הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר משפטים

אבן האזל על משנה תורה, הלכות נחלות

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות נחלות

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-נחלות/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה 20261120031739-v39 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ט 4
הלכה יג 10
פרק ב 14
הלכה ז 14
הלכה יג 17
פרק ג 18
הלכה א 18
הלכה ב 20
פרק ד 24
הלכה ו 24
פרק ה 28
הלכה ד 28
הלכה ז 32
פרק ו 35
הלכה א 35
פרק ז 37
הלכה א 37
הלכה ג 39
הלכה ד 40
פרק ט 44
הלכה ט 44
פרק י 49
הלכה ה 49
הלכה ו 50
פרק יא 51
הלכה ז 51
הלכה ט 53

פרק א

הלכה ט

כבר בארנו בהלכות אישות שאין הבעל יורש את אשתו עד שתכנס ברשותו, ושאין הפקח יורש את החרשת שנשאת כשהיא חרשת אפילו נתפקחה, ושם בארנו שהוא יורש את נכסי אשתו שבאו לרשותה והוחזקו בין נכסים שהכניסה לו בנדוניתה, בין נכסים שלא הכניסה, ומי שנתגרשה ספק גירושין ומתה אין הבעל יורשה.

אפילו נתפקחה, כתב הלח"מ קשה דבפ' כ"ב מהל' אישות כתב אבל הפקח שנשא חרשת אם מתה לא ירשנה, וכתב המ"מ זה למד רבינו ממה שאמרו שאין לה כתובה כנזכר פרק י"א וכשם שאין לה כתובה כך אינו יורשה, ולפי מה שכתב כאן אי אפשר לטעם זה דהא כתב כאן דאפי' נתפקחה, והא ודאי יש לה כתובה, וכמש"כ רבינו שם בפ' י"א, ואם כנס החרשת ונתפקחה יש לה כתובה, ואף דכתב המ"מ דכונתו ברוצה לקיימה דוחק לומר דהכא איירי באינו רוצה לקיימה דסתמא קאמר הכא וצ"ע עכ"ל. והנה שם כ' המ"מ פי' דברי רבינו הוא ברוצה לקיימה אחר שנתפקחה ולמד זה ממה שאמרו שם חרש שוטה שנשאו נשים פקחות, אע"פ שנתפקח החרש ונשתפה השוטה אין לה עליהן כלום, ואם רצו לקיימן יש להם כתובה מנה, וכתב רבינו דה"ה לפקח שנשא חרשת ונתפקחה שיש לה כתובה מנה, ודבר ברור הוא שאיך תהי' בת דעת ותשב עם בעלה פקח בלא כתובה עכ"ל, לפי"ז נוכל לומר דמה שכתב המ"מ בפ' כ"ב לדין ירושה דפקח שנשא חרשת אם מתה לא יירשנה שלמד מדין כתובה, למד זה דלא נימא דכיון שתיקנו לה נשואין נעשית אשתו גמורה מדרבנן ויורשה, לזה כתב כיון דאין לה כתובה א"כ אינה אשתו גמורה מדרבנן, ואף שהרמב"ם כתב שם והחרשת אע"פ שיש לה נשואין מדבריהם לא תיקנו לה כתובה כדי שלא ימנעו מלשאת אותה, א"כ יש טעם מפני מה לא תיקנו לה כתובה, מ"מ סובר המ"מ דכיון דעכ"פ אין לה כתובה אינה אשתו גמורה מדרבנן גם לדין ירושה, כיון שהיא אין לה זכותים עליו יהי' מאיזה טעם שיהי', גם הוא אין לו זכות עליה גם לדין ירושה, וכל זה בלא נתפקחה, אבל אם נתפקחה הרי כתב המ"מ טעם שאיך תהיה בת דעת ותשב עם בעלה פקח בלא כתובה, וכונתו דכיון שאמרו דמי שיושב עם אשתו בלא כתובה הרי זה בעילת זנות וטעמא שחכמים תיקנו לאשה כתובה כדי שלא תהי' קלה בעיניו להוציאה, דאם אין עליו חיוב כתובה ויכול להוציאה כל זמן שירצה אינה אשתו קבועה והוי כמו שיושב עם פלגש, ונמצא שזהו טעם שע"כ אחר שנתפקחה אם יושב עמה ע"כ דעתו להתחייב לה בכתובה כמו שנתחייב כל הנושא אשה, אבל לענין דין ירושה כיון דבתחלת הנשואין כשהיתה חרשת

לא היה נשואין גמורים שתהי' אשתו גמורה לענין כתובה, וממילא אינו יורשה, לכן גם אם נתפקחה אף דעכשיו ע"כ מתחייב לה בזה שיושב עמה שיהי' עליו חיוב כתובה, משום דבלא כתובה הוי כמו בעילת זנות, מ"מ לדין ירושה כל זמן שלא היו נשואין חדשים לשם נשואין לא נתחדש גדר הנשואין שלהם ואינה אשתו גמורה, כיון דחכמים לא תיקנו בתחילת הנשואין שתהי' אשתו גמורה מדבריהם ואינה יורשה, גם עכשיו שנתפקחה אינה יורשה אף שנתחייב לה כתובה.

אכן בני הרב הגאון ר' צבי יהודה שי' העיר דמפשטות דברי הרמב"ם שכתב ואם כנס החרשת ונתפקחה יש לה כתובה לא משמע כדברי המ"מ שכתב דכונתו ברוצה לקיימה, דכיון שסתם דבריו משמע דתיכף משנתפקחה אפי' מת תיכף או גירשה תיכף, אף שלא גילה דעתו שרוצה לקיימה, יש לה תיכף כתובה, ובטעמא דמילתא יש לומר ע"פ מה שכתב הרמב"ם שם בפ' י"א מהל' אישות הל' ד' וז"ל והחרשת אע"פ שיש לה נשואין מדבריהם לא תיקנו לה כתובה כדי שלא ימנעו מלשאת אותה, ובאותה הלכה כתב אח"כ ואם כנס החרשת ונתפקחה יש לה כתובה ותנאי כתובה וכתובתה מנה, ומבואר דסובר הרמב"ם דמעיקר היה מן הדין שתהי' גם לחרשת כתובה כיון שיש לה נשואין מדבריהם, ומה שאין לה כתובה הוא רק לטובתה שלא ימנעו מלישא אותה והוא בגמ' ביבמות דף קי"ג, וא"כ אם נתפקחה כיון דבסברא מרוצה הבעל מזה שנתפקחה, ולכן דוקא בעודה חרשת לא תיקנו לה כתובה משום שבדוחק נשא אשה כזו, אבל להתחייב לה כתובה שיהי' לו קשה לגרש אותה בזה לא הי' מרוצה, אבל לאחר שנתפקחה כיון דעכשיו היא ככל הנשים רק שתחלת הנשואין היה רק מדבריהם כשהיתה חרשת, אבל כיון דמעיקר הדין היה ראוי שגם לחרשת תהי' כתובה, רק כדי שלא ימנעו מלשאת אותה לא תיקנו לה, לכן כשנתפקחה הרי היא עתה ככל הנשים ולא הוציאו אותה מכל הנשים אף שנשואין שלה הם מדבריהם, אך באמת קשה לומר כן לבד דבסברא כיון שמתחילה בנשואין לא תיקנו לה כתובה מהיכי תיתי מתחדש מאליו החיוב, אך מלבד זה ממ"נ אם נאמר שעל אופן שנתפקחה לא הוציאו אותה מכל הנשים, א"כ תהי' כתובתה מאתים, וכיון שכתובתה מנה, ע"כ שהוא חיוב חדש מעכשיו, ומעכשיו אם אינו רוצה להמשיך הנשואין איך יתחייב.

אח"כ ראיתי שכדברי בני הרב שי' כתב האור שמח בפי"א מהל' אישות הלכה ד' במה שכתב שם הרמב"ם שאם כנס החרשת ונתפקחה יש לה כתובה, שכתב שם המ"מ שזהו ברוצה לקיימה אחר שנתפקחה, ולמד זה מחרש ושוטה שנשאו נשים שכתב שם הרמב"ם בהל' ו' שאם רצו לקיימן אחר שהבריאו יש להם כתובה, והוא ברייתא

ביבמות דף קי"ג, וכתב ע"ז האו"ש דזהו קיצור מופלג בדברי הרמב"ם ובאמת הראיה היא להיפוך, ששם כתב רצו לקיימן, ומוכח דדוקא ברצו לקיימן, וכאן כתב בסתם, והביא האור שמח דברי הירושלמי בפ"א דכתובות הל' ב' שמשם הוא מקור לדברי הרמב"ם בין בדין כתובה בין בדין ירושה, ואביא גם דברי הירושלמי לברר ההלכה וזה לשון הירוש', חרש שנשא פקחת אין לה עליו מזונות ולא כתובה, ואם מתה הוא יורשה שהיא רצתה לזוק לו נכסיה, והוא לא רצה לזוק בנכסיו, וכן כתב הרמב"ם מטעם זה בפכ"ב שם הל' ד' פקח שנשא חרשת יש לה עליו מזונות וכתובה, שהוא רוצה לזוק לה נכסיו, והיא לא רצתה לזוק לו נכסיה, ופריך וחרשת יש לה קנין ויש לה כתובה, ומשני תיפתר שהיתה חרשת ונתפקחה שלא תאמר הואיל והיתה חרשת תחלה אין לה כתובה לפום כן צ"ל יש לה עכ"ד הירוש' וכתב האור שמח בטעמא דבחרש שנשא פקחת הרי בעת נשואין לא היה בן דעת, ולכך השתא דנתפקח אפשר דיאמר אינו רוצה לקיים אותה ויגרשנה דבו תלוי הגט, ולכך כל זמן שלא בא עליה ואינו מקיימה עוד אין לה כתובה עליו אף אם מת אח"כ, אבל פקח שנשא חרשת ונתפקחה הרי לאו בידה לגרשו והיא אשתו גמורה, ולא שייך לומר שלא ירצה הבעל שנשאה כשהיא חרשת לקיימה כשנתפקחה, וכל פקח הוא נותן כתובה לאשתו, רק דכאן חששו דממנעי ולא נסבי, וכיון שנתפקחה לא שייך זה, לכן יש לה כתובה אף אם לא בא עליה בפקחותה, ומה שפסק בהל' נחלות דאם כנסה חרשת ונתפקחה אינו יורשה, מפורש ג"כ בזה הירושלמי כיון דמוקים הא דתניא דיש לה כתובה בנתפקחה ובזה קתני דאינו יורשה, וטעמא דבחרש שנשא פקחת ונתפקח מהני בא עליה דאם לא ניחא ליה הרי יכול לגרשה, וכיון שבא עליה הרי ניחא ליה ומקיים הנשואין, אבל פקח שנשא חרשת ונתפקחה הרי מזה שיבוא עליה אין ראיה דלא בדעתה תלוי, ומצדו הלא אמרינן דבסתמא אינו חוזר כשנתפקחה, ולענין כתובה חייב, אבל ליורשה לא מהני מה שבא עליה דאפשר לא ניחא לה, ולאו בידה תלוי, עכ"ד האור שמח והאריך עוד בזה.

והנה מדברי הירושלמי מוכח דדין פקח שנשא חרשת לדין כתובה אינו דוקא ברצה לקיימה, כמו שכתב המ"מ שלמד זה מחרש שנשא פקחת ונתפקח דאינו חייב כתובה אא"כ רצה לקיימה, דאם היינו אומרים דדין חרשת ונתפקחה הוא דוקא ברצה לקיימה, והיינו לבא עליה משנתפקחה, א"כ הוא דמי ממש דין פקח שנשא חרשת, כמו חרש שנשא פקחת, דכמו בחרש שנשא פקחת אין לה כתובה אא"כ בא עליה משנתפקח, ה"נ פקח שנשא חרשת ונתפקחה אין לה כתובה אא"כ בא עליה משנתפקחה, וא"כ למה מחלק הירוש' בין זה לזה, ומוכח דפקח שנשא חרשת ונתפקחה אינו דוקא שבא עליה

משנתפקחה, וכמש"כ האור שמח בטעמא, הוא כמש"כ בשם בני הרב, אכן כבר כתבתי דאם נימא דעקר דין חיוב הכתובה נמשך משעת הנשואין כשנשא הפקח את החרשת כיון שיש לה נשואין מדבריהם, ומה שאין לה כתובה הוא רק משום דאם יתחייבו על נשואין שלה כתובה ממנעי ולא נסבי כדאמר הגמ', וכשנתפקחה אח"כ לא שייך האי טעמא, א"כ קשה למה אינו חייב אלא כתובה מנה, דהא כשנשא אותה היתה בתולה, אמנם חתני הגאון רי"מ שי' אמר בטעמא דנימא דמתחלה בשעת נשואין נעשה חיוב כתובה על זמן אחר שתתפקח, וכיון שאז היא כבר בעולה אינו חייב אלא מנה, ואם אמנם זה כבר מוסבר בטעמא אבל צריך לומר לפי"ז דאפשר להתחייב כתובה על אחר זמן, וצ"ל דמתחייב בזה מעכשיו שלא יוכל אח"כ לומר שהוא מבטל החיוב של אחר שתתפקח כמו כל חיוב שמתחייבים על לאחר זמן, וזהו חידוש דבכנס חרשת בסתם הי' בתקנת חכמים חיוב בתנאי כזה, מה שלא הוזכר בפירוש, עוד קשה דעכ"פ זה אינו מבואר בירוש' דלא קתני דכתובתה מנה אלא בחרש שנשא פקחת ונתפקח ביבמות דף קי"ג ומנ"ל להרמב"ם לומר כן בפקח שנשא חרשת.

ונראה דאפשר לומר במקצת כדברי המ"מ ובמקצת כדברי האור שמח, דזה ודאי דפקח שנשא חרשת ונתפקחה, לא דמי לחרש שנשא פקחת ונתפקח, ומ"מ במקצת הוא דומה, והיינו דבזה אנו למדין שלא נעשה מתחלה חיוב הכתובה על לכשתפקח, דא"כ הי' חייב כתובה מאתיים כיון שלקחה כשהיא בתולה, אלא דבזה חלוקין הם, וכמש"כ האור שמח דחרש שנשא פקחת ונתפקח כיון דבשעת הנשואין לא הי' אפשר להטיל עליו חיובים, לכך מעשה הנשואין אינם גורמים שום חיוב אף לכשיתפקח, כיון דבעת הנשואין היה חרש, ולכן שם הפירוש רצה לקיימה שיבוא עליה ונעשה חיוב חדש בבעילתו, אבל פקח שנשא חרשת כיון שהיה ראוי להתחייב כתובה רק שלא חייבוהו חכמים משום ממנעי ולא נסבי לכן כשנתפקחה ומכיון שהיא ברשותו מהנשואין שתיקנו חכמים שהיא אשת איש מדבריהם, לכן בסתמא כל זמן שלא מיחה בפירוש כשנתפקחה זה בעצמו שבסתמא עומדת ברשותו וחשובה אשתו חייבוהו חכמים כתובה שלא ישהא את אשתו שעה אחת בלא כתובה כמוש"כ המ"מ, ולכן זה ודאי כתובתה מנה, וכמו בחרש שנשא פקחת ונתפקחת אף דלא דמי דשם דוקא בבא עליה וכמו שבארנו, ולכן מבואר דלדין כתובתה מנה למד הרמב"ם זה מזה כמש"כ המ"מ משום שהי' אפשר לומר דנשא חרשת ונתפקחה, אף שכתבנו דגם בזה חיוב הכתובה נעשה לאחר שנתפקחה מ"מ הי' אפשר לומר דדוקא בנשא בתחלה בעולה, תיקנו חכמים כתובה מנה דנשואי בתולה חביב יותר, אבל כשנשא מתחלה בתולה אף שלא נתחייב באותה שעה, מ"מ

נשאר חיבת הנשואין גם עכשיו וכתובתה מאתים, לכן שפיר למדנו מחרש שנשא פקחת דסברא זו שייך גם כאן, ומ"מ אין כתובתה אלא מנה כשנתפקח, ומבואר דלדין כתובתה מנה מדמי הרמב"ם דין פקח שנשא חרשת ונתפקחה לדין חרש שנשא פקחת ונתפקח, ובזה מבוארים דברי המ"מ.

ומי שנתגרשה ספק גירושין ומתה אין הבעל יורשה.

השגת הראב"ד. כבר ביארנו בהלכות אישות וכו' עד אין הבעל יורשה. א"א מה שאמרו במס' גיטין בירושלמי נראה שהוא חולק עליו, המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי בה"א צריכה ממנו גט שני, לאידא מילתא אמר ר' אליעזר לירושה כלומר שהוא יורשה, ומה התם בודאי וספק החזירה יורשה הכא דודאי אשתו היתה וספק גירשה לא כ"ש.

המ"מ הביא דברי הראב"ד וכתב דהירושלמי הוא בפ' מי שאחזו גבי ראוה שנתיחדה עמו גבי זה גיטך מהיום אם מתי ונחלקו שם והשוו דין זה למגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי, ושם אמר ר' אליעזר לירשה דתנינן תמן וזכאי במציאתה ובמעשה ידיה ובהפרת נדריה, ומר' זעירא יש ללמוד הפך מדברי ההשגות, דאם איתא דאפי' בספק מגורשת הבעל יורש היכי אמר ר' זעירא זאת אומרת שהיא כאשת איש לכל דבר ונמצאת הקושיא ראיה, ואפי' אם נאמר דמשום הפרת נדריה אמר כן ר' זעירא, מ"מ נדחית ראייתו משם דאמינא לך דמשום הכי זכאי בירושתה משום דחשבינן לה כאשת איש לכל דבר לדעת הירוש' דאמרינן הן הן עדי ביאה, הא בספק לא היה זכאי בירושתה, והביא המ"מ מהא דאמר בקדושין דף מ"ה נתקדשה לדעת אביה, והלך אביה למד"ה ועמדה ונישאת, ופליגי לענין תרומה, ואמר שם ומודה רב שאם מתה אינה יורשה, אוקי ממונא בחזקת מריה וכתב המ"מ שהרי ודאי בספק קדושין אינה יורשה, וא"כ הכא בנתיחדה דלא הוי אלא כספק קדושין אינה יורשה, וע"כ משום דהוי כמו ודאי ע"כ תורף ד' המ"מ, וקצרתי בדבריו וכתב על דבריו הלח"מ דעכ"פ אין ראיה מהירוש', דשם צריך דוקא שתהי' כאשת איש בודאי, משום דבספק קדושין ודאי אינו יורשה כמו שהוכיח המ"מ מקדושין בבבלי, אבל בספק גירושין יש לומר דמוקמינן בחזקת הבעל כמו שהי' קודם, ותי' הלח"מ דהמ"מ הקשה לשיטת הראב"ד דמפרש דגם בנתיחדה הוי ספק, ומ"מ סובר ר' לעזר דיורשה כמו שכתב, ומזה הוכיח הראב"ד דבספק גירושין יורשה, וע"ז הקשה המ"מ דהא ר' זעירא אמר דזאת אומרת שהיא כאשת איש בודאי, ומוכח דאם הי' רק ספק לא הי' יורשה, אח"כ כתב עוד הלח"מ וז"ל, הראב"ד השיג על רבינו מהירוש', ואע"ג דהירוש' פליג על גמ' דידן דהא הירוש' קאמר אפי' בספק קדושין יורשה, ובגמ' דידן מוכח דספק קדושין אינו יורשה, מ"מ כונת הראב"ד דנהי בספק קדושין לא נקטינן

כהירוש' אבל בספק גירושין דלא פליג בגמ' דידן אמאי לא נקטינן כהירושלמי דיורשה, (בהלח"מ בנדפס מהופכים התיבות מקדושין על גירושין ומגירושין על קדושין ומיורשה על אינו יורשה ומאינו יורשה על יורשה והוא ט"ס).

והנה לבאר הענין נביא דברי הירושלמי בגיטין פ' מי שאחזו דאחר דמייתי שם פלוגתא דרבנן ור' יוסי בר' יהודה בנתיחדה עמו, אמר שם אתיא דב"ש כרבנן וב"ה כריבר"י, ליידא מילא ר' לעזר אמר ליורשה דתנינן תמן וזכאי במציאתה ובמעשה ידיה ובהפרת נדריה, אמר ר' זעירא זאת אומרת שהיא כאשת איש לכל דבר מחלפה שיטתיה דר' יודא תמן הוא אמר מיתה מצויה, והכא הוא אמר אין מיתה מצויה תמן בצבור כאן ביחיד והנה המפרשים הקרבן עדה והפני משה מפרשים דהא דאמר ליידא מילא, זהו על הא דאמר ר' יהודה על ימים שבינתים הרי היא כאשת איש, ותמה בשירי קרבן דמה שואל ליידא מילא כיון דאמר בפירוש כאשת איש לכל דבר, וכן תניא בבבלי בסוגיין ימים שבינתים בעלה זכאי במציאתה ובמעשה ידיה ובהפרת נדריה ויורשה ומיטמא לה כללו של דבר הרי היא כאשתו לכל דבר ונשאר בקושיא, ולפלא על המפרשים שלא הזכירו שהראב"ד וכן המ"מ פירשו דקאי על אם נתיחדה עמו, ולפי דברי ר' יוסי בר' יהודה, אף דקשה דהא לא אמר אלא חוששין משום קדושין אבל עכ"פ הם מפרשים כן, וכתב המ"מ דהא דיורשה משום שהם קדושי ודאי דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, כדאמר ר' יוחנן בגיטין דף פ"א.

ובדעת הראב"ד נראה דמה דאיתא בירושלמי וכן מביא הראב"ד דתנינא תמן זכאי במציאתה וכו', נראה שהראב"ד גורס "תנינא" ולא "דתנינא", ומה דגם בהראב"ד כתוב דתנינא זהו בשביל שהמדפיסים ראו כן בירושלמי דהא אי אפשר שר' לעזר מביא ראיה מהברייתא דאיתא שם כל הני, ולמה אמר רק ליורשה, וע"כ שר' לעזר לא אמר אלא ליורשה וסבר דליורשה מהני אף דלא הוי אלא ספק קדושין, ולא סבר כר' יוחנן דהוי ודאי קדושין, ובטעמא דמילתא צריך לומר דלענין ירושה מהני מה שנתיחדה עמו דזהו כמו שנכנסה לשם נשואין, ואף שלא קנה אותה בודאי לאשה מ"מ מהני מה שנכנסה לרשותו שתהי' הירושה בחזקתו, ומהני הספק קדושין שתהי' בחזקת הבעל לדין ירושה, ואח"כ מביא הירושלמי ברייתא דזכאי במציאתה ובמעשה ידיה ובהפרת נדריה, ואמר על זה ר' זעירא זאת אומרת שהיא כאשת איש לכל דבריה, והיינו כר' יוחנן בבבלי דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, ודלא כר' לעזר דאינו אלא ליורשה, ונמצא שהוא מחלוקת, אבל מר' זעירא לא מוכח דחולק על ר' לעזר בעיקר דינא דסובר דמה שהיא בחזקתו מהני ליורשה אף דלא קנה אותה בודאי, דר' זעירא הא לא אמר דמוכח שהיא כאשת

איש לכל דבריה, רק מהברייתא דמוכח דהוי קדושי ודאי, אבל בזה לא פליג על ר' לעזר, דאפשר דלשאר דברים יהי' ספק ומ"מ מהני מה שהיא עומדת בחזקתו שיירשנה, ומזה למד הראב"ד לדין ספק גירושין שמספק לא נפקע דינו ועומדת בחזקתו שיירשנה.

הלכה יג

וכן אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מאביו, כיצד מי שמת ואחר כך מתה אמו, אין אומרים הואיל ואילו הבן היה קיים, היה קודם אף יורשין של בן קודמין ליורשיה של אשה זו ונמצאו אחיו מאביו יורשין את אמו של זה אחר מותו של זה, אלא זרע בנה הוא שיירשנה אם היה לו זרע ואם אין לו זרע תחזור ירושתה למשפחת בית אביה, אבל אם מתה האם תחלה ואח"כ מת הבן אפילו היה קטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו, הואיל והיה אחר אמו שעה אחת הרי זה נוחל את אמו ומנחיל הנחלה ליורשיו ממשפחת אביו.

השגת הראב"ד. אבל אם וכו'. א"א אינו כן אלא בכלו לו חדשיו דאי לא ידעי הוה ליה איהו ספק והאחין ודאין ואין ספק מוציא מידי ודאי.

אפי' היה קטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו, עיין בהשגת הראב"ד, ועיין במ"מ שרוצה לפרש דמה שכתב ולא כלו לו חדשיו, היינו שודאי לא כלו והאריך בזה, והלח"מ כתב על זה קשה דמנ"ל להמ"מ דמאי דקאמר רבינו ולא כלו, ר"ל דיודע שלא כלו נימא דפירושו הוא דהוי סתמא דלא ידעינן אי כלו או לא כלו ועיין מה שהאריך בזה, והנה בפ"ב מהל' רוצח הל' ו' הארכתי בכל הלכה זו, ולפי שההלכה מפורשת כאן עם השגת הראב"ד הנני מעתיק כל מה שכתבתי שם, ודברי הרמב"ם שם הוא, אחד ההורג את הגדול או את הקטן בן יומו בין זכר בין נקבה ה"ז נהרג עליו אם הרג בזדון או גולה אם הרג בשגגה, והוא שכלו לו חדשיו, אבל אם נולד לפחות מתשעה חדשים הרי הוא כנפל עד שישהא ל' יום, וההורגו בתוך ל' יום אינו נהרג עליו, עכ"ד הרמב"ם וכתבתי שם ואלו דברי.

הכ"מ ציין לדברי המ"מ פ"א מהל' יבום ושם כתב המ"מ בדעת הרמב"ם לפ"מ שכתב בהל' מילה דבן ח' שגמרו סימניו ה"ז ולד שלם, ואם שהא ל' אפי' לא גמרו סימניו, וכן בידוע שכלו לו חדשיו, דמד"ת יש ג' אופנים שיהיה דינו כולד שלם או כלו לו חדשיו, או אפי' בן ח' אחר ל' או כשגמרו סימניו אפי' קודם ל', ואם אינו ידוע אם הוא בן ז' או בן ח' ולא גמרו סימניו הוא ספק מה"ת, וזהו מש"כ בדין ירושה פ"א מהל' נחלות שקטן בן יומו שלא כלו לו חדשיו אם חיה אחר אמו שעה אחת נוחל ומנחיל, וזהו כשגמרו סימניו שזהו נקרא ולד, ובדין הרוצח כתב שההורג קטן שנולד פחות מבן ט' תוך ל' שאינו נהרג דבעינן חדא מתרתי, ל' יום או כלו לו חדשיו, אבל בן ח' שלא שהא אע"פ שנגמרו סימניו

אינו נהרג, וזהו ששינו חכמים על ד"ת וכיוצא בזה כתב פ"א מהל' אבל שאין מתאבלין אלא על מי ששהא ל' יום או שכלו לו חדשיו, עכ"ד המ"מ, ודברי המ"מ תמוהים דהא בפ"א מהל' אבל כתב הרמב"ם דבן שמונה שמת אפי' אחר שלשים אין מתאבלין, ולא כמש"כ המ"מ דבשהא ל' מתאבלין, והראב"ד שם השיג עליו דקיי"ל כרשב"ג דמשתהא, וכתב שם הלח"מ דאף דלדינא סובר הרמב"ם דקיי"ל כרשב"ג להחמיר בזה אפי' מדרבנן, ולכן בדין רוצח נהרג עליו, מ"מ לענין אבל כיון דקיי"ל הלכה כדברי המיקל באבל לא סמכינן על הך פסקא דהלכה כרשב"ג, כיון דלרבנן לא מהני ל' יום ולכן אין מתאבלין אבל דברי הלח"מ אין מספיקין דהא כתב הרמב"ם שם וז"ל בן ט' חדשים שנולד מת, ובן שמנה שמת אפי' לאחר שלשים, ומי שיצא מחותך או מסורס אע"פ שכלו לו חדשיו הרי זה נפל ואין מתאבלין עליהן ולא מתעסקין עמהן, הרי שכלל הרמב"ם דין בן שמנה שמת לאחר ל' עם בן ט' שנולד מת, וכתב בתורת ודאי הרי זה נפל, ועוד שכתב ולא מתעסקין עמהן, ומה שייך זה לדין הלכה כדברי המיקל באבל, וכיון שמעיקר דין הוא כחי אמאי יהיה פטור במה שמחוייבין להתעסק בקבורתו, בכל מה שמחוייבין בקבורת מת גדול, וע"כ דמעיקר דינא הוא נפל, ועוד דבאו"ח סי' תקצ"ז מבואר דנפל אין חייבין בקבורתו, וא"כ כשכתב הרמב"ם הרי הוא נפל ואין מתעסקין עמהן פירושו דאין חייבין בקבורתו כמו כל נפל, וקבורה הוא מדאורייתא ואיך נקל בולד שמעיקר דינא הוא ולד גמור, וזה קשה על עיקר דברי המ"מ שכתב שמטעם זה דמדרבנן חיישינן לנפל כתב הרמב"ם דאין מתאבלין עליהן.

לכן נראה דסובר הרמב"ם דכיון דאסקינן בגמ' בשבת דף קל"ו דכשפיהק ומת דברי הכל נפל הוא כי פליגי בנפל מן הגג ואכלו ארי, ולפי פירש"י קאי זה על תוך ל' דרבנן סברי חי הוא דזה דוקא בנפל מן הגג, והרמב"ם סובר דגם מה דרשב"ג מחדש דאפי' נולד לשמנה אם שהה שלשים יום אינו נפל, דזהו ג"כ דוקא בנהרג, אבל מת לא מהני שלשים כיון דרשב"ג מיירי בנהרג ולא ילפינן מת מנהרג דריעותא דמת מהני, דנאמר דבאמת נפל הוא כיון שהוא בן ח' וגם ל' יום לא מהני, אך לא ביאר הרמב"ם עד אימתי יקרא נפל, ומסתבר דאחר י"ב חודש ודאי נקרא חי, ולכן בהל' אבל דמיירי שם הרמב"ם להדיא במת לא מהני ל' יום, ומבואר דכאן בהל' רוצח דמיירי בנהרג שפיר מהני ל' יום דקיי"ל כרשב"ג, והראב"ד סובר דלא מהני מת אלא בתוך ל' יום לומר דבזה מודו רבנן דהוי נפל, אבל ל' יום דסובר רשב"ג דכל ששהא ל' יום אינו נפל לא מהני מה דמת דאטו ולד חי אין דרכו למות מסבת חולי, ומה שהכריח להרמב"ם לומר כן הוא משום דהך דינא דבן ח' אין מתאבלין עליו הוא בתוספתא ואי בתוך ל' הא גם בלא ידעינן אם כלו

לו חדשיו או לא אין מתאבלין, והראב"ד יסבור דהך תוספתא אתיא אליבא דרבנן ואנן קיי"ל באבלות כרשב"ג, ובאמת אין נ"מ במה דידעינן דהוא בן ח'.

והנה היה אפשר לומר דמה דקתני בתוספתא בן שמנה הוא לומר דאפי' גמרו שערו וצפרניו דקיי"ל כרבי והוי ולד מעליא ונימא דמ"מ אם מת הוי נפל, אלא דיש לומר דאפי' אם נימא כן סובר הרמב"ם דחד דינא הוא, וכמו דנימא דמת מוציא מדין ולד אפי' בגמרו סימניו ה"נ מוציא מדין ולד אפי' בשהא ל', דהוכחה דרבי ורשב"ג שוין הם, אלא דיש לעיין בעיקר דינא בגמרו סימניו דקיי"ל כרבי דהוי ולד מעליא אם במת לא הוי ולד, ומשמע דשוין הם כיון דבחדא ברייתא קתני הא דרבי והא דרשב"ג, וכיון דסובר הרמב"ם דבמת לא מהני הוכחה דרשב"ג ה"נ הוכחה דרבי, אכן זה ודאי צריכים אנו לומר דמה דאמרינן דבמת לא מהני הוכחה דל' יום, וכן הוכחה דגמרו סימניו זהו דוקא בודאי בן ח', אבל באינו יודע אם כלו לו חדשיו מהני הא דגמרו לומר דודאי חי הוא מדין תורה, דהא כן כתב הרמב"ם להדיא פ"א מהל' יבום דמד"ת באינו ידוע אם כלו חדשיו הוי חי ופוטר מן היבום אף במת, וזהו בגמרו סימניו כמש"כ סמ"מ שם, וכן בשהא ל' יום דלא מהני במת הוא דוקא בודאי בן ח', וכן מוכח מדבריו בפ"א מהל' אבל, דבהל' ו' כתב וז"ל הנפלים אין מתאבלין עליהן וכל שלא שהא ל' יום באדם הרי זה נפל אפי' מת ביום שלשים אין מתאבלין עליו, ולהדיא דאחר ל' מתאבלין עליו אע"ג דמת, והיינו משום דלא מיירי בודאי בן ח' דאח"כ בהל' ח' הזכיר בן שמנה והוא כמו שבארנו.

ומש"כ דהרמב"ם בהל' אבל מיירי במת ולא בנהרג, גם בלאו הך דינא דאפי' אחר ל' אין מתאבלין צריך לומר כן, דהרמב"ן במו"ק דף מ"ט כתב שהקשו על שיטת הגאונים דאבלות יום ראשון דאורייתא דא"כ אמאי אמרינן הלכה כדברי המיקל באבל, וכתב הרמב"ן דזה לא קשה, דכל מחלוקת דאיכא באבל הוא בדיני דרבנן, רק שהקשה מהא דאין מתאבלין על ולד שכלו לו חדשיו, דהא ביבמות אמרינן דמעיקר דינא הלכה כרבנן דאזלינן בתר רובא דולד מעליא ילדן, רק דמדרבנן חיישינן כרשב"ג, וכתב הרמב"ן לתרץ שכל ספק בן קיימא אין לבו של אדם דוה עליו, אבל תירוצו קשה דכיון דמעיקר דינא הוי ולד מעליא למה נימא דאין לבו של אדם דוה, וע"כ צ"ל כמש"כ התוס' בבכורות דף מ"ט במה דאמרינן דיום ל' כיום שלפניו בענין אבלות, דהא ביבמות אמרינן דמה"ת אפי' תוך ל' חי הוא, וכתבו מקודם דהתם בנפל מן הגג, והכא בפיהק ומת, ואח"כ כתבו ואפי' נימא דה"נ בנפל מן הגג אין לחוש דלענין אבלות פסקינן כרשב"ג לקולא, ודבריהם מיושבים להשיטות דאבלות כל ז' הוא מדרבנן, אבל לשיטות הגאונים דאבלות יום ראשון הוא מה"ת, ע"כ צ"ל כמו שכתבו מקודם אם לא נימא כדברי הרמב"ן, והרמב"ם פסק ג"כ

דאבלות יום ראשון הוא מה"ת, ולדברי הרמב"ן מיושב ג"כ דברי הרמב"ם דאפי' לאחר ל' אין מתאבלין, אבל גם לזה ליכא שייכות עם הא דאין מתעסקין עמו על כן נראה כמש"כ.

ולפי"מ שביארנו צריכים אנו לומר דהלכה ז' שם בהל' אבל שכתב ואם נודע בודאי שנולד לתשעה חדשים גמורים מיירי בלא גמרו סימניו, דאי גמרו הא קיי"ל כרבי דולד מעליא הוא כיון דאינו בן ח' בודאי, והמ"מ בפ"א מהל' יבום כתב דזהו מטעמא דהקלנו באבלות, אבל לפימש"כ דלשון הרי הוא נפל משמע דהוא ודאי נפל ע"כ צ"ל דמיירי בלא גמרו, וכן משמע הלשון שכתב הנפלים, וכמו שכתב שם המ"מ דמזה שכתב הרמב"ם ויצא הולד חי מוכח דמיירי בגמרו סימניו שהוא קרוי ולד, וא"כ כאן שכתב הנפלים ע"כ דלא גמרו סימניו, והשמיענו כאן דאפי' לא גמרו סימניו כיון דשהא ל' יום אינו נפל כיון דאינו ודאי בן ח', ולפי"ז לא מצינו כאן קולא באבלות כלל דמעיקר דינא הוי נפל, כיון דלא גמרו סימניו ומת בתוך ל', וא"כ הוא דלא כדברי המ"מ שכתב שם ששינו כאן על ד"ת.

אכן בהלכה שלפנינו בדין רוצח מבואר כדברי המ"מ דמדכתב ההורג קטן בן יומו משמע דבולד גמור עסקינן שגמרו סימניו, וכתב בזה והוא שכלו לו חדשיו, אבל אם נולד לפחות מט' הרי הוא כנפל ומוכח דאפי' בולד גמור בעינן או כלו לו חדשיו, או ל' יום ולא מהני גמרו, וזהו כמו שהחמירו חכמים לגבי יבום, ומדוייק מה שכתב כאן הרמב"ם הרי הוא כנפל, ובהל' אבל כתב הרי הוא נפל, דבהל' אבל הא מיירי במת, אבל הכא דנהרג וגם גמרו סימניו מעיקר דינא ודאי חי הוא, אלא שהחמירו חכמים לגבי יבום, ולכן גבי רוצח אינו נהרג עליו, ומש"כ הרמב"ם לפחות מט' אין כונתו ודאי בן ח' אלא לפחות מתשעה חדשים ודאים, וכמו שכתב להדיא דדוקא כלו לו חדשיו, ונתבאר שיטת הרמב"ם דדבריו בהל' אבל אינם סותרים דבריו בכאן וכמש"כ, עד כאן מה שכתבתי בפ"ב מהל' רוצח.

והנה הלח"מ כאן בסוף דבריו כתב, עוד אמרו שם במשנה ומטמא בטמא מת והביא רבינו דין זה בפ"א מהל' טומאת מת, וכתב אפי' קטן בן יומו שנשא וכו' והוא שנולד לט' חדשים, אבל בן שמנה הרי הוא כאבן ואינו מקבל טומאה, וקשה דלמה חילק שם רבינו בין כלו ללא כלו, דלפי"ז כיון דלא שאלו בגמ' על זה משמע דלא שאני לן בין כלו ללא כלו, וקשה עוד מזה דהמ"מ פ"א מהל' יבום בקש לתת טעם לכל דברי רבינו, והך דמטמא במת לא הזכיר דאין טעם מכל הנזכרים שם מועיל להההיא דהתם דאדרבא הוי לן לאחמורי ולא הוי לן לאפלוגי בין כלו ללא כלו עכ"ד הלח"מ, והנה לפי"מ שנתבאר יש שני אופנים שאין ספק כלל ומועיל בכל הדינים, וזהו או כלו או ששהא שלשים

יום, והאופן הג' דזהו גמרו שערו וצפרניו לא מהני בכל מילי, אלא דמה"ת מהני גם גמרו לחוד, רק דמדרבנן מחמירים שלא להחזיק לולד שלם בודאי, וא"כ קושיית הלח"מ חזקה וא"צ למה שכתב דהוי לן לאחמורי, אלא דלא שייך שחכמים יקילו בדין טומאה שהוא מה"ת, אלא דיש לומר דהרמב"ם לא כתב כאן דין אם גמרו סימניו, משום דבזה יש ג"כ נ"מ דאפשר לחכמים להחמיר שלא להחזיקו בודאי לולד שלם, וזהו אם נגע הולד הזה שנטמא טומאת מת בתרומה, שדין תרומה טמאה לשרפה ומצוה לשרפה, וכהן מותר ליהנות בשרפת התרומה טמאה, אבל תרומה שנגעה בספק טומאה אסור לשרפה, א"כ כיון שחכמים החמירו שלא להחזיקו בודאי כולד גמור אם נטמא בטומאת מת אין שורפין עליו תרומה, לכן לא הזכיר הרמב"ם שיטמא הולד בן יומו בתורת ודאי אלא אם כלו לו חדשיו, דהא לא מיירי בשהא שלשים יום דהא כתב קטן בן יומו.

אכן לפימש"כ דיש חילוק בין מת ובין נהרג דפלוגתא דרבנן ורשב"ג הוא בנהרג ובמת גם רשב"ג מודה דלא מהני ל' יום, וכתבתי דה"נ בדין גמרו סימניו כיון דבחדא ברייתא קתני, וא"כ לא קשה קושיית הלח"מ דהרמב"ם בהל' טומאת מת בדין קטן בן יומו שנשא מת כיון שכתב שני הדינים, מה שודאי נטמא ומה שודאי לא נטמא, אינו יכול להביא דין גמרו סימניו, כיון דבמת לא מהני גמרו, ואם ימות למחר איגלי מילתא דנפל הוא, לכן כתב והוא שנולד לתשעה.

פרק ב

הלכה ז

מי שהיו לו שני בנים בכור ופשוט ומתו שניהם בחייו והניחו בנים, הבכור הניח בת והפשוט הניח בן, הרי בן הפשוט יירש בנכסי הזקן שליש שהוא חלק אביו ובת הבכור יורשת שני שלישים שהוא חלק אביה, וכן הדין בבני האחין ובבני אחי האב ובכל היורשין, אם היה אבי אחד מן היורשין בכור נוטל חלק בכורה שלו, זה היורש מחמתו.

וכן הדין בבני האחין וכו' כתב המ"מ מה שהזכיר רבינו כאן בבני האחין א"א לפרש כגון ביעקב שמת ולא היו לו בנים, וירושה חוזרת ליצחק אביו, ולא היה יצחק חי, ונמצא נכסי יעקב חוזרים לאחיו או לזרעם, והיה אחד מאחיו בכור יצחק ובניו באין לירש שיירשו חלק בכורה בנכסי יעקב, שאם כן יהי' כונת רבינו יהי' דבר מתמיה, שהרי אפי' היה בכור יצחק קיים, כשמת יעקב אחר מיתת אביו לא היה נוטל פי שנים בנכסי יעקב אחיו. שאע"פ שהאחין באין לירש מכח יצחק אביהן מ"מ נכסי יעקב ראויין היו ליצחק ולא מוחזקין, אלא ודאי כונת רבינו שמת יעקב בלא בנים ואח"כ מת יצחק אביו, ואם כן

הוא כונתו יש לעיין למה הוצרך לכתוב בן, שהרי כיון שמת הבן באו הנכסים ליד האב, ופשוט הוא שאם מת האב אחר כן והיה לו בן בכור שהוא יורש חלק בכורה בכל נכסי אביו, ונשאר המ"מ בצריך עיון, גם הטור כתב על דברי הרמב"ם ואיני מבין דבריו דלא שייך בכורה אלא בבן היורש את אביו ולא בשאר היורשין.

ונראה בדעת הרמב"ם דבפ"ג מהל' סנהדרין כתב הנחלות כדינים שנאמר בהן לחוקת משפט, לפיכך אין מפילין נחלות בלילה, וכתב הכ"מ הקשה הרמ"ך דלמה מביא לשון שסותר אותו בגמ' והל"ל לפיכך אין דיני נחלות בלילה, והנה סוגיא זו היא בב"ב דף קי"ג ע"ב דאמר שם תני רבה בר חנינא קמיה דרב נחמן והיה ביום הנחילו את בניו ביום אתה מפיל נחלות, ואי אתה מפיל נחלות בלילה, א"ל אביי אלא מעתה מאן דשכיב ביממא ירתין לו בניה, מאן דשכיב בלילה לא ירתין ליה בניה, דילמא דין נחלות קא אמרת דתניא והיה לבני ישראל לחוקת משפט, אורעה כל הפרשה כולה להיות דין וכדרב יהודה, דאמר רב יהודה שלשה שנכנסו לבקר את החולה רצו כותבין רצו עושין דין, שנים כותבין ואין עושין דין וכו' ואמר רב חסדא לא שנו אלא ביום, אבל בלילה אפי' שלשה כותבין ואין עושין דין אמר ליה ה"נ קאמינא, ופי' הרשב"ם דילמא דין נחלות קא אמרת שאין דנין אותן אלא ביום כשאר דיני ממונות, דהא כל שאר נחלות נמי מיקרו משפט כדתניא והיתה לבני ישראל לחוקת משפט וכו' דתניא וכו' כלומר דה"נ אשכחן ברייתא אחריתא דמשוי לכל נחלות דין, דסד"א חילוק נחלות הרי הוא כחלוקת שותפין בעלמא ולא חשוב דין קמ"ל, ומבואר מדברי הרשב"ם דמפרש כדעת הרמב"ם שלא נסתרה דרשא הקודמת והפלת נחלות הוא חלוקת הירושה ואשמעינן דלא נימא דהוי כחלוקת שותפין, וצריך באור דבאמת איזה חילוק יש בין חלוקת נחלות לחלוקת שותפין, ואם מדדו הקרקעות בב"ד ובהסכמתם למה צריך לזה ב"ד, ואם ב"ד עשו החלוקה שלא מדעת כל האחין אלא אחד או שנים תבעו החלוקה והשאר לא רצו להתחלק, מה נ"מ בין אחין ושותפין, ואם נאמר דכיון דאין בזה טענות והכחשות, אלא דב"ד פוסקין שיש רשות לכל אחד לתבוע לכולם להתחלק, א"כ מה נ"מ בין אחין לשותפין, ובפי' רבינו הלל על הספרי במה דאיתא שם בפ' תצא על הך קרא דוהיה ביום הנחילו דרשה זו, ביום אתה מפיל נחלות, ואין אתה מפיל נחלות בלילה, ופירש שם רבינו הלל אתה מפיל נחלות הוא גורלות לנחלות, ועדיין אינו מיושב דאם גורלות הוא דבר הצריך ב"ד שיפיל הגורל מי יטול שדה זו ומי שדה זו כששתיהן שוות, א"כ אם צריך ב"ד לגורלות ה"נ יהי' צריך ב"ד להטלת גורלות בחלוקת שותפין.

ונראה דזהו באמת החדוש בדין נחלות, וזהו מה שכתב הרמב"ם הנחלות כדינין

שנאמר בהם לחוקת משפט, והיינו דעיקר הנחלת הנחלות הוא דבר הצריך ב"ד, ולא דמי לחלוקת שותפין, שבעת שקנו השדה קנו באופן זה דכל זמן שיסכמו להיות בשותפות יהיו בשותפות, וכשיחפוץ אחד מהם להתחלק מחוייב גם השני להסכים ולהתחלק, וכמובן בשומא ובמדידה, ואם צריך גם גורל יחלקו בגורל, אבל לא צריך בזה דין ב"ד, וזהו דוקא בשותפין, אבל ירושת הנחלות עיקר ההנחלה צריך ב"ד, דאף דודאי גם במקום שאין ב"ד זכה כל יורש בירושתו ממילא מ"מ במקום שיש ב"ד מחויבין לחלק הנכסים ע"פ ב"ד אם החלוקה לא נעשית בהסכמת כל היורשין.

ויש להוסיף בזה דיש לומר דהרמב"ם אינו סובר כהרשב"ם דדין נחלות היינו חלוקת נחלות, אבל הרמב"ם כתב רק כלשון הגמ', ואפשר דאין כונתו לדין חלוקת נחלות אלא לעיקר דין הנחלת הנחלות, והיינו אם אחד מת והניח אחין ובן והאחין אין מכירין את הבן, ויש להבן עדים שהוא בנו של המת והיה סברא לומר שזהו רק גילוי מילתא בעלמא ואין זה דבר הצריך ב"ד ועדים שאין מקבלין עדים אלא ביום שזהו על מעשה שיש בזה הכחשה שזה לוה מזה או זה הזיק את זה, אבל כאן אינו אלא לגלות הדבר הידוע במקומו ולכן כתב הנחלות כדינים, והיינו להנחיל ולפסוק שזהו בנו של המת ויורשו הוא לבדו ואין האחין יורשין זהו דינין, וכמו שאין דנין אלא ביום, ואין מקבלין עדות אלא ביום כן אין מפילין נחלות אלא ביום.

ובדברינו נוכל למצא עוד חדוש להלכה בדין שצריך ב"ד לנחלות, דאם מת אחד והניח יורשין, ואחד הוא היורש היותר קרוב, ויורש זה יודע שהוא היותר קרוב ויש לו עדים על זה, הרי בכל שאר ענינים כאלו אינו מחויב הבעלים האמיתי שלא לעשות שום דבר בלא ב"ד, אלא כיון שהוא יודע ויש לו עדים שהוא קנה השדה יכול לירד בהשדה, ואם יתבעו היורשין מראה להם השטר שקנה השדה, אבל בנחלות אינו כן, אלא הנחלות כדינים שאין רשות ליורש אם יש עוד יורשין, אף שהוא יודע שהוא היותר קרוב לירד לנכסים בלא ב"ד שהנחלות כדינים, וב"ד צריכים להוציא המשפט ולברר שהוא היורש האמיתי.

ועכשיו נוכל לבאר דברי הרמב"ם במה שכתב וכן הדין בבני האחין, ונפרש כמו שפי' המ"מ שיעקב מת בלא בנים, ונפלו הנכסים ליצחק אביו, ויצחק חי ואח"כ מת ויש בני אחים של יעקב שאחד מהם הי' בכור, אף שהוא מת קודם שמת יצחק, נוטלים בני הבכור חלק בכורה, ומה שהקשה המ"מ דכיון שמת יעקב בחיי יצחק אביו הרי זכה בכל נכסי יעקב, ופשיטא שבנו הבכור של יצחק נוטל פי שנים בירושת הנכסים של יעקב, כמו בכל נכסי יצחק, ולמה קורא לזה בני האחין, אך כפי"מ שבארנו הי' מקום לומר שכל זמן שלא נתברר שיצחק יורש נכסי יעקב, אף שע"פ דין תורה הוא יורש,

מ"מ יש לומר דלא מיקרי יצחק מוחזק בנכסי יעקב ואינו נוטל הבכור מהם פי שנים, לכן השמיענו הרמב"ם דכיון דמעיקר הדין שייך ירושת יעקב ליצחק, אף שב"ד צריכים לפסוק זה מ"מ לא מיקרי זה ראוי, והוי מוחזק לדין זה שיטול הבכור פי שנים.

הלכה יג

היה הבכור ממזר נוטל פי שנים שנאמר כי את הבכור בן השנואה יכיר זו ששנואה בנישואיה, ואין צריך לומר אם היה בן גרושה או בן חלוצה.

זו ששנואה בנישואיה, הלח"מ הקשה דאין ממזר אלא מחייבי כריתות דלא תפסי בה קדושין, והך קרא דשנואה בנישואיה איירי בחייבי לאוין דתפסי בהו קדושין כדאמרינן בפ' כיצד ביבמות דף כ"ג ואימא פרט לחייבי לאוין אמר רב פפא חייבי לאוין תפסי בהו קדושין, שנאמר כי תהיינה לאיש שתי נשים, וכי יש אהובה לפני המקום ויש שנואה לפני המקום, אלא אהובה בנישואיה ושנואה בנישואיה, ואמר רחמנא כי תהיינה, ואחר שהאריך קצת בזה כתב ונראה דדייק ליה מבן השנואה תנינא, דדי להכתוב שיאמר כי את הבכור יכיר למה אמר בן השנואה, לרבות ממזר דחייבי כריתות דלא תפסי בהו קדושין ולא נפקא מרישא דקרא דקאמר כי תהיינה, ומ"מ דוחק הוא זה דלא מצינו דרשא זו בגמ' עכ"ל.

והנה דברי הרמב"ם מבוארים בספרי פ' תצא על קרא דכי תהיינה דאמר שם לפי הגהת הגר"א מנין אלמנה לכה"ג גרושה וחלוצה לכהן הדיוט ת"ל שנואה שנואה ריבה את אלה שהן בל"ת לא ארבה את העריות שחייבין עליהן כרת בי"ש ת"ל שנואה שנואה יכול אפי' שפחה וכנענית ת"ל כי תהיינה כל שיש בה הויה הולדות שלו, אלא דגירסתנו בספרי וכן גורס הגר"א אינה מובנה, דאיך למד הספרי שמקודם על חייבי לאוין ת"ל שנואה שנואה, ואח"כ אמר ריבה את אלה שהן בל"ת לא ארבה את העריות שחייבין עליהן כרת בי"ש ת"ל שנואה שנואה, ע"כ נראה דצריך להגיה, וגם בהגהת הגר"א צריך להגיה, דהא בגמ' ביבמות דף כ"ג למד ר"פ משנואה קמא דהוא שנואה בנישואיה ותפסי בהו קדושין, וכמו שהביא הלח"ם, ע"כ פשוט דכשלמד הספרי על חייבי לאוין צ"ל רק ת"ל שנואה, ואח"כ כשלמד על חייבי כריתות צ"ל ת"ל שנואה שנואה, והלח"מ נתכוין בעצמו כן ולא ראה הספרי, והחילוק משפחה ונכרית משום דלאחריני תפסי בהו קדושין כדאמר הגמ' ביבמות שם, ודברי הרמב"ם מבוארים.

פרק ג

הלכה א

אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויין לבוא לאחר מיתת אביו, אלא בנכסים המוחזקין לאביו שבאו לרשותו, שנאמר בכל אשר ימצא לו כיצד אחד ממורישי אביו שמת לאחר מיתת אביו, הבכור והפשוט יורשין כאחד וכן אם היתה לאביו מלוה, או היתה לו ספינה בים יורשין כאחד.

השגת הראב"ד. וכן אם היתה לאביו מלוה וכו' עד יורשין אותה כאחד. א"א דבר זה למד ממשנת ערכין פ' השג יד עכ"ל.

המ"מ הביא המשנה בערכין דף י"ז דתנן אפילו מת אביו והניח לו רבוא או ספינתו בים, ובאה לו ברבואות אין להקדש בה כלום, ומפרש הגמ' דהניח לו רבוא היינו שעוד לא מת והוא גוסס, וספינתו בים מפרש דזהו לענין שכירות מהולכת הספינה, משום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ופריך ותיפוק ליה משום ספינה, ומשני הא מני ר' אליעזר דאמר אם היה איכר נותן לו צמדו וחמר נותן לו חמורו, ולכן תמה על הרמב"ם והראב"ד שציין מקורו דהא אין הלכה כר' אליעזר, ועוד דאפי' הלכה כן אין זה אלא מדין סדור, ומה ענין סדור לראוי, והביא שתמה בזה הרשב"א ולא מצא דרך ליישב, וכתב בזה הלח"מ שהר"י אדרבי כתב דמה דתנן ובאה לו ברבואות, היינו שכבר באה, ומש"ה צריך לטעמא דר' אליעזר דנותנין לו ספינתו ולא הוי עשיר, אבל אם לא באה עוד והיא בים גם לרבנן לא הוי עשיר משום דהוי ראוי, והקשה ע"ז הלח"מ דא"כ למה לא הזכיר הרמב"ם דין זה בהלכות ערכין, ועוד דא"כ גם אם יש לו מלוה לא מיקרי עשיר כיון דהוי ראוי, דהא משמע דטפי הוי מלוה ראוי מספינה, דבספינה תמה הרשב"א ובמלוה מודה, וא"כ כיון דספינה הוי ראוי לגבי ערכין והוי עני, כ"ש מלוה וא"כ מה הקשו בגמ' תיפוק ליה משום שכרה, ותירצו שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, למה צריך לזה הא מה שצריך בעל הסחורה לשלם לא עדיף ממלוה.

והנה הלח"מ לא הזכיר כלל שהרשב"א כתב דאפי' אם הלכה כר' אליעזר אינו אלא מדין סדור, ומה ענין סדור לראוי ומדלא הקשה דמוכח מהגמ' דפריך ותיפוק ליה משום ספינה דלא הוי ראוי, אנו למדים דגבי דין ערכין וקרבנות דנ"מ בין עני לעשיר לא תליא בדין מוחזק וראוי, וממילא מבואר דאף דגבי בכור הוי מלוה ראוי, ואין בכור נוטל במלוה פי שנים, מ"מ בדין עני ועשיר בקרבנות או בדין ערכין גם מלוה הוי ממון אף שאינו מוחזק בה אלא דאנו דנין ליישב שיטת הרמב"ם, והרשב"א הרי חולק על הרמב"ם, ומהר"י אדרבי הרי כתב דאם הספינה עוד בים, גם לרבנן לא הוי עשיר ששום דהוי ראוי.

ונראה דבזה ודאי גם הרמב"ם סובר כדברי הרשב"א, דדיני קרבנות וערכין אם הוא עשיר או עני לא שייך לדין ראוי גבי בכור דממעטינן מדכתיב בכל אשר ימצא לו, ואינו נוטל אלא במוחזק, ומשום זה לא פסק כן בהלכות ערכין משום דראוי היכי דעומד לבוא הוי עשיר, וראיה מדפריך הגמ' והא איכא שכרה אף דלא עדיף ממלוה וכמו שהוכיח הלח"מ, ולכן שם בערכין לא נחת הגמ' מדין ראוי דלא נתמעט מדין עשיר גבי ערכין, והרמב"ם כאן דימה דין ספינה בים לדין מלוה לגבי בכור משום דסובר דספינה בים לא עדיף ממלוה והוי ראוי דאינו מוחזק במה שהוא בים, ופסק כאן דין ספינה בים לא משום שיש לו ראיה מדין ספינה גבי ערכין, אלא להיפוך כיון דשם מוכח דאם יש לו ספינה בים הוי עשיר, ורק לר' אליעזר אין חושבין הספינה משם שהיא פרנסתו, וכמו שאם היה חמר נותנין לו חמורו וא"כ היינו לומדין משם דגם גבי בכור נוטל חלק בכורה מהספינה, ולזה כתב דכאן גבי בכור לא דמי לדין ערכין, ואף דשם הוי עשיר מ"מ לא מיקרי מוחזק כיון שאינו ברשותו, ומה שהוא בים לא מיקרי ברשותו, ואף דאם הניח אביו מטלטלין המונחים ברה"ר הבכור נוטל פי שנים, וכמו שכתב בהל' ב' או שהיתה רועה באפר, זהו משום דמה שמונח ברה"ר כיון שאין שום טוען על זה לומר שהוא שלו הוי בזה מוחזק, אבל מה שהוא בים אף שבדרך רגיל תבוא הספינה מ"מ לא נקרא מוחזק.

איברא דעכ"פ אין לנו שום מקור לדברי הרמב"ם דמה שהוא בים לא הוי בזה מוחזק, ואנו צריכין לומר שכתב זה מסברא מה שאין דרכו, ואם לפעמים כותב דבר בלא מקור כותב יראה לי, נראה דמקורו הוא מזה שכתב בהל' ב' הניח להם פרה מושכרת או מוחכרת, או שהיתה רועה באפר והוא ברייתא בב"ב דף קכ"ג ומדאצטריך הברייתא להשמיענו זה מוכח דאיכא גוונא שהוא פחות ברשותו ממושכרת או רועה באפר דזה לא הוי מוחזק ויש לזה דין ראוי דאין הבכור נוטל בה פי שנים, ואף דעיקר אשמעינן שם משום דלא חסרי בה מזוני כדאמר הגמ' שם, אבל זהו רק לדין שבח הפיטום ולדין ולדה כמו שנביא לפנינו, אבל עכ"פ ידעינן משם דאף דאין הפרה עומדת ברשות אביהם נקרא אשר ימצא לו, ולזה כתב דדוקא מוחכרת ומושכרת ורועה באפר דהוי כמו קיימא ברשותיה דאב, אבל ספינה לא הוי אשר ימצא לו, אף דלדין עשיר ועני דערכין וקרבנות לא הוי עני, ולכן הזכיר מקודם דין ספינה בים, וזהו בשביל שהוזכרה במשנה דערכין דמבואר שם בגמ' דלרבנן הוי עשיר ולכן הקדים כאן מקודם דכאן דלא מהני דין עשיר וצריך שיהי' מוחזק, ולכן כתב דין ספינה דלא דמי לפרה רועה באפר, והוי ראוי כמו מלוה וכתב מלוה או ספינה בים, אמנם לשון הראב"ד שכתב דבר זה למד ממשנה ערכין פ' השג יד א"א ליישב דכונתו לדברינו, אלא דיש לומר דבאמת כונתו להשיג על הרמב"ם

דמשם אין ללמוד דהוא דוקא לר' אליעזר וכמו שהקשה הרשב"א, אבל דברי הרמב"ם אפשר ליישב כמו שכתבנו.

הלכה ב

הניח להם פרה מושכרת או מוחכרת או שהיתה רועה באפר וילדה, הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים.

השגת הראב"ד. הניח להם מושכרת וכו' עד פי שנים. א"א זה המחבר פסק כרבי ואין הלכה כרבי עכ"ל.

כתב המ"מ דמה שכתב הראב"ד שהרמב"ם פוסק כרבי הוא תימה דהא במסקנא דגמ' אמר שם דדיקלא ואלים דשבחא דממילא הכל מודים דנוטל פי שנים, כי פליגי בכרמל שנעשו שבלים, ובזה רבי סובר דנוטל פי שנים, ורבנן סברי דאינו נוטל, והרמב"ם כתב להדיא בהל' ד' דאינו נוטל בזה פי שנים, רק בשבחא דממילא נוטל, דגם רבנן מודו, וא"כ פרה מושכרת או רועה באפר דהוי שבחא דממילא גם רבנן מודו, ולכן תחלת הסוגיא דאמר דמתני' כרבי אינו כפי המסקנא, והלח"מ כתב בזה קשה אמאי בפרה מושכרת נוטל פי שנים, ומשמע פרה מושכרת עד זמן פלוני, ובערכין י"ח במה דפריך על ספינתו בים עשיר הוא ומשני כשהיתה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים, ופריך והאיכא שכרה ומשני שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ומהאי טעמא הוי עני וא"כ הוי ראוי ולא היה להבכור ליטול פי שנים, וכתב על זה ויש לומר דאנן קיי"ל דשכירות ישנה מתחילה ועד סוף, אי נמי כיון דשכרה בחיי אביו לא מיקרי ראוי ומ"מ עני חשבינן ליה בערכין כיון דעדיין לא בא לידו, והראשון עיקר עכ"ל, ודבריו תמוהים שצירף דין ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף לדין שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ובאמת זה לזה לא שייך כמו שכתבו התוס' בב"מ דף ס"ה במה דאמר הגמ' שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, שכתבו התוס' אפי' למ"ד דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף מודה דאינה משתלמת אלא לבסוף כדיליף הכא מקרא.

ומה שכתב הלח"מ בתירוצו הב' דכיון דשכרה בחיי אביו לא מיקרי ראוי ומ"מ עני חשבינן לה בערכין כיון דעדיין לא בא לידו ודבריו צ"ע, דהא מלוה חשיב ראוי לגבי בכור, ולגבי ערכין הא מוכח מזה דפריך הגמ' בערכין והאיכא שכרה, ומשני שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ומוכח דאם היה כבר החיוב לשלם לא הוי חשיב עני, וכבר כתבנו בהל' א' דמוכח דגבי ערכין אם עומד לבוא אף שהוא ראוי לענין בכור מ"מ אינו חשוב עני, וכדמוכח מספינה בים דגבי בכור חשיב ראוי, ולגבי ערכין לא מיקרי עני כיון דעומד לבוא, אלא דבעיקר קושייתו זהו משום דמפרש פרה מושכרת שדנין בזה

מדין שכרה אם הבכור יורש פי שנים בשכרה, וכן משמע מפי' רשב"ם ותוס' ד"ה אף מוחכרת, אבל אינו מוכרח דהרמב"ם מפרש כן דיש לפרש שאנו דנין רק מדין עיקר הפרה במה שהשביחה ובזה אמר הגמ' פרה מושכרת דלא חסרי מזוני, וכן מפורש בב"ב בהך סוגיא בש"מ מפי' הר"י מיגש, שאנו דנין בדין פיטום הפרה, ולכן דוקא מושכרת או מוחכרת שהיורשים לא פיטמו אותה משלהם, אבל שכירות הפרה ודאי גם בלאו טעמא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, מיקרי ראוי מדין מלוה, ובפרט דאינה משתלמת אלא לבסוף, ובודאי הוי ראוי.

אח"כ ראיתי דמה דהקשיתי על דברי הלח"מ דכיון דשכרה בחיי אביו לא מיקרי ראוי וגם ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף דלא עדיף ממלוה, הקשה כן הקצוה"ח והנתיבות תמה עליו דכאן דנין משכירות שמתחייב השוכר ממה שמשתמש אחר מיתה והוי בשבח ששבחו הנכסים אחר מיתת האב, ואין הפרש בין ישנה לשכירות מתוע"ס או אינה אלא לבסוף, אלא שכתב דאין הבכור נוטל משכירות דהוי אישתני מה שהפרה הכניסה והנה בפשוטו כונת הנתיבות דמה שבא מהנכסים אחר מיתת האב לא שייך כלל לדין ראוי, ובהפרה הלא נוטל הבכור פי שנים, וביאר הנתיבות דמה שאינו נוטל פי שנים בשבח ששבחו הנכסים אחר מיתת האב אם נשתנו הוא מטעם אחר משום דמתנה קריי' רחמנא ואינו זוכה המקבל עד דמטא לידיה, ואינו זוכה אלא בשבח הגוף למפרע ע"ש, והביא זה מדברי הר"נ, ובפשוטו דבריו ברורים דלא שייך כלל דין ראוי ממה שהנכסים השביחו אחר מיתת האב, ודין ראוי ילפינן מאשר ימצא לו, אך הנתיבות בעצמו בסוף דבריו כתב לפרש ד' הטור וז"ל, וע"כ צריך לחלק בין אילן שגדל שכן דרכו ובודאי מתעבה, משא"כ רועה באפר שלא היה ודאי בשעת מיתה שתתפטם הפרה חשיב ראוי, ולפי"מ שכתב מקודם אין לזה שייכות מדין ראוי, אך באמת כתבו כן להדיא הרשב"ם ותוס' בדף קכ"ד ע"א, הרשב"ם בד"ה מה חלק פשוט שכתב ומיהו ראוי גמור כגון שהשביחו יתומים לא שקיל פי שנים, דלהכי אהני בכל אשר ימצא לו, והתוס' בד"ה אף מוחכרת וז"ל וי"ל דהוי"א במוחכרת ומושכרת גופה דחסרי בה מזוני דוקא אין הבכור נוטל פי שנים משום דהוי ראוי גמור, אבל בנו בתים שהשבח על גוף הקרקע אימא שאין זה ראוי ליטול בה פי שנים קמ"נ.

אלא דצריך ביאור דעת הרשב"ם ותוס' דמה שייך דין שבח שלאחר מיתה לדין ראוי, בפשוטו מוכח כדברי הר"נ דהטעם הוא משום דלא זכה עד דמטיא לידיה דאז זוכה למפרע, וכמו שהסביר הנתיבות דהוי כמו שזיכתה לו התורה משעת מיתה בגדר מהיום עד שתבוא לידו, דמבואר בסי' רנ"ז דבנותן מהיום ולאחר מיתה, שבח הגוף שייך

להמקבל ושבח הפירות להנותן, אלא דבאמת דברי התוס' ורשב"ם ברורים ומפורשים בגמ' דדין שבח שהשביחו הנכסים לאחר מיתה אם אינו שבחא דממילא ממש וכמו בפרה מוחכרת דלא חסרי בה מזוני נלמד מדין זה שאינו נוטל בכור פי שנים בראוי, כדאמר הגמ' בב"ב דף קכ"ד ע"ב תני רמב"ח בשאר ספרי דבי רב בכל אשר ימצא לו פרט לשבח שהשביחו יורשין לאחר מיתת אביהן, אבל שבח ששבחו נכסים אחר מיתת אביהן שקיל, ומנו רבי היא, תני רמב"ח בשאר ספרי דבי רב בכל אשר ימצא לו פרט לשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן, וכל שכן שבח שהשביחו יורשין לאחר מיתת אביהן דלא שקיל ומנו רבנן היא, אמר רב יהודה אמר שמואל אין בכור נוטל פי שנים במלוה, למאן אי לימא לרבנן השתא שבחא דאיתיה ברשותיה אמרי רבנן לא שקיל מלוה מיבעיא אלא לרבי, ואלא הא דתניא ירשו שטר חוב בכור נוטל פי שנים, בין במלוה בין ברבית מני לא רבי ולא רבנן, לעולם לרבנן ואיצטריך סד"א מלוה כיון דנקט שטרא כמאן דגביא דמי קמ"ל, עוד מבואר זה בגמ' בכורות דף נ"ב במה דתנן במתני' בדף נ"א ע"ב הבכור נוטל פי שנים מנכסי האב וכו' ואינו נוטל פי שנים משבח ולא בראוי כבמוחזק, ואמר ע"ז בגמ' ואינו נוטל בשבח דכתיב בכל אשר ימצא לו, ולא בראוי כבמוחזק דכתיב בכל אשר ימצא לו, ומבואר דהוא חד טעמא ובין דין שבח לאחר מיתה בין דין ראוי ילפינן מקרא דבכל אשר ימצא לו, וכן מבואר דאמר על מלוה שהניח האב דודאי אינו נוטל בכור פי שנים, ולמד זה משבח דאיתיה ברשותו, מלוה מבעיא, וצריך לבאר מה שהוכרח הר"נ לחדש דטעמא דאין הבכור נוטל בשבח פי שנים הוא משום דמתנה קריה רחמנא ואין הבכור זוכה עד דמטא לידיה, וביחוד תמוהין דברי הנתיבות שכתב זה בתורת קושיא דמה שייך דין ראוי לדין שבח שלאחר מיתה, וכתב וז"ל ועיקר הטעם במה שנוטל שבח דמאליו, ושבח דאישתני אינו נוטל פי שנים, דלכאורה ממ"נ אי זוכה הבכור בגוף הדבר בשעת מיתה אף שבחא דאישתני שלו דדידיה אשבח ואי אינו זוכה עד (שעת) אחר מיתה דרוצה לזכות אף שבחא דממילא [לאו] דידיה הוא, וע"כ כתב הר"נ הביאו הב"י בטור שחלק בכורה מתנה קרייה רחמנא וכו' כמו שהבאתי.

ונראה דיש לומר דשני הטעמים צריכים זה לזה, דזה ודאי דהא דמתנה קריי' רחמנא מועיל שלא נעשה של הבכור חלק הבכורה תיכף משמת אביו, וכמו חלק הפשוט לפשוט דא"כ לא היה באמת שום טעם לומר דשבח של אחר מיתה יהי' לו דין ראוי, והי' צריך להיות הדין כמו בשותפין, אלא דגם זה לא נוכל לומר דהבכור אינו נוטל בשעה שנוטל חלק הבכורה, אלא אותם שני החלקים שהיו בשעה שמת אביהם, דא"כ לא היה נוטל אפי' שבחא דממילא, כיון דמקודם לא היה שלו, ולמה מגיע לו שבח, אלא דזה

הטעם כמו שהסביר הנתיבות מדברי הר"נ דהוי כמו שזיכתה לו תורה בהמתנה שיהי' לו זכות בהמתנה כמו במהיום, וגם כאן משעת מיתה ולאחר שיקבל המתנה, אבל זה חסר לנו היסוד לבאר כן הא דמתנה קריי' רחמנא דהוי כמו מהיום ולאחר שיקבל חלקו, לכן מפרש הגמ' דילפינן מבכל אשר ימצא לו, והיינו דכמו בדין ראוי אינו נוטל הבכור אלא מה שמצוי לאביהם בשעת מיתה ה"נ לגבי שבח אינו נוטל הבכור זה הזכות מה שיצמח מהירושה אחר מיתה, כיון דתיכף בשעת מיתה לא נעשה שלו, רק שצריך ליתן לו מה שהניח אביהם, לכן לגבי שבח תלוי בזה אם השבח הוא שבח דממילא, וכיון דמה שהניח אביהם צריך ליתן לו, גם שבח דממילא אין זה מגדר זכות, אלא דהוא גוף הדבר שנתגדל, אבל שבח שהשביחו יתומים אף דאם יבוא אחד וישביח נכסי חברו אפי' אם נשתנו הדברים מ"מ אין לו אלא כאריס כיון שלא בא עליהם בתורת גזלן, אבל זהו בשביל שנכסים של הבעלים כמו שגוף הדבר הוא שלו, כן יש לו זכות בכל מה שיצמיח או יהי' נעשה ממנו, אבל מה דצריך ליתן להבכור מדין מתנה אי לאו קרא דבכל אשר ימצא לו, היינו אומרים דצריך ליתן לו גם מה שיצמיח מהם ואפי' אם נשתנו, או אפי' אם היתומים השביחו בידים ואינם נוטלים אלא כאריס, אבל מקרא דבכל אשר ימצא לו ילפינן דאינו נוטל אלא גוף הדבר אבל אינו נוטל פי שנים בזכות בהנכסים, ולכן כל מה שיצא מהם אם רק נשתנה, אין זה גוף הדבר וכ"ש אם השביחו יתומים דאין זה גוף הדבר ולכן אינו נוטל פי שנים.

אחר כתבי עיינתי בש"מ וראיתי שמביא בשם עליות הר"י שמקודם פירש עד דמטיא לידיה דנותן כפירוש רשב"ם אח"כ כתב וי"מ מה מתנה עד דאתיא לידיה דמקבל מתנה אף חלק בכורה עד דמטא לידיה, לפיכך אינו נוטל בשבח נכסים קודם חלוקה ולא אמרינן ארעא לידיה אשבח כמו שאנו אומרים בחלק פשיטות, וקשיא לי להאי פירושא הא דאמרינן לקמן השתא שבחא דאיתיה ברשותיה אמרי רבנן לא שקיל מלוה מיבעיא, מה ענין זה לזה הלא בשעת חלוקה ראוי שיטול הבכור פי שנים במלוה כמו בשאר נכסים שהניח האב משא"כ בשבח ששבחו נכסים אחר מיתת האב, דלאו ארעא דידיה משבח ואפשר לומר דהאי סוגיא פליגא אסוגיא דלקמן, וכמו שיש לפרש דמילתא (דרב) [נראה דצ"ל דבשאר ספרי דבי רב] והיינו דדריש מבכל אשר ימצא לו פליגא אהך סוגיא עכ"ל, והנה כבר נפתח הענין בגדולים ובעליות הר"י עושה בזה מחלוקת הסוגיות, אבל בבכורות למד הגמ' בסתם שני הענינים מבכל אשר ימצא לו, ולא הוזכר שם מחלוקת מזה ולפי"מ שבארנו מיושב.

פרק ד

הלכה ו

מי שהיה לו שפחה והוליד ממנה בן והיה נוהג בו מנהג בנים, או שאמר בני הוא ומשוחררה אמו, אם תלמיד חכם הוא או אדם כשר שהוא בדוק בדקדוקי מצות הרי זה יירשנו, ואעפ"כ אינו נושא בת ישראל עד שיביא ראיה שנשתחררה אמו ואחר כך ילדה שהרי הוחזקה שפחה בפנינו ואם משאר הדיוטות הוא ואין צריך לומר אם היה מן המפקירין עצמן לכך הרי זה בחזקת עבד לכל דבר, ואחיו מאביו מוכרין אותו, ואם אין לאביו בן חוץ ממנו אשת אביו מתייבמת, וזה הוא הדין שיראה לי שהוא הולך על עיקרי הקבלה, ויש מי שלא חלק בין כשרים לשאר העם אלא לענין שלא ימכרוהו אחיו בלבד ויש שהורה שאפי' ליורשו לא נחלוק בישראל.

השגת הראב"ד. מי שהיתה לו שפחה וכו' עד על דבר זה. א"א בגמרא לא מצאנו בה עיקר דבר זה אבל קצת הגאונים מפולפלים חלקו בין שפחת אחרים לשפחה שלו, וגאון אחר חולק עמו, מכל מקום לא מצאנו חלוקתם אלא שבעל סתם, אבל אם העיד עליו שאמו משוחררת לא דברו ולענין ירושה ירשנו עכ"ל.

המ"מ הביא דברי הרי"ף במה דתנן ביבמות דף כ"ב מי שיש לו בן מ"מ פוטר את אשת אביו מן היבום וכו', ובנו לכל דבר חוץ מי שיש לו בן מן השפחה ומן הנכרית וז"ל כתוב בהלכות אמרי רבואתא הני מילי שפחה דאחרים דומיא דנכרית דלית ליה קנין בגוה, אבל שפחה דידיה לא, דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, והאריך הרי"ף וסוף דבריו לחלק דגבי איסורא נקיטינן לחומרא ולענין ממונא נקטינן לקולא ולא ירית ליה אבל איהו גופיה לא מזבני ליה יורשים, וכתב על זה המ"מ דהרמב"ם סובר דאין לחלק בין שפחה לשפחה כמו דבנכרית ליכא לאיפלוגי בין נכרית לנכרית, ולכן כתב הרמב"ם בפ"ט מהל' עבדים ישראל שבא על שפחה כנענית אע"פ שהוא שפחתו הרי הולד כנעני לכל דבר, והביא המ"מ שכן מבואר במכילתא דר' נתן דריש מקרא דהאשה וילדיה שילדיה עבדים, וכתב עוד המ"מ דאין לומר בזה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, דאפי' תמצא לומר ששחררה מ"מ עשה בעילתו בעילת זנות, דהא אכתי פנויה היא ואינה אשתו, ועוד הביא דברי הרמב"ם פ"י מהל' גירושין דלא אמרינן חזקה זו אלא במקום שיש צד קדושין, אבל פנוי שבא על פנויה אפי' בפני עדים אינה צריכה גט, וזה מוכח ממשנה דאנוסת אביו ומפותת אביו, ורק לענין ירושה כאן חלק בין הי' הבועל תלמיד חכם או לא משום דירושה בידו הוא להנחילו ולתת לו נכסיו במתנה, ואוקמינן חזקת כשרות של האב כנגד חזקת שפחות של זו וסמכינן אהאי מיגו, וכתב עוד המ"מ ושמא

יקשה על דברי רבינו מהא דאמר בגיטין דף ל"ט, עבד שנשא בת חורין בפני רבו יצא לחירות, ופריך מברייתא דהכותב שטר אירוסין לשפחתו דר"מ אומר מקודשת וחכ"א אינה מקודשת, ותירצו כשרבו השיאו אשה, ופריך מי איכא מידי דלעבדיה לא מיעבד איסורא, ואיהו עביד איסורא פירוש שנושא שפחתו, ותירצו דא"ל צאי בו והתקדשי בו פי' זה יהי' לך שטר שחרור ושטר אירוסין, איגלאי מילתא דלא שחררה קודם, ופליגי אם יש בלשון הזה לשון שחרור, ומוכח דעד כאן לא פליגי רבנן אלא בדאיגלאי דקודם לכן לא שחררה, ויש לתרץ דהתם בשטר אירוסין משמע ממעשיו שהוא רוצה אותה דרך אישות, אבל בבא עליה שלא בקדושין אדרבא משמע ממעשיו שהוא רוצה דרך זנות, עכ"ל.

והנה דברי המ"מ אינם מיושבים חדא במה שכתב בטעמא דחלק הרמב"ם לענין ירושה אם היה הבועל ת"ח משום שיכול ליתן לו במתנה, והוא תימה דא"כ הי' לו לחלק בין היו לו הנכסים שהוריש קודם או שקנה אותם אחר כן, דאין לו מיגו דאין אדם מקנה דשלבל"ע, כדאמר הגמ' בדף קכ"ז לגבי יכיר, איברא דבדף קל"ד ע"ב במה דתנן זה בני נאמן, ואמר ע"ז ר"י אמר שמואל דהוא ליורשו ולפטור את אשתו מן היבום, פי' רשב"ם דמיגו דאי בעי יהיב ליה במתנה כי אמר נמי בני הוא וירשני נאמן, ואי משום נכסים הבאים לאחר מכאן אתא לאשמעינן הא לאו מילתא היא דודאי אינו נאמן וכו', וחילק מדין בכור דהתם ידעינן שהוא בנו והאריך שם, וכן כתבו שם התוס', אבל הרא"ש שם חלק עליהם וכתב בפשיטות דאפי' בנכסים הבאים לאחר מכאן נאמן, וכן מבואר בשו"ע מדברי הטור בשם הרא"ש, ועוד דלדבריו סותר הרמב"ם שיטתו דבפ"ט מהל' עבדים הל' א' כתב ישראל שבא על שפחה כנענית אע"פ שהיא שפחתו ה"ז הולד כנעני לכל דבר, ונמכר ונקנה ומשתמשים בו לעולם כשאר העבדים, וכיון שכתב בסתם ה"ז הולד כנעני לכל דבר, וכתב זה בהלכות עבדים ולא דוקא לדיני איסורין, ולא חילק בין שהיה הבועל ת"ח או לא א"כ אינו סובר שם לחלק בזה.

אלא דבאמת הרמב"ם לא חילק כאן אם הבועל ת"ח לענין זה דבבעילה לבדה נאמר אינו עושה בעילתו בעילת זנות, דהא כתב בפירוש והוליד ממנה בן, והיה נוהג בו מנהג בנים, או שאמר בני הוא א"כ לא כתב גם בת"ח טעמא דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וענין זה לא כתב בהלכות עבדים ואין כאן סתירה לדבריו, ומה שחילק בין אם הבועל ת"ח או משאר הדיוטות, זהו משום דאם הוא הדיוט אינו יודע לחלק ולידע דבן שפחתו שבא עליה אינו בנו, וכיון שכל דינו בזה הוא רק משום דאם היה נוהג בו מנהג בנים, והוא ת"ח הוי כמו שאמר זה בני, וכבר כתבנו דבזה בני אינו משום דבידו

ליתן לו במתנה, אלא משום דהתורה האמינתו, וכמו שכתב הרא"ש, ואפשר דטעמא הוא דילפינן מקרא דביום הנחילו את בניו דאב נאמן על בנו לומר שהוא בנו, אף שאין לו עדים.

ולבאר הענין בשלימות נעתיק כאן מה שכתבתי בפרק ט' מהלכות עבדים הלכה א' שהבאתי למעלה שכתב שם ישראל שבא על שפחה כנענית אע"פ שהיא שפחתו ה"ז הולד כנעני לכל דבר וכתבתי שם וז"ל ולבאר עיקר דין בא על שפחתו נביא בזה דברי הרמב"ם בפ"י מהל' גירושין ודברי הראב"ד שם וז"ל בהל' י"ט, שלא אמרו חכמים חזקה זו אלא באשתו שגירשה בלבד, או במקדש על תנאי ובעל סתם שהרי אשתו היא, ובאשה הוא שחזקתו שאינו עושה בעילתו בעילת זנות עד שיפרש שהוא בעילת זנות, או עד שיפרש שעל תנאי הוא בועל, אבל בשאר הנשים הרי כל זונה בחזקת שבעל לשם זנות, עד שיפרש כי הוא לשם קדושין, ואצ"ל בשפחה או עכו"ם שאינה בת קדושין שאין חוששין להן כלל, והרי הבן מהם בחזקת עכו"ם ועבד עד שיודע בודאי שנשתחררה אמו או נתגיירה, וכתב על זה הראב"ד וז"ל בעכו"ם הוא כדבריו שהרי אין בידו לגיירה, אבל בשפחתו שיש בידו לשחררה דבריהם קרובים ולא שביק היתרא ואכיל איסורא וכו' עכ"ל, ודברי הרמב"ם צריכים באור שכל עיקר בא כאן לברר דלא כדעת הגאון, וא"כ למה כתב ואצ"ל בשפחה או עכו"ם דלמה הזכיר עכו"ם אטו עכו"ם בדידיה תלי שיגייר אותה, וכמו שכתב הראב"ד, והמ"מ פ"ד מהל' נחלות כתב דאין לחלק בין שפחה לשפחה כמו דבנכרית ליכא לאפלוגי בין נכרית לנכרית, ומשמע דסובר דזהו שהשוה הרמב"ם עכו"ם לשפחה, אבל אין בזה שום הוכחה דבעכו"ם אין מקום לחלק, אבל בשפחה דיש לחלק דבשפחה שלו שיכול לשחררה אמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות מנלן דלא מחלקינן.

והנה המ"מ שם הקשה על דברי הרמב"ם מהא דאמרינן בגיטין פ' השולח בהא דתניא הכותב שטר אירוסין לשפחתו ר"מ אומר מקודשת, וחכ"א אינה מקודשת דפריך על הא דאמרינן עבד שנשא בת חורין בפני רבו יצא לחירות, ומשני דברייתא כגון שאמר לה צאי בו והתקדשי בו דמוכח דבסתם שטר אירוסין יצא לחירות עמש"כ שם, ונראה דעיקר תלוי בבאור ד' הגאון בבא על שפחתו, אם כונתו דע"י חזקה זו נאמר שודאי שחררה מקודם בשטר שחרור, או דהכונה דעכשיו בשעת ביאתו שחררה, אבל באמת לפי"ז א"כ אכתי חסר לה שטר שחרור ונפקע רק השעבוד, וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ח הל' י"ז, וא"כ אין בניה נחשבים לישראלים וממילא אינם בניו, וע"כ כונת הגאון ששחררה מקודם, ובגמ' שם כדפריך על הא דעבד שנשא בת חורין בפני רבו דיצא לחירות, מהא

דהכותב שטר אירוסין לשפחתו, ומוקים כשרבו השיאו אשה פריך על זה ומי איכא מידי דלעבדיה לא מעבד ליה איסורא, ואיהו עבד איסורא, וקשה דאם נימא דאפי' אם יצא לחירות הוא מעוכב גט שחרור, ומעוכב ג"ש אסור בבת חורין, כדאיתא שם להדיא ולא נחלקו רש"י ותוס' שם אלא אם אסור בשפחה, אבל בבת חורין ודאי אסור, וע"כ צריך לפרש דמה שאנו אומרים יצא לחירות היינו משום דודאי שחררו מקודם ע"י שטר שחרור.

אכן בפ"ח הל' י"ז כ' הרמב"ם דעבד שהשיאו רבו בת חורין או שהניח לו תפלין בראשו, או שאמר לו לקרות ג' פסוקים בס"ת בפני צבור דיצא לחירות, שכופין את רבו לכתוב לו ג"ש ואין לומר דאף דאמרינן דכבר כתב לו ג"ש מ"מ כיון שאין להעבד ג"ש כופין אותו לכתוב ג"ש מחדש, דהא כתב הרמב"ם שם מכאן אני אומר שהמשחרר עבדו בכל לשון והוציא דברים מפיו שמשמען שלא נשאר לו עליו שעבוד כלל ושגמר בלבו לדבר זה שאינו יכול לחזור בו כופין אותו לכתוב לו ג"ש אע"פ שעדיין לא נתן, ומוכח מדבריו דבכל הני דיני אין אנו אומרים דזהו הוכחה שכבר שחררו בג"ש, דא"כ אין ראיה לדינו זה, וע"כ דמפרש דבכל הני אמרינן דעכשיו שחררו וצריך גט, וא"כ קשה טובא מה דאמר בגמ' דמי איכא מידי דלעבדיה לא מעבד איסורא דהא עכ"פ גם עכשיו הוא איסור, וע"כ צ"ל דהרמב"ם מפרש דעיקר הוא שלא יהי' ביאת איסור, ולכן כשהשיאו רבו אשה דמוכח מזה דמשחררו עכשיו, בזה כונתו שעתה קודם ביאה יכתוב לו גט שחרור, ואף דיהי' צריך קדושין מחדש אה"נ דיאמר שיקדשנה מחדש, ומה שהשיאו עכשיו הוא רק לאלם ולחזק הקשר ביניהם, ואף דאם הי' ברכת נשואין יש בזה איסור של ברכה לבטלה, יש לומר עפ"מ שכתב הנתיבות סי' רל"ד דבאיסור דרבנן לא הוי עבירה בשוגג, ומשכחת לה דהמברך לא ידע שהוא עבד, ואפי' לדעת הרמב"ם דברכה לבטלה עובר על לא תשא, מסתבר דזהו דוקא במזיד דזהו לשוא, אבל כשחשב המברך שהוא בן חורין אינו לשוא.

איברא דאכתי אינו מיושב דהא אחר שיכתוב לו ג"ש הא צריך טבילה להכניסו בדין ישראל גמור, וכתב הרמב"ם בפי"ג מהל' איסו"ב דטבילת עבד הוא בפני ג' וביום כגר שמקצת גירות הוא, וקשה קצת לומר דכשהשיאו אשה, דעתו שקודם ביאה יטבילה בפני ב"ד, ואף דלא שייך בזה לומר מי יימר דמזדקקי ליה כדאמר בקדושין דף ס"ב דזה בגר שצריך לדחותו, אבל עבד ודאי יזדקקו, מ"מ קשה לומר כן, דלא דמי לשטר שחרור שבידו תיכף לכתוב לו, אכן לפי"מ שביאר אדמו"ר זצ"ל בספרו חדושי רבינו חיים הלוי פי"ג מהל' איסו"ב הי"ב דדין היתר בבת ישראל אינו תלוי בדין גמר הגירות ע"י טבילה, אלא דכיון דיצא מכלל עבד ע"י שחרור, ואינו בכלל עם הדומה לחמור

כבר תפסי קדושין, ומותר בבת ישראל, א"כ מיושב דא"צ אלא שטר שחרור שיוכל ליתן לו תיכף.

ועתה מיושב קושיית המ"מ וגם מה שעמדנו בדבריו דלמה הזכיר עכו"ם, דכיון דדעת הרמב"ם דכל הני דיצא לחירות אינו אלא שנפקע השעבוד וכופין אותו לכתוב לו ג"ש, א"כ לא יועיל זה כלום בבא על שפחתו, דאפי' אם פקע השעבוד אכתי שפחה היא ואסורה לו, וממילא גם שעבודה לא פקע כיון דלא נוכל להוכיח מזה ששחררה, דעכ"פ לא נוכל לומר אח"כ דמשום א"א עושה בעילתו ב"ז בא עליה לשם קדושין דהא אכתי לא תפסי בה קדושין, ועכשיו מבואר שפיר מה שהזכיר הרמב"ם עכו"ם דכיון דזה דנימא דעכשיו שחררה לא מהני כלום, וע"כ דנימא דכבר שחררה מקודם, א"כ גם בבא על הנכרית נימא דבודאי נתגיירה, ונאמין לו על הבן לפטרה מן היבום, כמו באומר זה בני וכיון שאין אנו אומרים כן בנכרית כדמוכח ממתני' דיבמות דף כ"ב שהביא המ"מ, ה"נ לא נאמר כן בשפחה, דכיון שהוא רק בתורת הוכחה דנימא דודאי לא עביד איסורא, א"כ אין נ"מ מנכרית לשפחה דאף דנכרית אין בידו לגיירה, מ"מ נימא דמדבא עליה מוכח שודאי נתגיירה מדעתה והוי כמו שאומר שנתגיירה, וכיון דמוכח ממתני' דאינו בנו לפטור מן היבום משום שאנו מעמידין אותה בחזקתה שהיא נכרית, ה"נ מעמידין השפחה בחזקתה, ולדעת הרמב"ם בפ"ד מהל' נחלות אפי' אומר אח"כ כשכבר ילדה הבן שבנו הוא ושאמו נשתחררה אינו נאמן ואינו יורשו ולא מתייבמת, אף דתנן בב"ב דף קל"ד דזה בני נאמן ליורשו, ולפטור מן היבום זהו באומר על מי שאינו מוחזק לבנו, אבל אין לנו חזקה כנגדו, אבל בנו מן השפחה שהיא מוחזקת לשפחה אינו נאמן.

פרק ה

הלכה ד

יבמה שלא שהתה שלשה חדשים ונתיבמה בתוך שלשה חדשים וילדה בן, ואין ידוע אם בן תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון, זה הספק אומר שמא בן המת אני ואירש את נכסי אבי כולן, ואין אתה ראוי ליבם אותה שאין אמי בת יבום, והיבם אומר שמא בני אתה ואמך ראויה ליבום ואין לך בנכסי אחי כלום. הואיל וגם זה היבם ספק שמא יבם או אינו יבם חולקין בשוה, וכן דין זה הספק עם בני היבם בנכסי המת שנתייבמה אשתו חולקין בשוה הספק נוטל מחצה ובני היבם מחצה, מת היבם אחר שחלק עם זה הספק, ובאו בני היבם הראויין לירש אביהם אע"פ שיש לזה הספק לומר אם אחיכם אני תנו לי חלק בירושה זו, ואם איני אחיכם החזירו לי החצי שלקח אביכם, אין לזה

הספק בנכסי אביהן עמהן כלום, ואין מוציא מידן.

הואיל וגם זה היבם ספק שמא יבם או אינו יבם חולקין בשוה, הרא"ש בפ' החולץ סי' ח' כתב בזה וז"ל ותימה ולימא יבם דל מהכא היבום שזכיתי מנכסים מכח היבום, מ"מ אני יורש של מיתנא ואתה ספק, ותנן לקמן דף ק' הוא אינו יורש אותן אלא הקרוב קרוב יורש כי הוחזקה נחלה לאותו השבט והוא לא יוציא הנחלה מחזקתה מספק, ונ"ל דמיירי שהסבא קיים הילכך מכח קורבא אין היבם זוכה בנכסים כי האב קודם והוא צריך לזכות מכח טענה דאת ברי דידי וזו טענת ספק הוא, ומ"מ הסבא נסתלק מן הנכסים בין שהוא בר מיתנא בין שהוא בן היבם הילכך חולקין הנכסים ביניהם עכ"ל, והטור פסק כדברי הרא"ש ויש חילוק בין כשהסבא קיים או לא, והמחבר בשו"ע הביא דעת הרמב"ם שלא חילק בזה, וכתב ויש מי שאומר שאם אין אבי המת קיים יטול היבם הכל, והקשה הדרישה לדעת הרא"ש מדין סבא וספק בנכסי יבם דחולקין ואמאי לא יאמר הסבא אני ודאי יורש של היבם כדין אב והספק הוא ספק בן כמו דסובר הרא"ש בספק ויבם בנכסי מיתנא שהיבם טוען אני ודאי אח, והספק הוא ספק בן, עיין מה שכתבו בזה הדרישה והט"ז.

ונראה דהתוס' פ' יש נוחלין כתבו דכל היורשין יורשין מדין משמוש מכח האב שהאב יורש בקבר להנחיל לבניו, ומטעם זה לא תנן במתני' אחי האב, והקשו דאם כן למה תנן אחין, ותירצו דנקט איידי דבעי למיתני אחין מן האם לא נוחלין ולא מנחילין ותירוצם דחוק, ונראה דאיכא נ"מ בין אחין לאחי האב דאף דשניהם הוזכרו בכתוב מ"מ הא אמר בגמ' דף ק"ט אחי האב לא צריכה קרא שהאב קודם, אחי האב מכח מאן קאתו מכח אב, קאי אב קא ירתי אחי האב, וכיון דדריש שארו זה האב מלמד שהאב קודם לאחין, מוכח שהאחין אינם יורשין מכח אב אלא מכח עצמם, אלא דאיכא קרא שהאב קודם, ומשו"ה מייתי במתני' האחין ולא אחי האב.

ולפי"ז מבואר דיש חילוק בין סבא וספק בנכסי יבם, ובין ספק ויבם בנכסי מיתנא, דגבי ספק ויבם בנכסי מיתנא אם הספק הוא בנו של היבם אינו יורש כלל, ומשו"ה סובר הרא"ש דמה שהיבם הוא ודאי אח, דוחה להספק שהוא ספק בן, דאם הוא בן של היבם כשהיבם חי אינו יורש כלל, אבל גבי סבא וספק בנכסי יבם, דהמיתנא הוא ג"כ יורש מצד עצמו משום אח וכן הספק אם הוא בנו של המיתנא רק דאביו שהוא הסבא קודם, וממילא הספק הוא ממ"נ יורש דגם אם הוא בן אח הוא יורש אלא דהסבא קודם מדין אב, ולענין שם יורשין שניהם יורשין, אלא דדין הירושה הוא בספק ומשו"ה חולקין.

אכן דעת הרמב"ם שהביא ההלכה בסתם ולא חילק אם הסבא קיים, וכן דעת המחבר

בדעת הרמב"ם צריכה ביאור, והוא פשוט דאינו סובר כדעת הרא"ש דודאי אח דוחה ספק בן, וראיית הרא"ש מהא דיורשי היבם מדחים אותו מירושת אביהם אינה ראיה, דהתם הם עכ"פ הם ודאי יורשים בפועל, אבל הכא אם יש בן אין האח יורש, וכתב כן הט"ז בסימן קס"ג, אלא דקשה לפי"ז מדברי הרמב"ם בהל' ה' שכתב נפל הבית עליו ועל אמו מעמידין נכסי האם בחזקת יורשי האם שהם יורשין ודאין, אבל יורשי הבן ספק הם שאם מת הבן תחילה אין לאחיו מאביו בנכסי אמו כלום, ומבואר דאף דיורשי האם אינם ודאין אלא אם מת היבם תחלה, אבל אם מתה האם תחילה יורש בן האם ויורשין ממנו אחיו מאביו, ומ"מ אנו אומרים שיורשי האם הם ודאים ודוחים ליורשי הבן.

והנה דברי הרמב"ם שם גם בלא זה צריכים ביאור דבב"ב דף קנ"ח ע"ב במתני' דנפל הבית עליו ועל אמו דאמר ר"ע מודה אני בזה שהנכסים בחזקתן, ואמר על זה בגמ' בחזקת יורשי האם, ואמר על זה וטעמא מאי אמר אביי, הואיל והוחזקה נחלה בחזקת אותו השבט, וזה אינו כמש"כ הרמב"ם דהטעם הוא משום דיורשי האם הם ודאין, ויורשי הבן ספק, וטעמא דהוחזקה נחלה באותו השבט הוא טעם אחר, דמתחלה היתה הנחלה עומדת בחזקת משפחת האם, ובפשוטו הם שני טעמים, ואינם שייכים זה לזה, והוא תימה שיכתוב הרמב"ם טעם אחר דלא כהגמ'.

ונראה דהרמב"ם סובר דטעמא שהוחזקה נחלה בחזקת אותו השבט וע"כ דהכונה בחזקת משפחת האם, לא הוי מהני בפני עצמה, דאטו לא היתה עומדת האם לינשא, ועוד דהא לא הוזכר במתני' דנפל הבית עליו ועל אמו, מתי קנתה האם את הנכסים. ואם קנתה הנכסים אחר שהיה לה הבן הא לא הוחזקה נחלה בחזקת משפחת האם, כיון שהיה לה בן העומד לירש אותה, ולכן סובר הרמב"ם דעיקר טעמא דהוחזקה נחלה בחזקת אותו השבט היינו בגדר הסבת נחלה דאף דדין הסבת נחלה לא היה אלא לבאי הארץ כיון דמצינו דאיכא גדר הסבת נחלה גם עתה מדין אין הבן יורש אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב, ולמד אביי זה שם בדף קנ"ט מגדר הסבת נחלה, לכן כשנעשה לנו ספק בדין אם ע"פ איזה ספק אנו צריכין להוציא נכסי האם ליורשי האב על ידי ירושת בנה שיירשה להוריש לאחיו מן האב, אם הענין ספק הוא נאמר הוחזקה נחלה בחזקת אותו השבט, וסובר הרמב"ם דדוקא בצירוף עם הך טעמא דיורשי האם הם עכ"פ יורשים ודאים מעיקר הדין, אלא שאם יש בן לאם והוא מת אחרי כן מוריש לאחיו מן האב, לכן אף דהרמב"ם אינו סובר דודאי אח דוחה ספק בן, וזהו משום דאם יש בן אין האח יורש בפועל, זהו כששניהם בדרך ירושה רגילה, אבל היכי שהשאלה הוא לאחים של בנה מן האב אנו אומרים שהוחזקה נחלה בחזקת אותו השבט, וזהו משום שיורשי האם

הם יורשים ודאים, ואחי בנה מן האב הם יורשים בספק, שאם מת בנה קודם מיתתה אינם יורשים.

והנה מש"כ הרמב"ם וכן דין זה הספק עם בני היבם בנכסי המת שנתייבמה חולקין בשוה הספק נוטל מחצה ובני היבם מחצה, שכתב רש"י ונראה בעיני דההוא מנתא דקא מודו ליה שקיל ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקין, וטעמא של רש"י הוא מהא דגבי ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, דאמר הגמ' בההוא פלגא דקא מודו להו שקלי תילתא דקא מודו ליה שקל, פש להו דנקא הוי ממון המוטל בספק וחולקין, אבל הרמב"ם כתב הספק נוטל מחצה ובני היבם מחצה, וכתב המ"מ דימה הרב דין זה לדין ספק ויבם הנזכר שחולקין בנכסי המת ונוטל היבם מחצה, ואולי הודאין במקום אביהן הן עומדין, ואע"פ שהן טוענין לזה שהוא אחיהם כיון שהוא טוען דבר מיתנא הוא ומשום ספיקא פלגינן ליה בנכסים, אין לו בחצי האחר כלום, אח"כ הביא המ"מ דברי רש"י וכתב על זה וכן נראה וכן כתב הרשב"א, ודברי המ"מ בביאור שיטת הרמב"ם אינם מיושבים, דגבי ספק ויבם בנכסי המת הוי ספק השקול, אבל כאן הוא דומה ממש לספק ובני יבם בנכסי סבא דאמר הגמ' כמו שהבאנו, כתב כן הרמב"ם בהל' ה' שהחצי שמודה להם נוטלין, והשליש שמודין לו נוטל והשתות הנשאר חולקין בשוה, והמחבר באה"ע סי' קס"ג הביא שתי הדעות מקודם כד' רש"י ואח"כ כתב ויש מי שאומר בכל הנכסים חולקים בשוה הוא מחצה והם מחצה וכדעת הרמב"ם.

והנה הב"ש כתב על שיטת הרמב"ם ואין להקשות מ"ש מספק ובני יבם בנכסי זקן דאין חולקין בשוה משום דכאן אם היה בא הספק עם אביהם לדין היה כל אחד נוטל מחצה, אמרינן אף השתא לא נשתנה דינם ויש להם זכות מכח אביהם ונוטלים חלק אביהם, כמו שהקשה הרא"ש שם בדין ספק ויבם בנכסי זקן, משא"כ בספק ובני יבם בנכסי זקן, אז אם היה בא לדין עם היבם היה נדחה מכל וכל, ועכשיו ע"כ דינו נתחדש ונוטל חלק א' ונוטל מה שמודים לו, ובמה שהם מחולקים עמו חולקין עכ"ל, ודבריו אינם מובנים דאיזה סברא הוא דבספק ובני יבם בנכסי מיתנא שעומדים בכח אביהם, ואם הי' בא הספק לדון עם אביהם הי' נדחה, לכן דינו נתחדש ונוטל יותר ממחצה, וכבר תמה על דבריו המגיה בט"ז, והאריך הרבה בזה, ואח"כ כתב בעצמו לתרץ וז"ל, דשאני ספק ובני יבם בנכסי המת, דהתם תיכף כשיבם זה ייבם אשתו היה כל הנכסים של המת שייכים להיבם רק אח"כ כשנולד זה הספק נתעורר דין על הנכסים של היבם שאין מגיע לו הנכסים שזכה מן המת, והדין הוא שיטול היורש החצי, והחצי השני ישאר אצל היבם, וא"כ באותו חלק שנשאר אצלו זכה בו למפרע כבר משעה שייבם אשת המת, והרי הם

כנכסי היבם עצמו משעת יבום, א"כ אם מת היבם אח"כ מה לו לספק בנכסי היבם נגד בני היבם עכ"ל, וגם דבריו אינם מיושבים, חדא דעיקר יסודו שכתב דכשייבם מתחלה אשת המת זכה בהנכסים, דמנין ברור לו לומר כן, כיון שלא המתין היבם ג' חדשים, ועוד יש ספק שמא נתעברה היבמה מן המת, וגם לפי דבריו מה שייך לומר שזכה למפרע, הרי לא זכה אלא מדין חלוקה שחלק עם הספק, בשביל שלא הי' ידוע אם הספק הוא בן היבם או בן המת.

לכן נראה ליישב באופן אחר, דגבי ספק ובני יבם בנכסי סבא, דהתם שניהם יורשים ודאין, בין הספק הוא יורש בכל אופן, בין אם הוא בנו של המיתנא, בין אם הוא בנו של היבם, ובין הבני יבם הם יורשין ודאין, דגם אם הספק בנו של המיתנא הם יורשין שוים עמו דהוא בנו של המיתנא, והם בניו של היבם, אלא דהמחלוקת ביניהם הוא רק על חלוקת הירושה, לכן אמרינן דפלגא דקא מודי להו שקלי תילתא דקא מודו ליה שקיל והשאר חולקין, אבל בספק ובני יבם בנכסי מיתנא כיון דהספק הוא על דין היורש, דאם הספק הוא בן המיתנא בני היבם אינם יורשים כלל דבמקום שיש בן הלא האח אביהם אינו יורש, וכשהספק נוטל מחצה הרי הוא נוטל משום ספק שמא הוא היורש היחידי, לכן אין טענה שיטול גם בצד השני שהם היורשין והוא ג"כ אחיהם, דממ"נ אם הם יורשים אינו מגיע לו חצי אלא שליש, וכיון דהדין בזה הוא בעיקר דין היורש, ומשום ספק זה אנו חולקין, לכן אינו נוטל הספק משום שני צדדים, אלא חצי משום צד שמא הוא בן המיתנא, ולכן יחלוקו בשוה.

הלכה ז

נפל הבית עליו ועל בן בתו, אם האב מת תחלה בן בתו יירשנו, ונמצאו הנכסים של יורשי הבן, ואם בן בתו מת תחלה אין הבן יורש את אמו בקבר כמו שבארנו, ונמצאו הנכסים של יורשי האב, לפיכך יחלקו יורשי האם עם יורשי בן הבת, וכן אם נשבה האב ומת בן בתו במדינה או שנשבה הבן ומת אבי אמו במדינה, יחלקו יורשי האב עם יורשי בן הבת.

לפיכך יחלקו וכו' כתב המ"מ שיש לתמוה היאך פסק רבינו כברייתא זו אחר שפסק כדברי האומר בנפל הבית עליו ועל אמו שהנכסים בחזקת יורשי האם, ומשמע דכ"ש הוא בנכסי אבי האם דנכסים בחזקת יורשי אבי האם, והיאך יפה כח יורש זה בנכסי אבי אמו יותר מבנכסי אמו, וכבר הקשה כן הרשב"א בתשובה על דברי רבינו ולא מצא בזה תירוץ, והוא כתב דמשמע דהך ברייתא אתיא כמ"ד בנפל הבית עליו ועל אמו יחלוקו, ואין הלכה כן, ואע"פ שהביאו ממנה ראיה בגמ' לא הביאוה לענין דין זה, אלא שאין הבן

יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב עכ"ל המ"מ, וכתב על זה הכ"מ שהרא"ש בכלל פ"ד כתב לתרץ קושיא זו שיש לחלק דאם נפל הבית עליו ועל אמו שאם מת הבן תחלה ואח"כ האם באו הנכסים ליד קרוביה, לכן מעמידים כל הנכסים לאלתר ביד קרוביה, אבל בנפל הבית עליו ועל בן בתו ממ"נ הנחלה ממשמשת בקבר לבת שהיא קרובה לבת, וספק מת האב תחלה ותחזור ותמשמש למעלה לקרוב קרוב קודם, הלכך הואיל וממ"נ ממשמשת הנחלה מן האב לבת אע"פ שהוא עדיין בחזקת אותו שבט, הואיל ויצאה מיד מי שהיתה עד היום וספק תורידנה למטה או תעלנה למעלה יחלוקו עכ"ל הרא"ש שהביא הכ"מ.

והנה תי' הרא"ש קשה במה שהניח יסוד דמתחלה כשמת אבי הבת בין כשבן הבת קיים בין כשאינו קיים והנחלה חוזרת לאחיו של אבי הבת, בכל אופן יורשת הבת שהיא בקבר והנחלה ממשמשת לבנה אם הוא קיים, ואם אינו קיים, הנחלה ממשמשת לאביה, ומהאב לאחיו, וקשה דאיזה משמוש שייך אם בן הבת אינו קיים והנחלה צריך לירש אחיו של אבי הבת, איך שייך לקרוא זה משמוש, דמשמוש נחלה שייך אם בן הבן יורש ע"י הבן שהוא בקבר, או אבי האב ע"י האב שהוא בקבר, אבל אבי הבת בשעת מיתתו איך שייך שיירש את עצמו ע"י משמוש מבתו, ובודאי הירושה נופלת לאחיו אם בתו מתה, וזה ודאי דאחיו אינו יורש מכח בתו של המת אלא מכח עצמו שהוא אחיו, וא"כ גם בירושה שנפלה כשמת אבי הבת שאנו מסתפקין אם יירש אחיו או אחיו של בן בתו, הוי כמו בנפל הבית עליו ועל אמו שכתב הרמב"ם בטעמא דיורשי אמו יורשין משום דהם יורשים ודאין של אמו, ויורשי הבן הם ספק יורשין, והיינו אם מתה אמו קודם, וה"נ גבי אבי הבת אחיו הוא יורשו ודאי, ואחיו של בן בתו הוא ספק יורש.

ונראה דבגמ' בב"ב דף קנ"ט ע"ב איתא בעו מיניה מרב ששת, בן מהו שיירש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב, אמר להו רב ששת תניתוה האב שנשבה ומת בנו במדינה וכו' ומוקי לה בבן בתו, ומוכיח מהברייתא דאין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב אח"כ, אמר ליה רב אחא בר מניומי לאביי אף אנן נמי תנינא נפל הבית עליו ועל אמו אלו ואלו מודים שיחלוקו, ואם איתא נהי נמי דבן מית ברישא לירתיה לאמיה בקבריה ולירתינהו לאחי מאבוה, אלא לאו ש"מ אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב, וטעמא מאי אמר אביי נאמרה סיבה בבן ונאמרה סיבה בבעל, מה סיבה האמורה בבעל אין הבעל יורש את אשתו בקבר, אף סיבה האמורה בבן אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב, והקשו בתוס' דמעיקרא מה מייתי רב ששת מברייתא כיון דהוא משנה, וכתבו דהביא הברייתא משום שהיא משבשתא הביאה והי'

רוצה לתרצה, ואין תירוצם מיושב, דעכ"פ לענין האבעיא שהיא משנה מפורשת לא שייך שהביא ברייתא, ועוד מה אמר ראב"מ אף נמי תנינא דלא שייך זה על משנה לומר שהיא כהברייתא.

והנה בדף קנ"ח אמתני' דאמר ר"ע הנכסים בחזקתן ומסיק הגמ' דזהו בחזקת יורשי האשה, אמר ע"ז הגמ' וטעמא מאי אמר אביי הואיל והוחזקה נחלה באותו שבט, ומבואר דלא משום דיורשי האשה מוחזקין יותר אלא דאוקמינן בחזקת אותו השבט, ואף דלא הוזכר שתהי' דוקא אמו משבט אחר והבן משבט אביו משבט אחר, ובכל אופן אף שהאב והאם הם משבט אחד הדין כן, וצ"ל דכיון דעכ"פ אפשר שיהיו האב והאם משני שבטים, לכן אמרינן דנכסי האם לגבי הבן מוקמינן בכל ספק שיהי' במיתת האם והבן מיתת מי קודם, שהוחזקה נחלת האם בחזקת יורשיה, כדי שאם יהיו משני שבטים לא תסוב הנחלה משבט האם לשבט האב, וזהו דכיון דחזינן דקפיד קרא שלא תסוב נחלה ממטה למטה, לכן אף דעיקר קרא לדין שלא תשא אשה יורשת נחלה בעל משבט אחר, לא נאמר אלא בדור זה, וכן קרא דלא תסוב נחלה ממטה למטה דמפרש הרמב"ן בפירושו לתורה דזהו אם אשה נשואה ירשה נחלה אם מתה לא יירשו בעלה ובנה את נכסיה, גם דין זה לפירושו הוא רק בדור זה כמו שכתב שם, מ"מ כיון דחזינן דקפיד קרא בהסבת נחלה, לכן אם נעשה ספק בדין ירושת האם אם האם מתה קודם וירשה בנה ובמיתתו הוריש ליורשיו שהם יורשי אביו, או הבן מת קודם ואינו יורש בקבר, ויורשי האם יורשין אותה, אמרינן שהוחזקה נחלה בחזקת אותו השבט, ואפי' האב והאם משבט אחד הוחזקה הנחלה בחזקת משפחת האם.

ולפי"ז יש לומר דכיון דעיקר דין דהוחזקה נחלה בחזקת אותו השבט היסוד לזה הוא ממה דחזינן דקפיד קרא בהסבת נחלה, וכיון דעיקר קרא דהסבת נחלה נאמר בנחלת האם כדכתיב וכל בת יורשת נחלה, ולכן גם בדין הוחזקה נחלה באותו השבט לא אמרינן כן אלא ביורשת האם ולא ביורשת האב, ולכן לא אמרינן כן אלא בנפל הבית עליו ועל אמו דהדין הוא בירושת האם, אבל בנפל הבית עליו ועל בן בתו, והדין הוא בנכסי אבי הבת, לא אמרינן הוחזקה נחלה לקרובי אבי הבת, כיון דבזה ליכא הסבת נחלה, ולכן תניא בברייתא יחלוקו.

ובזה נוכל לבאר מה דמייתי רב ששת ראי' מהברייתא דנפל הבית עליו ועל בן בתו לדין אין הבן יורש אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב, דקשה למה לא מייתי ממתני' כמו שהקשו התוס', אבל לפי"ז נוכל לומר משום דאחר דמייתי ראב"מ ראיה על זה ממתני' ואמר על זה מאי טעמא, ואמר אביי נאמרה סיבה בבן ונאמרה סיבה בבעל, ולפי"ז נוכל

לומר דהילפותא דאין הבן יורש את אמו בקבר, דגמר סיבה סיבה אינו אלא מגדר הסבה, וכיון שכתבנו דדין הסבה אינו אלא באם ולא באב, וא"כ בבן בתו ליכא דינא דאין הבן יורש אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב, לכן מייתי רב ששת ראיה מהברייתא דנפל הבית עליו ועל בן בתו, דהתם ליכא טעמא דהסבה, ומ"מ מוכח מהברייתא דאין הבן יורש אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב, ואח"כ אמר ראב"מ דיש ראיה ממתני' בנפל הבית עליו ועל אמו, ועל זה אמר אביי דהילפותא היא מסיבה סיבה, ולפי"ז דכל טעמא דאינו יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב הוא משום גדר הסבה, א"כ אין זה אלא בירושת אמו ולא בבן בתו לגבי ירושת אבי אמו, דאין בירושת אבי אמו גדר הסבה, ולכן צריך להביא הברייתא דסברה דהוא דין בפני עצמו, ולא משום גדר הסבה ממטה למטה.

והנה יישבנו שיטת הרמב"ם להלכה שפסק כהמתני' וכהברייתא משום דגבי בן בתו ליכא טעמא שהוחזקה נחלה באותו השבט, אבל לפי דבריו בעצמו אין מקום ליישב שיטתו, דהא כתב בטעמא דנפל הבית עליו ועל אמו דיורשין יורשי האם משום שהם יורשין ודאין ואחיו של בן אמו הם יורשין מספק, דאם הבן מת תחלה אינו יורש בקבר להנחיל לאחיו מן האב, וכבר כתבנו דהך טעמא שייך גם בנפל עליו ועל בן בתו, אם לא שנקבל תי' הרא"ש דמתחלה נופלת הירושה לבתו שהיא בקבר, וצריך לדון מדין משמוש אם לבנה אם מת אחר אבי אמו או לאחיו של אבי אמו אם בנה מת קודם, אבל הקשיתי דמה שייך משמוש מבתו לאחיו, אלא שכבר כתבתי בהל' ד' דדברי הרמב"ם קשים שכתב בעצמו טעם שלא הוזכר בגמ', וכתבתי דסובר דטעמא דשהוחזקה נחלה באותו שבט לא הוי מהני בפני עצמה כיון דאינו אלא משום גדר הסבת נחלה דבזה היכי שהוא ספק אצלנו המעשה, אנו מעמידין בחזקת אותו השבט, אבל זה אינו אלא היכי דעכ"פ יורשי האם הם ודאי יורשים בדין אף דאינם ודאי יורשים בפועל, ולפי"ז מבואר דזה דוקא בנפל הבית עליו ועל אמו דאמר על זה ר"ע במתניתין הנכסים בחזקתן, אבל בהא דברייתא שנעשה ספק בן ובבן בתו, דבזה ליכא הסבת נחלה, ובזה ליכא טעמא שהוחזקה נחלה בחזקת אותו השבט, בזה הלכה כהברייתא דתניא יחלוקו, ולא מייתי הא דאמר ר"ע הנכסים בחזקתן.

פרק ו

הלכה א

אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו, ולא לעקור הירושה מן היורש, אע"פ שזה ממון הוא, לפי שנאמר בפרשת נחלות והיתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר

שחוקה זו לא נשתנה ואין התנאי מועיל בה, בין שצוה והוא בריא בין שהיה שכיב מרע בין על פה בין בכתב אינו מועיל. לפיכך האומר איש פלוני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום, איש פלוני יירשני במקום שיש לו בת, בתי תירשני במקום שיש לו בן, לא אמר כלום, וכן כל כיוצא בזה, אבל היו לו יורשין רבים כגון בנים רבים או אחים או בנות, ואמר כשהוא שכיב מרע פלוני אחי יירשני מכלל אחי, או בתי פלונית תירשני מכלל בנותי דבריו קיימין בין שאמר על פה בין שכתב בכתב, אבל אם אמר פלוני בני יירשני לבדו אם אמר על פה דבריו קיימין, אבל אם כתב כל נכסיו לבנו לא עשהו אלא אפוטרופוס כמו שבארנו.

ואע"פ שזה ממון הוא לפי שנאמר בפרשת נחלות והיתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר שחוקה זו לא נשתנה ואין התנאי מועיל בה, בהל' אישות פ' י"ב הל' ט' כתב הרמב"ם התנה עמה אחר שנשאה שלא יירשנה תנאו בטל, ואע"פ שירושת הבעל מדברי סופרים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה וכל תנאי שבירושה בטל ואע"פ שהוא ממון שנאמר בה לחוקת משפט, וכתב על זה הראב"ד בהשגות חסרון דעת אני רואה בכאן ומה צורך לחוקת משפט, והיאך אדם יכול להתנות על דבר שלא בא לעולם, ואיך יאמר לאביו או לאחד ממורישיו דין ודברים אין לי בנכסיך אחר מיתתך, ואין אדם מקנה מה שאין לו בו שום זכות עכ"ל, וכתב המ"מ דכונת הרמב"ם אם האשה התנית עמו כן שלא יירשנה והיא תוריש אחר, וכונתו הוא שהרמב"ם צריך לטעם של לחוקת משפט, לא בשביל זה שהבעל הסתלק מירושתה, אלא משום שהיא מסלקת אותו מירושתה וקובעת לאחר שיירש במקומו, וכבר עמד בזה חתני הגאון מהרי"מ שליט"א בספרו פרשת המלך חלק ב' על דברי הרמב"ם אלו והביא דברי המ"מ וכתב שמדברי הרמב"ם לא משמע כדבריו, שכתב התנה עמה אחר שנשאה שלא יירשנה, ומשמע מדבריו דהוא טעם שלא תועיל הסתלקותו, אכן אח"כ כתב שאף על זה שהסכימו ביניהם קורא לזה תנאו והביא דוגמא לזה בפ' כ"ג הל' א' והל' ב'.

אלא שעמד בזה יותר דמה צריך לקרא דלחוקת משפט, ומהיכי תיתי היינו אומרים דהמוריש יכול לסלק היורש בתנאי שמתנה עמו אפי' אם היורש הסכים, כיון שזה מודה גם המ"מ להראב"ד שהיורש אינו יכול להקנות משום דהוי דשלבל"ע, א"כ במה עדיף כחו של המוריש שיסלק היורש מירושתו, וגם אם נימא דאין ההסתלקות כאן מהנכסים שיירש אח"כ אלא מדין יורש שיש לו כבר, מה שייך לבוא בזה מדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה, הלא לא עשו ביניהם שום מעשה שהיא מביאה לידי חלות ירושתו של היורש, אלא דלא דברי הרמב"ם צריכים באור, דהא מפורש כן במשנה בב"ב דף ק"ל דאינו

יכול לומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת, בתי תירשני במקום שיש בן, שהתנה ע"מ שכתוב בתורה, ואין לומר דאין הכונה ממש לדין מתנה ע"מ שכתוב בתורה שבכל מקום, אלא שאין בכחו לשנות מדין הכתוב בתורה, דהא בדף קכ"ו תולה הגמ' זה להדיא בדין מתנה עמש"כ בתורה ופריך מר' יהודה דאמר בדבר שבממון תנאו קיים, ומשני שם, ומוכח דהוא חד טעמא, וכתב בזה דכיון דמתני' אזלא לריב"ב וכן הוא להלכה, דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימים, ולמדו בגמ' זה מקרא דביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה, ולכן אי לאו קרא דלחוקת משפט היינו אומרים דיכול להנחיל אפי' לשנות מכפי דיני הירושה הכתובים.

אך בעיקר הענין שהרמב"ם דורש זה מקרא דלחוקת משפט שלא הוזכר זה בגמ' הביא מה דאמר הגמ' בדף קט"ז דיליף לדין דאין אתה מפיל נחלות בלילה, מקרא דלחוקת משפט אורעה כל הפרשה כולה להיות דין, ומפרש הרמב"ם דזהו גם מה שכתב דחוקה זו לא תשתנה, דכיון דריב"ב דריש מקרא דביום הנחילו, דיש לאב להנחיל למי שראוי ליורשו יותר ממה שמגיע לו, לכן דרשינן מקרא דלחוקת משפט דלשנות ולהוריש למי שאינו ראוי ליורשו, אינו יכול להוריש.

והנה יש להוסיף מקור לדברי הרמב"ם מה דאיתא בספרי על הך קרא דוהיתה לבני ישראל לחוקת משפט [לפי גירסת הגר"א] נתנה תורה רשות לחכמים לדון בדבר, כל הקרוב בשאר בשר הוא קרוב בנחלה, וכונת דרשה זו נראה דזהו אם אומר המוריש שפלוני יירשני במקום שיש קרוב יותר ממנו, אף אם יאמר שהוא קרוב יותר אליו באהבה שהוא אוהב אותו, מ"מ אינו יכול לשנות דין הירושה מכפי שכתוב בתורה בפרשת נחלות, והנה חתני הגאון האריך הרבה בהלכה זו והראה דהוא מחלוקת בבבלי וירושלמי, ומכיון שספרו יצא בעז"ה בקרוב לא כתבתי כל אשר הרחיב בזה וכתבתי רק ראשית הדברים אשר כיונתי קצת לדבריו.

פרק ז

הלכה א

אין היורשין נוחלין עד שיביאו ראיה ברורה שמת מורישן, אבל אם שמעו בו שמת או שבאו עכו"ם משיחין לפי תומן, אע"פ שמשיאין את אשתו ונוטלת כתובתה אין היורשין נוחלין על פיהם.

אבל אם שמעו בו שמת, כתב הלח"מ נראה דרבינו מפרש דשמעו בו שמת, שאמר בפ' המפקיד דף ל"ח היינו בעד אחד, ולא כפי' האחר שכתבו התוס' בפ' האשה שלום דף

קט"ז דהוי בשני עדים, וזה דקדק כאן שכתב ששמעו בו שמת אין היורשין נוחלין דהיינו בעד אחד, ומאי דאמרינן בפ' המפקיד, היינו לירד ולאכול, ומיהו מש"כ רבינו למטה ואח"כ נשמע שמת, אינו כמו הך שמעו דהכא דהוי בעד אחד, דא"כ איך כתב למטה שאע"פ שאין משיאין את האשה הוא מפני איסור כרת, הא על פי עד אחד משיאין, אלא ודאי מש"כ למטה נשמע וכו' אייתי ע"י קול, ומ"מ קשה מאין יצא לו כן עכ"ל, והנה הלח"מ עמד על דברי הרמב"ם בהל' ג' שכתב אבל לענין ממון אם העידו העדים בדברים שחזקתן למיתה, והעידו שראו אותן הדברים ואבד זכרו ואח"כ נשמע שמת, הרי אלו נוחלין על פיהם דא"א לפרש כאן נשמע שמת שנשמע ע"י עד אחד, דהא כתב מקודם אע"פ שאין משיאין את אשתו, ובהגדת עד אחד הא משיאין, לכן מפרש נשמע ע"י קול, וע"ז כתב דקשה מאין יצא לו כן, באמת הוכחתו אינה הוכחה, דמקודם הא כתב הרמב"ם דינו על כל הדברים שהעידו עדים שחזקתן למיתה, וכתב על זה בכל אלו הדברים וכיוצא בהן אם אבד זכרו אחר כך, יורדין לנחלה בעדות זו, ולא הזכיר כלל שנשמע אח"כ שמת, ועל זה כתב שפיר אע"פ שאין משיאין את אשתו, ובסוף ההלכה כשכתב ואח"כ נשמע שמת הא לא כתב אע"פ שאין משיאין את אשתו, והחדוש הוא רק דאף דע"י זה ששמעו בו שמת בהגדת עד אחד הא אין יורדין לנחלה, ורק להשיא אשתו מהני הגדת ע"א, מ"מ כאן שכבר העידו מקודם עדים בדברים שחזקתן למיתה ואבד זכרו ואח"כ נשמע בעד אחד שמת יורדין לנחלה.

אלא שכבר תמה שם הכ"מ שמקודם כתב אם אבד זכרו אחר כך יורדין לנחלה ולא הצריך שיהיה גם נשמע שמת, ואח"כ כתב אבל לענין ממון וכו' הצריך ג"כ שנשמע שמת, וסיים דצ"ע, ונראה ליישב רק דיש כאן קיצור בדברי הרמב"ם ומקודם נאמר דהרמב"ם סובר לחלק בין אם אין לו אשה, ובין אם יש לו אשה, דאם יש לו אשה והעידו בדברים שחזקתן למיתה, כיון שאין אנו מתירין אשתו אין דנין ב"ד דין שיש בו סתירה, וכיון שאין מתירין אשתו, גם להוריד היורשין לנחלה אין מורידין, ולכן מקודם כתב דינו מי שטבע וכו' ולא מיירי שיש לו אשה, ואנו דנין גם על היתר אשתו, וכתב כל אלו האופנים, וכתב על זה בכל אלו הדברים וכיוצא בהן, אם אבד זכרו אחר כך יורדין לנחלה בעדות זה, וכתב על זה אע"פ שאין משיאין את אשתו, והיינו אם היינו דנין על היתר אשתו אין מתירין לה לינשא ועל זה כתב שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו וכו' וכיון שהזכיר שאין משיאין אשתו בעדות שחזקתן למיתה, סיים דבריו באופן של מי שיש לו אשה, וכיון שאין מתירין לה להנשא לא נוכל להוריד היורשין לנחלה, ולכן סיים דבריו שאחר כך נשמע שמת, והוה בעד אחד, והיינו דאף דהגדת עד אחד אינו

מועיל להורדת נחלה, אבל הא מועיל להתיר אשתו, ולכן מהני הגדת העדים בדברים שחזקתן למיתה להורדה לנחלה.

הלכה ג

מי שטבע במים שאין להם סוף, ובאו עדים שטבע בפניהם ואבד זכרו אע"פ שאין משיאין את אשתו לכתחילה הרי היורשין נוחלין על פיהם וכן אם באו עדים שראוהו שנפל לגוב אריות ונמרים, או שראוהו צלוב והעוף אוכל בו, או שנדקר במלחמה ומת, או שנהרג ולא הכירו פניו, אבל היו לו סימנים מובהקים בגופו והכירו אותם בכל אלו הדברים וכיוצא בהן אם אבד זכרו אחר כך, יורדין לנחלה בעדות זו אע"פ שאין משיאין את אשתו, שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת, אבל לענין ממון אם העידו עדים בדברים שחזקתן למיתה והעידו שראו אותן הדברים ואבד זכרו, ואח"כ נשמע שמת, הרי אלו נוחלין על פיהן, וכזה מעשים בכל יום בכל בתי דינין ולא שמענו מי שחלק בדבר זה.

השגת הראב"ד. מי שטבע במים וכו' עד הרי היורשין נוחלין על פיהם. א"א ויש מי שאומר שהיא אינה נוטלת כתובתה שאין אני קורא בה כשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי, עכ"ל.

כתב המ"מ על דברי הראב"ד נראה שמודה הוא שהיורשין נכנסין לנחלה בעדיות כאלו, אבל אין האשה נוטלת כתובתה מפני מדרש כתובה, ודברים נראין הן ואף רבינו מודה בזה שהאשה כל זמן שאינה נשאת אינה נוטלת כתובתה, אבל נזונת מן הנכסים, וזהו שלא הזכיר רבינו בהלכות אישות, ולפי דבריהם מצינו פעמים שהאשה נוטלת כתובתה ואין היורשין נכנסין לנחלה, ופעמים שהיורשין נכנסין לנחלה, ואין האשה נוטלת כתובתה, והטעם מבואר בדברי רבינו כמש"כ כאן ובספר נשים עכ"ל, והב"י בטור אה"ע סי' י"ז סעיף ל"ה כתב מד' הרשב"א בתשובה דכיון דאם ניסת לא תצא קרינן בזה לכשתנשאי לאחר, אלא דבזה יש דעות ראשונים, דדוקא אם ניסת בשוגג לא תצא, אכן מה שכתב המ"מ דמדברי הרמב"ם מבואר דמודה להראב"ד בדין כתובתה שאינה נוטלת, אף דאחין נכנסין לנחלה, וכונת המ"מ משום שלא כתב הרמב"ם גם זה שאף שלא תנשא מ"מ נוטלת כתובתה, אבל נראה דאין זה הוכחה, דכאן הא מיירי בהלכות נחלות ובדין ירושה ולא בדין כתובה, ויש לדון בזה כיון דלולא דין מדרש כתובה הא ודאי היתה נוטלת כתובתה, כיון דאחין נכנסין לנחלה וחשבינן ליה לודאי מת, רק שמפני איסור כרת החמירו שלא תנשא, אלא דטעמו של המ"מ הוא מעיקר דינא, כיון דאיכא מדרש כתובה שכתוב בה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי, אבל נראה שאין

זה ראיה, ואין ללמוד מדין קולא להאשה שתטול כתובתה אף שאין עדים שבעלה מת, לדין חומרא שאף שיש עדים שבעלה מת, מ"מ לא תטול כתובתה כיון שאין מתירין אותה לינשא, וזהו ממה שנראה מדברי הרמב"ם בפרק ט"ז מהל' אישות הל' ל"א שכתב האשה נאמנת לומר מת בעלי כדי שתנשא, ומתנאי הכתובה שאם תנשא לאחר אחר מותו תטול כל מה שכתב לה בכתובתה, הרי שאין דין זה אלא מתנאי כתובה, שכל תנאי כתובה הם הוספה לעיקר כתובה, לא שייך טעם זה אלא שתטול כתובה אף שאין עדים שמת, אבל היכי שיש עדים שמת, וכתב הרמב"ם בפט"ז הל' ג' ואין הכתובה נגבית אלא לאחר מיתת הבעל או אם גרשה, וכיון שמעיקר הדין לענין ממון לירושת האחין חשבינן ליה לודאי מת, למה לא תטול כתובתה, ולא שייך לדון לדין זה מדין היכי שאין עדים שמת שנוטלת כיון שהתירו אותה לינשא ונשאת.

ועוד שהרמב"ם כתב כאן חדוש דמה דלמדין ממדרש כתובה, דאף שאין עדים שמת ורק היא אמרה בעלי מת שמתירין אותה לינשא ונוטלת כתובתה, אינה נוטלת אלא אחר שתנשא כמו שכתב בפירוש, ומתנאי הכתובה שאם תנשא לאחר אחר מותו תטול כל מה שכתב לה, ודין זה לא מצינו בשום מקום, אלא אלמנה גובה כתובתה תיכף משמת בעלה, וכן הוא לשונו שם בהל' ג' שהבאנו שכתב ואין הכתובה נגבת אלא לאחר מיתת בעלה, ומוכח דהרמב"ם סובר דזהו דין מיוחד היכי שאין עדים שמת בעלה, אלא שהיא אומרת מת בעלי, דאינה נוטלת כתובה, אלא משום מדרש כתובה, וכתב הרמב"ם שזהו תנאי כתובה שתטול הכתובה אף שאין לה עדים שמת דלדיני ממון צריך עדים, וכיון דזהו משום מדרש כתובה וכתוב בה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי, לכן אינה נוטלת אלא לאחר נשואין.

ולפי"מ שנתבאר יש לנו הוכחה דאין ראיה ממה שמצינו קולא להאשה שתטול כתובתה אף שאין לה עדים שמת בעלה משום מדרש כתובה, לדין חומרא על האשה שאף שיש לה עדים שמת בעלה, מ"מ אם אין מתירין אותה לינשא לא תטול כתובתה משום מדרש כתובה, דהא היכי שאין לה עדים ונוטלת רק משום מדרש כתובה אינה נוטלת אלא לאחר שתנשא, והיכי שיש לה עדים שמת בעלה, לא מצינו כן ואדרבא פשוט, דכל אלמנה נוטלת כתובתה אף קודם שתנשא וע"כ כמו שכתבנו.

הלכה ד

שבוי שנשבה ושמעו שמת, וירדו יורשיו לנחלה וחלקו אותה ביניהם אין מוציאין אותה מידן, וכן הבורח מחמת סכנה, אבל היוצא לדעת ששמעו בו שמת, וירדו יורשיו לנכסיו וחלקום מוציאין מידם עד שיביאו ראיה שמת מורישן.

השגת הראב"ד. שבוי שנשבה וכו'. תמה אני על דבריו, רבותינו אמרו אפי' בלא שמעו בו שמת מורידין קרוב לנכסיו, והוא אומר אפילו בשמעו בו שמת, אם ירדו לנחלה אין מוציאין מידם, (ועוד ביוצא לדעת בשמעו בו שמת מנין לו שמוציאין אותם מידם) עכ"ל.

כתב המ"מ בהשגות א"א אני תמה על דבריו וכו' נראה שהוא ז"ל סבור שדעת רבינו הוא שאלו היורשין ירדו לנחלה שלא על דעת למכור ולהחזיק בשלהם אלא להתעסק בהן כאריס, וזה שהקשה עליו ממה שאמרו דלכתחלה בלא שמעו בו שמת מורידים, ומה צורך היה לומר שאם ירדו אחר ששמעו שאין מוציאין, ואני תמה עליו אחר שהוא סובר כן בכונת רבינו למה לא הקשה עליו מדבריו לדבריו, שהרי בסמוך ביאר רבינו שמורידין קרוב בנכסי שבוי בקרקעות, אפי' בלא שמעו בו שמת, וא"כ מה צריך לומר בשמעו בו שמת שאין מוציאין, ובודאי אין כונת רבינו כמו שחשב הר"א, והדין שכתב כאן הוא שהיורשין נכנסו על דעת לירד ולמכור, ולא חלק בין קרקע למטלטלין, וזהו שכתב וירדו יורשיו לנחלה וחלקו אותה ביניהן, והוא דוקא בשמעו בו שמת, כמו שהזכיר, ודין מורידין קרוב הוא אף בלא שמעו בו שמת ולהתעסק בהן כאריס, ומ"מ יש לחקור מאין יצא לו זה שכתב כאן ואולי שהוא מפרש הברייתא שאמרה היורד לנכסי שבויין אין מוציאין אותן מידן, שהוא ביורד על דעת להחזיק ולנחול, ולזה אמרו היורד ולא מורידין, ולפירוש זה יש לדחוק הסוגיא והברייתא עצמה, ועל כן נראה שהוא סבור דכיון דבשבוי מורידין קרוב לנכסיו בלא שמעו בו שמת, להתעסק בהן כאריס, כששמעו בו שמת מעלין הקרוב מדרגה אחת שאם ירד בתורת נחלה אין מוציאין מידו, והיוצא לדעת כיון שבלא שמעו בו שמת אין מורידין קרוב אפי' כאריס כששמעו בו שמת, אין מעלין אותו כל כך שאם ירד בתורת נחלה שלא נוציא מידו, אבל מעלין אותו שמורידין אותו לקרקעות כאריס, וכמש"כ בסוף הפרק זהו דעתו ז"ל עכ"ל.

והנה מה שכתב המ"מ דלפירושו הראשון בדברי הרמב"ם דמפרש כן בעיקר הברייתא דתניא היורד לנכסי שבויין אין מוציאין אותן מידו, שהוא ביורד על דעת להחזיק ולנחול, ולזה אמר היורד ולא מורידין, שלפי זה יש לדחוק הסוגיא והברייתא עצמה, מה שכתב הסוגיא הוא פשוט דלפי"ז מה אמר הגמ' ומורידין קרוב לנכסי שבוי תנאי היא, וזהו בפלוגתא דרב ושמואל דפליגי בשלא שמעו בו שמת אם מורידין ועל דעת שיטול כאריס, וא"כ מה מייתי מהברייתא דביורד לנכסי שבוי אין מוציאין מידו דפליגי ת"ק ורשב"ג בנכסי נטושין, דמפרש הרמב"ם שהוא לירד ולמכור, ומה מייתי מזה על זה דתנאי היא, ומה שכתב מהברייתא עצמה כתב הלח"מ דאיך יאמר רשב"ג דהנטושין שלא שמעו בו שמת מורידין לנחלה, ולשון הלח"מ אינו נכון דהא לא אמר רשב"ג מורידין לנחלה אלא

הנטושין כשבויין דאין מוציאין מידו, וצ"ל דט"ס בדבריו, וכוונתו דכיון שלא שמעו בו שמת איך יסבור רשב"ג דהיורד לנכסי נטושין שלא שמעו בו שמת אין מוציאין מידו, כיון שירד על דעת להחזיק ולמכור.

אכן פירושו השני של המ"מ אינו מיושב דהוא מפרש דהברייתא דפליגי בה ת"ק ורשב"ג הוא ביורד על דעת ליטול כאריס, והרמב"ם הוא שחידש בעצמו ללמוד מלא שמעו בו שמת, דמורידין ליטול כאריס, על שמעו בו שמת דמעלין הקרוב מדרגה אחת שאם ירד בתורת נחלה אין מוציאין מידו, וזה אינו מיושב כלל, דאיזה דמיון הוא להעלות מדרגה אחת ולדמות המדרגה של לא שמעו בו שמת, שיעבוד בשביל הבעלים ליטול כאריס להעלות מדרגה בשמעו בו שמת שיחזיק בשביל עצמו לירד ולמכור דאיזה דמיון זה לזה, ומלבד זה אין דרך הרמב"ם לכתוב הלכה חדשה כזו שלא הוזכרה בגמ' מסברת עצמו, וחיה צריך לכתוב יראה לי כמו שכן דרכו בכל מקום.

ונראה לבאר דעת הרמב"ם כפירושו הראשון של המ"מ דמדתניא היורד וכו' אין מוציאין מידו אם נאמר דזהו לירד וליטול כאריס, דזהו גם בלא שמעו שמת, ומורידין לכתחלה לפי מה דקי"ל כשמואל, אמנם התוס' עמדו על זה וכתבו ה"ה דאפי' מורידין אותו לכתחלה אלא אגב דתנא בסיפא בנטושין מוציאין תנא נמי בשבויין אין מוציאין, אבל הרמב"ם לא ניחא ליה בתירוץ זה, דהא צריך להשמיענו עיקר דינא דמורידין לכתחלה לכן מפרש דמה דקתני היורד וכו' אין מוציאין מידו, זהו ביורד לנחלה להחזיק הנכסים בחזקתו כשלו, אך מה דפליגי ת"ק ורשב"ג בנטושים, והיינו בלא שמעו שמת, בזה אי אפשר לפרש שהוא היורד להחזיק בחזקת שהוא שלו, כיון שלא שמעו שמת, אלא דזה ודאי שהוא על דעת להחזיק בהם וליטול כאריס כשיבואו הבעלים, ואפשר שהוא לירד ולאכול וכמו שפירש"י בהא דמורידין קרוב לנכסי שבוי, והיינו על דעת שכל זמן שלא יבואו הבעלים יעבוד ויאכל, וכשיבואו יטול כאריס, אבל הרמב"ם אינו סובר כפירש"י בדין מורידין קרוב לנכסי שבוי, היכי דב"ד הורידוהו כמו שכתב בהל' ז' ושהשיג עליו הראב"ד דסובר כפירש"י.

איברא דקשה על פי' זה דהא רשב"ג אמר שמעתי שהנטושים כשבויים, אבל לפי מה דאמר הגמ' על הא דתניא שמין להם כאריס, דפריך השתא זריז ונשכר מאי דאשבח מיבעי ומשני כשבויין ולא שבויין דאילו התם זריז ונשכר, והכא שמין כאריס, א"כ גם בעיקר הפלוגתא דת"ק ורשב"ג אין הכונה דהיורד לנכסי נטושין להחזיק כשלו, דהא לא שמעו שמת, אלא דת"ק אשמעינן דלנכסי נטושין אפי' ירד מעצמו מוציאין מידו, ולא אמר דמניחין בידו על דעת ליטול כאריס, וע"ז אמר רשב"ג שמעתי שהנטושין כשבויים

והיינו דאין מוציאין מידו, ומפרש הגמ' דהוא כשבויים ולא שבויים דאינו אלא ליטול כאריס, וע"ז אמר הגמ' דרב ושמואל דפליגי אם מורידין קרוב לנכסי שבוי והוא לעבוד וליטול כאריס פליגי בפלוגתא דת"ק ורשב"ג, ואף דרשב"ג לא מיירי אלא בירד אם מוציאין מידו, צ"ל דכיון דת"ק אמר דמוציאין מידו, וזה רבותא יותר מאין מורידין, לכן אמר רשב"ג שהנטושין כשבויין לדין דאין מוציאין מידו, דלא חיישינן דילמא מפסיד, ולכן כיון דלא חיישינן מסתבר דגם מורידין לכתחלה שלא יתקלקלו הנכסים.

ובעיקר דעת הרמב"ם דמפרש היורד היינו דיורד לנכסים להחזיקם כשלו ולמכרם, והמ"מ פירש דאפי' במטלטלין כן, וכן משמע כדבריו דבכל ההלכות שאחר כן חילק בין מטלטלין לקרקעות וכאן כתב סתם נכסים, צריך ביאור דאיך מהני שמעו לחוד דהיינו ע"י עד אחד או קול ועד אחד ואיך מהני זה להוציא ממון מרשות הבעלים, ונראה דטעמו הוא דכיון דהוא שבוי ושבי כולהו איתנהו ביה ואם מת הרי הם יורשין, ולכן אף שב"ד לא יוכלו ע"פ זה לעשות ולהורישׁ היורשין בנכסיו, מ"מ אם ירדו לנכסים אין ב"ד צריכין לעשות מעשה ולהוציא מידם.

ויש לומר דהרמב"ם הולך בזה לשיטתו בדין גואל הדם דבפרק ו' מהל' רוצח הל' ה' כתב וכן כל הרצחנים שהרגו בעד אחד או בלא התראה וכיוצא בהן, אם הרגו גואל הדם אין להם דמים, לא יהיו אלו חמורים מההורג בלא כונה, וכתב על זה הראב"ד תימה הוא ואיך נאמין בעד אחד להתיר דמו של זה בגואל הדם, והכ"מ מפרש דברי הרמב"ם דכונתו בעדות מיוחדת, וכתבתי שם בספרי דקשה לבאר כן דעת הרמב"ם, דהא בפ"ד הל' ח' גבי כונסין אותן לכיפה כתב להדיא עדות מיוחדת, וכאן כתב עד אחד, מוכח דכונתו כפשוטו, לכן נראה דסובר הרמב"ם דהא דכתיב לא יקום ע"א באיש היינו ע"י ב"ד שב"ד יחייבו אותו, אבל גואל הדם כשהאמין להעד והרג את הרוצח אינו נהרג, דע"א יכול ג"כ לפטור ממיתה, כיון שלפי דברי העד אין לו דמים ואף דממון לא מהני עד אחד לפטור היכי שצריך עדים, זהו משום דהוי כמו הוצאה מהתובע, וקרינן לא יקום עד אחד באיש עכ"ל שם, והנה כתבתי בעצמי דבממון ודאי לא מהני עד אחד לפטור, אבל כתבתי משום דהוי כמו הוצאה מהתובע וקרינן לא יקום עד אחד באיש, וזהו היכי דאיכא תובע, וב"ד מחוייבין להגיד הדין ולפסוק בין התובע והנתבע, אבל כאן דליכא תובע ועל פי האומד מסתבר דהעד אומר אמת, לכן לא הוי בזה הוצאה מהבעלים כשהב"ד נמנעין מלעשות מעשה ולהוציא מהיורד, איברא דכאן כתבנו משום דלבד העד יש אומדנא שמת דשבי כולהו איתנהו ביה, דהא גבי יוצא לדעת בשמעו בו שמת לא מהני עד אחד, אלא להורידו שיטול כאריס כמו שכתב בסוף הפרק, ושם גבי גואל הדם

אין אומד שזה הרגו, וצ"ל דכאן כיון שיש חזקת חיים לא מהני עד אחד, אם יאמר הקרוב שהוא מת, וחזקה הוא כמו ודאי, לכן דוקא בשבוי שירד לנכסיו אין מוציאין מידו אפילו ירד על מנת למכור.

פרק ט

הלכה ט

אחד מן האחין ששטר חוב יוצא מתחת ידו, עליו להביא ראיה שאביו נתנו לו בכתיבה ומסירה, או שצוה לו בו כשהוא שכיב מרע, ואם לא הביא ראיה הרי הוא לאמצע, במה דברים אמורים באחין מפני שחזקתן שומטין זה מזה, אבל אחר שטען שנתן לו או שקנהו מבעליו גובה בו ואינו צריך להביא ראיה.

השגת הראב"ד. במה דברים אמורים באחים וכו' עד ואין צריך להביא ראיה. א"א והיאך גובה בו והא קי"ל דבעינן כתיבה ומסירה, והנה הוא הולך על דרך פירוש רבו שמפרש אינו צריך ראיה, דמצי למימר שטר היה לי ואבד, והאי פירושא לא דייק מגופא דהא שמעתא ומשמעתא דסנהדרין במעשה דההיא סבתא דנפק שטרא מתותי ידה עכ"ל.

המ"מ הביא פלוגתא דאביי ורבא בב"ב דף קע"ג באותיות אם צריך להביא ראיה על המסירה, וכתב הר"י מיגש דאע"ג דלא קיי"ל כמ"ד אותיות נקנות במסירה אלא דוקא בכתיבה ומסירה, מ"מ קיי"ל כרבא דאין צריך להביא ראיה, דנאמן לומר שטר היה לי ואבד, והביא דברי הרמב"ם פ"ו מהל' מכירה שכתב ואינו צריך עדים לענין קנייתו, אבל צריך עדים לענין תביעה שהרי הנתבע אומר לו מי יאמר שבעל דברים שלי כתב ומסר לך, והביא המ"מ שהראב"ד בהשגות שם הודה לו בזה וכאן חלק עליו, והרמב"ן והרשב"א חולקים ג"כ על הרמב"ם וסוברים דכיוון דקיי"ל דצריך כתיבה ומסירה, כל שלא הביא ראיה אינה כלום.

ולברר הענין אעתיק כאן מה שכתבתי בזה פ"ו מהל' מכירה שכתב שם הראב"ד על דברי הרמב"ם שאין צריך עדים לענין קנייתו, אבל צריך עדים לענין תביעתו, וכתב ע"ז הראב"ד יש מי שהקשה על זה דהא קיי"ל כרבא דאמר אינו צריך ראיה, וי"ל דלא פליגי אביי ורבא אלא אליבא דמ"ד אותיות נקנות במסירה, אבל למאן דבעי כתיבה היכי דליכא כתיבה כגון שכיב מרע ראיה מיהת בעי, ועוד אני אומר דכי אמר רבא אינו צריך להביא ראיה ה"מ להדי מוכר, אבל לגבי לוה כי אתא למיגבי מיניה מצי א"ל אייתי ראיה היכי מטא שטרא לידך עכ"ל, וכתבתי שם, המ"מ באר דעת הרמב"ם שהוא כדעת הראב"ד בתירוצו הב', וא"כ אינו מובן כלל מה שכתב הראב"ד מקודם, דלמ"ד אותיות אין נקנות

במסירה לא פליגי, דמשמע שבא לבאר כן דעת הרמב"ם, והוא תימה דזהו שיטתם של החולקים, והרמב"ם הא סובר כדעת הר"י מיגש, וכמש"כ אח"כ לחלק בין להדי מוכר ובין להדי לוה, ונראה דהראב"ד סובר דאפשר לפרש כאן דברי הרמב"ם במה שכתב וא"צ עדים לענין קנייתו היינו לענין עיקר הקנין לומר דהקנין בעצמו א"צ עדים ונתפס הקנין גם בלא עדים, ואף דצריך כתיבה וממילא איכא עדים, ואם כתב בכתב ידו הוי נמי כמו עדים, אבל ז"א דאם היינו אומרים דעיקר הקנין צריך עדים לא הוי מהני מה דאיכא עדים בשטר דהא כתיבה לחוד לא מהני והיה צריך עדים גם בשעת המסירה, לכן אשמעינן דא"צ עדים, אבל כשבא לגבות אינו יכול לגבות בלא עדים, ובהא לא מיירי כאן אם המוכר טוען שלא כתב לו אם נאמן הלוקח, ולכן השיג עליו בפ"ט מהל' נחלות שכתב להדיא דהלוקח נאמן.

והנה מה שכתב הראב"ד בהל' נחלות דהאי פירושא לא דייק מגופה דהא שמעתא זהו דהר"י מיגש השיג על הרי"ף בכתובות בפ' הכותב הובא בס' הזכות להרמב"ן שכתב גבי מלוגא דשטרי דאצריך רבא ראיה דתפסה מחיים דזהו דוקא במלוגא דשטרי דאין לה חזקת קנין משום דצריך כתיבה, אבל במטלטלין נאמן התופס, והר"י מיגש כתב דגם בשטר נאמן התופס לומר שטר היה לי ואבד, והוכיח זה דכיון דתנן והן מוציאין שט"ח על אחרים, ובגמ' תלינן זה בפלוגתא אי אותיות נקנין במסירה, וכיון דקיי"ל הלכה כסתם משנה, וגם קיי"ל דאין אותיות נקנית במסירה, מ"מ נאמן המוחזק לומר שטר היה לי ואבד, וזהו באור דבריו של הראב"ד דכל הסוגיא שם מוכח דדין אם צריך להביא ראיה תליא אם אותיות נקנות במסירה.

ועכשיו מבואר דדברי הראב"ד אינם סותרים כלל זל"ז ואין צריך לומר דחזר בו בהל' נחלות ממה שכתב כאן. והראב"ד מכוין כאן רק לסוף דבריו של הרמב"ם שכתב דצריך עדים לענין תביעתו ובזה הוא שכתב דיש מי שהקשה דהא קיי"ל כרבא דא"צ להביא ראיה ובזה הוא שכתב דרבא לא אמר כן, אלא למ"ד אותיות נקנות במסירה, וזהו כמו שכתב הראב"ד בהל' נחלות דכן מוכח מגופא דשמעתא, וכתב עוד דגם רבא דסבר א"צ להביא ראיה אינו אלא לגבי המוכר ולא לגבי הלוה, אבל אין כונתו לומר דלדידן נמי קיי"ל כרבא לגבי המוכר ואינו חוזר בזה ממה שכתב מקודם דרבא לא אמר כן, אלא למ"ד אותיות נקנות במסירה, רק דגם לרבא ולמ"ד אותיות נקנות במסירה, לא מהני לגבי הלוה, אבל בהל' זו דמיירי הרמב"ם לענין דין גביה שיוכל לגבות בהשט"ח אפי' כשהמוכר כופר, וכמו הא דא' מן האחין, בזה הוא שכתב שפיר דהוא הולך בשיטת הר"י מיגש ולא דייק כן בשמעתא כמו שבארנו דמהסוגיא מבואר דלמ"ד אותיות אין

נקנות במסירה גם רבא מודה דצריך להביא ראיה, ונמצא דדברי הראב"ד מתאימים ולא חזר בו כלל ממשנתנו כאן.

איברא דדברי הראב"ד הם תמוהים דאיך אפשר לומר דרבא דאמר א"צ להביא ראיה הוא רק לגבי המוכר, ולא לגבי הלוה, דא"כ איך תנן במתני' דמוציאין שט"ח על אחרים דמוכח דיכולים לתבוע גם מהלוה, וכן פסק הרמב"ם פכ"ד מהל' מלוה הל' ט' דאין הלוה יכול לדחותן, ובלא זה שכתב כאן דגם רבא לא אמר אלא לגבי המוכר לא היה קשה על מה שחלק על הרמב"ם בפ"ט מה' נחלות, וסובר דלדידן דאותיות אין נקנות במסירה, גם לרבא צריך להביא ראיה, דכבר תי' הרמב"ן בס' הזכות דלדידן הוא מטעמא אחרינא משום סוגיא דיבמות נביא דבריו לפנינו, אבל על הראב"ד שכתב דרבא גופא לא אמר אלא לגבי המוכר קשה, דהא בסוגיא דב"ב מבואר דמשום דא"צ להביא ראיה מוציאין שט"ח על אחרים, ומטעם זה קשה טובא על הרמב"ם דעיקר שיטתו היא שיטת הר"י מיגש שהיסוד שלו דגם לדידן א"צ להביא ראיה הלא ממתני' דמוציאין שט"ח על אחרים, וכיון שמחלק בין לגבי המוכר בין לגבי הלוה, וא"כ אמאי מוציאין שט"ח על אחרים והוא תימה עצומה והוא פלא שלא עמדו בזה המפרשים.

והנה הרמב"ן בס' הזכות הוכיח דלא כד' הר"י מיגש מהסוגיא דיבמות דף קט"ז שהוכיח רבא דלא חיישינן לתרי יצחק מהא דאגבי רבה משטרי דחבי בר נאני אע"ג דשכיחי טובא, ודחה אביי דטעמא משום דלנפילה ופקדון ליכא למיחש מאי אמרת דילמא מסר אותיות נקנות במסירה, ומוכח דלרבא הוי טעמא משום דלא חיישינן דילמא של אחר הוא, ואיפשיט לן טעמא דמתני' דמוציאין שט"ח על אחרים, דאינו משום דנאמן לומר שטר היה לו ואבד, אלא משום דאמרינן ברשותו נמצא ושלו היה, ושמעינן מינה דאם כתוב השטר בשם אחרים כיון דקיי"ל אין אותיות נקנות במסירה לא גבינן בהאי שטרא, זהו תורף דברי הרמב"ן, ולפי דבריו כל הך סוגיא דב"ב דתלינן הך דינא אם מוציאין שט"ח על אחרים בפלוגתא דאביי ורבא אם צריך להביא ראיה, ואם אותיות נקנות במסירה הכל הוא אליבא דאביי דיבמות ודלא כרבא ושלא כהלכה.

ונראה דהרמב"ם והראב"ד סוברים דשתי הסוגיות דיבמות ודב"ב שהן סותרות, צריכות זו לזו, משום דשתי היסודות אנו צריכים להך דינא, דהסוגיא דב"ב דלרבא א"צ להביא ראיה הוא דין דלגבי המוכר נעשה הלוקח מוחזק בהשט"ח ע"י חזקתו שהוא תפוס בו, ולא אמרינן דכיון דהשט"ח אינו אלא לראיה אינו עושה אותו מוחזק בעצם החוב, אבל כל זה לגבי המוכר ולא לגבי הלוה, וטעמא דהך מילתא לחלק בין המוכר להלוה כתב המ"מ לפי שהלוה יכול לומר שמא בתורת פקדון בא לידך ואתה הודית בו, ודבריו צריכין

ביאור, והנתיבות בסי' ס"ו ס"ק ט"ז כתב עפ"מ שכתב הרמ"א דהלוקח יכול לתפוס השט"ח למשכון נגד המוכר אפי' לא כתב לו כנגד הדמים שנתן, וכיון שטוען שכתב לו הרי הוא טוען כנגד כל דמי השטר, אבל דבריו אינם מועילים שהרמ"א לא כתב אלא שיכול לתפוס השט"ח למשכון, אבל בודאי אינו דין שהלוה יכול לפרוע לו אם לא כתב, ונראה בכונת המ"מ דעיקר דין חזקה שנאמן אדם לטעון במטלטלין לקוח הוא משום דעל גניבה וגזילה לא מחזקינן, ואם נבוא לחוש לפקדון ע"ז נאמר דכיון דהוא בעצמו האמינו נאמן לגביה והוא בגדר שליש, לכן נאמן אדם בטענות לקוח, וזהו כונת המ"מ שאף שהמוכר האמין להלוקח כשמסר לו השטר גם לדידן דצריך כתיבה, אבל הלוקח יכול לטעון שמא בפקדון בא לידך, ואני אינני מאמין לך שכתב ומסר לך.

ועכשיו נאמר דמה דאמר רבא ביבמות דכמו דלא חיישינן לתרי יצחק ה"נ לא חיישינן שמא השטר הוא של אחר ששמו כשמו, וכתב הרמב"ן בהסבר הדבר דכיון דברשותו נמצא אמרינן שהוא שלו, דזה רק לרבא דסבר דחזקת השטר מועלת לקנין החוב, כיון דלגבי המוכר מהני חזקת השטר לגבי החוב, ע"כ דהשטר הוא מקושר עם החוב, ולכן אף דלגבי הלוה אין חזקתו ראיה דשמא מסר לו לפקדון, מ"מ בסברת כאן נמצא וכאן היה מהני חזקת השטר אפי' גבי הלוה, אבל לאביי דסבר דאפי' למ"ד אותיות נקנות במסירה ולא צריך כתיבה, מ"מ צריך להביא ראיה משום דאין חזקת השטר מועלת כלל להחוב, אם כן הך סברא דכאן נמצא וכאן היה לא מהני דמה לן שהשטר ברשותו נמצא, עכ"פ על החוב אינו יכול להכריע, דדוקא אם החוב מקושר עם השטר שייך להוכיח ממציאות השטר על החוב, ולכן שתי הסוגיות מתיישבים דכל חדא צריכה להך דינא דשני יוסף בן שמעון מוציאין שטר חוב על אחרים.

נמצא דהרמב"ם והראב"ד בחדא שיטה קיימי בהך סברא דאפי' לרבא דאמר א"צ להביא ראיה מ"מ אינו אלא לגבי המוכר ולא לגבי הלוה, ומה דמוציאין שט"ח על אחרים זהו משום הא דרבא דיבמות דאמרינן כ"נ וכ"ה אלא שהם מחולקים לדידן בהך דינא דהרמב"ם סובר כהר"י מיגש דאפי' לדידן דבעינן כתיבה מ"מ מהני חזקתו בשט"ח לומר שטר היה לי ואבד, ולא נקטינן להלכה כסוגיא דב"ב דתליא באותיות נקנות במסירה, והראב"ד חולק וסובר דאין לדחות הסוגיא דב"ב, ולדידן דאין נקנות במסירה צריך להביא ראיה, ולפי"ז יהיה צריך ביאור לדעת הראב"ד להלכה כיון דהך טעמא דרבא דיבמות דכ"נ וכ"ה תליא נמי בדין צריך להביא ראיה, וכיון דלדידן קיי"ל צריך להביא ראיה, א"כ אמאי מוציאין שט"ח של אחרים.

ונראה דהראב"ד סובר דדוקא לאביי דסבר דאפי' אם אותיות נקנות במסירה צריך

להביא ראיה דמוכח דחזקת השטר אינו מועיל כלל להחוב, לכן לא מהני מסברא דרבא גבי ב' יוסף בן שמעון לומר הואיל וברשותו נמצא שלו הוא, דמה דנמצא השט"ח ברשותו זה לא מהני לגבי החוב, אבל לרבא דאמר דלמ"ד אותיות נקנות במסירה א"צ להביא ראיה דמוכח דהחוב תלוי בשט"ח, וכיון שמוחזק בהשט"ח הוא מוחזק בהחוב, רק דכיון דצריך כתיבה א"כ אינו מועיל חזקתו בהשט"ח להוכיח שהקנהו בכתיבה וחסר לנו חזקת ראיה, אבל כיון דעכ"פ החוב שייך להשט"ח, לכן גבי ב' יוסף בן שמעון מהני כבר סברא דרבא דיבמות לומר כ"נ וכ"ה דהואיל וברשותו נמצא השט"ח שלו הוא מעיקרא, ובזה הוא שחולקים הרמב"ם והראב"ד, דהרמב"ם שהולך בשיטתו של הר"י מיגש סובר דמהא דמוציאין שט"ח על אחרים מוכח דגם לדידן א"צ להביא ראיה דאי לא"ה לא הוי מהני סברא דרבא דיבמות כמו דמוכח מהסוגיא דב"ב דתלי הא דמוציאין בצריך להביא ראיה, והראב"ד סובר דכיון דלמ"ד אותיות נקנות במסירה, א"צ להביא ראיה כבר מהני סברא דכ"נ וכ"ה אפי' לדידן, ונמצא דלא נדחה כלל סוגיא דשמעתא דב"ב ושני הסוגיות מחוורים.

ובמה שהשיג הראב"ד בפי"ט מהל' נחלות ממעשה דההיא סבתא וכן הוכיח הרמב"ן בספר הזכות משם דלא כהר"י מיגש, וזהו מהא דאמר בסנהדרין דף ל"א ההיא איתתא דנפק שטרא מתותי ידה אמרה ידענא בהאי שטרא דפריע הוי הימנה ר"נ אמר לו רבא לר"נ כמאן כרבי דאמר אותיות נקנות במסירה א"ל שאני הכא דאי בעי קלתיה, ומוכח דלרבנן דאין אותיות נקנות במסירה דוקא משום אי בעי קלתיה מהימן, ולא משום מיגו דאי בעי אמרה דשלה הוא, בזה יפה כתב הנתיבות בסי' נ"ו ס"ק ו' ע"פ דברי רש"י שם שכתב וה"נ קנאתו והוי כדידה ונאמנת לומר פרוע, וכונת רש"י דאם אותיות נקנות במסירה זכתה בהשטר בדין שליש ונאמנת לומר פרוע, ומוכח דמעיקרא לא נחת כלל בתורת מיגו אלא דנאמנת בדין שליש, וצריך להוסיף דאח"כ כדאמר ליה מיגו דאי בעי קלתיה לא הוצרך כבר למיגו דאי בעיא אמרה דשלי הוא ושטר היה לו ואבד, וי"ל עוד דזה באמת אינו מיגו דהיתה מכחשת גם את המלוה, ולמה לה להיות מוחזקת בשקרנית, וטוב לה יותר לסייע להלוה, ולכן אמר מיגו דאי בעי קלתיה והוא פשוט.

עוד יש לומר ע"פ מה שכתב הריטב"א בכתובות בדף י"ח ע"ב על מה שכתבו התוס' בד"ה אין נאמנים הטעם דלא אמרינן מיגו דבשני עדים לא אמרינן מיגו וכתב בזה הריטב"א דבכלל לא אמרינן מיגו גבי עדים רק אם איכא הפה שאסר אמרינן, ומיגו דאי בעי קלתיה יש לומר דהוא גדר בידה, ומה שבידו נאמן.

פרק י

הלכה ה

מי שמת והניח יורשין גדולים וקטנים צריך למנות אפוטרופוס שיהי' מתעסק בחלק הקטן עד שיגדיל, ואם לא מנה חייבין בית דין להעמיד להן אפוטרופס עד שיגדילו שבית דין הוא אביהן של יתומים.

השגת הראב"ד. מי שמת והניח יורשין גדולים וכו' עד שיגדל. א"א והוא שחלק להם בחייו, שאם לא חלק יניח הכל ביד הגדולים והם ישביחו לאמצע וטוב להם עכ"ל.

כתב המ"מ על דברי הראב"ד וז"ל, ואני אומר שאף דעת רבינו כן שאם הגדולים רוצים לעמוד בשתוף עם הקטנים, והם אנשים שמשביחין הנכסים יעמדו כן, וזהו שכתב למעלה בסמוך רצו לחלוק וכמו שכתבתי, וכן נראה ממה שנתבאר פרק תשיעי, אבל אם אין משביחין הנכסים טוב להם לקטנים שיחלוקו ולא יתפרנסו כולן מן האמצע, וכמו שיתבאר פ"ט בבבא המתחלת מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים וכן עיקר. עכ"ל.

והנה מה שכתב המ"מ וזהו שכתב למעלה בסמוך רצו לחלוק וכמו שכתבתי, הוא מה שכתב הרמב"ם בהל' ד' מי שהניח יתומים מקצתן גדולים ומקצתן קטנים ורצו לחלוק בנכסי אביהן, וכתב שם ע"ז המ"מ וז"ל, וכתב ורצו לחלוק שאם לא רצו אלא שיהיה בשתוף בין הגדולים אין ב"ד נזקקין להם, אבל נראה שהם שני ענינים, ענין אחד אם טוב לקטנים שיעמדו בשתוף עם הגדולים ויהיו נזונים ומתפרנסים יחד או שיחלוקו, וזהו מה שכתב הרמב"ם בהל' ד' ורצו לחלוק, אבל כאן בהל' ה' לא הזכיר ענין חלוקה אלא ענין מינוי אפוטרופוס לקטנים, וזהו באמת אינו מוכרח כלל דאם טוב להקטנים להיות בשתוף עם הגדולים שאין צורך לב"ד למנות אפוטרופוס אפי' אם הם בשתוף הא כתב הרמב"ם בפ"ט הל' י"ב, והמ"מ הזכיר זו ההלכה במה שכתב וכן נראה ממה שנתבאר פ' ט', והרמב"ם כתב שם מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים, אין הגדולים מתפרנסים פרנסת הקטנים, ולא הקטנים נזונים מזונות הגדולים, אלא חולקים בשוה והוא מתני' בדף קל"ט, ומבואר דבסתמא אין זו טובה להם שיאכלו ויתפרנסו יחד משום דגדולים צריכים יותר פרנסה שהוא בגדים וקטנים יותר מזונות, וא"כ מי ישגיח על זה האם ב"ד יוכלו להשגיח על כל הירושות, וע"כ דב"ד צריכים לעשות אפוטרופוס לקטנים, ומה דתנן וכן כתב הרמב"ם אלא חולקין בשוה יש לפרש שזהו חלוקה גמורה של הנכסים, אבל באמת לא משמע כן דמה חידוש הוא שיחלוקו בשוה ודאי אם יחלוקו יחלוקו בשוה, ולכן יותר נראה דכונת ההלכה שהשכר שמכניסין הנכסים יחלוקו בשוה, ולא נאמר דכל זמן שלא חלקו הנכסים יוציא כל אחד מה שצריך אף שהוצאות של זה יותר

משל זה.

ולכן זהו שכתב הרמב"ם דמי שמת והניח יורשין גדולים וקטנים צריך למנות אפוטרופוס, והיינו האב המוריש ימנה אפוט', ומה שכתב שיתעסק בחלק הקטן אין הכונה חלק מבורר היינו אחר שיחלקו הנכסים דהא לא כתב יחלקו הנכסים, אלא דהכונה בכל אופן צריכים הקטנים שיהי' להם אפוט' בין שיעמדו בשתוף, בין שיחלקו צריך שיהי' אפוט' שישגיח על חלק הקטנים ולכן נראה שהראב"ד באמת חולק על הרמב"ם וסובר דכל זמן שלא חלקו אין צורך למנות אפוט', ולכן כתב והוא שחלק להם בחייו, אבל הרמב"ם סובר דאפי' לא חלקו והם בשתוף צריך למנות אפוט' לחלק הקטנים אפי' שהם בשתוף בהנכסים עם הגדולים, וכמו שבארנו דצריך להשגיח על הגדולים שלא יטלו יותר ממה שמגיע להם, וכמש"כ הרמב"ם בפ"ט שהבאתי למעלה.

הלכה ו

צוה המוריש ואמר ינתן חלק הקטן לקטן, ומה שירצה יעשה בה הרשות בידו, וכן אם מנה המוריש אפוטרופוס על הקטנים קטן או אשה או עבד הרשות בידו, אבל אין ב"ד ממנין אפוטרופוס לא אשה ולא עבד ולא קטן ולא עם הארץ שהוא בחזקת חשוד על העבירות, אלא בודקין על אדם נאמן ואיש חיל ויודע להפך בזכות היתומים וטוען טענתם ושיש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור נכסים ולהרויח בהן ומעמידין אותן על הקטנים בין שיהיה רחוק בין שיהיה קרוב לקטן, אלא שאם היה קרוב לא ירד לקרקעות.

צוה המוריש ואמר ינתן חלק הקטן לקטן, כתב המ"מ דזהו ממה שאמרו הפעוטות מקחן מקח במטלטלין בשאין להם אפוטרופוס אלמא שאין ב"ד מעמידין להם אפוטרופוס בכל גוונא, ועוד נתבאר פ' מציאת האשה שאם הנכסים ביד קטנה עושה היא מהן רצונה, ואע"פ שאין משם ראיה ברורה מ"מ כן הדבר מתבאר בסוגיות דמצוה לקיים דברי המת, והרשות בידו להניח נכסיו ביד קטנים, וכתב הלח"מ על מה שכתב נתבאר בפ' מציאת האשה, אולי כתב כן על מה שאמרו המשלש מעות דאין נותנין לה כשהיא קטנה, ומשמע דוקא משום דיש שליש, אבל צוה האב ליתן היו נותנין לה, ומ"מ כתב דאין זו ראיה דדילמא נקט שליש לומר דאפי' בגדולה אין נותנין, ובפלוגתא דר"מ ור' יוסי, וכתב עוד במה שכתב המ"מ מדין מצוה לקיים דברי המת דאין מזה הכרח ולא ראיה, ולא כתב טעם לדבריו, אך כונתו הוא מזה שהתוס' בגיטין דף י"ג בד"ה הא לא משך, הקשו דמאי פריך דהא מצוה לקיים דברי המת, וכתבו בשם ר"ת דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת, אלא בדבר שהושלש מתחלה לכך ביד שליש, והאריכו בזה הרמב"ן

והרשב"א והריטב"א מכמה מקומות דיש בהם דאמרינן מלד"ה ויש דלא אמרינן, וכתב בשם הרא"ה דלא אמרינן מלד"ה אלא היכי שמצוה לאחרים לעשות וקבלו עליהם או ששתקו והי' סיפק בידם לעשות ולדבריו גם כאן שייך מלד"ה.

והנה שם בפ' מציאת האשה במשנה דהמשליש דתנן המשליש מעות לבתו והיא אומרת נאמן בעלי עלי יעשה השליש מה שהושלש בידו, ופליגי ר"מ ור' יוסי ומוקמינן בגמ' בגדולה מן האירוסין, כתב הרמב"ם בפיהמ"ש יעשה שליש מה שהושלש בידו הוא שיעשה בו מה שצוה האב ואין שומעין לה ואין נותנין לבעל שום דבר. וזה כשהיא מאורסת, אבל אחר הנשואין הרי היא עושה מה שהוא רוצה, אלא אם היתה קטנה, כי אין מחלוקת ר"מ ור' יוסי אלא בגדולה מן האירוסין עכ"ל, ומבואר מדברי הרמב"ם דמה דתנן יעשה שליש מה שהושלש בידו, וכתב על זה הוא שיעשה בו מה שצוה האב, דהך דינא הוא דין קבוע, ואין חילוק בין גדולה לקטנה. ורק אם בתו רוצה לשנות ממה שצוה האב, בזה פליגי ר"מ ור' יוסי ובגדולה מן האירוסין, לכן יש לומר דיסוד דברי הרמב"ם בהלכה שלפנינו הוא מהך מתני' דהמשליש, ומפרש דהך דינא דיעשה שליש מה שהושלש בידו, והוא שיעשה מה שצוה האב, ולכן אף דאפשר דלא שייך כאן מלד"ה כיון דלא הושלש בידם על זה, יש לומר דזה הוא דוקא אלא היכי דבעיקר זכות הממון צריכים אנו לטעם במה זכה המקבל, אבל כאן הא כתב הרמב"ם ינתן חלק הקטן לקטן, וא"כ זהו חלקו בודאי, אלא דבסתמא אין נותנים לקטן בלא אפוטרופוס, וכיון שכתב הרמב"ם דיעשה בו מה שצוה האב וכיון שאנו דנין כאן על מי שהממון בידו או על ב"ד שבידם ליתן או שלא ליתן, חשבינן זה לענין קטן כמו בדין משליש, שיעשו כמו שצוה האב, דלענין זה הוי גילוי דעתו ורצונו הלכה קבועה ואין חילוק בין גדולים לקטנים.

פרק יא

הלכה ז

אין האפוטרופסין רשאין למכור ברחוק ולגאול בקרוב, שמא לא יצליח זה שקנו, ואין רשאין לדון ולחוב על מנת לזכות ליתומים שמא לא יזכו ונמצא החוב קיים.

השגת הראב"ד, ואין רשאין וכו' עד ונמצא חוב קיים, א"א לא זו הדרך אלא שהוא דן לזכות, ואם זכה זכו בו היתומים, ואם חב לא חב ליתומים לא לכתחלה ולא דיעבד עכ"ל.

המ"מ הביא דברי הגמ' לזכות בנכסי יתומים, וכתב ונ"ל פירוש זה לדעת רבינו דקס"ד דלחוב הוא כגון שאדם מערער ותובע על נכסיהם, ולזכות הוא שהם תובעים בנכסי אחרים, והקשו לזכות אמאי לא, והלא אפשר שירויחו, ואי אפשר שיפסידו אלא לחוב

על מנת לזכות כלומר אינן רשאין להזקק לדין עם שום תובע דהיינו לחוב, אע"פ שהן באין ע"מ לזכות בדין ולטעון דברי זכות, והטעם כתב רבינו שמא לא יזכו ונמצא חוב קיים, כלומר שאי אפשר שנאמר שיהיו רשאין להזקק לדין, ואם זכו זכו, ואם נתחייבו לא עשה כלום, שאם כן לקתה מדת הדין בכך שיהי' תובע זה יכול להפסיד ולא להרויח, ולפיכך אמרו שאינן רשאין להזקק כלל עם תובע, ובודאי כיון שאינן רשאין לדון אם עברו ודנו ונתחייבו לא עשו כלום כנ"ל לדעת רבינו, ובהשגות א"א לא זו הדרך וכו' וזה הוא כפי שיטת רש"י שפירש דמה שאמר אלא הכי קאמר אין רשאין לדון ולחוב ע"מ לזכות שאם דנו ע"מ לזכות ונתחייבו אין היתומים נפסדין עכ"ל המ"מ.

והנה עיקר ביאור המ"מ לדעת הרמב"ם שא"א לומר שאם זכו זכו ואם נתחייבו לא הפסידו שא"כ לקתה מדת הדין, ודברי הרמב"ם שכתב שמא לא יזכו, ונמצא החוב קיים לא משמע כדברי המ"מ, דזה הא סברא דאמר הגמ' דאין האפטרופסין רשאין לחוב רק שהמ"מ כתב שלקתה מדת הדין שיהי' קיים הדין לגבי הנתבע אם יזכה, ולא לגבי התובע, א"כ הי' גם להרמב"ם לכתוב כן, ולא לכתוב ונמצא החוב קיים, אלא הי' לו לכתוב שא"א לב"ד לפסוק דין באופן של צד אחד.

ונראה דכל הדין דאין האפוטרופסין רשאין לדון לחוב בנכסי יתומים, זהו שע"ז לא נעשו אפוטרופסין, ואין ידם כיד היתומים לחוב, אבל כל זה בדין ב"ד שדנין האפוטרופסין שאפשר אם היו היתומים גדולים היו מוצאין טענות אחרות במה לזכות ולפטור עצמם מן החוב, אבל זהו דוקא בדין שיש בו טענות ותביעות, אבל אם מוציא התובע שטר שעבוד על נכסי יתומים, אלא שהאפוטרופסין רוצים לדון עם התובע ששמעו שיש עדות שהשטר כבר נפרע, אבל בעיקר השטר הלא אינו צריך אלא קיום, ומקיימין שטר שלא בפני בע"ד ואפי' נגד יתומים מבואר בסי' ק"י שמקיימין שטר, ומה דאין גובין מיתומים עד שיגדלו הוא משום צררי, כמבואר סוף ב"ב. וא"כ כשמוציאין שט"ח על אביהן של יתומים אין בכלל מה לעשות ד"ת בזה, רק מה שהאפוטרופסין רוצין לדון בחוב ע"מ לזכות היינו ע"כ שלפי ידיעתם חושבין שיביאו עדים לפסול השטר לגמרי, ואם לא יתברר שהשטר פרוע ישאר השטר כמו שהיה, וא"כ אין מקום שיהי' הפסד ליתומים אם לא יזכו האפוטרופסין, ומ"מ כתב הרמב"ם שאין דנין לחוב ע"מ לזכות היינו לדון כשמוציאין שט"ח על אביהן שמא לא יזכו ונמצא החוב קיים, והטעם נראה דמ"מ אינו טובה ליתומים שיתברר טענת האפוטרופסין ולא יזכו שממילא נמצא החוב קיים, ואף שלא נתחדש בזה כלום בענין החוב מ"מ דבר זה בעצמו שיתברר בב"ד שהחוב הוא חוב, הוא רעה ליתומים שאם יצטרכו האפוט' למכור מנכסיהם להאכילם, יהי' מפורסם

שיש עליהם חוב ויהיו זילי נכסיהם, ואף שיש לעיין אם האפוט' יודעים שיש על נכסיהן שט"ח אם רשאין למכור מנכסיהם לצורכן ושלא להגיד להלוקח שיש שט"ח על אביהם. **אלא** דיש לומר דכיון דע"כ אם אנו דנין יצטרכו האפוט' למכור קרקעות של היתומים דאם למכור מטלטלין הא לא יגבה בעל השט"ח מהמטלטלין, ובקרקעות הא אין אונאה לקרקעות, וא"כ אפי' אם יבוא הבע"ח ויגבה יכול הלוקח לשלם וישאר בהקרקע, וזה לא הוזכר דמ"מ יש איסור אונאה אפי' בקרקעות, וסתמא אמרינן אין אונאה, וילפינן לה מעיקר קרא דאונאה דדוקא דבר הנקנה מיד ליד, ואף שהתוס' שם דף נ"ז כתבו דיותר מפלגא יש להם אונאה לרב נחמן, אבל הרי"ף אינו סובר כן ופסק דגם יותר מפלגא אין להם אונאה, וכן פסק הרמב"ם בפי"ג מהל' מכירה הל' ח' דאפי' מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף אין בהם אונאה, וממילא שפיר נוכל לומר דאין להאפוט' רשות לדון ולפרסם שיש שט"ח על נכסיהם, כיון שהוא רעה להיתומים, וכל זמן שהם קטנים הא לא יוכלו לגבות מהם, ואינם צריכים לדון להפטר מן השט"ח, ולכן אף שהאפוט' חושבים שיזכו ויבטלו השט"ח מ"מ לא ידונו שמא לא יזכו, וזהו שכתב הרמב"ם ונמצא החוב קיים.

הלכה ט

האפוטרופסין תורמין ומעשרין נכסי יתומים כדי להאכילן, שאין מאכילין את היתומים דבר האסור, אבל לא יעשרו ולא יתרומו כדי להניח פירות מתוקנין אלא ימכרו אותן טבל, והרוצה לתקן יתקן.

השגת הראב"ד. האפוטרופסין תורמין וכו' עד והרוצה לתקן יתקן. א"א אין הדעת נוחה הימנו שיהא האפוטרופוס חבר מוכר טבל להכשיל בני אדם בנכסי היתומים, אבל יניח המותר על מזונותיהם לשנה עד שיראה מקום ריוח במכירתם ואחר כן ימכור, והטעם שאינו שליח אלא לצורך שעה, עכ"ל.

האפוטרופסין תורמין וכו' המ"מ הביא דברי הראב"ד וכתב ואני אומר אם כדבריו אחר שסוף סוף האפוטרופסין יתרמו ויעשרו מה תועלת יש ליתומים לאחר תיקון התבואה עד שעת מכירה, והוא בשביל שהמ"מ מפרש בדעת הראב"ד שבשעת מכירה יתרמו כיון שסובר דאינו נכון שימכרו טבל, ואינו מובן קושייתו על הראב"ד דהא זה ודאי דעד שימכרו אין רשות להאפוטרופסין לעשר כדתניא להאכיל ולא להניח, וצ"ל דהמ"מ מקשה על הברייתא לשיטת הראב"ד דאין לאפוטרופוס למכור טבל, וע"כ יעשרו כשיצטרכו למכור ולמה לא יעשרו עכשיו, אבל הלא כתב הראב"ד שימתינו עד שיראו ריוח במכירתם, והיינו דאינו מבורר אם יש ריוח במכירה דכשיצטרכו לקנות אפשר

ישלמו יותר, ואפשר דזהו שהביא המ"מ פירש"י דטוב להמתין עד שיגדלו ויעשרו בעצמם, וכתב ע"ז המ"מ שיהי' להם הטובת הנאה מהמעשר, אלא דעיקר דברי הראב"ד צריכים באור דהא תנן בפ"ה דדמאי משנה ח' אין אדם רשאי למכור טבל אלא לצורך הא לצורך מותר, ופירש"י בירושלמי דהוא למכור לחבר, וכן פסק הרמב"ם בפ"ו מהל' מעשר הל' ו' אין מוכרין את הטבל אלא לצורך ולחבר, וא"כ מה כתב על הרמב"ם דאין הדעת נוחה שיהא אפוטרופוס חבר מוכר טבל להכשיל בני אדם, דהא ימכור לחבר, ואולי סובר דכיון דתנן דאין מוכרין טבל אלא לצורך ואינו רואה בזה צורך, דאפשר שתנוח התבואה בבית היתומים עד שיראו ריוח במכירה, אך הראב"ד כנראה סובר דכשיהי' ריוח יש רשות להאפוטרופס לעשר בעצמו, ובודאי הרמב"ם אינו סובר כן דלא עשו חכמים שליח להאפוטרופוס אלא להאכיל, אבל אין לו דין שליח לעשר ע"מ למכור בשביל להרויח, ואולי כונתו שימכור האפוטרופוס בפירוש, על אופן שיעשר הלוקח בפניו, והרמב"ם כתב והרוצה לתקן יתקן.

אלא דלשון זה שכתב הרמב"ם והרוצה לתקן יתקן הוא באמת תימה רבה דהא מוכר לחבר ודאי יתקן, ולשון זה נמצא במשנה בדמאי פרק ג' משנה א' מאכילין את העניים דמאי, ב"ש אומרים נותנין את המעושר לשאינו מעשר, ואת שאינו מעושר למעשר, וחכמים אומרים גובין סתם ומחלקין סתם והרוצה לתקן יתקן, ושם מעיקר הדין אם אינו רוצה אינו מעשר אפי' הוא חבר כמבואר בר"ש, אמהם בפיהמ"ש להרמב"ם מפרש שם דיש חילוק אם קבל חלק טוב שמספיק לו גם אם יעשר צריך לעשר, אבל בדברי הרמב"ם בהלכות מעשר פי' י' הל' י"א לא משמע כן שכתב בסתם מותר להאכיל את העניים ואת האורחים דמאי, וצריך להודיען והעני עצמו והאורח אם רצו לתקן מתקנין.

והנה בקדושין דף כ"ו גבי מעשה בר"ג וזקנים שהיו באין בספינה פירש"י שהי' ירא שמא יסמכו עליו בני ביתו ויאכלו טבל דחזקה על חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן, והקשו דזהו דוקא בחבר שמת, והר"נ בחדושיו שם מבאר ע"פ הירוש' דיש חילוק בין בגורן בין בבית דבבית שניתן לתשמיש, בזה אסור להשהות, והא דחבר שמת הוא כשהוא בגורן, וכשמת מתוך יישוב הדעת, עכ"פ כאן מותר למכור לחבר וישהא התבואה בגורן עד שיצטרך להשתמש בהם, ונראה דזהו דעת הרמב"ם שכתב כאן והרוצה לתקן יתקן, והיינו דמעיקר הדין מותר לחבר להשהות בגורן תבואה שאינה מעושרה, ואינו חושש משום בני ביתו שגם הם יודעים שבגורן אינו מבורר שהוא מתוקן, ויש לומר עוד יותר דכאן כשלוקח החבר תבואה יש צד יותר להצריכו לתקן משום דבעל השדה בעצמו יתכן שיש לו שדה גדולה או שדות הרבה ולא נוכל לחייבו שתיכף

כשנגמרה מלאכתן יעשר דהא צריך למדוד או לשקול, וזהו עבודה גדולה שא"א לעשותה בפעם אחת, לכן אינו חייב אלא בשעת תשמישו, אבל כשקונה תבואה שאז בהכרח הוא מודד או שוקל, וא"כ בקל יוכל לעשר, ולכן השמיענו כאן הרמב"ם שגם כאן רק הרוצה לתקן יתקן והיינו שאם חושש שמא יארע תקלה אצל בני ביתו שיחשבו שהוא מעושר, ודעת הראב"ד נראה דעכ"פ אין אנו צריכין לחייב האפוטרופוס למכור בלתי מעושר שמא יצא מזה תקלה, לכן הפירות שאינם צריכים להאכיל יהיו מונחים, רק אם יראו שיש ריוח במכירתם אז יוכלו למכור על דעת שיעשר הלוקח בפניהם, ובזה השיג על הרמב"ם שכתב והרוצה לתקן יתקן.