הלכה · משנה תורה · מפרשים · אור שמח · ספר קניין

אור שמח על משנה תורה, הלכות זכייה ומתנה

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אור שמח על משנה תורה, הלכות זכייה ומתנה

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

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/אור-שמח-על-משנה-תורה-הלכות-זכייה-ומתנה/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ו 4
הלכה יב 4
פרק ב 4
הלכה א 4
הלכה ב 6
הלכה יג 8
הלכה יח 10
פרק ג 12
הלכה ב 12
הלכה ה 13
הלכה ח 14
הלכה י 15
פרק ד 16
הלכה ה 16
הלכה ו 17
הלכה י 17
פרק ה 18
הלכה א 18
הלכה ד 18
הלכה ו 19
פרק ו 21
הלכה ט 21
הלכה י 24
הלכה יב 25
הלכה יג 25
הלכה כא 25
הלכה כג 26
הלכה כד 26
פרק ז 27
הלכה טו 27
פרק ח 27
הלכה ז 27
הלכה ט 28
הלכה יד 28
הלכה טו 29
הלכה יז 30
פרק ט 35
הלכה ו 35
הלכה ח 36
הלכה ט 36
הלכה יג 37
הלכה טו 42
הלכה יז 43
הלכה יח 43
הלכה כד 44
פרק י 46
הלכה ב 46
הלכה ט 51
פרק יא 52
הלכה טו 52
פרק יב 55
הלכה י 55
הלכה יא 56
הלכה יג 57
הלכה טו 60

פרק א

הלכה ו

גר שמת כו' ואין בעל המיצר יכול לסלקו:

המעיין יראה דזה הוא הקדמה להההלכה הסמוכה כדרך רבינו בכ"מ משום דכתב בההלכה הסמוכה ה"ז ספק ואם בא אחר והחזיק בה כדי לקנותה קנה אף דהראשון החזיק בה לקנותה ולקנות חברתה והמצר שביניהן, דקנה שדה זו שהחזיק בה ואיהו בר מצרא לשדה שניה שבשדה ראשונה כבר זכה בודאי, ורק הספק אם קנה המיצר וחברתה, ואם נאמר דדין בר מצרא אית ליה רק דצריך לסלקו בדמים, א"כ ארעא בחזקת הראשון קיימא רק דהספק על הדמים אם צריך למיהב ליה, א"כ על הדמים הוי מוחזק וכמו דאמרו ב"מ ק"י גבי יתומים אומרים אנו השבחנו ומייתי הגמרא מאילן דספק קדם כו' יעוין שם, לכן הקדים רבינו דאין כאן דין בעל המיצר לכן האחרון קנה דחזקתו ודאי ודראשון ספק כדברי ההמ"ג ודוק:

הלכה יב

כל דבר המפסיק לטומאה כו' וטומאה בבקעה בצדה האחרת ואינו יודע כו' כל מקום כו':

פירוש שבבקעה יש טומאה בצד אחד וספק היכן מקום הטומאה רק הספק אינו על כל הבקעה רק על חציה שלצד מזרח לחוד, ובזה לכו"ע מקום שמוחזק לן שאין שם ספק אם שם יש המקום טומאה והוא בחזקת טהרה שם נכנסין והולכין גם הטהורים, אבל בצד שמספקא בהמקום טומאה שם אין נכנסין רק טמאים ופורשין ממנו הטהורים, זה הצד שאינו בספק טומאה הוא כשדה אחרת לגבי חזקה וכאילו הפסיק מיצר, ופלוגתת ר"א ורבנן הוא במי שיודע שנכנס לאותה בקעה ומספקא ליה אם בא לתוך השדה שמוחזקת במקום טומאה אם ספק ביאה טהור ולא שייך לדברי רבינו כאן כלל, ודברי הלח"מ תמוהים ודוק:

פרק ב

הלכה א

נכסי גר שאין לו יורשים ונכסי ההפקר כו' כל המחזיק בהם בדרך מדרכי החזקה כו' קנה:

הנה לא שמענו שום קנין בהפקר לבד מחזקה או משיכה וכיו"ב, אבל מסירה ואגב קרקע לא מהני, מסירה כדאמר פ"ק דב"מ (דף ט') מאן מסר ליה דלקני ואגב קרקע אמר

שם פ"ק (דף יא) ה"נ טובת הנאה אינה ממון לקנות אגב קרקע, בקנין שהקרקע נקנה בו אלא אפקורי בעלמא אפקיר גבייהו וכי אוגר להו מקום קנתה לו חצירו בתורת חצר כשאר הפקר, רש"י שם, הרי מפורש דבמקנה תלוי שהוא מקנה המטלטלין אגב קרקע, דעל קרקע סמכא דעתיה דאינש טפי וכיון דהמחזיק קנה את הקרקע תו גמיר ומקנה הבעלים גם את המטלטלים, וזה לא שייך בהפקר, דמאן מקנה ליה, ובפרט לשיטת הקדמונים דהא דאמר רבא לא שנו אלא שנתן דמי כולן כו' קאי אמטלטלין אגב קרקע [עיין הרב המגיד הלכות מכירה פרק ג' הלכה ח'], ומדמה זה הגמרא להך דאמר שמואל המחזיק בשדה אחת קנה כולן יעו"ש, א"כ כי היכי דבנכסי הגר ומציאה שאין דעת אחרת מקנה אותו לא קנה בחזקה באחת מן השדות את כולן, דדמי ללא נתן את דמי כולן במכר, כש"כ וכש"כ דקנין מטלטלין אג"ק ליכא בהנך דאין דעת אחרת מקנה אותו כמו דליכא בלא נתן דמי המטלטלין, וזה פשוט:

אולם הרב בקצות סימן ער"ה רצה לחדש דקנין אגב יש בהפקר והוכיח זה מהך דסוף הגוזל ומאכיל (דף קיז) דאר"פ התם כגון שגזל שדה מחבירו והיתה פרה רבוצה בו ושטפה נהר דר"א לטעמיה ורבנן לטעמייהו, ולר' אליעזר דאמר שדה נגזלת קונה פרה עמה וחייב לשלם דמטלטלין נקנין אגב קרקע כו' רש"י שם, הרי דבלא דעת אחרת ג"כ איכא קנין אגב עכ"ד. והנה לשיטת רבנן בתוס' ריש פ' אלו נערות, דקניית אונסין להתחייב לא דמי לקנין דעלמא ולכך מתחייב גנב לרבינא באונסין במשיכה ברה"ר אע"ג דלקנין לא קנה, אין ראיה כלל, ואפילו להנך רבוותא שהשוו קנין דגנב לקנין דמקח וממכר נראה דבאגב שהוא לטובתו של הבעלים ובע"כ דגנב שאינו רוצה להתחייב באונסין הוי כמו דעת אחרת מקנה אותו שחייב שפיר באונסין, דכיון שכל השדה הוא ברשות של הגנב ובאחריותו סברא הוא דכל המטלטלים שהם באותה שדה חייבתו רחמנא עלייהו הואיל דאיהו הבעלים וביד הבעלים ליתנהו הוי כשואל להתחייב באונסין שכאן בגנב כל הנאה שלו טפי משואל וכמו שפי' רש"י בפרק בן סו"מ בשמועה דהבא במחתרת עי"ש ולזכותו של הבעלים הוי כרצון הבעלים שיהיו תחת ידו כל מה שהוא ברשותו הגזול ויהיה הגנב או הגזלן במקום הבעלים להתחייב באונסין ולהשגיח עליהם, אף ע"ג דנפ"מ מזה אם נשתנית הפרה מצי לסלקו לבעלים בדמים שזהו לטובת הגנב, סברא הוא דלא אוקמינהו רחמנא ברשות הגנב לחצאים, וכיון שמתחייב עליהם באונסין תו מקרי גזלן עלה לקנות אותה ע"י שנוי ודוק. ומצאתי בנתיבות סימן ר"ב ס"ק ב' שהעיר בזה קצת עיי"ש:

אך נניח בזה כל הפלפולים וננקוט בידינו מתניתא ערוכה בתוספתא ב"ב פ"ב, המחזיק

בנכסי הגר כו' היו לו עשר שדות כיון שהחזיק באחת מהן החזיק בכולן [כבר תרגימנה רמב"ן בחידושיו באין מצר וחצב בינתים, או יתכן שגדר כל השדות ובגדר החיצונה קנה הפנימית שהועיל לכולן] עשרה עבדים אף ע"פ שהחזיק באחד מהן לא החזיק בכולן, כלים ועבדים כו' כלים וקרקעות זכה בקרקעות לא זכה בכלים, בכלים לא זכה בקרקעות כו' וטעמא דהפקר לא מקנו מתורת אגב, ואי דיקנה מתורת חצר אפשר דמיירי כגון שהיה חצר שאינה משתמרת, ולא אמר זכתה לי שדה כמו שפסק רבינו פרק י"ז מהלכות אבדה, ועבדים איך משכחת בנכסי הגר הא זכו לעצמן וצ"ל בקטנים וכאבא שאול ורבינו פסק כוותיה, וכן מוכרח בהנך ברייתות דמייתי בב"ק פ"ק גבי מכירה דהחזיק בעבדים כו' [וע"כ לאו דתוספתא זו, דבתוספתא גבי מכירה מתניא אח"כ נכסים שאין להם אחריות נקנין כו' כיצד כו' יעו"ש והבן] דמוקי בעודן עליו ופריך וכי עודן עליו מאי הוה כו' וחצר מהלכת לא קנה ואמאי לא קאמר דכיון דקנה העבד נעשה העבד שליח לזכות לרבו המטלטלין וע"כ דרוצה הגמרא לאוקמי בעבד קטן דלאו בר זכיה רק מתורת חצר [או שאין העבד רוצה לזכות לרבו] ודוק בכ"ז:

הלכה ב

כיצד הלוקח קרקע מחבירו וכו' באכילת פירות[יה] קנה כמש"ב, אבל בנכסי הפקר או [נכסי] הגר כו' לא קנה לא גוף האילן ולא גוף הקרקע:

ראה בלחם משנה, והא ודאי דנעל ליכא חילוק בין דעת אחרת מקנה אותו לנכסי הגר לפי דעת רבינו, שהרי כללא כייל כל מה דהוה חזקה במכר הוי חזקה בנכסי הגר חוץ מאכילת פירות, ומה שהקשה דמאי מייתי ר"ש ראיה דמציע מצעות בנכסי הגר קנה מעבד דילמא לא הוי רק כמו אכילת פירות דאינו מועיל בנכסי הגר רק במכר, זה לא מכרע, דאטו מי ליכא הך דינא דהגביה לרבו בעבד קטן דנקנה בנכסי הגר בחזקה וכמש"ב לקמן הלכה י"ז, דאם תאמר דהוי רק כאכילת פירות, א"כ איך קני לה בזה בעבד ושפיר מייתי רב ששת דבכל גווני מיירי אף בנכסי הגר ובעבד קטן, אולם רואה אנכי מבין אשנבי רבותינו שהם הבינו דבנכסי הגר בעי שיעשה מעשה בגוף הקרקע ובאכילת פירות אין זה מעשה בגוף הקרקע, ומתוך זה נדחקו בהך דמציע מצעות ששם ג"כ לא עשה מעשה המועיל לקרקע ולכן דימו נעל לאכילת פירות וסבב להם כל הלחץ שנלחץ הלח"מ בנעל, ובאמת לא כן מחשבותיו של רבינו, דאיהו סובר דכל המועיל במקח וממכר כש"כ שמועיל בנכסי הגר, ויש דברים רבים שמועילים בנכסי הגר מה שאין מועיל במקח וממכר, לבד אכילת פירות לחודייהו מפני שהוא של הפקר, ויש כאן שני זכיות, זכיה אחת בהפרי, וזכיה אחת בגוף הקרקע, א"כ כי אוכל פירות אילן אין זה

נחשב שרוצה לזכות בגוף הקרקע ע"י אכילת פירות אילן זה, רק שרוצה לזכות בהפירות עצמן, אבל שאר מילי דאף שאין זה תקון בגוף הקרקע כיון שהוא הנאה מגוף הקרקע וניכר שאדעתא דארעא עביד לה קני, אבל במכר שאין זכיה בלא דעת הבעלים והבעלים מכר לו כל השדה עם הפירות א"כ כי מאסף פירותיה ואכיל לה הלא אחזיק כדמחזקי בה אינשי, אבל בנכסי הגר הלא זה גלוי על זכיה בגוף הפירות לא על הזכיה בקרקע, ולפ"ז בתפר העבד בגד לרבו או בישל תבשיל לו דדעת ההמ"ג דדמי לאכילת פירות, הוה"ד דמועיל גם בנכסי הגר ובעבד קטן וכמש"ב, ויתכן שכוון לזה ההמ"ג באמרו, דהתם לא נהנה מגוף הקרקע אלא מפירותיה, פירוש, דבאסיפתן זכי בהפירות והוי רק גילוי לזכיה זו אבל לא לזכייתו בהקרקע עצמה:

וכאשר תרצה תאמר בלשון אחר, דהפירות המחוברין הוי כקרקע והוי כמי שנאמר שהחזיק בשדה אחת שגבי מכר מועיל אף בעשר מדינות שקנה כולן לבד בנכסי הגר כמש"כ ההמ"ג לעיל פרק א' הלכה ז', וחזקת שדה זו מועיל לחברתה, משא"כ בנכסי הגר דלא קנה רק אותה שהחזיק בה בלבד, ה"נ לא קנה בתלישת הפירות את השדה רק הפירות לחודייהו, ועיין סוף פרק ג' מהלכות מכירה הלכה י"ח פשתן כו' יעו"ש ועיין בירושלמי ריש פ' חזקת הבתים דמוקי משנה דפשתן בנכסי הגר כפי הנראה דמוקי בצריך לקרקע או במוכר הפשתן עם הקרקע, דאף דכתב רבינו, דכל העומד לבצור כבצור דמי הוא דוקא במוכר לו הפירות לחודייהו, ולכן פריך בגמרא כיון דתלש כ"ש קנה, אבל במוכר לו הפירות עם הקרקע דין קרקע יש להן וכמש"כ רבו של רבינו הר"י בן מיגש הובא בכס"מ פ"א ממכירה שמה"ט חילק מה שלענין שומרים קיי"ל כל המחובר לקרקע כקרקע דמי משא"כ גבי מכר כיון דאדעתא למישקל זבנינהו כבצורות דמי יעו"ש ולכן מהני שפיר במוכר זכיית הפירות להאילנות שהפירות עם האילנות כשהן מחוברין הוי כשני קרקעות דאם החזיק באחת קנה בחברתה משא"כ בנכסי הגר שאינו מראה לנו שרוצה לזכות רק בהפירות, אבל על זכיית הקרקע או האילן לא מועיל מידי ושני הלשונות הולכין למקום אחד למבין וז"ב בס"ד:

ולפי מה שבארנו הא דאמר בירושלמי ריש פ' חזקת דאם היה פשתן מחובר ותלש לא קנה רק מה שתלש ומיירי בנכסי הגר, הוא במוכר פשתן עם הקרקע לכן אי לאו בנכסי הגר לא הוי כן, דמועיל כאכילת פירות וקני להשדה עם הפשתן רק בנכסי הגר שפיר לא קנה רק מה שתלש לבד וכמ"ש. אמנם בירושלמי פ"ק דקדושין הלכה ה' הגירסא דשמואל אמר לא קנה רק אותו קלח בלבד, ומודה שמואל בנכסי הגר דקנה כולה יעו"ש, וכפי זה כוון להא דאמר בחזקת (דף נד) שדה המסויימת במצריה דלא קנה אלא מקום

מכושו בלבד, וזה לא קנה רק הקלח שתקנו, אבל זה דוקא בנכסי הגר, ובירושלמי הגירסא משובשת וצ"ב ואכ"מ ודוק:

הלכה יג

עדר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר הואיל ונתכוין במעשיו אלו לזכות מן ההפקר ה"ז קנה:

נסתפקתי לשיטת רבוותא דבדעת אחרת מקנה ג"כ אם לא כוון לזכות לא קנה, איך הדין בשני בני אדם שאמרו לאחד חזק וקני, והחזיק בשל אחד שעדר וניכש וסבור שהן של חבירו שהרשהו ג"כ להחזיק ולקנות, וכן בשל חבירו, מי קני או לא, מי אמרינן דהא סבור לקנות מרשות זה, וזה טעות דהוא של אחר ולא נתכוין לקנות מרשות מי שהשדה שלו לא מהני, או דילמא כיון דאיהו מתכוין לקניה קני, ולא דמי לעודר בנכסי גר זה וסבור שהן של גר אחר דקני, דשם עכשיו אינו של הגר והפקר הוא זה וזה, רק הוא ענין שעבר שהיו קנוים להגר בעודו היה בחיים, אבל כאן הלא עכשיו הוא מפיק אותן מרשות זה והיה סבור בעת החזקה שהן של אחר, ולשון רבינו הביאני לספק הזה שאמר הואיל ונתכוין במעשיו לזכות מן ההפקר קנה, מורה שהואיל וכולן של הפקר לכן קני, מוכח דבדעת אחרת מקנה אותו בכה"ג לא מהני וצ"ע:

ונראה לכאורה ראיה קצת, מהך דאמר בפרק האיש מקדש (דף מו) דפליגי בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה, דרב אסי אמר דאביה יכול לעכב ולא היא, ופריך מהא דכתיב אם מאן ימאן אביה אין לי אלא אביה היא עצמה מנין ת"ל אם מאן ימאן מ"מ יעו"ש, דקס"ד דמיירי דפתה לשם אישות ואם נתרצה האב הוי קדושין למפרע, דהא בקדשה בביאה מיירי קרא, ועל כרחך חלה למפרע הקדושין דהא בעת הרצוי כבר כלתה ביאתו, וע"כ דחלה הקדושין למפרע ומייתי דשניהן יכולין לעכב, ואף אם נתרצה האב מועיל עיכוב דילה. ולכאורה מאי ראיה דילמא מיירי קרא בפיתה אותה ולא ידע שיש לה אב ולסוף אחר ביאה נודע לו שיש לה אב, א"כ הא אף אם נתרצה האב ג"כ לא מועיל משום דאיהו סבר שאין לה אב וקא סבור לקנותה מרשות עצמה, דבנערה משתעי קרא דבלא אביה היא יכולה להתקדש אליו, ולסוף נמצאת שהיא קנויה לאביה וקא מפיק לה מרשות אביה, לכן אף אם נאמר דאיגלאי מלתא דאיהו רצה למפרע וזכות היה לו שתתקדש, בכ"ז הא המקדש לא נתכוין לקנותה מרשות מי שהוא והוי כעודר בנכסי זה וסבור שהן של אחר ושניהם אמרו לו לך חזק וקני ולכן מועיל עיכוב דילה, אך זה ליתא, דבשלמא למ"ד דבין היא בין אביה מעכבין, הפירוש, דאם ידעינן דנתרצה האב למפרע הוי מועיל דזכות הוא לו, רק אגוונא דגם היא מעכבא תו לא הוי זכות גמור

וליכא גלוי למפריע דניחא ליה בהך הקדושין ולא הוי קדושין וסיבת ביטול הקדושין הוא ע"י העיכוב, אבל לפרושינו דבאופן דלא ידע שיש לה אב א"כ בלא"ה לא הוי קדושין כלל וכמוש"ב דלא נתכוין לקנות מרשות האב שהיא שלו, ועיין רשב"א על הך דאביי דאמר צריכה קדושין לדעת אביה שפירש הראב"ד דאפילו נתרצה סובר דלא מהני, וקרא בפתה לשם קדושין הוא באמת דלא כרב דלעיל דאמר דבנתרצה מועיל למפרע ורק המיאון גורם לבטל הקדושין של ביאתו שפיתה אותה לשם קדושין, סוף דבר דחייא בר רב דמייתי ראיה דקרא מיירי בפיתה לשם אישות הוא רק דהמיאון גורם ביטול הקדושין אבל לא בגוונא דברצוי אב ורצוי דילה גם כן לא מהני וז"ב:

אולם נתבונן בהך סוגיא גופא, דא"ר יוסף מ"ט דר' עשאוה כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן דלא קני, דכולהו אמוראי דמפרשי טעמייהו בהך שמועה מפרשי טעמא דרבי וטעמא דרבנן מר סבר ומר סבר, ורב יוסף לא מפרש רק טעמא דרבי וטעמא דרבנן לא מפרש, ולכן נראה דבכה"ג בדעת אחרת מקנה אותו לא מהני, ולזאת א"ש, דכאן שקדשה לשם יבום מיירי וקסבר שעדיין היא זקוקתו והוא מתכוין לקנותה ע"י מאמר מתורת יבום, ומתורת יבום אשכחן דפליגי רבי ורבנן בפ"ק (דף יט) אם מועיל שלא מדעתה, דרבי מדמה מאמר ליבום וקונה שלא מדעתה ורבנן מדמי לקדושין ואינו קונה רק מדעתה, א"כ לרבי הוא כוון לקנותה מתורת מאמר דמועיל אף שלא מדעתה, א"כ כיון דאינה זקוקה והקדושין צריך שיהיו מדעתה דוקא, א"כ אף כי היה המאמר כאן מדעתה, בכ"ז הא היא לא כוונה להתקדש ולהקנות עצמה לו, דהיא ג"כ היתה סבורה שאין צריך דעתה, והוי כעודר בשדה וסבור שהיא של הפקר ולסוף נודע לו שהיא של אותו האיש שאמר לו לך חזק וקני שדי, כן הוא היה סבור שהיא זקוקה ולא בעי דעת דילה ולסוף נודע שצריך דעת דילה, והיה צריך לכוון להוציא אותה מרשות שלה דבדעתא דילה תליא לכן לא מהני, לא כן רבנן לטעמייהו דמאמר יבמין צריך ג"כ דעת שלה, וא"כ הוי מכוון להוציא אותה לקנות אותה מדעת ורצון שלה דהוי ידע דברשותה היא וברצונה תלוי, לכן סברי בין שקדשה לשם אישות בין שקדשה לשם יבמין צריכה הימנו גט, וע"ז אמר אביי מי דמי, דבאמת קדושין שאני מכל דעת אחרת מקנה, דאשכחן דאמרה היא הריני מקודשת לך אינה מקודשת, ובכל מכר מוכר כותב לו שטר, וטעמא משום דבקדושין כתיב כי יקח ולא כי תקח, והיינו שמצדה אינה מקנת עצמה לו כלל רק עושית עצמה כהפקר וזכי בה בעל, והדברים מפורשין בנדרים כ"ט בשמועה דבר פדא, בדברי רבינו נסים ד"ה ואשה נמי כפדאוה אחרים דמי כו' וא"כ הא הוי כעודר בנכסי הגר זה וסבור שהן של גר אחר שסוף סוף קונה אותה בלא הקנאה מצדה כלל

רק כעודר בנכסי הפקר, וזה ביאור נכון בדברי הגמרא בס"ד:

ואם כה נאמר מבואר דבסבור שהוא של הפקר ולסוף התודע לו דשדה זו יש לה עליה רשות בעלים אף דהבעלים ג"כ רצה שיזכה בה ע"י חזקה לא מהני כיון שלא נתכוין להוציאה מרשות מי שהיא, ודוקא בעודר בנכסי גר זה וסבור שהן של גר אחר דבין כך ובין כך הוי הפקר וכמו שמורה לשון רבינו ז"ל, והא דאמר בירושלמי פרק אלו מציאות הלכה ג' ר' לעזר נפל מיניה דינר כו' א"ל כבר נתיאשתי מיניה, אמרי לא איתכוין ר"א אלא לזכוייה כו', הרי דשמעון בר ווא נתכוין לזכות רק מן ההפקר ובאמת היה כאן דעת אחרת מקנה אותו וא"כ לא קנה אותו שמעון בר ווא, התם שאני, דשם ודאי ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ודוקא בעודר וכיו"ב במעשה קניה בזה אמרינן דבעי כוונה, ועיין מהרימ"ט חלק חו"מ סימן מ"א ובמחנ"א הלכות משיכה סימן ה', ודוק בכ"ז:

הלכה יח

גר שמת ובזבזו ישראל את נכסיו ושמעו שעדיין לא מת כו' או שאשתו מעוברת כולן חייבין להחזיר, החזירו כולן ואח"כ שמעו [שמת] ששמועה ראשונה אמת היתה כו' כל המחזיק בשניה קנה ובראשונה לא קנה:

הרב בתורת חיים פירש בדברי הברייתא, דהא דשמעו שמת בנו היינו שמת כבר בעוד הנכסים ביד הראשון, והא דלא קנה משום דהמחזיק בנכסי הגר בעי כוונה לקנות, הלכך כאן בשעה שנתכוין לקנות היה הבן עדיין קיים, ואח"כ כשמת הבן אף ע"ג שהנכסים עדיין בידו לא נתכוין לקנות, ולכך המחזיק בשניה קנה וכן כתב הרמב"ם יעו"ש, והנה מה שהביא מדברי רבינו, לא זו הדרך, שדרך רבינו בסוגיא זו כך היא, דלפי רבינו אפילו אם נודע אח"כ ששמועה הראשונה ששמעו שמת קודם החזקה ראשונה שהחזיקו לקנות בנכסיו של גר אמת היה, מכל מקום כיון דחזינא דאחר כך כששמעו שלא מת החזירו הנכסים, חזינא דעדיין רפויי מרפיין בידייהו בעת החזקה ולכך המחזיק בראשונה לא קנה, ופירושו וגירסתו בסוגיא ביאר היטב הגר"א ז"ל, וכן תמצא גירסא כזו בתוס' רי"ד הנדפס מחדש, אולם אף לכולהו רבוותא שנחלקו בדין רבינו, מ"מ בהא שכתב הרב תורת חיים כו"ע מודו, דכיון שהוא תחת ידו אינו מתכוין לקנות כיון שלא שמע עדיין ממיתתו עד שיצאו הנכסים מתחת ידו, אע"ג דמחזיקים לנכסים ברשות שלו אין זה מועיל לקניה, דלקניה לא הוי רק אם מתכוין להוציא מרשות אחר ולהכניס ברשותו, ודמי לעודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו דלא קנה כדאמר פרק ר"ג, וירושלמי מפורש הוא בפרק זה בורר מאימתי אדם זוכה לפירותיו בשביעית, ר' ירמיה סבר מימר משיתנם לתוך כליו ר' יוסי סבר מימר אפי' נתונים בתוך כליו לא זכה, סבר דאינון דידיה

[דהבעה"ב סובר ששלו הוא ואינו מתכוין לקנות] ולית אינון דידיה, וכן אמר פרק הכותב הלכה ג' אלין בני שימי דדמך אבוהון שבק להון אבוהון עז אתא מרי חובא ונסבה וכו' יורש ובע"ח שקדם אחד מהן ותפס אין מוציאין מידו [ומשני] דהוון סברין דאינון דידהון ולית אינון דידהון, [פירוש שיורשים אינם מתכוונים לתפוס המטלטלים] ולכן אם קדם הבע"ח ותפס אחר כך אין מוציאין מידו. שוב ראיתי להמחנ"א בהלכות קנין משיכה סימן ה' שהאריך הרבה בזה והעיר מירושלמי, וכל חקירתו באם לא ידעו שמת הגר וסברו שהם של הגר אם רשותו קונה שלא מדעתו, הנה מוכח מדברי רבינו מדכתב ובזבזו החזירו דגם במטלטלים מיירי ואפ"ה אין רשותם קונה בנכסים שלא מדעתם, וחסר שם בסוף התשובה, ובטח לא נעלם זה מעינו הבהיר של המחנ"א ודוק:

והנה לדברי הרב תורת חיים א"ש מה דלא משני הגמרא על קושיא דרב ששת, דעובר לעולם לאו בר זכיה בנכסים והא דבהפילה אחר כך המחזיק בראשונה לא קנה, כמו דמשני בריש פרק החולץ בירושלמי משום יאוש, דכיון ששמעו שהיא מעוברת מיאשי מהנכסים דרוב נשים מתעברות ויולדות, ולכי יולד ודאי דשקיל חלק בנכסים, ודחוק לומר דמשמע ליה מדתנא המחזיק שמע מיניה דבקרקעות דמקני בחזקה מיירי ובקרקע ליכא יאוש [ועיין מש"כ בהלכות נחלות בזה] אולם לפי דבריו של הרב תורת חיים א"ש, דבירושלמי מייתי הך ברייתא כך, החזירו הכל ואח"כ מת הבן או שהפילה אשתו ולכן שפיר משני שמייאש כיון דהחזירו בעודה מעוברת אע"ג דעובר לית ליה זכיה, אבל תלמודין מייתי הך ברייתא כך, החזירו הכל ואח"כ שמעו שמת בנו או שהפילה אשתו, דמשמע כמו שמפורש התו"ח דשמעו דטרם שהחזירו כבר הפילה אשתו, וטעמא דלא נתכוונו לזכות בנכסים וא"כ שפיר פריך רב ששת אם תאמר דעובר לית ליה זכיה וכבר החזיקו כדין בנכסים אלו רק שמייאשי הלא אם הוי ידעי אז שכבר הפילה לא נתייאשו מהנכסים, וא"כ הוי יאוש טעות ולא הוי יאוש, וריו"ח ור"ל פליגי בירושלמי פרק שור שנגח דו"ה ה"ח, אם שור הנסקל שהוזמו עדיו הוי יאוש טעות ואפילו לר"י תמן, וכן אמר תלמודין בכריתות דהוי יאוש מעליא, היינו דהוא ענין עתיד המתהווה שהיה יכול להיות דיוגמר דינו ויסקל ולא ימצא עדים, משא"כ בכה"ג שלא ידעו שכבר הפילה הוי יאוש טעות ולא הוי יאוש [ועיין מש"כ בחידושי לב"מ באורך] ושפיר פריך, ודינו של המחנ"א בלא ידע שמת הגר לפי פשטיה דגמרא דבמטלטלין נמי מיירי ברייתא, נפשט ספיקו אף לפרשב"ם בהך דרפויי מרפיין דשלא מדעתו אינו קונה החצר, רק יש לדחות, דהוא העדר ידיעת העתיד שתפיל אשת הגר, אבל מרבינו משמע דפסיקא ליה דלא קנה ודוק:

פרק ג

הלכה ב

מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו הרי זו מתנה הנקנית בדברים בלבד:

מלשון הזה מוכח דבחוב מהני בלשון מחילה ובפקדון לא מהני בלשון מחילה ובעינן לשון מתנה והוא כמש"כ הטור סימן ע"ג סעיף י"ט, כתב הש"ך דדוקא במעות צרורים וחתומים, דאל"כ כיון שיכול להשתמש בהן ואפילו תובע אותם המפקיד קודם שהוציאם א"צ להחזיר אותן המעות עצמם אלא יכול ליתן מעות אחרים וכמש"כ לקמן סימן רצ"ב בשם תוס' דפרק אלו מציאות א"כ דמי להלואה ושייך בהו לשון מחילה עכ"ל, והחכ"צ בהגהותיו לט"ז תמה עליו דתוס' לא כתבו רק למ"ד דנאנסו חייב משא"כ לדידן דקיי"ל כרב נחמן דשומר שכר הוי ע"י היתר שמוש ודאי כ"ז דאיתא בעינא ברשותו דמפקיד קאי ומש"ה כי לא הוציא לא מעל וא"כ לשון מחילה לא מהני בפקדון דמעות אף אם המה מותרין, ואם כי בדברי התוס' שפיר אמר, אבל מה שחשב לטעות בדין זה, לדעתי י"ל ע"פ מש"כ הרא"ש בשם ראב"ד לפרש הא דבשומר אבדה דשרי רבנן לאשתמושי ביה קיי"ל דחייב באונסין ובמפקיד מעות קיי"ל דשומר שכר הוי, משום דהנאת שמוש דכאן גריעא מהנאת שמוש של דמי אבדה לפי שירא לשלוח בהן יד לקנות בהן סחורה שמא יבוא המפקיד לתבוע פקדונו, אבל בדמי אבדה יודע שישהה אצלו ימים רבים. ולפ"ז היכי דמחל המפקיד אף אם נימא דמחילתו לא מהני מ"מ סמכא דעתיה דנפקד להשתמש בהן כבדמי אבדה, ודאי כיון שאין רצונו של הבעלים ליקחם ממנו ולתבוע מאתו ואינו ירא להשתמש בהן ולשלוח יד לקנות בהן סחורה, והוי ע"י היתר תשמיש כשואל, ודאי לשיטת התוס' הוה לוה עלייהו דכיון דע"י היתר שמוש דיליה הוי חייב באונסין הוה לוה עלייהו, ואם בא לתבוע המפקיד אינו מחזיר אותן המעות ומצי להחזיר לו דמים אחרים, וכיון דהוי לוה תו מהני מחילה דיליה דהוי כמו בכל חוב דעלמא דמועיל לשון מחילה, ולפ"ז אתיא ההלואה עם המחילה בבת אחת, וכיו"ב מצאנו רבות גיטה וידה באין כאחד, ושה"ש עם ההקדש באין כאחד, כיון דע"י המחילה הוי הלואה ונסתלק מעל הדמים האלה וא"צ להחזיר הנך מעות אף אם איתנהו בעין תו מועיל שפיר לשון מחילה ודוק:

ופירוש דברי התוספות דאין ה"נ דהיתר תשמיש מחייבא באונסין לרב הונא ורב יוסף דסבר כוותיה [לשיטת רבנן בתוס'] דלא גרע משואל, רק משום חיוב דאונסין לחודא לא הוי מעל המפקיד דהוי כמו לא בקע בו, דאם מצי המשאיל לחזור בו אע"ג דחייב

באונסין מ"מ לא מעל, רק להנך דמחייבי באונסין ע"י היתר שמוש ממילא הוי לוה ואף אם איתנהו להנך זוזי בעינייהו לא בעי למיהדר ומצי יהיב אחריני תחתייהו, וטעמא דמלתא דהמפקיד אסוחי לדעתיה מהנך דמים וקיימי ודאי לשימוש כיון דאף אם לא ישתמש בהן מתחייב באונסייהו לכן ודאי יהנה מהם והוי לוה עלייהו ולהוצאה ניתנה ככל הלואה, אבל למ"ד דהיתר שמוש לא מייתי חיוב אונסין א"כ כיון דלא מתחייב באונסייהו לא קיימי כולי האי לשימוש כיון דאם ישתמש בהן ודאי יתחייב באונסייהו, ולא אסוחי דעתיה דמפקיד מהנך זוזי וברשותו דמפקיד קיימי, וז"פ. ולא הוצרכתי לזה רק להוציא ממה שראיתי להרב מחנ"א הלכות שומרין סי' כ"ח שהבין בדברי תוספות דהיתר שמוש לא מייתי לחיוב אונסין רק דבמעות הוה לוה בדמי אבידה וחילק בין חפץ למעות יעו"ש שנדחק בהא דהשואל קורדום טרם שבקע בו דאמאי חייב באונס יעו"ש. ולא ידעתי מי הביאו לכך, דרבותינו לא כתבו רק דחיוב אונסין הוי סיבה להיות לוה בהנך דע"י שמוש דילהו להוצאה קיימי וכמש"ב, אבל ודאי דהיתר שמוש מייתי לאונסין להתחייב ודאי מפורש בתלמודין בדמי אבדה ולרב הונא במפקיד אצל שולחני, ולשיטת הראב"ד שבארתי כל היכי דיהיב לו רשות להשתמש בהדיה ודאי דהוי שואל אף בחפץ שהפקיד אצלו דהוי כדמי אבדה דסמכא דעתיה להשתמש בהן וכמש"כ הרשב"א הביאו הב"י סימן ע"ב ודוק היטב:

הלכה ה

כשם שמוכר צריך לסיים הממכר כמש"ב כך הנותן וכו':

ההמ"ג כתב בהשגות א"א זה הדרך הולך כו' ואיני יודע איך עלה בזה תירוץ לדברי המחבר כו' א"כ אף אנו נאמר באומר קרקע מנכסי נתונה לך שיקנה המקבל הגרוע כו' עיי"ש. ויתכן דאין ה"נ לפי ההשגות ובאומר לו קרקע אחת מנכסי ומוחזקין אנו בו דלית ליה נכסים אחריני ודאי דהוי דבר מסויים דידוע הדין דנוטל גרוע שבתוכן וכמאן דסיים דמי, אבל באין לו חזקה חוששין אנו שמא יש לו נכסים במקום אחר ומי יודע מה הפחות שביניהן ולא סמכה דעת הלוקח, ולכן בכותב נכסיו לעבדו ושייר קרקע לא יצא בן חורין משום דלא קנה הקרקע דהוי דבר שאינו מסויים דבכל חד איכא למימר הוא דשייר, ואי משום דהעבד יטול הגרוע שביניהן ז"א דחוששין שמא יש לו נכסים במדינה אחרת ואין מסויים מי הוא הגרוע שבהן. [ואין ה"נ רב אשי דסבר דבמוחזק שאין לו נכסים אחרים לא חוששין שמא יש לו וגם על השלילה דאין לו נכסים אחרים מועיל החזקה, מוקי כאן טעמא דת"ק דלא יצא לחירות משום כרות גיטא יעו"ש, ולא משום דלא פלגינן דבורא, דא"כ במוחזק דלית ליה נכסים אחרים מאי טעמיה דלא יצא לחירות הא מסויים

הקרקע הגרוע מנכסיו שייר ודוק], אך ההמ"ג לקמן פרק ח' הלכה כ' פירש שרק לקיים המתנה ואף אם עמד לא יחזיר חוששין שמא יש לו נכסים במד"ה ולא לבטל המתנה אם מת ובלא קנין יעו"ש, כן ה"נ שלחוש שמא יש לו נכסים אחרים במדינת הים והוי דבר שאינו מסויים דאינך יודע מי הגרוע שבהן אין חוששין ויש לחלק, אולם בל"ז אינו מחוור משום זה לקרותו לאינו מסויים אחרי כי ידוע לנו הדין דנוטל פחות שביניהן, רק חסר גלוי מילתא אם יש לו נכסים במקום אחר משום זה לא הוי דבר שאינו מסויים, ומשום זה יפה כתב הרב המגיד, ועיין מגדול עוז שחילק בין קרקע לשדות יעו"ש ודבריו מחוורין ודוק:

הלכה ח

וכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואינו צריך לכפול התנאי כו':

הרב במשל"מ נסתפק בתנאי דלשעבר אם מתנה על דבר שעבר אם בעי כפילות, דאם הוא באופן שמתנה, המעשה קיים מעכשיו ועדיפא טפי מתנאי דמעכשיו, והעיר מהך דאמר לר"מ בעי תנאי כפול בסוטה אף ע"ג דאם שטית הוא ענין שלעבר, וזה כבר ישבתי דלר"מ לטעמו דאמר בפרק מי שאחזו בברייתא דהר"ז גיטך ע"מ שתשמשי את אבא, אף עפ"י שלא נתקיים התנאי ה"ז גט, לפי שלא אמר אם לא תשמשי כו' יעו"ש וע"מ כאומר מעכשיו דמי ואפ"ה בעי כפילות, א"כ ה"ה בתנאי דלשעבר, רק אנן קיי"ל במעכשיו דלא בעי תנאי כפול וה"ה בתנאי דלשעבר, ומצאתי לאחרונים ובראשם הבני אהובה שהקדימוני בזה:

אולם ראיה עצומה דבתנאי דלשעבר לא בעי לכפול מהך דתנן בפרק מי שמת האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ואם נקבה תטול מאתים יעו"ש, וא"כ קשה באם אמר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה הא לא הוי תנאי כפול ובשלמא למאי דהוי בעי לאוקמי דאמר לכשתלד דיזכה העובר לכשיולד ויצא לאויר העולם, א"כ שפיר דלא בעינן בהא דיני תנאים, דהא המעשה אינו נעשה אלא אח"כ וכמו שאמר בירושלמי כל לאחר לא בעי דיני תנאים והביאו במלחמות ביצה פ"ב, אבל למה דמסיק דהזכיה הוא תיכף שכשהוא עובר הוא זוכה, א"כ הלא בעינן דיני תנאים שאם יולד נקבה אינו מזכה להעובר, והא כאן "אם" קאמר ובעי משפטי התנאים, וע"כ משום דאיהו הוי תנאי שלעבר, דאם הוי זכר כבר הוא זכר בעודו בבטן אמו, ואם היא נקבה נתבטלה הזכיה מעיקרא ולא בעי ת"כ. ואי קשה הא דמקשה שם ולימא ליה רבי מאיר היא דאמר אדם מקנה דבר שלב"ל, הא לר"מ בעי ת"כ אף בתנאי דלשעבר ובמעכשיו, אולם זה ניחא דאי משום כפילות הא קאמר ולוקמא דאמר לכשתלד, רק רב הונא לטעמיה דאף לכשתלד לא קנה, וא"כ קשה

לוקמא דאמר לכשתלד ואי דהוי דבר שלב"ל לוקמא כר"מ ומשום כפילות לא בעינן דכל לאחר לא בעינן דיני תנאים, וכיון דאמר לכשתלד הוי לאחר דאז ינתן לו ויקנה ע"י השטר אם לא נתקרע עד שתלד עיין רא"ש ודוק. [ועיין ברכות (דף ס) ומי מהני רחמי עיי"ש דזה ענין שלעבר אף קודם ארבעים] ובאמת אין לי במה לדחות ראיה זו, רק לפי מה שפרשו רבנן קדמאי הך משנתנו בשכיב מרע, ולפי מה שהעלה מוהר"מ אלשיך הביאו המהרי"ט בתשובה חו"מ סימן מ"ח, דכמו שמתנתו לא בעי קנין דדבריו ככתובים וכמסורים דמי כן הוי בתנאי, וכיון שע"ז האופן אינו רוצה וכל קנייתו הוא רק כדי שלא תטרף דעתו, ואטו יתקנו חכמים מפני שלא תטרף דעתו דיהיה בכל אופן מתנה אף באופנים שאינו רוצה, וזה דבר נאות מאוד, וכן יש לומר דהוא מקנה ליה לכשיולד כיון דבשכ"מ קא מיירי ואביו דעתו קרובה אצל בנו ומזכה, וא"כ הוא ככל לאחר דלא בעי דיני תנאים, אך רובא דרבוותא פירשו דמשנתנו מיירי בבריא עיין לקמן פרק ח' ה"ה ודוק:

ומזה נראה לדעתי לפשוט מה שחקר השער המלך בדין אסמכתא דאם מתנה על ענין שעבר אם הוי אסמכתא, מלבד מה דהשיגו עליו מסוגיא דזה בורר דתלי לה הגמרא בהך דר"י אמר ר"ט הריני נזיר אם יש בכרי הזה מאה כור ונגנב כו' שלא ניתנה נזירות אלא להפלאה, אלמא במידי דהוא מתנה על ענין שעבר לא גמר ומקני יעו"ש, תמוה מאוד מהך דחקרו רבנן קדמאי ובראשם הר"י בן מיגש על משנתנו דאם ילדה זכר יטול מנה דהוי אסמכתא, עיין להרהמ"ג פרק ח' הלכה ו' מה שהעתיק דברי הר"י בן מיגש, ועיין נמוקי יוסף בשם רשב"א וריטב"א והרא"ה שעמדו כולם דהוי אסמכתא, אף ע"ג דתמן הוי ענין שלעבר דאם זכר הוא כבר היה בבטן, חזינא דאסמכתא איכא אף בתנאים שלעבר, ולפלא על הרב שעה"מ שהוא בעצמו הביא קושיא זאת מהב"י, ולא הרגיש דהוי ענין שלעבר דהוא מזכה להעובר אם הוא זכר, ולדונו לכף זכות אמינא דהתם אם תלד דוקא הא אם תפיל לא יזכה, א"כ זה תנאי דלהבא, אבל זה בדותא, דלזה לא צריך כלל תנאי רק אם תפיל תו ליתלעובר זכיה, דדוקא אם יולד והיה בן קיימא אית ליה זכיה, משא"כ אם תפיל [עיין מש"כ בהלכות נחלות] וא"ת אין זה תנאי כיון שלא מצי להיות הזכיה באופן שהוא נפל ואיננו נשלל מסיבת התנאי ודוק:

הלכה י

האומר לחבירו שור זה אני נותן לך במתנה ע"מ שתחזירהו וכו':

בהמ"ג ויש לדקדק בע"מ שתחזירהו ולא אמר לי והמיתו והחזירו כו' או דילמא מת לאו חזרה הוא. הנה דבר זה נפשט מפירוש הריב"ם בתוס' ב"מ צ"ז ד"ה זיל שלים ליה

נרגא מעליא, דר"א דסבר שמין לגנב ולגזלן דהפחת שנפחתו השברים והנבילה משעת מיתה ושבירה עד העמדה בדין המה של בעלים וע"כ סבר דשנוי לא קני יעו"ש, א"כ הא הגמרא אמר בפרק הגוזל עצים דגזל בהמה והזקינה עבדים והזקינו אם שינוי לא קני מצי אמר הרי שלך לפניך, וז"ל הגמרא, ואי ס"ד סבר ר' מאיר שנוי במקומו עומד אפילו בהמה נמי, א"כ כיון דסובר דשנוי לא קני ולפיכך הפחת שפיחתו אחרי השבירה והמיתה הרי הן של בעלים, אמאי לא אמר על בהמה שמתה הרי שלך לפניך ומקיים בזה והשיב את הגזילה אשר גזל מ"מ [וכמו שאמרו ריש פרק הגוזל ד"ת גזילה המשתנית חוזרת כו' אשר גזל מ"מ] ועל כרחין דדוקא בהמה שהזקינה דהיא בעינא אבל לא מתה אם כי נשאר הנבילה של בעלים אינו מקיים והשיב את הגזילה רק כנגד דמי הנבילה, אבל מתה לגבי בהמה חיה אינה השבה כלל והוי כאילו השיב מקצתו או השיב עורה לבד למ"ד דשינוי לא קני ונפשט ספיקו של הרב המגיד דמתה אינה השבה כלל וכן כתב המשל"מ בפשיטות, ויעוין בדברי המאור בפרק הזהב דמחלק בין נשרף למת יעו"ש, ומטין דבריו לפן השני ודוק:

פרק ד

הלכה ה

מת ראובן בחיי שמעון יתן המאה לשמעון כו':

בגמ' איכא פלוגתא אם הולך כזכי במתנה והיכי שמת סבר ר"מ מצוה לקיים דברי המת וחכ"א יחלוקו מספקא להו, ופרש"י אי כזכי דמי או לא אי מצוה לקיים דברי המת או לא, וכן בסוף השמועה דמוקי בשכ"מ פירש ג"כ מספקא להו אם שכ"מ צריך קנין והיכי דמית מספקא להו אי מצוה לקיים כו'. והנה במשל"מ הלכות מלוה ולוה פ"ד עמד בזה דס"ס לא מהני להוציא ממון אף במקום דע"י ספק אחד היה הדין דיחלוקו, ונ"ל דשאני כאן דכבר עמדו בתוספות למה לן תקנת שכ"מ הא מצוה לקיים דברי המת, והמחוור מה שתירץ במרדכי ובפסקי תוספות פרק מציאת האשה והובא בשו"ע סימן רנ"ב בהגה"ה שמצוה לקיים דברי המת כופין את היורשים אבל המקבל לא זכה בחפץ ואם היתומים נתנו לאחר מה שעשו עשוי יעו"ש, וכיון שכן דאף אם נאמר דמצוה לקיים דברי המת בכ"ז אין החפץ שלהן והמנה עדיין של יורשים רק שכופין אותן לתת ממון שלהן הוא מה שירשו מאביהן לתת להמקבל כצוואת אביהן המת, נמצא דבחזקתייהו קאי אף אם מצוה לקיים דברי המת לכן תו אח"כ כי תאמר דכופין אותם להוציא ממונם להמקבל כיון שמספקא לך בשום צד איך תוכל להוציא ממונם מחזקתייהו, כן נ"ב

לדעתי, ואם היה הס"ס אם הולך כזכי ואף אם הולך לאו כזכי מ"מ מתנת שכ"מ אין צריך קנין וכמסורים דמי בזה אפשר דהוי יהבינן להאדם שנשתלחו לו דלשני הספיקות המה שלו ודוק:

הלכה ו

אבל העו"ג אינו זוכה הואיל ואינו ראוי לשליחות לעולם כו':

פירוש דקטן אינו זוכה לאחרים א"ש משום דלאו בר זכיה הוי לכן אינו זוכה לאחרים דקטן לאו בר דעת שלימה הוא, ואף במתנה דבדעת אחרת מקנה אותו כתבו דזוכה מן התורה נראה שיטת רבינו דזה ג"כ מדין דזכין לקטן דקטן הוי כמו שאינו בפנינו הוא כמש"כ רבינו בהלכה י"א פרק כ"ט ממכירה ויעוין קצות סימן רל"ה בזה, אבל עו"ג דזכה לעצמו אף במידי דחובה כמאן דאיהו בפנינו דמי ודעתו חשובה ככל אדם א"כ מה דאינו זוכה לאחרים ע"כ טעמו רק משום דזכיה מדין שליחות וכיון דלית ביה תורת שליחות לעולם ליכא ביה זכיה ופשוט, ויעוין לח"מ:

הלכה י

המתנה כגט שאין אדם יכול למסור דברים לשליח כו':

עיין רבינו נסים שתמה דאמאי לא מהני אומר אמרו בשטר הא הוי כעושה שליח שלא בפניו ויעו"ש. ונראה דלפי שיטת רבינו דשטר הוי מפי כתבם וכבר פירש התומים (סימן כ"ח) דבגט ושטר קדושין וכל קנין דהעדים גומרים הדבר בחתימתם ואינם לראיה ודאי כתבם עושה לספר מקנה יעו"ש באורך, וכיון שכן דין דספר שיהא ספור לפנינו עצם עדותן וזה מלמד חתימת ידם שמה שחתמו היה בצווי המקנה או הוא או משלוחו שהוא כמותו, אבל כיון דמילי לא מימסרי לשליח אף שאמרו להם שנים שנאמנין מתורת עדות שצוה להם לחתום מכל מקום על דבר שלחתימתן צריך עדות אחריני בזה אינו ספור מתוך חתימתם ונמצא דחתימתם על שעשאן שלוחים שלא בפניהם לחתום וליתן לפלוני ע"ז הוי כמו מפי כתבם לא דין ספר מקנה רק אם מילי מימסרן לשליח אז חתימתן מורה ששמעו מפי שלוחו ולכך לרבינו דפסק דלא מימסרי לשליח הוי מפי כתבם ולא קנה ודוק:

וכן אם אמר לשנים כתבו כו' אלא הן עצמן כותבין:

נ"ב ע"ז הוסיף ראב"ד הוה"ד אם אמר להם תנו לבד יכולין לכתוב ולחתום כמו בגט, ודלא כמו שהועתק בטור עיי"ש בסמ"ע וב"ח שנדחקו בזה, ועיין בתוס' במשנתנו:

פרק ה

הלכה א

הנותן מתנה בין בריא בין חולה כו' שזה מערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן:

פירוש שאם נאמר שמתנה טמורה מועילה יבוא הדבר לידי הפסד שימכור אחר כן מה שנתן כבר ונמצא מפסיד להלוקחין שפלוני יוציא שטר מתנתו וזה ערמה וקנוניא להפסיד אחרים, ויצא לרבינו זה הטעם מהא דכתב בהלכות בשם רב האי גאון והביאו לקמן פרק ט' שכיב מרע שצוה ואמר לא תגלו מתנה זו ולא תודיעו בה אדם אלא לאחר מיתה ה"ז מתנה קיימת כו' שבשעה שהקנה אותה שהוא אחרי מותו הרי אמר גלו אותה, פירוש שכאן תו לא שייך לחוש לקנוניא שיבוא הדבר לידי הפסד שימכרנה לאחרים אחרי שנתן, דא"כ הלא באמת תהא המכירה קונה דכל שעמד חוזר בו חוזר במתנתו בין לעצמו בין לאחר ותהא מכורה לשני, אבל אם אומר שתהא טמורה לאחר מיתה ג"כ א"כ בנו ימכרנה וזה יהא הפסד דבריה לא מצי הדר, והדברים מפורשין בלשון רבינו שבעת שהקנה שהוא לאחר מיתה הרי אמר גלו אותה ופשוט:

ולפ"ז מוכרח דלא כפירוש הלח"מ דבסתמא סבר רבינו דהוי ספיקא ובמטלטלין אם תפס המקבל אין מוציאין מידו היכי דלא א"ל כתבוה בשוקא, דהא כל עיקר שמתנה טמירתא אינה מועלת הוא תקנה שלא יאבד ממון אחרים והוי ספק תקנה, וא"כ צ"ל הדין עם המקבל דהיכי דהוה ספק בתקנה כתבו הפוסקים כן, אך ז"א כיון דחכמים תקנו שמתנה טמירתא אינה מועלת תו כי יהיב מתנה טמורה אמרינן דלאו למתנה איתכוין רק להחניפו במידי דלא הוי מתנה ולהערימו, ורק על תחלת טעמא דמתנתא טמירתא לא הוי מתנה ע"ז אמר רבינו שלא יעשה קנוניא דלא שייך לומר שמחניפו במידי דהוי של המקבל ע"י מתנה זו, בינה זה, ועיין שו"ת רי"ף סימן ח':

הלכה ד

לפיכך מי שהיו הדברים מוכיחין כו':

הנה רבינו הסביר דלא הוי אונס, רק במתנה היכי דמסר מודעא לא בעי אונס, וכאן דהוי כאונס הוי מתנתא טמירתא מודעא לה, אמנם אינו מובן כ"כ מה דהוי זה בגדר מתנה כיון שאיננה רוצית להתקדש בלא שיכתוב לה נכסיו א"כ אישותה הוי הדמים, רק משום דכתב לה נכסיו טרם שקדשה ויכולה היה לחזור הוי כמתנה בכ"ז דחוק למיחשב זה לאונסא דאתיא מנפשיה במתנה רק דהוי כנותן לה ע"מ שתתקדש אליו, אבל כיון

שנתקדשה אין זה דומה למתנה ואונס קצת, ופוק חזי בירושלמי ריש פ' אעפ"י רוצה אדם כו' לקרות חתנו של פלוני כו' יעו"ש. ויתכן לומר דמשום דכתב לה כל נכסיו וזה לא עביד אינש דלא לשייר לנפשיה ואפילו במקום ברתא ומכל שכן עבור קדושי אשה מוכחא דלא גמיר להקנות לכן מתנתא קמייתא הוי מודעא לה, ואולי לזה כוון הראב"ד א"א כגון המעשה שהוא מביא פירוש בכותב כל נכסיו, ולא כדמורה לשון רבינו על שדה אחת, ורק בכה"ג דכתב לה כל נכסיו הוי מודעא מתנתא טמירתא ודוק:

הלכה ו

ב' שטרות שזמנן ביום אחד והן כתובין על שדה אחת בין במכר כו':

הנה בתוספות כתבו זה לשונם, ונראה לרבי דמיירי הכא במתנה או במכר במקום שכותבין השטר כו' והשטר אינו עומד אלא לראיה התם כו"ע מודו דאמרינן שודא דאין צריך התם שיהא ניכר מתוך החתימה איזו קנה תחילה הואיל ואינו אלא לראיה בעלמא, ולכאורה צריך להבין דהא מה דבנתן את הכסף אף במקום שכותבין את השטר, הוא משום דלא סמכא דעתיה ולכן אם פירש אי בכספא איקני קני בלא נתינת השטר, רק כל זמן שלא הגיע שטר לידו לא סמכא דעתיה דלוקח וכיון דמטי שטרא לידיה הלא חל הקנין מעת נתינת הכסף למפרע, וא"כ בשטרא מאי איכפת לן אם אין השטר מוכיח מתוכו מי קודם כיון דאינו אלא לראיה בעלמא, ולכאורה תליא בהך שכתב הכס"מ ריש הלכות מכירה, דיש אומרים דדוקא כי מטא שטר קנין לידיה אז דעתו לקנות בקנין היותר מועיל ושטר יותר מועיל מכסף לפי שהוא גם לראיה, אבל במקום שאין כותבין אלא שטר ראיה קני בכסף לאלתר מצינן לומר דאינו מתכוין לקנות למפרע רק שיהא חל הקנין מעת נתינת השטר, אבל לפי מה שהסכימו שאף במקום שכותבין שטר ראיה ג"כ לא סמכא דעתיה עד שיכתוב השטר, מסתברא דאף אם כותב לו שטר קנין ג"כ למפרע קני מעת נתינת הכסף דמנא לך לחדש מילתא ולומר דכוונתו דוקא על שטר לקנות בו לבדו לא בכסף המועיל, כיון דלענין סמיכות דעת סגי גם בכותבין לו שטר ראיה ואז ודאי קני בכסף למפרע, תו גם בשטר קנין אם נתן לו קני בכסף למפרע מעת נתינת הכסף, וזה אין לומר כלל כיון דלא סמכא דעתיה לקנות עד דמטי שטרא לידיה כן אין דעתו לקנות עד שיבוא השטר באופן שיוכיח מתוכו דלו קא זבין ולא באופן שנוכל לומר דזבין לאחריני, דזה לא מסתברא, דאימת לא סמכא דעתיה דלוקח שלא לקנות את השדה בכסף בלא שטר, משום דמסתפי דלמא קא הדר ביה המוכר, אבל כאן דלגבי המוכר אית ליה שטרא רק דילמא קא זבין בההוא יומא לאיש אחר, ע"ז ודאי לא חייש דלא למיקני שדה בכספא למפרע משום דילמא מפיק לוקח אחרינא שטרא מההוא יומא

ואינו מוכח מי הקודם, דמאי עדיפות יש ללוקח אחריני מלגבי דידיה, ואם נאמר דקני למפרע ודאי דההוא דיהיב כספא ברישא איהו קא קני וכמו שטר שיש בו קנין:

איברא נוכל לומר דאף אם סגי בשטר ראיה לאסמוכי דעתא דלוקח וכי יהיב ליה שטר הודאה לראיה בעלמא תו סמכא דעתיה וקני בכספא אבל לא למפרע רק מעת כתיבת השטר והוי כמו דמפרש בעת נתינת הכסף שיקנה לו הכסף שנותן מעת כי ימטי שטרו לידיה ואז מתחיל קנין כסף דשעבודא דכספא קיים אף כי נתאכלו המעות, הוי א"ש דלכן לא מתחיל הקנין רק מעת כתיבת השטר, אבל לשון הכס"מ מורה דהקנין למפרע מעת נתינת הכסף חיילא וכמש"ב, וגבי עו"ג המוכר שדה לישראל פירש רבינו דעו"ג מדינא מקנה בכסף, רק לכן אמרו דישראל לא קני בכספא שאין דעתו סומכת אלא על השטר [והוי כישראל במקום שכותבין השטר] ושם ודאי לא חל הקנין למפרע, דאם תאמר דחלה קנין כסף למפרע אמאי אם בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקין בנכסי הגר זכה אחרון, הא כיון דמטי שטרא לידיה אח"ז תו קני למפרע עם נתינת הכסף לעו"ג דאז העו"ג עדיין לא נסתלק עד דמטי זוזי לידיה וצריך לקנות הישראל הראשון הנותן את הכסף, ועל כרחין דלא חל קנין כספא למפרע, ויש לחלק בין עו"ג לישראל בכמה אנפי, או דיש לומר דהלוקח לא מתכוין לקנות בכספא רק עם נתינת השטר, ובכ"ז לקנות למפרע בכסף אינו מוחה כיון דמטי שטרא לבסוף לידיה רק אינו מתכוין, ובדעת אחרת מקנה אותו שיטת קדמאי דקונה אף אם אין מתכוין הקונה לקנות ולכן קונה בכסף למפרע דהמוכר מכוון להקנותו בכספא, וזה רק בישראל אבל עו"ג לא חייש שיקנה זה הישראל רק דלימטי כספא לידיה וקא מסתלק תו מארעא, וא"כ לא הוי כדעת אחרת מקנה בכספא דליקני אף באינו מתכוין לקנות, דדוקא בישראל שכ"ז שאין קונה הלוקח לא מסתלק המוכר מהשדה ושפיר מכוון להקנות אותו בכל מה דמצי לקנות אע"ג דהלוקח אינו מכוון לקנות ודוק. וראיתי בריטב"א בקדושין שמסתפק ודעתו נוטה דאין הקנין חל למפרע יעו"ש:

והנה בקנין אם קונה במקום שכותבין את השטר בלא שטר, הנה בחזקה נזכר לעיל פרק א' ממכירה בההמ"ג הלכה כ' ובכס"מ ריש פ"ב שם, ובקנין לא נזכר, וכפי הנראה מספר העיטור קנין וחזקה שוים, וכמו דחזקה מועיל בלא כתיבת שטר כן קנין מועיל אף במקום שכותבין את השטר אף בלא כתיבת שטר, עיין בעיטור מאמר שלישי אגב בהגה"ה יעו"ש, והריטב"א שכתב בקנין אינו מועיל בלא כתיבת שטר משום דסובר בחזקה לא מועיל במקום שכותבין שטר, ובחזקה הדין פסוק בסימן קצ"ב סעיף ט"ז ברמ"א ה"ה בקנין, ואם נאמר דקנין אינו מועיל לחודא במקום שכותבין השטר, וגם

לשיטת ר"ח דבכל שטרי אקנייתא בעי דלימטי שטרא לידיה, בכ"ז ברור דשם קני בקנין למפרע דאם לאחר מכאן הרי הדר סודרא למריה ובמאי ליקני, וא"ש מה דכתב רבינו דבשטר אקנייתא קני הראשון שקדם לו הקנין, דאף במקום שכותבין השטר לשיטת העיטור ג"כ קני למפרע ודוק. עלה בידינו דבמקום שכותבין השטר צ"ב לבאר אם חל קנין כסף למפרע וצ"ע:

פרק ו

הלכה ט

וכן הכותב נכסיו לבניו בין זכרים בין נקבות בין בריא בין שכ"מ כו' אבדה כתובתה ואינה טורפת כו':

כתב ההמ"ג, אבל מש"כ כאן בין בריא [הוא] היפך דבריו שבפי' המשנה והדין הוא בעיא דלא איפשטא כו' ובפה"מ סבר הרב [ז"ל] לומר דהעמד שטר על חזקתו ואינו נפסל אלא בראיה ברורה, וכאן הסכים לאמת דאדרבא היא המוציאה, דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי לב"ה כו' עכ"ד המגיד, והגיד קשות, כי הלא הרב אומר כן הוא הרב אלפסי ז"ל, וז"ל, הלכך מוקמינן כתובה אחזקה ועל הבעל להביא ראיה, וחלילה לומר שכוון היפך האמת. ובאמת נראה לפרש דהאלפסי סבר כפירוש תלמידו הרב אבן מיגש, דבשכ"מ דידעה דהוא שכ"מ ולא יקנה עוד נכסים, ולכך מדלא מיחתה מחלה לגמרי חוב כתובתה אף אם יקנה עוד נכסים. אבל בבריא שסברה דיקנה עוד נכסים ותגבה תו לא מחלה כתובתה לגמרי רק מנכסים אלו שנתן לבניו, וע"ז קא מבעי ליה, וא"כ הכתובה שפיר בחזקתה וגביא מנכסים שיקנה הבעל אח"כ, וכן מפרש הך דרב כהנא דבבריא מיירי, ורב פפי ורב כהנא אינהו בתראי דמספיקא דרבא פסקו דכתובה בחזקתה, הא מנכסים אלו פשיטא לן דמחלה השעבוד לכתובה. ולפ"ז שפיר כתב הרב אלפס דעל הבעל דייקא להביא ראיה דבנכסים שנתן לבניו לא מבעי לן, רק על הנכסים שיבואו אחר כן ליד הבעל ע"ז קא מספקא לרבא, וכיון דהכתובה בידה רק הבעל אומר דמספיקא דילמא מחלה, משום זה לא מפסיד לה כתובה ואינו פוטר עצמו מחיובו הודאי כיון שהיא אומרת שלא מחלה, ודוקא במתו בעליהן עד שלא שתו, דספק שמא זינתה והוי כספק פרעון ובזה לא גביא כתובה, וגם שם הקשו בתוספות הא הוי איני יודע אם פרעתיך, ותירצו כיון שהתורה עשאה ספק אינה יכולה לטעון ברי, וכאן לא שייך לא זה ולא זה דהוי ספיקא אם מחלה אשה בכה"ג, ותו לא משגיחין על דעתה דאפילו אם לא מחלה בשתיקתה דברים שבלב אינן דברים וכמש"כ המהרי"ט בשניות סימן כ' ולא שייך

כאן ברי דהוי כמו ספיקא דדינא, [אח"כ ראיתי מש"כ בזה המהרי"ט ח"א סימן קי"ט], אך יש מקום לומר כיון דהוי רק מתורת מחילה שלה לא מפקינן הכתובה מחזקתה ולא מבטלינן לכתובה בספק שמחלה שברי לה שלא מחלה, אבל רבינו דמפרש כהרשב"ם דמן הנכסים העתידים לבוא ברשותו ודאי לא מחלה, רק מנכסים שנתן לבניו, כיון דאין זה ביטול הכתובה, רק הספק על הנכסים אם מצי מפקא להני נכסים מיד מקבלי מתנה המה בניו, אמרינן דמאן דתפיס תפיס הם בניו, והסברא פשוטה דלהפקיע חיובו בטענת מחילה מספיקא לא מפקיעין אבל להפקיע נכסים מיד המקבל שעל המקבל אין שום חיוב, ובמה דלא גביא ממקבל לא פקע חייב כתובתה מן הבעל מצי להיות דאינה גובה, אבל מפירוש המשנה משמע דמפרש כמו שפירש כאן ובכ"ז כתב דלא מחלה בבריא וגובה כל מה שיש בכתובתה זה לא שמע מן הרב האלפסי לכן אינו לאמיתו וחזר בו רבינו בחיבורו, וא"כ כוון הרב המגיד, לא נגע כלל בכבוד האלפסי לכן לא הביאו ודוק:

נ"ב ובזה שביארנו דהיכא דהחוב נשאר רק ספק הוא אם נסתלק השעבוד מנכסים אלו דמוקמינן בחזקת מאן דתפוס בנכסים מדוייק דברי הגמ' בפרק הכונס דן רב כר' מאיר ופסק הלכה כר' שמעון משום דבדר' מאיר בכתבה לשני דו"ד אין לי עמך כו' דלו יהא דיהי' ספק הלכה כמאן כר' מאיר או כר' יהודא ג"כ דינא הוא דהמוציא עליו הראיה ואבדה כתובתה ולכן אמר דן [דוגמא לזה פרש"י כתובות ו' ד"ה ומי איכא הוראה לאיסור יעוי"ש] אבל מי שאכלה בהמתו פירות גמורים דאין שמין ע"ג קרקע אלא משלם פירות גמורין דזה הוי להוציא ממון בזה פסק הלכתא ואמר צא תן לו דבצדוד בעלמא אין מוציאין ממון אם לא ע"י פסק דין ועיי' רש"י שם וברור.

אולם מצאנו גם לרבינו בחבורו בכה"ג דהיה מגיע לאחד מעות ומספקא לן אם מחיל אינש בכה"ג או לא, פסק דמספיקא לא מפקיעין החוב שהיה לו, והוא במוציא הוצאות על נכסי אשתו דאם אכל מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל, ופליגי בה בלא אכל דרך כבוד חד אמר בכאיסר וחד אמר בכדינר, ופסק בהלכות אישות פרק כ"ג דבכדינר והיינו טעמא שבארנו דמספיקא לא הפסיד החיוב הממון שאין זה ספק פרעון רק ספק שמא מחיל אינש באכילה כזו, לכן פסק דמוציאין מנכסי האשה מה שהוציא כו' וזה מה שפרשנו לעיל בדעת האלפסי, ועיי"ש לשון ההמ"ג, ופסק רבינו כדברי האומר כדינר שלא לחייב את הבעל להפסיד הוצאותיו אלא בראיה ברורה עכ"ל:

וע"פ הקדמה זו יתפרש לן דברי הנמוק"י בסוגיא דסבלונות, ז"ל, אסיקנא דשתיה שוה דינר כאכילה שוה דינר כו' אבל אם אכל שלוחו או שיגרו לבית החתן כו' ולא אכל בבית חמיו בעיא דלא איפשטא ולית לן אלא מאי דתנא במתניתין, א"כ כשאכל הוא דוקא אז

הוא דמחיל כו' שבח סבלונות כו' מהו מי לימא כיון דבשעת נתינה היה דעתו לאכול לא יפרע אלא כמו שהיו שוות כו' וסלקא בתיקו והוי ספיקא דממונא והמוציא מחבירו עליו הראיה הלכך לא יחזירו השבח עכ"ל, כוונתו כשיטת הרב אלפסי דמוקמינן ליה בחזקת חיוב ולא מפסידין ממון של אדם בספיקא דמחילה, דאם אכל או שתה מחיל על סבלונות דיליה, אבל בשבח סבלונות דהוי ספק אם נתחייבה כלל לשלם השבח שהסבלונות בלו, ומעיקרא כשהשביח היה מספקא אם נתחייבה ע"ז באחריות, והמוציא מחבירו עה"ר וז"ב, אע"ג שהנמוק"י פסק כהרשב"ם ורבינו גבי כותב נכסיו לבנו בבריא דהמוציא מחבירו עה"ר, היינו כמו שפרשתי דחיוב הכתובה נשאר כמו שהיה רק על אלו הנכסים מספ"ל ודוק. ועיין חו"מ בש"ך סימן מ"ב ס"ק י"ז י"ח ובט"ז שם, ועיין סי' מ"ג סעיף כ"ה וסימן ס"ה סעיף כ"ג ברמ"א, והעיקר כסברת הט"ז דכל מה דדייקינן מלשון השטר ידו על התחתונה והשובר כשטר, ועיין ביאורי הגר"א שהסכים לדבריו, וכן הסכים מהרי"ט חלק חו"מ סימן קי"ח ד"ה ועוד יש לדון כו' ובכ"מ שבא זה להפטר מכח דבריו אנו הולכין אחר פחות שבלשונות יעו"ש ודוק, ולזה כוון אביי ריש פרק הכותב יד בעהש"ט על התחתונה שכיון שהזכות שלה הוא רק מן השטר, ואפילו רב אשי דפליג [לפירוש התוס'] היינו דשם חזינא דלא נחית לזכות ככל תקנות חכמים ולא ניחא ליה בתקנת חכמים ולא איכפת ליה וכל זכותו הוא רק מתק"ח, אבל בשט"ח שכבר היה חייב לו רק שהגיע לידו זכות במחילת בעהש"ט אמרינן דפחות שבלשונות זה מחל לו ומוקמינן החיוב על חזקתו, וזה אינו שייך לנידון דידן כלל, דהכא הוי ספיקא דדינא אם בכה"ג מחלה כתובתה או לא והיא אומרת שלא מחלה עיין בזה, ואחרי כתבי כ"ז ראיתי מש"כ על דברי הרי"ף האלו הש"ך בספרו תקפו כהן הובא בקיצור לאו"ת סעיף ק"ל ועי"ש, ועיין בתומים סימן מ"ב ס"ק י"א:

ומה שדייק המשל"מ כדברי האבן מיגש מהך דרב נחמן איקלע לסורא כו' בההוא דא"ל פלגא לברת ופלגא לברת ותילתא לאיתתא בפרי, ואין לומר שחלק כל קרקעותיו לבנותיו וחלק הפרי ובהא כלל לאשתו דלא משמע שחלק יותר עכ"ד, דבריו מופלאים, דאי לא חלק יותר מאי פלגא לברת ותילתא לאתתא הו"ל למימר תילתא לכל חדא וע"כ שחלק לבנותיו לחצאין כל נכסיו, ולכן אמר סתמא פלגא לברת בכל הנכסים כו' ותילתא לאיתתא בפרי לחודא, ואף לפי הבנתו לאו ראיה היא מידי, דרב נחמן סבר בכתובות דאם תפסה מטלטלין לכתובה מחיים מהני וגובה כתובתה לאחר מיתה וכמו שפסק רבינו פרק י"ח מהלכות אישות, א"כ ברור דאם תפסה מטלטלין מחיים אף ע"ג דנתנן במתנת שכ"מ גובה מהן דמקבל במתנת שכ"מ הוי יורש לענין גביה וכמו שפסק רבינו

לקמן פרק ח' הלכה ט', א"כ שפיר הוי בעי אם מחלה השעבוד ממטלטלים אלו אם תתפוס אותם מחיים הפירות ולא מהני תפיסתה או לא, וז"ב, ודוק בכ"ז:

הלכה י

ותקנת הגאונים היא [ש]אפילו שייר מטלטלין כל שהוא שהרי היא אומרת ממה ששייר אני גובה ומתוך שתרד למה ששייר תרד לשאר נכסים ותטרוף:

יצא זה לרבינו, דלפי תקנת הגאונים דגובין ממטלטלין דיתמי תו הוי מטלטלי שיור, מהא דאמר אמימר מטלטלין ואיתנהו בעינייהו הוי שיור יעו"ש ושם גובה בלא שבועה, אלמא דטפי מיחדן ברשותה וכפי הנראה לא מצי למכרן דאם מכרו אותן מכירתן בטלה דכפי הנראה דין נכסי צאן ברזל אית להו ובנכסי צאן ברזל אם מכרו יתומים מטלטלים מנכסי צ"ב חוזרת וגובה דדוקא בפרסוה אמיתנא אמר ריש פרק אלמנה לכה"ג דמפקיע מידי שעבוד דהוי כמו קדוה"ג, אבל מכר לא מפקע, ומה שייחד לה בכתובתה ומה שהכניסה לו שום שוין לענין מקח וממכר [עיין הלכות מכירה פרק ל'] וכפי הנראה דממה דפירש רבינו האמור בפרק אף ע"פ ליתנהו בעינייהו שנמכרו ונלקח בהן מטלטלים אחרים, מזה למד רבינו דבעל שמכר מטלטלין של צ"ב מה שעשה עשוי, ועיין פט"ז מהלכות אישות דמוכח דמפרש שייחד לה המטלטלין עצמן וסיים אותן, ואחרי זה נמכרו שלא כדין שלא היה רשאי למכור כמו מטלטלין דצ"ב, ע"ז פליגי אם נוטלתן שלא בשבועה דמסתמא צררי אתפסה, דאל"ה לא היתה מניחה למכור אותן נכסים, וזה דלא כפירוש הרי"ף שהביא רא"ש בשמו שייחד לה מטלטלי דעיסקא, דא"כ שפיר הקשה רא"ש דמ"ט דהני דאמרי בשבועה מ"ש הנך מטלטלי מהנך מטלטלי ובאמת כוונת הרי"ף כרבינו ז"ל, אבל מטלטלין לפי תקנת הגאונים לא מצי לגבות אם מכרו יתומים כ"ז דלא כתב מטלטלין אגב מקרקעי מנא לן דסמכא דעתה אהאי דנימא דמשיירה הא שיירה נמי כל הנכסים לגבות כתובתה ולא מחלה שעבודא מנכסים אלו, דילמא זה לא חשיב שיור כיון דאין יכולה לגבות מלקוחות, ואף מדין מזיק שעבודו של חבירו לא מציא גביא מיתומים כפי הנראה מדברי רבינו, ועיין חו"מ סימן ק"ז סק"ח בזה, ועל כרחין דמחלה שעבודא מנכסים אלו לגמרי ודינו של רבינו צריך ראיה:

ואולם יתכן דכפי מה שפירש רבינו דהאבעיא בגמרא בבריא מהו מי אמרינן בשכ"מ הוא דידעה וקא מחלה אבל בבריא סברה הדר קני ואגבה מהם וכיון דשיירה מה דקני וחוזרת עליהן תו חוזרת גם על הנשארים אלמא דמה דקנה אחרי זה מיחשב שיור ואיהו סבר דכתובה כמו שאינו גובה מהשבח כן איננה גובה מן הנכסים דנשתעבדו מדין דאקני והוי כשבח ואם מכרו מכירתן מכירה כמו שחידש הש"ך סימן קט"ו ס"ק ל"ב, הוא הדין

דמטלטלין לפי תקנת הגאונים הוי שיור אולם כבר השיגו עליו, ולכן נראה דסבר רבינו דבבריא ג"כ אמר אמימר דמטלטלין דכתיבי בכתובה ואיתנהו בעינייהו הוי שיור ואיהו סבר דהבעל יכול למוכרן בדעבד וא"כ כל הכתובה הוא שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, וא"כ איך סמכא דעתא על הנך מטלטלין, ומזה למד דלפי תקנת הגאונים מטלטלין הוי שיור ואזיל לטעמו דבעל שמכר מטלטלין של צ"ב מכרו קיים ודוק היטב:

הלכה יב

הרוצה להנשא וכתבה כל נכסיה בין לבנה בין לאחר כו':

לפי מה שפירש הרא"ש וכמה מרבוותא במתנת שכ"מ ובקנין דחיישינן שמא יש לו נכסים במדינת הים, דכיון דמתנה גמורה היא, אלא דמשום אומדנא לא אמרינן אלא היכי דבריר לן בודאי דהוי מתנה בכל נכסיו, אז אם עמד חוזר, אבל היכי דמספקא לן לא אמרינן אומדנא, א"כ נראה דבמברחת דאומדנא דיליה קלישא, דהא רבא סבר במברחת למימר דבמקום ברתה לית כאן אומדנא דאימור מתנה לגמרי יהבה לה, אף ע"ג דבשכ"מ אין חילוק ודאי משום דדעתה לאינסובי ויהיה לה מזוני מבעל וכתובה, כש"כ דחיישינן שמא יש לה נכסים במד"ה ולא מבטלינן מתנתא דילה, אם לא במוחזקת דלית לה נכסים עוד יותר, אבל להנך טעמים שפירשו שאר רבוותא לא שייך כאן. ונראה דבפרק מי שמת (דף קנא) אמיה דרב זוטרא ב"ט כתבינהו לנכסה כו' אפילו למ"ד מברחת קניא כו' והא לא פליגי ביהבה כל נכסיה, אלא טעמא משום דחיישינן שמא יש לה עוד נכסים במד"ה ולכך אי לא גליא דעתה הוי מתנתה מתנה ודוק:

הלכה יג

כל הנותנין כל נכסיהן כו' אין המקבל מתנה מחזיר פירות כו' ה"ז אוכל פירות כל זמן המתנה כמו שבארנו:

נ"ב הוא לעיל פ"ג הלכה ט', ומפורש הוא במי שמת שם, גבי אימיה דרב זוטרא אפילו למ"ד מברחת קניא כו' אבל הכי גלי דעתה כו' והא אינסבה ואיגרשה, מוכח דוקא מעת הגירושין בטל המתנה וצריך להחזיר הפירות מעת הגירושין, אבל קודם הגירושין המה של מקבל מתנה ולפירותיהם לא מיהדר דמה שאכל קודם הגירושין שלו קא אכיל וקרוב לזה פירשו הקדמונים:

הלכה כא

השולח סבלונות לבית חמיו בין מרובין כו' בין שאכל שם סעודת אירוסין כו':

רבו החולקים עליו ופסקו כמשנתנו דאם אכל שם סעודת אירוסין ובמשנה כתוב סעודת חתן, אפילו שלח מאה מנה אינן נגבין לא אכל הרי אלו נגבין, ודוקא בעשוין

לבלות כמו מעות ופירות ומיני מאכל יעו"ש לקדמונים, אך לא הוזכר בכולם דהמשנה דקדקה סעודת חתן מוכח דאם אכל שם סעודות אחרים אז הן נגבין כאילו לא אכל, והא דמייתי הך דר"י א"ש ורכב בשמחתו והלך ועמד על פתח ב"ח והוציאו לו כוס חמין, היינו משום דהלך לשמוח ולאכול סעודת חתן, אבל אם הוא היה קרוא בשביל סעודה אחרת שעשו בבית חמיו אז נגבין, וזה ביאור התוספתא ז"ל, השולח סבלונות לבית חמיו ואכל שם שבועי בנים או דברים אחרים, פירוש סעודות של שבועי בנים שלשבוע הבן היו עושים סעודה גדולה כדאמר פרק מרובה (דף פ) ופרק אחד ד"מ (ל"ב) יעו"ש, או סעודות של דברים אחרים מה שאכלו אכלו, מה שאכלו באותן סעודות אכלו והסבלונות קיימות במקומן שהן נגבין וכאילו לא אכל ודוק:

הלכה כג

חזרה היא בה כו' וכבר הסכימו הגאונים שאם היו דמי מאכל ומשקה [**שוה**] **ו' משתלמת ד' אם חזרה בה**:

צ"ע קצת דאימתי מצאנו דמי בשר בזול דוקא היכי דעל ההיזק פטור רק על הנאה חייב שנהנה מן ממון דחבריה, לכן משלם דמי בשר בזול דאימור איתרמי ליה בזול ולא ניחא ליה למיכל אדעתא דלשלם אם לא דיהיו בזול הרבה וזה עד תילתא, ולכן ברה"ר דפטור על נזקי שן ורגל רק משלמת מה שנהנית שפיר משלמת דמי בשר בזול, וכן בהניח להן אביהן פרה שאולה דשחטוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול משום דפטורין משום אדם המזיק דאונס גמור הוא ורק על הנאה חייבין לכן אין משלמין רק דמי בשר בזול, וכן כתבו רבנן בתוס' במפורש ריש פרק המניח, ובקרא דמשלם דמי בשר בזול ליתמי דפשע פירשו רש"י ותוס' טעמייהו שם בפרק המפקיד, אבל כאן כיון דהורו רבוותא שאפילו מה שעשה החתן סעודה לרעיו ג"כ משלמת הכל כדין כל גרמי, א"כ צריכה לשלם לו לא מה שנהנית רק מה שהזיקה וצריכה לשלם כפי מה שהיה שוה המאכל ואמאי משלמת דמי בשר בזול, ויש לומר דמאן אמר דמשלמת דמי בשר בזול רב הונא בריה דר"י, ואיהו סבר פרק המניח (דף לג) דהשורף שטרות של חבירו ומזיק שעבודו של חבירו דפטור ולא סבר דינא דגרמי אבל רבינו דפסק בהא דחייב כמבואר פרק ז' מהלכות חובל ומזיק ועיין במגיד הי"א, א"כ אמאי משלם דמי בשר בזול וצ"ע:

הלכה כד

הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה כו' וחזרה בה משלמת הכל שהרי גרמה לו לאבד ממון וכל הגורם לאבד וכו':

ובהשגות א"א כו' וזאת הגרמא דומה לזרעוני גינה ולא צמחו שאינו משלם לו ההוצאה

כו'. והנה הב"ח כתב דבזרעוני גינה היינו טעמא דאימור לרפואה זבין וכיו"ב, וכל המעיין בסוגיא דריש המוכר פירות יראה דזה פלוגתא שניה בפירות שאינן נאכלין כלל רק לזריעה הן עומדים יעו"ש, ועוד דרבינו כתב פרק ט"ז ממכירה ואם הודיעו שהוא קונה לזרע חייב באחריותן והשוה שם לכל הני דאמר לעיל תמן חייב באחריותן ומחזיר לו הדמים שלקח ממנו כו', לכן הנראה לנו לדון כן ע"פ מה שנודע מה שחילק הר"י הזקן בפרק לא יחפור והרא"ש הביאו באורך בפרק הגוזל עצים סימן י"ג דאם בעת המעשה נעשה ההיזק נקרא דינא דגרמי, אבל היכי דלא בא ההיזק מיד כמו שסה בו הכלב עד אחר השסוי לא ישיך, וכן השולח ההבערה בשעה שנתן לחרש אינו מזיק, א"כ תמן במוכר זרעוני גינה לחבירו ולא צמחו, א"כ אין ההיזק בא מיד רק לכשיזרע, ועדיפא טפי מהמוכר זרעוני גינה שאינן ראוין לזריעה, וכהך ששנינו בתוספתא הלוקח קנקנים ונמצאו פינוסות כו' שלא בא ההיזק עד שיעמיד בהם היין, אבל כאן שאימת בא ההיזק כשחזרה, דאז נעשה כאילו כל הממון שהוציא הלך לטמיון כיון שבטל האירוסין והשדוכין, א"כ בחזירתה בא ההיזק תיכף לכן חייב, וכאן שבעל הממון עושה אותו כו"ע מודו דבהא תלוי. אחר כך ראיתי בחו"מ סימן י"ד סעיף ה' ובביאורי הגר"א אות ל' בליקוט, ולכאורה התם עדיפא טפי מהכא שע"פ סירובו הוצרך להוציא הוצאות בערכאות של עו"ג, ובכ"ז סתם המחבר באהע"ז כדברי רבינו, כש"כ תמן דחייב לשלם, אבל לפי דברינו א"ש, תמן ההיזק אינו בא מיד וכאן ההיזק בא בשעה שהיא חוזרת, ופשוט, אח"ז ראיתי שהרגיש קצת בזה הט"ז באהע"ז:

פרק ז

הלכה טו

ולא נאמרו דיני (ה)**שושבינות אלא במעות בלבד**:

נ"ב הרשב"ם פירש באופן אחר, ולזה כוון ההשגות, וכן כתב הטור אהע"ז סימן ס' יעו"ש:

פרק ח

הלכה ז

אע"פ שהפילה או מת הבן:

פירוש אף ע"ג דמת הבן או הפילה קודם מיתת השכ"מ הנותן אף דאין המתנה חלה רק לאחר מיתה ואז כבר מת הבן, מכל מקום כיון דבעת הצואה היה חי הבן או אשתו

מעוברת הוי כאילו נתרפא החולה בינתים שאפילו נפל לחולי אחר ומת ג"כ המתנה בטילה וכמש"כ לקמן סוף פרק, ולכן לא דמי להך שהבאתי גבי נדר מירושלמי בפרק ב"ש הלכה ג' יעוין מש"כ בחידושי להלכות נדרים פרק ח' הלכה ב' ואכמ"ל:

הלכה ט

לפיכך מוציאין לכתובת האשה:

עיין פרק י"ט מאישות יתבאר לך דעל דין כתובת בנין דכרין קאי, אמנם כאן יש מקום לפרש לכתובת האשה שהיא גובה בחייה, ואי דא"כ אף ממשועבדים טורפת, זה אינו דיתכן דכוון למטלטלין דפרשו בתוס' יבמות דגובה אשה כתובה ממטלטלין של מתנת שכ"מ, ודוקא לפי תקנת הגאונים דאשה גובה כתובה ממטלטלי דיתמי או בכתב לה בפירוש בכתובה מקרקעי ומטלטלין כמש"ב רבינו פרק י"ז מאישות דאז גובה ממטלטלי דיורשים, הוא הדין דגובה ממטלטלין של מתנת שכ"מ וכמש"ב תוספות שם (דף צט) ד"ה כתב כל נכסיו לבנה יעו"ש, ולפיכך שייר כאן כתובת בנין דכרין דסובר בפרק א' מאישות דבכתובת ב"ד לא תקנו רבנן בתראי למיגבי ממטלטלי יעו"ש בהלכה ז', וזה נכון:

הלכה יד

שכ"מ שכתב כל נכסיו מתנה סתם ולא שייר כלום כו' ובהלכה י"ז אבל אם נתן לו המקצת בפירוש במתנת שכ"מ שאינו אלא לאחר מיתה א"צ קנין כו':

הנה היכי דנתן לאחד מקצת נכסים במתנת שכ"מ בפירוש במצוה מחמת מיתה, דבזה הלא היכולת בידו לחזור ואחר זה נתן שאר נכסים לאחר במתנה בקנין, אם אמרינן דכיון דהרשות בידו לחזור במתנה הראשונה תו הוי מתנה שניה כדין מתנת שכ"מ במקצת שאין כאן אומד דעת שנאמר שלא נתן זה הכל אלא שנתכוין שלא יקנו כלום רק לאחר מותו, דהא שייר כדי פרנסתו ומאי שייר המקצת נכסים שנתן להראשון במצוה מחמת מיתה, דאם ישאר בחיים יהא לו המתנה הראשונה דמצי הדר ביה, או כיון דכל זמן דלא הדר ביה אין כאן שיור נכסים לעצמו הוי כמתנת שכ"מ בכולה דאף אם קנו מידו חוזר. והנה בשיטה בפ"ק דב"מ הקשה דאמאי לא מוקי הא דתני בדייתיקאות אע"פ ששניהם מודים לא יחזור בנותן מתנה בשדה אחת דהוי מתנה במקצת במצוה מחמת מיתה דבזה לא יחזור דחיישינן שמא נתן שאר הנכסים לאחרים בקנין ואיהו לא יהיב השטר מתנה במקצת דנמלך ולא יהיב, וא"כ הוי לשאר הנכסים דין מתנת שכ"מ במקצת ולא מצי הדר ביה לכן אומר ליתן המתנת שכ"מ במקצת לראשון דמניה נפל ותו כי נפיק שטרא לשאר נכסים דיהיב ממקבל מתנה הוי מתנת שכ"מ בכולא ומצי הדר ביה ולכן לא יחזור

[וסובר השיטה דאע"ג דמצי לחזור מהראשון מכל מקום לא הוי שיור להמתנה אחריתי ודין מתנת שכ"מ בכולא איתא להך שטרא בתרא יעוין]:

אמנם נראה דלק"מ, דלפ"ז אמאי לא יחזור ואי דחיישינן להך חששא מה יועיל אם תאמר דלא יחזור אכתי מספקא לן אי נפיל מראשון ותו הוי מתנת שכ"מ בכולא ומצי הדר ביה ומוקמינן לממונא בחזקת מריה ולא זכי מקבל מתנה דבספיקא אמרינן דמצי הדר ביה. ואולם הא חזינא גבי מצא שובר דפריך ליחוש דילמא כתבה ליתן בניסן כו' ואזלא וזבנתה לכתובתה כו' ומפיק ליה לשובר אע"ג דאם לא מהדרינן ג"כ לא יוציאו הלוקחים קרקע המיוחדת לכתובתה דמספיקא דילמא כבר מטי שובר ליד הבעל טרם שזבנה לכתובתה תו מוקמינן לנכסים בחזקת מריה, וצ"ל דאעפ"כ דאם לא יחזירו ויהא השובר מונח יתברר האמת שלא מטי לידיה טרם דמכרה הכתובה, א"כ הכא ג"כ נימא הכי דאם תאמר דלא יחזיר ויהא השטר מתנה מונח יתברר דלא מטא לידיה טרם שנתן השאר נכסים להמקבל וכנ"ל. ונראה לדעתי דשם גבי שובר במה שתאמר דלא יחזירו השובר אין אתה מפסיד את הבעל דגם אם לא תחזיר השובר לא יגבה הלוקח הכתובה לכן צריך למיחש לחששא כי האי, אבל כאן במתנת שכ"מ במקצת במצוה מחמת מיתה איך תאמר דלא יחזיר השטר ליד המקבל מתנה בשהנותן מודה ויפסיד את המקבל מתנה עבור חששא כי האי דשמא יהיב שאר נכסים לאחר, דאף אם תאמר דלא יחזיר ג"כ יפסיד המקבל מתנה שאר נכסים והבעלים מצי הדר ביה וכדפרישית, ואי דעל ידי דלא יחזיר אימור יתברר הדבר דשקר בפי הנותן והשטר ראשון לא מטי לידיה דמקבל והוי מתנת השני מתנת שכ"מ במקצת בקנין דלא מצי לחזור בו, אי משום זה דאימור יתברר הדבר לזה להפסיד בעל השטר זה לא אמרינן, דדוקא בכתובה דאף אם לא יחזור ג"כ לא יפסיד הבעל דהלוקח כתובה בזמן מאוחר להשובר לא יהא מצי לגבות מהבעל מספק לזה אמרינן דכמה דמצי לתקן מתקנינן אבל כאן להפסיד המקבל מתנה עבור זה לא מפסדינן, וזה פשוט לדעתי:

הלכה טו

שייר כלום לעצמו בין קרקע בין מטלטלין ה"ז מתנה במקצת וסתמא כמתנת בריא כו' שמתנת שכ"מ במקצת צריכה קנין וכו':

המבין יבין דכוונתו שאם לא עמד ומת מ"מ צריכה קנין ואינה כלום בלא קנין, וא"כ תמוה דברי ההשגה א"א ואם שייר צריכה קנין כי בלא קנין אינה כלום מה הוסיף על דברי רבינו, לכן נראה לדעתי, דההשגה צריכה להיות לקמן הלכה כ', ששם כתב רבינו ש"מ שנתן הנכסים שהדבר גלוי שהן כל נכסים שיש לו הר"ז מתנה במקצת ואם קנו

מידו ועמד אינו חוזר חוששין אנו שמא נשארו לו נכסים אחרים במד"ה, וחשב בדעתו של רבינו דדוקא ליפות כח המקבל אנו חוששין הא בלא קנין אם מת אמרינן דהמתנה קיימת וכן פירש ההמ"ג, ובפרט לטעמא שפירשו מדלא נהג ככל שכ"מ והקנה בקנין מוכח דיש לו עוד נכסים, ודאי דבלא קנין המתנה קיימת אם מת, וכן דעת ה"ר יונה בעליותיו, לכן השיג וכתב ע"ז, ואם שייר צריכה קנין כי בלא קנין אינה כלום, וזה הוספה ללשון חוששין אנו שמא נשארו לו נכסים אחרים במד"ה, ע"ז צ"ל ואם שייר צריכה קנין כו', וכן פסק הטור, וטעמו דסבר כמו שהביא הרמב"ן בשם האב ב"ד דמדאמר שדה פלונית ושדה פלונית כו' לפלוני ולא אמר כל נכסי מוכח דיש לו עוד נכסים ועיין נמוק"י לכן אם מת המתנה בלא קנין בטילה ודוק:

והנה לטעם שהבאנו מהרשב"א מדלא נהג ככל שכ"מ שקונה בדיבור משמע שיש לו נכסים אחרים, הקשה המשל"מ לקמן פרק ט' מהא דתנן לא כתב בה שכ"מ הוא אומר שכ"מ הייתי והן אומרים בריא היית כו' וע"כ בדקנו מיניה דאל"כ כי היה בריא אינה כלום, וכיון שלא נהג ככל שכ"מ וקנו מיניה נימא דודאי בריא היה, ובמחכ"ת אינה קושיא כלל, דשם דמיירי במוחזק לן דלית ליה נכסים אחרים או שאמר כל נכסי, וא"כ אדרבא אימא אפכא מדחלק כל נכסיו ובריא לא יהיב כל נכסיו ואומדנא דא חזקה טובה ואלימא טפי, דאשכחן גבי מברחת דמשום אומדנא דלא שביק לנפשיה ויהיב לאחרינא אמרינן דלהבריח הוא עושה, וכל שכן דצ"ל דשכ"מ היה ויהיב לכולהו נכסיה לאחר מיתה ולכן המוציא מחבירו עה"ר, ואם בנותן מקצת וטוען דהיה מצוה מחמת מיתה, ע"ז ודאי דלא שייך שלא נהג ככל שכ"מ, דבהא לא בקיאי אינשי דבמצוה מחמת מיתה לא בעי קנין, דהא ר"ה בריה דר"י אמר דצריכה קנין במצוה מחמת מיתה, אף ע"ג דבהא לא פליג ארב נחמן דקנו מידו במצוה מחמת מיתה אם עמד חוזר ודוק:

וצ"ע אם טעם הרשב"א שייך במיפה כחו בקנין, דאפשר דהוא קאמר היכי דלא יפו כחו וסבר כרבנן בתוספות דקנין חזקה בלא כתיבה אינו צריך יפוי כח, והא דמקשה הגמרא על ר"נ מלא שייר קרקע כ"ש אין מתנתו קיימת, משום דמוקי בלא יפוי כח בכל גוונא ודוק. ועיין תוספות (דף קנב) ד"ה מתנת שכ"מ ובתוס' כתובות (דף נה:) ד"ה מתנת בשם ריצב"א יעו"ש והבן:

הלכה יז

שכ"מ שכתב כל נכסיו מתנה סתם ולא שייר כלום כו' ובהלכה י"ז אבל אם נתן לו המקצת בפירוש במתנת שכ"מ שאינו אלא לאחר מיתה א"צ קנין כו':

הנה היכי דנתן לאחד מקצת נכסים במתנת שכ"מ בפירוש במצוה מחמת מיתה, דבזה

הלא היכולת בידו לחזור ואחר זה נתן שאר נכסים לאחר במתנה בקנין, אם אמרינן דכיון דהרשות בידו לחזור במתנה הראשונה תו הוי מתנה שניה כדין מתנת שכ"מ במקצת שאין כאן אומד דעת שנאמר שלא נתן זה הכל אלא שנתכוין שלא יקנו כלום רק לאחר מותו, דהא שייר כדי פרנסתו ומאי שייר המקצת נכסים שנתן להראשון במצוה מחמת מיתה, דאם ישאר בחיים יהא לו המתנה הראשונה דמצי הדר ביה, או כיון דכל זמן דלא הדר ביה אין כאן שיור נכסים לעצמו הוי כמתנת שכ"מ בכולה דאף אם קנו מידו חוזר. והנה בשיטה בפ"ק דב"מ הקשה דאמאי לא מוקי הא דתני בדייתיקאות אע"פ ששניהם מודים לא יחזור בנותן מתנה בשדה אחת דהוי מתנה במקצת במצוה מחמת מיתה דבזה לא יחזור דחיישינן שמא נתן שאר הנכסים לאחרים בקנין ואיהו לא יהיב השטר מתנה במקצת דנמלך ולא יהיב, וא"כ הוי לשאר הנכסים דין מתנת שכ"מ במקצת ולא מצי הדר ביה לכן אומר ליתן המתנת שכ"מ במקצת לראשון דמניה נפל ותו כי נפיק שטרא לשאר נכסים דיהיב ממקבל מתנה הוי מתנת שכ"מ בכולא ומצי הדר ביה ולכן לא יחזור [וסובר השיטה דאע"ג דמצי לחזור מהראשון מכל מקום לא הוי שיור להמתנה אחריתי ודין מתנת שכ"מ בכולא איתא להך שטרא בתרא יעוין]:

אמנם נראה דלק"מ, דלפ"ז אמאי לא יחזור ואי דחיישינן להך חששא מה יועיל אם תאמר דלא יחזור אכתי מספקא לן אי נפיל מראשון ותו הוי מתנת שכ"מ בכולא ומצי הדר ביה ומוקמינן לממונא בחזקת מריה ולא זכי מקבל מתנה דבספיקא אמרינן דמצי הדר ביה. ואולם הא חזינא גבי מצא שובר דפריך ליחוש דילמא כתבה ליתן בניסן כו' ואזלא וזבנתה לכתובתה כו' ומפיק ליה לשובר אע"ג דאם לא מהדרינן ג"כ לא יוציאו הלוקחים קרקע המיוחדת לכתובתה דמספיקא דילמא כבר מטי שובר ליד הבעל טרם שזבנה לכתובתה תו מוקמינן לנכסים בחזקת מריה, וצ"ל דאעפ"כ דאם לא יחזירו ויהא השובר מונח יתברר האמת שלא מטי לידיה טרם דמכרה הכתובה, א"כ הכא ג"כ נימא הכי דאם תאמר דלא יחזיר ויהא השטר מתנה מונח יתברר דלא מטא לידיה טרם שנתן השאר נכסים להמקבל וכנ"ל. ונראה לדעתי דשם גבי שובר במה שתאמר דלא יחזירו השובר אין אתה מפסיד את הבעל דגם אם לא תחזיר השובר לא יגבה הלוקח הכתובה לכן צריך למיחש לחששא כי האי, אבל כאן במתנת שכ"מ במקצת במצוה מחמת מיתה איך תאמר דלא יחזיר השטר ליד המקבל מתנה בשהנותן מודה ויפסיד את המקבל מתנה עבור חששא כי האי דשמא יהיב שאר נכסים לאחר, דאף אם תאמר דלא יחזיר ג"כ יפסיד המקבל מתנה שאר נכסים והבעלים מצי הדר ביה וכדפרישית, ואי דעל ידי דלא יחזיר אימור יתברר הדבר דשקר בפי הנותן והשטר ראשון לא מטי לידיה דמקבל

והוי מתנת השני מתנת שכ"מ במקצת בקנין דלא מצי לחזור בו, אי משום זה דאימור יתברר הדבר לזה להפסיד בעל השטר זה לא אמרינן, דדוקא בכתובה דאף אם לא יחזור ג"כ לא יפסיד הבעל דהלוקח כתובה בזמן מאוחר להשובר לא יהא מצי לגבות מהבעל מספק לזה אמרינן דכמה דמצי לתקן מתקנינן אבל כאן להפסיד המקבל מתנה עבור זה לא מפסדינן, וזה פשוט לדעתי:

אבל אם נתן לו המקצת בפירוש במתנת שכ"מ שאינו אלא לאחר מיתה א"צ קנין כו' ואם היה בה קנין לא קנה אא"כ היה מיפה כחו כמש"ב:

ובהשגות א"א זהו [ה]מצוה מחמת מיתה. וצריכה ג"כ מובן, ונ"ל דחשב הראב"ד בשיטת רבינו דמחלק בין זה למצוה מחמת מיתה, דלקמן הלכה כ"ג כתב ש"מ שצוה מחמת מיתה כו' אף ע"פ שקנו מידו במקצת אם עמד חוזר, דבמצוה מחמת מיתה אף בקנו מידו בלא יפוי כח מהני, דליכא למימר דכוון שתהא חל המתנה לאחר מיתה, רק דכוון שתהא חלה מחיים רק בתנאי אם ימות, אבל בפירש במתנת שכ"מ שאינו אלא לאחר מיתה צריך יפוי כח, דאולי כוון שלא יקנה בקנין אלא לאחר מיתה [ועוד יש לחלק] ע"ז כתב דאין לחלק רק בכל גווני מצוה מחמת מיתה בעי יפוי כח, ובאמת שגם רבינו אין דעתו לחלק ומש"כ לקמן הלכה כ"ג אף ע"פ שקנו מידו במקצת, כוון ע"י יפוי כח, וכן סתמו כל הפוסקים בזה, ואפשר דהראב"ד מוסיף ומפרש על דברי רבינו, ולפ"ז צ"ל דהך דאחתיה דרב דימי או דהיה ע"י יפוי כח אף ע"ג דאיהו סבר דמועיל בכל ענין ואף אם תעמוד תהיה המתנה קיימת, או דהיה שלא ביפוי, ורב נחמן מלתא דפסיקא אמר דמצוה מחמת מיתה אם עמד חוזר וכן הסכים בחידושי הרמב"ן יעו"ש:

וראיתי למהרי"ט חלק חו"מ סימן נ' ז"ל, ומיהו נראה דכל מצוה מחמת מיתה כמו בנ"ד, אפילו אם אין כתוב בשטר מעכשיו דבריו קיימים ויש לו דין מתנת בריא אם מת ואם עמד חוזר כדאמרינן בגמרא גבי אחתא דר"ד דשיירה וקנו מינה, ולפי שהזכירה בדבריה ווי לה להיא איתתא דקא מייתה כו' ואמרינן מצוה מחמת מיתה הוא שאם עמד חוזר, משמע הא לא עמד קני במתנת בריא ולא אמרינן התם שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר והא ודאי אחתיה דר"ד לא כתבה יפוי כח דהא להקנות מתנת בריא רצה ליתן וכבר הקנה לו מעכשיו אלא דאמדינן דעתיה כו' עכ"ד. והנה מה שכוונתי לדעתו בהך עובדא דאחתיה דר"ד נהניתי, אבל לפלא בעיני איך לא זכר דברי רבינו, ואם יחלק כמו שכתבתי בין מתנת שכ"מ במפורש למצוה מחמת מיתה, היה לו לפרש זה ולהביא דברי רמב"ן שהעיד בשם רבינו להיפך, וכן פסק הטור סימן ר"ן דאף במצוה מ"מ בקנין אמרינן דהקנין מגרע כחו, ואם כוונתו היכי דמוכח שהוא רוצה להקנותה מעכשיו ע"פ

אומדנות, היה לו לפרש ולא לסתום הדברים וצ"ע. אולם מהך דאחתיה דרב דימי, נראה דלפי מה שהביא הרמ"א בסימן ר"ן סעיף י"ז בשם התה"ד, דאם הנותן לא ביקש הקנין רק המקבל הוי כיפוי כח, וכאן הא רב דימי ביקש הקנין והיא אמרה תא קני כמה דבעית, לכן אם מתה הוה קני ככל מתנת שכ"מ וז"ב:

עוד כתב הרב שם במתנת שכ"מ ז"ל, אבל היכי דלא כתיב כו' אלא כד שכיב ורמי בערסיה וכתוב בה קנין מהיום מתנת בריא גמורה היא וגוף ופירות אקני ליה מחיים כמש"כ הרמב"ם כו' אל תטעה בש"מ שכתב כל נכסיו כו' והקנה מחיים שאין זה כמתנת ש"מ אלא כשאר מתנות הבריאים כו' אלא מכיון שכתוב בה נמי לשון ש"מ ומצוה מח"מ כגון ווי להוא גברא דמיית אית לן למימר דבמתנת ש"מ נמי יהיב לה וארכבא אתרי ריכשי כדרב, ומ"מ סברא זו צריכה תלמוד דשמא שמואל לא סבר הא דרב כלל דכל היכי דאיכא תרי לישני לא דרשי להו ליפוי כח אם לא פירש אלא אמרינן יד המקבל על התחתונה והיכי דכתיב בה מהיום כו' ואין נותנין לו כח היפה שבמתנות ש"מ כו' עיי"ש, ודבר גדול הורה לנו הרב. ולכאורה כמו זר נחשב מהיכא תיתי שיפלוג שמואל על רב בזה דלא שמענו, אולם מה נאות הוא עפ"י מה ששמענו דפליגי רב ושמואל בפ' חזקת אם שלא בפניו במתנה צריך לומר לך חזק וקני, דשמואל סבר דצ"ל, ורב סבר דנותן מתנה בעין יפה הוא נותן, ושמואל נמי דפשיט ליה דנותן בעין יפה נותן ה"מ כגון לאחר שנתקיימה המתנה אמרינן דלא שייר לעצמו כלום, אבל כ"ז דמספקא לן אם גמיר להקנות המתנה או לא, מספק אין לנו לומר שנתן במתנה כו' עכ"ל רשב"ם. וכזה סבר שמואל בפרק הדר (דף סח) לענין ביטול רשות, ע"כ לא קאמרי רבנן התם אלא מה דבטיל בטיל ודלא בטיל לא בטיל, אבל מאי דבטיל מיהא אסתלק לגמרי, והכא בדברים שאינן נקנין במתנות בריא רק בתורת מתנת שכ"מ נאמר דלשם הקנאת שכ"מ נתן לו הלואות וכיו"ב, זהו כמו דהוי מספקא לן אם גמיר להקנותם או לא, ולכן שמואל אמר דבכה"ג לא יפה כחו רק דמתנות בריא בעלמא הוי ודברים שאינם נקנים אינם כלום בהאי מתנה, ומפני זה מסתבר דרב דוקא לטעמיה אזיל דמיפה כחו, ועיין ריש פרק אע"פ דמוכיח מהא דרב אזיל בתר אומדנא וקיי"ל כמאן דאזיל בתר אומדנא עיין ב"ב קל"ד ודוק:

והנה בירושלמי קדושין פ"ק הלכה ה' מייתי הך פלוגתא בגוונא אוחרא דלא כמפרש משום דאיהו לאחר מיתה מכוון להקנות ואין קנין לאח"מ, רק על הא דמתנה נקנה בשטר לחוד ומכר עד שיתן דמים קאמר דאם כתב לשון קנין ומכר במתנה עיי"ש בפ"מ, ואם נפרש תמן ג"כ דבשכ"מ קאי וכמו דמייתי אח"כ מהך דכתבו ותנו עי"ש [וכן משמע ביש נוחלין הלכה ד' עי"ש ועיין פאה פ"ג] דתלי לה אם אמרינן שהוא מיפה כחו ואם אמרינן

דבמכר לא קנה עד שיכתוב לו את השטר או דהא דיכתוב לו השטר הוא למעליותא ולא לגרע כחו שלא יקנה רק בשטר יעו"ש, ולא חילק בין נותן דבעין יפה נותן למכר והשוה הכל באנפא חדא [ואם נפרש דלענין מתנת שכ"מ איירי, הא דכתב מתנה בלשון קנין הוא מתנת שכ"מ שכתוב בה קנין ולכך ר"ה סבר דלא קנה כלום וכר' יוחנן א"כ הא דלא אמר דליפות כחו נתכוין שאם אמר הלואתי לפלוני נתן בתורת שכ"מ וקנה, משום דירושלמי לטעמיה פרק אלמנה ניזונית דסבר ר' יוסי שטרות לא מיקנו בשכיב מרע משום דבעי כתיבה ומסירה הרי דאפי' שטרות לא מיקנו כיון דכתיבה עם מסירה בעי כש"כ מלוה ע"פ דלא נקנית בשכ"מ ועיין מש"כ פרק י' הלכה ב' עיי"ש, וזה שאמר דליפות כחו נתכוין שנתן את הבור והדות עיי"ש, וגמרא דילן אמר שקונה הלואות וזה יתכן]. והנה תלמידין פסק דבמכר לא קנה עד שיכתוב השטר במקום שכותבין השטר ומחלק זה מהך דשכ"מ דלא דמי מכר למתנה [וראיתי בנועם ירושלמי שמפרש זה באומר ע"מ שתכתבו לי השטר עי"ש ולפ"ז אפשר דירושלמי קאי במתנה וא"ש דמשוה זה למתנת שכ"מ וצ"ע], ובשכ"מ אם לא יפה כחו אמרינן דאין כוונתו להקנות אלא לאחר מיתה כמו כל שכ"מ ועיין להרמב"ן בחידושיו וצ"ע ספיקא דמהרי"ט כמו שפרשתי, ובעיקר ספיקו הכריע בחו"מ סימן נ"ב בנידון קרוב לזה דאמרינן דיפה כחו במתנות שכ"מ שגם הלואות נקנין, אך יש לחלק דשם נתן מעיקרא בתורת מתנת שכ"מ ועיין תוספות פרק חזקת (דף נא) ד"ה למה ודוק:

אולם לענ"ד נראה להכריע בזה, דבהא לא פליג שמואל על רב דמיפה כחו במתנת שכ"מ וכמו דאמרינן פרק חזקת במתנה ביקש ליתנה לו ולמה כתב לו לשון מכר כדי ליפות כחו, ועיין כתובות (דף מד), רק בגוונא שכתב רבינו שכתב כל נכסיו ופירש שנתן הכל מעכשיו והקנה מחיים, שאינו יכול לחזור אפילו אם עמד, אם כתב בשטר שהוא מצוה מחמת מיתה אמרינן דהלואות שאינן נקנין מתורת בריא נקנין מתורת שכ"מ, אבל בגוונא דהריטב"א שכתב שאם עמד חוזר א"כ ודאי לא נתכוין שיקנה בתורת שכ"מ, והא שכתוב בשטר או צוה לעדים שמחמת מיתה הוא נתן, נראה ברור דהוא רק כדי שיחזור אם עמד, משא"כ רב סבר דהלואות קונה כיון שסובר שמשום קנין אפילו אם עמד אינו חוזר, א"כ למה כתוב בה כד קציר ורמי בערסיה ע"כ דליפות כחו שיקנה ההלואות, ובהא לא מצינן לחלוק על רב מסברא דע"כ לא שמענו דשמואל חולק רק שאינו מתכוין להקנותו מעכשיו רק בתורת שכ"מ אבל לא אפכא וטעמא מובן כמש"ב ודוק. ועיין בנתיבות סימן ר"ן ס"ק י"ג שערבב הדברים ולדעתו ברור כדכתיבנא, ועיין שו"ת הריב"ש סימן שמ"ה וז"ל, אבל מי שמקנה שני קנינין כו' ולא אמרינן לא גמר

להקנותו אלא בשניהם וכו' כדאמרינן בפ"ק דקדושין כו' ולמה כתב בלשון מכר כדי ליפות כחו יעו"ש היטב:

וראה תוספות ישנים בפרק אף ע"פ שכתבו דנראה לגמרי לדמות אומדנא דרב להך דר"א בן עזריה, כוונתם דרב סבר עפ"י אומדנא חולקין את המתנה היינו דבכל מילי אם עמד אינו חוזר ובהלואות דלא מהני בהו קנין רק מתורת שכ"מ אם עמד חוזר, וכן בהך דמשנתנו סבר ר"א בן עזריה דמנה ומאתים מן האירוסין, ותוספת רק אם ישא אותה, ובפרט לדידן דארוסה לית לה כתובה רק בדכתב לה, א"כ שניהם באים מחמת כתיבתו, ובכל זה מחלקין בדעתו שכתובה היה דעתו להתחייב תיכף ותוספת רק לכשישא אותה והוי כמו סברת רב לחלק בגוף המתנה, ודוגמא רחוקה לזה בתמורה ל"א ר"א סבר אין אדם חולק את נדרו יעו"ש ודוק:

פרק ט

הלכה ו

מי שא"ל כו' נכסיך למי הן כו' נוטלן משום ירושה כו':

ובהשגות א"א פירוש[ה וירושה] אין לה הפסק ואפילו אמר בלשון מתנה כו'. רואה אנכי שהראב"ד חשב בדעת רבינו שכוון לענין אחר, דאע"ג דרבינו לקמן פרק י"ב כתב דאף לשון מתנה הוי כלשון ירושה ואין לה הפסק ואינו זוכה אחריו אחר, דלא מצי להפסיק ירושתו נגד דין תורה, בכ"ז סברתו כמו שפירש המהרימ"ט דמשום הכי במקום דאיכא בכור מהני לשון מתנה משום דארכביה אתרי רכשי דנגד הבכור זכי משום מתנה יעוין בסימן ע"ד באורך, ולפ"ז כאן שאמרו לו נכסיך למי כו' ואמר להם אלא למאן דבראוי ליורשו הוי לשון ירושה ובאינו ראוי ליורשו הוי לשון מתנה איכא נפק"מ לשאר דברים היינו דאם ראוי ליורשו הוי לשון ירושה וגובה מלוה בעל פה ממנו בדין שגובה מהיורשין, אבל באינו ראוי ליורשו אז אינו גובה מלוה ע"פ ממנו, ואף לשיטת רבו דבמלוה ע"פ גובה ממתנת שכ"מ נפק"מ דאם המתנה הוה בינונית ואיכא בני חרי זיבורית שנפלו אח"כ ליורשיו אין גובין מנכסי המקבל המתנה במקום שיש בני חורין יעוין בההמ"ג, אבל להלן בפרק י"ב דמיירי רבינו דהזכיר לשון מתנה אף ע"ג שראוי ליורשו וזכי בהנכסים מדין ירושה דשכ"מ מצי להנחיל בניו בכל אופן שירצה מכל מקום יפה כחו גם מתורת מתנה, ולהעדיף כח המקבל גם תורת מתנה לא נפקע ממנו ואינו גובה ממנו מלוה ע"פ או במקום דליכא ב"ח רק זיבורית אינו גובה מהך מקבל דגם דין מתנה אית ליה ודינו לא גרע משאר מקבל במתנת שכ"מ, ובאמת כן משמע

מסדור דברי רבינו, לכן בא הראב"ד ופליג דגם לגרע כח המקבל ליכא נפק"מ בין לשון מתנה ללשון ירושה, דכיון דמזכהו בנכסים זכי מדין תורה ולא עדיף כחו בנכסים משאר יורשים וחשוב כאילו מזכהו בלשון ירושה ותו ליכא נפק"מ בינו לשאר יורשים, וגם כאן דא"ל נכסים למי הוי כנתן לו בלשון מתנה דלגבי דידיה לשון מתנה ולשון ירושה חדא נינהו ויעוין בסוגיא ותבין (נ"ב. וכאשר תעיין היטב בדברי רא"ש באות ל"ה תראה כי זו סברת הגאונים לפי גירסתם אטו יורש מיגרע גרע דלגרע כחו לא אמרו דהוי רק יורש יעו"ש וזה משש כסברת רבינו שביארתי עפ"י המוהרי"ט יעו"ש ודו"ק), וכפי הנראה דרבינו לטעמו אזיל דיכול לזכותו בתורת מתנה היכי דפירש לא משום ירושה אני נותן לך לכן בידו גם ליפות כחו מתרי רכשי ודין מתנה ג"כ אית ליה בנכסים, אבל הראב"ד פליג לכן סבר דבמקום דמצי זכי מתורת ירושה תו לא שייך דין מקבל מתנה גביה אף אם ארכביה אתרי רכשי, ורק במקום בכור דלא מצי זכי מתורת ירושה זכי מדין מתנה ואז לשון מתנה מועיל, ויצא מזה עוד נפק"מ היכי דבמקום בכור אמר נכסי נותנין לבני ואחריו לפלוני אם זכי האחר ועיין במש"כ בהלכות נחלות בשם המהרי"ט ודוק:

הלכה ח

לפיכך אם נתן לגר משאר הגרים כו':

לא נתברר לן מדברי רבינו איך הדין בגר תושב אם תקנו רבנן שיהא מתנת שכ"מ מועיל, ובהלכה י' שזה כמו שצוה לעבור כו' וגר תושב מצוה להחיותו יעוין פרק ג' הלכה י"א בזה, ובפרק הגוזל קמא (דף צו) ותקנתא לעו"ג ניקום ונעביד יעו"ש:

הלכה ט

שכ"מ שהודה שיש [לו] **לפלוני אצלי כך וכך תנוהו לו כו' חצר פלונית של פלוני הוא כו'**:

דייק רבינו תנוהו לו הא לא"ה אמרינן דשלא להשביע עצמו אמר כן, כיון דהוא תפוס ביה אינו רוצה שיעשירו את בניו, אבל בחצר פלוני של פלוני הוא, בזה לא בעי תנו לו, דבלא זה ג"כ אמרינן דלא שייך ע"ז שלא להשביע דחייש כיון דבחצר ליכא חזקה דהשתא רק חזקה דמעיקרא אימור יבוא פלוני ויקחנו ואין משחק במילי בכדי בשביל שלא להשביע, וכן בחוב שיש לי ביד פלוני אינו שלי אלא של פלוני הוא, בזה לא בעי ג"כ שיאמר תנו לו דכיון שאינו בידו חייש שפיר דילמא נותן לאחר כמו שאמר בעת שהוא שכ"מ, לכן אינו אומר שלא להשביע, וזה דלא כמש"כ הכס"מ לקמן פרק י"א דבההוא דאיסר גיורא לא היה שלא להשביע שהרי לא היו לו יורשים, דאין זה לשיטת רבינו דכיון דהמנה ביד אחר תו לא שייך טענה שלא להשביע רק טענה דהשטאה, ובשכ"מ שאין

אדם משטה בשעת מיתה ליכא שום חשש מידי והודאתו הודאה, ודעת רשב"ם דפקדון אם הודה אף שהוא תחת ידו לא שייך שלא להשביע, ובזה חלוק רבינו דלא מסתברא כמש"כ בתוס' דאדרבא אם לעשות עצמו עבד לוה עביד נפשיה שלא להשביע פקדון לא כש"כ, ובהגהות אשר"י הלשון הודה בפקדון תחת יד פלוני יעו"ש, ובש"ך סי' פ"א סוף ס"ק ל"ה הביא דברי רבינו ולא הרגיש דבמה שהוא ביד אחרינא סבר רבינו דלא בעי תננו לו, דרק השטאה בבריא שייך לא שלא להשביע, וראיתי בתומים שם הביא בשם שו"ת מהריב"ל בס"ק ל"א שכתב כזה מסברא יעו"ש, וגבי חצר לא ראיתי מוזכר באחרונים, ולפלא דדברי רבינו מפורשים ומבוררים ודוק:

הלכה יג

שכ"מ שכתב כל נכסיו לאחד ואמר הלה איני רוצה בהן לא קנה שתק וכו' וכיון ששתק אינו יכול לחזור בהן:

לפלא הא מתנת שכ"מ לא קניא רק לאחר מיתה ועיין לקמן פרק י"ב הלכה י' דמשום הכי קדים אחריך למקבל במתנת שכ"מ, א"כ צריך להיות כל שצווח קודם גמר מיתה של הנותן שבטלה מתנתו, ומדברי רבינו מפורש שכל ששתק אע"פ שהנותן חי אינו יכול לחזור בהן, ועיין בנמוק"י פרק יש נוחלין שמביא תוספתא הכותב דייתיקי עד שלא זכה כו' יכול לחזור בו משזכה בו אין יכול לחזור בהן, ומסתברא דדוקא בשתק לאחר מיתה אבל מחיים דאינה חלה מתנת שכ"מ אפילו שתק יכול לחזור בו כו', ולקמן פרק י' הלכה י"ב שכ"מ שנתן מנה לאחד ואמר לו הולך מנה לפלוני והלך ומצאו שמת אם קיים היה בשעה שנתן לו השכ"מ ינתנו ליורשי מי שנשלחו לו שדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין הן, ואם לא היה קיים יחזרו ליורשי משלח שאין קנין למת, מוכח מלשון רבינו דאפילו אם הנותן חי עדיין בשעה שמת האיש שנשתלחו לו אפ"ה חל הקנין מעת הנתינה שדברים לבד מהני בשכ"מ, וזה ג"כ קשה דהא הנתינה לא חל רק עד לאחר גמר מיתה ואז כבר מת מי שנשתלח לו ואין קנין למת, ולכן באומרת תנו כביניתי לבתי בסוף פ"ק דערכין אמר דמשום גלוי דעתא לחודא דקנין לא מהני דאינה נקנית רק לאחר מיתה וכבר נאסרה בהניה, ודלא כהירושלמי בגיטין. והנה בזה עמדו כבר רבוותא, ומה שהסכימו דהיכי דמזכה להוליך לפלוני ויחזיק פלוני במתנה זו מחיים בזה ודאי קנה מחיים, וכ"ז שלא עמד אינו יכול הנותן לחזור בו וכמו שפסקו בסימן קכ"ה בשם הרמ"ה, שכיון שהוציא הממון מתחת ידו ודאי דעתו שקנה מיד, והא דאמרינן דכתב וזיכה מצי לחזור הוא בזיכה לקנות כדרכי הקניה ולא בזיכה שמסר לידו לגמרי שיזכה בה מיד ויקחנו לביתו דבכה"ג לא מצי לחזור ואפילו אם נולדו יורשי המקבל אחרי מות הנותן

מהני, ואולי כוון לזה ג"כ רבינו, ועיין סמ"ע סימן ר"ן ס"ק ט"ו וס"ק מ"א, אבל הך דשתק ולבסוף צוח ודאי בעי עיונא:

והנה מה שחידש הרב בקצות סימן קכ"ה דמה"ט מהני בשכ"מ במת מקבל בחיי נותן דהואיל ואיתא בירושה להוריש ע"י משמוש, הוא הדין דיורש המקבל בקבר וזוכה במתנת שכ"מ דכל דאיתא בירושה איתא במתנה, כבר השגתי עליו במק"א שנעלם מעין בהיר שמועה שלימה דפרק מי שמת דשם שקיל וטרי אף אם נימא דעובר בר ירושה הוי וכר' יוסי דעובר זכי בירושה דממילא, ואפ"ה לא מהני מדין מתנת שכ"מ, רק לר' יוחנן בן ברוקא דמצי להנחיל לבנו בעודנו שכ"מ, חזינן דכל היכי דההחסרון הוא מצד המקבל שאינו בר זכיה לא אמרינן דמהני הואיל ואיתא בירושה ובארתי עפ"ז דברי התוס' שם:

שוב מצאתי בקצות בסימן רמ"ה שעמד ע"ז אמאי לא יהיה יכול לחזור קודם מיתת הנותן, ופירש עפ"י דברי הרא"ש בגיטין בהך סוגיא דמת מקבל בחיי נותן, ז"ל שם, ואע"ג דבשעת מיתת הנותן לא היה ראוי לקנות כו' אפ"ה קנה משום דדברי שכ"מ לענין לקנות לאחר מיתה חשובין ככתובין וכמסורין למפרע משעת נתינתו הלכך כיון דאיתא למקבל בשעת מתן מעות הוברר הדבר שזכה למפרע משעת המתנה, והא דאמרינן דאחריך קדים הוא כיון שיכול הנותן לחזור ושייר זכותא לנפשיה לכן אחריך קדים, יעו"ש סימן רמ"ח וסימן ר"ן סק"א שהאריך הרב בזה:

אולם לדעתי, הוא גמרא ערוכה בירושלמי פאה פרק ג' הלכה ז', כתב לזה וחזר וכתב לזה רב אמר אינו יכול לחזור בו ר' אבא ב"ח ור"י יכול לחזור בו היאך עבידא, היה רבו ראשון והשני כהן והשלישי ישראל ע"ד דרב יכול לאכול בתרומה ע"ד דר"א ב"ח ור"י אינו יכול לאכול בתרומה הכל מודים שאם היה רבו הראשון ישראל אינו אוכל בתרומה שמא יבריא, וצריך מובן למה לר' אבא ב"ח ור"י אינו יכול לאכול בתרומה, הלא כל זמן שהוא חי עדיין הוא שלו דמתנת שכ"מ אינה חלה רק לאחר מיתה, וא"כ הוא אוכל בתרומה כדין, וכן הא דאמר אם היה רבו הראשון ישראל אינו אוכל בתרומה שמא יבריא, מוכח הא אם הוי קים לן דלא יבריא היה מותר לאכול בתרומה כדין ואמאי הא אינה חלה רק לאחר מיתה, וכ"ז שהנותן בחיים הוא עדיין של רבו ישראל ואיך יהא רשאי לאכול בתרומה, אלא ע"כ דמתנת שכ"מ חלה למפרע וכמש"ב הטור סימן ר"ן, ולמפרע קם ברשות המקבל מעת שכתב לזה, ולכן אינו יכול לאכול בתרומה לר"א, דכיון דיכול לחזור בו והוא חזר ונתנו לישראל ושמא ימות מחולי זה וישתכח שיהא של הישראל למפרע מעת הנתינה שכתב לו ונמצא זר אוכל בתרומה, וזו ראיה ברורה לשיטת הרא"ש ושיטת רבינו דאזיל בשיטתו, הן דמהך דאמר הכל מודים שאם היה

רבו הראשון ישראל אינו אוכל בתרומה שמא יבריא אין הוכחה כלום, דמצינן לומר אין ה"נ לרב דאמר דאינו יכול לחזור בו בחליו ליתן לאחר, ורק לנפשו מצי לחזור דשייר הך זכותא לנפשיה דעד מיתתו יהיה שליט בנכסיו, אבל לא לחזור וליתן לאחר [ואולי סבר דגם לנפשיה לא מצי הדר רק אם עמד] א"כ מסתברא דבכה"ג ודאי קנוי לראשון מעת הכתיבה למפרע, לכן אם הוי קים לן דלא יבריא ודאי היה אוכל בתרומה, אבל מהא דאמר ברבו ראשון ושני כהן והשלישי ישראל שע"ד ראב"ח ור"י אינו יכול לאכול בתרומה, והלא לפי שיטתם דיכול לחזור א"כ ודאי דאינה חלה רק עד לאחר מיתה וכמו דקיי"ל בתלמודין כל שאם עמד חוזר, חוזר במתנתו ואפ"ה אינו אוכל בתרומה אף ע"פ שרבו ראשון בחיים עדיין, ומוכח כדברי הרא"ש ורבינו שהזכיה נגמר למפרע אם מת בלא חזרה ודוק:

ושם בירושלמי אמרו עוד, ריב"ב בשם ר' חונה מתניתא מסייע לר' אבא בר חונה ור' יוחנן, בריא שכתב דייתיקי ושכ"מ שכתב מתנה חוזר בו, בריא שכתב דייתיקי חוזר בו ולא עוד הוא בריא, פי' הלא הוא בריא בשעה שחוזר בו כמו שהיה בעת הכתיבה, כן ודכוותיה שכ"מ שכתב מתנה חוזר בו ולא עוד הוא שכ"מ, פי' כן מיירי סיפא שהוא שכ"מ בשעת החזרה כמו בעת הכתיבה, ולאו דוקא אם עמד והבריא הא בחליו אינו יכול לחזור בו כדרב, דא"כ לא הוי דומיא דרישא, וכוונתו כמו דרישא האם לא מיירי שעדיין הוא בריא, כן סיפא נמי הוא עדיין שכ"מ ואפ"ה יכול לחזור בו ומוכח דלא כרב. אולם כפי הנראה מזה דרב דפליג ואמר דאינו יכול לחזור בו הוא בשטר שכתוב בלשון מתנה כמו שדי נתונה לך, דמסירת השטר הוה כמו קנין [ומיירי ע"י יפוי כח או סבר ארכביה אתרי ריכשי עיין מה דאמר ר' יוסי לעיל משמועה דא] בהא סבר רב דאינו חוזר בו, וכן מוכח דאל"כ איך אמר הכל מודים שאם היה רבו הראשון ישראל אינו אוכל בתרומה שמא יבריא, והלא אף אם הוי קים לן דלא יבריא ג"כ אינו רשאי לאכול בתרומה דמתנת שכ"מ לא קניא בדברים רק מדברי סופרים ואיך מהני קנין דרבנן להאכילו דבר תורה וכמש"כ רבינו בהלכות לולב פרק ח' הלכה י"א גבי קטן, ועיין מחנ"א בקנין משיכה סימן ב', ודחוק לומר דבתרומה דרבנן קאמר דאפ"ה אינו אוכל שמא יבריא דרוב חולין לחיים, ועוד דהיכי דעומד להתברר אפילו בד"ס אזלינן להחמיר ודוק, ולפי מה שפרשנו דבשטר מתנה ומסר לידו מיירי א"ש, וכיון שכן הוא, תו לא מוכח מידי מהירושלמי דאף בדברים דעלמא קני המקבל למפרע אם מת הנותן מחולי זה ולא חזר בו, דאפשר דבדברים בלבד ודאי דלא חל הקנין רק מעת המיתה ואילך, ודוקא בשטר מתנה ומסר לידו אז קני למפרע מעת המסירה, ועיין בספר פתח הבית סימן ל"ד ענף ו' ושם ענף ג'

שהאריך בשיטה זו. ולפי מה שהביא שם מהריב"ש ז"ל שפירש שיטת הרשב"א דבכל מקום במתנת שכ"מ לא אמרינן דחלה למפרע ובענין שיהא המקבל קיים בעת מיתתו של נותן, רק כאן דהולך כזכי דמי אע"ג דיכול לחזור אף בעת חליו, מ"מ זכה למפרע אם מת בלא חזרה, וזה ברור כמו שפרשנו, דזה מוכח ודאי מן הירושלמי דהולך אם כזכי דמי הלא הוי ממש כמתנת שכ"מ ע"י שטר ומסר שטר שכתוב בלשון מתנה ליד המקבל ועדיפא מיניה, ואעפ"כ הוכחנו דהוי שלו למפרע מהירושלמי הנ"ל, ותה"ל שכוונתי לדברי הראשונים:

אולם באמת לא זכיתי להבין שיטת הרא"ש והתוספות והיא גם שיטת רבינו לדברי הרב בקצות, דדבריו ככתובים ומסורים למפרע דמי, דא"כ איך אמרינן בשטר שכתוב בה קנין דשמואל אמר שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה, שמא להכי כתיב בה קנין דלא גמר להקנותו מתנה זו ע"י דברי שכ"מ שהן ככתובים וכמסורים דמי אלא ע"י קנין וכתיבה כבריא כו' ושטר שכ"מ אינו קונה מחיים שהרי אין דעתו ליתן כלום אלא לאחר מיתה כו', וכיון דמית לא מצי לאקנוי מידי דהא ליתא דלקני ניהליה, ונפלאת ממני, כיון דאף מה שהוא נותן בתורת שכ"מ ג"כ אף ע"ג דכבר מת המקבל בחיי הנותן וליכא מאן דזכי אמרינן דזכי למפרע מעת הנתינה שהיה המקבל עדיין בחיים, א"כ אף דמכוון להקנותו ע"י שטר או קנין כמו ע"י תורת שכ"מ ג"כ מועיל דחל הקנין למפרע והרי אז היה עדיין בחיים הנותן עם המקבל, אלא ע"כ דמתנת שכ"מ אינה חלה רק אחר מיתה של נותן, וכיון שכתוב בה קנין אמרינן דרוצה שיקנה דוקא ע"י השטר או הקנין ולאחר מיתה ככל שכ"מ ולכן לא מהני דאין שטר לאחר מיתה, ולפ"ז היכי שמת המקבל בחיי הנותן ודאי דלא מהני דליכא מאן דזכי אף בשכ"מ וצ"ע:

שוב ראיתי במהרי"ט חו"מ סימן ע"ד שביאר כן הסבר דברי הרא"ש והתוס' דליפוי כחה של מתנת שכ"מ עשאוה כמתנה מהיום ולאח"מ דשעבודא חייל מהיום וזכות לאחר מיתה, ובע"ח גובין מהם דשעבודא דילהו קודם יעו"ש, וגם זה אינו מובן כ"כ, דמשום שעבוד לבד יזכו יורשי המקבל בהך מתנה ויהיה שלהם כיון דליתא רק שעבוד, וצ"ל דמ"מ השליח צריך ליתן ליורשי המקבל ואינו יכול להחזיר ליורשין כיון דשעבודא רמי מחיים של מקבל, וכמו דאמרן משום מצוה לקיים דברי המת עיי"ש אף דאינו עושה קנין כמו שהביא הרמ"א בשם המרדכי סימן רנ"ב שאם קדמו ומכרו מה שמכרו מכרו יעו"ש, וכן הוא בפסקי תוס' סוף פ' מציאת האשה ודוק:

והנה לפי מה שהוכחנו שיטת הירושלמי דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי למפרע מחיים, א"ש מה דמצאנו בירושלמי שטה אחרת בהך דאם קדם ונתן במתנת שכ"מ

אחריך זכה, דלא כבבלי, משום דמתנת שכ"מ אינה חלה עד לאחר גמר מיתה ואחריך קדים, דכיון דכמסורים מחיים דמי וא"כ המקבל קודם לאחריך, וז"ל בפרק יש נוחלין הלכה ח', א"ר ינאי מודה רבי שאינו נותנה במתנת שכ"מ ר' יוחנן אמר ולא במתנת בריא, פירוש טעמו דר' יוחנן דדוקא למכור לא קפיד אבל ליתן במתנה קפיד שלא יתן ולא יפסיד הנכסים להאחריך, כיון שאין להראשון הנאה מנכסים אלו, כהדא איתת כתבת נכסה לחד בר נש [פי' הנכסים שהיו לה במתנה לה ולאחריה לפלוני] צרכת וזבנת לבעלה רחב"מ אעיל עובדא קומי ר' יוסי לא כן א"ר ינאי מודה רבי שאינו נותנה במתנת שכ"מ ור"י אמר ולא במתנת בריא, הדא איתא מכיון דבעלה זקוק מספקא לה מזוני ולא כמתנת שכ"מ הוא, א"ל עד כדון זקוק מספקא לה פיתא וקטני דילמא ביעי דילמא תרנגולין כו', ובפרק הכותב אמר מזונותיה על בעלה כראוי לה מאכל משח ומלח והיא בעיא מזבנה ומיכל תרנגולין הדא אמרה שאם ביקש הראשון מזבנה ומיכל תרנגולין וזבן, חזינא דטעמו דבמתנת בריא הוא הנאה שפלוני מחזיקה במתנה וכמו דאמר בירושלמי פרק הניזקין הלכה ג' יכיל הוא מימר ליה בעי הוינא מיתן לי וישלם לי טובו, אבל בשכ"מ הלא מה יחזיק לו טובה עבור זה לאחר מיתתו, וכיון שאינו נהנה כלום על אופן זה לא רצה הנותן שלא יהיה לו הנאה מזו כלום, ולכן באשה ס"ד כיון דיש לה מזונות א"כ אין לה הנאה כלל הוי כמתנת שכ"מ ומסיק דתרנגולין אית לה ממה שמכרה קרקע זו א"כ הנאתה מחיים, ולכן בעי תמן בכתובות אם מוכרת הנכסים ולוקח קבורה דאין זה הנאה מחיים ומסיק דהוי כמזונות, א"כ לפי הירושלמי טעמיה דר' ינאי דהנותן קפיד שלא יפסיד הנכסים רק לדברים שיש לו הנאה מזו בחייו ואדעת זה נתן לו, וכיו"ב אמר בבבלי (דף קלז) מה"ד למעבד איסורא לא יהבינן לך כו', ועיין בדברי רבינו פרק י"ב הלכה י' ובההמ"ג קרוב לזה דליתן במתנה ליורשיו אינו רשאי, וברור דהך דאמר בפרק הכותב הדא אשה כו' הוא ג"כ על אשה שהיה לה במתנה נכסים באופן שלאחריה יהיו לפלוני, והיא היא העובדא דיש נוחלין והירושלמי קטוע תמן, ומשני המקומות תברר הגירסא הישרה. והארכתי בזה לברר, דלכן מוכרח הירושלמי לומר טעמא אחרינא, משום דאזיל לטעמיה בפרק ג' דפאה דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין למפרע וא"כ הא קדים לאחריך, ושיטת תלמודין כמו שפרשנו לעיל דלא חלה רק לאחר מיתה, א"כ נתברר לנו מן הירושלמי אף ע"ג דהשכ"מ חוזר כל זמן שהוא בחליו, בכ"ז כיון דמת ולא חזר בו והוי דבריו ככתובים וכמסורים למפרע א"כ לא הוי קדים אחריך, מטעמים שבארנו בשיטתו, א"כ לשיטת הש"ס דילן במתנת בריא במהיום ולאחר מיתה באופן שפירש ר"ת מהיום אם לא אחזור בי עד מיתה כיון שאם מת חיילא למפרע, תו

לא אתי אחריך ומפקע, ודלא כמו שהעלה בקצות סי' רמ"ח סעיף ד' ודוק:

ולפ"ז א"ש נמי הסוגיא דירושלמי בפרק התקבל הלכה ה', דמשום זה לא חל איסור נויי המת על כבינתי שמחיים הוא שייך לבתה, דדברי שכ"מ כו"מ למפרע עיי"ש, ונקט לשון תנו כבינתי לבתי, דזה לשון המשנה בפרק מי שמת, ולא שייך למיפרך אלו אמרה תנו ידי כדפריך בתלמודין, משום דבזה סבר כרנב"י דאין גמר דינה אוסרתה ושער המת לא מיתסר משום מת גופא דשיער לא מיית כפירוש רש"י רק משום נוי המת, וכיון דבתה קניא למפרע לא הוי נוי של מתה דזכיא בהו בתה למפרע, ויעוין שו"ת הרשב"א סימן ש"ל בזה ואכמ"ל, אבל המתבונן ימצא:

ונראה עוד לדעתי, דאם כוונת רבינו ששתק כששמע הוא אף ע"פ שעודנו בחיים, כיון שדברי שכ"מ ככתובין ומסורין המה למפרע מעת הכו"מ, אע"פ שיכול לחזור הנותן כ"ז שהוא חי אפילו בעודו בחליו ואפילו לאחר כמו דקיי"ל משמיה דשמואל פרק מי שמת (דף קנא), בכ"ז אם לא חזר ומת הוא קנוי להמקבל למפרע, א"כ לפ"ז נראה ברור, דבכה"ג אע"ג דבמתנת בריא קיי"ל דזה שאומר אי אפשי בה הוי הפקר וכל הקודם זכה, כאן דכ"ז שהנותן בחיים עוד בידו לחזור ולכך אחריך קדים, א"כ אינו ברשותו, ועדיפא טפי מגזל ולא נתייאשו הבעלים דאינו יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו, וכן אמרו בפרק מרובה (דף סט) בכל שלקטו הוי הפקר דאם אינו ברשותו אינו יכול להפקיר, רק לצנועין דפליגי על ר' יוחנן וא"כ לא הוי הפקר כלל, ולכן א"ש מה שסתם רבינו וכתב כאן בקצרה קנה ולא ביאר דהוי הפקר, משום שאיך מצי להפקיר בעוד הנותן בחיים, ורק לעיל פרק ד' ביאר רבינו גבי מתנת בריא דהוי הפקר, אולם נ"ל דאף במתנת בריא בכה"ג דמהיום אם לא אחזור בו עד מיתה, אם מצי להפקיר מחיים, נראה ברור דלא מצי להפקיר בכה"ג ואם שתק ואח"כ צוח קנה והיא שלו, ואכמ"ל עוד, ודוק בכ"ז היטב:

הלכה טו

שכ"מ שכתב לזה כו' ואפילו כתב וזכה כו':

מה שכתב רבינו בין בכל בין במקצת צריך ביאור, דהא מתנת שכ"מ במקצת דינה כבריא ואינו יכול לחזור בו, ומש"כ הכס"מ שבשעה שנתן לו אותה מקצת אמר שהוא נותנו לו בתורת מתנת שכ"מ וכמש"כ לעיל פרק ח', אבל אם נתן לו המקצת בפירוש במתנת שכ"מ שאינו אלא לאחר מיתה כו', צריך מובן דא"כ מאי מסיק דאם כתב וזכה וקנו מידו כו' בין שנתן הכל בין שנתן מקצת הא באופן זה הוי כמצוה מחמת מיתה ובזה כתב הר"י אבן מיגש דאע"פ שזכה וקנו מידו חוזר וכן כתב ההמ"ג, אם לא דנימא דרבינו פליג על רבו ולא מפליג בין מצוה מחמת מיתה לסתם מתנת שכ"מ דבכולהו אין לאחר

זכוי וקנין כלום. ולפלא על ההמ"ג שלא העיר בזה, ומדברי השו"ע והרמ"א מוכח דמצוה מחמת מיתה גרע ממתנת שכ"מ בפירוש, ולענ"ד אינו מובן זה דהיכי דאמר בפירוש שאינו נותן רק במתנת שכ"מ שאינו קונה אלא לאחר מיתה גרע, דפירוש שנותן בדין כל מתנת שכ"מ ואפ"ה אם זיכה וקנו מידו אינו חוזר אם עמד כש"כ במצוה מחמת מיתה, ועיין היטב דברי הר"י בן מיגש בחידושיו ודוק:

הלכה יז

שכ"מ שחזר במקצת כו' כיצד נתן כל נכסיו לראשון וקנו מידו כדי ליפות את כחו:

דבמתנת שכ"מ בכולה ע"י קנין לא קנה אם מת דאין קנין לאחר מיתה רק במיפה כחו, וכתב עוד רבינו, וחזר ונתן מקצתן לאחר וקנו מידו (כדי ליפות את כחו) השני קנה אבל הראשון לא קנה כלום בין שעמד בין שמת, והני שלש תיבות המוקפות הוא ט"ס דכאן אין צריך לכתוב כדי ליפות את כחו דכיון דקנה בין שעמד בין שמת הוא מתנת שכ"מ במקצת והוא כמתנת בריא ואין צריך יפוי כח, ואולי לרבותא נקטיה אע"ג דעל ידי יפוי כח ואי אמרת דלא הדר ביה מכולא ג"כ מתנת השני קנוי לכשמת ואפ"ה אמרינן דהדר מכולא, וכש"כ בלא יפוי כח דהשני אינו קונה אי אמרת דלא הדר לגמרי כש"כ דאמרינן דהדר ביה לגמרי כדי שיהיה מתנת השני מתנה במקצת וקיימת כשמת ודוק:

הלכה יח

נתן מקצת נכסיו וקנו מידו ואח"כ נתן כולן לאחר וקנו מידו כדי ליפות את כחו כו':

בגמרא הנ"מ מדקתני סיפא מקצתן לראשון כולן לשני ראשון קנה שני לא קנה כו' אא"א בשמת תרווייהו ליקני, ופירש הרשב"ם מקצתן לראשון וחזר בו ונתן כולן לשני כו', ומזה תמה אנכי על הרב במחנה אפרים הלכות זכיה סימן א' בשו"ת שהאריך לחקור בשכ"מ שנתן בית לאחד במתנה ונמצא שלא היה כל הבית שלו, אם אמרינן דהואיל דבטלה מקצתה בטלה כולה וכמו קני את וחמור יעו"ש, והלא לפירוש רשב"ם גמרא ערוכה היא דאע"ג דחזר בו ונתן גם הנכסים הראשונים לשני אפ"ה בשמת בעי למיקני, דבמה דמצי להקנות מתנתו קיים, ואעפ"י דהנמוק"י פירש ז"ל וסיפא דקתני וכולן לשני שפירושו מקצת נכסים הנשארים ואפשר שכוון לכך דאל"ה הוי סברא דבטלה כל מתנתו הואיל ובטלה במקצת, מ"מ סוגיין מכרעא דהמתנה במה שהוא שלו הוא קיים דאל"ה לא הוה קאמר ה"נ מסתברא, דאפשר לומר דנתן כל הנכסים בין מה שנתן לראשון בין מה שנשארו לו לשני ולכך בטלה מתנתו, ואיך קאמר סיפא לא משכחת אלא בשעמד, לכן נראה ברור דהמתנה במה שהוא שלו קיים, וזה ראיה עצומה, ועיין שו"ת מהרי"ט חלק חו"מ סימן נ"ב נ"ג, ועיין נוב"י מהד"ת חלק חו"מ סימן מ"ה מה שהביא בשם בנו

ובסימן מ"ז שם, ובשו"ת מוהרח"ש ח"א סי' צ"ז בזה ודוק:

ולכאורה יש להעיר משמועה דא כסברת הטור בשם מוהר"ם מרוטנבורג בסימן ר"ן ס"כ, דאם כתב לאחד והקנה לו וחזר וכתב לשני והקנה לו דהשני קונה אף בלא יפוי כח כו' דקנין לשני לאו לגרועי אתא אלא שהוא סבור שלא יקנה אם פיחת לו מן הראשון, דאל"כ דילמא מיירי בקנין בלא יפוי כח, וכולן לראשון הראשון לא קנה דלא נתכוין להקנות אלא לאחר מיתה ואין קנין לאחר מיתה, ושני שנתן לו מקצת קנה דהראשון מתנתו בטילה וא"כ הוי מתנה במקצת ובקנין דהוי ככל מתנות בריא ולעולם חזרה במקצת לא הוי חזרה בכולה, רק כאן ראשון לא קנה דבלא יפוי כח הוי, ושני קנה דקיימת כמתנת בריא, וסיפא דמקצתן לראשון הראשון קנה ככל מתנות בריא והשני שנתן לו כולן לא קנה, וע"כ משום דא"כ הוי בסיפא שני קנה לאחר מיתה, דלאו לגרע כחו דשני הקנה בקנין רק שהיה סבור שיהא הקנין כמו שהיה בראשון ואמאי קתני בסיפא דשני לא קנה, אך ז"א, דמשמע דהמתנה השניה ביטלה את הראשונה, הא בלא שניה היתה הראשונה קיים, ואי בלא יפוי כח בלא זה הראשון לא קנה וע"כ משום דחזר וביפוי כח ודוק. ועיקר דברי מהר"מ מרוטנבורג נאמרו ליישב הקושיא דרמי מימרא דרב ושמואל והא איפלגו בה חדא זימנא, ולא פריך דשמואל אמר דכתב וזיכה לזה וכתב וזיכה לזה דהשני קיים, והא לעיל אמר במתנה שכתובה בה קנין דאף לאחר מיתה לא קנה, משום דכיון דנתן לראשון בכתב וזכוי, לכן אמרינן דלא כוון לגרע כחו דשני כמש"כ בתוספות הרא"ש בשם הר"מ ז"ל, וזה דלא כמש"כ הט"ז להשיג על הסמ"ע עיי"ש ודוק:

הלכה כד

מי שמת ונמצא(ת) מתנה קשורה על יריכו אף ע"פ שהיא בעדים כו' שאני אומר כתבה ונמלך:

יש להסתפק במי שנתן במתנת שכ"מ נכסיו לאחד, ואח"כ נמצא שטר מתנה קשורה על יריכו שכתבה אחר שנתן המתנה לאחר, הנה השני ודאי לא זכה דדינא הנוכחי הוא, אבל הראשון מי זכה, מי נאמר דהא מיהו גילוי דעתא הוי דהדר ביה מהמתנה הראשונה ורצה ליתנה לאחר ורק דאימור הדר ביה גם מהשני אבל מיהא חזינא דמראשון הדר ביה, או דאימור אימת הדר ביה מהראשון באופן שהשני יקנה המתנה, אבל כיון דלא יהבינן לשני יהיה מאיזה טעם שיהיה תו לא הדר ביה מראשון וניחא ליה דלתקיים מתנה הראשונה ולכשימות יהיה לראשון, ודבר זה צ"ע לדינא:

ואין להוכיח מדברי השולחן ערוך סעיף י"ב לפיכך אם נתן כל נכסיו לראשון וחזר ונתן מקצתן לשני הראשון לא קנה כו' שהרי חזר בו והשני יש לו דין ש"מ במקצת כו'

ואם אין בה קנין אפילו אם מת אינו קונה, הרי דאף ע"פ שהוא נתכוין שהשני יקנה רק דאין מועיל במקצת ולא קנה השני ותו יתקיים המתנה לראשון, דאדעתא דאם לא יקנה שני לא הדר ביה מראשון, דזה בדותא דתמן הלא חזרתו במקצת חזרה בכולה וחזר בו גם ממה שלא נתן לשני ונשתייר לעצמו לכן גם הנכסים דלא קנה השני לפי שלא היה המתנה באופן המועיל ולא נתקיים מכוון שלו בזה שהיה רוצה שהשני יקנה, ג"כ החזרה מהראשון לא נתבטל דלא גרע מהנכסים שלא נתן להשני וחזר מהם, אבל באופן שנסתפקנו צ"ע דאימא לא הדר ביה רק אם השני לא יקנה, אמנם באומדנא כזו קשה להוציא ממון מחזקת יורשים, וכיון דחזר בו אע"פ שבזה לא נתקיים שיהא לשני, מכל מקום ראינו דהוי הדר מראשון וכל שאילו עמד חוזר חוזר במתנתו, כן היה נראה:

אמנם דברי רבותינו בתוספות מפורש להיפוך בשילהי שנים אוחזין דמוקי הך דאיתא בברייתא אף ע"פ ששניהם מודים לא יחזיר לא לזה ולא לזה בבריה דילמא כתבה אבוה להאי ואימלוך והדר יהיב בריה לאינש אחרינא כו', והקשו בתוספות דנאמר דילמא נתנה האב תחילה במתנת שכ"מ ואח"ז האב עצמו כתבה להאי ולא יהיב ומת האב ונתקיימה המתנה לראשון, והבן רוצה שתהיה לשני יעו"ש, וא"כ סברו רבוותא דכיון דהאב לא יהבה האי דייתיקי להאי תו נשארה המתנה לראשון, וע"כ טעמא כמו שפרשנו דאימת הדר ביה מראשון באופן שיזכה שני, אבל באופן שהשני לא זכה תו ניחא ליה דלהוי דראשון וזה מוכרח מדבריהם, ואמנם באמת צריכים דברי רבותינו בתוספת ראיה, דמנא פסיקא להו סברא זו:

והנראה לדעתנו דיצא להם ממה ששנינו בירושלמי ריש פרק ג' דקדושין וכן האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום ובא אחר וקדשה בתוך שלשים יום מקודשת לשני, ואמר בירושלמי לפיכך אם מת השני בתוך שלשים יום או גרשה חלו עליה קדושי ראשון לאחר שלשים יום [ויתר דבריו פרשתי בהלכות אישות פרק ז' הלכה י"א עיי"ש], הרי למדנו מזה אף דקבלה קדושין מאחרינא באופן דנסתלק ממנה הבחירה לחזור לראשון דאינה מתגרשת לרצונה וברצון המקדש תלוי, ואפילו כן כי מת או גירשה אמרינן דלא חזרה רק כל זמן שיהא חל קדושי שני הא באופן שקדושי שני יהיו נפקעין היינו שיגרשנה או ימות יהא חל קדושין הראשונים לזמן שלשים יום, א"כ כש"כ כאן דברצונו תלוי ובמה שכותב להשני לא הדר ביה לגמרי מראשון דבידו לחזור בו גם מהשני כ"ז שהוא בחיים לא כש"כ דנאמר דאין זה גלוי דעת רק שכל זמן שיהיה של שני, אבל אם השני לא יזכה תו ניחא ליה דליזכי ראשון במתנתו ודוק. ואם כי זו ראיה נכונה יש לדחות, דאימת אמרו בקדושי אשה דאמרו סוף יש נוחלין סתם אשה לאינסובי

קיימא לכן אמרינן דכיון דשני גירשה תו ניחא לה בקדושי ראשון. ונראה דאף לפי מה שפירש הרמב"ן ז"ל שם הירושלמי במה דאמר תיפתר שמת השני והוי ליה אח מכיון שהיא זקוקה ליבום לא חלו עליה קדושי ראשון דאם קדושין תופסין בשומרת יבם תו כי מת שני והניח אח והיא זקוקה להיבם להתייבם תו חלו עליה קדושי ראשון אף דיש לה יבם, אפשר דתמן שאני משום דאשה סניא ליבם עד דהגמרא חושבת דמועיל אם מזכה גט במקום יבם משום דכיון דעל כרחה נופלת לפניו לא ניחא לה בהאי קדושין, ועוד דהוא נתן לה לקדושין כסף ושטר ועדיין בידה ואי לא הוי ניחא לה הוי לה לאהדורי, אבל כאן דיהיב ליה השכ"מ השטר מתנה ותו הדר ביה מאי גלוי דעתא איכא דלא הדר ביה, ועוד דהרא"ש ורשב"א גם שם חולקים על הירושלמי, לכן לדינא קשה להוציא מן היורשים וכן כתב השיטה, ודוק בכ"ז:

פרק י

הלכה ב

וכן שכ"מ שאמר הלואה או פקדון כו' וכן אם אמר תנו שטר פלוני לפלוני זכה במה שיש בהשטר כו':

הא דבהלואה קונה ע"י מתנת שכ"מ, אע"ג דליתא בבריא כמש"כ רבינו פרק כ"ב מהלכות מכירה דלא מצי מקנה ע"י שום דבר, הנה פליגי בזה אמוראי בגמרא חד אמר הואיל ויורש יורשה וחד אמר הואיל ואיתא במעמד שלשתן יעו"ש בסוגיא, והמשל"מ לעיל פרק ח' הלכה ב' הביא דהר"מ די בוטין כתב דשכ"מ שנתן דבר שאינו קצוב שדבריו קיימים אף לסברת רבינו, וצ"ע דהא קיי"ל מילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ עכ"ל, וכמה תקיף חילא דאילנא דא למינקט בפשיטות ולמשבק טעמא דרב פפא דהואיל ויורש יורשה דמוכח מינה דבכ"מ דיורש יורשה איתא במתנת שכ"מ, וא"כ הגם דסברת רבינו דאין אדם מקנה ונותן דבר שאינו קצוב, בכ"ז הואיל ויורש יורשה א"כ דבר שאינו קצוב ואינו מסויים כולם יורש יורשם, ואין לומר דבעידן ירושה הוי כל הדברים קצובים, ז"א דהא יורשים אף במידי דעדיין אינו ברשותו של אביהם ואינו מסוים וקצוב כלל כמו מי שנתחייב לזון בת אשתו [בשטרי פסיקתא] חמש שנים ופירש אף אם תמות אטו מי לא ירתי יורשין ואם שייר לעצמו דבר שאינו קצוב או שאינו מסוים אפשר דמורית וא"כ איתא בירושה, [אך זה צ"ע אם מהני כיון דבאמת הוי דבר שאינו קצוב ולא מצי להתחייב לשיטת רבינו, רק מפני חבת נשואין ומיגו דמתחתני אהדדי גמרי ומקני, דוקא מה ששמענו היכי דהבת חיה, וכן משמע פשטא דגמרא ריש מי שמת בת אשתו כו' או

דילמא כיון דכי מתה לית לה כו' דבכל גווני אם מתה לית לה ולא מצי לחייב עצמו רק כשהיא בחיים שצריכה למזונות אבל לא למזונות כי תמות בינתים דזה לא גמרי ומקני מחמת דמתחתני אהדדי, ויעוין ירושלמי פ' הנושא מתה כבר מתה ודוק]:

אולם נניח סברתנו ונלמוד דא מירושלמי ערוך ומפורש בפ' אלמנה ניזונית הלכה א', ר' חגיי בעי שכ"מ שאמר יזונו בנותי, ופריך בלא כך אינן ניזונות, לא צריכא מהו שיזונו מן המשעובדים מהו שיזונו מן המטלטלין פירוש דבעי אם כוונתו להיותן ניזונות במתנת שכ"מ ונפ"מ דניזונות מן המטלטלין וכן מצד המתנה ניזונות מן המשועבדים, [פירוש ששעבדו אחים או שמכרו דבל"ז אין טורפין ממה שמכרו הבנים וכמו דאמר הירושלמי פרק הניזקין הלכה א' עמדו היתומים ומכרו גובין מן הפרנסה ואין גובין מן המזונות, לכן משום מתנת שכ"מ גובין ממה שמכרו הבנים דלאו דילהון מכרו והש"ק לא דק יעו"ש], הרי מפורש יוצא מפי הירושלמי דמשום דבר שאינו קצוב לא איכפת לן במתנת שכ"מ ומועיל, ומאן ספון לחלוק עליו, ובפרט דעיקר דין שאינו קצוב כתב הגר"א בחו"מ סימן ס' דרבינו למד זה מירושלמי דפריך ריש פרק הנושא ופסקה עמו שיזון את בתה חמש שנים במה הוא מתחייב לא כן ריו"ח ור"ל תרווייהון אמרין הכותב שטר חוב על חבירו כו' ונמצא שאינו חייב ליתן לו אינו חייב ליתן לו, רשב"ל אמר עשו אותה כתוספת כתובה, דבתלמודין אמר ר"י דהכותב שט"ח שהוא חייב ואינו חייב מ"מ מהני, לכן להשוות הבבלי וירושלמי פירש רבינו דירושלמי מיירי בדבר שאינו קצוב וכמו מזונות דבת אשתו עכ"ד, ואפ"ה דעת הירושלמי דמועיל במתנת שכ"מ אף ע"ג דהוי דבר שאינו קצוב:

אבל באמת דברי הגר"א אינם מובנים לי, דבריש פרק אף ע"פ דאמר אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה מוסיף פריך בירושלמי במה הוא מתחייב לה לא כן ריו"ח ור"ל דאמרי תרווייהו הכותב שט"ח על חבירו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב לו אינו חייב ליתן לו, רוצה הוא ליתן כו' דהתם הוי דבר קצוב ואפ"ה סבר דאין אדם מתחייב זה ודלא כמו דסבר ר' יוחנן בתלמודין, ואפשר דהקדמונים פירשו בטעם דמצי להתחייב עצמו, דמשום דמתחייב בלא תנאי מועיל וכמש"כ רבינו פרק י"א ממכירה, אע"ג דבערב צריך טעמא שכן הואיל ומהימן ליה גמר ומקני נפשיה משום דבערב הוי ע"י תנאי אם לא יפרענו הלוה לכן הוי כאסמכתא עיין ש"ך סימן מ' סק"ד, א"כ א"ש דכאן פריך דלראב"ע בפסק מן האירוסין הוא ע"י תנאי אם תנשא לו שאם מת מן האירוסין אינה גובה תוספת, אבל מה נאמר כי קא מסיק עד כדון פסק מן האירוסין, פסק מן הנשואין כו' ושם לא שייך האי טעמא, ואולי משום דמשנתנו קתני אפילו מאה מנה אע"ג דאינו ברשותו ודבר

שלב"ל מ"מ מהני חיוב בכה"ג וע"ז שפיר פריך דהוי כמו דבר שאינו קצוב, ועיין חו"מ סימן ס' סעיף ו' ובש"ך ס"ק כ"ו ודוק, ובחידושי לגמרא בררתי הענינים לאמיתתן תה"ל:

ונחזור לדברינו, דמירושלמי מוכח דדבר שאינו קצוב מועיל במתנת שכ"מ אע"ג דדבר שלב"ל לא מצי מקני במתנת שכ"מ, מצאנו כיו"ב בשטרי פסיקתא דמועיל אף בדבר שאינו קצוב כמו פסק לזון בת אשתו, ובכ"ז בעי שיהיו הדברים המצוים ברשותו וכמש"כ רבינו פרק ו' מהלכות אלו הלכה י"ז עיי"ש, ואין לדחות דירושלמי סבר כשנויא דרב פפא דהואיל ויורש יורשה, לכן אף בדבר שאינו קצוב מהני במתנת שכ"מ, אבל אנן קיי"ל כהך שנויא דמשום דאיכא במעמד שלשתן לכן בדבר שאינו קצוב דליכא בשום אופן מאופני הקניה לא מצי יהיב, זה אי אפשר לומר, דשם אמר אתא עובדא קומי ר' יוסי שכ"מ שאמר ינתנו אותיותיו לפלוני א"ל אין שכ"מ מזכה אלא בדברים שהן נקנין או בשטר או במשיכה ואלו נקנין במשיכה ושטר כו', ופליג בזה על הבבלי דרב נחמן פסק דדבריו של שכ"מ ככתובים וכמסורים דמי גבי שטרות וכמו שהובא בההמ"ג, [הן דיש לצדד דלשיטת הרשב"א הובא בההמ"ג צריך שיאמר הן וכל שעבודן, אבל לשון הירושלמי אינו מורה כלל מטעם הנ"ל, וזה שאמר רב נחמן ככתובים וכמסורים דהוי כשטר עם משיכה ביחד], חזינא דלית ליה הואיל ויורש יורשה, ובכ"ז מהני דבר שאינו קצוב, והראיה קמה וגם נצבה. ואיפכא יש לצדד דהלכה כרב פפא דאמר הואיל ויורש יורשה מהא דחזינא בירושלמי דקאמר עשו דברי שכ"מ כבריא שכתב ונתן כו' ובמסיים ואומר תנו שדה לפלוני, ובבלי פרק שני דיני גזירות (דף קט) ההוא דא"ל דיקלא לברת כו' יעו"ש תרי עובדי דמהני אף שאינו מסוים ורבינו הביאה פרק י' מהלכות נחלות, ולפ"ז ניחא דבבלי סבר כרב פפא, וא"כ היורש יורש בכל מילי ולכן מהני אף במתנת שכ"מ, ובאמת כי ההמ"ג הקשה משמועה דא על רבינו בפרק ג' לעיל יעו"ש ומה שדחה הלח"מ תירוץ הכס"מ יעו"ש, ולפ"ז ניחא, דשכ"מ שאני שיורש אפילו בדבר שאינו מסוים לכן מהני במתנת שכ"מ, ופוק חזי דכל הדינים שכתב רבינו שם פרק ג' כולם רק בבריא, הלכה א' וג' וה' בדבר שאינו מסויים דוקא בבריא ולא בשכ"מ, ופרק כ"ב ממכירה בדין דבר שלב"ל פירש בין מתנת בריא בין מתנת שכ"מ, הרי סעד לדברינו ודוק:

והנה בתוספות פרק מי שמת (דף קמח) ד"ה שכ"מ הביאו פירוש הר"ח דאע"ג דמצי להקנות הלואה אגב קרקע לשיטת כמה קדמאי ופריך מהא דליתא בבריא שמתנת בריא הנותן יכול למחול משא"כ בשכ"מ שאינו מוחל היורש וזה ליתא בבריא. ולכאורה תמוה א"כ אמאי צריך לאתויי מימרא דשכ"מ שאמר הלואתי לפלוני כו', טפי הו"ל לאתויי הך דאמר ר"ן מודה שמואל שאם נתנו במתנת שכ"מ דאינו יכול למוחלו, וזה תהמון גדול.

והנראה לצדד דמהא דאינו יכול למחול בדבר הניתן במתנת שכ"מ לא מצי להקשות לרב נחמן דיאכל פלוני פירות דקל לא אמר כלום, דכאן דנתפס המתנה על שעבוד נכסים, תו נתפס על עצם החיוב של גופו לפירוש ר"ת או דהוי כמו באו הנכסים ליד המקבל ולא דמי לפירות דקל שלא נתפס בהן הקנין כלל, רק סבר דאם מכר שט"ח לחבירו או מלוה וכיו"ב ונשאר הזכות ברשותו למחול החוב, אם אמר אחר כך הלואתי לפלוני בהיותו מצוה מחמת מיתה, א"כ הוא נותן זכות שנשאר אצלו לפלוני ע"י מתנת שכ"מ והוי כמו יורש, ולכן פריך דזה אינו כלל במתנה והוי דומה לדבר שאין בו ממש כמו דירת בית וכיו"ב, ומשני רב פפא הואיל ויורש יורשה, שאף אם מכר השט"ח מצי היורש למחול, לכן מצי למיהב הך זכות לפלוני במתנת שכ"מ, ורב אחא בריה דר"א משני הואיל ואיתא במעמד שלשתן דע"י זה לא מצי למחול כמו שפירש ר"ת בגיטין פ"ק יעו"ש. אך אכתי אינו מיושב דהא נתינת זכות חוב הגוף לא מצי להיות רק ע"י צירוף נתינת זכות השעבוד נכסים, דאם מכר שט"ח ובא המוכר אח"כ ונתן לאחר במעמד שלשתן ודאי לא מהני, וא"כ יקשה גם בדירת בית ופירות דקל מצי יהיב להו אגב הבית ואגב הדקל ועיין תוס' שם ומאי משני רב אחא, ואפשר דשאני תמן דמכירת בית בלא דירה או דקל בלא פירות משכחת לה, אבל מכירת שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף שנשאר למוכר לא משכחת לה וכמו שפסק המחבר סימן ס"ו סעיף ל"ז דאם מכר גר שטר ומת פקע החוב עי"ש, וא"כ הוי כמו דבר אחד, משא"כ דקל אף אם לא ישאר פירות למוכר חזי למיזבן ליה לעצים וכן בית, או דרב אחא קאמר דוקא הכא הואיל ויורש יורשה ואיתא גם במעמד שלשתן לכן מהני בהא, אבל מה שיורש יורשה לחודא לא מהני, ונפק"מ למלוה של עו"ג דליתא במעמד שלשתן או בשארי דברים, ודלא כרב פפא דאמר דביורש יורשה לחוד סגי, דהא רב פפא נמי סבר בפ"ק דגיטין דמעמד שלשתן מהני בין במלוה בין בפקדון, וע"כ דסבר דסגי במה דיורש יורשה ואיהו פליג, אך מצאתי בחידושי הרמב"ן פ' הספינה בסוגיא דאותיות נקנות במסירה, דהביא זה הפירוש והביא שהם בעצמם הקשו על פירוש הנ"ל יעו"ש מש"כ, ובעיקר מלתא דר"פ ורב אחא עיין תשובות מוהרי"ט בשניות סי' צ"ה שהאריך בזה, ובהא דפריך רב נחמן לרב הונא (בריש מי שמת דף קמא) ממשנה דאם תלד אשתי זכר אע"ג דשם בשכ"מ מיירי ואיהו קאמר ולימא ר' יוסי היא כו' ומשני שאני ירושה הבאה מאליה, ולימא דשכ"מ כיורש שויוה רבנן ולפי מה שפרשתי בהלכות נחלות דרבנן בתוס' כוונו לזה, ותירצו דלאו בחדא מחתא מחתינהו, והפירוש דדוקא שהחסרון הוא מצד דבר הנקנה, אבל כאן שהחסרון הוא מצד הקונה לא מהני מה דאיתא ע"י יורש בירושה דממילא, ויעוין לעיל פרק ט' הלכה י"ז מה שהשגתי מזה

על הקצות דזה נגד הסוגיא דלא מצינן לומר דמת זוכה בקבר במתנת שכ"מ להנחיל ליורשיו, וכל שכן היכי דהחסרון מצד המקנה שהוא קטן דאינו מועיל מה שיורש יורשה ולא דק בזה הדברי אמת בקונטרס קנינין סימן ג' דתלי לה בהך פלוגתא יעו"ש ודוק:

ונחזור למה דבעי ר' חגי בירושלמי שכ"מ שאמר יזונו בנותי מנכסי מהו שיזונו מן המטלטלין כו' היינו דבעי אם אמר שיתנו להם במתנת שכ"מ, או כוון שיתנו להם עבור חיוב מזונות שיש להם, משום דאינן נוטלין מזונות עד שתצא הכתובה מתחת ידם, דאם מחלה אמם הכתובה אין להבנות מזונות כמו שפסק רבינו בהלכות אישות פרק י"ט הלכה י"ב עי"ש, והודה השכ"מ שמגיע להם חיוב המזונות, כן נראה פירוש הירושלמי, ועיין מחנ"א הלכות זכיה סימן ל"ח בזה ודוק:

ויש להסתפק בנכסים שאינן ברשותו כמו מטלטלין שנגזלו מאתו או מטלטלים דכפריה אם מצי מקני להו במתנת שכ"מ, כיון דליתנהו בקנין כדאמרינן פרק מרובה, משום דגזל ולא נתייאשו הבעלים זה אינו יכול להקדיש וכו' וכמו שאינו יכול להקדיש כן ליתנייהו בקניה, ומש"ה אמר תמן דאין כותבין אורכתא, ואולם מטעם דיורש יורשה איתא במתנת שכ"מ ולשיטת הרשב"א מצי להקנות אף ע"פ דליתא ברשותו, וא"כ איתא בבריא, ועיין קצות סימן קכ"ג, אח"ז רב בא לידי ספר שו"ת רבינו חיים אור זרוע וראיתי שהעלה בסי' קי"א דמצי להקנות במתנת שכ"מ דברים הנגזלין מאתו, כן מצאתי בשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן רל"ה שכתב דתלוי בשני הטעמים וכן במלוה של עו"ג דלא מהני בה מעמד שלשתן תלוי בזה יעו"ש היטב ודוק. ואולי בזה דגם חלק בכורה נוטל כפסק הרמ"א בסימן רע"ח וטעמו דאיתא במתנה להגזלן עצמו לכן מקרי לתת לו, ואם כן לכולהו טעמי נוטל במתנת שכ"מ דאיתא במתנה ועיין מהרי"ט בשניות סימן הנ"ל ודוק בכ"ז:

וכאילו כתב ומסר כו':

ראה מש"כ ההמ"ג מה דלא בעי שיאמר קני לך איהו וכל שעבודיה יעו"ש ובכס"מ, ויתכן דבאמת השטר מורה על השעבוד שבו חייב לשלם ושעבוד נכסים דע"ז מורה הוראת השטר הנחתם בעדים או בחת"י ובא ליד שכנגדו, והוי השעבוד והחיוב מיוחס להשטר כמו דמיוחס הדירה אל הבית ומשום זה סבר רבי דקני לשעבודא דשטרא ע"י מסירת השטר והאריך בזה המשל"מ לעיל פרק ו' ממכירה, רק במכירת שט"ח דאינו נמכר החיוב שהרי נשאר הזכות אצל המלוה למחול אף כי מכר השטר, ותו אין תפיסת השטר מורה על החיוב דהא אימור מחל לו המוכר שאצלו נשאר החיוב א"כ פקע יחס השעבוד אל גוף השטר והוי כשני דברים ולא מקני בהשטר רק בשיאמר לו קני איהו

וכל שעבודיה, הא בלא זה אין הקנין שמוכר לו השטר מורה שמכר לו השעבוד שהוא השתא ענין נפרד מעצם השטר כיון שאין תפיסתו של שטר מוכיח על שעבודו שאימור אינש אחרינא [הוא המוכר] מחל לו בע"כ של בעל השטר, וכ"ז במוכר שט"ח הא במתנת שכ"מ דכמסור לגמרי כל כח שיש להנותן בהשטר ולא נשאר אצלו כלום, א"כ בהאי גוונא מורה תפיסת השטר על עצם החיוב והשעבוד, וא"כ השעבוד עם השטר הוא דבר אחד ואינו צריך לפרש קני לך איהו וכל שעבודיה דבתנו לו השטר סגי שהוא כמוסר לו השעבוד כיון שהוא דבר אחד וכמש"פ הרשב"ם לרבי דא"צ לומר קני איהו וכל שעבודיה יעוין במשל"מ שם ודוק:

הלכה ט

במשל"מ וכתב המרדכי פרק ג' דסנהדרין על אלמנה שצוותה כו' וכיון דשתק אנו אומרים יודע ודאי שלא נפרעה, וכן כתב הש"ך סימן פ"א ס"ק ט', ובכ"ז השיגו האחרונים דגם בזה לא אמרו שתיקה כהודאה יעוין בט"ז ובתומים באורך דלא אמרו שתיקה כהודאה דמי בזה, אמנם ראיתי להנתיבות שפירש כך. דבסוגיא דתקפה אמרינן דאם תקפה בפנינו ושתק בעת תקיפה הוי כהודאה, ואם הקדישה כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי הוי שתיקה כהודאה כפירוש התוס', וה"נ במתנת שכ"מ דכמסור דמי ג"כ בזה שתיקה כהודאה, ובמחכ"ת אינו, דאף אם שכ"מ דבריו כמסורין דמי, זהו לגבי השכ"מ הנותן הוי כיצא מרשותו לגמרי ולא נשאר אצלו זכות כלום וכמסור ממנו לגמרי, אבל לא שיהא כמסור מרשות האחר שמונח אצלו ומאי נפק"מ ליה אם הוא של השכ"מ או של המקבל ומאי יצווח ובמה הוי כהודאה אטו מי גרע מע"י קנין בבריא האם היה ליה לצווח, אדרבא מצאנו ריש פ' חזקת, דא"ל זיל זבין דהשני נוח לי, וכי אמרו בהקדש דבמה הוי כמסירתו להדיוט ע"י אמירתו, הוא כמו דאמרו בירושלמי פ"ק דקדושין הלכה ו' שור זה עולה ובית זה כו' קנה הקדש בכ"מ שהוא דכתיב לה' הארץ ומלואה, וזה דרשות הגבוה בכל מקום וכל היכי דמונח בי גזא דרחמנא מונח וכמ"ש חולין קל"ט יעו"ש, וכמו דחשיבא דמנחא בי גזא דרחמנא וברשות גבוה נגד המקדיש, כן הוא נגד האוחז בידו ואף אם הוא מונח ברשות מי שהוא, לכן אע"פ שלדבריו דלאו דחבריה הוא לא חיילא הקדש, מ"מ דייניגן דשתיקתו בעת הקדש כהודאתו דמיא דהו"ל לצווח דדמי לנוטלו מרשותו ומניחו בי גזא דרחמנא כמש"ב, אבל במתנת שכ"מ אם כי כמסור דמי מרשות הנותן אבל לא לגבי האוחז בידו והוי כאילו הקנהו בקנין לאחר וכמש"ב:

ולא אמנע מלהודיע מה שראיתי תמיה יותר מזה לאבות הקדמונים הוא ספר בה"ג

הלכות נדוי (והובאו דבריו בספר אחרון) ז"ל, מאן דא"ל הלואה או פקדון גבי חבריה ואית ליה ברתא ואית לה בעל ופקדיה להההיא הלואה כו' לברתיה ושכב הוא ושכיבא ברתיה אע"ג דלא מטא לידיה דבעל מחיים דילה ירית בעל להההוא ממונא כו' תנו מנה לפלוני כו' ומסקנא דברי שכ"מ כמסורין דמי, ואח"ז כתב, איתתא כו' א"נ אית לה ממונא גבי אינש מעלמא הלואה או שטרא ושכיבת לא ירית לה בעל מ"ט דמיחסרא גוביינא ולא דמי לקמייתא דקמייתא אמרו רבנן דברי שכ"מ כמסורין דמי, אבל האי ראוי הוא ובעל אינו נוטל בראוי עכ"ל הקדוש, והדברים מרפסין איגרי, דאטו נעשה כמסורים גבי רשות הלוה שמונח אצלו ומסורים מידו דמי, אתמהה, הלא רק מן הנותן המה כמסורים שלא נשאר בו זכות והוי המקבל מתנת שכ"מ כיורש דיורש מלוה או במעמד שלשתן בבריא, ואטו הוי עדיפא מאלו הלותה לאחרינא דברשות אחרינא קאי ובמאי הוי מוחזק לגבי בעל היכי שבא מן מתנת שכ"מ כיון דהא דהוי ראוי אינו מצד הנותן רק מסיבת הלוה, ואטו על הלוה נאמר שהוא מסר ליד המקבל מתנת שכ"מ, וזה תמהון גדול ומבהיל, ואולי דסבר דאמרו ובמלוה שעמו פלגי דמספקא לן אי גמיר ומשעבד כי היכי דלורית בה פי שנים, אלמא דהיכי דגמיר ומשעבד נפשיה הוי כמוחזק אצל האב וקרינן ביה אשר ימצא לו, כן ה"נ במתנת שכ"מ נאמר כמו דאמרו בפ"ק דגיטין גבי מעמד שלשתן בההיא הנאה דמשתניא ליה בין מלוה חדשה למלוה ישנה גמר ומשעבד נפשיה כן ה"נ כיון דמשתניא ליה בין מלוה חדשה למלוה ישנה גמר ומשעבד נפשיה להמקבל, ותו הוי כמו דמטא לידיה דברתא, ותו לא דמי למה שכתב אית לה ממונא גבי אחרינא הלואה או שטרא דשם הפירוש שהלותה טרם שניסת כמו שפסק כן בשו"ע אבן העזר סימן צ' יעו"ש שלא גמר ומשעבד עצמו לה, אך זה דחוי מכמה טעמים, דהגמרא פריך תמן אלא מעתה הני דבי בר אלישיב כו' ועוד שם, דס"ד דאם לא גמר ומשעבד לא יקנה החוב ע"ז גמר ומשעבד נפשיה כדי שיקנה המקבל החוב וישתנה ממלוה ישנה לחדשה, משא"כ כאן ועוד כמה דברים, וה' יחנני להבין דעת קדושים:

פרק יא

הלכה טו

ש"מ שאמר נכסי לפלוני וכו' אבל ס"ת יש בו ספק אם הוא בכלל נכסים או אינו לפיכך אם תפסו אין מוציאין מידו:

ראה מה שהקשה הלח"מ. והנראה דבהנך איבעיות דיהנה בהן ישען בהן כו' כיון דמן הדין לא קנה שכ"מ, רק מתק"ח, א"כ הוי ספק תקנה אם תקנו חכמים בזה או לא אמרינן

דעל ספק לא תקנו ולא קנה ועיין משל"מ פרק כ"א ממלוה בתשובתו שם באורך, וביחוד בשכ"מ שעיקר התקנה הוא כדי שלא תטרף דעתו עליו כשידע שאין דבריו קיימים [כמש"ב פרק ח' הלכה ב'] וכיון שמספק לא יוציא פלוני המקבל מן היורשים א"כ אכתי תטרף דעתו עליו כשידע שהיורשים לא יקיימו דבריו, וא"כ בטלה הטעם שיתקנו חכמים שדבריו יהיו כמסורים שיועיל בלישנא דמספקא לן תפיסה דאף אם תאמר דאי תפיס מהני ג"כ יטרף דעתו ותו לא תקנו על הספק. ונתבונן עוד, דבשכ"מ שאמר נכסי לפלוני וס"ת מספקא לן אם הוי בכלל נכסים לאינשי הואיל ואינו יכול למכור אותה, ומעתה איך מועיל מתנת שאר נכסיו הא מספקא לן דילמא שייר ס"ת שלא נתן לו וא"כ שייר כל שהוא ומתנתו בטילה, אך ז"א, דזה גופא בכלל האיבעיא אם נאמר דס"ת לא חשיב לאינשי נכסים הואיל ואינו יכול למוכרו, ותו לא הוי שיור במתנת שכ"מ, והא דתנן שכ"מ שכתב כל נכסיו שייר כ"ש הוא הדין דס"ת אינו בכל להיות חשוב שיור, והא כל מה דאיקרי נכסים כתב להן, וא"כ ממ"נ אם ס"ת בכלל נכסים הרי כתב לו גם הס"ת ואם אינו בכלל נכסים הרי לא שייר כלום ממה דאיקרי נכסים:

ולפ"ז יצא לנו דין חדש, דמי שכתב כל נכסיו ושייר ס"ת בפירוש מספקא לן אם קנה הנכסים כשמת, דשמא ס"ת בכלל נכסים והוי שיור לענין מתנת שכ"מ ולא קנה הנכסים ודוק. וכיון שכן א"ש, דאיך נאמר דעל ספק לא תקנו חכמים שיקנה דבורו בעלמא בלא קנין, וזה על ס"ת דמספקא לן אם הוי בכלל נכסים א"כ תו בטל הממה נפשך, דאם תאמר דס"ת בכלל נכסי ובכ"ז כיון דמספקא לן לא חלה ולא נתקיים מתנתו בס"ת בדיבור בעלמא בלא קנין, תו איך קנה שאר נכסים הא ס"ת בכלל נכסי ושייר כל שהוא ולא כתב כל נכסיו דהא שייר ס"ת דבאמת הוי בכלל נכסי רק דמספקא לך וא"כ תו גם על שאר נכסים הוי ספק אם קנה ותאמר ג"כ דעל ספק לא תקנו חכמים ולא קנה כלום נכסים ואם תפס ג"כ מוציאין מידו, א"כ יבטל כל התקנה אף הודאי היינו כל נכסיו שנתן לו דמיקרי ודאי נכסים וזה אין סברא, לכן הניחו חכמים שיקנה גם על הספק כמו ספק בשל תורה ויועיל תפיסה, ותו מהני מתנת שאר נכסים ממ"נ אם ס"ת בכלל נכסי הרי נתן לו גם הס"ת, ואם אין ס"ת בכלל נכסי הרי לא שייר לו מהני מילי דמיקרו נכסים ותו ממנ"פ קנה שאר נכסים, ולכן גם במצוה מחמת מיתה דביה מועיל מתנת שכ"מ במקצת בלא קנין ג"כ לא פלוג חכמים והניחו תקנתם על הספק דמה שמועיל במתנת שכ"מ בכולה מועיל במצוה מחמת מיתה במקצת ודוק כי הוא נכון בס"ד:

ויש להסתפק טובא אם הנך מילי דאין לו בהן רק טובת הנאה כמו מתנות כהונה ומעשר שני המתחלק בתוך הבית וכיו"ב מי הוי בכלל נכסי למ"ד טובת הנאה אינה

ממון, כיון דאם תפס הכהן מוציאין מידו אף למ"ד טוה"נ אינה ממון כמבואר ריש פ' הזרוע (בדף קלא) בתוס' ד"ה יש בו טוה"נ, וכן דעת רבינו סוף הלכות מע"ש ונ"ר, דמצי להקנותה אגב קרקע דהא בא מכח המקנה כיון דממון שלו הוא ליתן לכל מי שירצה. ובנדרים (דף פד) דפריך רישא לסיפא דכהנים ולוים נהנין לי דמשני רב הושעיא ל"ק הא רבי והא ר"י בר"י דפליגי אי טוה"נ ממון או לא. ולכאורה צריך להבין דהא ברישא דרישא תני קונם שאני נהנה לבריות כו' ויכולה ליהנות בלקט כו' ולא תני מעשר עני, משום דמעשר עני המתחלק תוך הבית יש בו טוה"נ לבעלים ולכן אסורה להנות דנהנית מן הבריות, וא"כ קשה רישא דטוה"נ ממון ומציעתא ר"י בר"י דטוה"נ אינה ממון וסיפא רבי, אולם הא בדותא, דאדם אוסר פירות חבירו על עצמו וכן מצי לאסור דבר הפקר על עצמו, רק על חבירו לא מצי לאסור רק דבר שהוא שלו הא של הפקר אינו יכול לאסור ואף דבר שלב"ל לא מצי לאסור עיי"ש פ"ה, א"כ לעולם ברישא אמרינן דטוה"נ אינה ממון, ובכ"ז הואיל וטובת הנאתן לבעלים בלשון בני אדם דבנדרים אזלינן בתריה הוא בכלל שאני נהנה לבריות [ופוק חזי לענין עובר ירך אמו דפליגי בכל הש"ס ובלשון בני אדם כתבו התוס' בב"מ ע"ט דכגוף אחד הוי עי"ש] אבל סיפא דאיהו אסר הנייתו על כהנים אם אינה ממון הוי כאוסר פירות חבירו על חבירו, לכן פריך הגמרא רישא לסיפא ומסיק כתנאי אי טובת הנאה ממון, נמצא דבלשון קונם שאני נהנה לבריות נכללו גם הנך מילי דאין בהו רק טוה"נ למ"ד דאינה ממון, ולפ"ז מסתברא דגם בכלל נכסי הוי, אכן ז"א, דא"כ מאי בעי לה הגמרא אם ס"ת בכלל נכסי כיון דלא מזדבן לאו נכסי הוי, ליפשוט מהך דתנן בהשותפין הריני עליך כו' ואסורים בדבר של אותה העיר כגון כו' והתיבה והספרים, אלמא דאף ע"פ דלאו בכלל נכסי הוי נכללו בלשון שאם אסר הניית חבירו נכלל גם זה בהנאתו, כן אעפ"י דהנך מילי דאין לו בהן רק טוה"נ לאו בכלל נכסי הוי נכללו בלשון שאני נהנה לבריות ודוק. מיהו להפוסקים דמחלקי בין ס"ת לשאר ספרים א"ש, דשם בהשותפין מצינן לפרש בשאר ספרים ועיין תוס' שם, ועוד כיון דויתור אסור במודר הנאה לכן אסור אף מהנך דליכא ביה רק דין טוה"נ, וזה לא מסתברא לומר דבמתנה זו איכא איסורא דנותן ס"ת הוי כמו מכר ולכן בעי אם כוון ליתן הס"ת בכלל נכסיו, ז"א דהא שכ"מ נותן לאחר מיתה ובודאי שרי ליתן לאחר מיתה דדוקא מחיים אסור למכור, דאלת"ה מאי מבעי ליה במתנת שכ"מ תיפוק ליה כיון דאיסורא הוא לא תקנו רבנן דליהני בדבורא מתנת שכ"מ כמש"פ רבינו פ"ט בנתן לעו"ג יעו"ש וז"פ ועיין ירושלמי שם בהשותפין באחד שקדשה בס"ת ובש"ק שם וצ"ע, וראה מש"כ בהלכות מכירה פ"ה ה"ה:

אולם מסתפקנא טובא לשיטת הרמ"א סוף סי' רע"ו דדברים שאין לו בהן רק טובת הנאה אין יורש יורשן אם מונחים הן ביד אחרים בעת מיתתו, א"כ בהנך מילי דליכא ליה רק טוה"נ מי תקון רבנן מתנת שכ"מ, דכמו דגר הואיל וליתא בירושה לא תקון רבנן מתנת שכ"מ דכירושה שויוה רבנן, כן ה"ה דדברים דליתנהו בירושה ליתנהו במתנת שכ"מ, או דילמא רק על גברא דליתא בירושה לא תקנו מתנת שכ"מ, הא מילי דליתנהו בירושה שפיר תקנו וצ"ע, ובפרט לשיטת רש"י בפ"ק דב"מ דכל קנינים דמצד הנותן כמו חליפין ואגב קרקע ליתנהו בדברים דאין לו בהן רק טוה"נ רק בקבלתו זכה בהן כמו בדבר הפקר, א"כ מתנת שכ"מ אף ע"ג דכמסורים דמי בכ"ז אינן מסורים רק מכח הנותן ולהנותן שאין לו בהן רק טובת הניה אין לו בהן כח להקנות מצדו וא"כ לא מועיל מתנת שכ"מ, וכן פסק הרמ"א סימן ר"ג דלא מקני בחליפין:

ולפי דברי הרמ"א יש לעיין מדברי רשב"ם (דף סג) בן לוי שמכר כו' והוה"ד לישראל המוכר שדה לחבירו ואמר לו ע"מ שהמעשר שלי כו' דהא השתא נמי יש לו בה טובת הנאה זו, דלפ"ז איך ירשו בניו מקום מעשר דשייר דהא בניו אינם יורשים טובת הנאה, כיון דגם להמוריש הוא ישראל המוכר השדה לא היה בו רק טוה"נ לבד, ורק לוי דגוף המעשרות שלו וממון גמור איכא גביה מצי מוריש לבניו, ומתורת תנאי אינו דע"מ שיורא הוא כמש"כ הרא"ש, יעוין בדבריו. ומיושב לפ"ז פירוש ר"י בתוספות דלא מוקים כר"מ דמקנה דבר שלב"ל דאיך שייר לבניו דהא בניו לא באו לעולם ולדבר שלב"ל לא מועיל הקנאה גם לר"מ, ואי נימא דלבניו שהן בעולם אמר כמו שדחו בתוספות, דז"א דא"כ בישראל המוכר לחבירו ג"כ מצי משייר לבניו ואמאי תני בבן לוי דוקא ודוק:

פרק יב

הלכה י

אבל אם מכרן הראשון או נתנן לבנו(י)ו מתנה או לאחד מיורשיו לא עשה כלום:

בהשגות זה אינו מחוור המעשה דר"ב בר אביי דאקניה לבנו הקטן ולא תפסו עליו אלא משום דאחריו דר"ב היא עצמה היתה כו', פירוש דמפרש בגמרא כרש"י, אבל לעצמו שהשיור היה לעצמו שברב ביבי אמרה אחר חייו יהיה לה עצמה וכו', [ועוד כי הדרך שכתב אינו אלא כדברי ריב"ב] פירוש דסברת רבינו יתכן לר' יוחנן בן ברוקא דלדידיה אמרינן בנכסי לך ואחריך לפלוני אין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק, הרי דלשון מתנה הוי לשון ירושה, וכיון דהוי לשון ירושה תו קדמו אחריך דיורש לא מצי ירית, [והוא כתב שאינו בבריא] ורבינו הא פסק דבבריא לא אמר ריב"ב,

וא"כ בבריא אין זה לשון ירושה אלא לשון מתנה והוי ראוי ליורשו כמו אחר דמי, וא"כ הוי כנותן לאחר דלא מצי טריף אחריך [ואני סבור שהוא מפרש ענין דר"ב כו' אימור דאמר כו' אבל לעצמו כגון שנתן לבנו קטן שהוא אוכל הפירות], פירוש דהאב הא אוכל פירות שדה שנתן לבנו והוי כאילו נתן לעצמו ואם כך הוא מפרש נותן לבנו גדול שאין האב אוכל פירות מנין לו שלא הועיל כי אם לדעת ריב"ב, פירוש לדעתו הרי הוי מי שראוי ליורשו הוי מתנה ירושה, וא"כ לכן קדים אחריך כמו דקדים לכל יורש והוא אמר שלא אמר כו' אלא בבריא, כך פירוש ההשגות. ולחנם נתקשה הלח"מ בדבריו דהא בלשון מתנה מהני בבריא, וז"א דאדרבא דכן הקשה כיון דבריא אינו יכול להנחיל לראוי ליורשו, א"כ הוי מתנה דיליה מתנה גמורה וכמו דנתן לאחר דמי, וא"כ אמאי טריף מיניה אחריך כיון דלבריא אין לשון מתנה לשון ירושה, ולא עמד כלל על סוף דעתו:

ודע דסברת הראב"ד ברבינו לא יתכן לפום פירוש האמיתי דפריש לן מוהרי"ט בחו"מ סימן ע"ד, דהא דאף אם כתב לשון מתנה ליורש הוי ירושה ואין לה הפסק, היינו דאמרינן ארכביה אתרי ריכשי ונתן לו כח המתנה כמו לאחר וכן כח הירושה, דאטו משום דמצי זכי לאחר מותו בתורת ירושה לא מגרע כחו אי יהיב ליה בתורת מתנה ג"כ, דלפ"ז כאן אמאי טריף אחריך כיון דכח המתנה ג"כ יש לו לא גרע מאלו נתן לאחר, והראב"ד הבין לפ"ז בדעת רבינו דאינו נותן לו מתורת מתנה כלום רק מכיון דזה הוי ירושה וא"כ גם לגרועי כח המקבל אמרינן דיורש הוי וטריף אחריך ודוק:

הלכה יא

היה חוב על הראשון או כתובת אשה כו' אין ב"ד מגבין אותן כו':

בא להוציא מדברי הרב אלפסי בשו"ת סימן י' שפסק דחוב וכתובה שהיו עליו מקודם מתנה זו אינן גובין ומי שבא עליו אח"כ גובין דמדמה לאומר לאשה דלקמן הלכה י"ב יעו"ש דבריו העמוקים, וסברת רבינו דלא נתן לו על מנת שבית דין יגבו לחוב שלא מדעת המקבל במקום דמצי לסלק אותו בזוזי ואינו מגבה אותם מדעתו, ורק למכור וליתן דמרצונו ואיהו נהנה יהיב ליה והוי כמו שנותן נכסים לאשה באומר על מנת כל מה שתרצי תעשי לעיל פרק ג' וביאר רבינו נסים דהוי כא"ל לא יהא שלך אלא לאותו דבר שתרצי בהן לעשות בכל שעה ושעה יעו"ש, וכן משמע מהא דאמר ס"ד אדעתא לשויא איסורי הנאה כו', ויעוין במה שבארנו לעיל פרק ט' הלכה י"ג שיטת הבבלי וירושלמי ודוק:

הלכה יג

הכותב נכסיו לבנ(י)ו [ו]לאחר מותו הרי הגוף של בן מזמן השטר והפירות לאב עד שימות כו' עבר הבן ומכר אין ללוקח כלום עד שימות האב:

הנה מוכח דאם מת האב הנכסים ללוקח, וצריך ביאור גדול דהא קיי"ל בפרק אע"פ דקא פריך תמן, וכי קאמרה הכי מי מקדשה דאמרה לכי מגרשה ומי איכא מידי דאילו השתא לא קדיש ולקמיה קדיש כו' הכא גופא בידה הוא, הא לא דמיא אלא לאומר לחבירו שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה מי דמי התם בידו לפדותה כו' שדה זו שמשכנתי לך לי' שנים לכשאפדנה ממך תקדש דקדשה מי דמי התם לעשר שנים בידו לפדותה כו' והכא כיון דהפירות קנוים לאב היינו ששייר בידו קרקע לפירותיה דאילו פירות עצמן לא מצי משייר אינש לנפשיה כמש"כ רבנן בתוספות פרק מי שמת (דף קמח) ד"ה איבעיא להו דקל לאחד ופירותיו לאחר עיי"ש, וכיון שקנויה קרקע זו לפירותיה לאב הוי כמו ידי האשה שמשועבדין לבעל ואף דאמרה לכי מגרשה לא קדיש, אולם משם לק"מ, דכי קא מקדשה הלא לא קדשה רק הידים למעש"י, דבגוף הידים לא שייך קדושה, ובאופן זה המה משועבדים להבעל וכי קא מקדשה עכשיו תחת הבעל של בעל הם ולכן לא קדיש כלל, ומשום זה כי אמרה לכי מגרשה הוי כמו דבר שאינו בא עדיין לרשותה דהוי כמו דבר שלב"ל דלא קדיש, אבל כאן הלא מכר גוף הקרקע להלוקח, ולהאב אינו קנוי רק גוף לפירות לא גוף הקרקע בעצמו, וא"כ שפיר חייל מכר הגוף מהשתא ולכי מת האב ממילא הפירות המה קנוין להלוקח דמארעא דיליה קא גדלי והמוכר לא שייר לעצמו כלום, וסברא זו הוא דברי רבנן בתוס' שם בסד"ה שדה זו שמשכנתי לך עיי"ש ותבין. אך א"כ מאי פריך תמן משדה זו שמשכנתי לך דדוקא משום דבידו לפדותה או לאחר עשר שנים, הא תוך הזמן מוכח דאינו יכול להקדישה אע"ג דקיי"ל עד עשר שנים, ומוכח דאם לא הוי קייצא זמנו אז לא הוי חייל ההקדש אף שמקדיש בפירוש רק לכשיפדה, וא"כ הכא גבי אב אמאי חייל תיכף המכר על הגוף תיכף בעודנה קנויה השדה לפירות ביד האב:

ואולם בהניח משנה דא, [ועיין שטמ"ק ב"ב (דף סג) על והא אין אדם מקנה דבר שלב"ל מה שהביאו ממשנה דא עיי"ש כמו דפרישית], קשה מה נעשה בהא דפריך בפרק החובל גבי אשה ותזבין נכסי מלוג עיי"ש כל הסוגיא, חזינן דיכולה למכור גוף הקרקע מהיום אף שקנויה שדה לפירותיה לבעל יעו"ש, וא"כ קשה טובא מהך סוגיא דאע"פ גבי שדה זו שמשכנתי וצ"ב, ובאמת כבר עמדו בזה רבנן שם בתוספות, דחזינן דיכולה למכור נכסי מלוג לכשתתאלמן כו' אע"פ שעכשיו קנויה לבעל והוי דבר שאינו ברשותו ותירצו

דקונם גרוע מהקדש ולאסור בקונם קאמר בשדה זו שמשכנתי לך כו' והדוחק גדול עד מאוד דלשון הקדש הוא על קונם, ועוד דלפי המסקנא קונם עדיף טפי דהוי קדוה"ג ומפקיע מידי שעבוד, ויותר מרווח בזה מה דפירש הריטב"א שאינו מקדיש הקרקע עצמה רק גוף הקרקע לפירות, וזה הוא קנוי גוף לפירות למי שממושכן תחת ידו, וכן בשוכר יכול להקדיש לבד נגד דמי השכירות, וזה ממש תירוץ תוספות הראשון שכתבו רק דידיה עדיפא מדידהו, שהם כתבו דהכא מיירי שמקדיש כל השדה אף מה שאינו יכול להקדיש עתה, וזה צ"ב, הלא כל מה שמצי עכשיו לקדש הוא גוף הקרקע יהא קדוש מעכשיו, או מה שיותר על המשכונה, ואטו אם ההקדש בטל בחד דבר בטל כולו:

ולדעתי העניה א"ש עפ"י דברי הרשב"א בחידושיו לנדרים ובתשובה, והובא בהגהות שו"ע סימן רנ"ז דבהקדש לא מצי אדם להקדיש גוף קרקע מהיום ופרי לאחר שלשים יום דכי ינקי משדה הקדש ינקי יעו"ש, והוכיח זה ממשנתנו דהמקדיש שדה לא הקדיש רק חרוב המורכב וסדן כו' מפני שהם יונקים משדה הקדש, וא"כ א"ש דיכולה למכור נכסי מלוג וכן כאן יכול הבן למכור הגוף תיכף מחיים של אב אף ע"ג דהן קנוים גוף לפירות לאב ולבעל, משום דהגוף בעצמו הוא שייך להאשה או הבן ומקנים מה דקנו, וכמו דמצי קני גופא מהיום אף דפירות שייר לעצמו עד מיתה כן מצי הבן למכור ולא יהא גרוע השני מן הראשון, אבל בהקדש אם יקדיש גוף הקרקע הלא אז יאסר מי שהפירות שלו, אע"ג שהקרקע קנויה לו לפירות בכ"ז ינקי משדה הקדש ולאו דיליה הוי דמעיל בגדולין ואף למ"ד אין מעילה בגידולין מ"מ איסורא איכא, לכן לא מצי חייל ההקדש על גוף השדה שיהא אסור בעל הפירות להנות לנפשו מה ששייר לעצמו בזה השדה, וכאילו שייר כח שלא יהא יכול להקדיש גוף השדה ולהפקיע את זכותו ששייר לעצמו בקנין גוף לפירות, ולכן כיון דהשתא אינו יכול להקדיש ה"נ אם מקדיש לאחר שיפדה הוי דבר שלא בא לרשותו והוי כמו דבר שלב"ל, ולכך קאמר טעמא משום דקיץ או משום דבידו לפדותה, [ומש"כ הר"ן בנדרים דמקדיש מעכשיו, אין כוונתו שמקדיש מעכשיו, דא"כ איך אכיל פירות מי שממושכן בידו, כיון שגוף הקרקע הוא הקדש, רק שמקדיש השדה לאחר זמן שיפדנה שיהא חל הקדושה מעכשיו וכמו שאומר לעבד לכשאקחך הרי את קנוי לך מעכשיו שאטו עכשיו מקנה ליה, אולם עיין בשטמ"ק סוף המוכר הבית בדברי הר"ן בהא דפריך וא"א משייר קרקע כי קא ינקי מדנפשייהו ינקי, שפירש דרק משום מראית עין שיונקים משדה הקדש להכי סליק אדעתיה להקדישם יעו"ש דמוכח דסבר דמצי אדם להקדיש גוף שדה מהיום ופירי לאחר שלשים יום] אבל במכר שכמו שהוא שותף עמו כן יהיה האחר שותף עמו, ודאי דמצי למכור לאחריני גופא מעכשיו, ובודאי דמצי

למכור גופא לאחר זמן ג"כ שאין זה דבר שלא בא לרשותו דהא איתא במכירה מהשתא, והא דבערכין אמר דמשכיר שהקדיש הדר ביה במעילה קאי, מיירי ג"כ במשכיר בית סתם דמצי יהיב ליה אחרינא כמו שהאריכו הפוסקים ועיין יו"ד הלכות נדרים סימן רכ"א בש"ך ס"ק מ"ה בשם הרשב"א כן ואיתא כן ברשב"א פרק השותפין יעו"ש היטב:

ובזה ניחא הא דירושלמי סוף מקום שנהגו דהמשכיר שהקדיש בית וקדם לו כו' לא קדם לו את שכרו דר ביה ומעלה שכר להקדש [והעיקר דסבר הירושלמי דדר ביה והבית קדוש כמו שפירש הש"ך יעו"ש באורך ודלא כתלמודין דבמעילה קאי], וע"כ בבית זה, ואפ"ה יכול להקדיש גוף הבית וגוף הבית שקנוי לשכירות דירה אינו משל הקדש, דירושלמי אזיל לטעמיה דסבר מצי אדם להקדיש גוף מהיום ולהנות מפרי עד שלשים יום, ולא סבר כבבלי דיונקין מן ההקדש וכמו שביאר הרשב"א לנדרים (דף כח) בשיטת הירושלמי בקדושין דאמר ליידא מילה לשייר לו גיזה כו' שכל שלשים יום מותר בגיזה אף דגוף השור קדוש, ותו כיון דמצי להנות ולדור בהבית לפי שיטת הירושלמי בקדושין דאף ע"ג דקדוש מעכשיו מ"מ מצי לשייר בו לגיזה ועבודה, מצי לדור אף אם הבית קדוש, לכן מהאי טעמא מצי המשכיר להקדיש הבית כיון שאין מפקיע שכירות ושעבוד השוכר בהקדישו, וזה דרך ישר, וראיתי להרשב"א פרק השותפין שהביא הירושלמי דמקום שנהגו יעו"ש, וכבר תמה עליהם הש"ך דהא הירושלמי אמר דר בו ומעלה שכר להקדש ואע"ג דלא הקדים שכרו קאמר דדר בו, וגם פירוש הירושלמי לדעת הש"ך אינו מובן דבמה קדוש השכירות שנותן להקדש כיון דגוף הבית אינו יכול להקדיש והדמים לחוד לא הקדישו. אולם זהו כפי מה שהרכיבו שיטת הירושלמי ובבלי בחדא שיטה, אך לפי מה שבארנו כל חד לטעמו אזיל, ולהבבלי בהקדש בית שהשכירה לשוכר אינו חל כלל רק אם השכיר לו בית סתם, דבבית זה אם יהא חל ההקדש יאסר השוכר לדור ואינו יכול להפקיע דירת השוכר לכן לא חל כלל כמו במשכנתא, ולשיטת הירושלמי דמצי לדור אע"פ שהקדש חל על הבית תו יכול להקדיש גוף הבית ובכ"ז דר ביה אידך. ושיטת רבינו בהלכות ערכין פרק ו' נראה דדעתו לחלק בין משכנתא לשכירות, שבשכירות סופה לחזור אליו בלא דמים לכן מצי להקדישה ולאסרה על השוכר כאשר חלקו בזה כמה מהקדמונים ואכ"מ ודוק בכ"ז:

הרי הן של בן מפני שדעתו ש"א כו':

נ"ב יעוין מש"כ פרק א' מגירושין הלכה ו' בזה קחנו משם:

הלכה טו

שטר מתנה שכתוב בה וכו' בין שהיה בשטר קנין כו':

הנה באיש שהקנה נכסיו לאחר שלשים יום, כפי הנראה מדברי הרב המגיד המבאר שיטת רבינו בריש פרק ח' מהל' גירושין, שאף בממון שפסק רבינו כר"י דזמנו של שטר מוכיח עליו דמעכשיו הוא נותן גופו של קרקע לפלוני במתנה זה דוקא בלאחר מיתה, שאם נימא שנתן לאח"מ הר"ז בטל לגמרי, אבל כשנתן לאחר שלשים יום ואז תולה בתנאי, אז לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו, [ודוגמא לזה מצאנו בפרק האומר בקדושין (דף נט) ואי אמר שמואל הלכה כרבי הו"א התם דאין גט לאח"מ, אבל הכא דיש קדושין לאחר ל' ועיין רש"י שם ודוק] וסמוכין לזה מצאתי בירושלמי קדושין פרק ג' הלכה א', תלוש מן הקרקע הזה שיקנה לך לאחר ל' יום מכרו תוך שלשים יום אינו מכור כו' לידא מילה א"ל לאחר שלשים לשייר לו אכילת פירות, הילך סלע שתקנה לי שדך לאחר שלשים יום מכרה תוך שלשים יום כו' הר"ז מכורה, וטעמא פשוט, דבחזקה אם נימא דכוון שלא יקנה אלא לאחר שלשים א"כ החזקה אינה כלום, דבעידן הקניה כבר כלתה, לכן על כרחין דיקנה מעכשיו גוף בהך חזקה ופירות לאחר מיתה, אבל בכסף דאף אם נתאכלו המעות ג"כ חל הקנין לאחר ל' יום וכמו דאמר לגבי קדושין פרק האומר (דף נט) רב ושמואל כו' מקודשת ואעפ"י שנתאכלו המעות כו' לכן לא נתכוין להקנות לו גופא מהיום, והגם כי בבבלי פרק האשה שנפלו אמר דאם אמר לך ומשוך פרה זו ולא תהיה קנויה לך אלא לאחר ל' יום לא קנה, מוכח דפליג על הירושלמי דמשיכה דמיא לחזקה, בכל זה רגלים לדברי ההמ"ג לחלק בכתוב זמן בשטר בכה"ג, דדוקא היכי שיתבטל כל ענין השטר אמרינן דנתכוין להקנותו מעכשיו לא בלאחר שלשים, ובאמת כפי שמפורש בתוספתא כתובות פ"ח טעמא דר"י בכותב נכסיו לבניו, דמש"ה אין הזמן מוכיח דהזמן צריך שידעו לענין אם באו נכסים אח"כ לרשותו, אותן נכסים לא הקנה, רק אותן שהיה לו בזמן שנכתב בשטר, ולפ"ז מוכרח לחלק בין גירושין לדיני ממונות כשיטת רבינו דבגט לא חשש כלל לדברי ר' יוסי, דאם תאמר דר"י פליג בגט, מי הוא תנא דמשנתנו דאמר בלאחר מיתה אינו גט, דר' יהודה הלא טעמו לא שייך באשה, ואם כוון לגרש לאחר מיתה למה כתב זמן, ועל כרחין דלא דמו כלל להדדי, וזה ראיה נצחת:

ולפ"ז יפלא באמת על רבינו אמאי כתב כאן שטר מתנה שכתוב בה שיקנה כו' שדה פלוני לאחר מיתה, דבזה גם ר"י מודה דלא שייך טעמו, ובודאי דזמן של שטר מוכיח, טפי הו"ל להשמיענו בכותב נכסיו דיש בזה נפ"מ לענין הנכסים שיבואו אח"כ לרשותו [עין לעיל פרק י"א הלכה י"א] בכ"ז זמן של שטר מוכיח דמהשתא קא מקני ליה גופא

של קרקע, ואולי חשש רבינו לדברי רב נחשון גאון שהביא בהלכות שחשש לדברי ר' יהודה, ואין זה מספיק כמובן צ"ע:

אך דא מסתפקנא, היכי דאמר שדה זו נתונה לך לאחר שלשים יום ובבוא היום שלשים נעשה חרש או שוטה וכיו"ב בענין שאינו ראוי להקנות אם חל הקנין או לא. ונראה דגמרא ערוכה היא בפרק יש נוחלין (דף קכז) דפריך לרבנן יכיר ל"ל כו' לא צריכא בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, הרי דלר' מאיר דאדם מקנה דבר שלב"ל בעינן שיהא כשיבואו לעולם בר הקנאה הא בלא זה אין בקנינו כלום, וה"ה בנידון דידן אם נשתטה טרם בא יום שלשים ואז בשעת חלות הממכר אינו ראוי להקנות לא חל הקנין ובטלה ממכרו לגמרי, ולא מסתברא לחלק בין דבר שבא לעולם לדידן לדבר שלב"ל לר"מ, כן היה נראה ברור, אולם המחנ"א הלכות זכיה סימן ט"ז שדא בה נרגא מהך (דדף קלז) דפליגי אביי ורבא מתנת שכ"מ אימת נקנית כו' עם גמר מיתה, הדר ביה אביי כו' לא ס"ד דתנן זה גיטך אם מתי כו' לא אמר כלום דאי עם גמר מיתה א"כ הוי גט ואמאי קתני לא אמר כלום (לשון רשב"ם), חזינא דאע"ג דבעת גמר הגירושין אינו ראוי לגרש שהוא גוסס בכ"ז הגט קיים, והערתו עצומה:

ולדעתי נראה דבהא תלוי דאם יכול לחזור בו קודם שבא היום שלשים, אז בעינן שיהא בשעת גמר הקנין ראוי להקנות, אבל אם נימא דאינו יכול לחזור, סבר תלמודין דכיון דהתחיל הקנין כשהיה שפוי ובריא, תו אף אם בעת גמר הגירושין אינו ראוי להקנות ג"כ מהני, ולכן תלוי זה בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל בריש האומר בקידושין, באם חזרה ולא קבלה קדושין מאחר תוך שלשים אם יכולה לחזור אי אתי דיבור ומבטל מעשה יעו"ש, דר"ל סבר דאינה יכולה לחזור אם לא שתקבל תוך שלשים קדושין מאחר, וא"כ שפיר מוכיח דאביי הדר ביה מהא דתנן הר"ז גיטך אם מתי כו' לא אמר כלום, וא"כ לר"ל דסבר דלא אתי דבור ומבטל מעשה, א"כ הכא אין יכולת בידו לבטל מעשה של הגירושין דלא יחולו הגירושין כשיגמר מיתתו, א"כ תו סגי אף אם הוא גוסס ואין בו כח לדבר ושכל להבין דלאו בר גירושין הוא כל זמן שהיא אשתו, בכ"ז כיון דהתחיל הגירושין מעיקרא שפיר יהא הגט חל, ובודאי דלא פליג בהא אביי על ר"ל ומהא הדר ביה, וזה מוכרח, דאל"כ יקשה טובא אטו יפלוג אביי על כולהו אמוראי קדמאי דסברי בפ' מי שמת (דף קנב) דאין שטר וקנין לאחר מיתה ודוקא במיפה כחו ואמאי הא בגמר מיתה מועיל הקנאה, וכן כתיבת שטר אם כתב ונתן והקנה מחיים שיחול כשימות היינו שיחול בגמר מיתה, ולפמש"ב ניחא בס"ד, דפשיטא דלא מהני ובעת חלות הקנין בעי שיהא ראוי להקנאה, רק ממשנתנו פריך דאיך יעשה ריש לקיש דלדידיה דאינו יכול

לחזור מהני בכה"ג ג"כ ודוק:

ולפ"ז הא דקאמר בפרק מי שאחזו (עג:) באומר מעת שאני בעולם, דודאי כוון משעה שיכול לגרש שגמר הגירושין יחול בעוד שיהיה בר הקנאה [ודלא כמו שפירש הרשב"א בחידושיו], והירושלמי דסבר דנתן לה גיטה ואמר לא יהא גט אלא למחר ונעשה קורדייקוס דלר' יוחנן מהני אע"ג דמדמה תמן קורדייקוס לשוטה יעו"ש, פליג על תלמודין וכמו באם עשה שליח סבר דמהני, אפילו נעשה שוטה אחר השליחות מהני [ועיין בזה פר"ח הלכות גיטין] ודלא כתלמודין דאמר דרק משום דסמיא בידן סבר ר"ל דלא דמי לשוטה, אבל בשוטה סברה גמרא דילן דאין כותבין ונותנין, כן פליג גם בהא, אבל שיטת הירושלמי נראה דאינו יכול לחזור טרם חלות הגירושין ובזה סבר דמהני אם נשתטה בעת חלות הגירושין, ופוק חזי דבריש השולח מייתי הירושלמי פלוגתא דר"י ור"ל אם אדם מבטל שליחותו בדברים, וזה דוקא בשליחות אבל במעשה סבר דלא אתי דבור ומבטל מעשה וכלישנא בתרא דרב זביד בגמרא דילן ודוק:

ובזה יתישב מה דאמר הירושלמי פרק האומר הלכה א' הילך כסף זה שיקנה לי עבדך לאחר שלשים יום אית תנא תני הראשון כו' אית תנא תני השני ביום וביומים כי כספו הוא, והמתבונן יראה כי הירושלמי סובר דלא איירי בהקנה לו העבד מעכשיו ושייר לעצמו תשמישו לשלשים כמו שמפרש תלמודין בכמה דוכתי ומהם פרק חזקת וב"ק צ' רק מיירי שאמר שלא יהא קנוי אלא לאחר שלשים ואם שחררו בינתים הוי בן חורין ובכ"ז סבר דהשני ביום ויומים וטעמא מאי, ע"כ דסבר דאינו יכול לחזור בו אם לא היכי דעביד מעשה שמכרו או שחררו בינתים ולכך לא מקרי כספו ודוק. [וכן פירש הרשב"א שם ריש פרק האומר דירושלמי פליג וסבר דאינו יכול לחזור עיי"ש ובר"ן], ועיין מש"כ בהלכות גירושין פ"ג הט"ו:

ואעתיק בזה לשון התוספתא דפ"ח דכתובות, ר' יוסי אמר אינו צריך מפני שזמנו של שטר מוכיח עליו אמר לו ר' יהודה והלא אין זמנו של שטר מוכיח עליו אלא משעה שנכתב, אף הכותב נכסיו לבניו וחזר וקנה נכסים אחרים, כל שלא היה בכלל מתנה ראשונה ה"ה של יורשים, עכ"ד התוספתא. וביאורה שכל זה מדברי ר' יהודה, והלא אין זמנו של שטר מוכיח אלא [להודיע] משעה שנכתב, להודיע שעה שנכתב שאף אם כתב כל נכסיו לבניו וחזר וקנה נכסים אחרים אינו שייך להם רק הנכסים שהיו בשעה שנכתבה המתנה לא מה שהגיעו לו אחרי זמן הכתיבה, וע"ז מורה זמן הכתוב בשטר, לא להיות הגוף שייך מהיום אל המקבל מתנה כן ביאור התוספתא בס"ד: