שכאן חלים הקידושין אף שנעשו ע"י שליח והיה בקידושין עבירה היינו משום שהאיסור סחורה הוא על המקנה ולא על הקונה. והמקנה כאן הוא המקדש והוא קידש בעצמו ולא ע"י שליח. ועל האשה שנתקדשה ע"י שליח אין שום עבירה א"כ אין בזה שליחות לדבר עבירה.

המקנה בקידושין כתב שבלא"ה ליכא בזה הדין של אשלב"ע מפני שלא היה שליחות לקבל קידושין מפירות שביעית. אלא שליחות לקידושין סתם, ובמקרה נעשו הקידושין ע"י עבירה, ואין זה נחשב שליחות לדב"ע.

רשב"ם ד"ה אין אחיות מקודשות. כתב הרשב"ם שמה שאין האחיות מקודשות הוא משום דהוי קידושין שאין מסורין לביאה. רע"א והרש"ש תמהו על הרשב"ם אמאי מפרש כמ"ד דקידושין שאין מסורין לביאה לא הוי קידושין הא קי"ל כאב"י דהוי קידושין. והוי ליה לפרש שאינן מקודשות משום שאמר כולכם וכל שאינו בזה אחר זה אפי' בבת אחת אינו.

מבואר ברשב"ם דלא ס"ל כרש"י בקידושין שכתב שמה שקידושי הנכריות בטלים למ"ד את וחמור לא קנה כלום הוא רק כשביטול קידושי האחיות הוא משום כל שאינו בזה אחר זה אפי' בבת אחת אינו, אבל כשביטול קידושי האחיות הוא משום קידושין שאינן מסורין לביאה כגון שלא קידש את שתי האחיות אלא אחת מהם אין בזה הדין של את וחמור ולא מתבטלים קידושי הנכריות. וברשב"ם מפורש שגם כשביטול קידושי האחיות הוא מחמת קידושין שאינן מסורין לביאה יש דין של את וחמור. דהיינו שהרשב"ם חולק על היסוד שלמד האב"מ מדברי רש"י שמה שאת וחמור לא קנה כלום לרב המנוגא הוא רק דומיא דחמור שאינו בר קנין כלל, ולא כשהוא ראוי לקנין אלא שלא נעשה הקנין באופן המועיל.

רשב"ם ד"ה ואמאי. כתב הרשב"ם שמהמעשה של חמש נשים לא קשה רק על רב המנוגא דאמר שלא קנה כלום וכאן מבואר שהנכריות מקודשות, אלא קשה גם על ר"נ דאמר קנה מחצה, שמהמעשה של חמש נשים מוכח שקנה הכל כרב ששת. ואינו מוכן אמאי קשה על ר"נ, אמנם אין מכאן סתירה לרב ששת שר"ש אמר שקנה הכל באת וחמור מפני שרצון המקנה הוא שאם אין החמור קונה שיקנה מי שראוי לקנות. אבל בודאי שגם ר"ש מודה שלא יחולו קידושין באחיות בגלל הנכריות הרי האחיות אינן ראויות לתפיסת קידושין. אמנם מאידך גם ראייה לר"ש אין מכאן ולמה כתב הרשב"ם שיש מכאן ראייה לר"ש וקשיא לר"נ. עיין מה שכתב בזה הקצה"ח בס' ר"י סק"ה.

המהרש"ל מבאר דברי הרשב"ם שהראיה לר"ש אינה מקידושי הנשים אלא מהקנאת הכלכלה לנשים. שאותן נשים שאינן מתקדשות אינן זוכות בכלכלה. ומשמע לגמ' לפירושו של הרשב"ם שהנכריות שמקודשות זוכות בכל הכלכלה ולא רק בשלש חמישיות הכלכלה. ומה ראייה לר"ש שהמקנה לשנים ואחד אינו זוכה השני זוכה בהכל ולא רק בחלקו וקשה על רב המנוגא דאמר שלא קנה כלום וקשה גם לר"נ דאמר קנה מחצה.

התוס' רי"ד בקידושין נ"א. מקשה על מה שהגמ' מדמה מעשה דה' נשים לדין של את וחמור שאינו דומה, שבאת וחמור יש שני קונים שאחד ראוי לקנות והשני אינו ראוי לקנות, משא"כ בה' נשים יש קונה אחד שהוא המקדש ויש שני נקנים דהיינו הנשים שאחת ראויה להתקדש ואחת אינה ראויה. ובתירוצו הראשון כתב התוס' רי"ד שאין לחלק בזה בין שני קונים לשני חפצים. ולמ"ד שבאת וחמור לא קנה כלום גם הקונה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם כשם שלא חל הקנין על הדשלב"ל כך לא חל הקנין של הדבר שבא לעולם. בתירוצו השני כתב התוס' רי"ד שגם בה' נשים האת וחמור הוא על הקונים ולא על הדבר הנקנה, שהוא הקנה את הכלכלה לכולן, והאחיות אינן קונות, וזה ממש כאת וחמור שקונה אחד אינו קונה. הרי מבואר בתוס' רי"ד בתירוצו השני שהאת וחמור בה' נשים אינו בקידושי האשה אלא בהקנאת הכלכלה. וזה כמו שכתב הרש"ל בדעת הרשב"ם.

מדברי התוס' רי"ד והרש"ל מוכח דלא ס"ל היסוד שכתב האב"מ בדעת רש"י שמה דסבר רב המנוגא שלא קנה כלום הוא רק כשעל חלק הוא לא בר קנין כלל. אבל היכא שהוא בר קנין אלא שלא עשה את הקנין באופן המועיל אין ביטול החצי מבטל את החצי השני. וזה אמת אם הנידון הוא קידושי הנשים בזה האחיות אינן ראויות לתפיסת קידושין כלל. אבל אם האת וחמור הוא בהקנאת הכלכלה הרי כל הנשים ראויות לזכות בכלכלה. ומה שהאחיות אינן זוכות בכלכלה הוא רק מפני שלא הקנה להן אלא ע"ד שיתקדשו לו. ומוכח מהתוס' רי"ד והרש"ל דלא ס"ל בזה כרש"י. דברי הרש"ל נאמרו בדעת הרשב"ם ובלא"ה כתבנו לעיל שמוכח מדברי הרשב"ם דלא ס"ל בזה כרש"י.

הובא לעיל שיש מן האחרונים שכתבו שמה שלרב המנוגא לא קנה כלום אינו משום שיש אומדנא שאם לא קנה זה לא יקנה זה אלא מפני שהכל הקנאה אחת ואם בטלה מקצתו בטלה כולו. וכבר העירו דזה ניחא בהקנאה של ממון דאיכא למימר שהכל הקנאה אחת אבל בקידושין כל אשה צריכה פרוטה בפנ"ע, וכל קידושין הוא עסק נפרד ולא שייך לומר שקונה כמה נשים בהקנאה אחת. א"כ לכאורה יש סתירה לחידוש הנ"ל ממה שהגמ' לומדת ממעשה דה' נשים לדין של את וחמור. אך כל זה אם מפרשים האת וחמור בה' נשים בקידושי הנשים, אבל למה שכתבו התוס' רי"ד והרש"ל שהאת וחמור בה' נשים אינו בקידושי הנשים אלא בהקנאת הכלכלה שפיר י"ל שהוא מקנה את הכלכלה

סע' ד' שהמקנה דשלב"ל עם דבר שבא לעולם קנה הבא לעולם ולא הדבר שלא בא לעולם כדין את וחמור שקנה מחצה. ומבואר דקי"ל שגם לגבי שני חפצים קנה מחצה.

הרמב"ם פסק בפכ"ב ממכירה הי"ב כר"ג דאת וחמור קנה מחצה. ולגבי חמש נשים כתב הרמב"ם בפ"ט מאישות הי"ב שמה שהנכריות מקודשות הוא רק כשאמר הראיות מכס מקודשות. אבל אם אמר כולכם גם הנכריות אינן מקודשות. וכתב הר"ן שזה משום דס"ל שלגבי הדבר הנקנה גם לדין לא קנה כלום. ושאלת הגמ' היא אליבא דהלכתא וגם להלכה צריך להגיע לתירוץ דאיירי בראיות מכס ולא בכולכם. וכן יש לבאר דברי הרמב"ם ע"פ הרא"ש שכשכולל הכל בלשון אחד גם לדין לא קנה כלום.

במרדכי כאן מבואר לכאורה דפליג על התוס' וס"ל דלא קי"ל בזה כר"ג שקנה מחצה אלא כרב המנוגא דלא קנה כלום. שהמרדכי כתב מעשה באחד שהקנה לחברו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בבית אחת ונחלקו חכמי הדור בדבר. י"א דדמי לקני את וחמור וכי היכי דלא קנה המעות דאין מטבע נקנה בחליפין גם המטלטלין והקרקעות לא קנה. וי"א דקנה הכל מגו שחל הקנין על הקרקעות ועל המטלטלין חל נמי על המעות. ורבינו שמחה כתב דאע"ג דמעות לא קנה, קרקעות ומטלטלין קנה. ולא דמי לאת וחמור דהתם החמור אינו ראוי לקנין כלל משא"כ מעות נקנים במשיכה והגבהה ובחצר. ומביא רבינו שמחה ראייה לדבריו ממטלטלין שנקנים אגב קרקע כשאומר אגב וקני. ולמה צריך חידוש של קנין אגב ולמה צריך לומר אגב וקני ת"ל דמגו דמהני קנין חזקה על הקרקע מהני נמי על המטלטלין, אלא מוכח דלא אמרינן מגו.

מבואר לכאורה מכל דברי המרדכי דס"ל דלא קי"ל כר"ג דקנה מחצה אלא כרב המנוגא דלא קנה כלום. לכן ס"ל ליי"א הראשון דכיון שאינו קונה את המעות אינו קונה גם את קרקע. וגם רבינו שמחה דס"ל שקנה מחצה אין זה משום דס"ל דקי"ל כר"ג אלא כמבואר בדבריו דס"ל דלא דמי לאת וחמור. אבל גם רבינו שמחה מודה שבאת וחמור קי"ל דלא קנה כלל. וסברת הי"א השני הוא דמה דלא קנה כלום הוא באת וחמור דלא שייך לומר מגו דקנה האדם קנה נמי החמור, וממילא כיון שהחמור לא קנה גם הוא אינו קונה. אבל בסודר ס"ל דאגב דמהני הסודר לקרקע מהני גם למטלטלין א"כ נתקיים כל המקח. ומדברי כולם למדנו דס"ל שבאת וחמור קי"ל דלא קנה כלום. דברי המרדכי הובאו ברמ"א בס' ר"ג סע' י'. וכתב שם הסמ"ע בסק"ט שמה שהמרדכי פסק בזה כרב המנוגא ולא כר"ג הוא משום דקשיא ליה קושית התוס' מהגמ' בקידושין ששואלת על מעשה דחמש נשים מאת וחמור.

אך מקשה הסמ"ע דדברי הרמ"א סתרי אהדידי שבס' ר"ג סע' י' מביא הרמ"א את כל דברי המרדכי. ובס' ר"ט סע' ד' כתב הרמ"א שמי שמקנה לחברו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם י"א דדמי לקני את וחמור כמו שיתבאר לקמן בסוף ס' ר"י. ובס' ר"י נפסק דקנה מחצה, א"כ ס"ל גם לגבי דשלב"ל עם דבר שבא לעולם קנה מחצה. ולכאורה זה תלוי במחלוקת שהביא בס' ר"ג לגבי חליפין על קרקע ומעות. וכתב הסמ"ע שמה שבס' ר"ט נפסק שקנה את הבא לעולם ולא את הלא בא לעולם הוא משום דקי"ל בס' ר"י כר"ג דקנה מחצה. ולא קי"ל כהמרדכי שפסק כר"ה. וגם בס' ר"ג שמביא הרמ"א את כל הג' שיטות הביא את דברי רבינו שמחה באחרונה דהלכה כמותו. אך יוצא לדברי הסמ"ע דקי"ל כרבינו שמחה ולא מטעמיה, דרבינו שמחה ס"ל דקי"ל כר"ה שלא קנה כלום ואעפ"כ ס"ל שקנה הקרקע ולא המעות. ואנן קי"ל דקנה מחצה משום דקי"ל כר"ג.

לכל חמשת הנשים בהקנאה אחת, דאף שקנין הנשים כל אחת הוא קנין נפרד אבל הקנאה הכלכלה יכול להיות לכולן בהקנאה אחת. וא"כ שפיר איכא למימר שהיסוד של את וחמור הוא דהוי הקנאה אחת ולא מכח אומדנא.

תוד"ה רב נחמן. כתבו דהלכתא כר"ג דקנה מחצה. והקשו מקידושין שהגמ' שואלת על מעשה בחמש נשים אמאי הנכריות מקודשות והא את וחמור הוא. וכתבו דפריך למ"ד את וחמור לא קנה כלל איך הוא יפרש את המשנה מעשה בחמש נשים, אבל להלכה דקי"ל כר"ג לא קשיא. וכן שיטת הרי"ף בקידושין נ"א: שהרי"ף השמיט תירוץ הגמ' שם שמעשה בחמש נשים איירי שלא אמר כולכם מקודשות לי אלא שאמר הראיות מכס לקידושין מקודשות לי. וכתבו הרא"ש והר"ן שם שהרי"ף לא הביא תירוץ הגמ' משום דס"ל שהשאלה היא רק למ"ד שלא קנה כלום, ולמאי דקי"ל שקנה מחצה לא קשיא ולא צריך להעמיד שאמר הראיות מכס.

המהרש"א כתב על דברי התוס' שלרשב"ם שכתב שמעשה דחמש נשים יש ראייה לר"ש שקנה הכל לא קשיא קושית התוס'. דאף דקי"ל כר"ג מ"מ קשה ממעשה דחמש נשים דמוכח התם שקנה הכל וקי"ל דאת וחמור לא קנה אלא מחצה. ולדבריו גם להלכה דקי"ל כר"ג צריך להעמיד כשאמר הראיות מכס שאם אמר כולכם הנכריות לא יקנו את כל הכלכלה. וכתב המהרש"א שמחלוקת הרשב"ם והתוס' הוא שהרשב"ם ס"ל שמשמעות המשנה היא שהנכריות שמקודשות קונות את כל הכלכלה, ומוזה מוכח שאת וחמור קנה הכל. והתוס' ס"ל שאין הכרח שהן קונות את כל הכלכלה אולי קונות רק ג' חלקים בכלכלה.

יש לומר עוד שהתוס' ס"ל שהנידון של את וחמור במעשה דחמש נשים אינו לגבי הכלכלה אלא לגבי קנין הנשים. וזה משום דס"ל כיסוד שכתב האב"מ בדעת רש"י בקידושין שמה שיש מ"ד דס"ל שבאת וחמור לא קנה כלום הוא רק דומיא דחמור שאינו בר קנין כלל אבל אם מה שלא חל חלק מן הקנין אינו מפני שחלק זה אינו ראוי לקנין כלל אלא מפני שהקנין לא נעשה באופן המועיל אין זה סיבה לבטל את החלק שכן נעשה באופן המועיל. ונתבאר לעיל שלרש"י אין לומר שהאת וחמור בקידושין הוא בהקנאת הכלכלה שמה שלא קנו האחיות חלק בכלכלה אינו מפני שאינו ראוי לקנין אלא מפני שלא הקנה אלא על דעת שיהיו קידושין. ולכן ס"ל שהנידון של את וחמור בחמש נשים אינו בכלכלה אלא בקנין הנשים. ולגבי זה שפיר כתבו שלר"ג לא קשה על חמש נשים מהדין של את וחמור.

הרא"ש בקידושין מישב קושית התוס' באופן אחר. דמה דסבר ר"ג שקנה מחצה הוא רק באת וחמור שחילק לשון ההקנאה לשנים שפירש את וחמור. משא"כ כשאומר כולכם מקודשות לי הוא כלל את כל חמשת הנשים בלשון אחד. בזה גם ר"ג מודה שכולם תלויים זה בזה ואם אחד לא קנה לא קנו כולם. ולדבריו גם למאי דקי"ל כר"ג צריך להעמיד שאמר הראיות מכס מקודשות, שאם אמר כולכן אף אחת אינה מקודשת.

הר"ן שם כתב דמה דסבר ר"ג שקנה מחצה הוא בשני קונים שאחד ראוי לזכות והשני אינו ראוי לזכות בזה אין סברא לתלות קנינו של זה בקנינו של זה. משא"כ הקונה שני חפצים הדרך שמקפיד שיתקיים המקח כולו. ובזה מודה ר"ג שלא קנה כלום, וגם למאי דקי"ל כר"ג צריך להעמיד שאמר הראיות מכס ולא שאמר כולכם. לר"ן בהכרח שהאת וחמור בחמש נשים אינו בהקנאת הכלכלה כשיטת התוס' רי"ד והמהרש"ל אלא בקנין הנשים ולכן כתב שאין האת וחמור בזה בקונה אלא בחפצים הנקנים. אמנם להלכה לא קי"ל בזה כסברת הר"ן שהרמ"א פסק בס' ר"ט

יקבלו ביחד יותר משליש. גם הרמב"ן חולק בזה על הרמב"ם ע"ש.

בשלמא התם אהרן בר חלוקה הוא. הקו"ש מקשה שאר כהנים שאינם מבני משמר זה אינם חולקים וא"כ לולא קרא לא היה כה"ג מקבל כלום שאינו שייך למשמר זה. ולכאורה לא קשיא דכיון שכה"ג עובד בכל עת שירצה דינו תמיד כאחד מאנשי המשמר.

דף קמג:

הלכתא כוותיה דרב יוסף בשדה ענין ומחצה. כלל זה נאמר היכא דנחלקו רבה ורב יוסף. וקשה דלא מצאנו כאן שרבה חולק על רב יוסף אלא אביי הוא שהקשה על דברי רב יוסף. וכתב הריטב"א דקים לה לגמ' דאביי מדרבה רביה נקטיה.

ההוא דשדר פיסקי דשראי לביתיה. הרשב"ם והרא"ש כתבו בשם הירושלמי שמי ששלח ממדה"י לבניו הבנות בכלל. ואם אמר בשעת מיתה לתת לבניו אין הבנות בכלל. הנ"י מבאר הטעם שבחייו הוא רוצה לכבד בנותיו כדי לחבבם על בעליהן. אבל בשעת מיתה נותן לבנים כדי שלא לעקור מהם נחלה דאורייתא. וכן מבואר ברמב"ם שכתב בפ"ו מזכיה הי"ד מי ששלח כלים ממדה"י ואמר יתנו אלו לבני הרי אלו יתנו לבנים ולבנות. ובפ"א מזכיה הי"א כתב שכ"מ שאמר נכסים אלו לבניי אין הבנות בכללם. הרי שמחלק הרמב"ם בין מי שהלך למדה"י למי שנותן בשעת מיתה. ומקורו מהירושלמי שהובא ברשב"ם כמש"כ המ"מ בפ"ו מזכיה הי"ד.

הראויים לבנות לבנות. איירי גם בבנות נשואות כדמוכח בהמשך הגמ'. כתב הרמב"ם בפ"ו מזכיה הי"ד שאם ראוי גם לזכרים וגם לנקבות יטלו אותם הזכרים. הטור בס' רמ"ז מביא דברי הרמב"ם ואח"כ כתב בשם הרמ"ה שאם ראוי לבנים ולבנות יתנו לשניהם. וכתב המחנ"א בהל' זכיה ס' מ"ג דלא פליגי שהרמב"ם איירי שאמר יתנו אלו לבני, וסתם בנים היינו זכרים ולא נקבות. ורק כששולח דברים שאינם ראויים אלא לבנות אמרינן שנתן לבנות. אבל כשראוי לשניהם תולים שנתן לבנים שהרי אמר לבני. אבל הטור איירי שלא אמר לבני אלא לבני ביתי לשון זה כולל גם בנות. ובהו כתב הטור בשם הרמ"ה שאם ראוי לבנים ובנות יתנו לשניהם. וכן כתב הסמ"ע בס' רמ"ז סק"ג. ביד רמה בסוף אות מ"א לכאורה מפורש שלא כדבריהם שכתב בהדיא דאף שאמר אלו לבני אם ראוי לבנים ובנות יתן לבנים ולבנות.

עוד כתב המחנ"א שהרמ"ה איירי בדבר שיש בו כדי חלוקה, בזה יתנו לשניהם. והרמב"ם איירי בדבר שאינו ראוי להתחלק בזה נותנים לבנים.

השו"ע בס' רמ"ז סע' א' פסק כרמב"ם שאם ראויים לזכרים ולנקבות יטלו אותם הזכרים. וכתב ע"ז הגאון שם סק"ג לעיין בכאר הגולה. באה"ג בסק"ב כתב מקור לדברי הרמב"ם מהא דמבואר בגמ' שאפי' כלתיה עדיפא מבתו הנשואה. והטעם מפני שעל בנו לפרנס את אשתו וא"כ צרכי כלתו הם צרכי בנו. ומבואר דבנו קודם לבתו הנשואה. ואף שמבואר בגמ' שבתו שאינה נשואה קודמת לכלתו כתב הגאון שזה רק לכלתו שאינה בנו ממש אלא צורך של פרנסת בנו אבל כשהבגדים ראויים לבנו בעצמו הוא קודם גם לבת שאינה נשואה. דהיינו שמבואר בגמ' שסדר העדיפות הוא בתו שאינה נשואה ואח"כ כלתו ואח"כ בתו הנשואה. לגבי בת נשואה מוכח בהדיא בגמ' שכן עדיף. ולגבי בת שאינה נשואה מבואר רק שהיא עדיפא על כלתיה ואין הכרח אם היא עדיפא מכן או שווה לכן.

כל זה להבנת הסמ"ע בדברי המרדכי והרמ"א. הגאון בס' ר"ג סקמ"ב כתב שגם המרדכי ס"ל כתוס' דקי"ל כר"ג דקנה מחצה. אלא דס"ל כשיטת הרמב"ם וכסברת הרא"ש שלמדו משאלת הגמ' בקידושין דהיכא דכולל הכל בלשון הקנאה אחת כגון שאומר כולכם מקודשות לי גם לדידן אם בטל חלק מהקנין בטל כל הקנין. ולכן באת וחמור נפסק בס' ר"י כר"ג דקנה מחצה. ולכן בס' ר"ט נפסק שהקנאה דשלב"ל עם דבר שבא לעולם קנה את הדבר שבא לעולם דדמי לאת וחמור שקנה מחצה כיון שלא הקנה את שניהם בלשון אחד. משא"כ בנידון של המרדכי לשון הרמ"א הוא שהחליף מעות וקרקע ביחד. דהיינו שאמר לשון הקנאה אחד לשניהם דדמי לכולכם ובהו גם לדידן אם בטל מקצת הקנין בטל כולו. ועל אופן זה קאי שלושת השיטות שהובאו במרדכי. ועל דרך זה כתב גם הנוב"י שהובא בפת"ת בס' ר"ג סק"ד ע"ש.

לכאורה דברי הגאון מוכרחים שהדין שהובא בס' ר"ט לגבי דשלב"ל עם דבר שבא לעולם גם הוא מקורו מדברי המרדכי מיד לפני המרדכי שהובא בס' ר"ג. ושם כתב המרדכי על דברי ר"ג דקנה מחצה מספקא ליה למורי באדם המקנה דשלב"ל עם דבר שבא לעולם אם שייך אותו מחלוקת של את וחמור או לא. ומסיק דמי לאת וחמור ולר"ג גם בזה קנה מחצה. ומשמע דס"ל דקי"ל כר"ג וסותר מה שמבואר מיד אח"כ דס"ל דקי"ל כרב המנונא. דהיינו שמה שמקשה הסמ"ע סתירה ברמ"א קשה במרדכי עצמו. אבל לדברי הגאון ניהא דלעולם ס"ל דקי"ל כר"ג והגידון דחליפין שאני דהתם הקנה הכל יחד בלשון אחד.

נמצא התיירוצים על קושיית התוס' א. תוס' והרי"ף ס"ל ששאלת הגמ' אינה להלכה אלא למ"ד שלא קנה כלום. ולהלכה לא צריך להגיע לתירוץ הגמ'. ב. הרא"ש כתב דכולכם שאני שכלל כולם בלשון אחד. ג. הר"ן כתב שבחמש נשים האת וחמור הוא בדברים הנקנים ולא בקונים ובהו גם לדידן אם אינו קונה חלק אינו קונה כלום. ד. המהרש"א כתב שלרשב"ם לא קשיא ששאלת הגמ' על הכלכלה ולא על הנשים. ה. הסמ"ע כתב שהמרדכי למד מקושיית התוס' דלא קי"ל בזה כר"ג אלא כר"ה שלא קנה כלום.

אמר רב יוסף קנתה מחצה. היינו כיון שכלל את כל הבנים בכלל אחד ואת האשה בפני עצמה הוא השוה בזה את האשה לכל הבנים ולכן היא נוטלת חלק ככל הבנים יחד. כתב הרא"ש דכשם שאם הנפרטים מועטים מקבלים מחצה כך כשהנפרטים מרובים והנכללים מועטים נוטלים הנפרטים מחצה. כגון שאמר נכסי לפלוני ולפלוני ולפלוני ולבני ראובן ולא היו לראובן כי אם שני בנים כל הנפרטים מקבלים מחצה ובני ראובן מחצה. דהיינו שבאופן זה בני ראובן שלא נפרטו יקבלו יותר מהנפרטים. שבני ראובן יקבלו כ"א רבע מהנכסים ושאר הנפרטים יקבלו כל אחד שתות מהנכסים. ודבריו לכאורה אינם מובנים אמאי מקבלים כל הנפרטים יחד רק חצי הרי הוא חילק נכסיו לארבעה, ג' פרטים וכלל אחד. א"כ היה צריך להיות שכל אחד מן הנפרטים יקבל רביע נכסים ובני ראובן יקבלו יחד רביע.

הרמב"ם בפ"א מזכיה ה"ו כתב כדברי הרא"ש וז"ל אמר לפלוני ופלוני ובני פלוני נוטלין בני פלוני מחצה והשנים הראשונים מחצה עכ"ל. והראב"ד תמה על זה שאם היה אומר נכסי לראובן שמעון ולוי בודאי כ"א היה מקבל שלישי. א"כ כשאמר נכסי לראובן שמעון ובני לוי אמאי יטלו בני לוי יותר ממה שהיה נוטל לוי. ומוסיף הראב"ד שאם היה אומר לראובן ושמעון ולבני לוי היה מקום להבין דברי הרמב"ם שבזה יש ב' חלוקות ראובן ושמעון, ובני לוי. אבל אם אמר ראובן ושמעון ובני לוי אין סיבה שבני לוי

כאריס דאף שלא טרחו להשביח בגופם מ"מ טרחו לשכור פועלים. ומה שעל טורח זה של שכירות פועלים הם מוחלים ואם השביחו בגופם אינם מוחלים מבאר הנתיבות בס' רפ"ז סק"ב שבטורח של חפירה ונטיעה יש טורח נפרד בכל חלק וחלק. וכיון שהגדול טורח טירחא מיוחדת בשביל חלק הקטנים אין הוא מוחל על טירחא זו. משא"כ בטורח של שכירות פועלים הטורח הוא אחד לכל הנכסים ואין טורח נפרד לחלק הקטנים. ואף שלולא המחילה היה תביעה מדין יורד דסו"ס הוא שכר גם בשביל הקטנים על זה אחים מחלי אהרדי.

תוד"ה והשביחו. כתבו דקטנים וגדולים לאו דוקא ובגדולים וגדולים נמי איכא מחילה. הרא"ש כתב דנקטו גדולים וקטנים לרבנותא וכ"ש גדולים וגדולים שיש יותר סברא דמוחלים שאחד טורח עבור חברו ע"ד שפעם אחרת חברו יטרח בשבילו. הנ"י בב"מ ל"ט: בשם הראב"ד חולק על התוס' וס"ל שגדולים מוחלים רק לקטנים שאינם יכולים להשביח לבד ולא לגדולים. הובאו דבריו בב"י בריש ס' רפ"ז.

אם אמר ראו מה שהניח אבא. הרשב"ם ס"ל שע"י אמירה זו הוא מקבל את השבח מחלקו דכיון שהוא רצה לחלק ונתעצלו ב"ד בזה אין הוא מפסיד השבח של חלקו. אבל מחלק הקטנים אין הוא מקבל שבח גם אם אמר ראו. והתוס' חולקים וס"ל דכיון שאם הגדולים לא ישיבחו הקטנים לא ישיבחו לעצמם מוחלים הקטנים גם על השבח של חלקם וכל השבח הוא לגדולים שהשביחו. ואף שבדיבור שלפני זה כתבו התוס' דגדולים וקטנים לאו דוקא היינו ברישא אבל דין זה שאם אמרו ראו מה שהניח לנו אבא נוטלים הגדולים את כל השבח מודים התוס' שזה דוקא בגדולים וקטנים.

הרא"ש גם כתב כתוס' שבסיפא שאמרו ראו נוטל מי שהשביח את כל השבח אך הרא"ש כתב שגם לגבי זה דין גדולים וגדולים כדין גדולים וקטנים. שבגדולים וקטנים כל השבח הוא לגדולים מפני שלגבי הקטנים שאינם יכולים להשביח לבד זה נחשב זה נהנה וזה לא חסר. ובגדולים וגדולים כיון שמי שהשביח אמר ראו והשני לא השביח עמו הוא מוחל על השבח של חלקו.

נמצא שלראב"ד כל המשנה הוא בגדולים וקטנים דוקא. לתוס' ברישא גדולים וקטנים לאו דוקא ובסיפא זה בדוקא. ולרא"ש גם הסיפא הוא אפי' בגדולים וגדולים.

תוד"ה ואם אמר ראו. הקשו על הרשב"ם דס"ל שהמשביח מקבל רק את השבח של חלקו א"כ מה היה הנידון לקמן במעשה דרב ספרא הרי שם איירי בזווי וזווי כמאן דפליגי דמי. הרמב"ן ס"ל בזה כרשב"ם ועל טענת התוס' כתב הרמב"ן דמאי דאמרינן זווי כמאן דפליגי דמי אינו אלא לענין שאם חלק לפני שנים מהני ולא בענין ב"ד לחלוקת המעות. אבל אם לא חלק כלל גם במעות לא אמרינן כמאן דפליגי דמי.

בסוף הדיבור הקשו התוס' איך מהני מחילת הקטנים הרי מבואר בריש אלו מציאות שקטנים לאו בני מחילה נינהו. הרמ"ה חולק על התוס' מה"ט דקטנים לאו בני מחילה. ולכן כתב כרשב"ם שגם אם אמרו ראו מה שהניח אבא אינם מקבלים אלא השבח של חלקם, ומחלק הקטנים מקבלים כאריס ולא את גוף השבח וכ"כ הרמב"ן.

התוס' כתבו דהכא שאינם מפסידים ולא בא לידם הריח מחלי שפיר. מה שכתבו שאינם מפסידים הוא הסבר למה שתולים שהם מוחלים. ומה שכתבו שלא בא לידם הריח הוא הסבר למה שמועיל המחילה. ולכאורה הביאור בדבריהם הוא שמה שלא מהני מחילה של קטן הוא

חיד רמ"ה באות מ"ב מבאר שמה שכלתו עדיפא מבתו הנשואה הוא מפני שפרנסת כלתו הוא על בנו משא"כ בתו מוטלת על בעלה כמבואר ברשב"ם. ומה שבתו שאינה נשואה עדיפא על כלתו הוא מפני שכלתו זה צורך הבן אבל אין הבן משתמש בדבר זה עצמו משא"כ הבת.

ההוא דאמר נכסי לבניי. כתב הרשב"ם שאמר כן בשעת מיתה. מה שכתב כן הרשב"ם הוא משום דמבואר בגמ' שמה שיש צד לומר שבני כולל בנות הוא רק מפני שאמר לשון רבים ואין לו אלא בן אחד, אבל לולא זה פשוט שאין בת בכלל בני. ולפי מה שכתב הרשב"ם לעיל בשם הירושלמי מה שבת אינה בכלל בניו הוא רק כשאומר כן בשעת מיתה.

נכסי לבנאי הוה ליה ברא ובר ברא. הרשב"ם מבאר שהספק הוא מי אמרינן כיון שאמר לשון רבים ע"כ שכוונתו לכלול את בן הבן א"ד אין בן הבן בכלל בן ומה שאמר לשון רבים הוא משום שגם על בן יחיד שייך לשון רבים כמבואר בקראי דלעיל. ואף שלעיל פשטו מהני קראי שאין הבת בכלל, זה לגבי בת שאינה בכלל משמעות של בני כלל בזה עדיף לומר שאמר לשון רבים על בן יחיד מלומר שכלל את הבת. משא"כ הכא יש צד שבן הבן הוא בכלל משמעות בני וא"כ עדיף לתלות שכוונתו לבן הבן מלומר שאמר לשון רבים על בן יחיד. ומבואר ברשב"ם שהספק של הגמ' הוא רק כשאמר לשון רבים ואין לו אלא בן אחד. אבל אם יש לו כמה בנים פשוט שאין בן הבן בכלל. וכן כתבו התוס' רי"ד והרא"ש בפירושו הראשון. ומה"ט קשיא להו מה הגמ' פושטת מהמשנה בנדרים אולי איירי התם שיש לו כמה בנים ובוזה פשוט שאין בני בנים בכלל. וכתבו דמדקתני סתמא משמע שגם כשאין לו אלא בן אחד אין בני בנים בכלל.

הרא"ש כתב שר"ת מפרש הספק של הגמ' גם כשיש לו כמה בנים. דהיינו שיש צד לגמ' שבני בנים הם בכלל בנים ממש גם כשאין הכרח מזה שנקט לשון רבים. ולא דמי לנידון דלעיל כשיש לו בן וכת ששם מבואר בגמ' שמה שיש צד שכלל בזה גם את הבת הוא רק מפני שאמר לשון רבים ואין לו אלא בן אחד.

הנ"י בשם הריטב"א מסתפק היכא דליכא בנים כלל אלא רק בנות או בני בנים ואמר נכסי לבני אי קאי אבני בנים או על הבנות. וכתב שדעת רבותיו דמשום בני בנים קאמר דהם ראויים ליורשו ועומדים במקום בנים. ויש לעיין מאי מספקא ליה הרי לכאורה מוכח בגמ' שבני בנים נכללים בלשון בני יותר מבנות. שלגבי בנות הספק היה רק מפני שהיה צד שאין לפרש בני בלשון רבים על בן יחיד וע"כ שכוונתו לבת. אבל אחרי שהביאו ראיה מן הפסוקים דשייך לשון רבים על בן אחד פשוט לגמ' שאין בנות בכלל. ולגבי בן הבן יש צד לגמ' שהוא בכלל בני גם אחרי שלמדו מקרא דשייך לשון רבים על בן אחד. ומוכח דבן הבן הוא יותר בכלל בני מבת. וכ"ש לר"ת שיש צד שבן הבן בכלל גם כשיש כמה בנים. ולגבי בת מוכח בגמ' שאין צד שבת בכלל כשיש כמה בנים וצ"ע.

הניח בנים גדולים וקטנים השביחו גדולים את הנכסים השביחו לאמצע. מה שהשבח הוא לאמצע הוא משום שהנכסים הם עדיין בתפוסת הבית ואין לכ"א חלק מסוים אלא הכל שייך לכולם ולכן גם השבח של כולם. והחידוש במשנה הוא שהגדולים שהשביחו אינם מקבלים מהקטנים אפי' כאריס כדין היורד לשדה חברו דשאני הכא דאחים מחלי אהרדי כמבואר בתוד"ה והשביחו. ואף שמבואר בגמ' דמתני' איירי בשבח נכסים מחמת נכסים, ומפרש הרשב"ם דהיינו שהגדולים לא טרחו בגופם ולא הוציאו הוצאות משלהם, מ"מ לולא מחילת הגדולים היו מקבלים

שלו למה לא מוציאים את המחזיק גם כשאין למערער עדים. וכתב בזה הנתיבות שם סק"ט כיון שהממון נמצא ביד המחזיק אין הוא יכול להוציא את הממון מתחת ידו בלי ראיה. ומה שמותר לו להשתמש בממון אף שהוא מודה שאין הממון שלו מבאר הנתיבות שזה מפני שאין הבעלים יכולים להשכיר את השדה כיון שאין להם עדים שזה שלו וא"כ דמי לחצר דלא קיימא לאגרא שמותר לדור בו דהוי זה נהנה וזה אינו חסר. ומה"ט כתב הנתיבות שהמחזיק אוכל גם את הפירות שגודלים בשדה עד שיביא הבעלים עדים שהקרקע שלו. אמנם מבואר שם בשו"ע שאם אח"כ מביא המערער עדים שהקרקע הוא שלו הוא מוציא מהמחזיק גם את הקרקע וגם את הפירות. ומבואר דאף שהיה זה נהנה וזה לא חסר מ"מ הפירות שייכים לבעל הקרקע. אך י"ל דהתם איירי בפירות שגדלו מעצמם באילן של בעל הקרקע. אבל אם זרע המחזיק י"ל שהפירות הם של המחזיק אף שגדלו בקרקע של המערער כיון שזרע ברשות שבשעת הזריעה היה מצב של זה נהנה וזה לא חסר. עיין מה שכתבנו עוד בענין זה בב"מ ק"א.

תוד"ה בתוספתא. נחלקו התוס' והרשב"ם אם אמירת ראו מה שהניח אבא צריך להיות בפניו ב"ד או לא. הרא"ש כתב שבגדולים וקטנים בעינין אמירה בב"ד ובגדולים וגדולים מהני גם אמירה חוץ לב"ד ע"ש.

ל"ש אלא ששבחו נכסים מחמת נכסים. הרשב"ם מבאר דהיינו שלא טרחו בגופם ולא הוציאו הוצאות משלהם. ובהמשך הגמ' מבואר לגבי אודייני דאף שטרחו בגופם מ"מ השבח לאמצע. לפי מה שמבואר בתוס' בד"ה לא שנו ב' דינים אלו, דהיינו מה שיש מחילה כשבחחו נכסים מחמת נכסים, ובאודייני אף שהשבח הוא מחמת גופם, הוא מטעם אחד. דכל היכא שגם הקטנים היו יכולים להשביח אם המשביח לא הודיע להם הוא מוחל. כשבחו נכסים מחמת נכסים אם היו מודיעים היו אוהבי הקטנים או קרוביהם משביחים בשביל הקטנים כיון שאין הוצאה ולא טורח מרובה. וכן באודייני הקטנים בעצמם יכלו להשביח.

מדברי הטור בס' רפ"ז משמע שהם שני דינים נפרדים. דשבחו נכסים מחמת נכסים מבאר הטור דאף שלא היו הקטנים יכולים להשביח מ"מ כיון דהוי טורח מועט איכא מחילה. ובאודייני איכא מחילה מטעם אחר שזה שבח שגם הקטנים היו יכולים להשביח.

הרשב"א כתב על הא דמבואר גבי אודייני שיש מחילה מפני שגם הקטנים היו יכולים להשביח שהדין הוא כך גם בקטנים המוטלים בעריסה שלא היו יכולים להשביח, דמה שאמרו שהקטנים יכולים להשביח אינו אלא סימן שאין זה טורח מרובה אלא טורח מועט, ועל טורח מועט איכא מחילה. ולדבריו י"ל ששני הדינים הם מחמת דהוי טורח מועט וע"ז יש מחילה.

נמצא שלתוס' הכל תלוי במה שהקטנים יכולים להשביח. וכל היכא דשבחו נכסים מחמת נכסים יכלו הקטנים להשביח ע"י קרוביהם ואוהביהם, ובאודייניא ע"י עצמם ובזה איכא מחילה. לרשב"א יש לומר שהכל תלוי אם זה טורח מועט או טורח מרובה. לטור איכא ב' דינים. כשבחו נכסים מחמת נכסים המחילה היא מפני שזה טורח מועט. ובאודייני המחילה היא מפני שהקטנים יכלו להשביח בעצמם.

תוד"ה לא שנו. כתבו דמה שמבואר בב"מ ל"ט: שהאח תבע גם שבח איירי ששבחו נכסים מחמת נכסים. רש"י שם בב"מ לא פירש כן אלא כתב שהגמ' שם חולקת על מה שמבואר כאן ולפי הגמ' שם גם בשבח מחמת עצמם השבח לאמצע.

כשהממון הוא של הקטן או חוב שחייבים לקטן אין הוא יכול להפקיע החוב ע"י מחילה. אבל הכא שבא אחר והשביח ממנו של הקטן סוברים התוס' שמה שהשבח הוא של בעל הממון הוא רק כשלא היה לו רשות להשביח ממון חברו. אבל אם היה לו רשות השבח הוא של המשביח ולא של בעל הממון. ואף שמחילת קטן אינה מחילה מ"מ רשות של קטן מהני, וזה גורם שאין הקטן זוכה בשבח.

דהיינו שיש לדון בדין של ארעאי אשבח, שהשבח שייך לבעל הממון ולא למי שהשביח, אם זה דוקא כשלא היה למי שהשביח רשות להשביח ממון חברו לעצמו אבל אם היה לו רשות השבח הוא שלו אף שאין לו שום קנין בממון חברו, או שאפי' אם היה לו רשות כל שאין לו קנין של שאלה או שכירות בקרקע השבח שייך לבעל הקרקע. ונראה שבזה נחלקו הראשונים כאן שהרמ"ה כתב שלא יתכן שכל השבח הוא של הגדול בגלל מחילת הקטן שקטנים לאו בני מחילה ניהו. וזה משום דס"ל דאף שהקטן נותן רשות להשביח ממנו אין זה סיבה שיהיה השבח של המשביח דכל שהממון הוא של הקטן ממילא השבח הוא שלו וא"כ יש למשביח קנין שאלה או שכירות, אבל רשות בלי קנין לא מהני. והתוס' ס"ל שאם יש רשות להשביח בשבילו סגי בזה שהשבח יהיה של המשביח ולא של בעל הממון. ורשות גם קטן יכול לתת.

יסוד זה שמספיק רשות כדי שהשבח יהיה של המשביח מוכח גם ברא"ש. שהרא"ש ס"ל כשיטת התוס' שכל השבח הוא של הגדול, אך לא כתב כתוס' שזה בגלל מחילת הקטן אלא משום דהוי זה נהנה וזה לא חסר, שאם הגדול לא היה משביח הקטן אינו יכול להשביח לעצמו. ואינו מובן שזה נהנה וזה לא חסר נאמר לענין הדר בחצר חברו שאינו חייב לשלם, ומה זה נוגע לשאלה למי שייך השבח. אלא מוכח דמה שהשבח שייך לבעל הממון הוא מפני שאין רשות לאחר להשביח ממנו בלי רשותו, והשימוש של השבחת הממון הוא של בעל הממון. ולכן במקום דהוי זה נהנה וזה לא חסר כשם שאין זה נחשב שימוש בממון חברו לענין לחייב את המשתמש בתשלום על השימוש, כך אין זה נחשב משתמש בממון חברו לענין שהשבח יהיה של בעל הממון. ומה"ט סוברים התוס' שאם המשביח קיבל רשות להשביח ממון חברו לעצמו סגי בזה שלא יהיה השבח של בעל הקרקע אלא של המשביח. ולכן אין בזה חסרון של מחילת קטן דכיון שעדיין לא זכה הקטן בממון מהני רשותו של הקטן שהוא לא יזכה בשבח אלא הוא יהיה של המשביח.

הגרש"ש בשערי יושר ש"ג פכ"ה ד"ה ומעתה מסתפק בממון של איסורי הנאה שהושבח כגון פירות שגדלו על אילן של איסור"ג אם השבח שייך לבעל הממון או לא. האם אמרינן כיון שיש בעלות על איסור"ג ממילא גם מה שגודל מהאיסור"ג הוא של בעל הממון א"ד אין זה דבר מוכרח שמה שגודל מממון שלי שהוא שלי אלא זה אחד מזכויות הממון שנתנה תורה לבעל הממון. ובאיסור"ג אף שיש לו בעלים מ"מ כיון שאין בו דין ממון גם דין זה לא קיים ואין השבח שייך לבעל הממון. ומביא ע"ז הגרש"ש את דברי הריטב"א בקידושין נ"ו: שאפר של איסור"ג אינו של בעל האיסור"ג אלא הוא הפקר. וכיון שאין זה מציאות מוכרחת שהשבח יהיה של בעל הממון אלא זה מהזכויות של בעל הממון בממונו יש מקום לומר שאם נתן רשות לאחר להשביח ממנו אין השבח של בעל הממון אלא של המשביח אף שאין למשביח שום קנין בממון.

בשו"ע חו"מ ס' קמ"ו סע' ט' מבואר דאף שחזקה שאין עמה טענה אינה חזקה מ"מ אין המערער יכול להוציא מהמחזיק עד שיביא עדים שהיא שלו. ואינו מובן כיון שמורה המחזיק שאין הקרקע שלו והמערער טוען ברי שזה

חייבת לבעלה, או ליתומים בזמן שמקבלת מהם מזונות, כגון טווה ואורגת. אבל אינם יכולים לחייב אותה להשביח את הקרקע ואם השביחה אין זה בכלל מעשה ידים. והובא מחלוקת בזה בשו"ע שם סע' ז'.

היכא שאינה ניזונת ולא אמרה ראו כל השבח הוא של היתומים. וכתב הרא"ש דמשמע ברשב"ם שאפי' שכר טירחא מדין יורד אין לה. והרא"ש חולק שרק כשאחד מן היורשים משביח בסתם איכא מחילה ואינו מקבל כאריס. אבל אשה שאינה יורשת בודאי אינה מוחלת ומקבלת כאריס.

עוד מבואר ברשב"ם שגם אם לא אמרה ראו ואין השבח שיותר על דמי כתובתה שלה מ"מ היא גובה כתובתה גם משבח זה שהיא השביחה ורק השבח שיותר על דמי הכתובה אינה שלה. וגם ע"ז חולק הרא"ש דכיון שלא אמרה ראו אין השבח שלה ואין סיבה שהיא תגבה כתובתה משבח שהשביחו היורשים את הנכסים.

היכא שאמרה ראו מבואר ברשב"ם שכל השבח הוא שלה גם מה שיותר על דמי כתובתה. התוס' חולקים על חידוש זה של הרשב"ם דאף שאמרה ראו אין סיבה שהשבח יהיה שלה דכל זמן שלא נשבעה הממון שייך ליתומים וממילא גם השבח שלהם. ושיטת הרשב"ם בזה הוא דכיון שהיא רצתה לגבות והב"ד נתעצלו להשביעה אין היא מפסידה מזה ונחשב כאילו גבתה והשבח שלה כמבואר בבית שמואל בס' צ"ה סק"י. אך כל זה כשאינה ניזונת אבל אם ניזונת בהכרח שלא נחשב כאילו גבתה שאם גבתה לא מגיע לה מזונות.

נמצא ד' חידושים בדברי הרשב"ם. א. אם ניזונת אפי' שאמרה ראו אין השבח שלה דהוי בכלל מעשה ידים. על זה חולק הראב"ד. ב. היכא שאינה ניזונת ולא אמרה ראו הכל של היתומים ואין לה אפי' שכר טירחא. ועל זה חולק הרא"ש. ג. גם כשלא אמרה ראו ואין כל השבח שלה מ"מ עד כדי שיעור הכתובה היא גובה מן השבח שהיא השביחה. וגם ע"ז חולק הרא"ש. ד. אם אמרה ראו נחשב כאילו גבתה וכל השבח שלה אפי' מה שיותר מדמי הכתובה. וע"ז חולקים התוס'.

המשיא אשה לבנו גדול בבית קנאו. החידוש בדין זה הוא האומדנא שדעתו במצב זה להקנות את הבית לבנו. ואף דאין זה אומדנא גמורה דמבואר בסמוך דהוי הלכתא בלא טעמא, וכתב הריטב"א שזה משום שאין בזה הנאה כ"כ שיהיה ראוי בשביל זה לתת לו את הבית, מ"מ מקצת טעם איכא כמבואר בתוד"ה כהלכתא דאיכא קצת אומדנא, וע"ז סמכו לתקן שיוזכה הבן בבית. בלשון הנ"י משמע דאיכא עוד חידוש בדין זה שיוזכה בבית בלי מעשה קנין וז"ל דכיון שהוא בנו גדול וחביב לו דאגב שמחתו דאב וכל שיש שם תנאים אלו [בנו גדול, בתולה, אשתו ראשונה, שהשיאו ראשון] מקנה לו בלא שטר ובלא קנין עכ"ל. דהיינו שבתקנת כלול תרתי א. אומדנא שרוצה להקנות לו את הבית. ב. תקנו שיוזכה בבית בלי מעשה קנין.

נמצא דבהני תלת מילי דשוניהו רבנן כהלכתא בלא טעמא איכא ג' אופנים. א. הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא אין בו ענין של קנין כלל אלא כולו ענין של אומדנא. ב. מעמד שלשתן אינו ענין של אומדנא כלל אלא תקנו שבאופן זה הוא קונה בלי מעשה קנין. ג. הדין של המשיא אשה לבנו בבית לדברי הנ"י הוא מורכב מאומדנא שרצונו להקנות הבית לבנו, ותקנה שקונה את הבית בלי מעשה קנין.

בספר המקנה בקונטרס אחרון אבה"ע ס' נ"ט מקשה שהתוס' כתבו שיש בדין זה קצת טעם דמסתמא רצונו של

בסוה"ד כתבו שר"ת וריב"ם פירשו באופן אחר. דברי ר"ת ודברי הריב"ם הובאו בהגהות אשרי כאן ע"ש.

דף קמד.

באשה יורשת. הרשב"ם כתב בזה ד' אופנים. א. שנשא ראובן את בת שמעון אחיו ומתו ראובן ושמעון ויורשת הבת של שמעון שהיא אשת ראובן עם בני ראובן בנכסי יעקב אבי אביה. ב. בת בין הבנות. ג. בת הבן בין הבנים. ד. שאמר בעלה תיטול אשתי כאחד מן הבנים.

באופן הראשון יש ב' דרכים. ברשב"ם שלפנינו משמע שראובן ושמעון מתו לפני שמת יעקב וא"כ אין אשת ראובן יורשת את בעלה אלא את אבי אביה. וקשה הלשון ראו מה הניח לי בעלי דמשמע שהיא יורשת את בעלה. התוס' כתבו בשם הרשב"ם שמת יעקב ואח"כ מתו ראובן ושמעון ואז יש מקום לישב הלשון ראו מה שהניח לי בעלי כמו שמפרש ר"י שאחרי מיתת יעקב ושמעון, ראובן אכל פירות מחלקה של אשתו בנכסי יעקב. וכשמת ראובן שייך לומר ראו מה שהניח לי בעלי אף שלא ירשה ממון זה מבעלה כיון שהוא אכל פירות נכסים אלו לפני מיתתו. כמבואר כ"ז במהרש"א. לגרסת הב"ח ברשב"ם גם הרשב"ם מפרש שמת יעקב ואח"כ ראובן וכמו שכתבו התוס' בשם הרשב"ם.

גם בפירוש השני והשלישי של הרשב"ם בבת בין הבנות או בת הבן במקום בנים יש לפרש בב' אופנים. א. שאין זה ירושה שהיא יורשת מבעלה אלא מאביה כגון שאין לאביה בנים אלא רק בנות והיא יורשת את אביה יחד עם אחיותיה. או שהיא בת הבן במקום בנים והיא יורשת את אבי אביה עם אחי אביה. ולא איירי בנשא בת אחיו. ב. כדי שלא יקשה הלשון ראו מה שהניח לי בעלי דמשמע שהיא יורשת את בעלה כתב המהרש"א ש"ל שגם לפירושים אלו איירי בראובן שנשא בת שמעון אחיו, ושמעון מת לפני ראובן ולא היו לו בנים אלא רק בנות. ואח"כ מת ראובן בלא בנים והבנות של שמעון יורשות את ראובן. ובת הבן במקום בנים היינו שלשמעון אחי ראובן היו בנים, ואחד מן הבנים מת והשאיר בת שהיא נשואה לראובן. וכשמת ראובן אשתו יורשת אותו יחד עם אחי אביה.

אמנם כתבו המהרש"א והב"ח שלרשב"ם אין צורך לישב הלשון ראו מה שהניח לי בעלי מפני שהרשב"ם במשנה ובגמ' מפרש שלשון זה שנזכר במשנה לגבי אשה היא בכא בפני עצמה ולא קאי על האשה שהשביחה נכסים. וחלק זה של המשנה לא איירי באשה יורשת כלל אלא רק הרישא איירי באשה יורשת ושם השבח הוא מממון האשה, ולגבי זה אין נ"מ בין ניזונת לאינה ניזונת שזה שבח ממון האשה. אלא שבסתם היא משביחה לאמצע ואם פירשה שאינה משביחה אלא בשבילה השבח הוא שלה כמבואר ברישא לגבי גדולים וקטנים. והסיפא מפרש הרשב"ם [אולי מפני שהיה קשה לרשב"ם הלשון ראו מה הניח לי בעלי] באשה שאינה יורשת אלא שהבעל הניח נכסים כדי לגבות מהם כתובתה. ובזה אם לא אמרה ראו מה שהניח לי בעלי השבח הוא של היורשים. ואם אמרה ראו דהיינו שהיא רוצה לגבות כתובתה ונתעצלו ב"ד או היורשים להשביעה הרי זה נחשב כאילו גבתה ומעתה השבח שהיא השביחה שייך לה.

בדברי הרשב"ם מבואר שמה שהשבח הוא שלה כשאמרה ראו מה שהניח לי בעלי הוא רק כשאינה ניזונת משל היתומים אבל אם ניזונת משלהם השבח הוא שלהם שזה בכלל מעשה ידים. הטור באבה"ע ס' צ"ה כתב שהראב"ד חולק בזה על הרשב"ם וס"ל שאין השבחות הנכסים בכלל מעשה ידים. שמע"י אינו אלא מלאכות הקבועות שהאשה

לבנו אבל אם הבית משמש גם את האב ליכא אומדנא שהוא נותן לבן. ולענין זה אמרי נהרדעי דסגי בשובכא דיוני ור"י ור"פ אמרי אפי' עציצא דהרסנא. וכל זה מפני שחסר ביחוד לבנו ולכן אין אומדנא שהוא נותן לבן את הבית.

אמנם מה שמבואר אח"כ דמר זוטר תלא ליה סנדלא ורב אשי תלא ליה אשישא דמשחא בזה אין הטעם משום שאין הבית מיוחד לבנו אלא שזה כאילו פירש שאינו נותן לבן את הבית כיון שהוא תלה את הסנדל במיוחד בשביל זה. וכן מבואר ברמב"ן וברשב"א שכתבו על דין זה של תלא ליה סנדלא דכ"ש שאם אמר בהדיא שאינו נותן את הבית אין הבן זוכה בבית. ולא הוכיחו דין זה מהדין של אוצר שמשם אין ראייה ששם הוא לא יחד את הבית לבן אבל במקום שיש יחוד גמור אולי לא מהני מה שמפרש שאינו נותן לבן. אבל בתלא ליה סנדלא לא חסר ביחוד לבן ומה שאין הבן זוכה הוא משום דהוי כמגלה דעתו שאינו נותן לבן את הבית. ומוזה למדו הרמב"ן והרשב"א דכ"ש שאם פירש שאין הבן זוכה בבית. וכן מפורש בריטב"א דתלא ליה סנדלא הוא כמוסר מודעא שאינו נותן את הבית. וכן הוא בלשון הטור באבה"ע ס' נ"ט כי בזה גילה דעתו שלא נתנו לו.

שונינו רבנן כהלכתא בלא טעמא. כתב הרשב"ם בד"ה במעמד שלשתן נפקד ומפקיד ומקבל מתנה. רע"א תמה אמאי כתב הרשב"ם פקדון הרי מסקנת הגמ' בגיטין שגם במלוה מהני מע"ש. עכ"פ מבואר ברשב"ם שמה שנאמר כאן בגמ' שמע"ש הוא הלכתא בלא טעמא קאי גם על פקדון. וזה דלא כדמשמע ברש"י בגיטין י"ג: שרש"י שם מפרש שאלת הגמ' טעמא מאי על מלוה. וכתב הקצה"ח בס' קכ"ו סק"ג שרש"י שאלת הגמ' היא על מלוה ולא על פקדון א"כ מה שאמרו שם במסקנא דהוי הלכתא בלא טעמא קאי רק על מלוה ולא על פקדון. וזה דלא כתוס' שם בגיטין י"א: שהקשו למ"ד שמע"ש הוא דוקא בפקדון ולא במלוה למה לי תקנת מע"ש שהוא הלכתא בלא טעמא ת"ל דתן כזכי. מבואר דס"ל שגם למ"ד דמע"ש מהני רק בפקדון זה הלכתא בלא טעמא. וכן מבואר ברא"ש שם בתחילת ס' י"ז. וזה כרשב"ם כאן ולא כרש"י.

סברת רש"י שרק במלוה זה הלכתא בלא טעמא הוא שפקדון הוא ממון שהוא בר הקנאה ולגבי זה תקנת מע"ש הוא רק קנין נוסף שתקנו להקנות ממון שבלא"ה אפשר להקנותו בקנינים אחרים, ומע"ש לא גרע משאר קנינים שאינם נחשבים להלכתא בלא טעמא. אבל מלוה הוא ממון שאינו ראוי להקנות בשום קנין ובה תקנת מע"ש הוא הלכתא בלא טעמא. אבל שאר הראשונים ס"ל שגם בפקדון שהוא ראוי להקנות בשאר קנינים תקנת מע"ש שאין לו צורת מעשה קנין אלא אמירה בעלמא הוא הלכתא בלא טעמא.

רשב"ם ד"ה קנה. ז"ל כך תקנו חכמים לפי שהדבר תדיר הוא בין הבריות ולא הזיקו חכמים להקנות בקנין ובעדים עכ"ל. רע"א תמה על דברי הרשב"ם מה הרווח מקנין מע"ש לענין עדים הרי גם שאר קנינים אינם צריכים עדים לקיום הדבר כמבואר בתוס' לעיל מ. ואי משום חשש משקר גם כמע"ש צריך עדים. כיצ"כ מקשה הרש"י לקמן קמ"ז: על דברי הרשב"ם שם בד"ה מתנת שכ"מ שכתב שתקנו שדברי שכ"מ ככתובים ומסורים דמו מפני שחששו שמא עד שיבואו עדים ויעשו קנין תטרף דעתו. וקשה הרי גם קנין לא צריך עדים לקיום הדבר ואי משום חשש משקר גם במתנת שכ"מ צריך עדים.

האב לתת הבית לבנו ואכתי קשה באיזה קנין הוא קונה את הבית. וכתב דהוי כדברים הנקנים באמירה כההיא דכתובות ק"ב. א"נ ההיא הנאה שמחתן את בנו הוי ככסף ובית דינו כקרקע שנקנה בכסף. אך מקשה המקנה דמבואר בגמ' שהבן קונה גם כלי הבית ומטלטלין אינם נקנים בכסף. וכתב שההנאה נחשב ככלי וקונים בו מדין חליפין כמבואר בפוסקים בחו"מ ס' ק"ץ [עיי' בקצה"ח שם סק"ג]. א"נ אגב הבית הוא מקנה לו את הכלים. ואף שמבואר בגמ' שקונה את הכלים גם כשאינו קונה את הבית מ"מ יכול לקנות את הכלים אגב שאלת הבית לצורך הנישואין.

מבואר מכל דברי המקנה שלא היה תקנה מיוחדת שיקנה את הבית בלי קנין אלא התקנה היתה רק שיש אומדנא שמקנה לו, וקונה באחד מדרכי הקנין. וזה דלא כדמשמע בגי' שבכלל תקנה"ח שיקנה בלי מעשה קנין. לשון היד רמה בזה הוא דאגב חביבותיה דנישואי בנו גמר ומקנה ליה. וכן הוא לשון הרשב"ם בד"ה ודוקא גדול וז"ל דבכה"ג חביב ליה טפי וגמר ומקני ליה עכ"ל. ויש להסתפק אם כונתם שהיה ע"ז תקנה מיוחדת כאן כדמשמע בגי' או דמי לדברים הנקנים באמירה שקונה גם בעלמא כדברי המקנה.

רשב"ם ד"ה קנאו. במסכת גיטין מוקמינן לה כגון שיש לאביו בעיר בית אחר לדור בו. הב"י באבה"ע ס' נ"ט תמה על דברי הרשב"ם דלא נמצא דבר זה בגמ' בגיטין אלא שכן משמע בדברי רש"י בגיטין י"ד. וכתב הב"י שבר"ף וברמב"ם לא נזכר תנאי זה. הב"ח שם כתב שפשוט כן מסבירא שאם זה משמש לו מקום דירה בודאי שאינו מקנה לבנו ולא הוצרכו הראשונים לכתוב דבר זה. הגאון בהגהת הגר"א כאן וכן בשו"ע ס' נ"ט סק"ג כתב שמה שמביא הרשב"ם מגיטין קאי על תחילת דבריו דהוי הלכתא בלא טעמא כמבואר כאן בסמוך ובגיטין י"ד. ומש"כ הרשב"ם דאירי כשיש לאביו בית אחר שהוא דר בו זה לא נלמד מגיטין אלא ממה שאמרו בסמוך שאם יש לו אוצר בבית אינו מקנה וכ"ש שאם הוא עצמו דר שם שאינו מקנה לבנו שאין זה בכלל יחד לו אביו בית.

ודוקא שהשיאו ראשון. כתב הרא"ש דבעינן רק שהוא יהיה הכן הראשון שנשא אשה אבל אם יש בת שנישאת לפניו אין זה מגרע דסגי בזה שהוא ראשון לזכרים.

יחד לו אביו בית ועליה. מלשון הגמ' משמע שיחד לו גם את הבית וגם את העליה. וכן הוא בלשון הרמב"ם והשו"ע. והטעם שלא קנה את העליה אף שיחד לו גם את העליה מבאר הריטב"א שהקנין תלוי במקום החופה ואף שיחד לו גם את העליה למשתה כיון שהחופה היה בבית אינו קונה אלא את הבית. וכ"כ הרמ"ה באות נ' דחיבת חופה קונה ע"ש. הרשב"ם כתב יחד לו בית ועליה כלומר יחד לו האב לבנו בית שיש עלייה על גביו. משמע שלא היה יחוד על העליה כלל אלא יחד לו רק את הבית וקמ"ל שאין העליה בכלל הבית. ומשמע לכאורה ברשב"ם שאם יחד לו גם את העליה יקנה גם את העליה אף שהחופה היתה בבית.

יחד לו אביו בית וכלי בית. מבואר שקונה לא רק את הבית אלא גם את כלי הבית. וכתב היד רמה באות נ"ב שגם לגבי כלי הבית בעינן שיתקיימו כל התנאים של גדול בתולה וכו'. וכ"כ הריטב"א ומביא הריטב"א ראייה לדבריו שאם לגבי הכלים לא צריך תנאים אלו מה שאלת הגמ' נוקמא הא דקתני בית לא קנה כלי בית קנה כשלא נתקיימו כל התנאים. אלא מוכח שבאופן זה גם את הכלים אינו קונה.

כגון שהיה אוצרו של אביו מונח שם. מבואר דאין אומדנא שנותן הבית לבן אלא כשמיחד את הבית לגמרי

שאומנות המלך שאני משאר אומנות הוא דאומנות המלך לית בה טירחא ומאי דיהבי ליה בתורת נדיבות יהבי ליה. דהיינו שאין זה רווח שהוא מרווח מכח מעשה ידיו אלא מתנה שהוא מקבל מאת המלך. וכיון שזכה לזה בגלל האחים הרווח הוא לאמצע. משא"כ שאר אומנות אף שנתמנה לאומנות זו מחמת האחים מ"מ הרווח הוא מעשה ידיו ואין לאחים חלק בזה. והובא מחלוקת זו להלכה ברמ"א בס' קע"ז סע' א'.

תוד"ה חלה. לכאורה נראה מלשון התוס' שמה שמחלק התוספתא בין רפואה שיש לו קצבה לשאין לו קצבה קאי אמתני' דאיירי בחלה מחמת פשיעה. שמה שחלה מחמת פשיעה הוא משל עצמו הוא רק כשיש קצבה. ויוצא לפ"ז שאם חלה מחמת אונס בין שיש קצבה בין שאין קצבה זה לאמצע. וכן מבואר בנ"י. הטור בחו"מ ס' קע"ז כתב החילוק בין יש קצבה לאין קצבה כשחלה מחמת אונס, וכשחלה מחמת פשיעה בכל גווני רפואתו משלו. וכן כתבו הרשב"א והריטב"א ע"ש. הכ"י שם תמה על דברי התוס' דלא ס"ל כן אמאי יקבל רפואה שאין לה קצבה כשחלה מחמת פשיעה. ועיין במהרש"א שמפרש דלעולם מתני' איירי בין מחמת פשיעה בין מחמת אונס. ומה שמבואר בגמ' דמתני' בחלה מחמת אונס היינו שמה שמשמע במשנה דאיירי גם באין לו קצבה זה דוקא כשחלה מחמת פשיעה. וה"ה דאיירי באונס ביש לו קצבה. וזה כונת התוספתא. ולדבריו גם התוס' ס"ל כהטור.

להלכה נחלקו בזה המחבר והרמ"א בחו"מ ס' קע"ז סע' ב'. המחבר פסק כפשטות דברי התוס' שהחילוק בין יש בו קצבה לאין בו קצבה הוא כשחלה מחמת פשיעה. ואם חלה מחמת אונס מתרפא מן האמצע גם ברפואה שיש לה קצבה. והרמ"א כתב בשם י"א כשיטת הטור שהחילוק בין יש קצבה לאין קצבה הוא כשחלה מחמת אונס, ואם חלה מחמת פשיעה הוא מתרפא משלו גם כשאין קצבה. הש"ך שם סק"ג כתב שהעיקר כפסק המחבר שכן מבואר בתוס'. ועל מה שנדחק המהרש"א לפרש דברי התוס' כהטור כתב הש"ך שהמפרש כן מהפך דברי אלוקים חיים.

תוד"ה אבל חלה. הקשו מ"ש מהא דתנן לעיל שאין הקטנים ניזונים על הגדולים. ביד רמה מבואר שמה שחלה מחמת אונס מתרפא מן האמצע הוא כשהוא עוסק באומנות המלך ששכרו לאמצע לכן גם רפואתו מן האמצע. והסיפא חלה ונתרפא הוא המשך של הרישא. וכן כתב השיטה בשם הר"י מיגש. ולדבריהם מיושב קושית התוס'. ומדברי התוס' מוכח דלא ס"ל כן. ועוד כתב הריטב"א שמה שמבואר לעיל שאין הקטנים ניזונים על חשבון הגדולים הוא כשמיחו אבל בסתם הם ניזונים מתפוסת הבית כמו שנתבאר שם.

הכל בידי שמים חוץ מציינים ופחים. נחלקו רש"י ותוס' בכתובות ל. בביאור ענין זה. התוס' שם מפרשים דאף שבכל הדברים יכול אדם לפשוט בעצמו אף שלא נגזר עליו מ"מ כשיש גזירה אינו יכול לשמור עצמו משאר מזיקים. אבל צינים ופחים לעולם לא יבואו עליו באונס, ותמיד אם ירצה יכול לשמור עצמו מזה. וזה גם שיטת התוס' כאן. רש"י שם כתב דצינים ופחים פעמים באים ע"י פשיעה. דהיינו שמפרש איפכא מתוס' שגם בצינים ופחים פעמים שנגזר גזירה ואין בידו לשמור עצמו. אלא המיוחד בצינים ופחים לרש"י הוא שבצינים ופחים יש גם מציאות שהאדם מביא על עצמו כלי גזירה והם באים בפשיעתו. משא"כ שאר מזיקים לעולם לא יבואו עליו מחמת פשיעתו אלא כנגזרה גזירה מן השמים.

דברי התוס' לכאורה צ"ב. שבדאי שיש מצבים שאין בידו לשמור על עצמו מקור וחום. אלא שבאופן הרגיל בידו

לעיל מ. כתבנו בס"ד שמה שהיה צד בתוס' שם לומר שקנין צריך עדות לקיום הדבר הוא רק בקנין סודר ולא בשאר קנינים ע"ש. והוכיחו שם התוס' שגם בקנין סודר לא בעינן עדות לקיום הדבר. הרשב"א לעיל מ. כתב שהראב"ד חולק על התוס' וס"ל שקנין סודר צריך עדות לקיום הדבר. והוא בהשגות הראב"ד על הרמב"ם בפ"ה ממכירה ה"ט. וכתבנו שם שהעירוני שכן הוא שיטת הרשב"ם כאן ולקמן קמ"ז: דהיינו כשהרשב"ם מבאר למה הוצרכו לתקן מע"ש הרי יכול להקנות את הפקדון בשאר קנינים לא היה קשה לו אלא מקנין סודר שבכל מצב אפשר להקנות בסודר משא"כ שאר קנינים לא בכל מצב יש אפשרות להקנות. ואם ס"ל כשיטת הראב"ד שקנין סודר צריך עדות לקיום הדבר מיושב קושית רע"א על הרשב"ם כאן וקושית הרש"ש על הרשב"ם לקמן שיש רווח בתקנת מע"ש ובתקנת מתנת שכ"מ שבוזה לא צריך עדות לקיום הדבר. עיין מה שכתבנו לעיל מ. בביאור סברת הראב"ד שקנין סודר שאני משאר קנינים וצריך עדות לקיום הדבר. אמנם קושית רע"א על דברי הרשב"ם קשה גם על התוס' שגם כתבו בד"ה כהלכתא כהרשב"ם שתקנו מע"ש כדי שלא יצטרכו לטרוח להביא עדים ולעשות קנין. ואם נאמר בדעת התוס' כמו שכתבנו ברשב"ם יהיו דברי התוס' כאן סותרים את דבריהם לעיל מ. וצ"ע.

תוד"ה כהלכתא. כתבו דאף שהמוכר שט"ח לחברו בכתיבה ומסירה וחזר ומחלו מחול כשמקנה במע"ש אינו יכול למחול. הרמב"ן בגיטין י"ג: חולק על התוס' וס"ל שגם כשמקנה במע"ש מהני מחילה. הובא מחלוקת הראשונים בזה בש"ך בס' קכ"ו סק"י. ועיין מה שכתב בזה הקצות שם סק"ה. סברת התוס' שבמע"ש לא מהני מחילה הוא ע"פ שיטת ר"ת שמה שהמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול הוא משום שאין המלוה מוכר את שיעבוד הגוף אלא רק את שיעבוד הנכסים. וכיון ששיעבוד הגוף נשאר שלו מהני מחילתו וכשפוקע שיעבוד הגוף ע"י המחילה ממילא בטל שיעבוד הנכסים. וזה הכל כשמקנה בכתיבה ומסירה אבל כשמקנה במע"ש שהוא בלא"ה הלכתא בלא טעמא מהני הקנין גם על שיעבוד הגוף ולכן לא מהני בזה מחילה. כן מבאר הרא"ש בגיטין י"ג:.

יש לעיין בזה בשיטת הרמב"ם שהמ"מ בפ"ה מאישות הי"ז כתב שהרמב"ם ס"ל כשיטת התוס' דלא מהני מחילה כשמקנה במע"ש. והרמב"ם לא ס"ל כר"ת אלא כשיטת הרי"ף שמה שמהני מחילה הוא מפני שמכירת שטרות דרבנן. וא"כ לכאורה אין לחלק בין אם מקנה בכתיבה ומסירה לבין אם מקנה במע"ש דתרויהו דרבנן. עיין מה שכתב בזה האבי עזרי בפ"ה מאישות הי"ז.

דף קמד:

אחין השותפין שנפל אחד מהם לאומנות. גרסת הרא"ש הוא האחין והשותפין. ולדבריו דין זה הוא לא רק ביורשים אלא גם בשאר שותפים שנפל אחד מהם לאומנות מחמת השותפות השכר לאמצע. והובא שיטת הרא"ש ברמ"א ב' קע"ז סע' א' בשם י"א. הרשב"א כתב דלא גרסינן האחים והשותפין אלא האחין השותפין.

תנא האי אומנות לאומנות המלך. ברשב"ם מבואר שהנ"מ בין אומנות המלך לשאר אומנות הוא שבאומנות המלך אין הוא מקבל את האומנות מחמת עצמו אלא מחמת אביו משא"כ שאר אומנות הוא מחמת עצמו. ולדבריו אם נתמנה לשאר אומנות מחמת משפחתו ולא מחמת עצמו יהיה דינו כאומנות המלך שהוא לאמצע. וכן מבואר בדברי הריטב"א ע"ש. אבל הר"י מיגש כתב דבשאר אומנות אף שמינוהו מחמת האחים השכר לעצמו. וכן מבואר ביד רמה באות נ"ד. ומבאר הרמ"ה שמה

בשיטמ"ק בכתובות ל. בד"ה עוד הקשו שמביא לשון רש"י וכתב ע"ז וז"ל ובוזה תירץ הכל ואין כאן שום קושיא ממה שהקשו התוס' ודו"ק ותשכח עכ"ל. וכונתו לג' שאלות אלו.

התוס' בכתובות הקשו על הא דהכל בידי שמים מהא דשבת ל"ב. שלא יעמוד אדם במקום סכנה. וכן מהא דאסור לעבור תחת קיר נטוי. ומזה הביאו ראיה לשיטתם שבכל דבר ביד האדם לפשוט בעצמו. המהר"ם ש"ף שם כתב שאין ראיה ממקום סכנה ומקיר נטוי שאין החשש שם שינזק בלי גזירה אלא כשמכניס עצמו למקום סכנה מזכירים עונותיו וע"ז יתכן שיגזור עליו מיתה. ונראה שהתוס' לא ניהא להו בזה שמה שבמקום סכנה מזכירים עונותיו של אדם הוא משום שלפני שנכנס למקום סכנה לא היה סיבה לגזור עליו נזק, וכשנכנס למקום סכנה לא בעינן גזירה שינזק אלא צריך שמירה כדי שינצל ולכן מזכירים עונותיו כדי לבודקו אם ראוי להצלה. ואי אמרינן שאין בידו להזיק עצמו בלי גזירה אין מקום סכנה סיבה שיזכירו עונותיו שכל זמן שלא גזור עליו מיתה אינו צריך גזירת שמירה.

האחין שעשו מקצתן שושבינות. שושבינות נגבית בב"ד כמבואר במשנה דהיינו ששושבינות אינו ניתן כמתנה אלא כמלוה שזמן הפרעון שלו הוא כשהנותן ישא אשה כמבואר ביד רמה באות ו'. שושבינות שהאב נותן ע"י בנו מבואר בגמ' שאם מפרש שנותן ע"מ שתחזור השושבינות לאותו בן זה נחשב כהלואה של אותו הבן ואינה חוזרת אלא לו. ואם שלח האב ע"י בנו סתם השושבינות חוזרת לאמצע. ונחלקו הראשונים בטעם הדבר.

הרשב"ם כתב בד"ה נגבית בב"ד שמה שמשלמים לכל האחים הוא מפני שזה חוב של אביהם. דהיינו ששושבינות שהאב שולח ע"י בנו סתם הוא חוב לאב, ואם מת האב חוזר לבניו שיוורשים את החוב של אביהם. וכן מבואר ברשב"ם לקמן קמ"ה: על הא דאין הבכור נוטל פי שנים בשושבינות שכתב דקאי היכא דחוזרת לאמצע. דהיינו שחוזרת לאמצע הוא חוב שהבנים יורשים מהאב, וס"ד שבכור יטול בזה פי שנים, קמ"ל דהוי ראוי ואינו נוטל פי שנים. ומבואר דס"ל שהא דקתני במתני' חוזרת לאמצע זה חוב שהמקבל חייב לאב והבנים יורשים חוב זה מאביהם. אך צ"ע שאם החוב הוא לאב היה צריך להיות שזה יחזור בנישואי האב, וברשב"ם מבואר שחוזר בנישואי הבן שנשלח על ידו.

חיד רמה באות ס' בד"ה הדין הוא כללא כתב שמה שהאב שולח ע"י בנו סתם הוא מלוה שהאב נותן על דעת שישלמו לבניו. והחוב הוא לבנים ואין האב יכול לתבוע חוב זה כלל אלא ממנוא דבניו הוא. ומה שחוזרת לאמצע אינו משום שירשו חוב זה מאביהם אלא זה חוב שמעיקרא חייבים לבנים ולא לאב. וזמן הפרעון של שושבינות זו היא בנישואי הבנים. לדברי הרמ"ה מה שמבואר לקמן שאין בכור נוטל פי שנים בשושבינות לא קאי על הא דתנן שחוזרת לאמצע כמו שכתב הרשב"ם שבזה החוב הוא לבנים ואינו ירושה מהאב. אלא קאי על שושבינות שאביו שלח על דעת עצמו ואחרי נישואי האב מת האב, ובניו ירשו את החוב של אביהם, בזה אמרו שאין הבכור נוטל פי שנים.

היכא שנשלח שושבינות לאב בנישואי ומת האב פשוט שבניו חייבים לפרוע החוב של אביהם מהנכסים שירשו מאביהם בנישואי הנותן. והיכא שנתנו לאב שושבינות בנישואי בנו כתב הרמ"ה באות ס' בד"ה והיכא שאם האב עושה לבנו ז' ימי משתה משלו השושבינות שנשלח סתם הוא לאב. ואם מת האב כל היורשים משלמים חוב זה של

שלא לצאת מביתו ולא ינזק מקור וחום וא"כ ה"ה שבידו לא לצאת מביתו ולא ינזק גם מאריא וגנבי. לשון הריטב"א בכתובות הוא שבצינים ופחים לעולם לא יגזרו עליו מן השמים שלא יוכל להתרחק מהם.

ביאור ענין זה הוא ע"פ מה שהראוני בשו"ת הרשב"ש ס' קצ"ה [הובא ברע"א גליון הש"ס בב"ק ס: שדן אם יש ענין לנוס מן העיר בזמן שיש דבר בעיר, שאם נגזר עליו שימות לא יועיל שיברח ואם לא נגזר עליו אינו צריך לברוח. וכתב ע"ז הרשב"ש שיש מצב שלא נגזר עליו שימות אבל גם לא נגזר עליו גזירת חיים. ובמצב זה אם לא יברח יתכן שימות, ויכול להציל עצמו מן המיתה ע"י שיברח. ע"ש שכתב כמה יסודות בענין זה. ובוזה מבואר הנ"מ בין צינים ופחים לשאר מזיקים לשיטת התוס'. שבשאר דברים פעמים שנגזר עליו שימות ע"י אריא או גנבי, ובוזה אין בידו להציל עצמו שבכל מקום שילך ילכו אחריו. משא"כ בצינים ופחים אין מציאות שיש בהם גזירה מוחלטת שימות על ידם. ותמיד אם יצליח לברוח מהם הוא ינצל. אבל בודאי שגם בצינים ופחים פעמים שאין לו אפשרות לברוח מהם.

וזה כונת הריטב"א שכתב שבצינים ופחים לא גזרו עליו מן השמים שלא יוכל לברוח. דהיינו שבזה אם יצליח לברוח ינצל משא"כ בשאר מזיקים פעמים שיש גזירה שימות על ידם ולא יועיל שיברח מהם. וכן כתב השיטה שם בשם הרא"ש וז"ל ה"ק כל פורעניות הבאות על האדם אפי' רוצה לשמור את עצמו מהם לא יוכל שעל כרחו מגלגלין עליו מן השמים חוץ מצינים ופחים שאין גוזרים לבא עליו בע"כ עכ"ל.

כל זה לשיטת התוס' אבל לרש"י לא נאמר כאן שצינים ופחים לא באים בגזירה אלא שפעמים באים בפשיעה. משא"כ שאר דברים לעולם לא יבואו עליו מחמת פשיעתו אם לא נגזרה עליו גזירה. וכן כתב בשיטמ"ק שם בד"ה הכל בידי שמים וז"ל ואפי' מה שהאדם פושע הוא סיבה מאיתו יתברך שיפושע ויסתכן בפשיעתו ואפי' אם לא היה פושע היה מסתכן בכיוצ"ב דאין בידו כלל בשאר פורעניות חוץ מצינים ופחים עכ"ל.

נמצא שלתוס' כל דבר יכול לבא ע"י פשיעת האדם בלי גזירה. והנ"מ בין שאר מזיקים לצינים ופחים הוא שבשאר דברים פעמים שיש גזירה ואין מנוס מזה. ובצינים ופחים אין גזירה מוחלטת שאין מציאות לינצל ממנה. לרש"י בכל דבר יכול להיות גזירה ואין בידו להציל עצמו מזה. אלא שבשאר דברים אם לא נגזרה גזירה אין ביד האדם להזיק את עצמו ע"י פשיעתו ובצינים ופחים פעמים באים בפשיעתו.

תוד"ה הכל בידי שמים. הקשו דכאן מבואר שהכל בידי שמים חוץ מצינים ופחים ובברכות ל"ג: מבואר שהכל בידי שמים חוץ מיראת שמים. עוד הקשו בד"ה חוץ מהא דב"מ ק"ז: והסיר ה' ממך כל חולי זו צינה דמשמע שגם צינה הוא בידי שמים. וכן קשה ממעשה דאנטונינוס שגם שם משמע שחום הוא בידי שמים דכתיב אין נסתר מחמתו. [המהרש"א כתב שהירושלמי שמביא את המעשה של אנטונינוס ס"ל כפירוש הרשב"ם שפחים אינו חום אלא מלשון פח ומוקש]. כל זה קשה לשיטת התוס' דס"ל שהכל בידי שמים היינו שכל דבר פעמים יש עליו גזירה משא"כ צינים ופחים אף פעם אין בו גזירה מוחלטת. אבל לרש"י ניהא שגם בשאר דברים יכול להיות גזירה אלא שפעמים באים בפשיעה. ולענין זה אמרו חוץ מיראת שמים שאף פעם אין בו גזירה. וניהא נמי הא דכתיב והסיר ה' ממך כל חולי זה הצינה שלרש"י גם זה פעמים בא בגזירה. וכן ניהא מה שאמר אנטונינוס מקרא דאין נסתר מחמתו. וכן מבואר

רבינו יונה כתב בשם רבינו שמואל שסתם היינו שאמר לבניו שאחד מהם יוליך את השושבינות ולא אמר שכן מסוים יוליך. ומפרש היינו שאמר לכן מסוים שהוא יוליך. וזה לא כפירוש הרשב"ם שבפנינו.

הכא ביבם עסקינן. דהיינו שמת האב שמגיע לו השושבינות. וקמ"ל שאין היבם יורש ממון זה שאינו יורש בראוי אלא הממון מתחלק לכל האחים. רש"י ביבמות כ"ד: כתב שאין היבם נוטל בראוי היינו שמה שהיבם נוטל פי שנים, חלקו וחלק אחיו בנכסי אביו, אינו נוטל בראוי. וכתב שם הרשב"א שמשמע ברש"י שמה שאין היבם נוטל בראוי הוא רק מה שראוי לאביו, אבל מה שראוי לאחיו הוא כן נוטל. והובא שיטה זו ברמ"א באבה"ע ס' קס"ג וע"ש בביאור הגר"א סק"ח. האבי עזרי בפי"ג מנחלות ה"ז תמה על שיטת רש"י מכאן דמפורש שאין יבם נוטל בראוי גם מה שהוא ראוי לאח. ע"ש מה שכתב בזה.

לימא תנו לי שושביני ואשמח עמו. הריטב"א מקשה למאי דס"ד שעדיין לא שמח עמו אמאי צריך להגיע לטענה של תנו לי שושביני ואשמח עמו ת"ל ששושבינות חוזרות בעונתה דהיינו בנישואי הנותן, ולפני נישואי הנותן עדיין לא הגיע זמן הפרעון. וכתב הריטב"א שגם בה"א שלא ידעו ששמח עמו ד' ימי המשתה ידעה הגמ' שנשא הנותן אשה ומת מיד אחר הנישואין. ובזה כבר הגיע זמן הפרעון, ולכן הגמ' שואלת רק מפני שיש טענה של תנו לי שושביני ואשמח עמו. ועוד כתב הריטב"א בשם הר"מ שמה שאינה משתלמת עד נישואי הנותן היינו כל זמן שהנותן חי. אבל כשמת וכבר לא יגיע זמן נישואיו זה נחשב עונתה. ואין הפטור במצב זה מפני שלא הגיע זמן הפרעון אלא רק בגלל הטענה של תנו לי שושביני ואשמח עמו. גם הרמ"ה באות נ"ח כתב שלה"א איירי שמת קודם נישואיו, וזה כפירוש השני של הריטב"א. א"נ לאחר נישואיו בתחילת ימי חופתו, וזה כפירוש הראשון של הריטב"א.

מי לא תניא מקום שנהגו וכו'. הגמ' מביאה ראייה לסברא של תנו לי שושביני ואשמח עמו מהדין של חזרת כסף קידושין שחוזר רק במתה היא, אבל במת הוא יכולה היא לטעון תנו לי בעלי ואשמח עמו. ומבואר בבביתא שבמתה היא שאין טענת תנו לי בעלי חזרת כסף הקידושין תלוי במנהג. הרמב"ם בפ"ז מזכיה ה"א כתב שאם מת מי שקיבל את השושבינות לפני נישואי הנותן תלוי הדבר במנהג שאם נהגו לגבות השושבינות מן היורשים כופין את יורשי המקבל להחזיר לנוותן. ובמקום שלא נהגו אין היורשים משלמים כלום. וכתב ע"ז הראב"ד מעולם לא ראיתי בגמ' מנהג לשושבינות אלא לסבלונות.

המ"מ כתב שהרמב"ם למד דבריו מכאן שהגמ' מדמה שושבינות להחזרת כסף קידושין. לגבי כסף קידושין היכא שהעיקוב הוא בגלל המקדש יש טענה של תנו לי בעלי ואשמח עמו, ומזה למדו שלגבי שושבינות כשמת הנותן יש למקבל טענה של תנו לי שושביני ואשמח עמו. וא"כ כמו שמבואר לגבי כסף קידושין שבמתה היא שאין טענה של תנו לי בעלי ואשמח עמו החזרת הכסף תלוי במנהג כך בשושבינות כשמת המקבל ואין טענה של תנו לי שושביני ואשמח עמו, החיוב של החזרת השושבינות תלוי במנהג. וכתב המ"מ שכן מבואר בדברי הר"י מיגש כאן.

הרמב"ן חולק בזה על הרמב"ם והר"י מיגש וס"ל שרק כסף קידושין תלוי במנהג שבזה מדינא אין הכסף חוזר שהרי הכסף ניתן לשם קידושין וחלו הקידושין. ומה שחוזר הוא משום שיש אומדנא שלא נתן אלא ע"מ שקידושין אלו יביאו לידי נישואין. ולגבי זה אמרינן שבמקום שנהגו שלא להחזיר לא מחזירים. אבל שושבינות הוא הלואה וחוזר מדינא ובזה אין החיוב תלוי במנהג. ומה שהגמ' מדמה

אביהם בנישואי הנותן. ואם הוצאות נישואי בנו הם משל הבן סתם שושבינות שנשלח הוא לבן. ועליו לבדו החיוב לפרוע חוב זה. דסתם שושבינות נשלח למי שהוצאות הנישואין עליו. וכן כתבו הרשב"א והריטב"א. בתוד"ה האחין כתבו שנותנים את השושבינות לבן ועל האב היה לפרוע. משמע לכאורה דס"ל דאף שהשושבינות ניתן לבן המנהג היה שהאב פורע. וזה חוב של האב אף שהשושבינות ניתן לבן. וזה לכאורה דלא כראשונים הנ"ל.

חזרה לאמצע. נתבאר שרוב הראשונים ס"ל שאין זה חוב לאב אלא לבנים, וזמן הפרעון הוא בנישואי הבנים. הרמב"ם בפ"ט מנחלות ה"ד כתב שהמקבל משלם לבנים חלקו של כ"א בנישואיו, ואותו חלק שהוא נותן הוא לאמצע דהיינו שמתחלק בין כולם. הראב"ד חולק וס"ל דכיון שבנישואי אחד אינו נותן אלא חלקו של אחד אין לאחרים חלק בזה אלא כ"א מקבל חלקו בנישואיו. וכ"כ היד רמה באות ס' ד"ה הדין הוא כלל. לכאורה נראה שביאור מחלוקת הראשונים בזה הוא שהראב"ד והרמ"ה ס"ל דהיכא שהאב נותן בסתם עבור בניו, שהחוב הוא לבנים, יש חוב נפרד עבור כ"א מהבנים כ"א לפי חלקו. וזמן הפרעון של כ"א הוא בנישואיו. לכן מה שחוזר הוא רק לאותו בן שנשא אשה. והרמב"ם ס"ל שזה חוב אחד לכל הבנים יחד. אלא שזמן הפרעון שהוא בנישואי הבנים מתחלק לפי מנין הבנים. ואם יש חמשה בנים נישואי כל אחד מהבנים הוא זמן פרעון לחמישית מן החוב. וכל חלק מהממון הוא חלק מהחוב של כולם ולכן הממון הוא לאמצע. עיין בביאור הגר"א בחז"מ ס' רפ"ו סק"ו שכתב שלשון המשנה חזרה לאמצע משמע כהרמב"ם.

כדי יין וכדי שמן אין נגבין בב"ד. הרשב"ם ס"ל שאין נ"מ בין כדי יין ושמן לשאר סבלונות אלא הכא איירי ששלח בלא חופה או ששלח בחופה ולא הלך לשמוח עם החתן. הרמ"ה באות ו' כתב דהכא איירי כמו הרישא ששלח לחופתו ושמח עמו אלא שמנהג סבלונות הוא רק בכסף או זהב או בגדים וכיוצ"ב ולא ביין ושמן ושאר אוכלין. הרמב"ם בפ"ז מזכיה ה"א כתב שמנהג סבלונות הוא שבזמן שישא אדם אשה משלחין לו ריעיו מעות כדי שיתחזק בהן על ההוצאה שמוציא במשתה. ובהל' ט"ו כתב שהשולח כדי יין ושמן ופירות בעת הנישואין אינן נגבין בב"ד מפני שהן גמילות חסדים ולא נאמר דני השושבינות אלא במעות בלבד. משמע ברמב"ם שאינו נוהג אלא במעות ולא בשאר מתנות כגון בגדים וכיוצ"ב. ולא כרמ"ה שכתב כסף או בגדים.

הראב"ד כתב על דברי הרמב"ם דבר זה אינו מחזור. וכתב ע"ז המ"מ לא ידעתי למה כתב כן הרי דברי הרמב"ם הם משנה מפורשת. דברי המ"מ לכאורה אינם מובנים הרי הרשב"ם מפרש דמתני' איירי שלא שלח לחופתו. ואף שהרמב"ם אינו מפרש כן מ"מ אין זה משנה מפורשת וי"ל שהראב"ד מפרש כרשב"ם. א"נ י"ל שכונת הראב"ד להשיג על מה שכתב הרמב"ם שאינו נוהג אלא במעות, שבמשנה לא מבואר אלא רק שאינו נוהג באוכלין ככדי יין ושמן ולא שאינו נוהג אלא במעות.

נמצא ג' שיטות בביאור דין זה. א. הרשב"ם ס"ל ששושבינות נוהג גם באוכל ומתני' איירי שלא שלח לחופתו. ב. הרמ"ה ס"ל ששושבינות נוהג בכסף ובגדים ולא באוכלין. ג. הרמב"ם ס"ל שאינו נוהג אלא במעות ולא באוכלין ולא בכגדים.

כאן בסתם כאן במפרש. הרשב"ם מפרש סתם היינו ששלח ע"י אחד מבניו ולא פירש ששולח לדעת בן זה. ומפרש היינו שפירש שהשושבינות תחזור לבן זה בלבד. וכ"כ הנ"י שמפרש היינו שאמר לבן הילך לצורך עצמך.

המיתה. שהאומדנא שלא נתן לה ע"ד שלא יהיו נישואין הוא רק שלא נתן לה לעולם אבל הקנין לזמן יש לה גם אם לא יגיעו לנישואין. שמדינא אפשר לקדש גם במתנה ע"מ להחזיר. אלא שמדברנא אינה מקודשת משום גזירת חליפין. והיכא שלא התנה בשעת קידושין אלא שאח"כ נעשה למפרע מתנה ע"מ להחזיר אין בזה גזירת חליפין ושפיר מקודשת.

בשערי יושר ש"ב פי"ד קרוב לסוף הפרק עמד מעצמו בשאלה זו אם המעות חוזרים אמאי לא יתבטלו הקידושין. וכתב שבטל הקנאת המעות לעולם אבל נשאר הקנאת המעות כמתנה ע"מ להחזיר ובוזה היא מקודשת. וכדבריו מבואר בדברי הרשב"א כאן.

הבית שמואל באבה"ע ס' נ' סק"א כתב בשם שו"ת מהר"ם מינץ שהמקדש אשה במנה אין כל המנה כסף קידושין אלא פרוטה שבו הוא כסף קידושין והשאר מתנה. כתב ע"ז הבית מאיר שם שדברי מהר"ם מינץ תמוהים דנחלקו תנאים הכא בקדשה בככר אם קידושין לטיבועין ניתנו או לא. משמע דלכו"ע הכל כסף קידושין ולא נחלקו אלא אם כסף קידושין לטיבועין ניתנו או לא, אבל לדברי מהר"ם מינץ מה שיותר על פרוטה אינו כסף קידושין כלל ופשוט שחוזר. ואף שגם הריטב"א מחלק בין פרוטה של קידושין לשאר הממון אין כונת הריטב"א שמה שיותר על פרוטה אינו כסף קידושין אלא רק שחלק זה של הקידושין ניתן ע"מ שאם לא יהיו נישואין היא תחזיר חלק זה למ"ד לאו לטיבועין ניתנו. והפרוטה לכו"ע ניתן לטיבועין ואינו חוזר אפי' אם לא יהיו נישואין. אבל אם יהיו נישואין בודאי שלכו"ע כל הככר הוא כסף קידושין.

מקום שנהגו להחזיר מחזירים. מבואר בגמ' דהמ"ד דאית ליה שבמקום שנהגו להחזיר מחזירים ס"ל לאו לטיבועין ניתנו ולכן חוזר. ואעפ"כ במקום שנהגו שלא להחזיר לא מחזירים. והמ"ד דאית ליה לטיבועין ניתנו ס"ל שגם במקום שנהגו להחזיר לא מחזירים. ולא מבואר בבביתא מה הדין כשאין מנהג כלל. וכתב רבינו יונה דכל היכא דקתני מקום שנהגו להחזיר מחזירים הכונה שגם במקום דליכא מנהג כגון בעיר חדשה מחזירים שאין החזרה מחמת המנהג אלא שכן הוא עיקר הדין למ"ד לאו לטיבועין ניתנו. וכן מוכח בבביתא של מקדש בככר ששם פליגי סתמא ולא נזכר שהיה מנהג. עיין לקמן על דברי ר"פ שהובא שברמ"ה באות ס"א ובאות ס"ד מבואר לכאורה דלא ס"ל בזה כרבינו יונה שכתב בדעת ר"פ שאם יש מנהג להחזיר מחזירים ואם אין שום מנהג לא מחזירים.

אכתי צריך להבין מ"ש דלמ"ד שמחזירים היכא דנהגו שלא להחזיר לא מחזירים דאזלינן בזה בתר המנהג, ואילו למ"ד שלא מחזירים גם במקום שנהגו להחזיר לא מחזירים, ובוזה לא אזלינן בתר המנהג. וכן במת הוא שלכו"ע לא מחזירים בגלל הטענה של תנו לי בעלי ואשמח עמו לא מחזירים גם במקום שנהגו להחזיר. שיטת רבינו יונה בזה הוא שמה שהמ"ד לאו לטיבועין ניתנו מודה שלא מחזירין במקום שנהגו שלא להחזיר אינו משום שהמנהג משנה את הדין, אלא שמה דס"ל מחזירים הוא משום שהכסף ניתן ע"ד שאם לא יהיו נישואין היא תחזיר את הכסף. ובמקום שנהגו שלא להחזיר הוא נותן ע"ד שלא תחזיר. משא"כ למ"ד לטיבועין ניתנו המקדש מתיאש מחזרתו ונותן ע"מ שלא להחזיר, וגם במקום שנהגו להחזיר אין זה משנה את דעתו של הנותן.

הריטב"א כתב דמנהג שאינו ע"פ אנשי העיר או ע"פ ז' טובי העיר אינה מנהג לבטל דין ברור. אבל במקום שהדין רופף ואינו מחזור יפה אזלינן בתר המנהג אף שאינו ע"פ ז' טובי העיר. ולכן במת הוא או שמתה היא למ"ד לטיבועין

שושבינות לכסף קידושין הוא רק לענין הסברא של תנו לי בעלי ואשמח עמו, אבל במקום דליכא סברא זו אין לדמות חיוב החזרת שושבינות לחיוב החזרת כסף קידושין. וכן כתב היד רמה באות ס'. וזה כונת הרשב"א בהשגתו על הרמב"ם. הרמ"ה מוסיף שגובים מיורשי המקבל ולא חיישינן לפרעון כיון שמת המקבל לפני נישואי הנותן והוי תוך זמנו וקי"ל אין אדם פורע תוך זמנו.

דף קמה.

בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה. כתב הרשב"ם דאירי בדכתב לה דבעיא היא בכתובות פ"ט: אם יש כתובה לארוסה או לא ולא איפשיטא. שיטת הרשב"ם כשיטת הרמב"ם בפ"י מאישות הי"א שלהלכה אין כתובה לארוסה. התוס' בב"מ י"ז: ס"ל שפשוט שיש כתובה לארוסה. והנידון בכתובות היא רק היכן מוכח במשנה או בבביתא שיש כתובה לארוסה אבל אין ספק בעיקר הדין. וכן כתבו הרשב"א והריטב"א כאן דקי"ל שיש כתובה לארוסה.

נחלקו רבנן וראב"ע במשנה בכתובות נ"ד: במי שכתב לאשה כתובה ותוספת כתובה ונתארמלה או נתגרשה מן האירוסין אם יש לה תוספת או לא. וקי"ל כראב"ע שאין לה אלא מנה או מאתים ולא תוספת שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה. ויש לעיין אם אין כתובה לארוסה ואירי כשכתב לה כמו שכתב הרשב"ם כאן למה מנה ומאתים יש לה מן האירוסין ותוספת אין לה, הרי גם מנה ומאתים אין לה מכח תקנ"ח אלא מפני שכתב לה, ואמאי לא אמרינן לגבי מנה ומאתים שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה הרי גם חיוב זה הוא מכח כתיבתו ולא מכח תקנ"ח והוי כתוספת. וצ"ל דאף שגם מנה ומאתים הוא התחייבות שלו ולא חיוב מתקנ"ח מ"מ חיוב זה הוא בתורת כתובה ולא סתם התחייבות בעלמא. ושונה חיוב זה מהחיוב של תוספת. ויש להוסיף בזה לשון הרמב"ם בפ"י מאישות הי"א וז"ל שלא תקנו עיקר כתובה עד שתנשא או עד שיכתוב עכ"ל. משמע לכאורה שאם כותב לה יש לה מכח תקנ"ח. ואפי' אם לא נחדש מלשון זה שאם כותב לה יש לה מכח תקנ"ח עכ"פ משמע ברמב"ם שאם כותב לה זה חיוב כתובה ולא סתם התחייבות. ולכן דין חיוב זה שונה מהחיוב של תוספת ולא אומרים לגבי חיוב זה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה.

קידושין לטיבועין ניתנו. ביאור המחלוקת אם לטיבועין ניתנו או לא הוא דמ"ד לאו לטיבועין ניתנו ס"ל שיש אומדנא שלא נתן לה את כסף הקידושין אלא ע"מ שיהיו נישואין מכח קידושין אלו. אבל אם היא מתה לפני נישואין ע"ד כן לא נתן לה את כסף הקידושין והם חוזרים. ומ"ד לטיבועין ניתנו ס"ל שנתן לה נתינה גמורה לשם קידושין וגם אם היא תמות לפני הנישואין אין כסף הקידושין חוזר.

הרשב"א והריטב"א מקשים אם כסף הקידושין חוזר מפני שלא ניתן לה אלא ע"ד שיהיו נישואין א"כ אמאי אין הקידושין בטלים למפרע, הרי על צד זה מעיקרא הוא לא נתן לה את כסף הקידושין ובלי כסף ליכא קידושין כלל. ואמאי חייבת מיתה אם זינתה מן האירוסין הרי זה התראת ספק דשמא תמות ויתברר שמעולם לא היתה מקודשת. וכן אמאי אסור בקרובותיה הרי מתברר שמעולם לא היתה מקודשת לו. הריטב"א כתב שהאומדנא שלא נתן לה אלא ע"מ שיהיו נישואין הוא רק לגבי כסף הקידושין היתירים על פרוטה שהוא הכריחי לקידושין. אבל הפרוטה לכו"ע ניתן באופן מוחלט גם על הצד שלא יגיעו לנישואין.

הרשב"א כתב דאף שהכסף כולו חוזר מ"מ אין הקידושין בטלים דאכתי יכולה להתקדש במה שהיו המעות בידה עד

הכתובה, ובא בזה לפטור עצמו מחלק מחיוב הכתובה. והיא תובעת מהבעל את כל הכתובה בטענה שכסף הקידושין אינם על חשבון הכתובה. א"כ האשה היא המוציאה ולא הבעל. בזה חולקים ולא אומרים שעל האשה שבאה להוציא עליה הראיה כיון שיש לה כתובה ביד. והשטר שבידה הוא קצת כגבוי כמבואר בתוס' לעיל ל"ב: דהיכא דאיכא שטרא מהני מגו להוציא. ומוסיף האו"ש שזה מדויק בגמ' דשבק ר' יוסי ככר ונקט קדשה בעשרים.

עיקר תירוץ זה של האו"ש כתב הרמ"ה כאן באות ס"ב אך קצת בנוסח אחר. דהכא חולקים מפני שהאשה היא התובעת והיא באה לגבות כתובתה וזוהי מספקא לר' יוסי אי אזלינן בתר ממנוא והוא מוחזק בממון ועליה הראיה או דאזלינן בתר שטר הכתובה שהיא מוחזקת בו. דהיינו שחיוב הכתובה הוא ודאי ויש ספק שמא הכסף קידושין שבידה הם פרעון על חיוב הכתובה, ומספק חולקים.

ביאור הדברים הוא דקי"ל דאיני יודע אם פרעתין חייב כיון שיש חיוב ודאי וספק פרעון. וכתב הש"ך בס' ע"ה סקכ"ז שיש לדון בספק פרעון קודם החיוב. כגון שראובן הפקיד פקדון אצל שמעון ושמעון פשע בשמירתו. ואח"כ לזה ראובן משמעון מנה. כשתובע שמעון את המנה טוען ראובן שהפקדון שהפקיד ביד שמעון היה שוה מנה ובחוב ששמעון חייב לראובן עבור הפקדון נפרע החוב שראובן חייב לשמעון. ושמעון טוען שמא לא היה הפקדון שוה אלא חמישים ועדיין ראובן חייב לו חמישים. ויש לחלק בין זה לכל איני יודע אם פרעתין שתמיד יש חזקת חיוב משא"כ במקרה זה יש צד שהחוב נפרע עוד לפני ההלואה א"כ אין חזקת חיוב. ואעפ"כ כתב הש"ך שגם בזה אמרינן דאין ספק פרעון מוציא מידי ודאי הלואה.

הנה נידון זה של הש"ך הוא ממש הנידון כאן. דהכא נמי איכא חיוב כתובה ודאי, וספק שמא נפרע חיוב זה עוד לפני שנתחייב בו ע"י כסף הקידושין, שהרי יש צד שהכסף לא ניתן אלא ע"ד שיהיו נישואין ואם לא יהיו נישואין הכסף נשאר של הבעל ויעלה לפרעון הכתובה. א"כ איכא הכא ודאי חיוב כתובה וספק פרעון לפני חיוב הכתובה. ומדברי התוס' שהקשו שיהיה כאן הדין שהבעל הוא מוציא ועליו הראיה מוכח דס"ל כהש"ך שאין ספק פרעון מוציא מידי ודאי חיוב כתובה והבעל צריך לשלם את כל הכתובה ולהביא ראיה שמגיע לו חזרה את כסף הקידושין. אבל הרמ"ה ס"ל באופן זה שחולקים. שמצד אחד הבעל הוא מוחזק בממון ומאידך האשה היא מוחזקת בחיוב הכתובה, ולא דמי לשאר איני יודע אם פרעתין דהתם איכא חזקת חיוב משא"כ כאן שאין חזקת חיוב וזוהי סובר ר' יוסי לדעת הרמ"ה שחולקים.

באשת כהן שנאנסה. מבואר דאשת כהן שנאנסה אף שאסורה לכהן יש לה כתובה. הרשב"ם כתב שהטעם משום שלא פשעה. וכתב הקו"ש שלשון הגמ' בנדרים צ: הוא שהיא אומרת אנא הא חזינא. ומבאר הר"ן שם שאין היא הגורם של האיסור שאם בעלה היה ישראל היתה מותרת לו אלא קדושת כהונתו גורמת את האיסור. וכיון שהוא הגורם ולא היא יש לה כתובה. וכתב הקו"ש דמשמע בר"ן שאם אונס היה אסור גם לישראל לא היה לה כתובה אף שלא פשעה כיון שהיא הגורמת לאיסור. ומבאר הקו"ש שמה שאש"א שזינתה מפסידה כתובה אינה עונש על הזנות שאם זה היה עונש היה בזה פטור של קלב"מ. אלא הפטור הוא משום שאין הגירושין סיבה לחיוב כתובה אלא כשהוא הגורם לגירושין ולא כשהיא הגורמת. ע"ע מה שכתב הקו"ש להקשות על דברי הר"ן בשם המחנ"א.

רע"א בכתובות ל"ב: גם עמד בשאלה זו אמאי מפסידה כתובה ע"י זנות ולא אמרינן בזה קלב"מ. וכתב שאין זה

ניתנו שהדין ברור שלא מחזירים לא אזלינן בתר המנהג, וגם במקום שנהגו להחזיר לא מחזירים. אבל מה שמחזירים במתה היא למ"ד לאו לטיבועין ניתנו אינו דין ברור וכשיש מנהג שלא להחזיר לא מחזירים. אמנם גם לריטב"א נראה שלמ"ד לאו לטיבועין ניתנו המעות חוזרות גם במקום שאין מנהג כלל שהרי ר' יהודה ס"ל בברייתא של קדשה בככר שחוזר ושם לא נזכר מקום שנהגו. ולא כתב הריטב"א אלא שדין זה אינו ברור כ"כ ובמקום שיש מנהג שלא להחזיר לא מחזירים, אבל בסתם מחזירים כמו שכתב רבינו יונה. ולא נחלקו רבינו יונה והריטב"א אלא מה הטעם שלמ"ד לאו לטיבועין ניתנו במקום שנהגו שלא להחזיר לא מחזירים. לריטב"א מפני שאין הדין ברור וזוהי אזלינן בתר המנהג. ולרבינו יונה משום שבזה המנהג משנה את דעת הנותן דכיון שנהגו שלא להחזיר הוא נותן ע"ד שלא יחזור. [אולי י"ל עוד ע"פ התוס' לעיל ב. ד"ה בגויל שיש מנהג גרוע דלא אזלינן בתרה. א"כ י"ל שהמנהג להחזיר למ"ד לטיבועין ניתנו הוא מנהג גרוע, משא"כ המנהג שלא להחזיר למ"ד לאו לטיבועין ניתנו אינה מנהג גרוע ואזלינן בתרה].

הרמב"ן כתב בזה ב' דרכים. בשם יש מפרשים כתב שמקום שנהגו להחזיר בכולה שמעתא היינו סתמא. וזוהי פליגי היכא שאין מנהג כלל אם מחזירים או לא. אבל כשיש מנהג אזלינן בתר המנהג בין למ"ד לאו לטיבועין אם נהגו שלא להחזיר לא מחזירים, ובין למ"ד לטיבועין אם נהגו להחזיר מחזירים. וזה דלא כרבינו יונה והריטב"א. ועוד כתב בשם איכא דאמרי שמנהג שלא התנו עליו אנשי העיר או ד' טובי העיר אינו מבטל דין אלא במקום שההלכה רופפת. ולכן למ"ד לטיבועין לא מחזירים גם אם יש מנהג להחזיר. וכן במת הוא לא מחזירים גם אם המנהג להחזיר. ומה שלמ"ד לאו לטיבועין ניתנו כשנהגו שלא להחזיר לא מחזירים לא מבואר ברמב"ן אם זה מפני שבזה ההלכה רופפת ואזלינן בתר המנהג כהריטב"א או מפני שבזה המנהג משנה את האומדנא של המקדש כרבינו יונה.

ר' יוסי אומר קדשה בעשרים וכו'. מבואר בגמ' דטעמא דר' יוסי משום דמספקא ליה אי לטיבועין ניתנו או לא ומספק חולקים. והקשו התוס' אמאי לא אמרינן בזה המוציא מחברו עליו הראיה הא קי"ל כרבנן דסומכוס. וכתבו לעיין במה שכתבו לעיל ס"ב: שיש מקומות שהיה נראה לחכמים לומר יחלוקו. הריטב"א כתב דר' יוסי ס"ל כסומכוס דממון המוטל בספק חולקים. אמנם הרשב"ם כתב לקמן קס"ו: דמאי דסבר סומכוס שחולקים הוא רק בספק במציאות אבל בספיקא דדינא גם סומכוס מודה שהממע"ה שמי שאינו יודע הדין יהיה שותק ע"ש. ולדבריו א"א לומר כדברי הריטב"א. דהכא אף שיסוד הספק הוא בדעת המקדש מ"מ ספק כזה נידון כספיקא דדינא כיון שהוא ספק קבוע כמו שכתב הקונה"ס בכלל א' אות ב' לגבי הספק של תפוס לשון ראשון ע"ש. ומדברי הריטב"א מוכח דס"ל שגם בספיקא דדינא סובר סומכוס יחלוקו. וכן משמע בתוס' שהקשו רק מכא דקי"ל כרבנן דסומכוס ולא כתבו שכאן גם סומכוס מודה.

האו"ש בחידושו כאן כתב לישב קושית התוס' דהכא גם לרבנן חולקים. שאם לא היה נידון של חיוב כתובה אלא רק ספק אם האשה צריכה להחזיר את כסף הקידושין או לא בודאי שהבעל הוא המוציא ועליו הראיה. וכן היכא דקידש בככר שהוא הרבה יותר מחיוב הכתובה והבעל הוא התובע שתחזיר לו את מה שיש בכסף הקידושין יותר על כדי כתובתה בזה הבעל הוא המוציא והוא צריך להביא ראיה. אבל הכא איירי ר' יוסי כשקדשה בעשרים שהוא פחות משיעור כתובה בזה גם לדברי הבעל אין האשה חייבת להחזיר לו אלא שטוען הבעל שכל העשרים הם על חשבון

בודאי אין סיבה לומר דס"ל שלולא הגזירה המענות חוזרות שהרי במת הוא מבואר לעיל דכו"ע מודו שאינן חוזרות בגלל הטענה של תנו לי בעלי ואשמח עמו. ולגבי זה מודה אמימר שלא צריך להגיע לגזירה.

הבית שמואל בס' נ' סק"א בשם שו"ת מהר"ם לובלין אינו מפרש כן. שכתב שלאמימר לולא הגזירה שמא יאמר קידושין תופסים באחתה לא היו מחזירים כסף קידושין לא במתה היא ולא במת הוא. שאמימר חולק על מה שפסק ר"פ כמ"ד קידושין לטיבועין ניתנו. וחולק גם על מה שנתבאר לעיל שכו"ע סברי שבמת הוא אין הכסף חוזר בגלל טענת תנו לי בעלי ואשמח עמו. ואמימר ס"ל שבין במתה היא בין במת הוא מה שהכסף אינו חוזר הוא רק בגלל הגזירה ולולא הגזירה היו המענות חוזרות בכל גוויי אפי' במת הוא.

האב"מ בס' נ' סק"ב תמה דאפי' נימא שאמימר חולק על ר"פ לגבי קידושין לטיבועין ניתנו [שגם זה אינו מוכרח] מ"מ מניין לומר שחולק גם במת הוא על הסברא של תנו לי בעלי ואשמח עמו שהרי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש פסקו סברא זו לגבי שושבינות שיכול המקבל לומר תנו לי שושביני ואשמח עמו. וסברא זו נלמדת בשושבינות מקידושין.

בדברי הריטב"א כאן מפורש שמפרש דברי אמימר כהבנת מההר"ם לובלין. שכתב שלמסקנת הגמ' דהיינו לדברי אמימר סברין שאינה יכולה לומר תנו לי בעלי ואשמח עמו, ואפי' במת הוא מה שאין המענות חוזרות הוא רק משום גזירה שמא יאמרו. ומוסיף הריטב"א שלפ"ז לא צריך להעמיד לעיל בשמח עמו ד' ימי המשתה ואח"כ מת. ומקשה הריטב"א על הרי"ף אמאי הביא אוקימתא זו להלכה. וזה כקושיית האב"מ על מהר"ם לובלין. וכתב הריטב"א שהרי"ף מחלק בזה בין תנו לי בעלי ואשמח עמו שלא אמרין למסקנא לבין תנו לי שושביני ואשמח עמו שבזה גם אמימר מודה ששושבינות אינה חוזרת אלא בעונתה ע"ש. וכן י"ל בדעת מהר"ם לובלין. אך צ"ע מנין לריטב"א לפרש כן והיכן יש רמז בדברי אמימר שחולק על הסברא של תנו לי בעלי ואשמח עמו.

ק"ל כאמימר שבכל גוויי אין קידושין חוזרים בגלל הגזירה וא"כ בדרך כלל אין נ"מ אי ק"ל קידושין לטיבועין ניתנו או לא, וכן אי ק"ל שיכולה לומר תנו לי בעלי ואשמח עמו או לא, שבלא"ה אינה מחזירה כסף קידושין מחמת הגזירה. אך יהיה נ"מ מזה היכא דליכא גזירה זו. הרמ"ה כתב באות ס"ד שגזירה שמא יאמרו הוא רק במקום שאין מנהג להחזיר אבל במקום שיש מנהג להחזיר הכל יודעים שמחזירים מחמת המנהג ולא יאמרו שקידושין תופסין באחתה. ובזה יש נ"מ מה סובר אמימר לולא הגזירה. אם ס"ל במתה היא כמ"ד לטיבועין ניתנו או כמ"ד לאו לטיבועין ניתנו. ובמת הוא אם סובר את הסברא של תנו לי בעלי ואשמח עמו או לא.

עוד אופן שאין גזירה שמא יאמרו כתב הרמב"ן במיאון שבזה באמת קידושין תופסין באחתה. אך מיאון דמי להדרא בה איהי שבזה לכו"ע היו מעות חוזרים לולא הגזירה.

עוד אופן שאין גזירה שמא יאמרו הוא אחרי נישואין. אך בתחילה יש לדון בכלל אם יש צד של חזרת קידושין כשמתה האשה אחרי נישואין. ברשב"ם מפורש כמה פעמים [דף קמ"ד: בסוף העמוד ד"ה מקום שנהגו, וכן בדף קמ"ה. ד"ה לטיבועין ניתנו] שכל מה שיש צד להחזיר כסף קידושין במיתת האשה הוא רק כשמתה לפני נישואין. בזה יש צד לומר שלא נתן את הכסף אלא על דעת שקידושין אלו יביאו לידי נישואין. אבל אחרי נישואין

עונש אלא שמעיקרא לא מתחייב הבעל כתובה אלא ע"ד שלא תזנה תחתיו. ואם זינתה תחתיו הוברר שמעולם לא היה חיוב כתובה. ועיין בכתובות פ"א. שכתבנו בס"ד לבאר ע"פ דברי רע"א והקו"ש מה שאין חיוב כתובה בספק סוטה ולא אמרין שיתחייב מספק כדין איני יודע אם פרעתיך ע"ש.

מבואר בגמ' דאשת כהן שנאנסה דמי למתה היא ותלוי במחלוקת אם קידושין לטיבועין ניתנו או לא. ואין זה דומה למת הוא שיש בו טענה של תנו לי בעלי ואשמח עמו. ויש לעיין בזה שההבדל בין מת הוא למתה היא הוא שבמת הוא העיכוב הוא מחמת הבעל בזה יש טענה דכיון שאין העיכוב בגללה אינה מחזירה את כסף הקידושין. משא"כ במתה היא אף שלא פשעה מ"מ העיכוב הוא בגללה. וקשה א"כ באשת כהן שזינתה באונס אמאי דמי למתה היא. בשלמא לרשב"ם כמו שבמתה היא העיכוב הוא בגללה כך באשת כהן שנאנסה האיסור הוא בגלל הזנות שלה, ואף שלא פשעה מ"מ זה נחשב שהעיכוב הוא מחמתה ודמי למתה היא. אבל לר"ן מה שיש לה כתובה הוא משום דנחשב שהאיסור הוא מחמת קדושת כהונה שלו. וכמו שיש לה כתובה לדעת הר"ן מפני שהעיכוב הוא בגללו כך יהיה לה טענה של תנו לי בעלי ואשמח עמו. ועיין ביד רמה באות ס"ב שכתב שמא שהגמ' מזדמה אשת כהן שזינתה למתה היא הוא משום שהעיכוב הוא בגלל האשה. וזה ניחא לרשב"ם שמה שיש לה כתובה הוא משום שלא פשעה. אבל לר"ן שמה שיש לה כתובה הוא משום שנחשב שהוא המעכב א"כ למה אין בזה טענה של תנו לי בעלי ואשמח עמו. וצ"ל דזה וזה גורם וגם לר"ן העיכוב הוא מחמת שניהם. ולגבי כתובה כיון שגם הוא גורם יש לה כתובה. אבל טענת תנו לי בעלי ואשמח עמו הוא רק כשהוא לבדו הגורם ולא כששניהם גורמים.

אמר ר"נ בכל מקום שנהגו להחזיר מחזירים. כתב הריטב"א דר"נ ס"ל כן מדינא ולא מכח המנהג. ולכן נהגו כך בנהרדעא משום שזה היה מקומו של ר"נ. אבל בשאר דוכתי לא פסקו כר"נ אלא כמ"ד לטיבועין ניתנו. ולולא דבריו היה אפשר לומר דבשאר דוכתי היה מנהג שלא להחזיר, והיכא דנהגו שלא להחזיר לא מחזירים גם למ"ד לאו לטיבועין ניתנו כמבואר לעיל.

אמר ר"פ הלכתא בין שמת הוא וכו'. הפשט הפשוט בדברי ר"פ הוא דס"ל שקי"ל כמ"ד קידושין לטיבועין ניתנו וכן כתב הרי"י מיגש. ולכן לא מיבעי שבמת הוא אינה מחזירה בגלל הטענה של תנו לי בעלי ואשמח עמו אלא גם במתה היא אינה מחזירה בגלל שקידושין לטיבועין ניתנו. ואעפ"כ בהדר בה איהי הכסף חוזר. ומבואר בזה שגם מ"ד לטיבועין ניתנו היינו דוקא במתה היא דאף שהיא הגורמת אבל אין פשיעה שלה. אבל בחזרה היא דהיינו שהיא מורדת כו"ע מודו שע"ד כן לא נתן לה את כסף הקידושין.

היד רמה כתב באות ס"א ובאות ס"ד שבמקום שנהגו להחזיר גם ר"פ ס"ל שהמענות חוזרות כמ"ד לאו לטיבועין ניתנו. והכא איירי ר"פ במקום שאין בו מנהג כלל. וזה דלא כרבינו יונה שהובא לעיל שכתב שלמ"ד לאו לטיבועין המענות חוזרות גם כשאין שום מנהג.

אמימר אמר וכו' גזירה שמא יאמרו. לכאורה היה נראה שאמימר מודה לכל דברי ר"פ שמדינא במתה היא וכ"ש במת הוא המענות אינם חוזרות. ומה שאמימר חולק ומה שהוצרך לגזירה שמא יאמרו הוא רק להדרא בה איהי שבזה מדינא לכו"ע המענות חוזרות ואמר אמימר שאינם חוזרות בגלל הגזירה. ואפי' את"ל שאמימר חולק לגבי מתה היא וס"ל שמדינא במתה היא היו המענות חוזרות וגם בזה מה שאינו חוזר הוא מחמת הגזירה מ"מ במת הוא

היינו לאפוקי שאם לא תבע בנישואיו אינו יכול לתבוע אח"כ. והרמב"ן חולק שאחרי הנישואין יכול לתבוע לעולם. ולא באו לאפוקי אלא שלפני הנישואין אינו חייב דאכתי לא מטא זמן חיוביה. וברשב"ם שלפנינו לא נמצא מה שהביא הרמב"ן בשמו.

הרשב"א והריטב"א כתבו שכלול בדין זה שחוזרת בעונתה שגם אם רוצה המקבל להחזיר לפני נישואי השני יכול השני לעכב שאינו רוצה לקבל עד זמן נישואיו. דהיינו שהזמן אינו רק לטובת המקבל שאינו חייב עד זמן זה אלא גם לטובת הנותן שאין המקבל יכול לפרוע בע"כ לפני זמן זה.

דף קמה:

אין שביעית משמטתה. מבואר בגמ' שהטעם הוא משום דלא קרינא ביה לא יגוש. הרשב"ם מפרש דהוי כמלוה לעשר שנים שאין שביעית משמטת לל"ב דמכות ג: וכן כתבו התוס' בשם ר"ת. ומביא ר"ת ראייה מזה דק"ל כל"ב דמכות. ור"י כתב דליכא ראייה מהכא דחוב זה גרע משאר חובות שלא רק שעדיין לא הגיע זמן הפרעון אלא גם לא ודאי שיגיע זמן חיובו שצריך שיתקיימו בזה התנאים המבוארים בסמוך.

הרא"ש במכות שם אחרי שמביא מחלוקת הראשונים אם פוסקים כל"ק או כל"ב כתב דכיון ששביעית בזה"ל דרבנן אזלינן בזה לקולא שאין שביעית משמט בתוך זמנו. ולכאורה אינו מובן מה בכך ששביעית הוא מדרבנן הרי על הצד ששביעית משמט פקע החוב ואין זה ספק איסור דנימא בזה ספק דרבנן לקולא אלא ספק ממון והממע"ה. וכתב בזה הב"י בחו"מ ס' ס"ז ששיטת הרא"ש שהשמטת שביעית אינה נחשבת ממונא אלא איסורא. וכתב שהרי"ף שחולק פליג בזה על הרא"ש וס"ל דנידון כספק ממון. והדברים צ"ב אמאי סובר הרא"ש דהוי ספק איסור הרי לצד ששביעית משמט ליכא חוב ואיך הוא מוציא ממון מספק.

השעה"מ בס' ס"ז סק"א מבאר דברי הרא"ש ע"פ שיטת היראים דס"ל שאין חוב שעבר עליו שביעית פוקע מאליהו אלא מצוה על המלוה לשמט את החוב. ואם הוא גובה את החוב ואינו משמטו אין בזה משום גזל אלא הוא מבטל את העשה של שמיטת כספים. ולדבריו כשיש ספק אם שביעית משמטת או לא אין זה ספק ממון אלא ספק מצוה, ושפיר כתב הרא"ש שבוזה"ל ששביעית דרבנן זה ספק דרבנן ואזלינן לקולא. בסק"ד מבאר השעה"מ את דברי הרא"ש באופן אחר שאפי' אם החוב פוקע מאליהו אין ספק הפקעה דרבנן מוציא מודאי חוב דאורייתא.

התומים בס' ס"ז סקכ"ה כתב שאין שביעית משמט חוב של קטן כיון שאינו בר חיובא. המנ"ח במצ' תע"ז פשיטא ליה שגם חוב של קטן נשמט. לשיטת היראים בודאי מסתבר כהתומים אבל למה דסביר רוב הראשונים שהחוב נשמט מאליהו לכאורה נראה כהמנ"ח דאין נ"מ אם הוא בר חיובא או לא שאין שמיטת כספים מצוה אלא דין.

אין הבכור נוטל בה פי שנים. כתב הרשב"ם היכא דחוזרת לאמצע כרתניא לעיל. מבואר ברשב"ם שמה שחוזרת לאמצע זה חוב של שושבינות לאב והבנים יורשים את החוב של אביהם. ולכן ס"ד שהבכור יטול פי שנים. וזה דלא כרמ"ה שהובא לעיל שכתב שחוזרת לאמצע היינו שהאב שלח את שושבינות על שם בניו והחוב הוא לבנים ולא לאב. ולדבריו באופן שחוזרת לאמצע אין ה"א שהבכור יטול פי שנים. אלא איירי בכל שושבינות שמי שחייבים לו את השושבינות מת אחרי ז' ימי המשתה ובניו

בודאי שאין אומדנא שהרי הוא יודע בשעת הקידושין שסוף אדם למות. וכן כתב הרמ"ה בתחילת אות ס"א.

בש"ע אבה"ע ס' נ' סע' א' נפסק שכסף קידושין אינם חוזרים בין בחזרה היא בין שחזר הוא בין שמת הוא בין שמתה היא או שגירשה. וזה משום דק"ל כאמימר שגוזרים שמא יאמרו קידושין תופסים באחותה. וכתב ע"ז הרמ"א בשם שו"ת מהרי"ל שכל זה מן האירוסין אבל מן הנישואין הקידושין חוזרים. וזה ע"פ גמ' ביבמות צ"ד: [הובא בגאון שם סק"ה] דליכא גזירה שמא יאמרו אין קידושין תופסין באחותה אחרי נישואין שגם אם היה בקידושין תנאי או טעות אחרי נישואין צריכה גט שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות וממילא הוא אסור באחותה.

נחלקו הח"מ והב"ש בביאור דברי הרמ"א. הח"מ בסק"ה כתב דפשוט דליכא חזרת קידושין אחרי נישואין אף שאין בזה גזירה שמא יאמרו ודברי הרמ"א ומהרי"ל איירי שהאשה מתה בשנה שאחר הנישואין. שמדינא הבעל יורש כל ממונה של האשה ובכלל זה כסף הקידושין. אלא שיש תקנה שבמתה תוך שנה לנישואין שהבעל מחזיר חצי מהנדוניא שהיא הכניסה לו. והיה מקום לומר שגם בכסף הקידושין יקבל הבעל רק חצי, קמ"ל כיון שזה ממון שהאשה קבלה מהבעל לגבי זה אין תקנה וחזר עיקר דינא שהבעל יורש ממון זה מהאשה. אלא דס"ד שיש קפידא שלא יחזור כסף הקידושין לבעל בגלל הגזירה שמא יאמרו קידושין תופסין באחותה, ע"ז כתב המהרי"ל שאחרי נישואין ליכא גזירה זו. אבל היכא דמת הוא או שגירשה בודאי ליכא חזרת קידושין אחרי נישואין.

הב"ש בסק"א מפרש דברי הרמ"א כפשוטם וכתב שהרמ"א ומהרי"ל ס"ל כמהר"ם לובלין שאמימר ס"ל שרק בגלל הגזירה אין המעות חוזרות אבל במקום דליכא גזירה הקידושין חוזרים אפי' במת הוא. וכיון שאחרי נישואין ליכא גזירה המעות חוזרים. ועל מה שתמה הח"מ שבודאי אין אומדנא שיחזרו כסף קידושין אחרי נישואין מביא הב"ש את דברי מהר"י מינץ שכתב שהמנהג להחזיר כסף קידושין גם כשמת הבעל אחרי נישואין. ומבאר מהר"י מינץ הטעם שהכסף שמקנה הבעל לאשה בשביל הקידושין הוא רק פרוטה. ומה שיש בכסף הקידושין יותר על שוה פרוטה אינו אלא מתנה בעלמא. ודינו ככל תכשיטין שנותן הבעל מתנה לאשתו שמבואר בס' צ"ט שאינו מקנה לה את זה וחוזר במיתתו. עיין לעיל מה שכתבנו בזה בשם הבית מאיר.

האב"מ שם סק"ב תמה שא"כ אין דין זה נוגע לדין של קידושין לאו לטיבועין ניתנו שזה נאמר רק לגבי הפרוטה של קידושין. אמנם הובא לעיל שהריטב"א כתב שהדין של קידושין לאו לטיבועין ניתנו הוא רק לגבי מה שיותר על הפרוטה של קידושין אך אין דברי הריטב"א כדברי מהר"י מינץ. שהריטב"א מודה שהמקדש מקדש את האשה בכל כסף הקידושין, ולא רק בפרוטה. אלא שכתב שמה שיש אומדנא שאם לא יגיעו לנישואין שהמעות חוזרות זה רק לגבי מה שיותר על פרוטה. אבל מהר"י מינץ ס"ל שמעיקרא אינו נותן לשם קידושין אלא פרוטה והשאר אינו אלא מתנה. וע"ז מקשה האב"מ שא"כ אין זה נוגע לקידושין לטיבועין ניתנו או לא.

חמשה דברים נאמרו בשושבינות. חוזרת בעונתה, כתב הרשב"ם כשישא זה אשה יחזיר לו שושבינותיו ולא קודם. מבואר ברשב"ם שחוזרת בעונתה לא בא לאפוקי אחרי עונתה אלא לאפוקי לפני עונתה. שנישואי השני הוא זמן פרעון השושבינות ולפנ"כ אינו חייב להחזיר. וזה דלא כמו שמביא הרמב"ן בשם רבינו שמואל שחוזרת בעונתה

משום חובת הראשונה לבו טרוד מלשמונה עם אחרים משא"כ בשניה. עוד כתב הרמ"ה שמה שאם השני ממעט אין הראשון חייב לפרוע את השושבינות הוא רק כשיש לו אפשרות להרבות שמחה ואינו רוצה. אבל אם הוא עני ואינו יכול להרבות אין השני יכול לפטור עצמו מתשלום השושבינות.

הכל צריכים למרי חטיא. בגמ' בסוף ברכות שלחו מתם סיני ועוקר הרים איזה מהם קודם. שלחו להו סיני קודם שהכל צריכים למרי חטיא. אמנם לפי מה שמבואר כאן שהכל צריכים למרי חטיא נאמר על בעל גמרא, שאין זה רק בעל ידיעות בלי הבנה אלא כמו שכתב הרשב"ם שממית עצמו לכוין הלכות ולתרוץ היות, על כזה מרי חטיא אמרו שסיני עדיף מעוקר הרים.

דף קמו.

השולח סבלונות לבית חמיו. כתב הריטב"א דמתני' איירי אחרי קידושין כלשון המשנה השולח סבלונות לבית חמיו, בזה יש מחילה על סבלונות שעשויים לבלות אחרי שאכל בבית חמיו. אבל סבלונות ששולח חתן לפני קידושין אחרי שידוכים אינו מוחל כלל אפי' שאכל בבית המשוכת כיון דמצי הדרי בהו. ונחלקו הפוסקים בשידוכים שנעשים עם חרם וקנסות. הבית מאיר באבה"ע ס' נ' ס"ל דכיון שיש קנס וחרם לא מצי הדר ביה ודמי לקידושין. [אך מסתפק הב"מ שיתכן שהמחילה היא רק בסבלונות שנותן החתן משלו ולא במה שנוהגים עכשיו שאביו נותן בשבילן]. והחת"ס ס"ל דאף שיש קנס וחרם אין זה דומה לקידושין שהיא אשתו ממש ואם חוזר צריכה גט. והובא המחלוקת בזה בפת"ת שם סק"ד.

ואכל שם סעודת חתן. כתב האו"ש בפ"ו מזכיה הכ"א שבדוקא נקטו שאכל סעודת חתן היינו שהסעודה נעשה לכבוד ולשמחת החתן. אבל אם עשו סעודה אחרת ואכל שם החתן אין זה סיבה למחילת הסבלונות. ומבאר בזה האו"ש את דברי התוספתא השולח סבלונות לבית חמיו ואכל שם שבועי בנים מה שאכלו אכלו. דהיינו שלא אכל בסעודה שנעשה לשמחת החתן אלא בסעודה של שבוע הבן, כמבואר בב"ק פ. שהיו עושים סעודה לשבוע הבן, מה שאכלו אכלו, דהיינו שאין זה נחשב אכילה לענין מחילת הסבלונות.

שלח סבלונות מרובים. שיטת הרשב"ם דרישא דמתני' איירי בשלח סתם. וכזה בלי אכילה ליכא מחילה, ועם אכילה יש מחילה על סבלונות העשויים לבלות. וסיפא איירי במפרש שנתן ע"מ להשתמש בבית אביה, וכזה יש מחילה גם בלי אכילה. ואין נ"מ בין מרובים למועטים אלא שאורחא דמילתא שבמועטים הוא מפרש שתשתמש בהם בבית אביה, ובמרובים הוא מפרש שיחזרו עמה לבית בעלה. ולדברי הרשב"ם החילוק בין סבלונות העשויים לבלות לאינם עשויים לבלות לא נזכר בהדיא במשנה אלא בברייתא בגמ'. הריטב"א כתב שלרשב"ם דאיירי במפרש לא מוכן מה חידוש בסיפא דמתני'. ולכאורה אינו מוכן דאף שפירש שנותן ע"מ שתאכל בבית אביה, מ"מ י"ל שכל הנתינה היא רק ע"ד שיגיעו ליד נישואין. קמ"ל מתני' שאם מפרש שתאכל בבית אביה יש בזה מחילה גם על הצד שלא יגיעו לנישואין, ואף שלא אכל בבית חמיו.

הנ"י והריטב"א מפרשים דמרובים ומועטים לא איירי בכמות אלא מרובים היינו דבר הראוי להתקיים זמן מרובה, דהיינו סבלונות שאינם עשויים לבלות. ומועטים היינו שאינן ראויים להתקיים זמן מרובה, דהיינו סבלונות העשויים לבלות. וכן מפרש המהרש"א בדעת תוד"ה סבלונות. [בביאור כל דברי התוס' עיין בדברי המהרש"א

ירשו את החוב של אביהם. והרשב"ם בזה לשיטתו שגם במשנה לעיל כתב בד"ה נגבית בב"ד דהוי חוב של אביהם.

תוד"ה ואין הבכור. כתבו שאפי' מאן דאית ליה לעיל שמלוח אינו ראוי שושבינות הוי ראוי כי שמא לא יפרע לעולם. רע"א תמה על דברי התוס' דבשלמא לעיל לגבי שביעית שפיר כתבו דגרע חוב זה משאר חוב שלא ודאי שיבוא לידי חיוב שמא לא ישא אשה כלל, וגם אם ישא אולי לא יתקיימו התנאים המבוארים בסמוך. אבל הכא ע"כ איירי שהאב מת אחרי שנשא אשה ועברו ז' ימי המשתה דאל"כ ליכא חיוב כלל שיאמר תן לי שושביני ואשמח עמו. וא"כ כבר נתברר חיובו ולמה שונה חוב זה מחוב אחר.

המהרש"א מקשה על התוס' דמה שמבואר שיש מ"ד לעיל שחוב אינו ראוי הוא רק במלוה בשטר אבל מלוה ע"פ לכו"ע הוא ראוי, ושושבינות הוא מע"פ א"כ בלא"ה מודו כו"ע הכא דהוי ראוי. וכתב המהרש"א שמה שבמע"פ מודו כו"ע דהוי ראוי הוא משום שיכול לטעון פרעתי. ושושבינות שהוא תוך זמנו אינו יכול לטעון פרעתי ודמי למלוה בשטר. מה דנקט המהרש"א שגם לרבי מע"פ נחשב ראוי הוא מחלוקת הראשונים לעיל קכ"ד כמו שכתבנו שם בס"ד. וכן מה דנקט שהמעלה של מלוה בשטר הוא שאינו יכול לטעון פרעתי ומע"פ תוך זמנו הוי כמלוה בשטר הוא גם מחלוקת כמו שכתבנו שם.

ויש לעיין עוד בעיקר דברי המהרש"א דע"כ איירי הכא שכבר הגיע זמן תשלום השושבינות בחיי האב דאל"כ אין חיוב כלל כמו שכתב רע"א. וא"כ יכול היה החייב לטעון פרעתי שכבר הגיע עונתה וא"כ הוי כשאר מלוה ע"פ שלכו"ע הוי ראוי.

ועד כמה. ברמב"ם בפ"ז מזכיה ה"ו מבואר שמה שמנכים מתשלום השושבינות את מה שלא אכל הוא רק כשיש טענה על השני שלא הודיע לראשון. דהיינו שלא היה הראשון במתא ולא במקום שהיה יכול לשמוע קול הטבלא. אבל כשהיה במתא או ששמע קול טבלא והוא פשע ולא בא אינו מנכה מהשושבינות אף שלא אכל. ומלשון הרשב"ם בד"ה עד כמה מדייק הרש"ש דלא ס"ל כן אלא כל שלא אכל מאיזה טעם שיהיה הוא מנכה דמי אכילתו מהשושבינות.

עשה עמו בפומבי וכו'. מבואר דהיכא שהיה אצל הראשון ריבוי שמחה אינו חייב להשיב לשני אא"כ גם אצלו יש ריבוי שמחה. הטור באבה"ע ס' ס' כתב שנחלקו הרשב"ם והרמ"ה היכא דהוי איפכא שאצל הראשון לא היה ריבוי שמחה ואצל השני יש ריבוי שמחה אם יכול הראשון לומר שאינו רוצה ריבוי שמחה ואינו משיב לו אלא אם יעשה במיעוט שמחה כמו שהוא עשה. ברמב"ם בפ"ז ה"ד מפורש כשיטת הרשב"ם שכתב שאם ראובן עשה בפרהסיא ושמעון בצנעה או שראובן עשה בצנעה ושמעון בפרהסיא אינו יכול לתובעו. והלח"מ שם תמה על מה שכתב הטור שהרמ"ה חולק שבגמ' מוכח כהרמב"ם והרשב"ם שמבואר שעשה עמו בשניה ובקש לעשות עמו בראשונה יכול לומר לו לכשתשא אשה אחרת אעשה עמך. ולכאורה באשה ראשונה יש יותר שמחה מבאשה שניה. הרי מפורש שגם בזה יש טענה שאינו רוצה אלא שמחה כמו שהיה אצלו לא פחות ולא יותר.

הרמ"ה בעצמו מבאר שיטתו דס"ל שיש יותר שמחה באשה שניה מבאשונה. וכן מפורש בר"י מיגש כאן. הר"י מיגש כתב הטעם מפני שבאשונה הוא טרוד כדתן בברכות שחתן פטור מק"ש ד' לילות מפני שטרוד. משא"כ באשה שניה אינו טרוד. הרמ"ה כתב שאין זה הטעם אלא

ומה שמוסיף הרש"ש על דבריו. ולדבריהם החילוק בין עשוי לבלות לאינו עשוי לבלות מפורש במשנה. וגם סיפא דמתני' איירי באכל בבית חמיו.

רבינו יונה מפרש מרובים ומועטים כפשוטו, וקאי על דברים שדרכם לבלות שמה שיש מחילה כשאכל בבית חמיו הוא רק בדבר מועט שעשוי לבלות לפני הנישואין. אבל אם נתן כמה בגדים אף שכ"א בפנ"ע עשוי לבלות כיון שהם מרובים דינם כאין דרכם לבלות. וגם לרבינו יונה החילוק בין עשוי לבלות לאינו עשוי לבלות מבואר במשנה. וגם לדבריו סיפא דמתני' איירי באכל בבית חמיו. ולא כרשב"ם דסיפא איירי בלי אכילה. נמצא ג' דרכים בביאור סיפא דמתני'.

מהו שישלש. הרשב"ם אינו גורס כלל מהו שישלש אלא בהמשך דבריו מביא שר"ח גריס ליה. הרא"ש גורס מהו שישלש שבה סבלונות. ולדבריו אין זה ספק בפני עצמו אלא חלק מהספק של שבת. לגורסים מה שישלש נחלקו הראשונים בביאור הספק. התוס' בד"ה איבעיא והרשב"ם בשם ר"ח מפרשים שהספק הוא שאכילת דינר הוא שיעור אכילה שבו יש מחילה על כל הסבלונות. ומספקא לגמ' דשמא באכילת חצי דינר יש מחילה על חצי הסבלונות.

הר"י מיגש מפרש שהספק הוא שעל סבלונות של מאה מנה בעינן אכילה של דינר ואולי בחמישים מנה סגי באכילה של חצי דינר. דהיינו שלתוס' והרשב"ם אין נ"מ כמה שיעור הסבלונות. וכדי שיהיה מחילה על כל הסבלונות תמיד בעינן אכילה של דינר. והספק הוא אם אכילה של חצי דינר היא סיבה למחילה על חצי סבלונות. ולר"י מיגש אין מחילה על חצי סבלונות אלא הספק הוא שמא שיעור האכילה תלוי בגודל הסבלונות.

הרמ"ה באות ע' כתב שמה שצריך אכילה של דינר הוא לאו דוקא בסבלונות של מאה מנה אלא גם בסבלונות של מנה אחר. שאם מה שצריך דינר הוא רק במאה מנה א"כ במנה אחד שיעור האכילה יהיה פחות מש"פ. וזה לא יתכן שפמש"פ אינו ממון. דברי הרמ"ה הם דלא כפירושו של הר"י מיגש בספק של הגמ' מהו שישלש.

שבח סבלונות מהו. הספק של הגמ' הוא באופן שהסבלונות חוזרות דהיינו או באינם עשויים לבלות, או בעשויים לבלות ולא אכל בבית חמיו. וצדדי הספק כפי שנראה מלשון הגמ' הוא אם ברשותיה שבת או ברשותא דידה שבת. דהיינו שהספק הוא אם מה שהסבלונות חוזרים הוא משום שנתנתם הוא ע"ד שיגיעו לנישואין. ועל הצד שלא יגיעו לנישואין מעיקרא לא נתן לה והממון הוא שלו ושלו שבת, או דלמא גם על הצד שלא יהיו נישואין הממון הוא שלה אלא שעל צד זה ניתן הממון ע"מ לשלם. וא"כ הממון הוא שלה ושלה שבת. ולפ"ז הספק הוא גם כשהסבלונות והשבח הם בעין.

הרמ"ה באות ע"ב כתב דאף שבכל הספיקות דסוגיין כגון שלוחו מאי, שגר לו מאי, מהו שישלש, עשויים לבלות ולא בלו, הבעל נחשב המוציא ועליו הראיה, כמו שכתבו הרא"ש והריטב"א, בספק זה של שבח כתב הרמ"ה שהאשה היא המוציאה ועליה הראיה. ומבאר הרמ"ה שהממון שעליו השבח חוזר לבעל גם לצד שהשבח של האשה והבעל נותן לאשה דמי השבח. וכיון שלכל הצדדים הממון חוזר לבעל והספק הוא אם חייב להחזיר לאשה דמי השבח או לא היא המוציאה ועליה הראיה. ולכאורה אינו מוכן הרי הצד שהשבח שלה הוא דברשותא דידה שבת. דהיינו שהממון הוא שלה כדמוכח מזה שחייבת בגוי"א ואינה חייבת לו אלא דמי הסבלונות, ולכן השבח שלה שהממון שלה השבית. ואם זה נחשב ממון שלה אמאי כתב

הרמ"ה שגם לצד שהשבח שלה גוף הממון חוזר לבעל. והעירוני שהרמ"ה אינו מפרש כמו שכתבנו שהספק הוא אם אינו נותן לה הממון כלל או שנותן לה תמורת דמים. אלא לרמ"ה הספק הוא אם אינו נותן לה את הממון כלל על הצד שלא יהיו נישואין או שלצד שלא יהיו נישואין הוא נותן לה את הממון ע"מ להחזיר. והשבח הוא שלה מפני שעד שתחזיר הממון הוא שלה ודידה שבת. ואעפ"כ היא צריכה להחזיר את גוף הממון ולא דמיו שהממון ניתן לה ע"מ להחזיר. וס"ל שאין התנאי מתקיים ע"י דמים כשהממון בעין.

מבואר בגמ' שמה שיש צד לומר דאף שהסבלונות חוזרים מ"מ עד החזרה הממון הוא ברשותא דידה הוא משום דחזינן שהיא חייבת בגוי"א. ואין זה בגלל שיש עליה חיוב שמירה שמצד דין שומר לא היה לה להיות יותר מש"ח כמבואר ברשב"ם לעיל קל"ז: לגבי מתנה ע"מ להחזיר. אע"כ שהחיוב אחריות הוא מפני שהממון ברשותה ושלה נגב [כיון שמקיימת את התנאי של החזרה]. הקו"ש מקשה אם חיוב האחריות אינה מדין שומר אלא מפני שהממון ברשותה אמאי חייבת רק בגוי"א ולא באונסין. רע"א כתב דגוי"א הוא לאו דוקא וה"ה דחייבת באונסין כיון שהחיוב הוא משום שהממון ברשותה.

אמנם יש לעיין בפשט בגמ' שבלשון הגמ' מבואר שמה שחייבת בגוי"א הוא דבר פשוט ואין זה תלוי בספק אם השבח שלה או לא. ולצד שהשבח שלו מוכח שאין הממון ברשותה וצ"ע א"כ אמאי חייבת בגוי"א.

הריטב"א כתב ביאור מחודש בספק של הגמ' בשבח סבלונות. דלעולם פשוט לגמ' שהממון שייך לבעל וברשותיה שבת וכל השבח הוא שלו. ואם הסבלונות הם בעין פשוט שחוזרים הן ושבתן לבעל. והספק הוא רק במקום שהיא אכלה או מכרה את הסבלונות אחרי שהשביחו. וצדדי הספק מבאר הריטב"א דמספקא לגמ' מי אמרינן דכל זמן שהסבלונות קיימים הם פקדון וכשהיא אוכלת היא שולחת יד בפקדון ומשלמת כשעת שליחות יד דהיינו הן ושבתן. או דילמא כיון שאכלה ברשות מפני שהיתה סבורה שיהיו נישואין אין אכילה זו מעשה גזילה והוי כגזל ומעיקרא שויה זוז ולבסוף שויה ד' ואיתבר ממילא שמשלם זוז כמבואר בב"ק ס"ה. וכן כאן אין חיובה על מעשה האכילה אלא צריכה להחזיר מה שקבלה. והממון שקבלה היה בלי שבח ואף ששבח אח"כ והשבח הוא של הבעל אין עליה חיוב על תוספת זו כדין איתבר ממילא. וצ"ע מלשון הגמ' דמשמע בהדיא שהספק הוא אם הסבלונות ברשות הבעל והשבח שלו או ברשותא דידה והשבח שלה. ואולי היה לריטב"א גרסא אחרת בגמ'.

גידון זה אם יש על אכילה במצב זה שם שליחות יד או לא הוא לכאורה מחלוקת הרשב"ם והרא"ש. שהרשב"ם כתב לעיל קל"ז: שהמקבל בהמה במתנה ע"מ להחזיר ומתה הבהמה ואינו יכול לקיים התנאי אינו חייב לא על אונס ולא על גוי"א אלא רק בפשיעה. והובא שם שהרא"ש בסוכה פ"ג ס' ל' חולק דכיון שלא נתקיים התנאי יש לו דין גזלן על לקיחת החפץ ועל ההשתמשות בו וחייב באונסין. שלא ניתן לו אלא ע"מ שיתקיים התנאי. והרשב"ם ס"ל דכיון שבשעת לקיחה והשתמשות היה דעתו לקיים את התנאי אין לו ע"ז דין גזלן. ולדברי הריטב"א מחלוקת זו היא הספק של הגמ' כאן לגבי שבח סבלונות. ויש לעיין בדברי הרא"ש ובצד של הריטב"א שיש על שימוש זה דין גזל ושליחות יד מהא דמבואר לקמן בסמוך שאינה משלמת אלא דמי בשר בזול כמו שיבואר שם בס"ד.

הר"י מיגש מפרש את הספק של הגמ' בשבח סבלונות ע"פ פירושו בספק מהו שישלש. שהובא לעיל שמפרש מהו

אמנם מדברי הרש"ש נראה שלא הבין כך. שכתב על דברי הרשב"ם שמי שמתה אשתו מתוך קטטה והיה דעתו לגרשה אינו מתאבל עליה, דבתרומתו כתיב לשארו הקרוב אליו. ומוסיף הרש"ש דאף שהפוסקים לא פסקו כרשב"ם לגבי ירושה מ"מ לגבי אבילות יש לסמוך על הרשב"ם שבאבל הלכה כדברי המיקל. ומבואר דס"ל שמה שאינו יורש הוא משום שחסר בדין שארו דאינם בשר אחד בזמן שיש קטטה ביניהם ועומדת לגירושין. וס"ל שהרשב"ם אמר דבריו גם למ"ד ירושת הבעל דאורייתא, שלמ"ד ירושה דרבנן אין הירושה מקרא דשאר.

התוס' ושאר הראשונים חולקים בזה על הרשב"ם. התוס' כתבו שגם לגבי פירות אינו מפסיק לאכול כשיש קטטה ביניהם אלא רק משעת כתיבת הגט או משעת חתימה או משעת נתינת הגט. הריטב"א מוסיף שגם אם פירות אין לו אין לדמות ירושה לאכילת פירות. דקטטה אינו מפסיד שום ירושה בין דאורייתא בין דרבנן. וזה כדברי הרא"ש הנ"ל. הרמ"א באבה"ע ס' צ' סע' ה' פסק דלא כרשב"ם. והב"ש שם סקכ"א כתב שכל הפוסקים חולקים בזה על הרשב"ם. אמנם אין הרשב"ם יחיד בזה שגם התוס' רי"ד מפרש בנשואה וכתב שמכאן מוכח שהמודר על אשתו ומתה אינו יורשה כיון שאינו נוהג עמה כשורה.

הר"י מיגש גם מפרש כרשב"ם דאירי בנשואה אבל אינו מבאר מה שאינו יורשה מפני שיש קטטה ביניהם כהרשב"ם אלא מפני המום שהיה בה. דס"ל שנתברר ע"י הבדיקה שהיא תותרנית ואשה שנמצאו בה מומין אחר הנישואין היא ספק אשת איש וצריכה גט מספק ואין לה כתובה. וכשם שאין לה כתובה מספק כך אין הוא יורשה מספק.

שיטת התוס'. התוס' כתבו שהיתה ארוסה והכניסה לחורבה שלו ותבע ירושה מפני שהכניסה לרשותו וזה עצמו נישואין. ואמרו שאין הכנסה זו עושה נישואין כיון שלא הכניסה אלא כדי לבדוקה. כתבו הרמב"ן והרשב"א דמבואר שאם לא היה מכניסה כדי לבדוקה היינו תולים שסתם הכנסה לרשותו הוא לשם נישואין. וכ"כ ה"ד רמה באות ע"ה. ומוסיף הרמ"ה דש"מ דכניסה לחופה דקי"ל דקנה לא תימא דוקא דעיילי לחופה א"נ לבית המיוחד לנישואין אלא אפי' מאן דעייל סתמא לחורבה קני לה ולא צריך לגלוי דאדעתא דאישות קא עייל. והיינו כמו שכתב לפני זה שסתם כניסה לרשותו הוא לשם נישואין.

עוד כתב הרמ"ה שם דמהא שמעינן דלא קני איניש איתתא בכניסתו לחופה אלא דעייל סתמא דסתמיה לשם נישואין הוי אבל היכא דמגליא מילתא דלא עייל אלא אדעתא דמידי אחרינא לא קני עכ"ל. דהיינו שהיה ה"א לומר שכל הכנסה לרשותו הוי נישואין אפי' שהכניס בפירוש למטרה אחרת ולא לשם נישואין. לכאורה נראה שמוכח מדברי הרמ"ה שנישואין אינה ענין של קנין אלא המציאות של הכנסה לביתו נותן לארוסה דין נשואה. ולכן ס"ד שגם אם הכניסה בפירוש שלא לשם נישואין זה מציאות של נישואין.

האב"מ בס' ל"ה סק"ז נקט בפשיטות דכשם שקידושין צריך עדות לקיום הדבר כך בנישואין צריך עדות לקיום הדבר. ולדבריו צ"ל שהיו עדים שראו שהכניסה לחורבה. אבל האו"ש בפ"י מאישות ה"ב מספקא ליה שמא בנישואין לא בעינן עדות לקיום הדבר. והיינו משום שיש צד לומר דנישואין אינו קנין אלא מציאות של הכנסה לרשותו. ולדבריו אין צורך לומר שהיו כאן עדים שראו את הכניסה לחורבה. עיין באבי עזרי בפ"ג מאישות הי"ג שמאריך בגדר נישואין ומביא דברי האב"מ והאו"ש הנ"ל.

שישלוש שיש צד שרק על סבלונות של מאה מנה בעינן אכילה של דינר אבל על חמישים מנה סגי באכילה של חצי דינר. והספק של שבח סבלונות הוא באת"ל של ספק זה, דאת"ל שעל סבלונות של חמישים מנה סגי באכילת חצי דינר מה הדין אם הסבלונות היו חמישים מנה והשביחו והם עכשיו מאה מנה האם גם בזה סגי באכילה של חצי דינר א"ד כיון ששבח השבח הוא של הבעל ועכשיו בעינן אכילה של דינר.

עשוין לבלות ולא בלו. הספק הוא אם מה שמוחל בסבלונות העשויים לבלות הוא רק על חיוב התשלומין כשבאמת בלו או כיון שעשוין לבלות הוא מוחל גם בעוד הסבלונות בעין. הגמ' מביאה ראיה לספק זה מסיפא דמתני' סבלונות מועטים. ויש לעיין בראית הגמ' שהובא לעיל שיש ג' דרכים בראשונים בביאור חלק זה של המשנה. ובשלמא לשיטת הנ"י והתוס' סבלונות מועטים היינו סבלונות שעשוין לבלות, ואירי באכל בבית חמיו, וכן לרבינו יונה איירי בעשוין לבלות, שפיר הוכיחו מזה שבעשוין לבלות אף שלא בלו אינם חוזרים. אבל לרשב"ם סיפא דמתני' איירי בפירוש שתשתמש בהם בבית אביה. ובזה יש מחילה גם כשלא אכל בבית חמיו, ומה הראיה מזה לנותן סתם. כן מקשה הריטב"א על הרשב"ם. וכתב שרשב"ם צ"ל שהגמ' מדמה פירש בלי אכילה לסתם עם אכילה. ואם בפירוש המחילה הוא גם כשלא בלו א"כ גם בסתם כשאכל בבית חמיו המחילה היא אפי' שלא בלו.

דאי טעין טענתיה טענה. היינו שאין ריעותא בטענתו כיון שפעמים שיש יין חדש בעצרת. אך צ"ב דאמנם אין ריעותא בטענתו מ"מ אם היא מכחישה איך הוא מוציא ממון בטענתו בלי ראיה. וכתב ה"ד רמה באות ע"ד שאין הנדיון להוציא ממנה ממון אלא לחייבה שבועה. שאם היה ריעותא בטענה לא היתה חייבת שבועה ע"פ טענה זו. אבל כיון שאין ריעותא יש חיוב שבועה. דהיינו אם כופרת הכל נשבעת היסת, ואם מודה במקצת איכא שבועה דאורייתא. אמנם בלשון הרשב"ם מבואר דע"פ טענה זו הדרי הסבלונות משמע שיש נ"מ מזה להוצאת ממון ולא רק לענין חיוב שבועה. וכתב הרש"ש דמשכחת לה כשהיא מודה בשאר סבלונות ועל היין החדש אינה יודעת, הרי זה כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאיכא חיוב שבועה ומתוך שאינה יכולה ליטעם משלמת.

בריטב"א מבואר שהנ"מ מזה הוא שאילו היה זה נחשב ריעותא בטענתו לא היו ב"ד נזקקין לתביעתו כלל שהוא בודאי שקר ולא היתה צריכה האשה לבא לב"ד לטעון כלל. ורק בגלל שאין זה ריעותא בטענתו נזקקין לתביעתו לראות אם תודה האשה לדבריו או שתכפור ותישבע.

דף קמו:

שלא נכנס אחריה אלא לבדוקה. שיטת הרשב"ם שהיתה כבר נשואה ורצה לגרשה מפני ששמע שהיא תותרנית. וכשמתה תבע ירושה. ואמרו שאינו יורשה כיון שנכנס לבדקה ומתה קודם שנתפייסו. ומזה לומד הרשב"ם דין מחודש שמי שמתה אשתו מתוך קטטה והיה בדעתו לגרשה אין הבעל יורש אותה. ומדמה הרשב"ם להא דאיכא מ"ד בגיטין שאין הבעל אוכל פירות משנתן עיניו לגרשה. הרא"ש כתב על דברי הרשב"ם שאין ראיה מפירות לירושה דפירות הם של הבעל מדרבנן ואפשר שרבנן לא תקנו במקום שדעתו לגרשה אבל מי הפקיע ירושה דאורייתא בגלל קטטה. לכאורה היה נראה שגם הרשב"ם לא ס"ל כן אלא למ"ד ירושת הבעל דרבנן אבל למ"ד ירושת הבעל דאורייתא מודה הרשב"ם שאין לדמות ירושה לפירות.

והרא"ש בפרק לולב הגזול ס' ל'. שהרא"ש ס"ל שאחרי שלא נתקיים התנאי מתברר שלקחת המזון וההשתמשות בו הוא מעשה גזילה שמחייבת באונסין. וצ"ע לפי הרא"ש וצד אחד של הגמ' לפירושו של הריטב"א אמאי משלמת דמי בשר בזול הרי הרשות לאכול ניתן רק בתנאי שיהיו אח"כ נישואין, וכשמתברר שלא יהיו נישואין מתברר שמעשה האכילה הוא מעשה מזיק. ולמה אינה משלמת כל דמיו.

הרמב"ם בפ"ו מזכיה הכ"ד כתב שאם היה מנהג המדינה שיעשה כל ארוס סעודה לרעיו או שיחלק מעות לשמשין ולחוננין ועשה כדרך שעושים כל העם וחזרה בה משלמת הכל שהרי גרמה לו לאבד ממנו. דהיינו שסובר הרמב"ם דכיון שהוציא ממון מפני שהוא סמך עליה וחזרה בה יש לה דין מזיק מדינא דגרמי. הראב"ד חולק וס"ל שאין זה אלא גרמא והיא פטורה. גם הריטב"א כאן חולק על הרמב"ם וכתב שאין זה גרמי אלא גרמא. הראב"ד מביא ראיה לדבריו מהא דמבואר לעיל צ"ג: שהמוכר זרעוני גינה ולא צמחו אינו משלם לקונה אלא דמי הזרעים ולא שאר ההוצאות שהיה לו לחרוש ולזרוע דאין זה אלא גרמא.

האור"ש בפ"ו מזכיה הכ"ד מישב קושיית הראב"ד על הרמב"ם ע"פ מה שכתב הרא"ש בב"ק פרק הגזול עדים ס' י"ג שאחד מהחילוקים בין גרמא לגרמי הוא שאם הנזק הוא מיד עם מעשה האדם זה נחשב גרמי. ואם הנזק אינו אלא אחר זמן זה נחשב גרמא. ובזה חלוק נידון דין מהא דהמוכר זרעוני גינה. ששם מעשה הנזק הוא מכירת הזרעונים. והנזק אינו מיד אלא אחר זמן לכן זה גרמא. משא"כ הכא מעשה הנזק הוא החזרה. והנזק הוא מיד שבאותו רגע שהיא חזרת הולך כל הממון שהוציא לטמיון. א"כ בחזרתה בא הנזק מיד לכן זה גרמי ולא גרמא.

רע"א בתש' קל"ד ד"ה אולם דן במי שאמר שיקנה מחברו פירות, והמוכר הביא את הפירות למקומו של הקונה וחזר בו הקונה, אם הקונה משלם למוכר את ההוצאות שהיו לו בהבאת הפירות למקומו של הקונה. וכתב רע"א שיש מקום לחייב מדין גרמי כמבואר ברא"ש בתשובה שהובא בשו"ע ס' קל"ג סע' ח' שהאומר לאומן עשה כלי פלוני ואקחנו ממך, ואחרי שהאומן עשה את הכלי חזר בו הקונה, וכתב הרא"ש שהחזר חייב מדין גרמי. וכן מביא רע"א שכתב הסמ"ע בס' ל"ט סקמ"ו במלוה שאמר ללוה לכתוב שטר והוא ילוה לו ואחר שהוציא הלוה הוצאות על כתיבת השטר חזר בו המלוה שחייב המלוה מדין גרמי. וכתב ע"ז רע"א שלכאורה כל זה תלוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד כאן אם הנזק שנגרם ע"י החזרה הוא גרמא או גרמי. ולדברי האור"ש הנ"ל כל אופנים אלו שהנזק הוא ע"י חזרה הנזק הוא מיד עם החזרה והוא גרמי ולא דמי לזרעוני גינה ששם הנזק הוא אחר המעשה של המזיק.

רע"א שם כתב שי"ל שמה שהראב"ד חולק וס"ל דהוי גרמא הוא רק כאן שלא אמרה האשה לבעל בפירוש להוציא הוצאות אלא עשה כן מדעת עצמו מכח המנהג. וכן בזרעוני גינה המוכר לא אמר לקונה להוציא הוצאות. לכן סובר הראב"ד שאין זה אלא גרמא. אבל בנידון של הרא"ש שאמר לאומן להוציא הוצאות על עשיית הכלי, וכן בנידון דהסמ"ע שהמלוה אמר ללוה שיכתוב שטר, יודה הראב"ד שיש חיוב של גרמי.

האור"ש שם בהל' כ"ג מקשה על הרמב"ם דס"ל שאם הוציא הוצאות ואח"כ היא חזרה יש לה דין מזיק מדין גרמי א"כ אמאי מבואר בגמ' שאם אכלה וחזרה אינה משלמת אלא דמי בשר בזול. ואמנם עצם האכילה אינה מזיק כיון שהיה ברשות מ"מ לרמב"ם החזרה עצמה יש לה דין מזיק מדין גרמי על כל מה שהוא הוציא. וכמו שהיא

הביי באבה"ע ס' נ"ז כתב בשם שו"ת הרא"ש כלל ל"ז על מקום שנהגו לארס אשה ולהתיחד עמה בלא חופה ובלא ברכה וכתב ע"ז הרא"ש דמנהג רע הוא וחייבים הקהל לבטלו. ומוסיף הרא"ש שאם אחרי היחוד מתה האשה הבעל יורשה שהיחוד ברשותו היא החופה, וברכות אינם מעכבות. ומביא ע"ז הרא"ש מהגמ' שלנו לפירוש התוס'.

מבואר בתוס' שלפירוש שהכניס כותבת בחיקו בודאי מוכח שלא היתה תותרנית. משא"כ לפירוש שהכניס צנון לא מוכח אם נתברר ע"י בדיקה זו שלא היתה תותרנית או לא. והתוס' לפי פירושו כתבו שגם אם הכניס צנון הוברר שלא היתה תותרנית. וכתב המהרש"א שהוצרכו התוס' לזה משום שלפירושם טענת הבעל היתה שנעשית נשואה ע"י כניסה זו. וזה שייך רק אם נתברר ע"י הבדיקה שאינה תותרנית, דאל"כ הוא לא רצה לישאנה.

עוד כתב המהרש"א שלרשב"ם צ"ל איפכא שלא נתברר ע"י הבדיקה שלא היתה תותרנית שהרי לרשב"ם אמרו שאינו יורשה מפני הקטטה שביניהם. ואם נתברר שאינה תותרנית הרי בטל הקטטה ושוב לא היה דעתו לגרשה ולמה לא ירשנה. וצ"ע שהרשב"ם הביא גם את הפשט שהכניס תמרה בחיקו ולפירוש זה בודאי נתברר שאינה תותרנית. ועוד קשה שאם לא נתברר שאין בה מום בלא"ה אינו יורשה כיון שיש ספק שמא הקידושין היו קידשי טעות. ואף שאחרי נישואין בעלת מום צריכה גט מספק מ"מ כמו שאינה מקבלת כתובה מספק כך אין הוא יורשה מספק. עיין בקו"ש שעמד בזה ונדחק לומר דכיון דהוי ספק בעלת מום איכא ספק ספיקא ולכן היה יורש לולא שיש קטטה ביניהם. ולכאורה נראה דצ"ל שלא כדברי המהרש"א אלא שגם לרשב"ם הוברר שלא היתה תותרנית, ואעפ"כ זה נחשב שמתה מתוך קטטה כיון שמתה קודם שנתפייסו כמבואר בלשון הרשב"ם. ולכן לולא הקטטה היה יורשה שנתברר שאינה בעלת מום והיתה בודאי אשתו.

יתיב רבין סבא וכו'. רוב הראשונים מפרשים כפירוש הרשב"ם שמה שמחלק רבין סבא בין סבלונות למאכל ומשתה הוא החילוק שנתבאר לעיל בין סבלונות שעשוין לבלות לשאינן עשוין לבלות. והכל איירי באכל בבית חמיו. וסבלונות היינו סבלונות שאינן עשוין לבלות. ושאר סבלונות שעשוין לבלות דינם כמאכל ומשתה. אמנם היד רמה אינו מפרש כן. אלא ס"ל דהכא איירי כשלא אכל בבית חמיו. ולכן כל הסבלונות בין העשוין לבלות בין שאינן עשוין לבלות הדרי. ויש דין מיוחד במאכל ומשתה שזה יותר עשוי לבלות מסתם סבלונות העשויים לבלות ובוזה איכא מחילה גם כשלא אכל בבית חמיו.

ושמין להם דמי בשר בזול. הדין של דמי בשר בזול נאמר במקום שאין לחייב על מעשה הנזק או הגזילה, ואין חיובו אלא מדין נהנה. בזה אמרינן דליכא הנאה יותר מדמי בשר בזול שיכול לומר שאין דרכו לקנות בשר ביוקר. אבל כשהוא בזול בודאי היה קונה ולגבי זה יש חיוב נהנה. והכא אין חיוב על מעשה האכילה כיון שאכלה ברשות שניתן לה כדי לאכול. וא"כ אין חיובה אחרי שבטל המתנה אלא משום נהנה ולכן משלמת דמי בשר בזול. כך מבארים הרשב"ם והיד רמה.

ויש לעיין בזה שהובא לעיל פירושו של הריטב"א בספק של שבח סבלונות. ולדבריו פשוט לגמ' שהשבח שייך לבעל שממונו הושבח. והספק הוא אם האכילה שהיה ברשות בתנאי שיגיעו לנישואין נהפך למעשה של שליחות יד כשהוברר שלא יגיעו לנישואין או שאין על אכילה זו דין שליחות יד כיון שהיה ברשות וא"כ דינו כאיתבר ממילא שאינו משלם על השבח ששבח אח"כ אלא על מה שקיבל. ונתברר לעיל שנידון זה הוא מחלוקת הרשב"ם לעיל קל"ז:

לקמן קמ"ח: מספקא לגמ' בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ועמד אם חוזר או לא. ונחלקו הראשונים מה הדין מספק. יש ראשונים שפסקו שמעמידים בחזקת מ"ק והמקדיש יכול לחזור. וכן נפסק בשו"ע ס' ר"ג סע' ג'. וכתב ע"ז הרמ"א שם ודלא כיש חולקים שסוברים שאינו חוזר מספק. היש חולקים הוא הרא"ש לקמן ס' כ"ג שכתב שאין מבטלים את ההקדש בגלל ספק אומדנא. וכתב הקצה"ח בס' ר"ג סק"ה שהטעם הוא דכל שאין האומדנא מוכחת יש בזה חסרון של דברים שבלב. וזה כטעמו השני של רבינו יונה הנ"ל. ומה ששאר הראשונים חולקים שם הוא משום שיש לחלק בזה בין ספיקא דדינא לספק במציאות. שאם יש ספק במציאות אם יש אומדנא או לא אין אומדנא דמוכח. אבל כשהספק הוא בדין על הצד שהדין הוא שיש אומדנא יש מקום לומר שנחשב אומדנא דמוכח.

לא שייר קרקע כ"ש אין מתנתו קיימת. בגמ' מבואר שדין זה שמתנת שכ"מ בכולו אם עמד חוזר הוא מכח אומדנא. ונחלקו הראשונים מהו האומדנא שבגללו הוא חוזר כשעמד. הרשב"ם כתב שיש אומדנא שנתן מחמת שנתיאש מן החיים וא"כ נתנתו היא בתנאי שלא יעמוד. הקה"י בס' מ"א מקשה למה צריך להגיע לתנאי כדי לחזור הרי לרוב הראשונים הקנין של מתנת שכ"מ חל רק אחר מיתה. וא"כ פשוט שיכול לחזור ככל קנין לאחר ל' דקי"ל בריש פ"ג דקידושין דמהני חזרה כל זמן שלא חל הקנין. [קושית הקה"י היא למאי דסביר רוב הראשונים שמתנת שכ"מ לא חלה אלא מזמן המיתה כפשטות הגמ' לעיל קל"ז. אבל לשיטת התוס' בגיטין י"ד: שחל למפרע כמש"כ הקצה"ח בס' ר"ג סק"א ניהא שאין החזרה אלא מחמת התנאי שלולא התנאי לא היה מועיל חזרה שכשמת בסוף הוברר שחל הקנין מתחילה]. וכתב בזה הקה"י שנחלקו הרמב"ם והנ"י במתנת שכ"מ בכל נכסיו עם קנין ופירש שיחול מעכשיו ועמד אם חוזר או לא. הנ"י כתב לקמן קנ"א: שגם באופן זה אם עמד חוזר. והרמב"ם כתב בפ"ח מזכיה הי"ח שמתנת שכ"מ עם קנין שיחול מעכשיו אפי' בכולו דינו כמתנת בריא לכל דבר ואם עמד אינו חוזר. וכתב הקה"י שלדברי הנ"י ניהא מה שצריך להגיע לאומדנא של תנאי דס"ל שגם כשחל מעכשיו אם עמד חוזר. ובמתנת שכ"מ שאינו מעכשיו באמת לא צריך להגיע לתנאי אלא חוזר מפני שעדיין לא חל. ונ"מ שגם אם לא עמד יכול לחזור דקי"ל דייתקי מבטלת דייתקי. וזה רק כשלא היה קנין מעכשיו שבזה החזרה היא מפני שעדיין לא חל הקנין. אבל כשיש קנין מעכשיו החזרה הוא רק בעמד שע"ז יש אומדנא של תנאי. אבל כשלא עמד אינו חוזר מראובן לשמעון כיון שכבר חל הקנין.

לרמב"ם שאם היה קנין מעכשיו אם עמד אינו חוזר הורא קושיא לדוכתיה ל"ל אומדנא ת"ל שעדיין לא חל הקנין. וכתב הקה"י שהרמב"ם אינו מפרש כהרשב"ם שהאומדנא היא שנותן על תנאי שימות אלא מבואר ברמב"ם בפ"ח מזכיה הי"ד שמה שאם עמד חוזר הוא מפני שיש אומדנא שאינו רוצה שיחול המתנה עד שעת המיתה וממילא יכול לחזור כיון שעדיין לא חל הקנין. ולרמב"ם הדין של עמד חוזר והדין שמהני חזרה כשלא עמד הם חד דינא. משא"כ לרשב"ם ולנ"י כשלא עמד החזרה היא מפני שעדיין לא חל וכשעמד החזרה הוא גם כשכן חל בגלל התנאי.

נמצא שלכו"ע הדין של אם עמד חוזר הוא מחמת אומדנא כמפורש בגמ' אלא שנחלקו הראשונים מהו האומדנא. הנ"י ס"ל שיש אומדנא שהוא נותן בתנאי שיחזור אם יעמוד. ובכל מתנת שכ"מ יש שני טעמים לחזרה כשעמד. א. מפני שעדיין לא חל. ב. מפני שניתן בתנאי שימות. הרמב"ם ס"ל שאין אומדנא של תנאי אלא אומדנא שלא

נחשבת מזיקה לגבי מה שהוציא בשביל רעיו כך יהיה לה דין מזיק לגבי מה שנתן לה. ואם יש לה דין מזיק אמאי אינה משלמת כל דמי הבשר ולא רק דמי בשר בזול.

נמצא שדין זה של דמי בשר בזול שהוא משום שאין על האכילה דין מזיק ואינה חייבת אלא מדין נהנה צ"ב מתרי טעמי א. לרא"ש ולצד אחד בריטב"א כשהוזרת מתברר שהאכילה עצמה היא מעשה מזיק. ב. לרמב"ם אפי' אם האכילה אינה מעשה מזיק תתחייב כל דמי הבשר מפני שהחזרה היא מעשה מזיק מדין גרמי.

שכ"מ שכתב כל נכסיו לאחרים. ב' דינים נאמרו במתנת שכ"מ. א. אינו צריך קנין שדבריו ככתובים וכמסורים דמי. קי"ל שזה תקנ"ח כדי שלא תטרף דעתו עליו כמבואר לקמן קמ"ז: ב. אם עמד חוזר. וזה מכח אומדנא כמבואר בסמוך. ב' דינים אלו נאמרו דוקא כשמחלק כל נכסיו אבל אם שייר קרקע כל שהוא אין דבריו ככתובים ומסורים וצריך קנין כמסקנת הגמ' לקמן קנ"א: ואם עמד אינו חוזר כמבואר במשנה. ומה"ט כתב הרשב"ם בד"ה מתנתו מתנה דמתני' איירי כשכתוב בו קנין דאל"כ לא היתה המתנה קיימת ואף שיש בו קנין הדין הוא שאם עמד אינו חוזר. ומה שכתב הרשב"ם בתחילת המשנה דכותב דמתני' לאו דוקא וה"ה אם חילק על פיו כדתניא לקמן באמן של בני רוכל לכאורה אינו מוכן דהתם איירי במצוה מחמת מיתה, משא"כ מתני' איירי במתנת שכ"מ במקצת עם קנין. ועמדו בזה רע"א והרש"ש ע"ש.

שייר קרקע כל שהוא מתנתו מתנה. כתב היד רמה באות ח' דאין הכונה שבגלל ששייר קרקע כל שהוא יש ראייה שלא נתן מחמת מיתה שבודאי יש מקום לתלות ששייר קרקע כל שהוא כדי לקיים נחלה דאורייתא. אלא דלא בעינן ראייה כדי לקיים את המתנה אלא בעינן אומדנא דמוכח כדי לבטל את המתנה. ואומדנא דמוכח שנותן מחמת מיתה יש רק כשאינו משייר קרקע כל שהוא. וכל שאין אומדנא דמוכח לבטל את המתנה מעמידים את המתנה על חזקתה ולא מבטלים אותה מספק. גם רבינו יונה כתב וז"ל מיהו כששייר קרקע כל שהוא אין כאן אומדנא עכ"ל. דהיינו שאין אומדנא לקיים את המתנה אבל גם אין אומדנא לבטלו.

מה שצריך אומדנא דמוכח כדי לבטל את המתנה ואין הוא מתבטל בלי אומדנא דמוכח מספק הוא מתרי טעמי. א. אין ספק אומדנא מבטל ודאי מתנה. וכל זמן שאין ראייה שהמתנה ניתנה על תנאי מעמידים את שטר המתנה על חזקתה כלשונו של הרמ"ה. ב. כיון שהיה נתינה בלי תנאי גם אם בלבו חשב שנותן ע"מ שאם יעמוד יחזור אין זה אלא דברים שבלב וכדי שלא יהיה בזה משום דברים שבלב בעינן שיהיה אומדנא דמוכח בלבו ובלב כל אדם. וכל שאין האומדנא מוכחת הדר דינא דדברים שבלב אינם דברים.

שני טעמים אלו מבוארים בראשונים לקמן קמ"ח: דאיתא התם שכ"מ שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד אינו חוזר חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת. ומקשה ע"ז רבינו יונה אמאי מקיימים את המתנה מספק ולא מעמידים בחזקת מ"ק ויתבטל המתנה מספק אם עמד הנותן. וכתב ע"ז רבינו יונה כיון שיש בפנינו קנין ודאי א"א לבטלו אלא באומדנא דמוכח וכל שאינו אלא ספק המתנה בחזקתה. ועוד כתב רבינו יונה דכיון שאין אומדנא דמוכח הרי זה כדברים שבלב שאינם דברים. דברי רבינו יונה נאמרו כשיש חשש שמא שייר, וכל שכן היכא דחזינן ששייר אף שאין מזה הוכחה שנתן ע"ד שלא לחזור אם יעמוד מ"מ כיון שאין הוכחה שנתן ע"ד לחזור אין ספק חזרה מוציא מודאי מתנה ועוד דהוי דברים שבלב.

יש לעיין בזה מדברי הרמב"ם בפ"ט מזכיה הי"ד שפסק שמקבל מתנת שכ"מ ששתק בשעת אמירת השכ"מ ואח"כ צווח קנה דלא מהני חזרת המקבל אח"כ כיון שכבר זכה ע"י אמירת השכ"מ. ומקורו מלעיל קל"ח. שבתק ולבסוף צווח לא מהני חזרה. אך הרשב"ם שם מפרש במתנת בריא עם קנין. וגם לראשונים דאירי בשכ"מ הובא שם שהנ"י בדף קל"ה: כתב דשתק ולבסוף צווח לא קאי על שעת אמירת השכ"מ אלא על זמן מיתת השכ"מ. וזה משום דפשיטא ליה שעד המיתה מהני גם חזרת המקבל שעדיין לא חל הקנין. אבל הרמב"ם מפרש בשכ"מ וס"ל דשתק היינו בשעת אמירת השכ"מ. ואינו מובן אמאי אין המקבל חוזר עד מיתת השכ"מ.

וכתבו בזה הקצה"ח בס' רמ"ה סק"ד והא"ש בפ"ט מזכיה הי"ג שמוכח מדברי הרמב"ם דס"ל כשיטת התוס' והרא"ש בגיטין י"ד: שמתנת שכ"מ חל במיתת השכ"מ למפרע מזמן אמירתו. ולכן לא מהני חזרת המקבל. ומה שחזרת הנותן מהני אינו מפני שעדיין לא חל אלא מפני האומדנא שנתן ע"ד שיחזור אם יעמוד. וצ"ע שזה לכאורה סותר את מה שכתב הרמב"ם בפ"ח מזכיה הי"ד שהאומדנא שבגללו אם עמד חוזר אינו כמו שכתב הרשב"ם שהוא נותן בתנאי שיוכל לחזור אם יעמוד, אלא הרמב"ם מבאר שהאומדנא הוא שאינו רוצה שיחול המתנה עד מיתתו וכמו שביאר הקה"י כנ"ל. ולדבריו החזרה אינה מפני שהנתינה היא על תנאי אלא מפני שלא חל המתנה עד המיתה. ואם זה טעם החזרה אין לחלק בין חזרת המקבל לחזרת הנותן וצ"ע.

מאן תנא דאזל בתר אומדנא. כתבו התוס' צ"ע אי שייכא הך מילתא בדברים שבלב ובפרק שני דקידושין הארכתי בה. התוס' שם כתבו דכיון דאיכא אומדנא דמוכח אין זה נחשב דברים שבלב ונחשב כאילו התנה וכפל התנאי. התוס' ר"ד כאן כתב וז"ל מאן תנא דאזיל בתר אומדנא פירוש ולא אמרינן דשב"ל אינם דברים היכא שמעשה מוכיח כי הכא עכ"ל. משמע דמאי דרבנן פליגי בזה על ר"ש בן מנסיא הוא משום דס"ל דהוי דברים שבלב.

הרמ"א בס' ר"ז סע' ד' כתב בשם י"א שבמתנה דברים שבלב הוי דברים. וכתב ע"ז הגאון בסק"ד וז"ל כן למד ריא"ז ממתנת שכ"מ, ומי ששמע, ומברחת עכ"ל. דהיינו שמכל הגמרות שהתוס' בקידושין הביאו להוכיח דמהני אומדנא, הריא"ז למד שבמתנה אין חסרון של דברים שבלב. דברי הריא"ז הובאו בשלטי גיבורים בכתובות צ"ז. נמצא שעל שאלת התוס' כאן דהוי דברים שבלב התוס' ס"ל דכיון דאיכא אומדנא אין חסרון של דברים שבלב. והריא"ז ס"ל שבמתנה דברים שבלב הוי דברים. ומה שצריך להגיע לאומדנא לריא"ז הוא שאם אין אומדנא מנין לנו מה היה בלבו. עיין מה שכתבנו בדברי התוס' בקידושין שם. וכן בענין מי שהלך למדה"י ושמע שמת בנו לעיל קל"ב.

האחיזעור בח"ג ס' ס"ח אות ב' תמה על מה שהגאון כתב ראייה לריא"ז שבמתנה דברים שבלב הוי דברים ממתנת שכ"מ שאם עמד חוזר הרי מפורש לקמן קמ"ט. שגם במכר של שכ"מ הדין הוא שאם עמד חוזר. עיין מה שכתב בזה האבי עזרי בפ"ו מזכיה ה"א ופי"א ממכירה ה"ח.

לעיל קל"ה. כתבנו שלכאורה יש לישב קושית האחיזעור ע"פ דברי הקה"י כאן. שלדבריו לשיטת הרשב"ם במתנת שכ"מ שאינו עם קנין מעכשיו, הדין של אם עמד חוזר הוא מתרי טעמי. א. שעדיין לא חל הקנין. ב. שיש אומדנא שנתן ע"מ שאם יעמוד יחזור. ומה דמהני האומדנא לשיטת הריא"ז הוא משום שבמתנה דשב"ל הוי דברים. א"כ במכר של שכ"מ לא יהיה הדין של אם עמד חוזר מכח האומדנא.

יחול עד המיתה וממילא חוזר בין בעמד בין בלא עמד מפני שעדיין לא חל הקנין.

רע"א בגיטין ט. על תוד"ה אינו חוזר מביא מחלוקת הראשונים בשכ"מ שמקנה כל נכסיו מעכשיו עם קנין אם עמד חוזר או לא. ומוכיח רע"א מדברי התוס' שם דס"ל כשיטת הנ"י שאם עמד חוזר. ותמה אמאי סתם השו"ע בס' ר"נ סע' ט' כשיטת הרמב"ם שאינו חוזר ולא הזכיר שהנ"י והתוס' חולקים.

מחלוקת הנ"י והרמב"ם אם הדין של אם עמד חוזר הוא מפני שעדיין לא חל הקנין או מפני שיש אומדנא של תנאי הוא לכאורה מחלוקת רש"י ותוס' בגיטין ע"ב: דאיתא התם אמר ר"ה גטו של שכ"מ כמתנתו מה מתנתו אם עמד חוזר אף גטו אם עמד חוזר. שיטת רש"י שם שבגט של שכ"מ אם עמד חוזר אף שלא היה שום תנאי בשעת נתינת הגט. ור"ת בתוס' שם חולק וס"ל שמה דאמר ר"ה גטו כמתנתו היינו היכא דאמר אם מתי. אבל בגט של שכ"מ סתם אם עמד אינו חוזר. וכתב ע"ז ר"ת דלא דמי למתנתו דאם עמד חוזר דמתנה אינה חלה כלל עד לאחר מיתה אבל גט חל מחיים דדעתו שיחול מיד הלכך אינו חוזר. מפורש בדברי ר"ת דמה שמתנת שכ"מ אם עמד חוזר הוא מפני שלא חל המתנה עד המיתה ודמי לכל קנין לאחר זמן דמהני חזרה. אבל בגט שדעתו שיחול מיד דאין גט לאחר מיתה אינו יכול לחזור. ורש"י דס"ל שגם בגט אם עמד חוזר הוא משום דס"ל שאם עמד חוזר אינו רק מפני שעדיין לא חל אלא מפני שיש אומדנא שנותן ע"מ שאם יעמוד יחזור.

נמצא שרש"י והנ"י ס"ל שהחזרה הוא בגלל שיש אומדנא שנותן בתנאי שלא יעמוד. הרמב"ם ור"ת ס"ל שהחזרה הוא רק מפני שלא חל הקנין עד המיתה. ונ"מ מזה למתנת שכ"מ בכולו עם קנין מעכשיו שבזה נחלקו הנ"י והרמב"ם. וכן נ"מ לגט של שכ"מ שהוא מעכשיו שאין גט לאחר מיתה, ובזה נחלקו רש"י ור"ת. ולפי מה שכתב רע"א בגיטין דף ט. שמדברי התוס' שם מוכח דס"ל כהנ"י יוצא מדברי התוס' שם הם דלא כר"ת שמובא בתוס' בגיטין ע"ב:.

עוד נ"מ ממחלוקת זו אי בעינן חזרה כשעמד או שממילא המתנה בטלה כשעמד גם בלי חזרה. שאם החזרה הוא מפני שעדיין לא חל הקנין בעינן חזרה אבל אם יש אומדנא שהנתינה היא על תנאי התנאי הוא שאם יעמוד יבטל המתנה ולא בעינן חזרה אלא כל שעמד המתנה בטלה. התוס' לקמן קנ"ג. ד"ה ולא כתבו דכל שנתברר שעמד המתנה בטלה אף שלא ידוע אם חזר או לא דכיון שעמד מסתמא בודאי חזר בו אע"פ שלא אמר בפירוש. משמע דבלי חזרה אין המתנה בטלה אף שעמד אלא שבסתם אם עמד תולים שחזר בו. מדברי הרמ"ה באות ח' משמע דלא ס"ל כן שכתב וז"ל כיון דעמד בטלה מתנתיה ממילא דאדעתא דהכי לא יהבה וה"ה היכא דהדר אע"ג דלא עמד עכ"ל. מבואר שבעמד לא בעינן חזרה וזה כשיטת הנ"י ורש"י והרשב"ם שהחזרה היא בגלל תנאי.

עוד נ"מ מזה לענין חזרת המקבל מתנת שכ"מ. שאם החזרה הוא מפני שעדיין לא חל הקנין כמו שהנותן יכול לחזור כך המקבל יכול לחזור. אבל אם החזרה הוא מחמת האומדנא שניתן בתנאי שאם יעמוד יחזור רק הנותן חוזר ולא המקבל. וא"כ לפי מה שנתבאר בין לרמב"ם ובין לרשב"ם והנ"י יועיל חזרת המקבל שלכו"ע מהני חזרה גם מטעם זה שעדיין לא חל הקנין. אלא דמה דסבר הנ"י שגם במתנה עם קנין מעכשיו מהני חזרה בזה החזרה הוא רק בגלל האומדנא ובזה יועיל רק חזרה של הנותן ולא של המקבל.

ולדבריהם שזה בגדר ירושה לא יתכן שיקנה בשעת אמירה אלא רק בשעת מיתה.

יש לעיין למד מתנת שכ"מ מן התורה מהו הדין הנחלה של ריב"ב שהוא רק במי שראוי ליורשו כגון בן בין הבנים הא לכל אדם יכול לתת מדין מתנת שכ"מ. ובשלמא לצד בגמ' לעיל קל"א. שהנחלה לריב"ב הוא גם בבריא ניהא שזה רק למי שראוי ליורשו, אבל לצד שרק בשכ"מ מהני הנחלה יקשה למד מתנת שכ"מ דאורייתא מה התוספת שיש בדין הנחלה על כל מתנת שכ"מ ולמה הנחלה הוא רק למי שראוי ליורשו. עיין בקו"ש באות תקי"ב שעמד בזה וכתב שדוחק לומר דהמ"ד מתנת שכ"מ דאורייתא ס"ל שהנחלה הוא גם בבריא. אך זה קשה רק לשיטת התוס' דס"ל שמתנת שכ"מ דאורייתא הוא בגדר ירושה א"כ בודאי דמהני גם בלשון ירושה. אבל לרבינו יונה שאינו מדין ירושה ואם זה מתנה במקצת הוא קונה מחיים י"ל שמתנת שכ"מ צריך להיות דוקא בלשון מתנה ולא בלשון ירושה. ואם מנחיל בלשון ירושה בעינן שיהיה ראוי ליורשו. ולתוס' בלא"ה לא קשיא דס"ל שאין מד"ד ס"ל מתנת שכ"מ דאורייתא.

שנאמר והעברתם וכו'. הובא לעיל שהתוס' בכמה מקומות כתבו שאם מתנת שכ"מ מן התורה זה בגדר ירושה. התוס' לעיל ע"ז. הביאו ע"ז מכאן דילפינן מתנת שכ"מ מקרא דהעברתם שיש לך העברה אחרת שהיא כזו משמע דהוי כירושה. התוס' בכתובות פ"ה: כתבו שאם מתנת שכ"מ מדאורייתא זה נלמד מוהיה ביום הנחילו את בניו נתנה תורה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה. ודבריהם לכאורה אינם מובנים דלא נזכר בגמ' שלמד מתנת שכ"מ מן התורה שנלמד מביום הנחילו דקרא דביום הנחילו הוא הדין של הנחלה ולא של מתנת שכ"מ וצ"ע.

רשב"ם ד"ה שנאמר. הרשב"ם דוחה את פירושו של היש מפרשים שהלימוד הוא מדשני קרא בדיבוריה דדרשינן נמי מונתתם אף ששם אין שינוי בלשון וע"כ שהלימוד הוא מהיתור. דברי הרשב"ם לכאורה אינם מובנים דאמנם המ"ד דדריש מונתתם ס"ל דילפינן מהיתור בלי שינוי לשון אבל המ"ד דילף מוהעברתם מבואר בגמ' שאינו לומד מונתתם משום דאורחיה דקרא הוא. דהיינו שמ"ד זה ס"ל שהלימוד אינו מהיתור ולכן אינו לומד מונתתם אלא מהשינוי לשון של והעברתם. עיין מה שכתב בזה המהרש"א.

בכולן נאמרה בהן נתניה וכאן נאמרה העברה אין לך שמעביר נחלה משבט לשבט אלא בת הואיל ובנה ובעלה יורשין אותה. יש לעיין איזה דין נלמד מלשון העברה הרי מפורש בקרא שבת יורשת וממילא יש העברה נחלה ע"י ירושת בנה ובעלה. עיין ברשב"ם לעיל ק"ט: שכתב שמכאן לומדים שבנה ובעלה יורשים אותה.

ואחיתופל ראה וכו'. כתב הרא"ש שמכאן ראה שיוצא בקולר דינו כשכ"מ שהרי אחיתופל לא היה שכ"מ אלא היה במצב הדומה למי שיוצא בקולר. אך על מה שכתב הרי"ף שגם מפרש ויוצא בשיירא דינם כשכ"מ חולק הרא"ש כמו שהובא לעיל.

יו"ט של עצרת ברור זרעו חיטין. כתב השיטה בשם תוס' הרא"ש שמה שמגלים על הצלחת החיטין בעצרת הוא משום שבעצרת מביאים שתי הלחם שהוא מנחה חדשה מחיטין לכך מגלה הקב"ה בזמן זה הצלחת החיטין של שנה זו. ויש להוסיף בזה דתנן ברה"ט י"ז. שבעצרת נידונים על פירות האילן. ואיתא התם אמר הקב"ה הביאו לפני שתי הלחם בעצרת כדי שיתברכו לכם פירות האילן. וכתב שם רש"י דאזלא כמאן דאמר עץ שאכל אדם הראשון חיטה

ואכתי יהיה הדין שאם עמד חוזר בגלל שעדיין לא חל הקנין. ובמתנת שכ"מ עם קנין מעכשיו שבזה החזרה היא רק בגלל אומדנא של תנאי באמת לא יהיה דין חזרה במכר אלא רק במתנה. ומה שמבואר בגמ' שגם במכר של שכ"מ אם עמד חוזר היינו בלי קנין מעכשיו שבזה החזרה הוא מפני שעדיין לא חל הקנין ולגבי זה מתנה ומכר שוים.

היוצא בקולר ואמר כתבו גט לאשתי. שיטת הרי"ף בגיטין ס"ה: [דף ל"ב מדפי הרי"ף] דכל הני ארבעה דהיינו היוצא בקולר, מפרש, היוצא בשיירא והמסוכן כולהו דינם כשכ"מ שדבריו ככתובים וכמסורים דמי. ודינם כמצוה מחמת מיתה שאפי' במתנה במקצת אינו צריך קנין ואם עמד חוזר. וכן כתב הרמב"ם בפ"ח מזכיה הכ"ד. וכן דעת הרמ"ה באות פ' וכן משמע מדברי התוס' בגיטין ס"ו. ד"ה כדי שכתבו דכל היכא דמועיל כתבו כמו תנו דינו כשכ"מ לענין מתנתו. רבינו יונה הרשב"א והריטב"א והרא"ש חולקים לגבי מפרש ויוצא בשיירא דאף שלגבי כתבו דינם כיוצא בקולר ומסוכן היינו מפני שזמנם כהול. אבל לגבי הדין של דברי שכ"מ ככתובים ומסורים רק יוצא בקולר ומסוכן דינם כשכ"מ שהם קרובים למיתה משא"כ המפרש והיוצא בשיירא דעתם לחזור ואין נותנים מחמת מיתה.

דף קמז.

מנין למתנת שכ"מ שהיא מן התורה. שיטת התוס' בד"ה מנין שאין כונת הגמ' דהוי מן התורה ממש אלא מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא דר"ג דאמר הכא מתנת שכ"מ מן התורה ס"ל בסמוך שאינו אלא תקנ"ה. הריטב"א חולק וס"ל שכונת הגמ' כאן מן התורה ממש ודר"ג אדר"ג לא קשיא הא ידידה הא דרביה. דדברי ר"ג כאן נאמרו בשם רבה בר אבונה. המהרש"א כתב דלספרים שלנו שגורסים לקמן ורבה אמר ר"ג מתנת שכ"מ מדרבנן משמע שרבה בא לחלוק על מה שאמרו לעיל שלר"ג מתנת שכ"מ דאורייתא. ודברי התוס' הם ע"פ גרסת הרא"ש שגורס בסמוך אמר רבה אמר ר"ג.

רשב"ם ד"ה מנין למשכ"מ. מבואר ברשב"ם שמה שמתנת שכ"מ הוא מן התורה לר"ז ולר"ג בשם רבה בר אבונה הוא רק במתנת שכ"מ ככולו או במצוה מחמת מיתה אפי' במקצת. דהיינו שגם אם הדין של דברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו הוא מן התורה אין זה אלא כשנותן השכ"מ מחמת מיתה, ולא כשמשיר שמוכח שאינו נותן מחמת מיתה. רבינו יונה בד"ה ולרבה אמר ר"ג לא ס"ל בזה כהרשב"ם שכתב שרק למד מתנת שכ"מ מדרבנן שהטעם הוא כדי שלא תטרף דעתו בעינן שיהיה מתנת שכ"מ בכל נכסיו. אבל למד מתנת שכ"מ מן התורה גם במתנה במקצת דבריו ככתובים וכמסורים. שהדין דאורייתא הוא דין במתנה של שכ"מ ולא דין במי שנותן מחמת מיתה.

כל זה לענין מה שקונה בלי מעשה קנין, אבל הדין של אם עמד חוזר שהוא מכח אומדנא הוא לכו"ע דוקא בכולו בין למד מתנת שכ"מ דאורייתא בין למד דרבנן כמבואר במשנה.

עוד מבואר בדברי רבינו יונה שלמד מתנת שכ"מ מן התורה, כשזה מתנה במקצת שאין אומדנא שהוא תולה את המתנה במיתה הזכיה הוא עכשיו בשעת אמירה ולא בזמן המיתה. ומוכח מזה דס"ל שמתנת שכ"מ למד שהוא מן התורה אינה בגדר ירושה. וזה דלא כתוס' לעיל ע"ז. ובכתובות י"ט: ופ"ה: שכתבו שמה שמבואר בסמוך שאם מתנת שכ"מ דאורייתא הנותן שט"ח במתנת שכ"מ אין יורשו חוזר ומוחל הוא משום שאם מתנת שכ"מ דאורייתא זה כירושה וא"כ המקבל מתנה הוא היורש ולא יורשי המת.

מן התורה אין שטרות נמכרות. התוס' בב"מ נ"ו: כתבו בשם רבינו חיים דהיכא דאית ליה ללוה קרקע המכירה היא מן התורה ובאופן זה נתמעטו שטרות מאונאה. [זה על דרך שיטת ר"ת אך בדברי ר"ת לא נזכר חילוק בין אם יש ללוה קרקע או לא]. המהר"ם ש"ף שם מקשה אם מכירת שטרות מן התורה הוא רק כשיש ללוה קרקע בלא"ה אין אונאה דשיעבוד קרקע הוא כקרקע וקרקע נתמעט מאונאה, ול"ל מיעוט נוסף לשטרות מפני שאין גופן ממון.

אמנם הביאור בתוס' הוא לכאורה פשוט. שהנידון אם מכירת שטרות הוא מן התורה או מדרבנן אינו על מכירת השטר אלא על מכירת החוב ע"י מסירת השטר. אבל מכירת השטר בין לנייר שבו בין לדין שטר ראייה שבו הוא לכו"ע מן התורה. והמיעוט מאונאה אינו על החוב אלא על השטר ראייה שאין גופו ממון. ומה שהקשו הראשונים אם מכירת שטרות דרבנן ל"ל קרא למעט מאונאה אף שמכירת שטרות דרבנן היינו מכירת החוב והמיעוט מאונאה הוא על השטר היינו שאם מכירת החוב הוא מדרבנן ומן התורה אין היכא תמצא למכור חוב לאחר א"כ גם אין היכא תמצא של מכירת שטר ראייה. שמי יקנה את השטר אם אינו יכול לקנות את החוב. ועל זה שפיר תירץ רבינו חיים דמשכחת מכירת חוב מן התורה כשיש ללוה קרקע. ואין כונתו שהמיעוט מאונאה קאי על מכירת השיעבוד נכסים שע"ז בלא"ה אין אונאה כיון דהוי קרקע כמו שכתב המהר"ם ש"ף. אלא כיון שיש היכא תמצא למכור את החוב כשיש ללוה קרקע א"כ מי שקנה את החוב ירצה לקנות גם את השטר ועל מכירת השטר שאינו קרקע צריך מיעוט מאונאה מפני שאין גופו ממון.

הדברים מפורשים בתוס' בכתובות פ"ה: שכתבו שגם אם מכירת שטרות דרבנן שייך בו אונאה שהוא שוה הרבה לקונה שימכרנו בדמים יקרים ללוה. א"נ כגון שהיה חייב לו מלוה ע"פ ומעלה לו דמים שיכתוב לו שטר. ובשני אופנים אלו אין מכירת חוב אלא מכירת שטר. ומכירת שטר הוא בודאי דאורייתא. וכל קושיית הראשונים היא רק מי יקנה שטר אם א"א למכור חוב. וע"ז כתבו התוס' דמשכחת מכירת שטר באופנים אלו.

וכן מבואר ביד רמה כאן שכתב על שאלה זו שמה שצריך למעט שטרות מאונאה הוא בשטר פקדון שהפקדון הוא ברשותו ובודאי איתא במכירה. וכי מזכין ליה לשטרא וכתב קני לך הוא וכל זכותא דאית ביה קני ליה לשטרא ולממונא דכתיב ביה כל היכא דאיתיה קנין גמור ושוב אין המוכר יכול למחול. ומפורש בהמשך דברי הרמ"ה שאינו קונה את הפקדון ע"י מסירת השטר שמטלטלין אינם נקנים בשטר אלא הוא מקנה את הפקדון אגב קרקע או בקנין סודר. ועל מכירת הפקדון בודאי יש אונאה שגופו ממון. אלא שזה היכא תמצא שיש ענין במכירת השטר שמי שקנה את הפקדון רוצה לקנות את השטר כדי להוציא עמו את הפקדון. והמיעוט מאונאה הוא על מכירת השטר ולא על מכירת החוב.

מבואר בדברי הרמ"ה שגם כשאנו מקנה חוב ע"י מסירת השטר אלא רק השטר לראיה שבו בעינן שיכתוב קני איהו וכל זכותא דאית ביה. שהרי בשטר על פקדון מפורש ברמ"ה שאינו קונה את הפקדון ע"י מסירת השטר אלא ע"י סודר או אגב, ואעפ"כ כדי להקנות את השטר ראייה צריך לכתוב קני איהו וכל זכותא דאית ביה. שאם אינו קונה אלא את הנייר ולא את הדין שטר שבו לא יהיה לזה תורת שטר לגבינו. וחידוש זה מבואר גם בראשונים לעיל ע"ז: כמו שכתבנו בס"ד שם יעו"ש.

הרמב"ן לעיל ע"ז. כתב על השאלה ל"ל קרא למעט שטרות מאונאה וז"ל והא דאקשו מרתנן אין להם אונאה

היתה. מבואר דאף שבפסח נידונים על התבואה מ"מ לחיטין יש שייכות גם לדין של פירות האילן שהוא בעצרת. והמ"ד דס"ל שמסתכלים על הרוחות של מוצאי יו"ט האחרון של חג הסוכות הוא משום שבחג נידונים על המים כמבואר ברשב"ם.

המהרש"א מבאר שיום ברור הוא מעלה ללימוד התורה כמו שאמרו בעירובין ס"ה. הלכתא בעי צילותא כיומא דאיסתנא. וכשעצרת הוא ברור זה סימן שמסייעין מן השמים להצלחת הלימוד. ולכן אמרו זרעו חיטין שבודאי יצליחו גם החיטין שגם חיטין מסייע ללימוד שמביא חכמה כמו שאמרו אין תינוק יודע לקרוא אבא ואמא עד שיטעם טעם דגן ע"ש.

דף קמז:

מתנת שכ"מ מדרבנן. כתב הרשב"ם דחיישינן שמא עד שיבואו עדים לקנות תטרף דעתו. הרש"ש מקשה מה הועילו במה שתקנו שדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים לענין עדים הרי עדות לקיום הדבר גם בשאר קנינים לא בעינן כמו שכתבו התוס' לעיל מ. ד"ה קנין. ואי משום עדות לברור הדבר גם במתנת שכ"מ צריך. וזה ממש כקושיית רע"א לעיל קמ"ד. על הרשב"ם שכתב שתקנו מעמד שלשתן כדי שלא יצטרכו לטרוח בקנין ועדים. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד שם.

המוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול. שיטת הרי"ף והרמב"ם הוא שמה דמהני מחילה אחרי מכירה הוא משום דמכירת שטרות דרבנן. ומקורו מהכא דס"ד שמוכח מהא דלא מהני מחילה כשנותן שט"ח במתנת שכ"מ דמתנת שכ"מ דאורייתא. משמע שמה שבבב"א מהני מחילה הוא משום שאינו מכור אלא מדרבנן.

בראשונים בב"ק בריש פרק שור שנגח דו"ה מבואר שא"א להקדיש חוב משום שנחשב כדבר שאינו ברשותו או כדבר שלא בא לעולם. ולדבריהם גם מה שאין מכירת שטרות בכו"מ מן התורה הוא מפני שהחוב נחשב כדבר שאינו ברשותו. הגר"ח זצ"ל בפכ"ב ממכירה הי"ז כתב בדעת הרמב"ם בפ"ו ממכירה הי"ב שמה שאין חוב נקנה מן התורה ע"י כו"מ אינו מפני שאין החוב דבר הנקנה אלא מפני שאין מעשה קנין כדי להקנות חוב. וזה שכתב שם הרמב"ם שאין הראיות נקנות. דהיינו שמן התורה מעשה הקנין שנעשה בשטר שאינו גוף החוב אלא ראייה על החוב אינו מעשה קנין בשביל החוב עצמו.

האחרונים מתקשים בדברי הרי"ף והרמב"ם למה מה שמכירת שטרות הוא דרבנן הוא סיבה שיועיל מחילת המלוה אחרי המכירה הרי מדרבנן החוב נקנה ללוהק ומדרבנן אין המלוה בעלים על החוב אחרי המכירה. ולמה גרע קנין דרבנן זה משאר קנינים דרבנן שאחרי תקנ"ה נחשב הממון כממון של הקונה. וכתב הקו"ש כאן באות תקט"ו שבשאר קנינים דרבנן החפץ הוא דבר הנקנה מן התורה אלא שהוסיפו רבנן עוד מעשה קנין. בזה תקנו קנין גמור כעין דאורייתא. משא"כ במכירת שטרות שמן התורה אין החוב חפץ שראוי להיות נקנה בשום קנין. בזה אף שחדשו רבנן קנין אינו קנין גמור ומהני מחילה. כדברי הקו"ש מבואר גם בדברי רע"א בב"ק י"ב. ע"ש. עיין מה שכתב עוד בזה האבה"א בפ"ו ממכירה הי"ב.

הריטב"א כאן עמד בשאלה זו וז"ל ועוד אי משום דמכירת שטרות דרבנן למה לא עשאוהו כשל תורה משום תקנה דלקוחות עכ"ל.

הראשונים בכמה מקומות מקשים אם מכירת שטרות דרבנן אמאי בעינן מיעוט בב"מ נ"ו: למעט שטרות מאונאה הרי

לזה, אלא שאין קנין זה נמכר שאינו קנין יותר מהקנין שיש לאדון בעבד עברי ועבד עברי אינו נמכר כמבואר ברמב"ם פ"ד מעבדים ה"י. וכן משמע מדברי רבינו גרשום לקמן קצ"ה: שכתב שהמקור לשיעבוד נכסים מן התורה למ"ד שיעבודא דאורייתא הוא מדכתיב עבד לזה לאיש מלוה. וכוונתו שכמו שבעבד מה שקנה עבד קנה רבו כך בלוה כיון שיש שיעבוד על גופו ושיעבוד זה הוא כעין עבדות זה גורם שיש למלוה קנין גם בנכסיו כמו שיש לאדון קנין בנכסיו עבדו. ומבואר ששיעבוד הגוף אינו רק חיוב ומצוה כדמשמע מדברי הרשב"א אלא הוא קנין שיש למלוה בגופו של הלוה. ואעפ"כ אין קנין זה נמכר לר"ת מפני שגם קנין בעבד עברי אינו נמכר.

הריטב"א שם בקידושין מקשה על ר"ת אם שיעבוד הגוף אינו נמכר איך יכול הקונה לתבוע את הלוה מכח שיעבוד נכסים לבד הרי אין גופו של הלוה משועבד אלא למלוה ולא ללוה. הרשב"א כאן חולק מטעם זה על ר"ת וס"ל שבהכרח הלוקח קונה גם את שיעבוד הגוף ע"ש. גם הריטב"א כאן עמד בשאלה זו וכתב שבכלל מכירת החוב כעין הרשאה שיוכל לכופו לדין לגבות מנכסים ולא מצי אמר ליה לאו בעל דברים ידי את. הריטב"א בקידושין דחה פירוש זה שהרשאה מהני כל זמן שהמלוה חי אבל אחר מותו בטל ההרשאה. ומבואר בגמ' שאפי' יורש של המוכר מוחל ומשמע שכל זמן שאין היורש מוחל גובה הקונה מהלוה גם אחר מיתת המלוה וע"כ שאינו מכח הרשאה.

הריטב"א בקידושין כתב שהלוה נעשה בשעת מתן מעות כאומר משתעבדנא לכל מאן דאתי מאן דאתי מחמתך כל זמן שלא תמחול לי. ולכן יכול הלוקח לגבות אף שלא קנה את שיעבוד הגוף מהמלוה. דברי הריטב"א הובאו בש"ך בס' ס"ו ס"ק קי"ח. הקצה"ח שם סקמ"א מקשה על הריטב"א שסברא זו שנעשה כאומר משתעבדנא לך ולכל מאן דאתא מחמתך נאמר בגיטין י"ג: לענין מעמד שלשתן. והקשו ע"ז שם בגיטין הקנה לגולדים מזה. דאינו יכול לשעבד עצמו עכשיו למי שאינו בעולם בשעת ההתחייבות. וכן קשה כאן איך גובה הלוקח שקונה רק את שיעבוד הנכסים בלי שיעבוד הגוף כשהוא נולד אחרי שהמלוה הלוח.

וכתב בזה הקה"י בס' ל"ה שאין כונת הריטב"א שהלוה משעבד עצמו חיוב ישיר למי שעתיד לקנות את החוב אלא החיוב הוא למלוה אלא שמתחייב למלוה לשלם לו או לבאי כחו. אך הקה"י חזר מזה שבהמשך דברי הריטב"א מוכח שכוונתו כהבנת הקצות שכתב שגר שמכר שט"ח לאחר ומת גובה הלוקח מהלוה. ובזה א"א לומר שהחיוב הוא לגר שהרי הגר מת ע"ש.

בכתובות פ"ה: במעשה בקרביתיה דר"ג שמכרה כתובתה בטובת הנאה ואחרי שנתגרשה מתה ובאו הלוקחות ותבעו את הבת. והקשו הראשונים שם אמאי תבעו את הבת ולא את הבעל הרי הבעל חייב ללוה שקנה את החוב מהאשה. וכמה דרכים נאמרו בזה בראשונים שם כמו שכתבנו שם בס"ד. הראב"ד בהשגות על הרי"ף שם למד מזה שבכל מוכר שט"ח לחברו אין הלוקח יכול לתבוע את הלוה בעצמו שאין הוא בע"ד של הלוה אלא המלוה הוא שתובע את הלוה והלוקח יש לו רק זכות במה שגובה המלוה מהלוה. דהיינו שמה שמקשה הריטב"א על ר"ת שאם הלוקח אינו קונה את שיעבוד הגוף איך הוא תובע את הלוה הראב"ד ס"ל שבאמת אינו יכול לתבוע בעצמו את הלוה אלא צריך שהמלוה או יורשיו יתבעו בשבילו.

הקצות בס' ס"ו סקמ"א כתב דלא קשיא קושית הריטב"א דיכול הלוקח לגבות מכח שיעבוד הנכסים אף שלא קנה שיעבוד הגוף. והא דאין נפרעין מן הערב תחילה הוא

לאו מילתא היא דכי איצטריך קרא להיכא דזבין ליה שטר ולא חזר בו עד שגבה הלה את חובו דתו לא מצי הדר ורחמנא מעטיה מדין אונאה כיון דשטר מכר לו מתחילה עכ"ל. ודבריו לכאורה אינם מובנים שמן התורה אין מכירתו מכירה א"כ מה בכך שבמקרה לא חזר בו הרי היה יכול לחזור בו ואין כאן מכירה ופשיטא שאין בזה אונאה.

ולמה שנתבאר דברי הרמב"ן ברורים. שמה שמכירת שטרות הוא מדרבנן היינו מכירת החוב ע"י מסירת השטר. אבל מכירת השטר לבד לראיה שבו הוא מן התורה. וכל קושית הראשונים הוא דלא משכחת לה מכירת שטר אם א"א למכור חוב שאין לך אדם שיקנה שטר אם אינו יכול לקנות את החוב. על זה מתרץ הרמב"ן דמשכחת לה במי שמכר חוב לחברו, ואף שלא חל המכירה הקונה סמך על המוכר שיתן לו לגבות את חובו ולא יחזור עד שהוא יגבה את הממון ונאז כבר לא יוכל לחזור כמבואר בדברי הרמב"ן. ועל מכירה זו של החוב בודאי לא שייך אונאה דאינו מקח כלל. אך אחרי שהסכימו שניהם שהקונה יגבה את חובו של המוכר רוצה הקונה לקנות את השטר שיהיה לו לראיה. ועל מכירה זו של השטר שהיא מכירה גמורה מדאורייתא קאי המיעוט מאונאה. ותי' הרמב"ן הוא על דרך תירוצן התוס' בכתובות הנ"ל.

אמנם יש לעיין בזה בדברי ההגהות אשרי בכתובות פ"ז: שמקשה בשם הר"י מקורביל אמאי צריך קרא למעט שטרות משבועה הרי שטר הוא שיעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות. וזה דומה לשאלת המהר"ם שיי"ף על המיעוט של שטרות מאונאה. ולמה שנתבאר לכאורה לא קשיא כלל שהמיעוט של שטרות משבועה הוא על כפירת השטר ראייה ולא על כפירת החוב. והשטר אינו קרקע ונתמעט מפני שאין גופו ממון. וכיוצא בזה יש לכאורה לתמוה על הקצה"ח בס' רצ"א סק"ה שמקשה על הרמב"ם דס"ל ששומר אינו מתחייב בחיובי השומרים עד שימשוך. וקשה א"כ ל"ל קרא למעט שטרות משמירה ת"ל שאינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה ובשומר ליכא כו"מ. ואינו מובן שמה שצריך כו"מ הוא להקנות החוב והמיעוט של שטרות משמירה אינו על החוב אלא על השטר, והקנות השטר אפי' לראיה שבו אינו ע"י כתיבה ומסירה אלא ע"י משיכה או הגבהה, ושפיר צריך קרא למעט שטרות משמירה. ועמד בזה הנתיות בס' רצ"א סק"ב ע"ש.

שיטת ר"ת. הראשונים כאן ובכתובות פ"ו. כתבו בשם ר"ת שמכירת שטרות מן התורה. ומה שמבואר כאן שאם מתנת שכ"מ דאורייתא לא מהני מחילה הוא משום שאם מתנת שכ"מ דאורייתא זה מדין ירושה ובה לא מהני מחילה. אבל במכירת שט"ח מהני מחילה אע"פ שהוא מן התורה. ומבאר ר"ת דשני שיעבודים יש למלוה על הלוה, שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים. שיעבוד הגוף אינו ממון ואינו נמכר. משא"כ שיעבוד נכסים הוא קנין שיש למלוה בנכסיו הלוה ויכול המלוה למכור קנין זה. וכיון שגם אחרי המכירה שיעבוד הגוף נשאר למלוה מהני מחילתו להפקיע את שיעבוד הגוף. וכיון שפקע שיעבוד הגוף ממילא פוקע שיעבוד הנכסים, ששיעבוד הנכסים הוא ערבות לשיעבוד הגוף ואי ליכא לזה ליכא ערב.

הרשב"א כתב ששיעבוד הגוף היינו החיוב לפרוע חובו כדאמרינן פריעת בע"ח מצוה. ומשמע מדבריו ששיעבוד הגוף אינו קנין שיש למלוה על גופו של הלוה אלא חיוב ומצוה על גופו של הלוה לפרוע חובו. ולכן אין שיעבוד הגוף נמכר שאינו קנין כלל. הריטב"א בקידושין מ"ז: כתב וז"ל ואין המלוה יכול למכור שיעבוד הגוף שאפי' עבד עברי אין גופו קנוי לגמרי כ"ש זה עכ"ל. משמע דס"ל שגם שיעבוד הגוף הוא קנין ושיעבוד שיש למלוה על גופו של

הגוף הוא מסיבת הלוח. וע"ז עיקר הערכות שאם יהיה עיכוב מצד הלוח הנכסים יהיו ערבים. משא"כ במחילת המלוח שהפקעת שיעבוד הגוף אינו מחמת הלוח אלא מחמת המלוח ע"ז אין הנכסים ערבים. ואין הדבר תלוי בזה שמחילה היא כפרעון אלא תלוי מי הגורם להפקעת שיעבוד הגוף. ולפ"ז גם הר"ן יודה שמיתת הגר דמי למחילת המלוח, דאף שאין הפקעת שיעבוד הגוף ע"י פרעון מ"מ כיון שההפקעה היא מחמת המלוח ולא מחמת הלוח אין הנכסים ערבים. עיין מה שכתבנו בס"ד בכתובות פ"א: לבאר ע"פ דברים אלו את דברי הרמב"ן בספר הזכות שם. וע"ע מה שכתבנו בס"ד בזה בגיטין ל"ז.

מודה שמואל במתנת שכ"מ שאינו מוחל. כתב הר"ף שכונת הגמ' שהיורש אינו מוחל אבל השכ"מ עצמו בודאי מוחל שמתנת שכ"מ אינו חל עד המיתה ועד המיתה יכול לחזור ממתנתו וכ"ש שיכול למחול. וכן כתב היד רמה באות פ"ג. על מה שכתב הרשב"ם דהא דמודה שמואל במתנת שכ"מ היינו במתנת שכ"מ במקצת או בכלול עם קנין תמה רע"א בגליון הש"ס שמתנת שכ"מ במקצת עם קנין היא מתנת בריא והוי ככל מוכר שט"ח שחור ומחלו מחול.

עשאוה כשל תורה. כתב הנ"י שכונת הגמ' דאף שמתנת שכ"מ דרבנן נתנו לזה דין ירושה. וא"כ המקבל מתנת שכ"מ הוא נחשב היורש על החוב ואין היורש של הנותן יכול למחול. ועיין בריטב"א דכיון דמתנת שכ"מ כירורשה זוכה המקבל גם בקנין הגוף לכן לא מהני מחילת יורשי המלוח.

תוד"ה המוכר שט"ח לחברו. כתבו שאין המוחל משלם מדין גרמי אלא מעות שנתנו בו הלוקחות ולא כל השטר. בנידון זה כמה משלם המוחל מדין גרמי יש לכאורה ד' צדדים. א. משלם מה שהיה החוב שוה בשעת מכירת החוב. ב. משלם מה שהלוקח שילם בפועל כשקנה את החוב. ג. משלם כמה שהחוב שוה בשעת מחילה שהוא שעת הנזק. ד. משלם כל החוב הכתוב בשטר. מסברא לכאורה אין טעם שישלם מה שהיה החוב שוה בשעת מכירת החוב. שאם הנזק הוא מחילת החוב א"כ החיוב תלוי בערך החוב בשעת המחילה ולא בשעת מכירת החוב. ואם הנזק הוא מה שע"י המחילה הוא מפסיד לקונה את המעות שהוציא על קנין החוב א"כ תלוי במה ששילם הקונה בפועל ולא במה שהיה החוב שוה בשעת הקנין. וכן הצד שישלם כל החוב הכתוב בשטר אף שזה יותר ממה שהחוב שוה בשעת מחילה ג"כ אינו מובן למה ישלם יותר מהערך של מה שהזיק. לכן מסתבר שהנידון בתוס' הוא אם משלם כמה ששילם הלוקח בפועל או כמה ששוה החוב בשעת מחילה. ולשון התוס' כל השטר הוא לאו דוקא אלא הכונה כל מה ששוה החוב בשעת מחילה שהוא יותר ממה ששילם הקונה בשעת מכירת החוב.

וכן מבואר בחי' הרמב"ן בכתובות פ"ו. שכתב וז"ל מה שאמרת דדמי שטרא מעליא פירוש כל מה שבתוכו כך פרש"י וז"ל ור"ה ז"ל וכן בתשובת ר"ה גאון ז"ל וכל מי שאינו אומר כן אין לו חיץ לטעום מה דמי שטרא מעליא. ומיהו אם אינו שוה עכשיו ככל הדמים הכתובים בו לא ישלם אלא שוין שהרי לא הפסידו אלא דמיו אבל אם הלוח יש לו נכסים ושוה ככל מה שכתוב בו ישלם הכל אע"פ שלא לקחו אלא בחצי דמים הללו והיינו דמי שטרא מעליא עכ"ל. הרי שכתב בהדיא שמשלם כל מה שכתוב בשטר, ומיד אח"כ כתב דהיינו כמה ששוה החוב בשעת המחילה. וכן מבואר בשיטה שם בכתובות בשם רבינו יונה, וכן מבואר בשו"ת הרא"ש שהובא בש"ך בס' שפ"ו סק"ד. וכן הוא בלשון השו"ע בס' ס"ו סע' ל"ב שבתחילה כתוב

כשיכול לתבוע את הלוח. אבל כשאין הלוח בפנינו וא"א לתבוע אותו יכול לתבוע את הערב בלי לתבוע את הלוח. וכיון שהלוקח קנה רק שיעבוד הנכסים יכול הוא לתבוע את הלוח מכח שיעבוד הנכסים כיון שאינו יכול לתבוע מכח שיעבוד הגוף שאין לו אלא שיעבוד הנכסים.

נמצא השיטות בזה א. לריטב"א להבנת הקצות הלוח מתחייב בשעת הלוחה שיעבוד ישיר לכל מי שיקנה את החוב מהמלוח. ב. הריטב"א למה שכתב הקה"י בתחילה החיוב הוא למלוח לשלם לבאי כוחו של המלוח. ג. לראב"ד אין הלוקח יכול לתבוע בעצמו אלא רק לחייב את המלוח לתבוע בשבילו. ד. לקצה"ח יכול הלוקח לתבוע מכח שיעבוד הנכסים שיש לו אף שאין לו שיעבוד הגוף.

הר"ן בכתובות פ"ו. מקשה על מה שכתב ר"ת שע"י מחילת המלוח על שיעבוד הגוף פוקע ממילא שיעבוד הנכסים מפני ששיעבוד הנכסים הוא ערב לשיעבוד הגוף ואי ליכא לוח ליכא ערב, א"כ אמאי גובים מנכסי היתומים כשמת הלוח הרי במיתת הלוח פוקע שיעבוד הגוף והגביה מנכסי היתומים הוא מדין שיעבוד הנכסים, ומוכח דאף שפוקע שיעבוד הגוף לא פוקע שיעבוד הנכסים.

התומים בס' ס"ו סקמ"ג כתב על שאלה זו שיוורשים שירשו נכסים משועבדים מאביהם חל עליהם שיעבוד הגוף לפרוע חוב אביהם מהנכסים שירשו ממנו. מדברי הר"ן שלא תירץ כן מבואר דפשיטא ליה שאין על היורשים שיעבוד הגוף כלל והגביה הוא מכח שיעבוד הנכסים בלבד. ומצהו על היתומים לפרוע חוב אביהם אינו אלא מצה ולא שיעבוד הגוף.

הר"ן כתב על שאלה זו וז"ל ומיהו כשמת לוח אע"פ ששיעבוד גופו פקע שיעבוד נכסיו לא פקע לפי שעיקר ערבותו של נכסין בענין זה הוא שכל זמן שלא ימצא הלוח שירד לנכסיו ויפרע מהן. אבל כל זמן שנפקע מחמת המלוח אף שיעבודא של נכסים נפקע עכ"ל. הקצה"ח בס' ס"ו סקמ"ו מבאר דברי הר"ן שמה שכתב ר"ת שאם פוקע שיעבוד הגוף פוקע גם שיעבוד הנכסים הוא דוקא כשהפקעת שיעבוד הגוף הוא ע"י מחילה שהוא כפרעון. דכיון שנפרע שיעבוד הגוף אין יותר חיוב על הערב. משא"כ במת הלוח אף שפוקע שיעבוד הגוף לא פקע הערכות של הנכסים שע"ז נעשו הנכסים ערבים שאם לא יהיה אפשרות לגבות מהלוח יגבו מנכסיו.

ספר התרומות בשער נ"א חלק ו' פ"א דין בגר שהלוחה לישראל ומכר את החוב לאחר ואח"כ מת הגר אם מיתת הגר דמי למחילת הגר ופקע זכותו של הלוקח או לא. בשו"ע ס' ס"ו סע' ל"ז נפסק דמיתת הגר הוי כמחילה והפסיד הלוקח. הש"ך שם כתב שהריטב"א בקידושין מ"ח. חולק וס"ל שאין מיתת הגר מפקיע את זכותו של הלוקח ולא דמי למחילה. ודין זה תלוי במחלוקת הר"ן והתומים. שלדברי התומים כל שפוקע שיעבוד הגוף פוקע שיעבוד הנכסים. ורק במיתת הלוח לא פוקע שיעבוד הנכסים מפני שיש שיעבוד הגוף על היורשים. אבל בגר שמת שפוקע שיעבוד הגוף פקע שיעבוד הנכסים של הלוקח. משא"כ לר"ן רק במחילת הלוח שהוא כפרעון פוקע שיעבוד הנכסים משא"כ במיתת הגר אף שפוקע שיעבוד הגוף כיון שלא נפרע שיעבוד הגוף לא פוקע שיעבוד הנכסים כמו שלא פוקע שיעבוד הנכסים במיתת הלוח אף ששיעבוד הגוף פקע.

כל זה להבנת הקצות בדברי הר"ן שהנ"מ בין מת הלוח למחילת המלוח הוא שמחילה היא כפרעון. אמנם לולא דבריו היה נראה שאין זה כונת הר"ן שלא נזכר בר"ן כלל הענין של פרעון או מחילה כפרעון. אלא החילוק בין מיתת הלוח למחילת המלוח הוא שבמיתת הלוח הפקעת שיעבוד

שמשלם כל מה שכתוב בשטר החוב, ומיד אח"כ כתב מיהו שמין השטר כפי מה שהוא כגון אם הלוח גברא אלימא או שאין לו נכסים.

מדברי המהרש"א כאן מבואר שלא פירש כן אלא מוכח מדבריו דס"ל שאין בתוס' צד שאינו משלם אלא הדמים ששילם הלוקח אלא מה שכתבו הדמים ששילם היינו כמה ששוא החוב בשעת המחילה. וא"כ מוכח מדבריו שהצד השני הוא שמשלם כל מה שכתוב בשטר ממש אף שזה יותר מהשווי של החוב בשעת המחילה. שהתוס' הביאו ראיה שאינו משלם אלא מה שנתנו בו הלוקחות ולא כל החוב הכתוב בשטר מקריבתיה דר"ג שמכרה כתובתה ונתגרשה ומתה, ובאו הלוקחות ותבעו את הבת, ונתן ר"ג לבת עצה למחול לאביה ולהפסיד בזה את הלוקח. וקשה מה תרויח מהמחילה הרי היא צריכה לשלם מדין גרמי. ומזה הוכיחו התוס' שאינה משלמת כל דמי החוב אלא מה ששילמו הלוקחות וא"כ מרויחה ע"י המחילה. וע"ז כתבו התוס' וא"ת מ"מ הפסידתם הרבה שהרי גרושה היתה ויהיה להם ללוקחות או לגבות כתובתה מן הגרושה. ואינו מוכן מה קשה לתוס' דזה היה תירוץ שהיא מרויחה ע"י המחילה שהחוב שזה עכשיו הרבה כיון שהיא כבר גרושה והגיע זמן הפרעון והיא אינה משלמת אלא מה ששילם הלוקח כשקנה בעודה תחת בעלה שהוא הרבה פחות ממה ששוא הכתובה עכשיו.

המהרש"ל מחק וא"ת וגורס ומ"מ הפסידתם הרבה. ולדבריו זה המשך של התירוצ' שהיא הרויחה ע"י המחילה שאינה משלמת כל מה ששוא עכשיו בשעת המחילה שהיא כבר גרושה אלא רק הדמים שנתנו בשעת המקח שעדיין לא היתה גרושה. ולדבריו מבואר בתוס' שלצד שאינה משלמת אלא דמים שנתנו הלוקחות אינה משלמת מה שהחוב שוא בשעת המחילה אלא רק מה ששילמו הלוקחות בשעה שקנו את החוב.

המהרש"א מבאר גרסת הספרים ומבואר בדבריו דס"ל שהצד שמשלם המוחל מה ששילמו הלוקחות היינו שמשלם כמה שהיה שוא החוב בשעת המחילה. ומה שכתבו שמשלם מה ששילם הלוקח היינו באופן שלא השתנה ערך החוב מזמן המכירה לזמן המחילה. אבל אם נתגרשה באמצע והשתנה ערך החוב המוחל משלם כל מה ששוא החוב בשעת המחילה. ולדבריו הצד השני של התוס' הוא שמשלם כל החוב הכתוב בשטר אף שהוא יותר מערך החוב בשעת המחילה. וקושיית התוס' מבאר המהרש"א דאכתי קשה מה הרויחה ע"י המחילה אמנם אינה משלמת כל החוב הכתוב בשטר אלא רק מה ששוא החוב בשעת מחילה מ"מ כיון שבשעת המחילה היא כבר גרושה החוב שוא כמעט כל מה שכתוב בשטר.

נמצא שלדברי הרש"ל הספק של תוס' הוא כמו שנתבאר לעיל מדברי הראשונים. שיש צד לומר שאינו משלם אלא מה ששילמו הלוקחות בפועל. והצד השני הוא שמשלם כל מה ששוא החוב בשעת המחילה. ואין צד לשלם כל מה שכתוב בשטר, שזה יותר ממה שהזיק. ולמהרש"א אין צד שמשלם פחות ממה ששוא החוב בשעת המחילה אלא הספק הוא אם משלם מה ששוא החוב בשעת מחילה או שמשלם כל החוב הכתוב בשטר. וצד זה לכאורה אינו מוכן למה יש ה"א שישלם יותר ממה ששוא החוב בשעת המחילה. האו"ש בחידושו כתב שהעיקר כדברי המהרש"ל ולא כמהרש"א.

אחרי שהביאו התוס' ראיה מב"ק שאינו משלם אלא מה שנתנו בו הלוקחות כתבו דהא דאמר בהגוזל קמא לגבי שורף מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא וכן מה שאמרו בכתובות לגבי מוחל שמשלם דמי שטרא

מעליא הוא לאו דוקא שאינו משלם אלא מה שנתנו בו הלוקחות. ומבואר שמה שכתבו שאינו משלם כל דמי השטר אלא רק מה שנתן הלוקח הוא בין לגבי מוחל בין לגבי שורף. ואינו מוכן בשלמא לגבי מוחל יש מקום לומר שמשלם מה ששילם הקונה כדי לקנות את החוב אבל לגבי שורף הוא לא שילם כדי לקנות את החוב אלא החוב הוא שלו מעיקרא, ואין שני אפשרויות של תשלומים בשורף.

למהרש"א ניהא שהנידון בתוס' הוא אם משלם מה ששוא החוב בשעת המחילה או כל דמי החוב הכתוב בשטר. ושני צדדים אלו קיימים גם בשורף. וגם לגבי שורף הלשון של דמי שטרא מעליא הוא לאו דוקא שאינו משלם כל מה שכתוב בשטר אלא רק כמה ששוא החוב בשעת שריפת השטר. אבל למהרש"ל שהנידון בתוס' הוא אם משלם מה ששילם הלוקח או מה ששוא החוב בשעת המחילה צ"ע איך כתבו שבשורף אינו משלם כל דמי החוב אלא דמים שקיבל הרי שם אין דמים. שהדמים ששילם המלוה בשעת ההלוואה הם כל דמי החוב הכתובים בשטר וזה יותר ממה שהחוב שוא בשעת המחילה ולמה ישלם יותר ממה שהזיק. עיין במהר"ם וצ"ע.

לשון השו"ע בס' שפ"ו סע' ב' הוא שהשורף משלם כל דמי החוב הכתוב בשטר. בס' ס"ו סע' ל"ב לגבי מוחל מבואר שמשלם כמה ששוא החוב בשעת מחילה. הש"ך בס' שפ"ו סק"ד כתב שאין לחלק בזה בין שורף למוחל וגם בשורף אינו משלם אלא מה שהחוב שוא בשעת השריפה ולא כל מה שכתוב בשטר. הרמ"א בס' ס"ו מביא דעת החולקים שבמוחל אינו משלם כל מה שהחוב שוא בשעת המחילה אלא רק מה ששילם הלוקח. [נמפורש דלא כהבנת המהרש"א שלמהרש"א מה ששילם הלוקח היינו מה ששוא בשעת המחילה]. ובס' שפ"ו לגבי שורף לא הביא חולקים. וזה מפני שלגבי שורף אין צד שמשלם פחות ממה ששוא החוב בשעת השריפה. ולא כדמשמע מדברי התוס'.

יש לעיין בסברת התוס' שאינו משלם כל מה ששוא החוב בשעת המחילה אלא רק כמה ששילם הלוקח אמאי משלם פחות ממה שהזיק. עיין מה שכתב בזה הקו"ש כאן באות תק"כ. ונראה דצריך להבין אמאי מוחל חייב רק מדינא דגרמי ואינו מזיק ממש. ובשלמא השורף שטר אינו אלא גרמי מפני שהחוב קיים וגרם ע"י השריפה שלא יהיה למלוה ראיה על החוב. וזה אינו אלא גרם נזק. אבל במוחל הוא מפקיע את גוף החוב ע"י המחילה ואמאי אינו מזיק גמור. וג' דרכים נאמרו בזה. א. הקצה"ח בס' ס"ו סקל"ז כתב בשם הרמב"ן במלחמות בסנהדרין דמזיק ע"י דיבור אינו מזיק גמור ולכן אינו חייב אלא מדין גרמי. ב. לר"ת שאינו מוחל את השיעבוד נכסים של חברו אלא את השיעבוד הגוף שלו וממילא פוקע שיעבוד הנכסים של חברו אין הוא נחשב מזיק ממש מפני שהוא עושה בתוך שלו, ולגבי חברו אינו אלא גורם. ג. כיון שאינו מזיק ממון גמור דמי למזיק שיעבודו של חברו שאינו חייב אלא מדין גרמי. ב' סברות אלו כתב הקו"ש כאן באות תקי"ט.

בכתובות פ"ה. מבואר דמאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא ומאן דלא דאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי ניירא בעלמא. שיטת רש"י שלשון זה לאו דוקא שאין הלוקח מחזיר את הנייר כלל ואין המוחל משלם אפי' דמי הנייר. הר"ן והרא"ש שם חולקים על רש"י וס"ל שהלוקח צריך להחזיר את הנייר כשהמלוה מוחל. אך נחלקו אם המוחל צריך לשלם את דמי הנייר למ"ד דלא דאין דינא דגרמי. הר"ן כתב שלמאן דלא דאין דינא דגרמי אינו משלם אפי' את דמי הנייר, ולשון הגמ' משלם דמי ניירא קאי על השורף שטר שבזה בודאי שמשלם דמי הנייר אבל במוחל אינו משלם דמי הנייר אף שהלוקח צריך להחזיר את הנייר. הרא"ש בשם חכמי פרוניציא חולק וס"ל שגם

שרי. ולכאורה דבריהם אינם מובנים וכי יש התר להזיק לאחר כדי למנוע הפסד שלו. ואם היה האיסור להזיק ע"י גרמא מדרבנן היה מקום לומר דס"ל שגם גרמי אינו אלא מדרבנן ומן התורה גרמי הוא כגרמא ובמקום דאית לה פסידא לא אסרו. אבל תימא לומר כן דבדואי האיסור להזיק אפי' ע"י גרמא הוא מן התורה. ואף שברש"י בגיטין נ"ג: מבואר שהאיסור להזיק היזק שאינו ניכר למ"ד לאו שמיא היזק הוא רק מדרבנן זה גופא תמוה דאף שחייב התשלומין הוא מדרבנן מ"מ האיסור להזיק בפשטות הוא מן התורה. ועוד צ"ב בדברי התוס' למה זה נחשב שיש לה הפסד במה שהלוקח גובה הרי זה דינו של הלוקח לגבות כתובת אמה.

עוד ראה הביאו התוס' שאין המוחל משלם אלא דמים ששלמו הלוקחות ממציא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל. ופריך ניהוש שמא מכרה כתובתה בין כתיבת השובר לנתינתו ועכשיו היא מודה שהבעל פרע כדי להפסיד ללוקחות. ומשני שבלא"ה יכולה להפסיד ללוקח ע"י מחילה. וקשה הרי אם תמחול היא צריכה לשלם מדין גרמי. אלא מוכח שאינה משלמת אלא מה שנתנו. והקשו ע"ז דעכ"פ היא מפסידה את הלוקחות את הדמים ששלמו. וכתבו שאין זה אלא דבר מועט ולא חששו לזה. דבריהם לכאורה אינם מובנים שאם במחילה היא משלמת מה שנתנו אין הלוקחות מפסידים כלל שגם כשתוציא שובר שהכתובה פרוע לפני מכירת הכתובה היא צריכה להחזיר להם את הדמים ששלמו. ועמד בזה המהר"ם ע"ש. ועיין מה שכתב בזה הרש"ש.

הרא"ש בב"מ כ. ס"ל כשיטת התוס' שאין המוחל משלם אלא הדמים שנתן הלוקח ולא כל מה ששזה החוב בשעת המחילה. ומביא הרא"ש הראיה שהביאו התוס' ממקדש בשט"ח שאינה מקודשת דלא סמכא דעתא, ואם המוחל משלם כל דמי החוב אמאי לא סמכא דעתא הרי אם ימחול הבעל הוא ישלם מדינא דגרמי. אלא מוכח שאינו משלם כל דמי החוב. וכתב ע"ז הרא"ש וז"ל אלא ודאי אין חייב לשלם אלא דמים שנתנה והיינו פרוטה דמי קידושין עכ"ל. האב"מ בס' כ"ח סק"ב מפרש דברי הרא"ש כפשוטו שאשה שמקדשת עצמה עבור שט"ח זה נחשב שנתנה עבור השט"ח פרוטה. שקנין זה שמקבל הבעל באשה תמורת השט"ח היה יכול לקבל בפרוטה. ולכן אם מוחל אינו משלם אלא פרוטה. ולמד מזה האב"מ לגבי תקנת השוק שהגזול חפץ ומכרו והגזול מוציא מהלוקח משלם הגזול ללוקח הדמים ששילם הלוקח. ואם החפץ שזה יותר מהדמים ששילם אינו משלם כל דמי החפץ אלא מה ששילם הלוקח. ואם קידש אשה בחפץ גזול הגזול אינו משלם לאשה אלא פרוטה שזה מה שהיא נתנה עבור חפץ זה כמבואר ברא"ש.

דברי הרא"ש להבנת האב"מ לכאורה אינם מובנים דמה בכך שאפשר לקדש אשה בפרוטה הרי אפשר גם לקנות קרקע שזה אלה בפרוטה, וכי נימא שהקונה קרקע בשט"ח ואח"כ מחל אינו משלם אלא פרוטה, הרי הוא נתן עבור השטר קרקע שזה אלה. וא"כ גם בקידושי אשה נימא דאף שאפשר לקדש אשה בפרוטה מ"מ אין זה מפני שאשה שזה פרוטה. אך הביאור בדברי האב"מ הוא שהקונה קרקע בשט"ח קיבל עבור השטר ממון לפי ערך הקרקע. משא"כ המקדש אשה לא קיבל ממון כלל שאין האשה ממון של הבעל כמבואר בר"ן בריש גיטין, וכמבואר ברש"י בקידושין ו: שהמקדש אשה בהרונות זמן המלוה אינו ריבית דלאו מידי שקיל. היינו שקבלת אשה אינו נחשב קבלת ממון שאין האשה ממון. לכן המקדש אשה בשט"ח לא קיבל ממון כלל עבור השטר. ומה שהמוחל משלם פרוטה הוא משום דכיון שא"א לקדש בפחות מפרוטה א"כ

במוחל משלם המוחל את דמי הנייר אפי' למאן דלא דאין דינא דגרמי. וכ"כ הראב"ד שם בהשגות על הרי"ף.

והמחלוקת בזה תלוי בטעם שאין מוחל מזיק גמור. שאם הטעם הוא מפני שמזיק ע"י דיבור אינו אלא גרמי א"כ גם הפסד הנייר הוא גרמי. וכן אם מה שאינו מזיק גמור הוא מפני שהמחילה היא על שיעבוד הגוף שלו וביטול שיעבוד הנכסים אינו מעשה ישיר של המוחל אלא נגרם על ידו א"כ גם הפסד הנייר אינו אלא גרמי. אבל אם מה שזה גרמי הוא מפני שאינו מזיק ממון בעין אלא מזיק שיעבוד א"כ נזק הנייר שהוא ממון בעין הוא מזיק גמור ויהיה ע"ז חוב גם למאן דלא דאין דינא דגרמי. וזה שיטת הראב"ד והרא"ש בשם חכמי פרובינציא. מדברי הר"ן שאינו משלם אפי' את הנייר אין הכרח שחולק ד"ל דס"ל שהנייר אינו ממון גמור של הלוקח ואין לו בזה אלא קנין משכון א"כ גם נזק הנייר אינו אלא כמזיק שיעבודו של חברו.

בדבר השאלה על שיטת התוס' אמאי אין המוחל משלם אלא מה ששילם הלוקח ולא כל מה ששזה החוב בשעת המחילה שהוא מה שהזיק י"ל שהתוס' ס"ל דכיון שאין המחילה על ממון של הלוקח אלא על השיעבוד הגוף שלא נמכר ללוקח, א"כ כמו שאין הוא נחשב מזיק גמור מפני שעושה בתוך שלו כך אינו נחשב מזיק אפי' מדין גרמי. ומה שהמוחל משלם מדין גרמי אינו מפני שמעשה המחילה היא מזיק מדינא דגרמי אלא המחילה היא מזיק בצירוף עם לקיחת הממון מהלוקח. וכמו שהמראה דינר לשולחני ונמצא רע יש לשולחני דין מזיק מדינא דגרמי מפני שבעל הדינר סמך עליו, כך הלוקח שקונה חוב ומוציא מעותיו על סמך מכירת המלוה ובסוף נגרם לו נזק מזה משלם המוכר מדין גרמי על הפסד מעותיו של הלוקח.

יש ראה לחידוש זה מדברי השלטי גיבורים בפרק הכותב שהובא בש"ך בס' ס"ו סק"א שמה שהמוחל משלם מדין גרמי הוא רק כשהמלוה שהוא המוכר מחל. אבל אם מת המלוה ויורשו מוחל אף דמהני מחילת היורש לפטור את הלוה אין היורש משלם מדין גרמי. ומוכח שהמחילה עצמה אין לה דין מזיק אפי' מדין גרמי אלא המזיק הוא בצירוף לקיחת הממון מהלוקח. ולכן היורש שלא לקח מעות אין לו דין מזיק כשמוחל. ולדבריהם בודאי שאין המוחל משלם כל מה ששזה החוב אלא רק הדמים ששילם הלוקח.

הרמב"ן בכתובות פ"ו. מביא שיטה זו שאין היורש משלם כשמוחל ודוחה הרמב"ן שיטה זו שאם היורש אינו משלם כשמוחל א"כ גם המלוה שמוחל לא ישלם אלא הדמים שקיבל ושיטת הרמב"ן שמשלם כל מה ששזה החוב בזמן המחילה. הרי מבואר ברמב"ן ששני דברים אלו תלויים זה בזה. וא"כ שפיר י"ל שהסוברים שאינו משלם אלא דמים שקיבל ס"ל כשיטת השלטי גיבורים.

אמנם א"כ יהיו דברי התוס' סותרים זה את זה. שדברי השלטי גיבורים שאין היורש משלם כשמוחל נאמרו כדי לישב השאלה על קריבתיה דר"ע מה תרויח במחילתה הרי היא צריכה לשלם מדין גרמי. וע"ז כתב הש"ג שהיורש אינו משלם כשמוחל. א"כ מדברי התוס' כאן שהקשו משם ולא תירצו כן מוכח דס"ל שגם כשהיורש מוחל הוא משלם. ומוכח שהמחילה עצמה היא מזיק של גרמי גם למי שלא לקח ממון מהלוקח. וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה אמאי סברי התוס' שאין המוחל משלם אלא דמים שקיבל. ולכאורה שני דברים אלו שכתבו התוס' א. שאינו משלם אלא דמים שקיבל מהלוקח ב. שגם יורש שמוחל משלם הם תרתי דסתרי וצ"ע.

הקשו התוס' אין נתן ר"נ עצה למחול הרי אסור להזיק ממון חברו אפי' ע"י גרמא. וכתבו דכיון שהיה לה הפסד

רע"א דס"ל שלגבי שכ"מ חשיב דשלב"ל רק מה שלא היה בעולם בשעת מיתת השכ"מ.

מדברי הרשב"א כאן מוכח לכאורה כהצד השני של רע"א שרק כשבאו הפירות לעולם אחרי מיתת השכ"מ זה נחשב דשלב"ל. שכתב הרשב"א שמה שמבואר כאן ששכ"מ שמקנה פירות דקל לא זכה המקבל משום שגם שכ"מ אינו יכול להקנות דשלב"ל הוא לא רק למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל אלא הכא כו"ע מודו. וז"ל הרשב"א ואפי' לר"מ דאמר אדם מקנה דשלב"ל משום דכשבאו הפירות כבר מת, ואפי' נכסים שנפלו לו בשעה שהוא גוסס אינו יכול להקנות כדאמרין לעיל גבי זה בני נאמן עכ"ל. ודברי הרשב"א לכאורה אינם מובנים אמאי פשיטא ליה דאיידי הכא שבאו לעולם אחרי מיתת השכ"מ, אולי באו לעולם לפני מיתתו והיו דשלב"ל מפני שלא היו בעולם בשעת אמירתו של השכ"מ. אלא מוכח דס"ל שאם באו לעולם לפני מיתתו אין זה נחשב דשלב"ל כלל כדברי רע"א בצד השני שהאמירה נמשכת כל זמן שהוא חי ולא חזר בו. ורק מה שבא לעולם אחרי מיתתו היו דשלב"ל, ולגבי זה שפיר כתב הרשב"א שאין הקנין חל אפי' למ"ד אדם מקנה דשלב"ל ק"ו מנפלו לו כשהוא גוסס.

האבי עזרי בפ"ח מזכיה הי"ב ד"ה אולם תמה על רע"א אי איירי הכא בפירות שבאו לעולם אחרי מיתת השכ"מ לא צריך להגיע להא דכל דליתא בבריא ליתא בשכ"מ הא פשיטא שאין שכ"מ יכל להקנות ממון שאינו שלו. ופירות שבאו לעולם אחרי מיתתו אף פעם לא היו שלו. וע"כ דאיידי בפירות שבאו לעולם לפני מיתתו וגם זה נחשב לא בא לעולם כיון שלא היו הפירות בעולם בשעת אמירת השכ"מ. ואף שמסביר נראין דברי האבי עזרי מ"מ ברשב"א מבואר לכאורה כרע"א.

לא אמר כלום. כתב הרשב"א דשמעין מהכא ששכ"מ שהקנה בלשון שאינו מועיל לא מתקנין דיבוריה לומר שכונתו באופן המועיל. ולמד מזה הרשב"א ששכ"מ שאמר תנו שט"ח לפלוני לא קנה אלא הנייר ולא את החוב כמו בבריא שאינו קונה את החוב אא"כ אמר קני איהו וכל שיעבודא דאית ביה. וזה דלא כמבואר ברמב"ם בפ"י מזכיה ה"ב שאם אמר שכ"מ תנו שט"ח לפלוני קנה גם את החוב כמבואר במ"מ שם.

הב"י בס' רנ"ג אות ל"ו כתב בשם הר"ן [והוא בחי' הר"ן כאן] שבתחילה כתב כהרשב"א שמוכח מכאן ששכ"מ שהקנה בלשון שאינו מועיל לא מתרצין דיבוריה, ולא אמרינן דאף שאמר ידור פלוני בבית זה כונתו להקנות לו את הבית לדירה. וכתב הר"ן שלפ"ז שכ"מ שנותן שט"ח לחבירו ולא אמר שנותן איהו וכל שיעבודא דאית ביה לא זכה המקבל בחוב. ומביא שברמב"ם בפ"י מזכיה ה"ב מבואר שזכה בחוב. וע"כ משום דכמו ששכ"מ שאמר כתבו גט לאשתו נותנים אף שלא אמר תנו ה"נ אמרינן שכונתו להקנות את החוב אף שלא פירש דבריו. ומבאר הר"ן דלא קשיא על הרמב"ם מכאן דשאני הכא שלא היה לשון המועיל כלל. משא"כ כשאמר שט"ח לפלוני יש לשון הקנאה על גוף השטר. בזה אנו משלימים דבריו ואמרינן שכונתו להקנות גם את החוב כמו דאמרין בשכ"מ שאמר כתבו שכונתו לומר תנו אף שלא אמר אלא כתבו.

שיטה מחודשת בביאור דין זה דיבור פלוני בבית זה לא אמר כלום יש בהגהות מרדכי כאן בשם רב נחשון דמה שלא אמר כלום אינו משום דהוי דבר שאין בו ממש ולא משום דהוי דשלב"ל אלא משום שלא פירש כמה זמן ידור א"כ יכול לומר שכונתו היתה רק לרגע אחד. משא"כ כשנותן לו את גוף הבית לדירה הכונה לעולם. והובאו דבריו ברמ"א בס' רי"ב סע' א'. הש"ך שם סק"ב והט"ז

מעשה הקידושין שווים פרוטה. ועיין בקה"י קידושין ס' י' אות א' שכתב על דרך זה.

האו"ש בחידושו בקידושין מ"ז: חולק על האב"מ וכתב שהאב"מ לא דק בזה וחלילה לומר שלא נחשב שנתנה האשה עבור השטר אלא פרוטה. אלא אם אין האשה רוצה להתקדש אלא במנה וקבלה שט"ח זה במקום מנה הרי היא קבלה בשביל הקידושין מנה. ומה דנקט הרא"ש פרוטה הוא לאו דוקא. אך גם לאו"ש אין זה מפני הערך של האשה אלא דס"ל שגם הקנין שיש לבעל באשה, אף שאפשר לקבלו בפרוטה, אם אין האשה רוצה להתקדש בפחות ממנה הקנין שוה מנה.

ידור פלוני בבית זה. כתב הרשב"ם שמה שבריא אינו יכול להקנות דירת הבית הוא משום שהדירה היא פעולה ולא חפץ ואין בה ממש. ולגבי יאכל פלוני פירות דקל זה כתב הרשב"ם שאינו בבריא מפני שזה הקנאה של דשלב"ל, וכן כתבו התוס'. דהיינו דס"ל דיאכל פלוני פירות דקל זה הוא הקנאה על גוף הפירות ולא על מעשה האכילה, לכן יש בו ממש אלא שהוא דבר שלא בא לעולם. משא"כ בידור בבית זה אין חפץ כלל אלא רק הקנאה של פעולה שאין בה ממש. הר"י מיגש כתב שגם ביאכל פלוני פירות דקל זה החסרון הוא משום שאין בו ממש. והיינו משום דס"ל שאין בלשון זה הקנאת הפירות אלא הקנאה על מעשה האכילה שאין בה ממש והוי קנין דברים. גם הרמב"ם בפכ"ב ממכירה הי"ג וי"ד כתב כהר"י מיגש. וכן מבואר ברמב"ם בפ"י מזכיה ה"טו. הרשב"א כתב בשם הראב"ד שבתרתייהו החסרון הוא משום דבר שלא בא לעולם שאותו שימוש של אח"כ אינו עכשיו בעולם. גם הריטב"א כתב שהפירות והדירה לא באו לעולם.

נמצא לרמב"ם ולר"י מיגש תרתייהו משום דבר שאין בו ממש. לראב"ד ולריטב"א תרתייהו משום דשלב"ל. לרשב"ם ולתוס' דירה משום דאין בו ממש ופירות משום דשלב"ל.

נ"מ ממחלוקת זו היכא דאמר יאכל פלוני פירות דקל זה והפירות הם כבר בעולם. לרמב"ם שהחסרון הוא משום שלא הקנה את גוף הפירות אלא את מעשה האכילה שהוא דבר שאין בו ממש גם אם הפירות בעולם לא מהני. משא"כ לרשב"ם רק בידור בבית זה הקנין הוא על פעולת הדירה משא"כ ביאכל פירות הדקל ההקנאה היא על הפירות אלא שאינם בעולם. וא"כ אם הפירות בעולם יקנה. וכן כתב הרמ"ה באות פ"ד וז"ל ונ"מ דאי איתנייהו לפירי בעולם אע"ג דלא אמר אלא יאכל פלוני פירות דקל זה או פירות הללו קני עכ"ל. לראב"ד שגם בידור בבית זה יש חסרון של דשלב"ל כיון שפעולת הדיור אינה בעולם יש לעיין ביאכל פירות דקל זה אם הפירות בעולם אי מהני או לא די"ל שגם בזה כיון שלא הזכיר את הפירות אלא את מעשה האכילה זה נחשב לא בא לעולם אף שהפירות הם בעולם.

רע"א מסתפק בהא דמבואר כאן לפירוש הרשב"ם והתוס' שאין שכ"מ יכול להקנות פירות דקל משום דהוי דשלב"ל מזה הדין אם הפירות לא היו בעולם בשעת אמירת השכ"מ ובאו לעולם לפני מיתתו. אי אמרינן דכיון שאמירת השכ"מ הוא במקום מעשה הקנין בעינן שיהיו הפירות בעולם בשעת האמירה, ואם לא היו בעולם בשעת האמירה אף שהיו בעולם בשעת מיתתו שהוא זמן חלות המתנה זה נחשב דשלב"ל. או דלמא דנים כאילו נמשך אמירת השכ"מ כל זמן שלא חזר בו ואם הפירות נמצאים בעולם בשעת מיתתו יחול המתנה מכח האמירה של לפני המיתה. וכתב רע"א שמסביר נראה כהצד הראשון שכל שלא היו הפירות בעולם בשעת האמירה שהוא כמעשה הקנין זה נחשב דשלב"ל. אבל מדברי התוס' בגיטין י"ד: מוכיח

הקשו על הרמ"א שאין נ"מ מזה לדין שבלא"ה לא חל קנין זה כיון דהוי הקנאה של דבר שאין בו ממש. ועיין מה שכתב הנתיבות שם סק"א לבאר דברי הרמ"א.

יש לעיין לפירוש זה מה ענין דין זה למילתא דאיתא בבריא איתא בשכ"מ הרי אין זה חסרון בקנין של בריא אלא שלא נתן אלא דירה של רגע אחד ופשוט שאין לחלק לענין זה בין שכ"מ לבריא. וצ"ל שלדבריו מילתא דאיתא בבריא איתא בשכ"מ נאמר גם לענין דיני הקנין וגם לגבי תיקון הלשון. הדין של ידור פלוני בבית זה נאמר לענין תיקון הלשון דכשם שלגבי בריא אמרינן שלשון זה אינו כולל אלא דירת רגע אחד כך בשכ"מ לא מתקנין דבריו וגם בשכ"מ אין בלשון זה אלא דירת רגע אחד. והדין של יאכל פלוני פירות דקל זה נאמר לגבי דיני הקנין דכשם שבריא אינו מקנה דשלב"ל כך שכ"מ אינו מקנה דשלב"ל. ושאלת הגמ' משכ"מ שאמר תנו הלואתי לפלוני היא על דין הקנין.

דף קמח.

שכ"מ שאמר תנו הלואתי לפלוני. כתב הרשב"ם ששאלת הגמ' היא ממלוה ע"פ שאינו נקנה בבריא בשום קנין חוץ ממצמד שלשתן. משא"כ ממלוה בשטר לא קשה שגם בבריא הוא נקנה בכתיבה ומסירה. ושפיר אמרינן לגבי זה שדברי שכ"מ ככתיבה ומסירה של בריא. ויש לעיין א"כ מה קשה לגמ' ממלוה ע"פ הרי הדבר הנקנה הוא החוב והחוב איתא בהקנאה בבריא אם היה עליו שטר ומה בכך שאין עליו שטר הרי החפצא של החוב איתא בהקנאה של בריא ע"י מסירת השטר ולמה אין זה מספיק ליחשב איתא בהקנאה בבריא. ובשלמא לר"ת שבכ"מ אינו מקנה אלא את השיעבוד נכסים ולא את שיעבוד הגוף נוחא שהדבר הנקנה בכ"מ הוא שיעבוד הנכסים ובמלוה ע"פ שאין גובה מלקוחות בטלו רבנן את שיעבוד הנכסים. ואין בזה אלא שיעבוד הגוף וזה אינו בהקנאה של בריא אפי' ע"י כו"מ. אבל לחולקים על ר"ת דס"ל שגם שיעבוד הגוף נמכר בכ"מ א"כ גם שיעבוד הגוף של מלוה ע"פ איתא בהקנאה אם היה עליו שטר ומה בכך שבפועל אין שטר.

וגם מה שכתבנו שלר"ת נוחא אין זה אלא לסוברים שבמלוה ע"פ בטלו רבנן את השיעבוד נכסים. אבל לסוברים שלא תקנו אלא שלא גובים מלקוחות אבל לענין מיניה יש שיעבוד נכסים גם במע"פ קשה למה אינו יכול להקנות את השיעבוד הנכסים ע"י דברי שכ"מ כיון דאיתא בהקנאה של בריא כשיש ע"ז שטר. וכן הוא שיטת רב האי גאון שהובא בנ"י בסוף ב"ב ובטור בחו"מ ס' ק"ד שמע"פ יש לו קדימה ולדבריו צ"ב מה שאלת הגמ' על מע"פ.

לפי מה שמבואר בנ"י כאן יתבאר הא דמע"פ נחשב ליתא בבריא אף שהחוב נקנה ע"י כו"מ כשיש עליו שטר. דכתב הג"י וז"ל דבשלמא מלוה בשטר וכו' אע"ג דשיעבודא הוא דמכר והשיעבוד דבר שאין לו גוף הוא היינו לומר דודאי בפנ"ע אינו מכור אבל אגב הנייר מכור והוי כאויר שאינו נמכר אלא אגב הבית אבל מלוה ע"פ אין קנין תופס בה עכ"ל. היינו דלעולם גם במלוה בשטר החוב הוא דבר שאינו בעין ואין קנין נתפס בו. ומה שנקנה בכתיבה ומסירה הוא אגב הקנאת הנייר של השטר. ודמי למה שכתבו התוס' שמה שחוב נקנה אגב קרקע אין זה נחשב איתא בבריא שאין זה הקנאה בפני עצמה אלא אגב הקרקע. כך מה שהחוב נקנה ע"י כתיבה ומסירה אינו הקנאה על החוב לחודיה אלא אגב השטר.

הר"י מיגש כתב על שאלת הגמ' מהלואתו לפלוני וז"ל אבל מלוה בשטר אפשר לתת אותה במתנה ויקנה אותה מפני ששיעבוד השטר על הקרקעות וה"ל כאילו הקנה לו

דבר שנמצא בעין והוי דינה כדין פקדון עכ"ל. וזה כהפירוש שכתבנו לעיל ע"פ דברי ר"ת. שבמלוה בשטר הוא מקנה את שיעבוד הנכסים וזה איתא בהקנאה של בריא. משא"כ במלוה ע"פ ליכא שיעבוד נכסים והקנאת שיעבוד הגוף ליתא בבריא שזה אינו נמכר גם כשיש שטר. וכן נראה שמפרש הריטב"א ע"ש. אבל זה נוחא רק לסוברים שבמלוה ע"פ ליכא שיעבוד נכסים. אבל לסוברים שיש קדימה במע"פ וזה משום שגם במע"פ יש שיעבוד לענין גביה מיניה ע"כ צ"ל כדברי הג"י.

נמצא ב' דרכים בזה. א. לסוברים שאין שיעבוד נכסים במע"פ נוחא מה שמע"פ ליתא בהקנאה של בריא שמה ששיש שטר החוב נמכר היינו השיעבוד נכסים. ושיעבוד הגוף אינו נמכר לא במע"פ ולא במלוה בשטר. וזה שיטת הר"י מיגש והריטב"א. ב. הג"י ס"ל שגם במלוה בשטר הקנאת החוב הוא דבר שאינו בעין. ואין זה נחשב איתא בבריא מפני שהקנאת החוב הוא אגב הקנאת הנייר של השטר. וכך צ"ל לסוברים שיש קדימה במע"פ דמוכח דס"ל שלא בטלו את השיעבוד נכסים של מע"פ.

אע"ג דליתא בבריא. בב"ק ל"ו: מבואר לגבי ההוא גברא דתקע ליה חבריה ואמר הואיל ופלגא דזוזא הוא ניתביה לעניי. ואמר רב יוסף כבר זכו בהם עניים מדין מעמד שלשתן. והקשו שם הראשונים למה צריך להגיע למע"ש ת"ל מבפ"ך זו צדקה, שצדקה נקנה באמירה כמו הקדש. וכתבו התוס' שם שא"א להקדיש חוב דהוי כדשלב"ל. הרי"ף כתב שהחוב הוא כדבר שאינו ברשותו שאינו יכול להקדישו. וכ"כ הרמ"ה כאן באות פ"ה. לשון הר"י מיגש כאן הוא דמלוה להוצאה ניתנה ואין הגוף מצוי בעולם. הרשב"ם והתוס' כאן וכן התוס' בכתובות נ"ה: ד"ה שאם כתבו שהחוב אינו ממון בעין.

ונראה דלא פליגי התוס' בב"ק והרי"ף אלא התוס' איירי לגבי המעות שהוא עתיד לגבות וכתבו שלא חל ע"ז הקדש דהוי דשלב"ל. והרי"ף קאי על החוב שהוא בא לעולם אלא שנחשב אינו ברשותו כיון שהוא מחוסר גוביינא. ובזה נוחא מה שקשה על התוס' שכתבו דהוי דשלב"ל למה מהני בזה מעמד שלשתן שלא מצאנו שאפשר להקנות במע"ש דשלב"ל. ולמה שנתבאר נוחא שהחוב הוא בא לעולם אלא להקנות את החוב פשוט לתוס' שא"א משום דאינו ברשותו או משום שאינו ממון בעין. וקשיא להו רק למה אינו יכול להקדיש את המעות שעתיד לגבות. ע"ז כתבו דהוי דשלב"ל. ומה שמע"ש מהני בזה הוא משום שבמע"ש הוא מקנה את החוב שהוא בא לעולם ולא את המעות שהוא עתיד לגבות.

הבעה"מ שם בב"ק נקט שגם מעמד שלשתן לא מהני בדבר שאינו ברשותו ולכן הוא מקשה על הרי"ף אם חוב הוא דבר שאינו ברשותו אמאי נקנה במע"ש כמבואר שם בב"ק וכאן בסמוך. אך הרמב"ן במלחמות שם כתב דכיון דמע"ש הוא הלכתא בלא טעמא אפשר לקנות במע"ש גם דבר שאינו ברשותו. ועיין בקו"ש כאן אות תפ"ג דנקט שלרמב"ן מהני מע"ש לא רק בחוב אלא גם בדבר גזול שהוא ממש אינו ברשותו. וכן נקט הקצה"ח בס' קצ"ד סק"ד, ומבאר בזה את דברי התוס' בגיטין י"ג: ע"ש. הבעה"מ חולק על הרי"ף וס"ל שחוב הוא ברשותו ויכול להקדיש חוב. ומה שצריך להגיע למעמד שלשתן הוא בצדקה דס"ל שהדין של בפ"ך זו צדקה אינו קנין אלא רק נדר בעלמא.

מחלוקת זו אם אפשר להקדיש חוב או לא לכאורה תלוי בטעם הדבר שאין בריא יכול להקנות מע"פ. שאם מה שא"א למכור חוב הוא משום שאינו ממון בעין או שאינו ברשותו ה"ה שא"א להקדיש חוב. ואם מה שא"א למכור

שצריך מעשה קנין לשכ"מ שמקנה כדיבור. ומוכיח מזה האבי עזרי שמה שחוב אינו נקנה אינו מחמת שאין מעשה קנין לממון זה אלא מפני שהחוב הוא ממון שאינו בעין ולא כהגדרה ושפיר מדמה הגמ' לדשלב"ל. ובמחלוקת זו לכאורה תלוי מחלוקת הראשונים הגמ' [אמנם בדברי הגר"ח שם מבואר דס"ל שגם לראשונים דס"ל שאין מע"פ נקנה אגב קרקע או בחליפין אין זה מפני שעיקר דין הקנאה וזכיה ליתא בחוב אלא זה רק משום חסרון מעשה קנין שהחוב אינו נתפס בקנינים. וזה דלא כמו שכתבנו לתלות מחלוקת הראשונים לגבי הקדש ואגב בנידון זה].

בעיקר דברי רש"י בכתובות שמה שמע"פ אינו נקנה בסודר הוא משום שאין מטבע נקנה בחליפין הקו"ש כאן אות תקכ"ב כתב שרש"י ס"ל דכיון שהלואה מטבע נגבה ממטבע דינו של החוב כדין מטבע שאינו נקנה בחליפין. ובכתובות כתב הקו"ש באות קס"א שלרש"י מה שמע"פ אינו נקנה בחליפין הוא רק בהלואה מטבע שדינו כמטבע שאינו נקנה בחליפין. אבל הלואה פירות אינו מטבע ונקנה בחליפין. לכאורה אין הדברים מובנים מה ג"מ בין חוב של מטבע לחוב של פירות, ואמאי נחשב חוב של מטבע כמטבע. אמנם בתוס' לעיל ע"ז: מבואר שהיה להם ה"א לחלק בין חוב של מטבע לחוב אחר שהוכיחו שא"א להקנות מע"פ בקנין סודר מלקמן קנ"ב. שבריא שאמר הלואתי לפלוני לא קנה. וכתבו שאין לומר דהתם מיירי בהלואה מטבע שאינו נקנה בחליפין דא"כ בחנם נקט הלואתי לפלוני הוי ליה למימר מטבעותי לפלוני. מבואר שיש מקום לחלק בענין זה בין חוב של מטבע לחוב אחר. וזה שיטת רש"י להבנת הקו"ש.

אמנם ראיתי בשיעורי ב"ב לאחי הרה"ג ר' דוד שליט"א בדף ע"ז: שכתב בשם המאירי בכתובות נ"ה. שבריא אינו מקנה מע"פ בסודר שהרי אין מטבע נקנה בחליפין וכ"ש מלוה שאינו בעין. הרי שכתב כרש"י שזה בגלל שאין מטבע נקנה בחליפין ומאידך מבאר המאירי שהטעם הוא מפני שמלוה אינו בעין. דהיינו שאין כונת רש"י שחוב של מטבע נחשב כמטבע אלא כל חוב דמי למטבע שמה שמטבע אינו נקנה בחליפין מבואר בב"מ מ"ה: משום דדעתו אצורתא וצורתא עבידא דבטלה. והיינו שמטבע נחשב כדבר שאין גופו ממון כמבואר בגמ' בב"מ שם. ובכל מלוה יש חסרון זה כיון שאינו ממון בעין. דהיינו שגם לרש"י מה שמע"פ אינו נקנה בחליפין הוא מפני שאינו בעין, אלא שלתוס' אין זה חסרון דוקא בקנין סודר אלא שאין ממון זה שאינו בעין ראוי להקנאה בכל קנין. משא"כ לרש"י זה חסרון מיוחד בקנין סודר שאינו קונה אלא ממון בעין ולא מטבע ולא חוב דדמי למטבע.

ר"פ אמר הואיל ויורש יורשה. כתבו התוס' בסוד"ה שכ"מ שאין כונת ר"פ לומר שנחשב איתא כבריא מפני שיורש יורשה אלא אע"ג דליתא כבריא אם איתא כירושא יש בזה מתנת שכ"מ דמתנת שכ"מ כירושא שויה רבנן. ורב אחא בריה דרב איקא ס"ל דלא סגי בזה דאיתא כירושא אלא בעינן איתא בהקנאה של בריא ומע"פ איתא בהקנאה של בריא ע"י מעמד שלשתן. ומה שלר"א לא סגי במה שיורש יורשו אינו משום דלא ס"ל שמתנת שכ"מ כירושא שויה רבנן שע"ז אין חולק. אלא ס"ל דאעפ"כ תקנו מתנת שכ"מ רק בדבר דאיתא בהקנאה של בריא.

כתב הקו"ש באות תקכ"א שג"מ בין ר"פ לר"א לענין להקנות במתנת שכ"מ ממון שאינו ברשותו כגון דבר גזול. שלר"פ דלא בעינן איתא בהקנאה של בריא אלא סגי באיתא כירושא גם ממון שאינו ברשותו יורש יורשה. אבל לרב אחא דבעינן איתא בהקנאה של בריא לא מהני מתנת שכ"מ בממון שאינו ברשותו. אך כתב שזה נכון לשיטת בעה"מ בב"ק ל"ו: שממון שאינו ברשותו אינו נקנה

הוא מפני שאין מעשה קנין להקנאת חוב, הקדש שחל בדיבור מהני בחוב. ובזה תלוי גם מחלוקת הראשונים אם אפשר להקנות מע"פ אגב קרקע. שהתוס' כאן ס"ל שמע"פ נקנה אגב קרקע משום דס"ל שחוב הוא ממון שראוי להקנותו אלא שאין מעשה קנין, ובאגב שנקנה בקנין הקרקע אין חסרון זה. וכן כתב הקצות בס' קצ"ד סק"ד שהתוס' כאן ס"ל כשיטת בעה"מ שמע"פ הוא ברשותו ויכול להקדיש מע"פ, לכן מע"פ נקנה אגב קרקע. ומה שאינו נקנה בחליפין לתוס' כאן כתב הקצות שם דס"ל כרש"י דמלוה הוי כמטבע שאינו נקנה בחליפין. [וזה לכאורה צ"ע שהתוס' מיד אח"כ בד"ה שכ"מ השני הביאו דברי רש"י בכתובות וכתבו שאינו נראה]. והתוס' לעיל ע"ז: ובכתובות נ"ה: שכתבו שמע"פ אינו נקנה באגב היינו משום דס"ל שחוב אינו בעין או שאינו ברשותו ולגבי זה אין מעלה באגב יותר מבשאר קנינים. ולפ"ז צ"ל שמה שכתבו התוס' כאן שמע"פ אינו נקנה מפני שאינו בעין אין הכוונה שהחוב אינו בר הקנאה מפני שאינו בעין אלא כיון שאינו בעין אין מעשה קנין לממון כזה.

ובזה תלוי גם מה שמבואר כאן שבריא אינו יכול להקנות מע"פ בקנין סודר. ונחלקו הראשונים בטעם הדבר. רש"י בכתובות נ"ה: כתב שמה שמע"פ אינו נקנה בחליפין הוא משום שאין מטבע נקנה בחליפין. והתוס' שם חולקים וס"ל שאינו נקנה מפני שאין החוב בעין. רש"י ס"ל שמע"פ הוא ממון הראוי לקנין אלא שאין מעשה קנין להקנותו לכן קשיא ליה אמאי אינו נקנה בחליפין הרי סודר אינו קנין שנעשה בדבר הנקנה אלא בדבר אחר ולגבי זה אין חסרון במע"פ. וכמו שאפשר להקדיש מע"פ לשיטת בעה"מ כך יועיל בו גם קנין סודר. לכן כתב רש"י שמה שאינו נקנה בסודר הוא חסרון מיוחד בקנין סודר שאין מטבע נקנה בחליפין. והתוס' ס"ל שאין שום קנין מועיל למע"פ כיון שאינו ממון בעין.

נמצא ג' מחלוקות בענין זה. א. מחלוקת אם אפשר להקדיש מלוה ע"פ. לתוס' והר"ף א"א להקדיש מע"פ ולבעה"מ אפשר. ב. מחלוקת אם אפשר להקנות מע"פ אגב קרקע או לא. לתוס' כאן מלוה ע"פ נקנה אגב קרקע. לתוס' לעיל ע"ז: וכתובות נ"ה: אין מע"פ נקנה אגב קרקע. ג. מחלוקת אמאי א"א להקנות מע"פ בסודר. לרש"י משום דדמי למטבע שאינו נקנה בחליפין, לתוס' משום שחוב אינו ממון בעין וגם בשאר קנינים אינו נקנה. וכל זה תלוי אם מה שהקנאת מלוה ע"פ ליתא כבריא הוא משום שאין החוב ממון בעין ואינו ברשותו או שהממון מצד עצמו ראוי להיות נקנה אלא שאין מעשה קנין להקנות חוב. שאם החסרון הוא לא בחפץ הנקנה אלא במעשה הקנין הקדש שחל בדיבור מהני במע"פ. וכן אגב מהני במע"פ כיון שהחוב נקנה בקנין הקרקע. וכן סודר היה מועיל לולא דחשיב כמטבע שאינו נקנה בחליפין. משא"כ אם החוב אינו חפץ הראוי לקנין לא יועיל הקדש ולא אגב ולא סודר.

ונחלקו האחרונים בענין זה. הגר"ח זצ"ל בפכ"ב ממכירה הי"ז מוכיח מדברי הרמב"ם שמה שא"א למכור חוב אינו משום שחוב הוא דבר שאינו ברשותו או שאינו בעין, אלא משום שאין מעשה קנין להקנות ממון זה. האבי עזרי בפ"ג מנחלות ה"ד מקשה על הגר"ח מכאן, שלדברי הגר"ח שמה שחוב אינו נקנה כבריא אינו מפני שאינו חפץ הראוי לקנין אלא מפני שאין מעשה קנין להקנות ממון זה מה שאלת הגמ' מהלואתי לפלוני דמהני בשכ"מ אף שאינו כבריא ליאכל פלוני פירות דקל זה. שאני יאכל פלוני פירות דקל זה שיש חסרון מצד דבר הנקנה שהוא דשלב"ל. ולגבי זה מה דליתא כבריא ליתא בשכ"מ. שגם לגבי הקנאה של שכ"מ בדיבור יש חסרון של דשלב"ל. משא"כ לגבי חוב שהחסרון הוא במעשה הקנין בזה יש לחלק בין בריא

יש לעיין בשיטת הרשב"א והרמ"ה שאודיתא אינו קנין אלא הודאה שהמקור של קנין אודיתא הוא מלקמן קמ"ט. במעשה דאיסור גיורא. ושם מוכח שע"י ההודאה של איסור גיורא שהממון שביד רבא הוא של רב מרי זוכה רב מרי בממון. שאם אין ההודאה משנה את הבעלות אלא רק נאמנות לבד א"כ רב מרי שידע האמת שאין הממון שלו מוציא מרבא שלא כדין. שלפי האמת שהממון היה של איסור גיורא ולא של רב מרי זכה בו רבא במיתת הגר. ומוכח מזה שגם לרשב"א והרמ"ה קנין אודיתא אינו רק הודאת בע"ד גרידא אלא משתנה דין הממון ע"י ההודאה.

גדר קנין אודיתא לרשב"א והרמ"ה הוא כמבואר בחזו"א ב"ק ס' י"ח סק"ו וז"ל הודאה אינו קנין אלא כח הדין לדון ע"פ הודאתו כל שאינו חב לאחרים אלא לעצמו וממילא כל התוצאות קובע הדין כפי הודאתו וזהו שקראוהו הפוסקים קנין אודיתא עכ"ל. דהיינו שאין זה מעשה קנין שעושים עם כונת מקנה וכונת קונה, אלא יסודו נאמנות של הודאת בע"ד אלא שתקנו לקבוע את כל דיני הממון ע"פ הודאתו. והודאה זו משנה את דין הממון ושפיר זכה רב מרי ע"י הודאתו של איסור גיורא.

הנ"מ בין הקצות לחזו"א הוא שהקצות כתב דלא מהני אודיתא בדבר שאינו ברשותו כיון שזה מעשה קנין ככל שאר קנינים. והחזו"א כתב דמהני גם בדבר שאינו ברשותו כיון שאין זה מעשה קנין אלא שינוי הבעלות נעשה מאלי ע"י שהדין נקבע לפי הודאתו. ומביא החזו"א שכן מפורש ברמ"ה לקמן קמ"ט. שאודיתא מהני גם בממון שאינו ברשותו.

שם בסה"ד ואין נראה לחלק וכו'. כונתם שאין נראה לומר שאודיתא מהני רק בפקדון ולא במלוה. לשיטת הקצות היינו משום דס"ל שמלוה נחשב ברשותו כדמוכח מדס"ל דנקנה באגב ורק בחליפין אינו נקנה דהוי כמטבע שאינו נקנה בחליפין. ולקח"י כונתם שאודיתא אינו קנין אלא הודאה ולכן מהני גם בדבר שאינו ברשותו.

תוד"ה שכ"מ השני. הביאו פירושו של ה"ר חיים שמה שמלוה איתא בשכ"מ וליתא בבריא היינו שבבריא המוכר יכול למחול ובשכ"מ אינו יכול למחול כמבואר לעיל. ההבנה הפשוטה בדברי רבינו חיים הוא דס"ל שמה שמבואר בגמ' שהלואתי לפלוני ליתא בבריא אינו כפשוטו שאינו בבריא בכלל אלא שאינו בבריא באותו אופן שישנו בשכ"מ. שבשכ"מ ההקנאה היא באופן שאינו יכול למחול משא"כ בבריא.

ויש לכאור דברי רבינו חיים באופן שיהיו דברי הגמ' כפשטותם שהלואתי לפלוני ליתא בשכ"מ וליתא בבריא. שמבואר בתוס' בב"מ נ"ו: שרבינו חיים ס"ל כשיטת ר"ת שמכירת חוב חל רק על שיעבוד הנכסים ולא על שיעבוד הגוף. ולר"ת מה דמהני מחילה הוא משום שאינו מוכר את שיעבוד הגוף. ומה שבמתנת שכ"מ לא מהני מחילה הוא משום שמתנת שכ"מ חל גם על שיעבוד הגוף. א"כ שאלת הגמ' היא ששיעבוד הגוף איתא בהקנאה של שכ"מ אף דליתא בהקנאה של בריא. ומשני דאיתא בהקנאה של בריא במע"ש. שמה שבמע"ש יש ראשונים דס"ל דלא מהני מחילה הוא משום שמע"ש שהוא הלכתא בלא טעמא חל גם על שיעבוד הגוף א"כ גם הקנאת שיעבוד הגוף איתא בבריא במע"ש.

רע"א תמה על רבינו חיים שלדבריו אמאי הביאו מהא דאמר ר"ע האומר הלואתי לפלוני הלואתי לפלוני שלא מפורש בזה שאינו יכול למחול עדיף היה להביא הא דאמר ר"נ לעיל דמודה שמואל שהנותן מלוה במתנת שכ"מ אינו

במעמד שלשתן אבל למה שמבואר ברמב"ן שם דמע"ש מהני גם בממון שאינו ברשותו לכו"ע מתנת שכ"מ יקנה בממון שאינו ברשותו.

האו"ש בפ"י מזכיה בסוף ה"ב ד"ה ויש להסתפק מסופק בדין זה אי מהני מתנת שכ"מ בממון שאינו ברשותו. וכתב בשם מהר"ח או"ז דמהני. ומביא שהתשב"ץ כתב שדין זה תלוי במחלוקת ר"פ ור"א בסוגיין. וזה כדברי הקו"ש.

רשב"ם ד"ה במעמד שלשתן. כתב הרשב"ם בסוף הדיבור דאע"ג דמילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ מ"מ אפשר לתת מטבע במתנת שכ"מ אע"ג דליתא בהקנאה של בריא בקנין סודר מ"מ נחשב איתא בבריא כיון שאפשר להקנות מטבע במעמד שלשתן כמו שמהני מתנת שכ"מ במע"פ משום דאיתא בבריא במעמד שלשתן. דברי הרשב"ם לכאורה אינם מובנים אמנם מטבע אינו נקנה בקנין חליפין מ"מ מטבע איתא בבריא מפני שיכול להקנות מטבע במשיכה והגבהה. ורק לגבי מלוה שאינו נקנה בחליפין ולא בשום קנין אחר [חוץ מאגב לתוס' כאן ולרש"י בכתובות נ"ה] זה נחשב איתא בבריא רק משום דאיתא במע"ש. אבל מטבע שנקנה בהגבהה ומשיכה איתא בבריא גם בלי מע"ש. ועמד בזה הרש"ש ע"ש.

תוד"ה שכיב מרע. כתבו דאף שמע"פ נקנה אגב קרקע אין זה נחשב איתא בהקנאה של בריא שאינו נקנה בפנ"ע אלא אגב קרקע. דהיינו שלא מצאנו שבריא יכול להקנות מע"פ אלא רק כשהוא נטפל להקנאת הקרקע. ואין ללמוד מזה שיוכל שכ"מ להקנות מע"פ בפנ"ע. אך מה שכתבו ראה לזה שדירת בית יכול גם להקנות אגב הבית וכן פירות אגב הדקל אינו מוכן דדירת בית אינו נמכר אגב הבית אלא קונה את הבית וממילא הדירה שלו. וכן פירות דקל שלא באו לעולם אינם נקנים אגב הדקל שגם באגב אין אדם מקנה דשלב"ל. אלא קונה הדקל וממילא הפירות שיגדלו אח"כ הם שלו. ועמדו בזה בחי' רע"א כאן והאו"ש בפ"א מנחלות סוף ה"ג ד"ה ומה שרצו.

שם לימא איתא בבריא בהודאה. ונראה לי דהא לא חשיב איתא בבריא כיון דליתא כעין שהוא בשכ"מ בלשון מתנה וקנין. מדברי התוס' יש להביא ראה למה שדנים האחרונים בגדר קנין אודיתא. הקצה"ח בס' קצ"ד סק"ד כתב שאודיתא הוא קנין גמור מדרבנן ככל שאר קנינים דרבנן. ואדם הרוצה להקנות ממון שלו לחברו יכול להודות שהממון הוא של חברו ואע"פ ששניהם יודעים שאין הממון של חברו, וע"י הודאה זו הוא מקנה את הממון לחברו. וצריך בזה כונת מקנה וכונת קונה ככל קנינים. ומה"ט כתב הקצות שכמו שבשאר קנינים א"א להקנות דבר שאינו ברשותו כך בקנין אודיתא א"א להקנות ממון שאינו ברשותו. ומה שכתבו שגם מלוה נקנה באודיתא מבאר הקצות שהתוס' כאן ס"ל כשיטת בעה"מ שמלוה הוא ברשותו, ואפשר להקדיש מלוה, ולכן הוא נקנה בקנין אודיתא.

הקה"י בגליון הקצות בס' רצ"ד כתב שמדברי הרשב"א בתשובה ח"ד ס' נ' מבואר שאודיתא אינו קנין אלא הודאה. וכן מפורש בדברי הרשב"א בקידושין כ"ו: כמו שכתבנו בס"ד בקידושין שם. וכן מבואר ביד רמה כאן באות פ"ו דמלוה אינו נחשב איתא בבריא מחמת קנין אודיתא מפני שאין זה קנין אלא הודאה. עוד כתב הקה"י שגם מדברי התוס' בב"ב קמ"ח. מוכח שלא כדברי הקצות. וכונתו שאם אודיתא הוא קנין לא מוכן תירוצו התוס'. אלא מוכח דס"ל שאינו אלא הודאה ותירוצו הוא כתירוצו של הרמ"ה. וזה דלא כהקצות שכתב בדעת התוס' הזה שאודיתא הוא קנין.

שלו מכח הקנין שיש לו בדקל. אבל אם אין לקונה קנין בשאר הדקל אלא רק במקום צימוח הפירות אמאי סגי בזה שכל הפירות יהיו שלו מכח הקנין שיש לו בדקל. לכאורה היה צריך להיות שמכח קנינו בחלק מענפי האילן יהיו הפירות של שניהם וא"כ ההקנאה של שאר הפירות נשאר דשלב"ל.

הרמב"ם בפכ"ג ממכירה ה"א כתב דאף שאין אדם מקנה פירות דקל לחברו דהוי דשלב"ל אם מקנה הגוף לפירותיו זה הקנאה של דבר שבא לעולם שהרי הגוף בא לעולם. בה"ב כתב כיצד המוכר שדה לפירותיו קנה. בה"ג כתב הדין של המוכר עבד לקנס שהוא ספק בגיטין מ"ב: אם קנה או לא. ובה"ד כתב מוכר אילן לזה ופירותיו לאחר לא שייר מקום הפירות ואין לאחר כלום. ואם שייר פירותיו לעצמו הרי שייר מקום הפירות שלגבי עצמו בעין יפה משייר. דין זה מקורו מסוגיא דידן. וממה שמביא הרמב"ם דין זה אחרי שכתב הדין שגוף הפירות אינו נחשב דשלב"ל משמע שמקום פירות שנזכר כאן אין הכונה חלק מהענף מקום שממנו יוצאים הפירות כמבואר בתוס' וברשב"ם אלא מקום פירות היינו גוף לפירות. ונראה שזה כונת הב"י בס' ר"ט סע' ד' שמביא שיטת הרמב"ם שהוא כשיטת התוס' וכתב ע"ז וז"ל ופירוש התוס' כמחולק קצת מפירוש הרמב"ם ורבינו בענין אם שייר מקום צימוח הפירות וצ"ע עכ"ל. דהיינו שלתוס' מקום פירי היינו הענף במקום שממנו צומחים הפירות. ולרמב"ם מקום פירי היינו שנותן לו קנין בדקל לפירותיו. ולתוס' צ"ב כנ"ל אמאי סגי במקום צימוח הפירות הרי הפירות גדלים גם משאר האילן.

הקצה"ח בס' ר"ט סק"ב עמד בתוך דבריו בשאלה זו. דבריו קאי על מה שמבואר בשו"ע שם שעובר במעי בהמה הוי דשלב"ל וא"א למוכרו. וכתב ע"ז הרמ"א שפירות שחנטו נחשבים בא לעולם ואפשר למוכרו. ומבאר הקצות שהחילוק בין עובר לפירות שחנטו הוא שעובר כיון שהוא מכוסה נחשב כולו דבר שלא בא לעולם. וגם מה שקיים בשעת המכירה אינו במכירה. משא"כ פירות שחנטו מה שקיים בודאי איתא במכירה. אבל אין זה מספיק שיקנה מה שעתידי הפרי להוסיף שחלק זה הוא לא בא לעולם. ומה שהקונה הוא בעלים על הפרי שחנט אינו מספיק שממילא מה שמוסיף לגדול יהיה שלו, שהתוספת בא מכל האילן ולא רק מהפרי שחנט. ומבאר הקצות דכיון שחל מכירה על הפרי שחנט שהוא בא לעולם יכול להקנות יחד עם זה גם מה שעתידי להוסיף ואין לגבי זה חסרון של דבר שלא בא לעולם.

הקצות מביא ראיה לדבריו מכאן שכתבו התוס' שאם מקנה את מקום צימוח הפירות אין חסרון של דשלב"ל. וקשה הרי בעלות על חלק זה של האילן אינו מספיק שהוא לבדו יהיה בעלים על הפירות. אלא מוכח דכיון שחל הקנין על מקום הפירי מהני גם להקנות הפרי שעתידי לגדול ממקום זה ואין בזה חסרון של דשלב"ל. אמנם זה נראה היכא שהאילן נשאר שלו ומקנה את הפירות לאחר. אבל הכא דאיירי שמוכר את הדקל לאחד והפירות לאחר או שמוכר את הדקל ומשייר הפירות לעצמו בזה לכאורה אין תירוצו של הקצות מספיק כמו שיבואר בס"ד בסמוך.

לעצמו מאי. לשיטת התוס' הספק הוא בנותן דקל לאחר ומשייר את הפירות לעצמו האם הוא משייר רק פירות ולא מהני השיור, דכשם שאין אדם מקנה דשלב"ל כך אינו משייר דשלב"ל או דלמא הוא משייר לעצמו מקום הפירות והוי שיור בדבר שבא לעולם. מה דפשיטא להו לתוס' שיש חסרון של דשלב"ל לגבי שיור הוא ממה שהביאו מלעיל ס"ג. שהגמ' שואלת על בן לוי שאמר לישראל שדה זה אני מוכר לך ע"מ שמעשר ראשון שלי מע"ר שלו ואמאי הרי זה שיור בדבר שלא בא לעולם.

יכול למחול. עיין מה שכתב בזה האו"ש בפ"י מזכיה ה"ב ד"ה והנה.

דקל לאחר ופירותיו לאחר. כתב הרשב"ם דאיירי בשכ"מ שנותן דקל לאחד בלי הפירות, ונמלך וחזר ונתן את פירות הדקל לאחר. ומספקא לגמ' אם כשנותן את הדקל לראשון בלי הפירות הוא שייר גם את ענפי האילן שבהם גדילין הפירות דהיינו מקום הפירות. וא"כ גם כשנותן אח"כ את הפירות לשני מקום הפירות נשאר של הנותן והוי מתנת שכ"מ במקצת. או דלמא כשנותן לראשון את הדקל הוא נתן לו גם את מקום הפירות וא"כ כשנותן את הפירות לשני לא נשאר ברשות השכ"מ כלום והוי מתנת שכ"מ בכולו.

השיטה בשם תוס' הרא"ש תמה על הרשב"ם אם לא נתן לבעל הפירות את מקום הפירות איך קנה בעל הפירות את הפירות הרי זה דבר שלא בא לעולם. ולכאורה נראה שרשב"ם איירי בדקל שכבר יש בו פירות בזמן הנתינה ולכן מקבל הפירות קונה גם אם לא נתנו לו את מקום הפירות. ורק לפירוש התוס' איירי בדקל שאין בו פירות והפירות הם דשלב"ל.

מה שכתב הרשב"ם דאיירי בנמלך מבאר המהרש"א שאם מתחילה כשנותן לראשון את הדקל היה בדעתו לתת לשני את הפירות אין צד לומר ששייר מקום הפירות לעצמו. ורק בנמלך שבתחילה חשב להשאיר לעצמו את הפירות יש צד שבכלל שיור הפירות הוא משייר גם את מקום הפירות, וגם אח"כ כשנמלך ונתן את הפירות לשני מקום הפירות נשאר לנותן. אך א"כ צ"ע בהמשך דברי הגמ' את"ל דקל לאחד ופירותיו לאחר שאינו משייר מקום פירי, דקל לאחר ושייר פירותיו לעצמו הוא כן משייר מקום פירי לעצמו דכל לגבי נפשיה בעין יפה משייר. הרי גם בתחילת דברי הגמ' כשנותן הדקל לראשון הוא שייר את הפירות לעצמו שהרי הוא נמלך ובשעה שנותן הדקל לראשון לא היה בדעתו לתת את הפירות לשני. ועמדו בזה המהרש"א והמהר"ם. ובשלמא לפירוש השני של הרשב"ם דלא גרסינן שייר לעצמו מהו אלא חוץ מפירותיו מהו דהיינו שהספק הוא אם אמר יתור לשון זה מגלה שמשייר גם את מקום הפירות או לא. אבל לגרסא שהספק הוא מפני שמשייר לעצמו קשה שגם בתחילת דברי הגמ' השיור הוא לעצמו כיון דאיירי בנמלך.

שיטת התוס'. לתוס' איירי בדקל שאין בו עכשיו פירות והספק הוא אם כשנותן את הדקל לאחד ופירות לאחר הוא נותן לשני רק פירות לבד והוי דשלב"ל. או דלמא מקום הפירות אינו בכלל הדקל והוא בכלל הנתינה לשני וחשיב בא לעולם כיון שקונה קנין בדקל במקום שגודל ממנו הפירות. הרמ"ה באות פ"ז מוסיף שלצד שאינו משייר מקום פירי וזה בכלל הנתינה לראשון ואין השני קונה את הפירות משום דהוי דשלב"ל ממילא הפירות הם של הראשון כיון שגדלו בדקל שלו.

ומה שיש צד לומר שנותן לשני גם את מקום הפירות יותר מכל מקנה פירות לחברו דהוי דשלב"ל ואינו קונה ולא אמרינן שבכלל הקנאת הפירות גם מקום הפירות מבאר הרשב"א דהכא שאני שאמר דקל לראשון ויש צד לומר דקאי גם על השני שהדקל לראשון והדקל, דהיינו מקום הפירות, והפירות לשני.

בלשון התוס' מבואר שמקום פירי היינו מקום צימוח הפירות. וכן כתב הרשב"ם שמקום פירי היינו ענפי האילן שבהם גדלים הפירות. ויש לעיין אמאי סגי בהקנאת מקום האילן שממנו יוצאים הפירות כדי שלא יהיו הפירות דשלב"ל הרי אין הפירות גדלים ממקום זה לבד אלא מכל האילן. ובשלמא אם מקנה דקל לפירות היינו שיש לקונה קנין בכל הדקל לפירותיו קנין זה מספיק שיהיו כל הפירות

הריטב"א מקשה מה מספקא לגמ' במשייר פירות לעצמו הרי מפורש לעיל קל"ו. הכותב כל נכסיו מהיום ולאחר מיתה דהיינו גוף מהיום ופירות לאחר מיתה. הרי דמהני מה שמשייר לעצמו פירות ואין זה נחשב שיוור בדשלב"ל וע"כ משום שמשייר גוף לפירות. וכתב הריטב"א דהתם שאני שלא הזכיר הגוף. דהיכא שאומר דקל לפלוני ומשייר לעצמו פירות י"ל שלא שייר בדקל כלום שהרי אמר דקל לפלוני. משא"כ בגוף מהיום ופירות לאחר מיתה לא הזכיר את הגוף כלל אלא אמר שמקנה מהיום ולאחר מיתה, וזה מתפרש גוף מהיום ופירות לאחר מיתה.

הובא לעיל קל"ו. מחלוקת רע"א במה"ת ס' פ"ח והבית מאיר. שהב"מ ס"ל שגוף מהיום ופירות לאחר מיתה היינו שקונה את הגוף מעכשיו, ואת קנין הפירות הוא קונה בשעת מיתה. ואף שאין קנין לאחר מיתה כיון שעיקר הקנין של הגוף הוא מחיים יכול השלמת הקנין פירות לחול בשעת מיתה. ורע"א חולק וס"ל שאין קנין הפירות חל אחר מיתה אלא שמקנה מעכשיו הכל חוץ מהפירות של כל ימי חייו שאת זה הוא משייר. הב"מ מביא ראיה לדבריו שאינו משייר פירות אלא קנין הפירות חל אחר מיתה מהכא דמספקא לגמ' במשייר פירות לעצמו אם משייר גוף לפירות ומהני או שאינו משייר אלא פירות בלי גוף והוי שיוור של דשלב"ל ולא מהני. ואי אמרינן שבגוף מהיום ופירות לאחר מיתה הכל נקנה מעכשיו אלא שהוא משייר לעצמו פירות של ימי חייו א"כ נפשוט משם הספק של הגמ' כאן שמשייר גם מקום פירות דאל"כ זה שיוור של דשלב"ל. וזה קושית הריטב"א כנ"ל.

אמנם דברי הב"מ בזה לכאורה אינם מובנים שגם לדבריו שקנין הפירות חל אחר מיתה הקנאת הגוף הוא עם שיוור של הפירות. ואדרבה לרע"א הוא משייר רק פירות של ימי חייו ופירות של אחר מיתה הם בכלל המכירה הראשונה. ולב"מ הוא משייר גם פירות של אחר מיתה וע"ז הוא עושה הקנאה נפרדת. ואם יש ראיה משם שמי שמשייר פירות משייר גוף לפירות הראיה היא ראיה גם לשיטת הב"מ. וע"כ צ"ל שאין ראיה משם כמו שמבאר הריטב"א. וממילא אין להביא ראיה מהריטב"א שהקשה משם דס"ל כרע"א ולא כהב"מ שגם לב"מ צריך להגיע לתירוצו של הריטב"א.

תוד"ה אנן. כתבו דבע"מ פשיטא לגמ' והספק הוא רק בלשון חוץ. עיין ברשב"א שע"מ הוא לשון שיוור בגוף יותר מחוץ.

כל לגבי נפשיה בעין יפה משייר. נחלקו הראשונים בביאור ענין זה. הראב"ד מקשה אם מיירי בשכ"מ אין השיוור לנפשיה שהמתנה חלה במיתת השכ"מ וא"כ השיוור אינו של השכ"מ אלא של יורשיו ואמאי חשיב לגבי נפשיה. ולמד מזה הראב"ד דלא איירי הכא בשכ"מ אלא במתנת בריא. וכתב ע"ז הרשב"א דלעולם איירי בשכ"מ ומה שאמרו כל לגבי נפשיה בעין יפה משייר אינו דוקא כשהשיוור הוא לעצמו אלא כשנותן לאחר אינו נותן בעין יפה אבל מה שמוציא מכלל נתינתו חשיב כמשייר לעצמו ובזה השיוור הוא בעין יפה. דהיינו שהראב"ד מפרש מה שמשייר בעין יפה מפני שהשיוור הוא לעצמו. והרשב"א מפרש שמה שאינו בכלל הקנין נחשב לגבי נפשיה. דמה דאמרינן שלגבי נפשיה הוא משייר בעין יפה אינו מפני שדואג לעצמו יותר מלאחרים אלא מפני שזה שיוור ולא נתינה. והיינו משום דאין לך בו אלא חידושו ומה שלא ראינו שיש עליו נתינה אינו בכלל המתנה.

בעיקר הדבר דלא מהני שיוור בדשלב"ל לכאורה פשוט שאין זה נוגע למחלוקת ר"מ ורבנן אם אדם מקנה דשלב"ל או לא שאפי' לר"מ שאדם מקנה דשלב"ל אין אדם משייר דשלב"ל. שעכשיו אין מה לשייר כיון שעדיין אין הפירות בעולם. וכשיבואו הפירות לעולם הרי הם של מי שהגוף שלו. וכ"כ הקה"י בכורות ס' א' ד"ה וכ"ז שגם למ"ד שאדם מקנה דשלב"ל אינו יכול לשייר דשלב"ל. שגם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל אין הקנין חל עד שיבא לעולם ואז זוכה בו המקנה וחל הקנין. אבל המוכר דקל ומשייר פירות לעצמו אין לשיוור עכשיו על מה לחול כיון שעדיין אין פירות בעולם. וכשיבואו הפירות לעולם הם של הקונה שהוא בעל הדקל, ומכאן מה יהיו הפירות של המוכר.

אמנם בדברי התוס' לעיל ס"ג. ד"ה ואמאי מבואר דס"ל שלמ"ד שאדם מקנה דשלב"ל ה"ה שאדם משייר דשלב"ל. והדברים לכאורה אינם מובנים ועמד בזה האבי עזרי בפכ"ג ממכירה ה"ד בד"ה ונראה בסוגריים ע"ש. וגם הקו"ש באות תקכ"ג כתב שמשמע מלשון הגמ' לעיל ס"ג. ששיוור בדשלב"ל תלוי בהקנאה של דשלב"ל ולמ"ד שאדם מקנה דשלב"ל ה"ה שאדם משייר דשלב"ל. ותמה הקו"ש למה יועיל השיוור לר"מ בדשלב"ל הרי אין לו עכשיו מה לשייר. וכתב שמשמע מזה ששיוור אינו שמוציא חלק זה מכלל ההקנאה לחברו אלא זה כעין הקנאה לעצמו. וכשמוכר דקל ומשייר פירות הרי זה כמוכר דקל לאחר ופירות לעצמו. והדברים לכאורה אינם מובנים שגם אם השיוור הוא הקנאה לעצמו אינו יכול להקנות פירות דקל לר"מ אא"כ הדקל נשאר שלו. אבל אם מוכר את הדקל לאחר אינו יכול למכור את הפירות שיבואו לעולם אח"כ לאחר שפירות אלו מעולם לא היו שלו. וא"כ אינו יכול למכור דקל לאחר ולהקנות את הפירות לעצמו. ועוד תמוה מה שמקשה הקו"ש בעצמו באיזה קנין הוא מקנה לעצמו את הפירות.

הובא לעיל דברי הקצה"ה בס' ר"ט סק"ב שמקשה אמאי סגי במשייר מקום צימוח הפירות הרי הפירות גודלים מכל הדקל ולא רק ממקום זה. וכתב הקצות דכיון שהמקום שממנו יוצא הפרי הוא בא לעולם מהני ההקנאה יחד עם מקום זה גם לפרי העתיד לצאת ממקום זה ואין בזה חסרון של דשלב"ל. אך זה ניחא היכא שהדקל נשאר שלו ומוכר הפירות לאחר. בזה י"ל דכמו שלר"מ אדם מקנה פירות דקל שעתידים לבא לרשותו כך לדידן כשמקנה פירות דקל עם מקום הפירות שהוא בא לעולם אין חסרון של דבר שלא בא לעולם גם לגבי הפירות. אבל כשמקנה הדקל לאחר והפירות לאחר או שמשייר את הפירות לעצמו שגם לר"מ אינו יכול לשייר את הפירות שעכשיו אין לשיוור על מה לחול. וכשיבואו הפירות לעולם הרי הם של בעל הדקל ובמה יזכה בהם מי שאינו בעלים על הדקל. א"כ בזה גם אם מקנה או משייר מקום הפירות אכתי אין זה מספיק שיועיל השיוור לפירות שעתידים לגדול משאר האילן. א"כ לגבי שיוור אכתי קושית הקצות במקומה עומדת למה סגי בשיוור מקום פרי. אמנם למה שמבאר בתוס' בדף ס"ג. שלר"מ אפשר גם לשייר דשלב"ל א"כ ניחא גם דברי הקצות אבל זה גופא צ"ב כמו שנתבאר.

עוד כתב הקה"י שם שמה שדנים האחרונים אם הא דאין אדם מקנה דשלב"ל הוא משום חסרון בסמיכות דעת או חסרון בכח ההקנאה על ממון שעדיין אינו שלו, הוא רק לגבי הקנאת דשלב"ל, אבל לגבי שיוור בדבר שלא בא לעולם לא יתכן שיהיה חסרון של סמיכות דעת, שהקנאה של ממון צריך סמיכות דעת אבל שיוור אינו חלות אלא מניעה מעשיית חלות, ובזה לא בעינן סמיכות דעת. אלא בזה לכו"ע החסרון הוא שאין לשיוור על מה לחול.

דף קמח:

אינו חוזר אלא באחרון. כתבו רע"א בגליון השו"ע ס' ר"נ וכן הנתיבות שם סק"ד שזה דוקא כשנתן לראשונים עם קנין. שאם לא היה קנין בטלה מתנת הראשונים שמשכ"מ במקצת בעי קנין. ואם הראשונים בטלו א"כ גם האחרון הוא במקצת ואמאי חוזר באחרון. אע"כ שהראשונים היו עם קנין ומתנתם קיימת וממילא האחרון היה משכ"מ בכולו.

שמא יש לו נכסים במדינה אחרת. הקשו הראשונים אמאי מקיימים את המתנה בגלל חשש שמא יש לו נכסים במדינה אחרת והוי מתנת שכ"מ במקצת ואם עמד אינו חוזר, נוקמא אחזקת מ"ק ומספק נימא שאין לו נכסים במדינה אחרת והוי מתנת שכ"מ בכולו ואם עמד חוזר. וכתב הרא"ש שהדין של אם עמד חוזר הוא מכח אומדנא ואין אומדנא מבטלת מקח אלא כשיש ודאי אומדנא. ויש לבאר דברי הרא"ש בב' אופנים ושניהם מבוארים בדברי רבינו יונה כאן. א. כיון שיש ודאי מתנה וספק אומדנא אין ספק אומדנא מוציא מודאי מתנה. ב. מה שאין בביטול המתנה ע"י אומדנא משום דברים שבלב כתבו התוס' בכמה מקומות שהוא משום דהוי אומדנא דמוכח והוי בלבד ובלב כל אדם. וזה שייך רק כשברור שיש אומדנא אבל במקום שיש ספק אם יש אומדנא או לא גם על הצד שיש אומדנא אין זה מוכח וחשיב דברים שבלב.

הקצה"ח בס' ר"נ סק"ה כתב שכונת הרא"ש דהוי דברים שבלב כיון שאין אומדנא דמוכח. וזה כפירושו השני של רבינו יונה. אך אין הכרח לפרש כן ברא"ש ד"ל שכונתו כפירושו הראשון של רבינו יונה שאין ספק אומדנא מוציא מודאי מתנה.

הרמב"ן והרשב"א כתבו בשם הרב אב"ד שמה שחוששים שמא יש לו נכסים במדינה אחרת הוא משום שפירט הנכסים שיש לו ולא אמר כל נכסי וזה מוכיח שיש לו עוד נכסים. וכתב הרשב"א שלדבריו דין זה נאמר רק כשנתן כל נכסיו לאדם אחד אבל אם חילק לכמה אנשים אינו יכול לומר כל נכסי שצריך לפרט מה הוא נותן לכל אחד. עוד כתב הרשב"א בשם הראב"ד דאירי שאמר נכסי ולא אמר כל נכסי ומדלא אמר כל נכסי משמע שיש לו עוד נכסים שאינם בכלל המתנה.

נמצא מחלוקת ראשונים במתנת שכ"מ שיש בו ספק אם חילק כל נכסיו או מקצת נכסיו אם עמד חוזר מספק או לא. לרא"ש ורבינו יונה אין ספק אומדנא מבטל ודאי מקח ואינו חוזר עד שיהיה ודאי משכ"מ בכולו. ולרב אב"ד והראב"ד כשיש ספק מעמידים את הנכסים בחזקת מ"ק ומספק יכול לחזור ולבטל את המתנה. ושאני הכא שיש הוכחה שיש לו עוד נכסים מדלא אמר כל נכסי.

נ"מ ממחלוקת זו לענין קושית התוס' בד"ה חיישינן שהקשו סתירה ממה דאמרינן הכא דחיישינן שמא הוי מתנה במקצת למה שהקשו לעיל ודלמא עיוני קמעין, דהיינו דאף שנראה כנמלך וא"כ הראשונים הם מתנת שכ"מ במקצת ואם עמד אינו חוזר מ"מ הקשו אולי אינו נמלך אלא עיוני קמעין והוי כמחלק שדינו כמתנת שכ"מ בכולו שאם עמד חוזר. הרי שמספק מבטלים את המתנה. לשיטת הרב אב"ד והראב"ד לק"מ שבכל ספק מעמידים על חזקת מ"ק ושפיר פריך לעיל דלמא עיוני קמעין ושאני הכא דאיכא הוכחה מדלא אמר כל נכסי. משא"כ לרבינו יונה והרא"ש שמספק מקיימים את המתנה קשה קושית התוס' וצ"ל כתיורן התוס'.

בספק של הגמ' בסמוך הקדיש כל נכסיו ועמד מהו פסק הרא"ש שאינו חוזר. וזה לשיטתו דס"ל שאין ספק אומדנא

מבטל ודאי מתנה. אבל הרמב"ם בפ"ט מזכיה הי"ט פסק שחוזר מספק. ויקשה על הרמב"ם מאי שנא מהא דחיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת. וי"ל שהרמב"ם יפרש כהרב אב"ד והראב"ד ששם יש הכרח שיש לו עוד נכסים אבל היכא דאיכא ספק מעמידים הנכסים בחזקת מ"ק ואם עמד חוזר.

עוד י"ל שהרמב"ם מחלק בזה בין ספק במציאות לספיקא דדינא. שהקו"ש באות תק"ל ותקל"ב כתב שמה שכתב רבינו יונה דהיכא דאיכא ספק אומדנא אין זה נחשב אומדנא דמוכח והוי דברים שבלב י"ל שזה דוקא כשיש ספק במציאות אבל בספיקא דדינא על הצד שיש אומדנא זה אומדנא דמוכח. א"כ י"ל שהרמב"ם ס"ל כטעם זה לכן הוא מחלק בין ספק שמא יש נכסים במדינה אחרת שהוא ספק מציאות לספק של הקדיש כל נכסיו שהוא ספיקא דדינא.

הקו"ש באות תק"ל מקשה מכתובות ע"ב. קדשה סתם וכנסה סתם דהוי ספק אם מקפיד במומין או לא, ומבואר שם שצריכה גט מספק דהוי ספק איסורא ואינה מקבלת כתובה דהוי ספק ממונא. ואמאי לא אמרינן התם שאין ספק אומדנא מבטל ודאי קידושין. וכתב הקו"ש שלטעם דספק אומדנא הוי דברים שבלב י"ל שזה דוקא בספק שמא יש לו נכסים במדינה אחרת דהוי ספק במציאות. משא"כ הספק של קדשה סתם וכנסה סתם שהוא ספק קבוע ואינו משתנה מאחד לשני נידון כספיקא דדינא. ובזה אין חסרון של דברים שבלב. אך לטעם של אין ספק מוציא מידי ודאי קשה אמאי לא אמרינן הכי התם.

הגרש"ר וצ"ל בזכרון שמואל ס' מ"ו כתב לחלק בין האומדנא של שכ"מ שהוא אומדנא על תנאי לבין הספק לגבי מומין שהוא ספק מקח טעות. דתנאי מילתא אחריתי וגם על הצד שיש תנאי יש מקח עם תנאי המבטלו. ולגבי זה אמרינן שאין ספק תנאי מבטל ודאי מקח. אבל כשיש צד של מקח טעות על הצד שיש טעות אין מקח כלל א"כ ספק מק"ט הוא ספק מקח ולא אמרינן בזה אין ספק מוציא מידי ודאי. ותמה שם על דברי רע"א דס"ל במה"ט ס' נ"א שכל מק"ט הוא מכח דין תנאי, וכתב מה"ט שבחופה דליתא בשליחות וליתא בתנאי אין גם הדין של מק"ט ע"ש.

הא דמבואר בגמ' שחוששים שמא יש לו נכסים במדינה אחרת והוי מתנת שכ"מ במקצת היינו לענין הדין של אם עמד חוזר. אמנם יש עוד נ"מ בין מתנת שכ"מ בכולו למתנת שכ"מ במקצת לענין אם נקנה בדיבור בלי מעשה קנין כשמת ולא עמד. ולא נתבאר בגמ' אם גם לענין זה חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת ואם מת לא קנה בלי קנין או שלגבי זה לא חיישינן וקנה המקבל כשמת הנותן בלי קנין.

המ"מ בפ"ח מזכיה ה"כ כתב שכל מה שחוששים שמא יש לו נכסים במדינה אחרת ויש לזה דין של משכ"מ במקצת הוא רק לענין הדין של שאם עמד אינו חוזר, שלתועלת המקבלים אמרינן שמא הוי מתנת שכ"מ במקצת. אבל לגבי הנידון אם כשמת קונה המקבל בלי קנין או לא כל זמן דלא חזינן דהוי במקצת לא חיישינן ודינו כמתנת שכ"מ בכולו שנקנה כשמת הנותן בדיבור בלי קנין. והדברים לכאורה אינם מובנים שאם חוששים שיש נכסים במדה"י לענין לקיים את המתנה נגד חזקת מ"ק כ"ש שיש לחוש לגבי לבטל את המתנה ולהעמידו בחזקת מ"ק. ולרמב"ן והרשב"א בשם הראב"ד שיש ראייה שיש לו עוד נכסים, אם סומכים על ראייה זו נגד חזקת מ"ק כ"ש כשזה מסייע לחזקתו. וכן לרא"ש ורבינו יונה שאין ספק אומדנא מבטל ודאי מתנה כשהספק הוא אם קנה בדיבור או לא זה ספק בעיקר המתנה ובודאי מספק נשאר הממון בחזקת המ"ק.

הב"ח מגיה בדברי הרשב"ם ולדבריו הרשב"ם ס"ל כראשונים הנ"ל. אמנם לכאורה אין צורך להגיה את דברי הרשב"ם שגם ברבינו יונה מבואר דס"ל שכולו לשני היינו שנתן לשני את כל הנכסים כולם ולא כראשונים הנ"ל.

רבינו יונה כתב על מקצתן לראשון וכולן לשני שמבואר בגמ' שאם עמד הראשון קנה דהוי מתנה במקצת שאינו חוזר דע"כ איירי עם קנין שבלי קנין אינו קונה אלא כשהמתנה היא בכל הנכסים. ומקשה רבינו יונה כיון דאיירי שנתן לראשון עם קנין אינו יכול לחזור מהראשון א"כ אמאי קונה השני כשנתן לו כולו ומת הרי אותו חלק שנתן לראשון אין השני קונה דלא מהני חזרה ממתנת שכ"מ במקצת עם קנין. וכיון שבטל חלק ממתנתו של השני בטלה כולה כדין קני את וחמור שיש מ"ד דס"ל שלא קנה כלום. ומבואר דפשיטא ליה לרבינו יונה שכולו לשני זה כולו ממש כולל מה שכבר נתן לראשון.

רבינו יונה מישב בב' אופנים א. קאי כמ"ד קנה מחצה. ב. מה שיש מ"ד שבאת וחמור אינו קונה כלום היינו כשהחצי אינו ראוי לקנין כלל כמו באת וחמור. משא"כ הכא כל הממון ראוי לשני אלא שכבר ניתן לראשון, בכה"ג לכו"ע קנה מחצה.

תירוצו השני של רבינו יונה הוא כשיטת רש"י בקידושין נ"א. דמה דאמרין לגבי מקדש שתי אחיות קני את וחמור היינו דוקא כשקידש את שתי האחיות שבזה קידושי האחת בטלים בגלל הערורה של אחת אשתו וכיון שאינה ראויה כלל לקידושין בטל גם הקידושין של שאר הנשים. אבל אם מקדש אחת משתי אחיות שבזה ביטול הקידושין הוא בגלל הדין של קידושין שאינן מסורים לביאה בזה אין הביטול של אחת גורם לבטל קידושי שאר הנשים. והובא לעיל קמ"ג. שהאב"מ בס' מ"א סק"ג מבאר שרש"י ס"ל שמה שהביטול של חלק מבטל הכל למ"ד שבקני את וחמור לא קנה כלום הוא רק באופן שהחלק שלא חל אינו ראוי כלל. אבל היכא שמצד עצמו הוא ראוי שיחול בו אלא שאינו חל מחמת חסרון צדדי בזה אין הביטול של חלק גורם לבטל את החלק השני. ויסוד זה מבואר בדברי רבינו יונה כאן.

האו"ש בפ"ט מזכיה הי"ח מביא שהמחנ"א בזכיה ס' א' דן במי שנתן בית במתנת שכ"מ ונמצא אח"כ שחלק מהבית אינה שלו אם בטל כל המתנה כדין את וחמור או לא. וכתב האו"ש שלרשב"ם מפורש כאן בגמ' דלא אמרינן בזה את וחמור שברשב"ם מבואר שכולו לשני היינו גם מה שנתן לראשון וחלק זה אין השני קונה שאינו יכול חזור ממה שנתן לראשון עם קנין. וכדברי האו"ש מפורש ברבינו יונה שעמד בשאלה של קני את וחמור וכתב שכאן לכו"ע קנה מחצה כנ"ל.

המל"מ בפ"ח מזכיה ה"כ כתב בשם שו"ת הרשב"א תירוצו נוסף על שאלת הראשונים אמאי חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת ולא מעמידים את הממון בחזקת מ"ק, דכיון שהקנה השכ"מ עם קנין מוכח שאין זה מתנת שכ"מ בכולו. וכתב המל"מ שלדברי הרשב"א יהיה הדין כמו שכתב המ"מ שאם לא היה קנין ומת הנותן לא חוששים שמא יש לו נכסים במדינה אחרת שכל החשש הוא מפני שעשה קנין משא"כ כשלא היה קנין לא חיישינן שמא יש לו עוד נכסים. אבל פשוט שאין זה כונת המ"מ שכתב לחלק בין כשהספק הוא לתועלת המקבל לבין כשהוא לתועלת הנותן. וזה לכאורה אינו מובן דאיפכא מסתברא שחזקת מ"ק מסייע לנותן.

נמצא התירוץ אמאי חוששים שמא יש לו עוד נכסים. א. לרא"ש אין ספק מוציא מידי ודאי. ב. לרבינו יונה ספק אומדנא הוי דברים שבלב. ג. לרב אב"ד מדפירט ולא אמר כל נכסי ראייה שיש עוד נכסים. ד. לראב"ד מודאמר נכסי ולא כל נכסי ראייה שיש עוד נכסים. ה. לרשב"א בתשובה מדהקנה בקנין ולא סמך על דברי שכ"מ מוכח שאין זה משכ"מ בכולו.

חזרה במקצת הוי חזרה בכולה או לא. הספק הוא באומדנא אם כשחוזר ממקצת המתנה כונתו לחזור מכולו או לא. כגון שנתן הכל לראשון ואח"כ נתן מקצת לשני אם כשאומר מקצת לשני הכונה מקצת לשני והשאר ליורשיו או שמקצת לשני והשאר לראשון. אבל אין צד שמדינא מתנת שכ"מ שבטלה מקצתה בטלה כולה. ומה"ט כתב הריטב"א שאם מפרש שחוזר רק ממקצת ולא מהכל פשוט שהמתנה לראשון קיימת לגבי מה שלא היה חזרה.

עוד כתב הריטב"א שנחלקו הראשונים לצד שחזרה ממקצת הוי חזרה מכולה אם המתנה הראשונה היתה לשני בנ"א וחזר מאחד מהם אם גם בזה אמרינן שחזרה ממקצת הוי חזרה מכולה או שרק כשנתן הכל לאחד ואח"כ חזר ממקצת אמרינן שכולל בזה חזרה מכל מה שנתן לראשון.

עוד כתב הריטב"א שלצד שחזרה ממקצת לא הוי חזרה מכולה אף שמתברר אחרי החזרה שהמתנה לראשון אינה אלא במקצת נכסיו מ"מ דינו כמתנת שכ"מ בכולו שאם עמד חוזר דאזלינן בתר שעת נתינת המתנה ואז זה היה מתנה בכל נכסיו.

מקצתן לראשון וכולן לשני. הרי"ף והרא"ש והג"י פירשו שכולן לשני היינו כל מה שנשאר אחרי הנתינה לראשון. אבל אין בזה חזרה ממה שנתן לראשון. מדברי הרשב"ם בד"ה ה"ע מסתברא שכתב מקצתן לראשון וחזר בו ונתן כולו לשני מבואר שלא פירש כן אלא שנתן לשני כל הנכסים כולם כולל מה שנתן בתחילה לראשון. אך