הלכה · משנה תורה · מפרשים · מלאכת שלמה · ספר קניין

מלאכת שלמה על משנה תורה, הלכות זכייה ומתנה

רבי שלמה חכים

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מלאכת שלמה על משנה תורה, הלכות זכייה ומתנה

רבי שלמה חכים

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/מלאכת-שלמה-על-משנה-תורה-הלכות-זכייה-ומתנה/
הקובץ נוצר ב־22 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה א 4
הלכה ו 4
הלכה יד 5
פרק ב 6
הלכה א 6
הלכה י 7
הלכה יא 7
הלכה יח 7
פרק ג 8
הלכה ב 8
הלכה ז 9
פרק ד 10
הלכה א 10
הלכה ד 11
הלכה ח 14
הלכה ט 16
פרק ה 17
הלכה א 17
הלכה ו 23
הלכה ז 24
הלכה ח 25
הלכה ט 26
פרק ו 27
הלכה א 27
הלכה ב 28
הלכה ט 36
הלכה יא 37
הלכה יד 39
הלכה יז 45
הלכה יח 46
הלכה כ 47
הלכה כא 47
הלכה כד 52
פרק ח 52
הלכה ב 52
הלכה ג 53
הלכה ה 54
הלכה ט 57
הלכה י 60
הלכה טו 60
הלכה יז 62
הלכה יט 63
הלכה כ 63
הלכה כא 64
הלכה כד 65
הלכה כו 65
הלכה כז 65
פרק ט 66
הלכה ג 66
הלכה ז 72
הלכה ט 73
הלכה יז 74
הלכה כב 80
הלכה כג 81
פרק י 83
הלכה ב 83
הלכה יד 83
פרק יב 85
הלכה ב 85
הלכה ו 86
הלכה י 94

פרק א

הלכה א

כל הקודם בו זכה וכו'. עיין להרב בצלאל בפ"ב דמציעא דף ל' מהש"ס בד"ה לדידך לא הוי הפקר שכתב וז"ל ואע"ג שיכול לחזור בו המפקיר עד ג' ימים שאני הכא שכבר זכה בו תוס' משנץ עכ"ל וצ"ע דאי מיירי שכבר זכה בו היכי מצי למיהדר ביה ר' ישמעאל ועוד דמלישנא דהש"ס משמע דעדיין לא זכה בו דקאמר הש"ס חזייה דהוה קא בעי למהדר ולמזכי בהו (א"ה ס"ט ויותר קשה דהרב בצלאל גופיה שם קודם לכן כתב כן להדיא בשם התוס' וז"ל לכו"ע מפקר ואע"פ שלא התנה בשעת הפקר יכול הוא להתנות כל זמן שלא זכה בו דהא עד ג' ימים יכול לחזור בו המפקיר כל זמן שלא זכו בו אחרים כדאיתא בנדרים כן פירשו בתוס' עד כאן הרי דמוקי התוס' עובדא דר' ישמעאל בר' יוסי דעדין לא זכה בו ומשו"ה יכול לחזור בו והוא מוכרח מן הגמ' ואיך כתב תוך כדי דיבור להיפך משם התוס' שאנץ ולא נרגש כלום אם לא שנאמר דלהכי נתכוון הרב בצלאל ז"ל שהביאם ב' הלשונות סמוכים זה לזה וק"ל).

הלכה ו

גר שמת וכו' ואין בעל המצר יכול לסלקו בדמים וכו'. נראה דדעת רבינו ז"ל הוא דהזוכה מן ההפקר אין בעל המצר מסלקו אפי' נותן דמי שיווי של הקרקע ומכאן קשה להסמ"ע בסי' קע"ה ס"ק ק"ז שכתב דהזוכה מן ההפקר שאין המצרן יכול לסלקו שהוא בלא דמים אבל בנתינת דמי שיווי של קרקע דיכול דלא יהא אלא לוקח דאמר ליה קבל דמך ולך קח במקום אחר ודוקא בנותן מתנה לית ליה דינא דבר מצרא מטעם שנתבאר לעיל ואותו הטעם לא שייך הכא ומיהו אינו מוכרח כל כך די"ל וכו' יעו"ש שהניחו בספק ואילו מדברי רבינו נראה דלא מצי לסלקו אפי' בזוזי דמה לי זוכה מן ההפקר ומה לי מחזיק בנכסי הגר אידי ואידי הפקר נינהו וכן ראיתי להרב בצלאל במציעא דף ק"ח מהש"ס שהביא משם הרמ"ך בההיא דמאן דזכי ביני אחי שכתב וז"ל והאי פירוש דחיק הוא דאפי' בדמי שוויה לית לן לסלוקי דלא גרע זוכה מן ההפקר ממקבל מתנה ומה לי זכה לו נותן מתנה ומה לי זיכו לו שמים אין לך מתנה גדולה מזאת ולית בה משום ועשית הישר והטוב כלל וכו' יעו"ש כנראה שהוא כדעת רבינו כמ"ש ואפשר דמשו"ה לא פסק רבינו בהל' שכנים דהזוכה מן ההפקר אין בעל החצר יכול לסלקו ושו"ר להרב מל"מ בפי"ב מהל' שכנים שהקשה להסמ"ע מהא דפסק רבינו וכמ"ש ועיין עוד בהרב בצלאל שם שהביא תשובת הרי"ף דסובר דהזוכה מן ההפקר מסלקו המצרן בלא דמים וזה שלא

כדברי רבינו ושלא כדברי הסמ"ע יעו"ש והטור בסי' רע"ה ס"ב כתב וז"ל ואין בעל המצר יכול לסלקו שהפקר אין בו משום דינא דבר מצרן עכ"ל והוא כלשון רבינו כמ"ש הרב ב"י ומכאן קשה ג"כ להסמ"ע ז"ל.

(**א"ה** ס"ט עיין בפרישה סי' רע"ה דנראה דלא הוה גריס בדברי רבינו תיבת בדמים מדהוצרך ללמוד מדברי רבינו שסיים שזו כמתנה היא וכתב ונראה פשוט דאף אם בעל המצר רוצה ליתן לו דמי השדה שזכה מהגר אפ"ה אין בידו כח לסלקו וכו' מכל מקום מדמדמהו למתנה אין לחלק בינייהו יעו"ש. וא"כ ממילא נחה שקטה קושית עטרת ראשי מורי זקני הרב המחבר זיע"א והיא קושיית הרב מל"מ וכנ"ל אלא אי קשיא הא קשיא ממ"ש בפרישה סי' קע"ה וז"ל אינו יכול לסלקו פי' מסתמא אינו רוצה ליתן לו דמי שיוויו של קרקע לכן אמר שאינו יכול לסלקו אבל בדמי שווייה יכול לסלקו שהרי יכול לקנות אחרת ולא עדיף מלוקח ופשוט הוא וכו' יעו"ש הרי דפשיטא ליה להרב ז"ל דבדמים מיהא יכול לסלקו היפך ממ"ש בסי' ער"ה ויש ליישב ועיין להרב בצלאל למציעא דף ק"ח מהש"ס ד"ה האי מאן דמחזיק ביני אחי או ביני שותפי שכתב או מנכסי הגר וכו' יעו"ש ודוק).

הלכה יד

לפיכך ישראל שלקח שדה וכו'. הנה לענין שכירות כתב מרן בב"י בסוף סי' קס"ב וז"ל וא"כ גבי שכירות כיון דאין רגילות לכתוב עליו שטר קנה בכסף לחודיה וכו' יעו"ש ופסקו מור"ם בסי' קצ"ד ס"א וכתב הסמ"ע סק"ה וז"ל ומיהו שכירות מן הכותי קונה בכסף לחוד וכ"כ בב"י בסוף סי' קצ"ב והביאו בדרכי משה בסי' זה לדעת רשב"ם דס"ל דישראל מגוי לא קנה אלא בשטר ודייק מינה הא שכירות שאין דרך העולם לכתוב עליו שטר קנהו בכסף בלא שטר וס"ל למור"ם דגם לאינך המפרשים דס"ל דאפי' במקום דישראל מישראל קונה בלא שטר ישראל מגוי אינו קונה משום דלא סמכא דעתיה מ"מ בשכירות שהוא לזמן סמכא דעתיה מאחר שקבל הגוי דמי השכירות עכ"ל.

וראיתי בס' מחנה יאודה בסי' קצ"ד ס"א שכתב דלהנך רבוותא דס"ל דאף במקום שאין כותבים לא קנה ה"ה בשכירות ולפי הסכמת הב"ח והסמ"ע דלא שנא לן בין מקום שכותבים למקום שאין כותבים ה"ה נמי בשכירות ויש מן הדקדוק על הרב ש"ך בסי' זה סק"ב דאם התנה לוקח שיקנה בכסף לחוד שכתב מור"ם דקנה כתב דהרב ב"ח חולק עליו דאף אם פירש לא מהני ומשמע דבמה שכתב ברישא דבשכירות מן הגוי קונה מודה והא ליתא דכיון דפירש לא מהני ה"ה נמי אף במקום שאין כותבים לא קנה דהא במקום שכותבים היכא דפריש פריש ואפ"ה בגוי לא מהני וא"כ ה"ה נמי במקום שאין

כותבים וא"כ שכירות נמי לא מהני כיון דהך דינא ליתא אלא למ"ד דגוי קונה במקום שאין כותבים וגם לדברי הב"ח יש גמגום זה עד כאן ולפי מ"ש הסמ"ע בדין השכירות דכו"ע מודים בה א"כ ליכא לאותביה לא להרב ב"ח ולא להש"ך וגם הסמ"ע והב"ח שהסכימו דהך דינא הוא בין במקום שכותבים בין במקום שאינן כותבים לענין מכר ומ"מ לענין שכירות שנייא ושפיר סמכא דעתיה דשוכר כמ"ש הסמ"ע.

והנה הרב ב"ח הוכיח מדברי הרא"ש דלא מהני תנאי הלוקח מדכתב אם פיקח הוא יחזיק בתורת הפקר וכו' למה צריך זה באמירה בעלמא שיאמר הלוקח אי בעינא בכספא איקני סגי לפי מה שפירש הב"י יעו"ש ולענ"ד אחר המחילה רבה הוכחה זו איכא למיפרך דהרא"ש ז"ל לא איירי כי אם בדין האמור בנתן מעות ולא נכתב עדיין השטר דאם פקח הוא יחזיק בתורת הפקר וזוכה אבל בתקנה שקודם נתינת הדמים לא איירי הרא"ש וזה ברור.

פרק ב

הלכה א

נכסי הגר וכו' חוץ מאכילת הפירות וכו'. וכתב הטור ז"ל בסי' ער"ה וז"ל ויש שהיא חזקה בלוקח ואינו חזקה בנכסי הגר כגון אכילת הפירות דבלוקח הוי חזקה אבל לא בנכסי הגר וכו' והקשו עליו ממ"ש בסי' קצ"ב שהביא דברי רבינו שבפ"א מהלכות מכירה דפסק דאכילת פירות הוי חזקה ודברי הראב"ד דפליג על דברי רבינו וס"ל דבאכילת פירות לא קנה והסכים לדעת הראב"ד יעו"ש והסמ"ע בס"ק י"ח תירץ וז"ל וצ"ל דהטור מיירי כאן בסי' ער"ה בטוען הלוקח שקנה השדה בשטר או בחזקה ואכילת פירות אינו אלא לראיה על הקניה יעו"ש וכן נמי תירץ הרב מל"מ בפ"א מהל' מכירה דדברי הטור דבסי' ער"ה לישנא דגמ' נקט דאמרינן והרי אכילת פירות דבנכסי חברו קנה ובנכסי הגר לא קנה והתם מיירי לענין חזקה ג' שנים וכדאוקמא הראב"ד יעו"ש ומן התימה על הרב ז"ל שלא זכר ש'ר דברי הסמ"ע.

וראיתי למרן החבי"ב ז"ל בסי' קצ"ב הגהות ב"י אות ט"ו שהביא דברי הסמ"ע והקשה עליו וז"ל ולא הבינותי זה דא"כ אין מובן לדברי הטור שכתב ויש שהוא חזקה בלוקח ואינה חזקה בנכסי הגר דמה דמות יש זה לזה בלוקח אכילת פירות היא הוראה על הקניה או על החזקה שקדמו ובנכסי הגר האכילה היא החזקה עצמה ואדרבא יותר צודק לומר דאכילת פירות אינו חזקה בנכסי הגר עד כאן עיין להרב הפרישה בסי' זה שביאר כונתו ולפי"ז לק"מ (א"ה ס"ט עיין בס' בני משה שלטון בליקוטיו דף ו' ע"ג דהבין דמ"ש

הרב עצמות יוסף בדף נ"ג בסוף דבריו אבל קשה שהטור בסי' קצ"ב הביא דברי הר"א דס"ל דאכילת פירות לא הוי אכילה וכתב דהכי מסתברא עד כאן דכונתו על הרא"ש ומכח זה תמה עליו דהטור לא כתב זה משם הרא"ש אלא מדברי הראב"ד ז"ל וכו' יעו"ש והביא דבריו הרב מטה שמעון בהגהות הטור אות י"ב ואחרי הנשיקת ידי ורגלי קדשו דברי הרב עצמות יוסף מבוארים היטב דמ"ש הביא הר"א דס"ל וכו' היינו הראב"ד שכן בלשון זה מביאים הראשונים ז"ל וק"ל).

הלכה י

המפיץ הזרע וכו'. עי' בהרב המגיד ז"ל וכתב הגהות מיימוני באות ח' וז"ל דהשלכת הזרע לא הוי חזקה אלא א"כ מכסהו אח"כ רשב"ם ז"ל עד כאן והטור ז"ל בסי' ער"ה כתב וז"ל ולפיכך המוצא שדה הגר חרושה וזרעה ולא כיסה אחר הזרעה וצמחו ואכלה לא הוי חזקה ועיין בב"י ובסמ"ע ס"ק ל' ומהתימה למרן החבי"ב ז"ל שכתב בהגהת הטור אות כ"ג וז"ל וה"ה במפיץ זרע לתוך התלמים לא קנה שבשעה שהשביח שבח הבא מאיליו הוא כדאיתא בגמ' ומשו"ה לא כתבו רבינו בעל הטורים דדבר הלמד הוא עד כאן והוא תימה שבפירוש כתבו הטור כדכתיבנא אלא שיש שינוי קצת בלשון וצ"ע.

הלכה יא

היתה מחיצה בנכסי הגר וכו'. בפרק עושין פסין (עירובין דף כ"ה) וראיתי להרב זקן שמואל בסי' ער"ה סט"ז שהקשה וז"ל קשה לי על דברי הרב יעקב בעל הטורים למה השמיט ההיא דאמרו בגמ' עשה מחיצה על התל דהוי חזקה בנכסי הגר ושמא דסמך על מ"ש בהל' שבת ואע"ג דיש דברים דהתם מועיל והכא אינו מועיל עכ"ז לזה אין חילוק עכ"ל.

ואני בעוניי לא ראיתי שם בגמ' שאמרו דאם עשה מחיצה על התל שקנה בנכסי הגר ולא הוזכר שם כי אם דוקא לענין שבת ולא לענין נכסי הגר וכמו שכן פסקו הפוסקים רבינו ז"ל בהל' שבת פט"ז והטור ומרן ז"ל באו"ח סי' שנ"ח יעו"ש ועיין לרש"י בסוגיין וצ"ע.

הלכה יב

גר שמת ובזבזו וכו'. בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ב) מייתי רב ששת הך ברייתא דגר שמת ובזבזו ישראל את נכסיו להוכיח דהמזכה לעובר קנה ודחי אביי דירושה הבאה מאליה שאני ורבא משני שאני התם דמרפיין בידייהו מעיקרא ופריך מאי ביניהו ומשני איכא בינייהו ששמעו שמת ולא מת ואח"כ מת עד כאן ופי' רשב"ם וז"ל צריך לפרש איכא בינייהו בין אביי ורבא בכה"ג גר שמת ובזבזו ישראל את נכסיו והחזיקו ואח"כ שמעו שאשתו מעוברת ושמעו אח"כ שמת העובר ועדיין היו מוחזקין [אי נמי שהחזיקו]

אחר ששמעו בו שמת ולא היה מת כששמעו אלא אח"כ מת לאביי דאמר עובר יורש משום דהוייא ירושה הבאה מאליה המחזיקין בראשונה קודם מיתת העובר לא החזיקו אלא מחזיק אחר מיתתו ולרבא דתלי טעמא ברפוי המחזיקין ראשונה ששמעו בו שמת הויא חזקתן חזקה אע"פ שנודע לבסוף דעדין לא מת מ"מ לא מרפיין בידיהם כיון ששמעו בו שמת והעובר לא יצא לאויר העולם ולא זכה לירש דלרבא אינו יורש עד שיצא לאויר והמחזיק בשנייה לא קנה וכו' יעו"ש.

והנה מ"ש בתחילת דבריו גר שמת והחזיק ואח"כ שמעו ששתו מעוברת ושמעו אח"כ שמת העובר ועדיין היו מוחזקין וכו' לא זכיתי להבינו דא"כ מאי בינייהו בין אביי ורבא דבין לאביי דאמר ירושה הבאה מאליה שאני ויש לעובר זכיה ומעכב למחזיק ראשון ולא קנה ובין לרבא כל דלא שמעו שמת העובר עדיין רפוי מרפין בידייהו כיון דבתחילת החזקה עדיין לא שמעו שמת אבל מ"ש אח"כ אי נמי וכו' אתי שפיר כיון שהחזיקו אחר ששמעו שמת ויש ליישב ועיין לרשב"ם גופיה בד"ה לשון קצרה ודוק (א"ה ס"ט עיין להרב תורת חיים בסוגיין מה שהקשה לדברי רשב"ם ולא זכר ש"ר לדברי הרב המגיד בפירקין ועיין להרב לח"מ מה שהקשה על מה שתירץ רבא שאני התם דרפוי מרפיין וכו' דאכתי קשה כיון דהמזכה לעובר לא קנה אמאי חייבים להחזיר וכן הקשה לרבינו ז"ל ותירץ יעו"ש עיין להרב בצלאל בשטמ"ק בסוגיין בד"ה ההוא וכו' יעו"ש).

פרק ג

הלכה ב

מחל לחברו חוב וכו'. עיין במהרי"ק שורש צ"ד שדקדק מדברי רבינו דדוקא בדבר דאיתיה בעין שייך נתינה אבל בחוב דליתי אלא שעבוד לא שייך אלא מחילה וכן הוא דעת הרא"ש בתשובה הביאה הטור סוף סי' ע"ג ועיין במל"מ בדין שלפנינו מה שהקשה מדברי רבינו שבפ"א מהל' טוען והרב לח"מ הקשה מפ"ה מהל' מכירה ומה שתירצו האחרונים על זה יעו"ש.

וראיתי להרב מהר"י חאנדלי סי' כ"ב דף קי"ט שהקשה לדין זה של הרא"ש ומהרי"ק מההיא דריש פ' הזהב הנותן ערבון על המקח ואומר אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך ואמר המוכר אם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך אם חזר הלוקח קנה המוכר ופסקה הטור בסי' ר"ז ואם איתא דבמטלטלי בעין לא שייך לשון מחילה אמאי קנה כיון שהלוקח לא אמר אלא לשון מחילה ומחילה לא שייך במטלטל ומאי שנא מההיא דכתב הרא"ש גבי משכון יעו"ש. ולענ"ד נראה דלק"מ דגבי זוזי כיון דלהוצאה ניתנו דין מלוה יהבינן להו

דהא אפי' פקדון אם תובע אותם המפקיד קודם שהוציא א"צ להחזיר אותם המעות עצמן אלא יכול ליתן מעות אחרים כמ"ש בסי' רצ"ב וכמ"ש הש"ך סי' ע"ג ס"ק נ"ה יעו"ש ובכן שייך שפיר לומר ערבוני מחול כיון שהן בידו ויכול להוציאם לכל מה שירצה וק"ל.

ולענין מחילה היכא שיש קנין אי מהני לדבר שהוא בעין עיין למהרשד"ם בחו"מ סי' רע"ח שהביא תשובת הרשב"א והיא בח"ג סי' ה' הביאה מרן ז"ל בסי' י"ב וסי' רמ"א מחודש ג' דמהני קנין והביא ראיה מפ' הכותב וכתב וז"ל ולענ"ד נראה שהרא"ש חולק ודעתו שאפי' קנין אינו מועיל שאם היה מועיל איך השיב מחילה א"צ קנין הא בענין כזה צריכה קנין ומועיל אלא נראה (דס"ל) דסבר הרא"ש שאין הקנין מועיל וההיא דכתובות אפשר דשאני התם שאין לאשה אלא שעבוד לבד יעו"ש והרב פרח מטה אהרן בח"ב סי' צ"א כתב על דברי מהרשד"ם וז"ל ואחרי המחילה רבה הראויה נראה שאין כאן נגוד וסתירה מדברי הרא"ש עם דברי הרשב"א דהרא"ש השיב לשואלו דבר ע"פ מדותיו דהשואל אמר דלא היה שם קנין וע"ז השיב לשואל דמחילה א"צ קנין ומיהו במשכון לא שייך מחילה דצריך שיהיה בלשון מתנה ולא היה צ"ל מה שלא נשאל עליו היכא דהוי קנין והרשב"א לפי ששאל השואל ואמר שעשה לו שטר והיה שם קנין להכי קאמר דהדין עם ראובן כל שקנו מידו נמצאו דברי הרא"ש והרשב"א שוין ולא פליגי והם דברים פשוטים ע"כ. ולא זכיתי להבין דבריו שהרי דעת השואל להרא"ש היה דמשום חסרון קנין שלא היה שם קנין הוה ס"ל דמשום הא לא קנה והוא ס"ל דמחילה צריכה קנין והשתא שפיר מוכיח מהרשד"ם דאם איתא דבכה"ג מהני קנין הו"ל להשיב הדין עם ראובן דאע"ג דמחילה א"צ קנין מ"מ הכא צריכה קנין דמחילה לא שייך במשכון שהוא בעין וכו' והוי ממש תשובה לדברי השואל דרצה לפטור את עצמו מחמת חסרון הקנין ומשיב לא שכן הדין בכאן אע"ג דבעלמא אין צריכה קנין ומה לו לומר מחילה לא צריכה קנין וק"ל.

הלכה ז

כבר ביארנו שכל תנאין וכו'. הרב משפט צדק ח"א סי' נ"ח הקשה להטור ז"ל דלפי דעתו דס"ל דבעינן תנאי כפול בין בממון בין באיסורא היאך כתב בסי' ר"ז ס"ב וצריך לחלק בין התנה הלוקח להתנה המוכר אפי' אי התנה הלוקח לא הוי תנאי מאחר שלא כפל וכה"ג תמה על הרא"ש והוסיף לתמוה עליו דאיך הביא בהלכותיו עובדא דההוא שכיב מרע דאינגיד ואתנח בפ' הרבית דף ס"ו כיון שהוא פוסק כר' מאיר אפי' בגיטין וקדושין דבעי תנאי כפול וכו' יעו"ש.

וראיתי להכנסת הגדולה בסי' ר"ז הגהת הטור אות כ"ח שכתב על דברי הרב משפט צדק

וז"ל ונ"ל דאין כאן קושיא לא על הרא"ש ולא על הטור דהרא"ש סובר דהלכה כר' מאיר ובכל מקום בעינן תנאי כפול וה"מ היכא דליכא אומדנא וגילוי דעת אבל היכא דאיכא אומדנא וגילוי דעת לא בעינן תנאי כפול וכדמוכח בעובדא דההוא דהוה בעי למיסק לארעא דישראל וס"ל להרא"ש דגילוי דעת או אומדנא מהני אפי' בגיטין ולפיכך הביא בהלכותיו הנהו ב' עובדי אחד בענין ממון ואחד בענין איסורא וכו' אבל אם בעובדא דממון אמר המוכר ללוקח קני לך שדי ואי מטרפי לך מגבינא ובעובדא דגיטין אמר קודם שנתרצה אע"פ שלא כפל תנאו תנאי גמור הוי משום דאיכא גילוי דעת יעו"ש.

ואחרי המחילה רבה לא זכיתי להבין דבריו במ"ש שדעת הרא"ש הוא משום דלא הוה שם גילוי דעת דמשמע דאי הוה גילוי דעת מהני ואנכי הרואה להרא"ש בפ' מי שאחזו (גיטין דף ע"ה) דבכה"ג אף גילוי דעת מקודם לא מהני שכתב במימרא דשמואל דהתקין בגיטא דשכיב מרע וז"ל לפיכך צריך ליזהר בכל התנאין שיהא תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ושלא יהא תנאי ומעשה בדבר אחד והא דקאמר בפ' הריבית ההיא דאמרה אי קיימת דידיך אנא ואמרינן פטומי מילי נינהו לר' מאיר לא אצטריך דבעי תנאי כפול אלא לאשמועינן דלרבנן לא מהני ומיהו יש דברים דלא בעינן אלא גילוי דעת כי ההוא דזבין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל וכו' יעו"ש. הרי דדעת הרא"ש הוא דהך טעמא לא אצטריך אלא לרבנן דלר"מ לא מהני אלא בתנאי כפול דוקא ולא בגילוי דעת שלא כדברי הרב ז"ל שכתב דאי הוה מגלי דעתיה לא הוה צריך תנאי כפול לר"מ ואי מהני אינו אלא בההוא עובדא דזבין נכסיה אדעתא למיסק לארעא דישראל והיותר קשה הוא דעיקר קושית המשפט צדק הוא מההיא דהרא"ש בפ' מי שאחזו שכן כתב שם וקשה על הרא"ש איך הרחיב הדיבור בפסקיו בהנהו עובדי ויראה בהדיא דאם היא אמרה קודם שנתרצה ושגמר בפיו ובשפתיו לתת דהוי תנאי טוב והרי מאחר שלא היה בו כפילת התנאי לא יועיל לדעתו שהרי בפ' מי שאחזו בפסקיו כתב וז"ל אתקין וכו' והא דאמרינן בפ' איזהו נשך וכו' לר"מ לא אצטריך דבעי תנאי כפול אלא לאשמועינן דאפי' לרבנן לא מהני יעו"ש (א"ה עיין להרב שער המלך בהל' אישות דף ל"ג ע"ב ועיין בס' פלפולא חריפא פ' איזהו נשך יעו"ש).

פרק ד

הלכה א

המקבל את המתנה וזכה בה וכו' או הרי היא בטלה לא אמר כלום. עי' בהראב"ד שחילק בין הרי היא בטלה לבין בטלה היא ומה שהקשה הרב המגיד והר"ן ז"ל ומהרש"ך ז"ל

בח"ב סי' קכ"ב כתב שדעת רבינו ז"ל הוא כמ"ש התוס' בריש פ' השולח משם ר"י דגריס בהשולח כגירסא דכריתות בטלה היא אינה מתנה לא אמר כלום ומשו"ה כתב רבינו הרי היא בטלה לא אמר כלום יעו"ש וכתב בפרישה סי' רמ"ה שדבריו צריכים נגר אלא שבמה שכתב מבואר יעו"ש ומעתה קשה לי על הרב שער המלך בפ"ו מהל' גרושין שלא זכר ש'ר לב' נביאים מהרש"ך והפרישה ז"ל.

ובעיקר חילוקו של הראב"ד דמחלק בין הרי הוא בטלה לבטלה היא שתמהו עליו הר"ן והרב המגיד ראיתי להרב לח"מ ז"ל דאתא ואייתי בידיה הא דאיבעיא לן שם בהשולח הרי הוא חרס מהו ומסיק ומאי שנא מהרי הוא הקדש הרי הוא הפקר וכו' אלא הרי הוא לישנא דלהבא משמע וא"כ במתני' דלהבא לא מהני לבטלה ומשו"ה לא מהני לדעת רבינו והראב"ד יעו"ש והרב מה"ר אליהו קובו ז"ל בס' פני יהושע סי' י' דף ס"ט ע"ג יצא לישע הרה"מ והר"ן וז"ל אך הרה"מ והר"ן נטו מני דרך זה המובא להראב"ד ז"ל דשמיע ליה דלשון הרי היא אינו במשמע אלא להבא ואי גבי מתני' פטרינן ליה בהכי אלא שמעי אינהו ז"ל דזה וזה במשמע ואי מסקי ביה בני תלמודא דתיהני היינו גבי גיטא דוקא מידי דהוי אלשון בטל הוא ומטו בה דלישנא דמהני ביה קאמר ולבטולי איכוון והיינו עדיפותא מלשון הרי אלשון הוא דאי לשון חרס מתקן ליה דלבטולי איכוון דניהוי כחרס ואילו במתני' פתרינן ליה לשעבר ולהוראה שבטלא עד שלא הגיע לידו וכו' יעו"ש באורך ועיין בשער המלך שם שתירץ בהכי יעו"ש. עוד כתב הרה"מ בדעת רבינו שלא הכניס עצמו בחילוק הגירסאות לבאר דין בטלה היא לגבי המחזיק בה מהו והקשה הרב מל"מ דיש לדקדק טובא בדברי הרה"מ דכיון דלדעתו הרי היא דכתב רבינו היינו כבטלה היא עד שתמה על הראב"ד שחילק ביניהם על כרחך רבינו הכניס עצמו במחלוקת הסוגייאות ותפס כגירסא דכריתות דהא מייתי הש"ס להקשות דבטל הוא לישנא דליבטיל משמע ואמר רב ששת וכו' ומסיק דבמתנה לישנא דמעיקרא משמע א"כ על כרחך רבינו דכתב [הרי] היא בטלה דלא אמר כלום אם כסוגייא דהשולח מעיקרא משמע וזכו הבעלים הראשונים אלא ודאי כסוגייא דכריתות תפס וכו' יעו"ש ועי' במהרש"ך ז"ל שם שהקשה כן להרה"מ ודוק.

הלכה ד

אבל אם אמר לו הולך ק' זוז וכו'. דעת רבינו כשיטת רוב הפוסקים דהולך במתנה לאו כזכי דמי ורש"י ז"ל בפ"ק דגיטין דף י"ד בד"ה לא דכו"ע הולך כזכי דמי פירש היכא דליכא אחריות כגון מתנה וכו' כבר הקשו עליו התוס' והרשב"א יעו"ש. והריטב"א שם כתב וז"ל והכי איתא בירושלמי האומר לחבירו תן ק' לפלוני שאני חייב לו הולך מנה

זה לפלוני פקדון שיש לו בידי אם רצה לחזור לא יחזור א"ר אלעא (המעשה) [המעשר] כחוב תן מנה זה לפלוני תן שטר מתנה זו לפלוני אם רצה לחזור יחזור אלמא הולך במתנה לאו כזכי ש"מ תן במתנה לאו כזכי דמי וכו' יעו"ש.

אלא דצריך להבין מ"ש הריטב"א בתשובה הביאה מרן ז"ל בסי' קכ"ה ס"ט וז"ל רחל לא זכתה בגוף השטר ואע"ג שיש שם קנין כיון שלא הגיע לידה מחיים ולא זיכהו לה במיני הזכיה ולא אמר לשליש אלא החזיר שאינו זיכוי כלל וכו' וגרסינן בירושלמי בחוב תן מנה זה לפלוני הולך מנה זה לפלוני תן שטר מתנה זה לפלוני והלך ומצאו שמת יתן ליורשיו ע"כ, למדנו מהירושלמי דמנה ושטר אחד עכ"ל. והדבר קשה שהביא מהירושלמי דתן שטר מתנה או הולך שטר מתנה והלך ומצאו שמת יתן ליורשיו והלא הוא דחה דברי רש"י ז"ל דבמתנה הולך לאו כזכי מהירושלמי דאמר תן מנה לפלוני תן שטר מתנה זו לפלוני אם רצה לחזור יחזור ובירושלמי עצמו איכא למידק דפתח בחוב וסיים במתנה אלא על כרחך לומר שיש חיסור לשון בדברי הריטב"א ז"ל שאחר מילת הולך שטר מתנה זו לפלוני צ"ל וכו' שהירושלמי אומר ע"ז אם רצה לחזור יחזור ומ"ש הולך ומצאו שמת יתן ליורשיו קאי למ"ש שם בירושלמי האומר זכי במנה זה לפלוני זכי בשטר מתנה זו לפלוני ע"ז אמרו הלך ומצאו שמת יתן ליורשיו כמבואר שם בירושלמי.

והוצרכתי לזה לפי שראיתי להרב ש"ך בס"ק ט' שיצא לדון בדבר חדש אחר שהביא תשובת הריטב"א וז"ל והרי מסוף דבריו שהביא הירושלמי מבואר דהולך בשטר מתנה לפלוני יתן ליורשיו כמו חוב וכו' נראה ודאי דשטר הוי כחוב כיון שכתוב המתנה בשטר המתנה או אפשר קמיירי שהיה חייב ליתן השטר זה וכו' יעו"ש דמשמע דס"ל לתירוץ ראשון שדעת הריטב"א דשטר מתנה הוי כחוב ואילו בחידושיו לא משמע כן וצ"ל כמ"ש ועי' בס' שמחת יום טוב דף קמ"ח ע"ג והטור בסימן קכ"ה ס"ט כתב וז"ל אבל אם אמר ליה זכי לו בעוד שהחפץ בידו זכה לו אף אע"פ שלא בא מתחילתו לידו לשם כך או אפי' לא היה בידו בשעה שא"ל זכי אלא שהגביהו אח"כ כדי לזכות לו זכה לו וכו' ואם אמר לו זכי מחד אנפי אפי' איתיה לפקדון בחצרו של שליח לא זכה למקבל מתנה עד כאן והסמ"ע בס"ק כ"ו וכ"ז כתב דכשהוא ברשות השליח א"צ הגבהה אלא זכה המקבל או אם אינו ברשותו כשיבא לרשותו זכה המקבל והרב ש"ך ס"ק ל"ב פליג עליה וכתב וז"ל אבל נראה דה"פ וכו' אבל לא אמר ליה זכי מחד אנפי דהיינו שהוא בידו או שמגביהו אח"כ אפילו איתיה לפקדון בחצרו של שליח בשעה שאמר ליה זכי לא זכה למקבל מתנה דנהי דנעשה שלוחו במה יזכה לו הרי לו הגביהו לשם המקבל רק שהיה בחצרו וכו' יעו"ש.

וראיתי למרן החבי"ב בתשובה ח"א סי' קפ"ו בד"ה איברא שכתב וז"ל דלא אמרה הרמ"ה אלא כשהמתנה בעין ולא זכה בו מתחילה לשם המקבל אלא עתה זוכה לצורך המקבל או אפילו אינו זוכה עתה לשם המקבל מגביהו אח"כ כדי לזכות בו שנותנו מיד הנותן ומגביהו לשם המקבל יעו"ש דמן הנראה מדברי הטור משם הרמ"ה הוא שאין צריך נתינה מיד הנותן שכן כתב אלא שמגביהו אח"כ כדי לזכות לו זכה ואפי' שלא בפני הנותן ולא בפני המקבל דכיון דא"ל זכי שליחותיה קא עביד עד כאן והגבהה שלא בפניו הוא שנוטל מן הקרקע או מיד אחר ולדעת הסמ"ע כשהוא ברשות השליח א"צ הגבהה באומר לו זכה ולהרב ש"ך דצריך הגבהה אף שהוא ברשות השליח מ"מ מיד המקבל א"צ ליטלו כדי להגביה. וכתב הרב המבי"ט ז"ל בח"א סי' רפ"ו וז"ל ועוד אני אומר כי אפי' היו שני עדים גמורים שבפניהם קבל הקריזאס היה נאמן לטעון מה שהוא טוען עתה שהם לקחו ג' או ד' במיגו דנאנסו דהסרסור הוי שליח וכו' וא"כ היה זה נאמן לומר נאנסו וכו' וכן היה יכול לטעון שהחזירם לה כולם או מקצתם ברשות האשה המלוה שנתרצה להאריך לה זמן הפרעון דאע"ג דשליח אינו נאמן כנגד המשלח לומר החזרתי לך כיון דהולך כזכי דמי כמ"ש בחו"מ סי' קכ"ה אם טוען השליח שהמלוה הרשה אותו שיחזיר ללוה יהיה נאמן דהא לא רצה המלוה שיזכה לו וכו' יעו"ש.

וקשה לי טובא דנדון הרב ז"ל היה שהנותן נתן הקריזאס שימכור אותם ויפרע מדמיהם למקבל וכל כה"ג לא אמרינן הולך כזכי וכמ"ש המרדכי בריש פ"ב דקדושין גבי הן הן שלוחיו וז"ל האומר לב' צאו וקדשו וכו' וכן לדיני ממונות בס' ראבי"ה סי' ס"ט האלפס פי' כגון שאמר תנו מנה לפלוני שאני חייב לו אבל ראב"ן פי' דוקא שאמר בשעה שמסר להן החוב צאו ופרעו לפלוני דומיא דגבי קדושין דאמר צאו וקדשו לי אשה אבל אם אמר הוליכו מנה לפלוני חוב שיש לו בידי או תנו או זכו לא שייך למימר מגו דאי בעי אמר אהדריני ללוה כדאיתא בסוף פ"ק דגיטין דהולך מנה לפלוני שאני חייב לו אם בא לחזור אינו חוזר ואם מחזיר חייב לפרוע למשתלח לו דהולך כזכי דמי ונוגעין בעדותם וכו' עד כאן הרי לך להדיא (דכאומ') [דבאומר] פרעו לא הוי כזכי וא"כ בנדון המבי"ט היה שאמר שיפרע למקבל לא שייך האי דינא וכן נמי יש להקשות על מהרשד"ם בחו"מ סי' ק"ח שנדון שלו היה שהשליח ימכור הסחורה ויפרע לבע"ח לא אמרינן הולך כזכי כמ"ש המרדכי ז"ל וצריך ישוב.

ובעיקר דינו של הרב המבי"ט לבי מהסס דאם באומר שנתן רשות שיחזיר לנותן יכול להחזירם אף באומר הולך לפלוני א"כ מאי מקשה להרי"ף שכתב כגון שאמר תנו מנה לפלוני שאני חייב לו דהולך או תן כזכי דמי ולא שייך למימר אהדריניה ללוה

דאפשר דדעת הרי"ף דכשאמרו בש"ס מיגו דיכלין למימר אהדרינא ללוה הוא באומר נמי שהמלוה צוה להחזיר דכיון שנתן רשות שיחזירם תו לא מהני מה דהולך כזכי לשלא יוכל לומר החזרתי ללוה וכדברי הרב ז"ל ובחי' קידושין הנקרא לא נודע למי הקשה וז"ל וא"ת אכתי נוגעים בעדותם הן דאי אמרי אהדריניה א"ל מלוה אתון חייבים למפרע דקי"ל הולך כזכי י"ל דמיירי כגון דא"ל בפירוש בתורת שליחות יוליכו לו מנה עד כאן ומדהקשה דאכתי נוגעים בעדותן וכו' משמע דלא מצי לומר שהחזירם במצות הנותן דאי לא מאי מקשה לימא דכונת הש"ס הוא לומר אהדריניהו ללוה במצות המקבל דאז מצי למהדר ופטור ועיין למהר"א אלגאזי ז"ל הביא דבריו מרן החבי"ב בח"ב סי' ס"א דכי אמר המרדכי שאם החזיר השליח מה שלקח דפשע היינו דווקא אם לקח כל החוב דאז אמרינן מה שזכה זכה אבל בנדון דידן שלא עשה השליחות לגמרי אלא במקצת נראה דליכא טעמא שעשה שליחותו וכו' יעו"ש עיין למרן בסי' ס"א שממאן בחילוק זה ולי נראה שהרי"ף חולק ע"ז בתשובה סי' רע"ט דנדון שלו היה שקבל מקצת הדמים ואח"כ החזירם ללוה ואפ"ה חייבו הרב ז"ל.

ולדעת הרא"ש בתן במתנה נראה בפ"ק דגיטין דס"ל כסברת ר"ת דתן לאו כזכי וכן פסק ברמזים להדיא (א"ה כי מן הבאר אתה תחזה מה שיש לתמוה להרב גנת ורדים סי' י"א והביא דבריו הרב מטה שמעון הגהות הטור אות ל"ט שכתב שדעת רבינו הטור לפסוק כסברת הרמב"ם והרמ"ה דתן הוי כזכי במתנה מדהביא סברת הרמב"ם באחרונה יעו"ש וזה הוא שקשה מדברי הרא"ש בפ"ק דגיטין והטור שם ברמזים וכנ"ל) ועי' בטור אה"ע סי' קי"ח שכתב תשובת הרא"ש שבכלל ל"ט ס"ו וז"ל אם היו מטלטלין ונתנו ביד העדים וא"ל תנו ממון זה לאשתי זכתה האשה דתן כזכי דמי וכו' אם הדברים כפשטן נראה שהם שלא כמ"ש בגיטין וכעת אני נבוך בזה.

הלכה ח

וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכו'. כתב הריטב"א בחידושיו דף כ"ה מהש"ס וז"ל והרב בהלכות תירץ דכי אמרינן חצרו של אדם קונה שלא מדעתו ה"מ שנפלה מציאה לחצרו כגון אם על בנים דאמרינן בפ' השואל אי נמי בבא לו לחצרו כגון ההיא דתנן גבי צבי שבור אבל הכא בחורין שלו [לא] כמו החפצים מאליהם לא נפלו שם אלא הונחו שם מדעת וכה"ג לא אמר ר' יוסי בר חנינא חצרו של אדם קונה שלא מדעתו אלא כל הקודם להחזיק בהם אחר יאוש בעלים זכה דייקא נמי דבדרך לאו מציאה וכו' יעו"ש ולענ"ד קשה לי מהא דאמרינן בפרק הפרה דף מ"ט משכונו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בה זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה את אשר השאיר ופריך

ואמאי ותקני ליה חצרו דאמר ר' יוסי וכו' ומאי פריך הא כיון שהגר נתן המשכון למלוה להיות אצלו לבטחון מדעתו הו"ל כהניחו שם לשומרו ואח"כ מת הגר הו"ל כמו נתיאשו הבעלים וכל הקודם בהם זכה ולא חצרו וכדברי הריטב"א ז"ל ועיין בפ"ק דמציעא דמייתי מעשה דרבן גמליאל ור' יהושע שאמר עישור דאני עתיד למוד וכו' ומוקי רב פפא דמדין חצר הקנה והתם הפירות היו בדרך הנוח מתחילה.

וראיתי להר"ן ז"ל בפ"ק דקידושין בשמעתתא דקנין אגב אי בעי צבורין שכתב וז"ל והר"מ במז"ל כתב בפ"ג מהל' מכירה כל זמן שהמטלטלין צבורין בקרקע לא בעי אגב דהו"ל קרקע זה כחצרו וחצירו קונה שלא מדעתו ואין דבריו מחוורין שא"כ היה לו לפרש דוקא בחצר המשתמרת דחצר שאינו משתמרת אינו קונה אלא בעומד בצידו כדמוכח בפ"ק דמציעא ואף הוא כתב כן בפ"ד מהל' זכיה וכבר השיג [עליו] הראב"ד ע"כ. והנה מ"ש כדמוכח בפ"ק דמציעא לא זכיתי להבינו דהא הוא בעצמו שם כתב דבמתנה ומכר (דליכא) [דאיכא] דעת אחרת שפיר זכה לו חצרו אף בחצר שאינו משתמרת ובמציאה והפקר דליכא דעת אחרת הוא דאיכא חילוק בין משתמרת לאינו משתמרת והביא דבריו הרב בצלאל בשטמ"ק שם וא"כ היכי קאמר כדמוכח בפ"ק דמציעא דהתם איירי רבינו במכר או במתנה ולא הו"ל להקשות כי אם מדידיה אדידיה אם לא שנאמר שסמך על מ"ש כאן ובהל' גזלה וכמ"ש מרן בכ"מ יעו"ש.

ודע דהא דאמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו דוקא בחצר דגדול אבל בחצר דקטן כיון דחצרו משום שליחות אתרבאי אין שליחות לקטן וחצרו נמי לא קונה וכמ"ש רבינו לקמן בפירקין ובהל' גזלה פט"ז וכן פסק הרי"ף בפ"ק דמציעא וכתב הרא"ש ז"ל שם והרי"ף פסק כלישנא בתרא דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי או כלישנא קמא וכר' יוחנן עכ"ל. וכונתו מבוארת דבגמ' הקשו לריש לקיש דאמר קטנה אין לה חצר דמשום שליחות אתרבאי ולא משום ידה מהא דתניא ידה אין לי אלא ידה גגה חצרה מנין ת"ל ונתן מ"מ ומשני לענין גט כו"ע לא פליגי דחצר משום ידה אתרבאי כי פליגי לענין מציאה מר סבר ילפינן מציאה מגט ופרש"י ז"ל כי היכי דגבי גט אית לה חצר לקטנה גבי מציאה נמי אית לה ומר סבר לא ילפינן ואיבעית אימא כו"ע לא פליגי דילפינן מציאה מגט והכא בקטן פליגי מר סבר ילפינן קטן מקטנה ומר סבר לא ילפינן ואיבעית אימא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי ע"כ. נמצא דאי פסקינן כלישנא בתרא דמר אמר חדא ור' יוחנן מדבר בקטנה דוקא ורב מדבר בקטן דחצרו אתרבאי משליחות א"כ הרי"ף פסק ככו"ע ואי פסקינן כאיבעית אימא מציעתא לר"י קטן וקטנה שוים הם ולשניהם יש להם חצר משום דחצר משום יד אתרבאי ואי כר"ל לא ילפינן קטן

מקטנה וקטן אין לו חצר דמשום שליחות אתרבאי ואי פסקינן כלישנא קמא לדעת ר"י בקטנה גופה ילפינן גט ממציאה וכי היכי דגבי גט אית לה חצר ה"נ גבי מציאה ואילו לר"ל אפי' קטנה גופה אין לה חצר כי אם לענין גט דוקא ולא במציאה והרי"ף דפסק דקטנה יש לה חצר לענין מציאה ודאי דפסק כר"י וזה שכתב הרא"ש דאי פסק כלישנא קמא פסק כר' יוחנן וברור.

והוצרכתי לזה לפי שראיתי להרב קהלת יעקב סי' ק"מ דף מ"ה ע"ג שכתב על דברי הרא"ש הללו וז"ל ודבריו אינם מובנים כלל דאי פסק כלישנא קמא דפליגי בקטן א"כ פסק כריש לקיש ולא כר' יוחנן דהא ר"י הוא דאמר קטנה יש לה חצר וכן הביא הוא ז"ל הגירסא דר"י הוא דאמר דיש לה חצר ואין לומר דט"ס נפל וצ"ל (דהרי) [דהרי"ף] פסק כר"ל דהא ליתא דהא קי"ל כר"י לגבי ר"ל וא"כ איך אפשר לומר דפסק כל"ק עכ"ל ולפי מ"ש לעיל אחרי המחילה רבה לק"מ דכונתו הוא דפסק כתירוץ דמשני לענין גט כו"ע לא פליגי כי פליגי לענין מציאה מר סבר ילפינן מציאה מגט ומשו"ה יש לה חצר וז"ש הרי"ף ילפינן מציאה מגט ומ"ש ולא ילפינן קטן מקטנה דהכי הוא קושטא דמילתא דלתירוצא קמא לכו"ע קטן אין לו חצר בין לר"י בין לר"ל (א"ה עיין בס' מרכבת המשנה בפירקין) ומ"ש הרא"ש כי האי לישנא והרי"ף פסק וכו' עי' להרב הלכה למשה בפי"ז מהל' גזילה ה"י יעו"ש.

הלכה ט

וכן ד' אמות של אדם וכו'. כתב הרב ש"ך סי' ר' סק"ה וז"ל ונ"ל דוקא במתנה ומכר מחלק הר"ן ותלמידי רשב"א בכך אבל בעלמא במציאה אין חילוק כדמוכח בש"ס פ"ק דמציעא דף י' סוף ע"א עד כאן ונראה דהוכיח כן מדפריך מפאה ומשני וגם מראה את המציאה ומשני משמע דמציאה והפקר אפי' באו אצל המציאה קנה בד' אמות ולא בעינן שקדם הוא לד' אמות ואח"כ יבא המציאה לתוך ד' אמות כמו במכר ומתנה וכן ראיתי להרב בצלאל בשטמ"ק שהביא לשון זה של הר"ן וסיים וז"ל והא דפאה ומציאה דכבר קדמו המציאה ופאה התם משום דאין להם בעלים שיהא מקומו קנוי להם הלכך מוצא זוכה בד' אמות ובכלי כאחת עד כאן ולזה נראה שכיון הש"ך ז"ל.

והוצרכתי לזה לפי שראיתי בס' מחנה יאודה שם בס"ה שהקשה להש"ך שלא ידע כונתו דאי משום דתנן פירש טליתו עליו מעבירין אותו ממנה היינו טעמא דאמרינן התם בד' אמות לא ניחא ליה דליקני ותלמודא דפי' טעמא משום דבתחילה ניחא דליקני ה"נ איכא למימר דבפרישת טלית ניחא דליקני ולא בד' אמות מדהוצרך לפרישת טלית עכ"ל. ואחר המחילה רבה מכבוד רבנותו לא זכיתי להבין דבריו דאיך יצוייר מפירש

טליתו עליה דמעבירין אותו שלא קנה לדין הרב ש"ך שקנה בד' אמות אף היכא שקדם המציאה ואח"כ בא הזוכה לתוך ד"א באופן שדברי הרב לא זכיתי להבינם ודברי הרב ש"ך הוא כמ"ש לעיל והר"ן עצמו פירשו בסיום דבריו ודוק.

פרק ה

הלכה א

הנותן מתנה בין בריא בין שכיב מרע וכו'. עיין בהרב המגיד ז"ל והקשה הלח"מ ז"ל דמדכתב רבינו **אמר לעדים כתבו בסתר וכו'** משמע דפסק כלישנא קמא דרב יוסף דאמר בפ' חזקת הבתים דמתנה טמירתא הוי היכא דאמר לסהדי זילו אטמרו וממ"ש אח"כ **לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו ואמר לנו פלוני הנותן שבו בשוקים וברחובות וכו' חוששין לה שמא מסותרת היא וכו'** משמע שפסק כלישנא בתרא דאפי' בסתם הוי מתנה טמירתא וא"כ הו"ל לכתוב בתחילה ולא אמר לעדים שיכתבו בגלוי לא אמר כלום ועם זה היה נמשך המשך יפה מ"ש לפיכך וכו' אבל השתא קשה עליו תרתי חדא דלא הו"ל לכתוב אמר לעדים וכו' דהיינו כלישנא [קמא] דר"י ועוד שכתב לפיכך ואינו נמשך כלל יעו"ש שלשונו מגומגם קצת.

ולענ"ד נראה לישב דברי רבינו ז"ל במ"ש הרב דרישה בסי' רמ"ב ס"ו לדעת רבינו והוא דבנותן מטלטלין אפי' שכתב לו שטר לא הוי מתנה טמירתא ודייק לה מדכתב לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו ואמר לנו פלוני הנותן וכו' חוששין שמא מסותרת היא וכו' הרי שדקדק לכתוב כל שטר מתנת קרקע ואף שהרב המגיד ז"ל כתב וז"ל מ"ש המחבר קרקע לאו למימרא מתנת מטלטלין שהיא מסותרת שתועיל דהא אמרינן סתמא האי מתנתא טמירתא וכו' מ"מ הרי דקדק הרב בלשונו דבמטלטלין אינו פסול אלא במתנה טמירתא ממש ולא כשהיא סתמא בקנין וכמו שסיים וכתב ומ"ש המחבר קרקע אינו אלא מפני שאין שטר מועיל במטלטלין בלא קנין וה"ה לקנין במטלטלין שצוה (לסותרו) [להסתירו] עד כאן יעו"ש ומעתה באו דברי רבינו על נכון והוא דבתחילת דבריו דמיירי בנותן בין קרקע בין מטלטלין כנראה מפשט דבריו שכתב הנותן מתנה וכו' ולא כתב מתנת קרקע כמ"ש אח"כ משו"ה הוצרך לומר אמר לעדים כתבו בסתם דהיינו דוקא בכה"ג הוא דלא מהני במתנת מטלטלין ואין חילוק בין קרקע למטלטלין כיון שצוה (לסותרו) [להסתירו] לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו ואמר לנו פלוני הנותן וכו' חוששין והכונה דכיון דמטלטלין שאין נקנין בשטר דוקא הוא בשצוה להסתירו אינו כלום אבל בסתם מהני והוי מתנה לפיכך כל שטר מתנת קרקע שהקרקע

נקנית בשטר אפילו בסתם לא זכה המקבל ודוק.

וראיתי בס' זקן שמואל שם שהביא דברי רבינו (אה"ה) [והרה"מ] ז"ל הללו וכתב וז"ל וסברא זו היא סברת ר"ח ז"ל וכמה גדולים ולי במחילה מכבודו נראה דהרמב"ם חולק ע"ז וסובר כסברת רבו הר"י בן מיגאש ז"ל הביאה הטור וז"ל אבל אי מקני ליה בקנין או בחזקה אפי' לא אמר כתבוה בשוקא לא אכפת לן ובודאי שהר"ר יוסף מיירי שהקנין אינו מפורסם וזו היא סברת הרמב"ם ז"ל ולכך כתב קרקע ואתי שפיר נמי דנקט הרמב"ם כל שטר מתנת קרקע לאפוקי שאם קנה בחזקה שאין לו דין מתנה טמירתא וכמ"ש רבו עד כאן יעו"ש. והנה מ"ש שדעת הרב אבן מיגאש ז"ל הוא דבמתנה בקנין לא הוי מתנה טמירתא וכו' קשה טובא דהא הרואה דבריו שהביא הטור ז"ל יראה דהרב ז"ל ספוקי מספקא ליה ולא החליט המאמר דלא הוי מתנה טמירתא וכן הרמב"ן ז"ל הביא דבריו מרן ב"י ז"ל שם עיניו יחזו דדעת הרב אבן מיגאש ז"ל אדרבא לאידך גיסא שכתב ודברי הר"י מטין כן וכן הביא לשונו בשטמ"ק להרב בצלאל ז"ל פ' חזקת הבתים וז"ל אמר רבא האי מתנה טמירתא וכו' איכא למימר דלא הויא אלא במתנה דלית בה קנין וכו' ואיכא למימר דאפי' היכא דקנו מיניה וכו' ה"ה נמי לענין קנין בעינן דלהוי מפורסם וכו' והאי טעמא בתרא עדיף טפי ומסתבר ועבדינן כוותיה עד כאן הרי דלא כמ"ש הרב ז"ל.

וכזאת וכזאת קשה לי על הרב משאת משה חלק חו"מ סי' ה' דף כ"ד שהביא דעת הרב אבן מיגאש דעד כאן לא אמרינן דחיישינן למתנה טמירתא אלא בדלא מקני ליה אלא בהאי שטרא אבל בדאקני ליה ע"י קנין אי נמי בחזקה אע"ג דלא אמר כתבוה בשוקא מקנא קני וכו' וסיים וז"ל איברא דהר"י בעל הטורים דידיה כתב דבכה"ג נמי חוששין למתנה טמירתא דסתם קנין לכתיבה עומד וכו' ושכן דעת אביו הרא"ש ז"ל ע"כ. והנה לעת כזאת לא ידענא מאי אידון בדברים הללו דהא הרואה דברי הטור ז"ל במקומם מוכח להדיא דהטור ז"ל דידיה לא הזכיר מזה כלום אלא אורייתא דיליה דהרב אבן מיגאש ז"ל היא דספוקי מספקא ליה כי מקני בקנין סודר או בחזקה אי צ"ל כתבוה בשוקא או דילמא כיון דסתם קנין לכתיבה עומד הדר דינא דשטר זה כשאר שטרי שמקנה בו מראה פנים לכאן ולכאן וכתב שהסכמת הרא"ש דלא שנא וכן היא הסכמת מהר"י אבן מיגאש ז"ל ולזה כיון הרמב"ן ז"ל שכתב ודברי הרב יוסף מטין כן עיין בב"ח ובדרישה באופן שהטור ז"ל דידיה לא כתב דלא שנא אלא הוא הצד הב' של מהר"י ן' מיגאש ז"ל ולא ידענא מאי קאמר הרב ז"ל ודבריו צריכין אצלי תלמוד (א"ה ס"ט וכ"כ הרב משאת משה חלק אה"ע דף קצ"ד סוף ע"ב).

וראיתי למהרימ"ט ז"ל בחו"מ סי' נ"ג שכתב וז"ל והיכא דקנו מיניה ולא צוה בפירוש

שיכתבו שטר מהלשון שכתב הרא"ש באותה תשובה שהבאתי למעלה לענין כתבוה בשוקא דכשמצוה לכתוב שטר מתנה דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים משמע דוקא במצוה לכתוב שטר ממש אבל לא בקנין גרידא אע"ג דסתם קנין לכתיבה עומד ובתשובה שהביא הטור בסי' ס"א כתב הן נאמנות הן כתבוה בשוקא וכו' כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה וכו' יעו"ש דאין ולאו רפיא בידיה ואין ספק דמ"ש בתחילת דבריו דמלשון הרא"ש שכתב באותה תשובה שהביא למעלה הוא ט"ס דהרב ז"ל לא הביא תשובת הרא"ש שכתב כן כלל אלא הוא לשון הרא"ש בפסקיו פ' חזקת הבתים שהביא הוא ז"ל בתחילת התשובה ושקיל וטרי עליה ושם נאמר כשמצוה לכתוב וכו' יעו"ש.

והוצרכתי לזה לפי שראיתי להרב דרכי נועם חו"מ סי' י"ב שהכריח דלא שנא שצוה לכתוב שטר ולא שנא נטל קנין דסתמו דעתו הוא שיכתבו כמנהג הסופרים וכתב וז"ל ואע"פ שמהרימ"ט ז"ל נסתפק וכו' מחמת שתי תשובות דמשמע דסתרי אהדדי בכלל ע"ח ובכלל ס"ח ולכן נסתפק וכו' וכשתעיין בשתי תשובות שהביא הטור יכולין להתישב ולא סתרי אע"ג שכתב בא' כשמצוה לכתוב לאו למעוטי קנין אתא אלא דבנדון דידיה היה בשטר שלא היה כתוב בו ואמר לנו כתבוה בשוקא וכו' והביא לשון התוס' וכו' יעו"ש ואח"כ הקשה עוד למהרימ"ט שכתב דהרא"ש מודה דהיכא דלא נכתב בשטר וכו' דכגון דא נאמנות ופרהסיא צריך לפרש שהרי התשובה דכלל ע"א היתה השאלה שנשאל על יורשי הנותן שרצו לבטל המתנה לפי שאין כתוב בה כתבוה בשוקא וחתמוה בברא והשיב דע כי אין המתנה בטלה בשביל זה וכו' וא"א לי להליץ בעדו אלא שלא ראה התשובה עצמה במקומה יעו"ש ולי אנא מצא בדברי מהרימ"ט שהביא הוא ז"ל התשובה דכלל ס"ח דמ"ש באותה תשובה שהבאתי למעלה לא קאי אלא על מ"ש בפסקיו וכמ"ש ואה"נ דקשה על מהרימ"ט ז"ל מהתשובה דכלל ע"ח וכמו שהקשה הוא ז"ל ובתשובות מהר"י קצבי סי' כ"ג והרב לשון לימודים בהל' זכיה אבל מה שהבין הוא ז"ל דמהרימ"ט קאי על התשובה דכלל ע"ח וכתב דברים היפך תשובת הרא"ש ז"ל גופא ליתא דהוא ז"ל לא קאי אלא על מ"ש בפסקיו וכנ"ל.

והטור ז"ל בסי' רמ"ב כתב וז"ל והאידנא דלא כתבינן בשטר כתבוה וכו' משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנה הכי הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו היה שיכתבוהו כמנהג הסופרים וכו' וכתב מרן ב"י ז"ל הדברים אלו לא העתיקם כהלכתן וכו' אבל ללשון הרא"ש לק"מ שכתב והאידנא דלא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למכתב וכו' וה"ק והאידנא כי נפיק שטר מתנה קמן כתוב סתם וכו' ועוד י"ל דה"ק והאידנא דלא

חיישינן לסתמא כלומר אין אנו חוששין אם הנותן אומר סתם כתבו ואין אנו מצריכים שיאמר כתבוה בשוקא וכו' ופירוש זה נראה יותר שכך הם דברי התוס' וכו' ומיהו רבינו שכתב בשם הרא"ש והאידנא דלא כתבינן אין לפרש כפירוש שני אלא כפירוש ראשון יעו"ש. וראיתי למר"ן החבי"ב שם בהגהת ב"י אות יג שכתב וז"ל אין לפרש אלא כפירוש ראשון נ"ב גם מדברי ריא"ז הובאו דבריו בשלטי הגיבורים מוכיח כפירוש ב' אמנם סיים שם וכתב ולי נראה שאם אמר להם סתם אין להם לכתוב אלא סתם וה"ז בחזקת מסותרת ובטלה וכו' יעו"ש. ואחר המחילה רבה לא זכיתי להבין דבריו דהא דברי ריא"ז אינן אמורים אלא לדינא דגמ' ומשו"ה ס"ל דבשטר דלא כתיב ביה כתבוה בשוקא לא הוי מתנה ברם לדינא דהאידנא אפשר דס"ל דאפי' היכא דהשטר סתם לא הוי מתנה טמירתא ולא שייך לומר גם מדברי ריא"ז וכו' כאילו לדינא מיירי וזה אינו אחר המחילה רבה כמבואר בתשובות פני משה ח"א סי' ס"ד וכמו כן יש לתמוה על הרב משאת משה ז"ל בחלק חו"מ סי' ה' דף כ"ד שהביא דברי מרן הללו דמיירי לדינא דהאידנא והסכמת מהרימ"ט בסי' הנ"ל שהסכים לפירוש ב' שפירש מרן והלוה להם סברת ריא"ז כאילו כולם מיירי לדינא דהאידנא והיותר תימה שכתב שם וז"ל ומן הצד הזה מקום יש להעמיס סברת התוס' ורשב"ם דעת זה דאמירה דנותן הוא דס"ל הכי ומ"מ בדברי העדים צריך הדבר לאומרו וכו' ואע"ג דהרב פני משה בח"א סי' ס"ד קרא תגר על דברי מהרימ"ט וכו' אכתי אין זה מספיק לזכות למקבלים בנדון דידן ומה גם לפי מ"ש דדברי רשב"ם לא מתפרשין אלא בדרך זו שהרי כתב והלכתא חוששין וכו' והילכך צריך לכתוב בשטר וכך אמר לנו כתבוה בשוקא ובברא ואע"ג דלא א"ל אלא כתבוה סתמא גם דברי היש אומרים שהביא ריא"ז מורים כן בפירוש דשמעינן להו מיהת דכל כמה דלא בא בזכרון בשטר המתנה כלל חוששין לדעתן והיא גופה תברא עד כאן יעו"ש.

ולענ"ד דברים אלה נפלאו ממני דהרואה שם דברי התוס' עיניו יחזו כי פשט דברי התוס' ה"ן כדברי מהרימ"ט ז"ל והרב הדרישה דרצה להשוות דעת התוס' לפירוש ראשון שפירש מרן ז"ל בהרא"ש כמה נדחק כמו שיראה הרואה שם וכן ראיתי בפסקי תוס' שם שכתב וז"ל שטר שכתוב בו כתבוה בשוקא כשר אפי' לא צוה כן עד כאן הרי דפי' דברי התוס' שצריך מיהא לכתוב וכך אמר לנו ואיך כתב מקום יש להעמיס כאילו צריך לדחוק ומ"ש עוד ומה גם לפי מ"ש דדברי רשב"ם ז"ל מתפרשין וכו' אחרי המחילה רבה מדברי רשב"ם ליכא ראיה לנדון דידיה לפענ"ד דרשב"ם לא איירי אלא לפי דינא דגמ' והיא היא סברת ריא"ז דלדינא דגמ' אף כי לא אמר אלא כתבו שטר יכולים העדים לכתוב וכך אמר לנו עיי"ש בהרב פני משה שכתב כן בדעת ריא"ז וכן נ"ל שהוא דעת

רשב"ם ושוב מצאתי שכן הבין ג"כ הרב בעל לשון למודים עיי"ש שלא כדברי מהרש"ח בסי' מ' יעו"ש. ומעתה מ"ש עוד גם דברי היש אומרים שהביא ריא"ז מורים כן וכו' אין לו עיקר לנדון שלו וכמבואר ועיין בס' רב יוסף בסי' כ"ג דף ע"ב סוף ע"א. ומן הבא"ר ההי"א ממנו נקח שמ"ש הרב מל"מ בדין שלפנינו עליה דריא"ז דסברא יחידית היא וכו' נ"ל דרשב"ם קאי כוותיה ולאו יחידית היא ודוק.

ודע שכתב הרב הנמוק"י בפ' חזקת הבתים בסוגיין וז"ל וכתבו המפרשים ז"ל מהא שמעינן דאע"ג דמחמת טענה אמר להו דליטמרן כלומר כדי שלא תשמע אשתו מ"מ דין מתנה טמירתא יהב ליה רבה ומיהו אפשר דדוקא הכא דלא יהיב מנפשיה ורצונו היה יותר שלא ליתן לא לזה ולא לזה אבל מי שאמר מחמת טענה היטמרו כדי שלא ישמע פלוני בני או קרובי בכי הא מסתברא דלא טמירתא היא עד כאן וכ"כ הר"ן ז"ל והביאו מרן ב"י ז"ל בסי' רמ"ב. וראיתי להרב מהריב"ל בח"א סי' נ"ט שכתב וז"ל ועוד אני אומר שאם בא מעשה לידי כדאמר להו לסהדי זילו איטמירו מחמת טענה לא הייתי יודע מה אידון ביה שאין לנו בזה הדין אלא דברי הר"ן והוא מספקא ליה שכ"כ ומיהו אפשר וכו' וכיון דלא מילתא פסיקתא היא העמד נכסים בחזקת היורשים או בחזקת הנותן וכו' יעו"ש.

ולענ"ד נראה דאפי' לדעתו ז"ל אילו היה רואה דברי הגאונים שהביא בס' צרור הכסף הביאו הרב בצלאל בסוגיין וז"ל מצאתי כתוב כתב ה"ר יצחק בעל צרור הכסף בשם הגאונים שהנותן מתנה טמירתא אם נותן טעם לדבריו למה הוא מצוה להטמין כגון שהוא מתירא מקרובו או משאר בני אדם אחד בריא ואחד שכיב מרע בכולן מתנתו קיימת עד כאן הרי הדין בפירוש בלי צד ספק כלל בשם הגאונים ועיין בהרמב"ן ז"ל בחי' במה שהביא התוספתא לדין מהר"י בן מיגאש ז"ל שנראה משם ג"כ הכי ומהתימה מהרב מוהריב"ל שכתב שלא היה פוסק הדין וכו' דמדברי הרמב"ן נראה לכאורה דשפיר זכה המקבל ודוק ועי' בס' קרית מלך רב בח"א בתשובה ד"י ע"א מ"ש יעו"ש ועיין בפוסקים שדברו בדין זה וז"ל הרמ"ה ז"ל בפ' חזקת הבתים סי' קי"ב והא דלא פסיק ואמר פסולה נפק"מ דאי מתברר מפומא דסהדי דשטרא או מפומא דסהדי אחריני דכי איכוון למיכתב טמירתא לאו לאכרוחינהו איכוון ולא לדחויי איכוון אלא מחמת אונסא אחרינא דמפרשי ליה קמן וחזינן דלית ביה ריעותא בהאי מתנתא מגבינן בה ומהאי טעמא לא קרעינן ליה לשטרא מעיקרא עיי"ש באורך.

כתב הרב משפטים ישרים סי' ס"ט דף ע"ב ע"ב וז"ל א"כ זכינו לדין שבצוואות אין צ"ל כתבוה בשוקא אפי' אם לא היינו רגילין לכתוב כתבוה בשוקא כזמן התלמוד ותמהני

מהרב הזקן מהרשד"ם ז"ל בחו"מ סי' ש"ד שכתב לפסול לצוואת הכתובים ע"י גוים מטעם שלא היה כתוב בה כתבוה בשוקא כמו שהאריך שם ואשתמיטיתיה מ"ש הר"ם בפ"ט מהל' זכיה דעיקר דבריו שם הם לדעת הר"ם והרב המגיד בפ"ה גם מה שהביא הטור לשון הר"ם כמו שהארכנו לעיל עכ"ל. ולענ"ד נראה דשפיר צדקו דברי הרב מהרשד"ם ז"ל דנדון הרב ז"ל היה צוואת בריא שאין בה דין מתנת שכיב מרע כנראה שם להדיא וכן הוכיח מהריב"ל בח"א סי' ס"ב וא"כ לא נגע בהך דרבינו האי והרי"ף ורבינו. וכמו כן הרדב"ז בתשובות החדשות סי' תק"מ נשאל גם כן ע"ז ולא חשש משום מתנת שכיב מרע כלל יעו"ש שכתב וז"ל ובתשובה לגאון בקנין לחודיה מהני אי אמר בשעת קנין דהך מתנה פרהסיא היא קני ואי לא אמר הכי חיישינן לסתמא ור"ח סמיך עלה ודברי הר"י הלוי מטין כן ע"כ. הרי אתה רואה דאפי' כתב בשטר כתבוה בשוקא ובשעת הקנין היה סתמא חיישינן לה ופסולה כל שכן בנדון דידן שהיא סתמא מתחילה ועד סוף ע"כ.

ולענ"ד לא ראיתי בדבריהם שאם כתבו בשטר וכך אמר לנו כתבוה בשוקא או מתנה דא נעשית בפרהסיא דלא מהני דהם ז"ל לא דברו אלא היכא דליכא שטרא כי אם קנין לחוד וגם מדברי הר"י בן מיגאש ז"ל שהביא הטור לא משמע שאם בשטר כתוב כך א"ל כתבוה בשוקא שאם בשעת הקנין היה בסתם דלא מהני כיון שכתוב בשטר ומסתמא כך אמר להם וצ"ל שהבין בדברי הר"י הלוי ז"ל דצריך שיאמר כך בשעת הקנין ולא בשעת הכתיבה וכך נראה דאם בשעת הקנין היה סתם דאז לא מהני זה הקנין מאי מהני מה שיאמר אח"כ שטר מתנה זו כתבוה כיון דליכא מתנה שהקנין אין מועיל כלום למאי דמסיק הר"י הלוי ומרן החבי"ב בתשובה בח"ב סי' נ"ז כתב בדין טמירתא וז"ל הדעת הד' הוא דעת הר"י בן מיגאש דלא אמרינן דמתנה טמירתא דלא קנה אלא דוקא דלית בה קנין וכו' אבל אי מקני ליה בקנין או בחזקה אפי' לא אמר כתבוה בשוקא קנה כמ"ש הטור בסי' רמ"ב וסיים ואיכא למימר נמי דאפי' אם קנו נמי כיון דסתם קנין לכתיבה עומד כמאן דא"ל כתבוה וכו' ולזה הסכים הרא"ש ע"כ.

והנה מ"ש וסיים ואיכא למימר נמי וכו' מילת וסיים שכתב הרב ז"ל הוא שהטור סיים וכתב היפך סברת הר"י בן מיגאש ולזה הסכים הרא"ש ז"ל היפך הרב וכן נראה ממ"ש אח"כ וז"ל ומיהו לענין מחלוקת הר"י הלוי [ד]במתנה בקנין לא דיינינן דין מתנה טמירתא א"צ לזכות ליורש מטעם קים לי דאפי' מקבל מתנה מוחזק מפקינן מיניה דיחיד הוא (אבל) [אצל] תשובת הגאון ור"ח והר"ן והרב המגיד והרמב"ם ורבינו ירוחם והרא"ש והטור וכו' יעו"ש ולפי מ"ש לעיל אחרי בקשת מחילה מכבוד רבנותו זה אינו

(א"ה ס"ט וכן נראה להדיא מדבריו בכנסת הגדולה סי' רמ"ב הגהת הטור אות י"ז שהבין בפשיטות בכונת מהר"י בן מיגאש דהיכא דהיא בקנין קנה יעו"ש). עוד ראיתי להרב ז"ל שכתב בתשובה ח"א סי' ע"ו דף פ"ח על דברי הרה"מ שבפ"ט מהל' זכיה וז"ל מבואר בהלכות בפ' חזקת הבתים בשם רבינו האי גאון ודוקא שצוה לגלותה לאחר מיתה הא אם צוה להסתירה בסתם לא קנה וזה שכתב המחבר בריש פ"ה הנותן מתנה בין בריא בין שכיב מרע ע"כ. ודקדק עליו וז"ל ומתחילה שכתב ודוקא שצוה לגלותה משמע שאם לא צוה לגלותה אע"פ שלא צוה להסתירה לא (קש') [קנה] ומסוף דבריו שכתב אם צוה להסתירה לא קנה נראה שאם לא צוה להסתירה אע"פ שלא צוה לגלותה קנה ואין זה כלום שהרי כתב מהריב"ל דגם בפוסקים אמרינן נעשה יעו"ש.

ולענ"ד נראה דכונת הרב המגיד ז"ל הוא פשוט כמ"ש בתחילה ודוקא שצוה לגלותה הוא בכה"ג שאמר לא תגלה מתנה זו אלא לאחר מיתה ומ"ש אם צוה להסתירה בסתם הוא שאמר לא תגלה מתנה זו ולא סיים אלא לאחר מיתה שזהו מ"ש בריש פ"ה דלא קנה ובהכי אתי שפיר דברי הרה"מ ז"ל ועיין בס' אדמת קדש ח"ב סוף סי' י'.

הלכה ו

שני שטרות שזמנן ביום אחד וכו' ואם אין דרך המקום לכתוב שעות הרי הדבר מסור לבי"ד. עיין מ"ש הרב המגיד ויש להסתפק אם כתבו שעות במקום שאין כותבין שעות אי זכה הראשון והוי ממש כמקום שכותבין שעות או דילמא לא נאמר דין זה כי אם במקום שכולם כותבין שעות. ולכאורה נראה כן ממ"ש הרה"מ ז"ל וז"ל אם דרך אנשי המקום לכתוב שעות כל הקודם זכה פי' וכשנכתבו בשטרות אלו שעות וכו' וע"ז כתב ואם אין דרך המקום לכתוב שעות משמע אף כי נכתבו שעות ולכאורה הכי משמע מעובדא דאמיה דרמי בר חמא דבצפרא כתבינהו לרמי בר חמא לאורתא כתבינהו למר עוקבא בר חמא ופסק רב נחמן שודא וכן נראה להדיא מדברי רבינו שכתב אם דרך אנשי המקום לכתוב שעות. אמנם ראיתי להרב בצלאל ז"ל בכתובות דף צ"ד שהביא משם תלמידי ר"י וז"ל בצפרא כתבינהו לרמי בר חמא וכו' א"ל רב נחמן אטו בירושלם יתבינן דכתבינן שעות לא נתכוון לומר שאם יכתבו שעות במקומות אחרים לא יועיל קדימת השעות דודאי בכל מקום שיכתבו שעות יועיל הקדימה אלא ה"ק וכו' יעו"ש. הרי דאף במקום שאין כותבין שעות אי קפדין לכתוב זכה ותלינן דאותו שקדם נמסר תחילה כמו במקום שכותבין וכן מתבאר מפירוש רשב"ם ז"ל בחזקת הבתים דף ל"ה ועיין בהגהות מיימוני בפירקין אות ג'.

הלכה ז

וכן אם היו שם עדים שזה הגיע לידו שטר מתנתו תחילה קנה הראשון וכו'. הקשה הרב לח"מ ז"ל ולפי' רבינו דמפרש דטעם שמואל הוא דס"ל כר' אלעזר ואילו באו עדים ואמרו לזה נמסר בבקר ולזה בערב לזה שנמסר ראשון קנה דעד מסירה כרתי א"כ קשה טובא הא איכא למיקם עליה דמילתא דילמא אתו סהדי ומסהדי שלזה נמסר תחילה בשלמא לרשב"ם ז"ל ניחא דסובר דאפי' לזה נמסר בבקר ולזה בערב לא איכפת לן כיון דאין כותבין שעות אבל לרבינו קשה יעו"ש.

ולענ"ד נראה לומר דרבינו יפרש כפירוש הרב נמוק"י ז"ל פ' חזקת הבתים שפירש וז"ל התם ליכא למיקם וכו' דכיון שהן יודעין מי הם העדים ולא יכול לעמוד על נכון הדבר מפני ששכחו העדים או שמתו העדים תו ליכא למיקם הכא איכא למיקם שיבואו העדים שראו שאבותיו של זה היו מחזיקים בו יעו"ש ובמה שכתב בשלמא לרשב"ם ניחא דסובר וכו' לא ידעתי איך ניחא דהא לר"א דאמר עדי מסירה כרתי על כרחך כל הקודם במסירה אפי' בו ביום זכה כמ"ש הראשונים ז"ל וכן ראיתי להרשב"א ז"ל הביאו הרב בצלאל בשטמ"ק פ' חזקת הבתים שהקשה כן ודחה דבריו ופי' בענין אחר יעו"ש וכן דעת הריטב"א ז"ל בפ' מי שהיה נשוי ואפי' לר' מאיר כל שנמסר ביום שנכתב זכה זה שנמסר תחילה שהקשה וז"ל ואיכא למידק דהא לר"מ אפשר שיזכה בזה אחר זה בעדי חתימה אם מסר להם בזה אחר זה בו ביום שאין דנים אחר סוף היום במקום שאין כותבין שעות אלא כשמסר לאחר היום שנכתב דכיון דלדידיה עדי חתימה כרתי בלחוד אבל כשמסר לו בו ביום זכה לאלתר וראיה מגט וכו' יעו"ש הרי דלא כרשב"ם.

אלא דהא קשה לי בדברי הריטב"א ז"ל דכאן בפ' מי שהיה נשוי ס"ל דכל שמסר לו בו ביום קנה זה שנמסר לו תחילה לגמרי ואילו בפ' המגרש (גיטין דף פ"ו) על מתני' דג' גטין פסולין כתב בסוף הלשון וז"ל לא קשיא דבשלמא לרב דסבר כר' מאיר דאמר עדי חתימה כרתי דינא הוא דחולקין משום דטפי מצוי שיהיה משניהם משל אחד מהם משום דסבר כר"מ דאמר עדיו בחתומיו זכין לו וכיון שכן לא משכחת שיהיה של אחד מהם אלא בנכתב ונמסר לזה קודם שנכתב וקודם שנמסר לזה אבל אם נכתבו ונחתמו שניהם אע"פ שנמסר לאחד מהם תחילה לא זכה דכשמסר לחבירו זכה אף הוא משעת החתימה והיינו מסוף היום ונמצא ששניהם זכו כאחד לא שנא מזכה ליה בו ביום ולזה למחר לא שנא לשניהם בו ביום אלא שמסר לאחד מהם תחילה דכיון שנכתבו שניהם קודם שמסר לאחד מהם שניהם זכו למפרע משעת החתימה דהיינו מסוף היום שמוכיח מתוך השטר וכו' יעו"ש. הרי שכתב דכשנמסר לשניהם בו ביום או שנמסר לזה בו ביום

ולזה למחר דזכו שניהם למפרע משעת החתימה דהיינו מסוף היום היפך מ"ש בפ' מי שהיה נשוי ואין לומר דמ"ש בכתובות מיירי דוקא כשמסר לאחד קודם שיכתוב לשני דבזה שפיר קנה הראשון דהא הלשון לא משמע הכי שכתב שאין דנים אחר סוף היום במקום שאין כותבין שעות אלא כשמסר לאחר היום שנכתב אבל כשמסר בו ביום זכה לאלתר דמשמע כל שנמסר בו ביום זכה לגמרי אף שנמסר אחר שנכתב השטר השני. וכ"כ הרמב"ן ז"ל והביאו הר"ן בפ' המגרש וכ"כ הרא"ה שם פ' מי שהיה נשוי ודוק.

וראיתי שם להר"ן שתירץ להיש מוכיחין שהביא ראיה דהלכה כר' אלעזר אף בשטרות מההיא דגט פשוט דף קע"ו גבי הא דתנן הוציא עליו כתב ידו שהוא חייב לו גובה מנכסים בנ"ח דפריך מהא דג' גטין פסולין וכו' ור' אלעזר אומר אע"פ שנתנו לה בפני עדים כשר וגובין מנכסים משועבדים וכו' וז"ל ולי נראה לומר דהתם אה"נ דהוה מצי לדחויי דר' יוחנן לית ליה דר' אלעזר בשטרות אלא כיון דלא שמעינן ליה לר"י הכי דחי בקושטא דאפי' תמצי לומר דר"י כר"א ס"ל לא דמי דשאני התם דמשעת כתיבה שעבדו נפשיה וכו' יעו"ש. אשר בזה מתרצתא שפיר מה שהקשה הרב גדולי תרומה שער י"ג ח"ג וז"ל ויש לתמוה לשיטת כל הסוברין דאין הלכה כר"א בשטרות מה ליה לגמ' לתרץ שאני התם כאילו רצה לחלק בין הא דכתב ידו להיא דקאמר ר"א התם וגובה מנכסים משועבדים הא לא הו"ל למימר אלא לית הלכתא כר"א בהיא דקאמר וגובה מנכסים משועבדים יעו"ש ולפי מ"ש הר"ן ז"ל ליכא קושיא כלל וכמבואר ודוק.

הלכה ח

שני שטרות וכו'. כתב הרב המגיד וז"ל ויש מי שכתב אע"פ שנודע שכתב לו שטר אחר של מכר כיון שכתב לו שטר מתנה אין בה דינא דבר מצרא וכתב הרשב"א ושמא נאמר לפי דבריו דשטר מתנה באחריות שאני לפי שהשטר זה בעצמו נידון כמכר ואין כאן מתנה כלל אבל כתב לו שטר מתנה מוחלטת לכך כתב לו שאם יערער עליו בן המצר שלא יהא המכר מכר ויזכה בו מכח מתנה זו וצ"ע עכ"ל. עיין בהריב"ש ז"ל סי' שס"ט מ"ש בדברי הגאון הלזו והרב מהרימ"ט ז"ל בחו"מ סי' ס"ז הקשה על הריב"ש וז"ל ותקשה ליה להרב ז"ל מה מועיל בתקנה על כרחך ביטל שני את הראשון דכדי שיבטל לגמרי זכות המצרן צריך לבטל המכר ואחולי אחליה לשעבוד קמא דע"כ א"א להערים ועוד מההיא שעתא שנכתב השטר הראשון זכה המצרן בה דלוקח שליחות דמצרן עביד כדאיתא בהמקבל וא"כ מאי מהני ליה שטר מתנה דעבד באחרונה אלא על כרחך לומר דהכי תתפרש דעת הגאון דמעיקרא הכי התנו שאם לא יערער שום בן המצר עליה הרי היא לו בדמים ויזכה לו בתורת מכר ואם ירצה שום מצרן לסלקו הרי

היא לו לעתיד בתורת מתנה ואין כאן מכר ולא יטול ממנו דמים כלל ואין כאן הערמה דבלב שלם הוא נותן לו וכו' יעו"ש באורך ועיין להרב מל"מ בפירקין שכתב וז"ל ולא ידעתי מה ביד המוכר לעשות אחר דמכר שלא יהא המכר כדי שיזכה מכח מתנה הרי החזיק הלוקח בה מתחילה לשם מכר בדרכי ההקנאה והיה צריך שיחזור ויכתוב שטר מכר למוכר כדי שיוכל המוכר לקנות מעתה מה שירצה ואפי' רצו וכו' וצ"ע ומן התימה שלא זכר ש'ר לדברי מהרימ"ט ז"ל הללו.

הלכה ט

היו שני שטרות וכו' ואם לא הוסיף ביטל השטר שני את הראשון וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל שפסק כרפרם וכ"כ הר"ן ז"ל בפ' נערה ושהרמב"ן פסק כרב אחא וכתב קודם לכן וז"ל ומיהו רב אחא ודאי לא פליג אטעמא דרפרם דהא בשניהם במתנה דאמרינן ביטל שני את הראשון ליתיה לטעמא דאחולי אחליה לשיעבודא דהא התם ליכא אחריות ובגוף הקרקע לא שייכא מחילה דאפי' החזיר לו את השטר קי"ל דלא חזרה מתנתו כדאיתא בגט פשוט הלכך התם על כרחך טעמא דביטל שני את הראשון משום דאודויי אודי ליה אלא דר"א סבר דכל היכא דאפשר לומר דאחוליה אחליה טפי עדיף מלאורועי סהדי ורפרם סבר לעולם אמרינן אודויי אודי ליה וכו' עיי"ש.

וראיתי להרב מהר"א ששון ז"ל סי' ק"ה שהביא הך דהר"ן ועלה ונסתפק לדעת הרמב"ן ז"ל אי ס"ל כהר"ן במ"ש אח"כ דאיכא בינייהו ג"כ כגון שכתב לו בשטר שני חצי שדה דלמ"ד אחוליה אחליה יש לו כל השדה מחמת שטר ראשון יעו"ש. ואחרי נשיקת ידי ורגלי קדשו אין כאן ספק כלל דהא לפי מ"ש הוא ז"ל שדין זה שכתב הר"ן ז"ל נמשך ומתחייב מתוך פירוש שפירש בדברי רב אחא דודאי לא פליג אטעמא דרפרם וכו' ומתוך פירוש זה נתחייב להר"ן דלמ"ד אחולי אם כתב בשטר השני חצי שדה יש לו כל השדה מחמת שטר ראשון לפי דס"ל דבגוף הקרקע לא שייכא מחילה יעו"ש א"כ גם הרמב"ן הכי ס"ל שהרי כתב הריב"ש סי' תע"ח משם הרמב"ן שכתב ג"כ דלא פליג ר"א בטעם רפרם וכדברי הר"ן ז"ל וכן ראיתי להדיא בשטמ"ק לכתובות דף מ"ד שכתב כן משם הרמב"ן ז"ל ככל דברי הר"ן ז"ל ומיהו קצת קשה עליה דהריב"ש ז"ל למה לא הביא ג"כ להר"ן ז"ל מאחר דכל יומא שמעתתיה בפומיה. ומרן החבי"ב ז"ל סי' ר"מ הגהת ב"י אות ט' כתב וז"ל אמר המאסף מכל זה נראה דס"ל להרמב"ם והרמ"ה והרא"ש והר"ן דרפרם ורב אחא פליגי והריב"ש ז"ל בסי' תע"ח כתב דהא ר"א לא פליג עליה דרפרם אלא לומר [דהיכא] דאיכא למימר אחוליה אחליה וכו' יעו"ש ולפי מה שנתבאר לעיל דהר"ן והריב"ש ז"ל כחדא אזלין הדבר תמוה איך כתב דלהר"ן ג"כ רפרם ור"א פליגי

שלא כדעת הריב"ש משם הרמב"ן ז"ל ומה גם דאיהו ז"ל הביא תשובת מהר"א ששון ז"ל ושם הובאו ג"כ דברי הר"ן ז"ל ועוד דהוא ז"ל כתב לעיל אות א' וז"ל אבל בפירוש ראשון מפרשים התוס' כפירוש הר"ן והריב"ש ז"ל וכו' אם לא שנאמר דט"ס הוא וצ"ל והר"ן והריב"ש כתבו וכו' ודוק.

פרק ו

הלכה א

לעולם אומדין דעת הנותן אם היו הדברים מראין סוף דעתו עושין ע"פ האומד וכו'.
הנה התוס' בפ' הגוזל קמא (בבא קמא דף ק"י) הקשו עלה דפריך הש"ס שם מעתה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה וכו' וז"ל וא"ת אדם שקנה מחברו שום דבר ונתקלקל יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה וי"ל דהתם לאו בלוקח לחודיה תליא מלתא אלא כמו כן בדעת המוכר ומוכר אקנה ליה אדעתא דהכי אבל בקידושין בדיד(י)ה קיימא והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש וכן גבי מקדיש בדידיה קאי וכן נותן הגזל בדידיה קאי עד כאן וכ"כ ג"כ בפ' הנערה דף מ"ז ד"ה שלא כתבו וכו' וז"ל וא"ת כל הלוקח פרה מחבירו ונטרפה או מתה אנן סהדי שלא ע"מ כן לקחה וכו' ואומר ר"י דלא פריך התם אלא משום דהוי דומיא דקאמר וכו' ולא דמי ללוקח חפץ ואירע בו אונס דלא אמרינן אדעתא דהכי לא קנה ומבטל המקח דאינו תלוי בדעת הקונה לבדו דהא איכא נמי דעת המקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא יפרש יעו"ש באורך.
וראיתי להרב מל"מ ז"ל שכתב דהרא"ש ז"ל נראה דפליג עלייהו מדכתב בתשובה כלל ח' סי' ד' במי שנדר לנשואי בתו סך מה ונתקלקלו חובותיו שאין לו לפרוע כי אם מבית דירתו וכלי תשמישו דאדעתא דהכי לא נדר עד כאן והרי התם דאיכא דעת המשדך דאפשר שלא היה מתרצה לשדך בלתי אם יתקיים את נדרו ואף אם יוצרך למכור את בית דירתו ואת כלי תשמישו וכו' אך כד מעיינינן שפיר נראה דאין מדברי הרא"ש ז"ל ראיה שחולק על התוס' דשאני נדון הרא"ש דלא היה שום חיוב בדבר כי אם מכח שבועה וכיון שכן הן בדברים שבינו ובין קונו שייך לומר אדעתא דהכי לא נשבע והכי דייק דבריו דלא היה שם כי אם חיוב שבועה וכו' אבל היכא דאיכא חיוב כגון בלוקח מקח מחבירו יודה הרא"ש דהיכא דאיכא דעת אחרת לא אמרינן אדעתא דהכי שוב ראיתי להרב פני משה שכתב חילוק זה לישב דברי הרא"ש עכ"ל.
ואני בעוניי אמינא דאף כי הרב ז"ל לא הכריח בדעת הרא"ש ז"ל כי אם שאין להוכיח דפליג על התוס' אבל דס"ל הכי לא מ"מ ראיתי להרב בצלאל בשיטתו לכתובות הביא

משם הרא"ש וז"ל שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה תימה דהכא ובכמה מקומות בתלמוד אנו אומרים הכי א"כ בלוקח פרה מחבירו ונטרפה אנן סהדי דע"מ כן לא קנה וי"ל וכו' עוד כתב הרא"ש דהא דפריך תלמודא בהגוזל יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה וכו' ולא דמי ללוקח חפץ דאין לומר אדעתא דהכי לא זבין דהא איכא כמו כן דעת המקנה שלא היה מקנה לדעתו וכו' יעו"ש הרי לך בפירוש דהרא"ש גופיה בשיטת התוס' קאי והתם בתשובה הרואה יראה שדברי הרב מל"מ ז"ל נכונים בטעמם דלא קאי אלא לדברי השואל ששאל אם עובר על שבועתו וחייב מלקות או הוי אונס וע"ז השיב וכדברי הרב ופשוט.

הלכה ב

וכן הכותב כל נכסיו וכו'. **שאלה** ראובן היה שכיב מרע ונתן כל נכסיו לבנו הקטן ופרש לו בשטר המתנה שהקנה לו כל זה בקנין מטלטלי ואגב מקרקעי ועבד הכי יען היותו זה הבן ת"ח ואין לו במה להתפרנס ואחיו אינם אתו כשמעון אחי עזריה וכ"ז כתב לו במייפה את כחו כי היכי דליהוי דבריו קיימים ומת מאותו חולי וחיים לכל ישראל שבק והנה בעת"ה בא האיש הזה לזכות בנכסים מכח שטר מתנה שבידו ואחיו ממאנין בשטר צואה זאת באומרם דבמתנה זאת לא חלו בה ידים ולא עבד הכי כי אם למנותו שר וגדול עליהם ולא שיאכל הוא לבדו והם ילכו וקוששו להם מאשר ימצאו יורנו אם יש ממש במתנה הזאת אם לאו ויבא שכרו כפול מן השמים.

תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"א) אמר ר' יהודה אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשה אלא אפוטרופא פשיטא בנו הגדול לא עשאו אלא אפוטרופוס בנו הקטן מאי איתמר רב חנילאי (א"ר יאודה) [בר אידי] אמר שמואל אפי' קטן המוטל בעריסה וכו' והנה בשמועה זאת מקהו בה רבוותא מהא דשנו חכמים בלשון המשנה בו בפ' האומר פלוני ירשני במקום שיש בת בתי תרשני במקום שיש בן לא אמר כלום וכו' ר' יוחנן בן ברוקא אומר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימים ופסקו בגמ' הלכה כר"י ב"ב יעו"ש אלמא דלא אמרינן לא עשאו [אלא] אפוטרופוס כדשמואל ונאמרו בזה כמה חלוקים ורשב"ם ז"ל תירץ וז"ל הלכה כר"י ב"ב וכו' והא דאמרינן לקמן אמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס ואמרינן וה"ה לבנו דאם כתב לו כל נכסיו לא עשאו אלא אפוטרופוס וכו' ה"מ כותב לשון מתנה דלכבודו איכוון להקנות לו כל נכסיו אבל לשון ירושה קנה הכל כדין תורה עיי"ש באורך. וכ"כ הרא"ש והטור בסי' רמ"ו וז"ל וכן הכותב כל נכסיו לאחד מבניו לא שנא בריא ולא שנא שכיב מרע לא קנה אפי' קטן המוטל בעריסה בד"א שכתבו לו בלשון מתנה אבל

אם כתב לו בלשון ירושה קנה עד כאן והא דכתב הטור בסי' רנ"ג סי"א וז"ל שכיב מרע שאמר נכסי לפלוני או שאמרו לו נכסיך למאן והשיב להם למי יהיו אלא לפלוני אם ראוי ליורשו זוכה בהם משום ירושה וכו' בד"א בבת או אח או שאר יורשים אבל אם הוא בנו לא עשאו אלא אפוטרופא וכו' כבר הקשה עליו מוהרי"ל ז"ל והביאו מרן ב"י שם וז"ל ותמהני עליו מנא ליה הא דהא איהו גופיה לא הביא [אלא] דרשב"ם דמחלק בין ירושה ומתנה בההיא דלא עשאו אלא אפוטרופוס וכו' יעו"ש.

וראיתי להרב מהריט"ץ בסי' קפ"ב שהקשה עליה דמהרי"ל ז"ל דאיך תלה תמיהתו בפי' רשב"ם דאפי' אם הוה ס"ל כדעת הרי"ף ז"ל דמחלק בין כותב לאומר אכתי הוה קשה דהא הרי"ף דמחלק בין שאר יורשים לבן היינו בכותב אבל באומר לא שאני בן לשאר יורשים והכא באומר קיימינן יעו"ש. ומפי החכם השלם הדיין המצויין יו"ט ראשון דאורייתא יש"ל בשנותינו עמו פתח לה פתחא דהכונה לומר דאם הוה ס"ל כדעת הרב אבן מגש ז"ל דמחלק בין ברר ללא ברר ניחא דכל זה הוא בבן בין הבנים אבל בשאר יורשים אפי' לא ברר קנה וכמו שאבאר בס"ד ומשו"ה מחלק הכא בין שאר יורשים לבן אבל עכשיו דמחלק בין לשון ירושה ללשון מתנה א"כ אין חילוק בין שאר יורשים לבן אלא הכל תלוי בלשון הנותן אם אמר בלשון מתנה או בלשון ירושה וה"ה נמי דאי הוה ס"ל כדעת הרי"ף וסיעתו דהוה קשה ליה הכי כיון דבאומר מירי אלו תוכן דבריו נר"ו.

ולענ"ד נראה לומר נמי כעין זה והוא דהרא"ש ז"ל מייתי משם ר"ח וז"ל ור"ח תירץ דהתם באומר והכא בכותב ועוד תירץ דהכא מירי בכל הנכסים והתם בר' יוחנן בן ברוקא מירי כשריבה לאחד ומעט לאחד וקשה מהא דאמרינן לקמן אמר רב הונא שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר רואין אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה אלמא בכל הנכסים ובכותב נמי וכו' ומצינן למימר דר"ה מירי בבת בין הבנות ובאח בין האחין אבל בבן בין הבנים עשאו אפוטרופוס יעו"ש נמצא דלתירוץ ב' של ר"ח דמחלק בין כל נכסיו למקצת היינו בבן אמנם בשאר יורשים לא שנא כל נכסיו ולא שנא מקצת נכסיו בכולהו קנה והיינו ההיא דר"ה ולזה תלה הקושיא בפירוש רשב"ם לאפוקי אי הוה מחלק כתירוץ ב' של ר"ח דכיון דהכא מירי בכל הנכסים כמבואר מפשט הלשון א"כ שפיר חזי לחלק בין שאר יורשים לבן דבבן לא קנה וכדשמואל ובשאר יורשים קנה וכדרב הונא ומעתה אין חילוק בין כותב לאומר ברם כיון שהוא מחלק כרשב"ם א"כ אין חילוק בין שאר יורשים לבן זה נראה לי להליץ בעד מהרי"ל ז"ל.

עוד כתב מהרי"ל שם וז"ל ומותבינן אשמעתתא א"כ יפרש התם האי נפקותא בהא דאם ראוי ליורשו דנפק"מ דלא הוי אפוטרופוס ונראה דניחא ליה לפרושי אליבא דכו"ע

וכו' ע"כ. וכתב עליו מרן החבי"ב וז"ל ולא ידענא מאי קאמר דאי משום דלהרי"ף אין חילוק בין מתנה ללשון ירושה לרשב"ם בתלמוד ליכא פלוגתא בזה וא"כ לימא בגמ' האי נפקותא מורה צדק בשם הרש"ף עד כאן ולפי קוצר עניות דעתי נראה לומר דכונת מהרי"ל ז"ל לומר דהא דקאמר הש"ס דנפק"מ לאומר נכסי לך ואחריך לפלוני וכו' הוא משום דהך דינא דירושה אין לה הפסק לא לר' יוחנן בן ברוקא לחוד איתיה אלא אף לרבנן וכגון שאין שם אלא בן אחד וכתב לו כל נכסיו ואחריו לפלוני אם הראשון הוא בנו אין לאותו פלוני כלום דירושה אין לה הפסק והא דקאמר לדברי ר"י ב"ב אינו אלא בדאית ליה בנים רבים דמצי להוציא מזה ולהנחיל לזה ונמצא דאפי' דרב הונא מיירי בדאית ליה בנים אחרים מ"מ הנפקותא דאם אמר ואחריך לפלוני אם היה הראשון ראוי ליורשו אין לב' כלום משום דירושה אין לה הפסק והוא אליבא דכו"ע למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה אבל אי הוה מוקי הנפק"מ דלא עשאו אפוטרופוס לא הוה אתי אלא לר"י ב"ב וכל מה דמצי לאוקומי אליבא דכו"ע מוקי ומ"ש עוד וז"ל ואי נמי ניחא ליה לפרש דאין שם אלא חד ברא וכו' הכונה לומר דבאין שם אלא חד ליכא למימר אפוטרופוס שוייה ומשו"ה קאמר דנפק"מ לאחריך ומאי דקאמר לדברי ר"י ב"ב ר"ל דרב אחא קאמר לר"י ב"ב היכא דאית ליה בנים אחרים ועיין בס' זקן שמואל מה שתירץ עוד.

ובעיקר דברי רשב"ם דכתיבנא דמחלק בין לשון מתנה ללשון ירושה ראיתי להרבינו יונה בעליותיו והביאו הרב בצלאל בשטמ"ק לבתרא שהקשו ופירשו הגאונים וז"ל וכו' וי"ל עוד טעם אחר במשנתינו דכיון שאמר בלשון ירושה לא תלינן שעשאו אפוטרופוס וכפירוש רשב"ם וסברא מעליא היא וקשה לן מהא דאמרינן לקמן אמר רב הונא שכיב מרע שכתב כל נכסיו וכו' ולא [אמרינן לא] עשאו אלא אפוטרופוס וכו' ולפום הך מסקנא קשיא לן כיון שאמר בלשון מתנה ושטר נמי כתב ליה אמאי לא אמרינן לא עשאו אלא אפוטרופוס ונראה בעיני כיון דאמר ואחריך לפלוני לא שייך למימר לא עשאו אלא אפוטרופוס אע"פ שהראשון בנו שהרי לא כתב לו כל נכסיו כיון שנתנם אח"כ לאחר עד כאן ולי נראה לומר דאין מכל זה טענה עליה דרשב"ם דהא הוא ז"ל פירש במימרא דר"ה וז"ל שכתב כל נכסיו סתם ולא פירש לא לשון מתנה ולא לשון ירושה רואין אם אותו מקבל מתנה ראוי ליורשו כגון בן בין הבנים נוטלן כר' יוחנן וכו' יעו"ש וכ"כ עוד אין ה"נ קאמינא על הכותב כל נכסיו סתם באתי להורות דזימנין הוי ירושה וזימנין הוי מתנה עד כאן הרי דדעת רשב"ם ז"ל דר"ה בסתם מיירי ומשו"ה הוא דאמרינן אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ונפק"מ דאם אמר ולאחריך אבל בנותן בלשון מתנה בפירוש וכתב לו שטר אי נמי אפי' בלא שטר אפשר דלא קנה אפי' אם אמר ואחריך וכדעת מאן דס"ל

הכי ועיין במרדכי פ"ח והכא לא אירי כי אם בשטר שכתוב נכסי לך ולא עוד וכדאמרן.
איך שיהיה נמצא לענין דינא לדעת רשב"ם והרא"ש והטור דבכותב כל נכסיו לבנו בלשון מתנה לדעת הני רבוותא לא זכה כי אם שעשאו אפוטרופוס ולא זכה יותר מזה ויחדיו יחלקו וא"כ בנדון דידן שכתב כל נכסיו בלשון מתנה לדעת הני רבוותא לא זכה ואין לזכות מהא דכתב הרז"ה והביאו מרן בב"י סי' רמ"ו וז"ל והר"ן ז"ל כתב אהא דמסקינן דבנו וכו' כתב הרז"ה דדוקא בשצריכין אפוטרופוס כגון קטן בין הבנים או דליתנהו הכא הא גדולים ואיתנהו הכא מתנה גמורה היא והרשב"א ז"ל מסופק בדבר ע"כ. וא"כ בנדון דידן דהבנים הם גדולים ואיתנהו הכא שפיר קנה. אמינא דהא ודאי ליתא דכל הפוסקים דחו הך סברא מהלכה והרשב"א דמסופק בדבר בתשובה ח"ב סי' רס"ה דכתב דאין דברי הרז"ה מחוורין והביא ראיה לסתור דבריו יעו"ש ועיין בשטמ"ק בסוגיין שהביא כן משם הרשב"א ומרן החבי"ב כתב דאין המוחזק יכול לומר קים לי כהרז"ה יעו"ש. וכן נמי להרי"ף ולהרמב"ם נראה דמגן שוייא מתנה זאת דהא הרי"ף דמחלק בין כותב לאומר וז"ל אמר ר' יהודה אמר שמואל הכותב וכו' ומפרשי דוקא כותב אבל אמר ירשני בני שפיר דמי וירית ליה דקי"ל כר' יוחנן בן ברוקא וקשיא לן מהיא דאמרינן לקמן אמר רב הונא שכיב מרע שכתב כל נכסיו וכו' ההיא בשאר יורשים כגון בת בין הבנות וכו' עד כאן וכן הוא דעת הרמב"ם בפ"ו מהלכות זכיה יעו"ש בכ"מ.
ומהריט"ץ ז"ל בסי' הנ"ל דקדק מדברי הרי"ף וכן מדברי הרמב"ם דהא דאמרינן דבאומר זכה המקבל מתנה היינו דוקא באומר בלשון ירושה דהכי דייק לומר אבל אמר ירשני בני שפיר דמי עד כאן אבל בלשון מתנה אפי' באומר לא קנה וכן דקדק מדברי הרמב"ם שבפ"ו מהל' נחלות. ואחר המחילה רבה נראה דזה אינו דהא בפי"ב מהל' זכיה פסק וז"ל שכיב מרע שאמר נכסי לפלוני ואחריו לפלוני אם היה הראשון ראוי ליורשו כגון שהיה בן מכלל הבנים אין לשני כלום שכל לשון מתנה ליורש הרי הוא כלשון ירושה והירושה אין לה הפסק וכו' עד כאן הרי דאף באומר בלשון מתנה הדברים אמורים דקנה ולא אמרינן דעשאו אפוטרופוס וכן נראה דיש לומר לדעת הרי"ף ז"ל ולא עוד אלא שנראה לענ"ד לדקדק בהיפך מהא דכתב הרמב"ן ז"ל בחי' בסוגיין וז"ל ורשב"ם מתרץ דהא דשמואל באומר בלשון מתנה אבל בלשון ירושה יורש הוא וקנה וכו' ותירוץ זה מספיק ומה שהוצרך הרי"ף לחלק בין כותב לאומר לא משום [לשון] ירושה אלא משמע ליה משנתינו בלשון ירושה וכל שכן בלשון מתנה אפי' לרבנן בלשון מתנה דבריו קיימים עכ"ל הרי דאפי' לרבנן דס"ל דבלשון ירושה לא קנה בלשון מתנה קנה וכל שכן לדעת ר' יוחנן בן ברוקא בלשון מתנה דקנה משו"ה הוצרך הרי"ף לחלק בין כותב לאומר ובאומר

לא שנא בלשון ירושה ולא שנא בלשון מתנה בכולהו קנה וצריך ישוב ועוד יש לעמוד עליו ואין הספר מצוי אצלי. ונמצא לפי"ז בנדון דידן דאף לדעת הרי"ף והרמב"ם ז"ל לא זכה הבן במתנה זאת יען היותו כותב.

וכן אין לומר בנדון דידן דקנה מפאת שנתנו בקנין וכתב הרב יונה משם איכא מ"ד והביאו הטור והרב נמוק"י ז"ל דדוקא כתב לו שלא בקנין אבל אם כתב לו בקנין קנה כיון שייפה את כחו בקנין וכו' יעו"ש בב"י וב"ח וש"ך דהא נמי רבים לוחמים עלה וס"ל דאפי' בקנין לא קנה וכמבואר אלא דבנדון דידן איכא למימר דקנה לפי מה שבא בשאלה שההקנאה היתה בקנין אגב וכתב מרן החבי"ב אות כ"ה וז"ל בשכתוב בשטר שהקנה לו מטלטלי אגב מקרקעי ויראה אפילו מי שחולק בקנין דלא קנה בשכותב לו מטלטלי אגב מקרקעי מהני וקנתה אבל מהר"ש יונה בסי' מ"ו כתב דהחולקים בקנין חולקים ג"כ בקנין אגב וליתא דאי הא בהא תליא וכו' איך כתב הרשב"א בתשובה שהעתיק רבינו המחבר לתרי טעמי וגם מדברי רבינו המחבר כך מתבאר שאחר שהביא מחלוקת של הרי"ף והראב"ד בקנין כתב וכתב עוד הרשב"א ואם כתב מטלטלי אגב מקרקעי הוי כאילו ברר גם מדבריו בס' הקצר מוכח כן וכו' יעו"ש ועיין בהרשב"א שהביא מרן בסי' ר"נ מחודש ח' שכתב שכיב מרע שנתן קרקעותיו ואגבן כל נכסיו שלא זכה במטלטלין ושטרות וכו' ואפי' אמר במתנת המטלטלין הרי אני נותן לו מטלטלי אגב מקרקעי [אינו אלא כמיפה] (במיפה) כחו אלא א"כ יאמר והרי אני נותן לו מטלטלי ואף אגב מקרקעי שהדבר נראה שהוא נותן לו מטלטלי במתנת שכיב מרע ועוד מוסיף לו אגב קרקע וכו' יעו"ש. וא"כ על כרחך צ"ל דהכא מיירי במיפה את כחו במתנת אגב וכמבואר.

ודע דהא דאמרינן בכותב כל נכסיו לאחד דעשאו אפוטרופוס היינו דוקא שכתב לו במיפה את כחו דאי לא אפי' אפוטרופוס לא הוי משום דאין שטר לאחר מיתה וכמ"ש רבינו יונה והביאו הטור ז"ל וראיתי למרן החבי"ב ז"ל בהגהת הטור אות כ"ה שהקשה להרשב"א ז"ל מדידיה אדידיה דבתשובות המכונות להרמב"ן סימן ע"ב כתב כדברי הר' יונה דצריך יפוי כח השטר דאם לא אפי' אפוטרופוס לא הוי ואילו בתשובה שהביא מרן בסי' ר"נ מחודש ח' נראה בהיפך שכתב וז"ל דלא אמרינן אין שטר לאחר מיתה אלא לענין מתנות אבל לענין אפוטרופוס אינו כך דמה הוא נותן להם דנאמר לא גמר להקנותו אלא בשטר והלא השטר אינו אלא לראיה שממנה אותו אפוטרופוס והיא בח"ב סי' קכ"ז ויש לתמוה שסותר את עצמו מתשובה לתשובה יעו"ש. ולענ"ד נראה לחלק ולומר דלא דמי דהכא מקנה לו הנכסים להיותם ברשותו וזה הוא מתנה שנותן לו וכמו שפירש רשב"ם ז"ל בדף ק"ל שיש נותן מתנה גמורה ויש נותן מתנת אפוטרופוס

וה"מ דלישתמעון מיליה ומשו"ה כתב לו הנכסים בדרך הקנאה ועל כן אמרינן שצריך ליפות את כחו דאם לא אמרינן אין שטר לאחר מיתה אבל התם מיירי בסתם אפוטרופוס שממנה לאפוטרופוס ואינו מקנה לו הנכסים להיותן ברשותו והשטר אינו אלא לראיה בעלמא ומשו"ה לא בעי יפוי כח וברור.

האמנם נראה דזכה המקבל מתנה מטעם אחר והוא שכתוב בשאלה דעבד הכי יען היותו אותו הבן ת"ח ואין לו מי שיזון וכו' דמורה בפירוש דלמתנה גמורה איכוון לתת דאי לאפוטרופוס מה יתן ומה יוסיף היותו אפוטרופוס ובמה יתפרנס וזה ודאי הוי דינו של הרא"ם שהביא הרב המגיד בפ"ו מהלכות זכיה וז"ל והרב אבן מגש נחלק עליהן ואמר לא שנא כותב ולא שנא אומר אלא ההיא דר' יוחנן בן ברוקא בשברר דבריו דלהקנאה גמורה איכוון דשמואל בדלא בירר וכו' ראיתי להחכם השלם מהרימ"ט בחלק חו"מ סי' נ"ג שכתב וז"ל יראה לי דלא חיישינן בהכי דלא משכחת תנא דמחמיר בה ב' חומרי דבבת בין הבנות ובאמירה לכו"ע זכתה כי הרב אבן מגש שנחלק על הרי"ף ואמר דלא שנא כותב ולא שנא אומר לא קנה לא נחלק בחילוק האחר של הרי"ף ז"ל דדוקא בבן ולא בשאר יורשים מטעם שכתב הרי"ף דכיון דהלכתא בלא טעמא היא אין לנו בה אלא חידושו עכ"ל וכ"כ הרב אבן מגש בפירו' והביאו הרב בצלאל בשטמ"ק בסוגיין בד"ה נמצא עכשיו הכלל העולה בידינו וכו' יעו"ש. איברא דבדברי הרב כתב הרב המגיד בפ"ט מהלכות זכיה על מ"ש הרמב"ם בד"א כשהיה היורש זה וכו' וז"ל זה פשוט וכ"כ הרב אבן מגש ז"ל וכבר נתבאר פ"ו והוא כדברי הרב ז"ל ומהתימה שלא זכר ש"ר ויושב ודורש כמשה מפי הגבורה ומ"מ לדינא מסכים עם מ"ש הרב ז"ל.

ודרך אגב ראיתי לכתוב כאן מה שהקשה הרב פני משה בח"א סי' ל"ה עליה דהרשב"א שהביא מרן בסי' רמ"ו במחודש ד' וז"ל הרב פני משה לא ידעתי להלום במ"ש וסיים בלשונו וז"ל מ"מ כל שבנו מוציא אינו כמחולק מהו כונת דברים הללו חשבתי דרכי לומר שהכונה היא דמ"מ לא לגמרי הוא אלא שהחולק יסתפק בדבר ולספק אמרה דזה מקרי כותב כל נכסיו וכו' ויש עוד צד אחר כיון דשייר קצת וכו' מ"מ כיון דהכל בשעה אחת היא כנותן לאשתו ומשייר דמי וכיון שכן הו"ל ספקא ואפשר דהאשה תקרא מוחזקת וכו' ובטעם ג' פירש שאפשר דנכסי השכיב מרע בנדון הרשב"א ז"ל היה בשכבר היו ביד האשה וצוה בצואתו שנתן לבנו כך וכך מהם והשאר לאשתו שתחזיק בהם ע"כ כשכתב דיש לבעל דין לחלוק דזה לא מקרי שיור כיון שלא שייר כלום אחר מתנת אשתו ניחא ליה כיון שמתנת בנו בנכסים ההם צריך הוא להוציא חלקו מיד האשה שהם בידה כיון שחלק שנתן לבנו אינו מחולק אלא מעורב בתוך הנכסים שנתן לאשה צריך

ליטול חלק ממנה וא"כ אין לך שיור גדול מזה יעו"ש באורך ומרן החבי"ב ז"ל בהגהת ב"י אות נ' כתב דבטעם א' מטעם הוכחא אתי עלה וכו' ומשום דקשיא ליה בטעם זה דאינו הוכחא גמורה דאין טעם ברצון ועוד דאפי' בהוכחא גמורה במחלוקת היא שנויה דלהרי"ף או להיש מרבותינו שכתב הרמב"ן ז"ל לא מהני אפי' ברר אתי עלה בטעם שיור ומשום דקשיא ליה דה"מ בנותן בבת אחת אבל בזה אחר זה לא כתב דה"נ בבת אחת נתן לבן והשאר לאשתו ומ"ש כל שבנו מוציא אינו כמחולק הכונה לומר דאע"ג דיש לבעל דין לומר דשיור ליורשיו לא מקרי שיור מ"מ כל שבנו מוציא מידי זה אינו כמחולק שכתב לו שאר נכסיו כל שבנו לוקח ממנו מה שנתן לו הרי הוא כמחולק ושיור מקרי יעו"ש באורך. ומור"ם ז"ל באה"ע סי' ק"ז הביא הך דרשב"א ז"ל ועיין בחלקת מחוקק מה שהקשה עליו ובמה שהקשה שהרשב"א נתקשה בזה יעו"ש באורך ועיין בפרח מטה אהרן ח"א סימן ל"ט בכונת הרשב"א ז"ל..

ואנא לא בחכמתא דאית בי אמינא אחר בקשת מחילה מכבוד רבנותם דאין אנו צריכים לכל הני דברים שכתבו הם ז"ל דהא הך תשובת הרשב"א היא בח"ג סי' ק"כ שכתב וז"ל שאלת ראובן שצוה מחמת מיתה ונתן מקצת נכסיו לבנו והשאר כל לאשתו וכך כתוב וכו' אני נותן לאשתי מתנה גמורה שרירה כחומר כל שטרי צואות ולא שיירתי בה לפלוני בני שום שיור ולא יהיה רשאי פלוני בני לטעון ולומר שלא עשיתיה אלא אפוטרופיא לפי שבלב שלם נתתי לה וכו'. תשובה מדעתי כי כבר עמדתם על כל מה שאמרו הראשונים ולפיכך ראיתי שלא לכתוב וכו' אלא מה שאני מסכים עליו והוא שאני סבור שלא עשאוה כהלכתא בלא טעמא לחלוטין ושלא יועיל שום גילוי דעת וכיון שכן מתני' בשברר דבריו ודשמואל בשלא ברר ודרב הונא מסייעני דאמר שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר רואים אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה דאלמא אפי' כתב כל נכסיו למי שראוי ליורשו מתנתו מתנה גמורה וסתמא קאמר אם ראוי ליורשו ולא חלק יעו"ש הרי דאחר עלה מטעם ברר שכן מסכים עליו וכמ"ש בסוף דבריו וז"ל וכל שכן כאן שנתן לבנו חנוך קצת מנכסיו ושאין לו אלא אותו הבן וכו' ועוד שכבר אמרו ה' עד שיכתבו כל נכסיהם וכו'. ואע"פ שיש לבעל דין לחלוק בזה ולומר דמה שנתן לבן הרי הוא כמחולק מנכסיו והשאר היינו כל נכסיו תחילה חוץ מאותו חלק שנתן לאחר מכאן לבנו שבשעת מתנת האשה שייר אותו כל שהוא משא"כ בנותן מקצת תחילה וכל שאר לאשה מ"מ כל שבנו מוציא מידי זה ועוד כיון דבשעת אחת וכו' ועוד מ"ש למעלה עכ"ל.

הרי דמילת אינו כמחולק דקשיא להו להני רבוותא ליכא בדברי הרשב"א וא"כ

לפי האמת אין צ"ל דמיירי הרשב"א דהבעל דין יחלוק עליו בספק דמ"מ האשה היא המוחזקת או שהנכסים היו ביד האשה וכמ"ש הרב כ"מ ז"ל וגם לא בא לומר דשיור דשייר ליורש לא הוי שיור וכדברי מרן החבי"ב ולא כדברי הרב חלקת מחוקק שהביא אינו כמחוזק שלא ידעתי היכן מצא גירסא זאת וגם מ"ש שהרשב"א נתקשה בזה וכתב אף שיש לבעל דין לחלוק וכו' הרואה תשובת הרשב"א במקומה יראה דאין מכל זה טענה עליו אלא הדברים כפשטן דמה שיש לבעל דין לחלוק הוא כמבואר בדבריו ז"ל משום שהקדים לבנו ומה שנתן לאשתו אח"כ הוי כל נכסיו ומ"ש כל שבנו מוציא מידי זה נ"ל דהכונה לומר כמ"ש רב האי גאון ז"ל והביאו מרן במחודש ד' על שכיב מרע שאמר תיטול בתי נ' זהובים ובתי פלונית נ' והיו לו ג' בנות ואשה אחת וא"ל אחיו ואשתך מה תתן לה א"ל השאר שלה והשיב דבריו קיימים ולא אמרינן דעשאה אפוטרופוס כיון שחלק נכסיו שהן יורשות וכו' וא"ת שהרי יש גדולה שלא נתן לה כלום כיון שהעמיד ירושת התורה אפי' באחד מבניו הרי קמה וכו' יעו"ש וזה הוא מ"ש הרשב"א ז"ל ומ"מ כל שבנו ר"ל שמה שכתב הוא נכסיו לבנו ואינו אחר הרי העמיד ירושת התורה ומוציא מידי זה וא"צ להקדים וכו' ועוד נ"ל דכל זה שכתב הרשב"א ז"ל אינו אלא לרווחא דמילתא דהא כבר כתבתי לעיל דעיקר טעמו דהרשב"א ז"ל אינו אלא משום דברר וכמ"ש והוא העיקר וכו' ובשנות את טעמו כתב וכל שכן שנתן וכו' ועוד שכתב בסוף דבריו ועוד כמ"ש למעלה עד כאן ואיך שיהיה לא כתבתי זה אלא להעיר אוזן המעיין ושיתן את לבו לראות דברי הרשב"א במקומם ומה שיש לעמוד עוד בדברי הרב פני משה במקום אחר כתבתי.

עוד כתב מהרימ"ט וזה ומה שהוצרך הרב אבן מגש ז"ל להעמיד מילתא דר' יוחנן בן ברוקא כשברר דבריו ולא העמידה בבת בין הבנות משום דמשמע ליה דההיא דר"י ב"ב אף בבן בין הבנים איתא דאמילתא דתנא קמא קאי וכו' ולענ"ד נראה דאין אנו צריכים לסתמא ודאמילתא דת"ק קאי דהא בפירוש אמרינן התם בגמ' והתניא ר' ישמעאל בנו של ר"י ב"ב אומר לא נחלקו אבא וחכמים וכו' על מה נחלקו על בן בין הבנים ועל בת בין הבנות שאבא אמר וכו'. ומיהו אע"ג דכתיבנא לעיל דאפי' ברר לא מהני לדעת הרי"ף כיון דכל הפוסקים חולקים עליו ולא נמצא לו חבר בזה הכי נקטינן ולא מצי המוחזק לומר קים לי כוותיה כי יש מרבותינו שכתב הרמב"ן ז"ל [הוא] הרי"ף ומבואר מתשובת הרשב"א בסי' רס"ג וכ"כ מהר"ש יונה ז"ל סי' מ"ו דלא מצי המוחזק לומר קי"ל וגדולה מזו כתב מרן החבי"ב ז"ל בסי' רמ"ו דאפי' תימא דיש מרבותינו שכתוב בתשובת הרמב"ן ז"ל אינו הרי"ף אלא רב אחר אין המוחזק יכול לומר קים לי כהרי"ף ויש מרבותי

דבשלמא אם דעת הרי"ף היה מבורר דס"ל דאפי' בירר בפירוש לאפוטרופוס איכוון ניחא אבל כיון דדעת הרי"ף אינו מבורר אלא שהרשב"א כתב ונראה שהרי"ף אינו נראה סובר כן אין לצרפו עם יש מרבותינו שכתב הרמב"ן כיון שאין דעתו מבורר שלא מצינו פוסק שיאמר בדעת הרי"ף בהחלט דאפי' ברר לא עשאו אלא אפוטרופוס ולא עוד אלא שאפי' הרשב"א גופיה בתשובה זאת כתב ומ"מ לא נתברר לנו דעת הרי"ף יעו"ש. וא"כ בנדון דידן שבירר דבריו דלמתנה איכוון יען שפירש דעבד הכי משום היותו הבן ת"ח ואין לו במה להתפרנס וכו' ומה גם שהקנה לו מטלטלי ואף אגב מקרקעי וכ"כ מרן החבי"ב דאפשר אפי' מאן דפליג בבירר מודו בדהקנה לו באגב ואף שכתב דזה דוחק מ"מ אפשר דבכה"ג אפי' הרי"ף מודה בזה ולכו"ע זכה המקבל מתנה הנראה לענ"ד כתבתי כה דברי הצעיר שלמה בכר שמואל חכים ס"ט

הלכה ט

וכן הכותב נכסיו לבניו וכו' וכתב לאשתו עמהן קרקע כל שהוא וכו'. כתב הרב המגיד וז"ל אבל בעל המאור ובעל העטור ור"ח פרשוה שהיתה שם וקבלה בתורת שותפות שאין קושרין שותפות אלא ברצון שניהם וזה הוא שעשאה שותף וכ"כ הר"ן בחי' והביאו מרן ומהריב"ל בח"ב סי' פ"ב הביא ג"כ דברי הרא"ש שכתב משם ר"ח דעשאה שותף הכונה שחלק לה חלק כאחד מהבנים ואז לא בעי קבלה וכתב וז"ל ונפק"מ בין ב' הפרושים דלהרא"ש אם נתן לה חלק כאחד מבניו בכתיבה לחוד סגי לדעת ר"ח ולהר"ן לדעת ר"ח לעולם בעי תרתי כתיבה וקבלה ואפשר שנוסחאות מתחלפות היו להם או שמא ר"ח סתם דבריו וקאמר דרב נחמן תרתי בעי כתיבה וקבלה והרא"ש והר"ן באו לפרש דבריו עכ"ל ועיין בס' בית דוד חלק אה"ע סי' ס"ט שהקשה להרה"מ ז"ל מהרא"ש ומה שתירץ שם ולא זכר ש"ר דברי מהריב"ל הללו ועי' בשטמ"ק בפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ב) שהביא ר' יונה בעליותיו משם ר"ח כמ"ש הרה"מ והר"ן ומשם יש מפרשים מה שהביא הרא"ש משם ר"ח יעו"ש דמשמע דפליגי ר"ח עם יש מפרשים יעו"ש.

וראיתי למרן החבי"ב ז"ל באה"ע סי' ק"ו בהגהת ב"י אות ד' שכתב וז"ל ודברי הרב נמוק"י ז"ל צריכין ביאור שכתב וז"ל והיינו במחלק בפניה והיא שותקת וכל שכן במזכה להם על ידה וכן [אם] אמר לה אחר שחלק בפניה ושתקה טלי קרקע זו בכתובתיך אי נמי אפי' לא חלק בפניה אלא שידעה שחלק כן ושתקה וקבלה מה שכתב לה קרקע כל שהוא ע"כ. ושמא תאמר דמ"ש וכן נמי אם אמר לה אחר שחלק בפניה וכו' מיירי כשחלק נכסיו וא"ל בעל פה טלי קרקע זו בכתובתיך ובא להשמיענו דאפי' לא כתב לה

אלא באמירה מהני צריכין אנו לידע אם אמירה מהני דלשון המשנה לא משמע אלא דווקא כתיבה דהכי תנן וכתב לה קרקע כל שהוא עכ"ל.

ואני בעוניי לא ידעתי מה יושיענו זה דלשון המשנה משמע דוקא כתיבה דהא מהנהו תרי עובדי דמייתי הש"ס שם נראה דאפי' באמירה מהני כל שנתן לה קרקע וכן נראה להדיא מתשובת מהרשד"ם ז"ל סי' קל"ו ומהרי"א [סי' ק"ו] סי' קל"ב ועיין בבית שמואל חלקת מחוקק [סי' ק"ו] סק"א שכתבו כן ושרבינו שכתב בכותב לא דווקא ולישנא דגמ' נקט וכו' ודלא כהב"ח ז"ל ועיין בס' בית דוד שם ומהתימה שהרב ז"ל הראה לנו הני תשובות מהרשד"ם ומהרי"א דמשמע דאפי' באמירה אבדה כתובתה ועוד דהרב ב"ח קאי כמר ולא הזכירו וצ"ע.

הלכה יא

הכותב כל נכסיו לבניו וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל וכתב רשב"ם וכו' אבל בע"ח ודאי לא אבד זכותו בשותק וכ"כ ז"ל עד כאן וכ"כ הר"ן והביאו מרן ב"י בסוף סי' ק"ו וז"ל וכ"כ הר"ן וז"ל מראין הדברים דדווקא בכתובת אשה ומקולי כתובה אבל בבע"ח אי נמי בנדוניא שהיא כבע"ח לא עד כאן (א"ה ס"ט עיין להרב בית דוד באה"ע סי' פ"ט דף ס"ב ע"ג שכתב וז"ל אמנם איכא לספוקי וכו' וכמ"ש הרב ב"י אה"ע סי' ק"ו וז"ל וכתב הרה"מ פ"ו מהל' זכיה בשם רבינו שמואל ובשם המפרשים ומדבריהם ז"ל נלמוד דאין דברים הללו אמורים אלא בעיקר כתובה ואפשר דאף תוספת דינו כן אבל נדוניא ודאי לא וכ"כ הר"ן ז"ל מראים הדברים דדוקא כתובה וכו' עכ"ל הרב ב"י ולא מצאתי בסגנון זה לא בהרה"מ ולא בהר"ן עכ"ל ואחרי נשיקת ידי ורגלי קדשו כונת מרן מבוארת כמ"ש וכתב הרה"מ ז"ל דקאי על מ"ש קודם לכן כתב בעל התרומות בשער נ"ט שאין דבריו אלו אמורי' וכו' אבל בע"ח לא ע"ז כתב שכן כתב הרה"מ פ"ו מהל' זכיה הי"א בשם רשב"ם ושאר מפרשים ואח"כ כתב מדנפשיה ומדבריהם ז"ל נלמד וכו' והביא שכן כתב הר"ן בחי' וכן הבין מהרימ"ט בפשיטות כמ"ש בשם הר"ן הייינו בחי' הנ"ל כן השיב כמהר"ר דש"ן נר"ו) והרב בצלאל בשטמ"ק בפ' יש נוחלין הביא משם הר"ן וז"ל וכ"כ הר"ן נראה מדבריו דהאי קבלה לאו קבלה גמורה היא לומר שהיא מוחלת זכותה מאותם הנכסים דאי הכי מחילה אלא הך קבלה היינו שנתרצית בחילוק אותם הנכסים והך קבלה דוקא בכתובה מהנייא אבל בבע"ח מצי למימר לפיכך נתרציתי לפי שהשני נוח לי וכו' יעו"ש.

אשר בזה נראה לומר שזה הוא דעת הרב בעל התרומות בשער נ"ט ח"א שכתב וז"ל אבל בבע"ח בכה"ג לא מחל שעבודו אפי' בכתיבה וקבלה ותמה עליו הגידולי תרומה וז"ל ודברי רבינו מתמיהים במ"ש דבבע"ח לא מחיל שעבודו אפי' בכתיבה וקבלה דנראה

דאפי' קבל הבע"ח בפירוש שמוחל השעבוד ע"י קרקע לאו כלום הוא וכו' יעו"ש ולפי מ"ש משם הר"ן דהך קבלה לאו קבלה גמורה היא אלא שניתרצית ומשו"ה בע"ח בכה"ג לא מחיל וכו' ואפשר לומר שזה הוא דעת הרב בעה"ת והנה מהרימ"ט בח"א סי' קי"ט כתב להחכם שכנגדו וז"ל ומיהו מה שהביא מדברי הר"ן שכתב אבל בבע"ח ואי נמי בנדוניא שהיא כבע"ח לא אף שפשטן נראין מ"מ לא ידענא מה אידון בהו ואפשר דה"ק אבל בנדוניא לא שהיא כחוב אלא בנדוניא שהיא כבע"ח כאותו נדון של הרא"ש שהיו כותבין הנדוניא בשטר לעצמו והיא נגבית מחיים וכמלוה זקופה ומה שאני מפקפק בדבריו הוא לפי שמצאתי לו ז"ל דלא פסיקא ליה מילתא דבסוף פ' הנושא כתב בלשון הזה ואפשר דדוקא בתוספת אבל נדוניא כחוב משמע דהרב ז"ל אין ולאו ורפיא בידיה יעו"ש ואני בעוניי לא ידעתי מה לו להרב ז"ל להביא ראיה דבפ' הנושא בספק אמרה ולמה לא הביא מריש פ' אע"פ שכתב וז"ל ולפיכך אפשר דלשבח קרקעות ולשביעית ולגבות מן הקרקע ומן הזבורית נדוניא הרי הוא כחוב הרי דאין ולאו ורפיא בידיה ובודאי דגם למ"ש שם בגמ' ולכותב כל נכסיו לבניו דינא הכי ואף שלא הזכירו הר"ן דאי לא תימא הכי אלא דמדמה ליה הר"ן ז"ל הך דכותב כל נכסיו למורדת ולמוכרת ומוחלת כל שכן דאבדה ג"כ הנדוניא דהא התם לכו"ע נדוניא כעיקר כתובה וא"כ הוי היפך הרב שכנגדו לגמרי.

01עוד כתב הרב ז"ל וז"ל אלא הא מילתא תליא באשילי רברבי אי בכל מקום שאמרו חכמים כתובה סתם אם הנדוניא בכלל או לא שדעת הרמב"ם בפט"ז מהל' אישות וכו' והרב המגיד ז"ל הרחיב לבאר דבר זה וכו' וכתב שהרמב"ן חלק בזה וכו' ואף רש"י ז"ל ס"ל שנכסי צאן ברזל בכלל כתובה הם ממ"ש בפ' הכותב דאמרינן האי מאן דאיכא עליה כתובת אשה ובע"ח ואית ליה ארעא ואית ליה זוזי לבע"ח מסלקינן ליה בזוזי לאשה מסלקינן לה בארעא האי כדיניה והאי כדיניה ופירש"י זו סמכה על הקרקע והיא לא נתנה כלום ואי בשביל נכסי צאן ברזל הנשומים בכתובה הרי גבה בהם מיד וזו צרפתן עם הכתובה על שעבוד על (לקרקע) [הקרקע] וכן הביא הטור בסי' ק"ב שמדברי רש"י משמע שדין נכסי צאן ברזל כדין כתובה ואנא חכים ולא בחכמה לא זכיתי להבין דברי הרב ז"ל דאי מדברי רש"י הללו איכא למישמע דקאי בשיטת הרמב"ן ז"ל דבכל דוכתא שהזכירו חכמים כתובה הנדוניא בכלל א"כ מן הבאר ההיא ממנו ניקח להר"ן ז"ל כן דהא (בדברי) [כדברי] רש"י כתב ג"כ הר"ן ז"ל שם במקומם ובצביונם שם בפי' ההלכות וקשה עליה דמר תרתי חדא דלמה לא הוכיח מדברי הר"ן הלזו בפשוט שמה שהביא מרן משם הר"ן לא מיירי אלא בשטר נדוניא שכתב בפני עצמו ועוד דבריש פ' אע"פ

מוכח היפך מ"ש בהכותב ואף דהתם בלשון אפשר כתב וכ"כ בפ' הנושא מ"מ בריש פ' הניזקין הסכים דעתו דנדוניא כבע"ח לגבות מבנונית היפך דעת הרמב"ן ז"ל דס"ל דבכל דוכתא נדוניא היא כעיקר כתובה ושם כתב וז"ל וכתובת אשה בזבורית ויש כותבין דאף הנדוניא אינה נגבית אלא מן הזבורית דהא קי"ל דבר תורה בע"ח בזבורית אלא שלא תנעול דלת בפני לווין והכא ליכא נעילת דלת וכו' ויש דוחין זה דודאי במה שמביאה מבית האב אם תוציאנה בזבורית ממנעי ולא נסבי ולזה הדעת נוטה וכו' הרי דנטה דעתו לדעת רבינו דנדוניא היא כחוב ויותר קשה לי על הרב ז"ל דבחלק חו"מ סי' ח' הביא הך פלוגתא דרבינו והרמב"ן ז"ל ושרש"י ז"ל קאי בשיטת הרמב"ן ז"ל וכתב וז"ל וכלשון הזה כתב הר"ן וכו' ולא זכר ש"ר להני תרי לישני דהר"ן דכתיבנא.

עוד כתב הרב ז"ל לעיל מזה וז"ל ומתשובת הרא"ש איפכא איכא למידק מדבריו שכך היא נוסח השאלה מי שמחלק נכסיו לאשתו ולבניו שאבדה כתובתה אם אבדה נמי שטר נדונייתא מאחר שנדוניא יכולה לגבות מחיים תשובה נ"ל כיון דקי"ל מקולי כתובה דדוקא בכתובתה קאמר ולא בשטר שיש לה עליו משמע שלא היתה השאלה אלא בשטר הנדוניא שכתב בפני עצמו כדין חוב שגובה אותו כל זמן שתרצה בחיי בעלה וכו' משמע שהיה מקום לחלק בשטר חוב זה כיון שהוא מנדוניא שאילו היה כלול בכתובה היה דינו ככתובת וכו' יעו"ש.

ואני הדל באלפי לא ידענא מאי קאמר דהא אחד הרואה בר"פ אע"פ עלה דקאמר בגמ' תנאי כתובתה ככתובה כתב וז"ל פרש"י ז"ל תוספת שהוא נותן לה וכן מזונות וכו' הילכך אין להזכיר כאן אלא תוספת ונדונייא נמי דמקריא כתובה כדאמרינן לעיל קבורתה תחת כתובתה אין דינא ככתובה לכל מילי ואמרינן לקמן אם היא זנתה כליה מי זנו ועוברת על דת נמי יש לה נדונייא ואין לה כתובה וכו' וכ"כ בתוספותיו ועיי"ש וכ"כ בפ' הנושא דף פ"ו וז"ל ודוקא תוספת אבל נדונייא מסתבר שהוא כחוב עכ"ל הרי דנראה דאף שהנדוניא בכלל הכתובה קאמר שאין דינא ככתובה ודוק.

הלכה יד

מי ששלח כלים ממדינת הים וכו'. **שאלה** ראובן היה לו ב' בנים אחד ת"ח ואחד שלם במדות וב' בנות אחת נשואה ואחת פנויה והלך למדינת הים ושלח משם תיבה אחת מלאה ספרים ובתוכם נזמים וטבעות וכתב לשמעון שיתנם לבניו עוד שלח מטלטלי הבית וכתב שיתנם לבניו ולבנותיו ומת ראובן וחיים לכל ישראל שבק ועתה קמה האלמנה ורוצה ליקח הכל באומרה שכל מה ששלח בעלה לא היה אלא לה לבדה והם ילכו וקוששו להם מאשר ימצאו ושכל מה ששלח שיתנם לבניו הוא שיתנם לה הבנים

ולא שלהם שלח זולת מה ששלח להם פעם ב' שפרט לבניו ולבנותיו ובא הבן ת"ח בנועם דבריו ההוא אמר רבותי אודיע דברי אתכם כי הספרים ששלח אבי אומדן דעת הוא כי לא שלחם אלא לי לשמי כי הם כלי ביתי ומה לה בהם כי נכריה עבודתה ולי נאה ואחריו קם הבן השלם במדות ואמר כי הטבעות ששלח בתוך הם לו ואחריהם קמה בתה באמה אף תשיב אמריה שהנזמים הם לה ולמה תיגרע מכל הבתולות מאשר כביר מצאה יד אביה לעשות לה כזאת ויותר מהמה והאלמנה העניה צעקה לאמר היאמן כי יסופר כי בעלה בגד באשת נעוריו ואותי שכחה ולא זכר ש"ר לתת לו מכל המתנות הללו ונפשם לשאו"ל הגיעו מה יהיה משפט המתנות האלו ומה יגיעו לכל אחד ויבא שכרו כפול מן השמים.

תשובה גרסינן בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ג) ההוא דשדר פיסקי דשיראי לביתיה אמר ר' אמי הראוין לבנים לבנים הראוין לבנות לבנות ולא אמרן אלא דלית ליה כלתא אבל אית ליה כלתא לכלתיה שדר ואי בנתיה לא נסיבן לא שביק בנתיה ומשדר לכלתיה עד כאן ופרשב"ם וז"ל פיסקי דשיראי חתיכות מעיל וסתם שלח לחלק לבני ביתו לכלתיה שדר ולא לבנתיה ודוקא דאינסיבא בנתיה שאינה מוטלת [עליו] ירושלמי פ' שני דייני גזרות מי ששלח למדינת הים ואמר יתנו אלו לבניו בנותיו בכלל ואם בשעת מיתה אמר אלו לבני אין בנותיו בכלל עכ"ל ופסקו להך מימרא דרב אמי הרי"ף והרא"ש והטור והרמב"ם וכמו שאבאר והנה הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהל' זכיה פסק וז"ל **מי ששלח כלים ממדינת הים ואמר יתנו אלו לבני הרי אלו יתנו לבנים ולבנות הראוין לבנים כגון ספרים וכלי מלחמה לבנים הראוין לבנות כגון כלי משי וכלי זהב יטלום הבנות היו ראוין לבנים ולבנות יטלום אותן הזכרים וכן המשלח כלים לביתו סתם והיו בהם כלים הראוין לבנות יטלו הבנות אומדן דעת הוא שלהן שלח ואם אין לו בנות או שהיו בנותיו נשואות יטלו אותן נשי בניו שהדעת נוטה שלהן שלח** עכ"ל.

ולכאורה נראה דכי היכי דברישא כתב דאם היו כלים הראוין לבנים ולבנות שיטלו הבנים הכי נמי במשלח לביתו סתם דאם היו כלים הראוין לשניהם שיטלו הבנים וכמו שכן הבין מרן ב"י בבדק הבית בסי' רמ"ז ופליג על סברת הרמ"ה שהביא הטור שם וז"ל וכתב הרמ"ה ז"ל ואם יש בו דברים הראוין לבנים ולבנות יתנו לשניהם והיינו משום דלית ליה איתתא אבל אי אית ליה איתתא לאיתתיה שדר דכגופו דמיא עד כאן וכתב מרן וז"ל ומ"ש רבינו בשם הרמ"ה לא הוצרך לאשמועינן דפשוט הוא בדברי רב אמי ולא כתבו אלא כדי לכתוב וה"מ דאית ליה איתתא וכו' ובס' בדק הבית כתב ע"ז ומ"מ הרמב"ן חולק עליו כדבסמוך יעו"ש אמנם הסכמת הפוסקים ז"ל הוא דהרמב"ם לא

פליג על הרמ"ה דמר אמר חדא ומר אמר חדא והוא דהרמ"ה מיירי בשולח לביתו סתם ובכלל בני ביתו נכנסין ג"כ הבנות אפי' יש לו בנים ומשו"ה כתב חולקים והיינו דהטור הביאו ברישא בדין שולח כלים לביתו סתם והרמב"ם במפרש ינתנו אלו לבני ומשום הכי בכלים הראוין לבנות דוקא הוא דיטלו הבנות ובזה הוא דהן בכלל בניו אבל בראוין ג"כ לבנים אז מפרשינן מילת בני דוקא ולא הבנות ויטלו הבנים והרב לח"מ ז"ל שדחה תירוץ זה כמדומה שלא ראה תשובת הרא"ש שהביא הטור בסמוך וכמו שהקשה הרב מחנה אפרים בהל' זכיה סי' מ"ג יעו"ש ועוד תירץ שהרמ"ה מיירי כשיש שם ב' כלים והרמב"ם מיירי בכלי אחד יעו"ש וכמדומה שדקדק כן ממה שהביא הטור להרמב"ם בלשון יחיד ולהרמ"ה בלשון רבים ואילו דבריו נמי הם בלשון רבים וכמבואר ויותר היה נראה לומר דהרמב"ם מיירי בשולח כלים הראוין לבנים לחוד וכלים הראוין לבנות וכלים הראוין לבנים ולבנות דבזה הוא דקאמר הרמב"ם שיטלום אותן הבנים דהא שדר נמי לבנות וי"ל.

ודע דהא דכתב מרן ז"ל עליה דהרמ"ה פשוט הוא בדברי רב אמי וכו' הפשיטות הוא מדקאמר הראוין לבנים לבנים הראוין לבנות וכו' ולא אמר הראוין לבנים ולבנות לבנים משמע דבראוין לשניהם חולקים כהרמ"ה וכמ"ש הרב זקן שמואל יעו"ש ומה שהקשה דמה פשיטות הוא דהא הרמב"ם חולק ע"ז וכמ"ש בבדק הבית לא קשיא כלל דבב"י לא מיירי שחולקים הרמב"ם והרמ"ה ז"ל ואפשר דס"ל שיש חילוק בין שולח לביתו סתם לשולח לבניו וכהסכמת הפוסקים ומ"ש וכן המשלח לאו בכלים הראוין לשניהם מיירי מדלא פירש כן הכא וכמ"ש לדעת הטור ז"ל וכמ"ש מרן החביב"ב שם בהגהת ב"י אות א' וכתב עוד שאפשר להבין בדברי מרן בס' בדק הבית דלא פליגי הרמ"ה ז"ל והרמב"ם אלא במ"ש אבל אית ליה איתתא דבהא פליג הרמב"ם מדלא ביאר דדין זה הוא בדלית ליה איתתא יעו"ש.

ומעתה בנדון דידן ששלח בתוך התיבה נזמים וטבעות בהא ודאי דבנזמים אין לבנים חלק בהן כיון שאין ראוין אלא לבנות ואין לומר כיון דהבת נשואה לכלתיה שדר דהא איכא בת פנויה ולא שביק בנתיה ושדר לכלתיה וה"ה לבת פנויה וכן לספרים אין לבנות חלק בהם ובטבעות שהן ראוין לשניהם באנו להסכמת הפוסקים דלא פליגי הרמ"ה והרמב"ם ויטלו הבנים וכדלקמן. איברא דהא דאיכא אשה איכא לעיוני בה טובא ולומר דלאשתו שדר וכדעת הרמ"ה ז"ל והנמוק"י ז"ל שכתב דכל זה הוא בדלית ליה איתתא וכתב הריב"ש בתשובה סי' קכ"ט וז"ל ובעובדא דפ' מי שמת וכו' ההיא כבר פי' רשב"ם ז"ל כששלחם שיתנום לאנשי ביתו ולא הו"ל אשה ובחו"מ הביא דעת הרמ"ה בלי חולק

וכו' ונראה שאין זה אלא כשמפרש לשם מתנה הא לאו הכי לביתיה שדר שיעמדו בעדו עכ"ל ועיין במרן החבי"ב ז"ל וא"כ בנדון דידן דאית ליה איתתא בין הנזמים בין הטבעות הרי הם לאשתו לדעתם ז"ל ויותר מזה כתב הרב ב"ח וז"ל ומ"ש הרמ"ה וה"מ דלית ליה איתתא וכו' אדין חלוקא דרב אמי קאי ואמר הא דאמרינן דבשולח סתם איכא דין חלוקא ה"מ נמי שאין לו אשה וכו' אבל אם יש לו אשה ושלח החפצים בסתם אין דעתו כלל לשום חלוקא הילכך בכל ענין ינתן לאשתו ולא ינתן לא לבנים ולא לבנות וכו' אלא הכל ינתן לאשתו דכל מה שיש לאדם שולח ליד אשתו דכשהוא ביד אשתו כאילו הוא בידו ער כאן ואם כן גם בספרים זוכה האשה אף כי אינה ראויה אלא לבנים אבל כתוב בדרישה דדוקא הראוין לנקבות וכ"כ הרב מל"מ ושלא ידע מנא ליה להב"ח הא יעו"ש ומ"מ נקוט מיהא דבנזמים וטבעות זוכה לדברי הכל.

ונראה דבנדון דידן אפי' לסברת הב"ח ז"ל אין לאשה כלום והוא דעד כאן לא קאמר הרמ"ה דכי אית ליה איתתא לדידה שדר היינו דוקא היכא דשדר סתם לאנשי ביתו ובכלל אנשי ביתו נכנסת אשתו ברם בשולח לבניו אין בכלל בניו אשתו וכמ"ש הב"ח גופיה שם וז"ל ונראה ודאי דבמפרש אפי' אית ליה אשה נמי איכא דין חלוקא דליכא למימר לדידה שדר אלא בשולח סתם אבל במפרש ינתנו לבני הרי הוא מפרש שיתנו לבניו ואית בהו דין חלוקא וכו' יעו"ש וא"כ הכא לפי מה שבא בשאלה שכתב המשלח לשמעון שיתנום לבניו אין בכלל בניו אשתו וחולקות הבנים והבנות כל אחד הראוי להם ובדברים הראוים לשניהם חולקים הבנים לחוד.

אלא דבהא איכא לאסתפוקי דהספרים לא יטלם אלא הבן ת"ח ולא הבן האחר דכמו שאין ראוין לגבי בנות גם אין ראוין לגבי בן האחר ואל תשיבני ממ"ש הרמב"ם דברים הראוין לבנים כגון ספרים וכו' דאיכא למימר דמיירי בסידורים וכיוצא וכלי מלחמה כה"ג והרמב"ם לא בא לתת הפרש אלא דברים הראוין לבנים ולא לבנות וכן לבנות ולא לבנים אבל בהפרש בין בנים לבנים לא השמיענו ואה"נ דיש הפרש היכא דראוין לזה ולא לזה ושלח סתם לבניו אמרינן למי שראוי שלח ולא לאחר זה הוא מאי דאיכא לאיסתפוקי בנדון דידן ומאי דלא צדד רב אמי לומר אם ראוי לזה ולא לזה היינו משום דפיסקי שיראי ראוי לבנים כולם ואם אינו ראוי לבן אחד אינו ראוי לשום אחד מהבנים וא"ת דא"כ אם יש לו בנים גדולים וקטנים ושלח ספרים כי הא דפסק הרמב"ם הנאמר בזה שלגדולים לחוד שלח ולא לקטנים נמי הא ודאי ליתא דמשמעות דבריו נראה דלכולם שלח וא"כ ה"נ בנדון דידן. אמינא דמ"מ לא דמי דהתם שאני שאף שאינו ראוי עכשיו מ"מ דרך העולם הוא בהכי לשלוח אף לקטנים (לפי) [לכי] גדלי ובס' זקן שמואל נסתפק ביש לו בני

בנים ושלח ממדינת הים דבר הראוי להם כגון לבוש קטן מצבוע אדום או ירוק שהדעת נוטה שלהם שלח אי אמרינן שיתנו אותם להם או לא ולא הכריח יעו"ש ולענ"ד כיון דמכח אומדנא הוא דאמרינן הראוין לבנים לבנים וכו' ה"נ שיש הפרש בבנים גופייהו כנ"ד ושוב באו לידי תשובות מהראנ"ח ז"ל ח"ב סי' ל"ה שכתב דבבן ת"ח שרוצה לזכות במעות משום היותו ת"ח שלא נראה לו דבריו שאין אומדנא אלא ידים שאינם מוכיחות יעו"ש ולא נמצא השאלה ללמוד משם לנדון דידן ומה שנראה (לו) [לי] הוא דמשום היותם מעות הוי ידים שאינן מוכיחות אבל בנדון דידן משמע דהוי ידים מוכיחות ושפיר זכי בספרים.

ובהיותי בענין זה ראיתי למרן ז"ל בתשובה בדיני כתובה סימן א' שנשאל בכתובה שכתוב שאם יגרש אותה תקח כתובתה משלם ואם תתאלמן ולא יהיו לה בנים ממנו תקח ר' פרחים לבד ונתאלמנה אח"כ והיה לה בת מהו אם בת בכלל בנים או לא וכו' והשיב ועל הטענה הב' וכו' ואין לומר היינו דוקא כשהיה לה בן זכר אבל בת לא מקרי בנים וכו' ואיכא למימר דהתם שאני שהיו בן ובת ובת במקום בן לא הויא בכלל בנים אבל אי לא הו"ל אלא ברתא אי הוה אמר לבני היתה זוכה הבת במתנה תדע דבת בכלל בנים דבפ' השולח תנן המוציא את אשתו משום אילונית וכו' נשאת לאחר והיו לה בנים ממנו וכו' והתם בת נמי מוציאה מידי אילונית והרי הוא בכלל היו לה בנים וכו' וכן בפ' יש בכור תנן מי שהיו לו בנים ונשא אשה שלא ילדה והתם ודאי בת יחידה בכלל בנים והא דתנן בפ"ב דנזיר הריני נזיר כשיהיה לי בן ונולד לו בת אינו נזיר התם שאני דמן הסתם אינו נודר אלא על בן זכר ולא על הנקבה דהכל עצבים בה והמרדכי פ' המפקיד כתב דבלשון בני אדם חתניו בכלל בניו וכו' יעו"ש והמבי"ט ז"ל בח"א סי' ק"ב הביאה ג"כ.

ואחרי המחילה רבה לא זכיתי להבין דבריו דמה ראיה היא מהא דפ' השולח מנשאת לאחר והיו לה בנים וכן מההיא דפ' יש בכור דהא כל הישר הולך יורה דכונת הרב ז"ל אינו אלא אי בת בכלל ברם טומטום אינו בכלל בנים ואילו ההיא דפ' השולח ופ' יש בכור טומטום נמי הוי בכלל בנים דהא מוציאה מידי אילונית ועי' בפירוש המשניות להרמב"ם ז"ל בפ' השולח שנראה כן וכן גבי נחלות נמי מוציא מידי נחלות נמצא דהאי היו לה בנים לאו דוקא אלא הכונה ולד וא"כ מאי ראיה היא דבת בכלל היו לה בנים וצ"ע ומה שהביא מהמרדכי דחתניו בכלל בניו הכי איתא במרדכי בסי' רפ"ב שאלו לר"מ על ראובן שטען על שמעון השאלתיך ס' קדשים להעתיק ממנו החזירהו לי וכו' ואין לומר לבנו נתן לו רשות להשאיל ולא לחתניו דהא לאו מילתא היא דבלשון בני אדם חתניו

בכלל דבעל כאשתו וכל הסומכין עליו בכלל דגדולה מזאת אמרו וכו' יעו"ש הרי דבת בכלל בן ובעל כאשתו וחתניו בכלל וכדברי הרב ז"ל. ומ"מ על הר"מ ז"ל קשה דבפ' מי שמת סי' תר"ג הביא המרדכי משמו וז"ל ונשאל הרבינו מאיר על עסק אדם שיש לו עדים שהתנה עם בניו הראשונים קודם שנשא אשתו הב' שכל בנים שיולדו לו ממנה ירשו חלקם בשוה עם הראשונים ולא נולד כי אם בת אחת אם זה נקרא אומד הדעת שתקח הבת בשוה והשיב זו אינה צריכה לפנים חדא דבת אינה בכלל בנים דתנן הריני נזיר לכשיהיה לי בן ילדה בת טומטום ואנדרוגינוס אינו נזיר ופריך בגמ' פשיטא ועוד וכו' יעו"ש באורך הרי דס"ל דבת אינה בכלל בנים היפך מה שפסק בפ' המפקיד דאפי' חתניו בכלל בנים בלשון בני אדם.

והנה לפום ריהטא י"ל דבפ' מי שמת דמיירי שכל הבנים שיולדו ממנה ירשו חלקם בשוה וכו' שהוא לשון ירושה בהא הוא דקאמר מהר"מ ז"ל דאין הבנות בכלל והיינו טעמא משום דאמרינן דאינו רוצה לעקור נחלה דאורייתא אבל בלשון מתנה מהני וכמ"ש הסמ"ע ומרן החבי"ב ז"ל בסי' רפ"א הגהת ב"י אות י"ב יעו"ש ומ"מ לא תעזוב נפשי לשאול דהן אמת דמה ששאלו למהר"ם אינו אלא במי שאמר ירשו הבנים מ"מ מהראיה שהביא מההיא דנזיר נראה שאינו תלוי משום שאמר בלשון ירושה או לשון מתנה דאף אם השאלה היתה למי שהתנה בלשון מתנה דינא הכי דבת אינו בכלל בן ואין בין לשון ירושה ללשון מתנה להך ראיה כלום כי אם לו ועוד שכתב אח"כ וא"ת דאם כדברנו תקשיה ליה הך מימרא דרב אמי דאמר הראוין לבנים לבנים הראוין לבנות לבנות ואע"ג דזה לא אמר אלא לבני וי"ל דהא לאו מילתא היא דהתם שיש לו בנים ובנות ואמר לבני אמרינן דודאי לבנות נמי שדר והוי בכלל בניו אבל במתנה ע"מ אינו בכלל בנים ומפרשינן מילת בנים כפשטיה זה הוא מה שנ"ל אם כונת מהר"מ כמ"ש דלהך טעמא לא שנא בין לשון ירושה ללשון מתנה ואיך שיהיה לא נאריך כי זו אינה משלנו.

ולענין מה ששלח עוד מטלטלי הבית שיתנם לבניו ולבנותיו בהא ודאי שזכו כל אחד הראוי להם ולא עוד אלא שאפילו שלא היו דברים הראוין לבנות נוטלת דעד כאן לא אמרינן הראוין לבנים לבנים ואין לבנות חלק בהם אלא כשאמר לבני ולא הזכיר הבנות אבל היכא דהזכיר ג"כ לבנות כנדון דידן נוטלות וראיה מהא דכתב המרדכי ז"ל והביאו מור"ם ז"ל בסי' הנ"ל וז"ל הראוין לבנים לבנים מכאן פסק ר"י אדם שאמר כתבו נכסי לבני ולבנותי מהיום ולאחר מיתה אם שכיב מרע או מצוה מחמת מיתה ויש שם נחלות קרקע ותכשיטי נשים הראוין לבנים לבנים הראוין לבנות לבנות עד כאן ואע"ג דבשכיב מרע שאמר נכסי לבני אין הבנות בכלל כדאיתא בירושלמי פ' ב' דייני גזרות ופסקוה

הפוסקים וכתב עליו הרב ט"ז הנ"מ דאפי' שאין שם דברים הראוין לבנות חולקות יעו"ש וא"כ בנדון דידן אין ספק דדברים הראוין לבנות נוטלות אלא דהא מספקא לי בראוין לשניהם מאי נידון ביה דאפשר דכיון שנטלו הדברים הראוין להן תו פקע מינייהו זכות שהיה להן והדר דינא למי שאמר נכסי לבני דאם היו דברים הראוין לשניהם דיטלו הבנים לכו"ע בין להרמב"ם בין להרמ"ה ז"ל או דילמא כיון דאחשבינהו לבנותיו כמו לבניו הוא לאלומי כחן אפי' לדברים הראוין לשניהם ולא גרע מאומר נכסי לבני ביתי דבדברים הראוין לשניהם חולקים ולזה הדעת נוטה ועיין להרב מחנה אפרים בסי' הנ"ל על מה שהקשה על המרדכי זה וע"ע הנראה לענ"ד כתבתי

הצעיר **שלמה** בכר **שמואל חכים** ס"ט

הלכה יז

ודברים אלו לא נתנו ליכתב לפיכך אינן כשטר עד שיטרוף בהן. כתב הרב המגיד דרבינו מפרש לה לא נתנו ליכתב האמור בפ' הנושא אין כתיבתן עושה שטר לגבות מן המשועבדין וכו' והילכך אפי' נכתב מהן שטר אינו גובה וכן נראית דעת הרי"ף ז"ל בפ"ק דקידושין וכן דעת הרשב"א ז"ל יעו"ש ועיין להרמב"ן במלחמות בפ"ק דקידושין שהשוה דעת הרי"ף ורש"י כאחד דאפי' נכתב אין כתיבתן עושה אותו מלוה בשטר לגבות מן המשועבדין יעו"ש ועיין להרב גידו"ת שער ס"א ח"א סי' ב' מה שתמה עליו ועי' בהריטב"א בפ' הנושא מה שהביא מרש"י ז"ל עוד הקשה בס' גידו"ת שם וז"ל ותו דכי פרכינן מההיא שהיא כבעלת חוב כתב ואי לאו דנקיטא שטרא מי טרפא ממשעבדי דמה לו להכריח דאיכא שטרא דהקושיא היכי טרפא וכו' עיין להרב בצלאל בשטמ"ק שהקשה כן אף לפי הפי' שהובא בש"ס ועיין בס' נתיבות משפט דף צ"ה.

עוד הביא הריטב"א ז"ל משם הראב"ד וז"ל והראב"ד פי' נתנו ליכתב שלא מדעתם דאפי' נכתבו ליכא תוספת חיוב וכו' א"ל לא נתנו וכו' והדר אותיב רב אשי לרבינא מדתנן אין כותבין שטרי אירוסין אלא מדעת שניהם אלמא מהניא כתיבה ופרקינן דמתני' לרבינא בשטר קידושין והקשה הריטב"א עליו וז"ל ואין פירוש זה נכון וכו' ועוד דקא פריש לרבינא הוא דפרכינן ואיהו מוקי למתני' בשטר קידושין וכרב פפא והא רבינא גופיה פליג על ר"פ והיכי מוקי למתני' כבר פלוגתיה יעו"ש והקשה עליו הרב נתיבות משפט דמשמע דלדידיה ניחא אף דנימא דרבינא הוא דמקשי מאי לאו בשטרי פסיקתא ומהדר לא בשטר אירוסין ממש אכתי קשה דמאי קא מבעייא ליה אי נתנו ליכתב או לא תפשוט ליה מהך מתני' וכדהקשו בתוס' יעו"ש. ונראה לומר דהריטב"א ז"ל יתרץ להך דהקשו התוס' כמו שתירץ הרב בצלאל ז"ל והוא דאף דרבינא ס"ל בנכתבו שלא מדעתה

מקודשת מודה מיהא שצריך לכתוב לשמה ומדעת לכתחילה ובהכי מצי לאוקמיה מתני' בשטרי אירוסין שהוא לכתחילה שצריך דעת שניהם יעו"ש. והרב בעל פני יהושע ז"ל בשיטתו כתב בפשיטות שכונת רבינו הוא דאי דמי האי שטרי פסיקתא לחוב ושפיר טריף ממשעבדי או דילמא דאין גובין ממשעבדי דדמי למתנה בעלמא וא"כ לא נתנו ליכתב אף מדעת שניהם דחיישינן לבי"ד טועין שיכתבו בלשון שטר ממש או שיכתבו אחריות בפירוש כמו בשאר שטרי חוב דעלמא וכו' ולדעתי כך הדעת נוטה דאחריות טעות סופר הוא דאמרינן בעלמא ה"מ דלא שדי איניש זוזי בכדי והכא לא שייך לומר כן וכו' יעו"ש ועיין להרב בצלאל שהביא משם תלמידי רבינו יונה שכתבו וז"ל והיכא דכתבו ולא כתבו אחריות נראה למורי הרב ז"ל דאע"ג דבשטרי מתנות דעלמא לא אמרינן אחריות ט"ס הוא הכא לא אמרינן הכי אלא אמרינן ט"ס הוא וגובה ממשועבדין דמאחר דהחתן מתחייב לזונה ולפרנסה אשתכח דהוי כמו מכר וכמו כן אבי הכלה וכו' יעו"ש.

ובהיותי בענין זה שאלה נזרקה באב שפסק לתת לבנו קרקע פלונית אם בן המצר יכול לסלק לבן בדמים באמור לו מאחר שהיו מתנה באחריות ה"ה במכר ואית בה דינא דבר מצרא והשבתי דבאב המוכר לבנו אין בו דינא דבר מצרא וכמ"ש הש"ך ז"ל בחו"מ סי' קע"ה ס"ק ל' וז"ל וה"ה אם מכר לבן וכו' צ"ע לדינא באחד שמכר קרקע שלו לבנו ובא בן המצר לסלקו אם יכול לסלקו דהבן יכול לומר דזה הוא יותר טוב וישר שאני מחזיק נחלת אבותי ולזה הדעת נוטה לכאורה וצ"ע עכ"ל ואני אומר דאף שהרב ז"ל הניחו בצ"ע מ"מ הדין דין אמת ורואה אני שדעת הרי"ף מסכים בהכי ממ"ש בתשובה הביאה הרב בצלאל בשטמ"ק בפ' המקבל דף ק"א ע"ב וז"ל וששאלת יעקב היו לו ג' בנים וכו' טענה זאת שטען חנוך בטלה וגרוע וזה שהעיקר הדין בן המצר הוא משום ועשית הישר והטוב ואיזהו הדרך הישרה והנכונה בעשיית הישר והטוב להשאיר קרקע ביד בעליו הזוכים בו מצד אביהם או להוציאם ממנו וכו' יעו"ש באורך שהוא כמ"ש ודוק.

הלכה יח

המקדש את האשה וכו' אין הקדושין חוזרין לעולם אלא הרי הם מתנה גמורה שאין להם חזרה. בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ה) אמרינן א"ר פפא הלכתא בין שמת הוא בין שמתה היא (או) [אי] הדר הוא מוהרי הדרי קדושי לא הדרי הדרה בה איהי אפי' קדושי נמי הדרי אמימר אמר אפי' הדרא בה איהי קדושי לא הדרי גזרה שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה ורב אשי אמר גיטה מוכיח עלה והא דר"א בדותא היא דאיכא דשמע בהא ולא שמע בהא וכו' ופסק רבינו כאמימר וכמ"ש הרב המגיד עיין בהגהות מיימוני ועיין בס' תורת חסד.

ודע דנסתפקתי היכא דהדרא איהי והלך הבעל ותפס הקדושין אי מפקינן מיניה מי אמרינן כיון דמשום גזרה אינה חייבת להחזיר נמצא דשלא כדין תפס דהא חכמים אפקיעו ממון זה מהבעל וזכו אותה לאשה והוי כעין גזל או דילמא כיון דתפס לא מפקינן מיניה והיה טעמו דטעמא מאי דאמור רבנן שלא יחזיר שמא יאמרו קדושין תופסין באחותה וזה לא שייך אלא קודם חזרה אבל זה שתפס ממה נפשך לא יחזיר דאם שמעה מהתפיסה הרי הוברר דשלא ברצונה תפס ומדידה תפס ואם יתלו הדבר דקדושין תופסין א"כ מאי מהני החזרה דאיכא דשמע בהא ולא שמע בהא דומה לגט דאמרינן בש"ס וא"כ מידי חשש לא נפיק דומה למ"ש האחרונים לענין מ"ש דאם חזר מוכר אחר קבלת הדמים קודם משיכה ומכרה לאחר ומשך דלא ליטינן ליה דמ"ש היא לשלא יחזור עיין בס' בית דוד חלק חו"מ סי' קי"ב וראיתי למהרשד"ם ז"ל באה"ע סי' צ"ו שנשאל על מי שהחזירו המתנות ובתוכם טבעות הקדושין וגרשה ושאלו שיחזירו לו הטבעות וכו' ופסק דאין מוציאין ממנו אלא מודיעין לו שהוא גזל בידו וכו' יעו"ש ועדיין יש לגמגם דהתם שאני דבהיתרא אתא לידיה משא"כ הכא והדבר צריך הכרעה ומריהטא דלשון רבינו שכתב הרי הם מתנה גמורה שאין לה חזרה משמע דלכולן דין אחד להם.

הלכה כ

המקדש את אחותו המעות מתנה וכו'. עיין להרב מל"מ שכתב על דברי הריב"ש בתשובה סי' תע"ח שכתב וז"ל דהא קי"ל בפ"ק דמציעא כרב דאמר בהכיר בה שאינו שלו ולקחה אדם יודע שקרקע אין [לו] וגמר ויהיב לשם פקדון וכן נמי במקדש את אחותו אדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ויהיב לשם פקדון יעו"ש והקשה הרב ז"ל דהוא דלא כהלכתא דהא קי"ל דמעות מתנה ע"כ. ולענ"ד נראה להליץ בעד הריב"ש ז"ל דס"ל כראב"ן שהביא הש"ך סי' שנ"ו ס"ק ז' דפסק כרב דהמעות חוזרין וכתב הש"ך שכן נראה דעת הרי"ף ז"ל מדלא הביא פלוגתא דרב ושמואל בשום מקום ודאי דס"ל דקי"ל כרב והלכך כיון שהביא פלוגתא דרב ושמואל גבי הכיר בה שאינו שלו ה"ה גבי מקדש אחותו יעו"ש שכן הסכים דעתו להלכה וא"כ אנן נמי נימא שכך הוא דעת הרב ז"ל ועפ"ז כתב דהא קי"ל וכו' ועי' בשער המלך בדין שלפנינו שהביא משם הריטב"א שכתב וז"ל ותי' דסוגיין דהכא כולא אליבא דשמואל דלית הלכתא כוותיה דכרב קי"ל וכו' יעו"ש ודוק.

הלכה כא

השולח סבלונות לבית חמיו [וכו'] יחזירו הסבלונות כולן וכו'. עיין בהרב המגיד שכתב שדעת רבינו כדעת רבו הרב אבן מיגאש ז"ל וכו'. אמנם דעת שאר המפרשים אינו כן

והטור ז"ל באה"ע סי' נ' כתב וז"ל והדורונות ששלח פעמים חוזרים ופעמים אינם חוזרים כיצד שלח לה בגדים וכלי מילת דברים שעומדים להשתמש בהן בבית אביה ואפשר (שנשתמש) [שתשמש] בהן עד שיבלו ושמשה בהן וכן אם שלח מיני מאכל או משתה אם אכל וכו' אז אינה צריכה להחזיר אפי' הן עדיין בעין הרי דחילק בין אכל ללא אכל דאם אכל אפי' דלא בלו אינם חוזרים ואם לא אכל אפי' מאכל ומשתה חוזרים יעו"ש שלא כדברי רבינו דלא מחלק בין אכל ללא אכל.

אמנם ראיתי להרב ז"ל (בפסקי) [בקיצור פסקי] הרא"ש ז"ל בפ"ט דבתרא סי' ט"ו שכתב וז"ל השולח סבלונות לבית חמיו ומת הוא או היא או הדר בו בענין שלא נשאה היו הסבלונות דברים שעומדים להשתמש בהם בבית אביה ושמשה בהם ובלו אפי' היו שוים ק' מנה אם אכל או שתה שם שוה דינר אינם חוזרים לא אכל שם שוה דינר חוזרים ומאכל ומשתה אינם חוזרים אפי' לא אכל שם וכו' יעו"ש הרי דגבי דברים דאינם של מאכל בעינן דוקא בלו אפי' דאכל והם דברים עשויין ליבלות ולא סגי ליה בשמשה בבית אביה אפי' הם עדיין בעין כמ"ש בטור והן אמת שדברי [קיצור] פסקי הרא"ש לא זכיתי להבינם דנראה שהם דלא כמאן דהא לדעת רבינו דלא שאני ליה בין אכל ללא אכל היינו דגבי דברים שאינם של מאכל צריך להחזירם אפי' אם אכל וגבי מאכל א"צ להחזירם אפי' לא אכל והרב ז"ל דמפליג לדברים שאינם של מאכל בין אכל ללא אכל ולדברים שמאכל לא מפליג כמאן אמרה לשמעתיה לא רבינו ולא כמ"ש איהו גופיה בטור וצריך לי יישוב.

ומ"ש בטור ושמשה בהן בבית אביה כתב מרן וז"ל דמשמע דאם לא שמשה בהן בבית אביה אע"פ שהן עשויין ליבלות הדרי כיוצא בזה כתב הרמב"ם ז"ל עד כאן וכונתו מבוארת שכיון למ"ש רבינו אבל אם היו קיימין חוזר הכל וכו' והטור ז"ל כתב דצריך להשתמש ומשו"ה כתב כיוצא בזה ולא כתב וכ"כ הרמב"ם שאין דעתם שוה לגמרי דלדעת הטור סגי בשמשה בהן בבית אביה לחוד ולדעת רבינו בעי בלו זה נראה פשוט שהוא כונת מרן והוצרכתי לפרשו לפי שראיתי למהריט"ץ ז"ל בסי' רס"ב שכתב על דברי מרן הללו וז"ל משמע מדבריו שהטור סובר דעשויין ליבלות ובלו בעינן וכמ"ש הרב עצמו על הרמב"ם וקשה דהוא עצמו כתב לקמן על מ"ש הטור אינה צריכה להחזיר אפי' הם בעין היינו מדאיבעיא לן סבלונות העשויין ליבלות ולא בלו מהו ולא אפשיטא וכיון דספקא הוא א"צ להחזיר והמוציא מחבירו עליו הראיה עד כאן וקשה משמע דסבר דלא בעינן בלו אלא אפי' לא בלו וא"כ היכי כתב לעיל דסבר הטור כהרמב"ם ז"ל דאם לא שמשה בהם בבית אביה אע"פ שהן עשויין ליבלות הדרי הרי כתב הכא איפכא וקשה

דידיה אדידיה עד כאן ולפי מ"ש בעניותינו אין כאן קושיא.

ודע דמהר"י אדרבי בסי' צ"ח כתב דהא דאמרינן דאם אכל שם שוה דינר מחל היינו דווקא בחתן האוכל בבית חמיו אבל חמיו שאכל בבית החתן לא מחל מה ששלח יעו"ש ומרן החבי"ב באה"ע סי' נ' בהגהת ב"י אות ט"ו כתב וז"ל אמר המאסף מבואר הוא דהרשב"א מיירי בדברים העשויין ליבלות ושאינם עשויין ליבלות ודברים שאינם עשויין ליבלות כללן במילת תכשיטין והעשויין ליבלות כללן במילת בגדים וזהו שכתב כאן ומיהו מה שבלה בבגדים ומדלא חילק במה שבלה בין אכל ללא אכל שם משום דס"ל דמה ששולח אבי הכלה אין לחלק בין אכל ללא אכל וכמ"ש מהר"י אדרבי בסי' צ"ח איברא דלכאורה נראה דאם דעת הרשב"א לחלק בין דברים ששולחת הכלה לחתן למה ששולח החתן לכלה מה הוקשה לו בתשובה אחרת שהביא הרב המחבר סמוך לזה וז"ל והא דתנן בשולח סבלונות לבית חמיו ולא תנן לה בשולח אבי הכלה לחתן אורח מילתא נקט וכו' ותמהני ממורי הרב בתשובה ח"ב סי' כ"ב ומהחכמים השלמים הובאו דבריהם מה שתמהו על מהר"י אדרבי מאין מוכיח מדברי הרשב"א החילוק הזה לענ"ד הדברים ברורים כמ"ש וכו' יעו"ש באורך.

ואנא חכים ולא בחכמה לא זכיתי להבין דבריו במ"ש דהרשב"א מיירי בדברים העשויין ליבלות נמי וכללן במילת בגדים דהא הרשב"א ז"ל ס"ל דבגדים הם דברים שאינן עשויין ליבלות וכמ"ש מרן לעיל וז"ל וכ"כ הרשב"א וכו' לא מחל אלא על הסבלונות מועטין העשויין ליבלות דהיינו מאכל ומשתה וכלים קטנים וכיבא וסבכתא שהן דבר מועט אבל כל שאינו עשוי ליבלות כגון בגדים ותכשיטין חשובים אפי' אכל שם אלו ניגבים וכו' וכ"כ עוד שם אבל כל השאר כגון בגדים ותכשיטין וכלי כסף וזהב הכל חוזר יעו"ש. הרי להדיא דבגדים דין דברים שאינם עשויין ליבלות יהיב להו הרשב"א ז"ל ואיך אפשר לומר דהרשב"א מיירי בדברים העשויין ליבלות ג"כ ושכללן במילת בגדים ומה יש לתמוה על מהרימ"ט ולהרבנים הנזכרים שם דהם ז"ל שפיר חזו בדעת הרשב"א דבגדים דברים שאינם עשויין ליבלות הם וכנ"ל וא"כ הרשב"א לא מיירי הכא בדברים העשויין ליבלות כדי שיחלק בין אכל ללא אכל ועל כן שפיר תמהו על מהר"י אדרבי ז"ל דמהיכן מוכח מהרשב"א זה.

גם מ"ש עוד איברא שלכאורה נראה שאם דעת הרשב"א לחלק בין אכל ללא אכל לדברים ששולחת הכלה לחתן למה ששולח החתן לכלה מה הוקשה לו בתשובה אחרת וכו' אחרי בקשת מחילה מעצמותיו הקדושים לא זכיתי להבין דבריו דהא הרשב"א לא איירי אלא בדברים שאינם עשויין ליבלות ששלח אבי הכלה לחתן ולזה קאמר הרשב"א

שלא שלח אלא ע"מ שתנשא לו בתו ואפי' נתארסה לא מחל עד שיכנוס בתו וכו' ולזה קאמר ומתני' דהשולח סבלונות בנתארסה היא כלומר ואפ"ה לא מחל בדברים שאינם עשויין ליבלות והא דתנן לה בשולח סבלונות לבית חמיו ולא תנן נמי בשולח אבי הכלה וכו' ר"ל דלישמועינן הך מתני' בשולח אבי הכלה לחתן נמי דלא שלח אלא ע"מ שתנשא לו בתו וכנדון דידן אבל בדברים העשויין ליבלות לא מיירי שם הרשב"א כלל והייתי עד ממהר ע"ז שהרי כל דברי הרשב"א שמביא מרן בענין זה היא תשובה אחת והיא נדפסה בחלק ג' סי' צ"ה ושם נתבאר כמ"ש ואילו היה רואה הרב ז"ל זאת התשובה נראה לענ"ד שלא היה כותב כן ודוק.

וממוצא דבר אתה תחזה לדעת הרשב"א דהא דאמרינן בגמ' ושמין לה דמי בשר בזול דהיינו פחות שליש הוא אפי' אם שלח בגדים שכך כתב ומיהו מסתברא שמה שבלה בבגדים אפי' חזר בו הוא פוחת שליש וכו' ודלא כהרא"ש ז"ל דנראה דס"ל דאינו מנכה לו כלום כמ"ש בתשובה שהביא הטור בסי' זה וז"ל הלכך כיון דחזרה בה חשבינן דמי הסבלונות מעיקרו בחשבון יעו"ש ועיין במהר"ש גאון סי' ג' שעשה שלום ביניהם וכו"ע ס"ל דדינם שוה למאכל ושהרא"ש מיירי בדתפס והוצרכתי לכתוב זה לפי שראיתי להרדב"ז החד' סי' תקע"ט שנסתפק בזה וכתב שלא ראה שום אחד מרבוותא קמאי ובתראי דלישמועינן דבר זה וכולם לא כתבו דין זה אלא במאכל ומשתה ושכן נראה מתשובת הרא"ש ז"ל הנ"ל שהסכים בזה. ולפי דעת הרשב"א ז"ל נראה בפירוש שאינו כן אלא דא ודא כחדא אזלן וכחדא שרין וכנראה שלא ראה תשובה זאת.

עוד נראה להכריח מתשובת הרשב"א זאת והוא מה שנסתפק הרב נתיבות משפט דף ק"ט ע"ד דהא דאמרינן דשמין להם פחות שליש אם הוא דוקא בדאכל שם החתן והיה טעמו דכיון דאכל יודעת היא שניתן למחילה ומשו"ה כי הדר מנכה לה שליש. ברם בלא אכל והדר אפשר דכשמשלמת משלמת כשהיה שוה מתחילה כיון דלא אכל מנין ידע שניתן למחילה יעו"ש ואילו מדברי הרשב"א הנתנים למעלה נראה דלא שנא דהא הרשב"א מיירי בלא אכל וכמבואר ואפ"ה כתב ומיהו מסתברא דמה שבלה בבגדים אפי' חזר בו הוא פוחת שליש כדאמרינן בפ' מי שמת הדרא בה איהי אפי' וכו' ושמין להם דמי בשר בזול וחזר בו דהכא כחזרה איהי דהתם דכאן וכאן מי שהוטל עליו לשלם הוא שחוזר עד כאן ומהתימה על הרב נתיבות משפט שלא הביא דברי הרשב"א הלזו.

ודע דיש מחלוקת בין הפוסקים ז"ל בהאי דינא אם הוא דוקא בקדושין שמוחל או אפי' בשדוכין לבד דהרב נמוק"י הביא משם הריטב"א ז"ל דדוקא בקדושין וכמו שהביא מרן ז"ל ושהרשב"א נראה דחולק ע"ז והיא תשובה הנ"ל וכן נראה מפשט דברי תשובת

הרא"ש שהביא הטור. וראיתי להריב"ש ז"ל בסי' ש"א שכתב וז"ל וגם לפעמים שולחין קודם אירוסין שאין שם אלא שדוכין לבד ואומרים ומכריזין שנותן החתן לכלה ובודאי קודם אירוסין אין שם מתנה כלל ומתני' דסבלונות לבית חמיו תנן דמשמע שיש שם אירוסין הא לאו הכי לאו כלום הוא ואפי' אכל שם יעו"ש. כנראה שלא ראה הריב"ש תשובת הרשב"א גם לא תשובת הרא"ש כמ"ש הפוסקים דא"כ לא הו"ל להריב"ש לומר כן בפשיטות מאחר דכל כי האי במחלוקת הוא שנוי. ומן האמור בזה אסורה נא וארוה הא דכתב הרדב"ז בישנות סי' רל"ד על דברי הריטב"א הנ"ל וז"ל וחזרתי על כל המפרשים וכל בעלי החדושין וגם הרשב"א רבו לא מצאתי לו חבר ולא לישתמיט חד מינייהו לומר דמתני' וסוגייא דאית אמרא עלה איירי באירוסין דוקא דאי משום לישנא דמתני' דתנן לבית חמיו לא מוכח כלל דאורחא בעלמא לקרא בית חמיו אפי' בלא קדושין אלא ע"י שידוכין וכו' יעו"ש ולפי מ"ש אמת דהרשב"א לא קאי כוותיה וגם פשט דברי הרא"ש לא נראה כן מ"מ מ"ש חזרתי על כל המפרשים וכל בעלי החידושים ולא מצאתי לו חבר ולא אשתמיט חד מינייהו וכו' אחרי המחילה רבה קשה דלא זכר ש"ר לדברי הריב"ש דקאי בשיטה זאת וגם על מרן ז"ל קצת קשה שלא הביאו דקאי בשיטת הריטב"א.

ואני מסתפק בענין זה דהא דאמרינן דאם אכל שם שיעור דינר מחל אם אכל דבר איסור והוא לא ידע בשעת אכילה ואח"כ נודע שמה שאכל היה איסור מי אמרינן כיון דבשעת אכילה לא ידע הרי מלא כרסו ואכלו ושתו וחדו שפיר חזי ומחילה או דילמא כיון שעכ"פ האכילה שאכל היה איסור מגן שויא והו"ל כאילו לא אכל ומה שאני מסתפק הוא כלפי הא דשנו חכמים בלשון המשנה בפ"ו דתרומות דתנן התם המאכיל את פועליו ואת אורחיו תרומה הוא משלם את הקרן והם משלמים את החומש דברי ר' מאיר וחכמים אומרים הם משלמים קרן וחומש והוא משלם להם דמי הסעודה ופריך עלה בירושלמי והלא כבר אכלו ומשני טבלים נפשו של אדם חותה בהן וכתב הרב תוס' יו"ט וז"ל וה"ה לכל דבר האסור ומילת חותה לפי ענייננו הוא כמו קץ במזונו וכו' וכתב עוד וז"ל והפירוש שהזכרתי לפי שנפשו של אדם קצה באכילת איסור אע"פ שאינו יודע בדבר שלבו נוקפו ואינו נחשבת לו אכילה עכ"ל דלפי"ז נראה לענ"ד דלא מחל ועדין צריך הכרעה (א"ה ס"ט עיין בסמ"ע סי' רל"ד וש"ך יו"ד סי' קי"ט ועיין בס' אמר יוסף הנדפס מחדש פט"ז הי"ד ודוק).

הלכה כד

הורו רבותי שאם היה מנהג המדינה וכו'. כתב מהרי"ק ז"ל שורש קל"ג וז"ל אע"פ שהוציא מעותיו על סמך דברי ראובן ושמעון הוא דאפסיד אנפשיה וכו' וכתב עליו הרב מל"מ וז"ל דהאי מילתא אי חייב ראובן אם לאו תליא בפלוגתא דרבינו והראב"ד ז"ל דהכא בפירקין דלדעת רבינו שכתב דאם היה מנהג המדינה שיעשה סעודה או לחלק מעות וחזרה בה משלמת הכל ה"נ חייב בנדון דידן ולדעת הראב"ד ה"נ דפטור דבעל הממון הוציא ההוצאות עכ"ל ועיין בשורש י' והביאו מרן ז"ל באה"ע סי' נ' וז"ל ראובן טען על שמעון ארסתי את בתך בחזקת שלא היו בו מומין וכו' ומה שהאב תובעו שגרם לו להוציא בצרכי סעודה ששלח ע"י גיסו שיזמין ויקנה צורכי סעודה וישלם לו מה שבירר בעדים שהפסידו עד כאן וכתב מרן שדבריו צ"ע ולענ"ד נראה ג"כ שהוא היפך מ"ש בשורש קל"ג לפי מ"ש המל"מ דתליא הא בהך דרבינו והראב"ד ז"ל ואין הספר מצוי בידי כעת ודוק.

פרק ח

הלכה ב

שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין הן. כתב הריב"ש בסי' קמ"ה וז"ל אמנם אם יש עדים שבשעת (פטירתן) [פטירתה] קיימה התנאי ההוא ברצון התנאי קיים שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו ויש לסוחר להחזיר חצי הדירה ליורש וכו' יעו"ש והקשה הרב מל"מ ז"ל דהן לו יהי שלאה התנית עם הסוחר שכשתמכור שימכרנה לו ועשתה כל זה בלי אונס ובקנין גמור ובכל התנאים הצריכים לזה מ"מ לא מהני אלא לכשתמכור בחייה אבל לבאים אחריה זה לא שמעתי והדבר צריך תלמוד.

ולענ"ד נראה שדבר זה מתורתו של הרשב"א נלמד שכתב בתשובה ח"ב סי' רכ"ג והביאו מרן בחו"מ סי' ר"נ סי"ז שנשאל על יעקב שנתן קרקע אחד לבנו ראובן במתנת בריא מהיום ואחר כמה שנים צוה יעקב מחמת מיתה וחלק כל נכסיו לבנו והניח אותו קרקע לשמעון בנו וכו' וצוה לכתוב בסוף הצואה שכל מי שיסרב או יערער בשום דבר לא יטול כלום מנכסיו וכו' וכתב בתוך התשובה וז"ל אבל אם מת ראובן יורשיו נכנסין לנחלתו ונכנסין לקרקע זה ג"כ ומי מעכב והלא קרקע של ראובן מורישם הוא אלא דכל ימיו אריא דתנאו של זקן רביע עליה ופומיה דראובן הוא דכאיב ליה וקרקע זה אינו הפקר שיזכה בו שמעון וכיון שראובן לא סרב ולא עירער כבר זכה בחלק ירושתו שהורישו אביו וכו' יעו"ש הרי שכל דבר של תנאי אם מי שמוטל עליו לעשותו מת

לא חל השעבוד על יורשיו וזוכין בחפץ ופטורים מחיוב התנאי ודכוותא נמי הכא זה שהתנה עם הסוחר שכשאמכור שימכרנה לו ועשתה כל זה בקנין גמור וכו' ומת מי שמוטל לעשותו דודאי לא חל חיוב התנאי על יורשיו מפומיה דידיה הוא דכאיב ולא ליורשיו. ומיהו לא דמי דנדון הרשב"א הקרקע היה דראובן ולא זכה שמעון בו וראובן שפיר זכה בנחלה ועדיין לא יצא הקרקע מרשותו ובא היורש וזוכה בנחלת אביו אבל בנדון הריב"ש שמכר והקנה בקנין גמור בכל התנאים הצריכים לזה אפשר דמהני ג"כ ליורש שלא יוכל למכור ומשו"ה כתב המל"מ ז"ל זה לא שמעתי ולא הביא תשובה הרשב"א הלזו לסיוע. ומ"מ דברי הרב מל"מ ז"ל צריכים לי ישוב דהא כתב מהרשד"ם בחו"מ סי' רע"ד בתוך התשובה וז"ל ובח"מ עלה רי"ד כתב שכתב מהר"ם דנדר ושבועה מהני אפי' באסמכתא ואפי' במקום שאין קנין מועיל חייב מכח השבועה ובודאי שיש הפרש בין חיוב מחמת השבועה לחיוב מחמת הקנין שהקנין מחייב לו וליורשיו וכי אין ליורשיו אלא מה שזכה להם מורישם אבל מחמת שבועה כיון שנסתלק הנשבע אין יורשיו מחויבין מחמת שבועה עד כאן הרי דחיוב הבא מחמת קנין חייל נמי אף ליורשים וכן מתבאר מתשובת הריב"ש סי' של"ו וסי' ע"א שלא כדברי הרב מל"מ ז"ל שכתב שלו יהי שלאה התנית שכשתמכור שימכרנה לו ועשתה כל זה בלי אונס בקנין גמור ובכל התנאים מ"מ לא מהני אלא כשתמכור בחייה אבל לבאים אחריה זה לא שמעתי וכו' דמדברי מהרשד"ם נראה דשפיר איכא למשמע הכי.

עוד כתב המל"מ ז"ל וז"ל גם מ"ש שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו לא ידעתי אמאי לא חקר הרב דאם היה לה עוד נכסים דהוי מתנה במקצת דצריך קנין ועוד שהרי היה חייב דמי חצי הבית לאחר ואם נאמר שהיתה מצוה מחמת מיתה הו"ל להרב לבאר כל זה ועוד אני נבוך אם שייך בתנאי זה דכשאמכרנה אמכרנה לך דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו ולפי דעתו צ"ע גדול עכ"ל ולענ"ד קשה דאף אם לא היה חייב לה דמי חצי הבית כיון דשייר עיקר הבית ליורש אין לך שיור גדול מזה ומה לי אם חייב לה דאף אם לא היה חייב לה שכבר פרע לה עדיין הוה קשה ודוק.

הלכה ג

לפיכך אם אמר קנו וכו' שזה הקנין אינו צריך וכו'. דעת רבינו ז"ל דכל שהקנין מועיל אסור לקנות בשבת וכתב הרא"ש בפ' מי שמת וז"ל ולא כדברי המפרשים דבמקום שמועיל אסור לקנות בשבת אפי' משכיב מרע שלא התירו אלא במקום שהקנין לא מעלה ולא מוריד ולא נהירא שהרי ניחא מה שקונים אליבא דר' אליעזר מאליבא דחכמים מדקאמר ולא ניחוש לר"א משמע דלר"א פשיטא שקונים כיון שאין מועיל בלא קנין אלא

אפי' לחכמים דא"צ קנין סד"א נימא ליה אינך צריך קמ"ל דאפ"ה כיון שהוא תובע קנין איכא למיחש לטירוף דעת עד כאן וכ"כ הרשב"א בגיטין דף ע"ז גבי ההוא עובדא דתיזיל איהי ותיחוד ותפתח וז"ל וכדאמרינן בפ' מי שמת קונים משכיב מרע אפי' בשבת ולא לחוש לדברי ר"א דלר"א ודאי קונים כיון דאין דיבורו מועיל בלא קנין וא"א לו בלא קנין אלא אפי' לרבנן וכו'.

וראיתי בס' זקן שמואל בחו"מ סי' רנ"ד שהקשה לדעת הרא"ש ז"ל דהא ר' אליעזר סובר בסמוך במתני' שאין קונים בשבת וכו' יעו"ש ולדידי אפשר לומר דהרא"ש ס"ל כהתוס' דכתבו דמתני' דלעיל גרסינן ר' אלעזר והוא ר"א בן שמוע והך ר"א דקאמר ר' לוי הוא ר"א בן שמוע יעו"ש וא"כ אין כאן קושיא כלל (א"ה ס"ט עיין בשטמ"ק לבתרא והיא לו נדפסה בח"ב מהרמ"ה ז"ל ד"ה ר"א שהביא כן להדיא משם הרא"ש ז"ל יעו"ש) והרב זקן שמואל תירץ שם וז"ל וי"ל דה"ק לא ליחוש לר' אליעזר שאין אני סובר כר"א דאמר דצריך קנין ואין קונים בשבת אלא אני סובר כחכמים בתרתי עכ"ל וקשה לי דהא מדקאמר משמע דלר"א פשיטא שקונים כיון שאין מועיל בלא קנין וכו' לא משמע הכי באופן שלא זכיתי להבין דבריו וק"ל.

הלכה ה

שכיב מרע שצוה לתת מתנה לעובר שבמעי אמו זכה העובר מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו. כתב הרמב"ן ז"ל והביאו הרא"ש בפ' אלמנה לכהן גדול (יבמות דף ס"ז) וז"ל ולענין הא דמסקינן בהאי שמעתתא וא"ת משנתינו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו לא דמי לירושה אלא אין דיננו אלא בשכיב מרע ולא שיזכה מעכשיו אלא לכשיולד זוכה כעין ירושה משום תקנה הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו להורישו חששו חכמים בשכיב מרע שמא תטרף דעתו עליו ואין דין זה בבריא וכו' וכתב עליו הרא"ש ז"ל הא ליתא דחכמים לא יפו כח השכיב מרע בדיבור אלא בזה שאמרו דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו אבל דבר שאין בו קנין לבריא גם בשכיב מרע אינו קונה כדאמרינן בפ' מי שמת אמר רבא אמר ר' נחמן שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה יאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום עד שיאמר תנו בית זה וידור בו תנו דקל זה ויאכל פרותיו משום דמילתא דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע עכ"ל.

וראיתי בס' זקן שמואל בחו"מ סי' ר"י שתירץ בעד הרמב"ן וז"ל ולי נראה דאפשר דלא אמרו כלל זה אלא לגבי אחרים שכן אמרו שכיב מרע שאמר ידור פלוני אבל גבי בנו חשו חכמים ואמרו דקנה אע"ג דליתא בבריא לפי שיש טירוף דעתו יותר ועדיין דחוק הוא ואע"ג שאין ראיה משם משום דנקט ידור פלוני דלקנות דבר שלא בא לעולם אין

חילוק בין בנו לאחר מ"מ החילוק אפשר שהוא אמיתי עכ"ל. אשר בזה נראה לענ"ד לישב מה שהקשה הרב בני יעקב בדף ס"ט ע"ג שהקשה למרן מדידיה אדידיה ממ"ש בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ח) על דאמר רב ששת יטול ויזכה ויחזיק ויקנה כולן לשון מתנה וכו' כתב הרמב"ן בחי' משם הרב אבן מיגאש ז"ל דדוקא בשכיב מרע אבל בבריא לא ואע"פ שכתב או קנו מידו דקנין דברים הוא וכו' וכתב הוא וז"ל ואינו מחוור לי שאין קנין דברים אלא באומר אתן לך או אמכור לך או שקנו מידם לחלוק אבל באומר יטול ויזכה במתנה זה משמע או במשיכה זו וכו' ואילו הוה קנין דברים בשכיב מרע נמי לא מהני ולא מידי דשכיב מרע דאמר אתן מנה לפלוני לאו כלום הוא דלאו מתנה היא וכו' אלא מילתא דליתיה בבריא ליתיה בשכיב מרע כלל והשתא לפי"ז מאי קאמר התם בפ' אלמנה לכהן גדול דהא דאמרינן דעתו של אדם קרובה אצל בנו בשכיב מרע דוקא אמרו ולא בבריא ומה יענה למ"ש הוא ז"ל כאן אלו תוכן דבריו יעו"ש ולפי מ"ש הרב זקן שמואל לק"מ דהרמב"ן ס"ל דגבי האב המזכה לבנו לא אמרו האי כלל מילתא דליתיה בבריא ליתיה בשכיב מרע ובפ' מי שמת דקאי לאחר שפיר מקשה דמילתא דליתיה בבריא ליתיה בשכיב מרע.

ומרן ב"י בסי' ר"י כתב וז"ל ואיכא לעיוני דכי אסיקנא והלכתא המזכה לעובר לא קנה אם הוא מטעם ר' יוחנן דס"ל הכי או מטעם רב נחמן דאם הוא מטעם ר"נ א"כ אית לן למימר דכשתלד קנה וזה הוא דעת הרא"ש ז"ל שכתב אמר ר' יצחק המזכה לעובר לא קנה לכשתלד קנה כדר"נ דהלכתא כוותיה בדיניה וכו' יעו"ש ואחרי המחילה רבה לי ההדיוט יותר הוה מצי להוכיח ממ"ש הרא"ש בתשובה כלל פ"ב סי' ה' שכתב וז"ל ואע"ג דקאמר ר"נ המזכה לעובר לא קנה לכשתלד קנה ופסק תלמודא כוותיה וכו' יעו"ש הרי להדיא דס"ל דהא דקאמר תלמודא והלכתא המזכה לעובר קאי לר"נ וברור. ודרך אגב ראיתי להרב פני יהושע בשיטה לגיטין דף י"ד שהקשה עליה דהרא"ש ז"ל מהא דפסק כרב נחמן דאם אמר לכשתלד קנה והיינו איפכא דרב הונא דס"ל דאפי' אם אמר לכשתלד לא קנה וא"כ קשה דלמה פסק בדין מעמד ג' דהיינו דקנה דהוי כהלכתא בלא טעמא תיפו"ל דהוי טעמא משום דנעשה כמי שאומר לו משתעבדנא לך וכל מאן דאתי מחמתך ואפי' לנולדין מהני אף לרבנן דר' מאיר דלדבר שלא בא לעולם דקנה דומה דלכשתלד וצ"ע עד כאן ולענ"ד נ"ל דהא דמהני לר"נ לכשתלד היינו דווקא במעוברת אבל באינה מעוברת לא מהני כמבואר בדברי הפוסקים ומשו"ה הוצרך הרא"ש לומר דהוי כהלכתא בלא טעמא להיכא דהקנה המלוה עתה למי שלא היה בשעת הלואה אפי' עובר דמעתה אפילו לר"נ לא קנה ואפי' אמר לכשתלד ומה שאמר אמימר אלא מעתה

הקנה לנולדים ה"נ דלא קנה דאפי' לר"מ וכו' ה"מ [ל]דבר שבא לעולם אבל לדבר שלא בא לעולם לא קאמר וכו' הוא לר"ה דס"ל דהמזכה לעובר לא קנה וחמיר מדבר שלא בא לעולם וכל שכן לרבנן ומשו"ה קאמר אפי' לר"מ אבל לר"נ דס"ל דלכשתלד קנה הקנה לנולדין קנה וכמ"ש התוס' יעו"ש.

ודע דאני מסתפק בדין זה מי שבא על שניות מדברי סופרים ונתעברה והקנה לו אי אמרינן בזה דעתו של אדם קרובה אצל בנו או לא. והנה מי שבא על עריות של תורה בהא לא מספקא לי לפי מ"ש בחגיגה איזהו מעוות שלא יוכל לתקון זה הבא על כל עריות שבתורה והוליד ממנה בן וכו' דבהא כיון דמעוות קרינן לאב ודאי שאין דעתו קרובה לו אבל גבי שניות מד"ס אפשר דכי יהיב ליה מידי איכא אקרוביה דעתא וגמר ומקני לעובר זה או דילמא האי נמי דמי לאיסורא של תורה ולאו דעתו קרובה אצלו והדבר צ"ע ועיין בהראב"ד בפ"ח מהל' תרומות. וראיתי להרב ב"ח שהקשה דמאי נפק"מ אם יש לעובר זכיה בירושתו הא ודאי לדברי הכל כשנולד יש לו חלק בירושה ודוחק לומר דנפק"מ לענין שאם הוא כהן שפוסל לעבדים מלאכול בתרומה כדאיתא בפ' אלמנה לכהן גדול ומביאו בב"י ונ"ל דנפק"מ בפירות שגדלו בקרקע מקמי שנולד דאם אין לעובר זכיה אין לו בפירות כלום ולענ"ד לא זכיתי להבין דבריו שהרי התוס' שם בפ' אלמנה לכהן גדול (יבמות דף ס"ז) בד"ה אוכלין כתבו וז"ל וקצת תימה דהא מסתמא מעשה ידיהם עד שיולד הוא לעובר ולא לבני המשפחה וכו' הרי דאפי' לחכמים דר' יוסי דס"ל דאין לעובר זכיה מ"מ הפירות הם לעובר כשנולד וכ"כ בפסקי תוס' שם ואיך כתב למאן דס"ל זכיה לקטן דהפירות אין לו עד שיולד וצריך ישוב. והמבי"ט בח"ב סי' קל"ז כתב דכשם שמזכה לבנו כשהוא עובר משום דדעתו של אדם קרובה אצל (אדם) [בנו] כך מקנה לבנו דבר שלא בא לעולם.

והרב שער המלך בפכ"ב מהל' מכירה הקשה עליו ממ"ש בפ' יש נוחלין (בבא בתרא דף קכ"ז) יכיר יכירנו לאחרים וכו' ולר' מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר למה לי ומשני לא צריכא לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס פי' רשב"ם דכיון דההיא שעתא אינו יכול ליתנם לו לא מצי לאקנויי מקמי דאתו לידיה והשתא לדעת הרב המבי"ט ז"ל דס"ל דבבנו אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לכו"ע א"כ מאי האי דפריך ולר"מ אפי' לרבנן דר"מ תיקשי ליה דכיון שהוא בנו יהא נאמן לומר זה בני בכור במיגו וכו' ותירץ וז"ל ואפשר לישב ולומר דמשו"ה לא פריך לרבנן דר"מ משום דטעמיה דהמבי"ט ז"ל הוא דיליף לה מההיא דהמזכה לעובר דקאמר ר' יוחנן דאע"ג דלעובר אחר לא קנה המזכה לעובר שלו קנה משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו וא"כ כיון דלדבר שלא

בא לעולם אדם מקנה לבנו ה"ה דבר שלא בא לעולם דאדם מקנה לבנו וכמבואר בדבריו א"כ נראה דדין זה במחלוקת הוא שנוי דלרב הונא דס"ל התם בפ' מי שמת המזכה לעובר לא קנה ואפי' בנו וכו' ה"נ ס"ל לר"ה דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפי' בנו דתרויהו כי הדדי וא"כ משו"ה לא פריך בגמ' לרבנן דר"מ משום דבפלוגתא איתמר ואפשר דהמקשן ס"ל כר"ה אלו תוכן דבריו וכן תירץ מו"ה בס' שמחת יאודה יעו"ש.

ואחרי המחילה רבה לא זכיתי להבין דברי קדשו דהא דאמרינן בפ' האשה שהלך בעלה למדינת הים והביאו רשב"ם (בפי"נ) [בפ' מי שמת] בד"ה ולימא דאמר רב נחמן בר יצחק רב הונא כרב ורב כר' ינאי ור"י כר' חייא ור"ח כרבי ורבי כר' מאיר ור"מ כר' אליעזר בן יעקב וראב"י כר' עקיבא דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואיך אפשר לומר דהמקשה סבר כרב הונא דכיון דהמזכה לעובר ס"ל לר"ה דלא קנה ה"ה דסבר ר"ה דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אפי' לבנו מאחר שבש"ס אמרו דר"ה סבר אדם מקנה דשלב"ל אפי' לאחר וצ"ע.

הלכה ט

לפיכך מוציאין לכתובת אשה ומזונות וכו'. וכתב הנמוק"י בפ' מי שמת וז"ל ודעת ר"י דמטלטלי דשכיב מרע לא משתעבדי לבע"ח דלא תקנו הגאונים אלא ביורשים בלבד וזה נראה לו דעת מורי הרשב"א והריטב"א עד כאן ומרן החבי"ב בסי' רנ"ב תמה על דברי הרשב"א הלזו ממ"ש בתשובה שהביא מרן ז"ל שם וכתב וז"ל ולענין סתירת דברי הרשב"א נ"ל דמ"ש כאן בתשובה זו מיירי במטלטלין שלא באו עדיין ליד המקבל מתנה ומ"ש הנמוק"י בשמו דאין מוציאין מן המטלטלין המשועבדין הוא במטלטלין שבאו ליד המקבל מתנה דכיון שבאו לידו אין מוציאין ממנו יעו"ש וקצת קשה דהרואה שם יראה דנדון הרשב"א ז"ל היה שהמקבל הוציא רוב המטלטלין לרשותו וע"ז שקיל וטרי הרשב"א ואין הספר מצוי אצלי עתה לראות הדבר היטב.

עוד ראיתי להרב הנ"ל בסי' קי"ג הגהת הטור אות ג' דרמי דברי הנמוק"י אהדדי וז"ל אמנם דברי הנמוק"י בפ' יש נוחלין יש מקום עיון שמ"ש גבי מה שאמרו השתא ירושה דאורייתא נראה שסובר כסברת ר"י והרשב"א והריטב"א ז"ל שסוברים דמטלטלי דשכיב מרע לא משתעבדי לבע"ח אפי' אחר התקנה ואילו גבי ברייתא דשכיב מרע שאמר תנו (מנה) [מאתים] לפלוני סתם היפך ויש לתמוה על מהר"מ מטרני ז"ל בח"א סי' רס"ה שראה דברי הרב נמוק"י גבי ברייתא דשכיב מרע ולא נרגש מסתירתם וכו' יעו"ש. ונראה לענ"ד לומר דדעת הנמוק"י ז"ל בברייתא דתנו מאתים לפלוני וכו' שכתב דאפי' תפס כל אחד מטלטלין מוציאין מידם שלא אמרו אין דין קדימה במטלטלין אלא בבע"ח

ודלא שעבדינהו באגב ע"כ דהכונה לאפוקי הך בע"ח דשעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי ומשו"ה הוא דאמר דאפילו תפס כל אחד מוציאין מידו אמנם מ"ש משם ר"י והרשב"א והריטב"א ז"ל דמיירי דלא שעבד באגב כמבואר שם משו"ה אין מוציאין וזה ברור. ומרן בסי' רנ"ב כתב משם רבינו ירוחם וז"ל כתב במשרים בנתיב כ"ג חלק י' שכתובה ומזונות אינם נגבין ממתנת בריא הן שנתן האב הן שנתנו היתומים אחר מיתת אביהם ותמה עליו וז"ל וזה דבר תימה דכיון שמת נפלו הנכסים לפני אלמנה מתקנת הגאונים ומה תועיל מתנת היתומים אח"כ מצאתי בתוס' בפ' נערה כדברי רבינו ירוחם וכו' עכ"ל ומרן החבי"ב בהגהת הטור אות י' הקשה עליו וז"ל ועוד יש לתמוה שכתב שמצא בתוס' פ' נערה כדברי רבינו ירוחם ז"ל וכי סברת התוס' בלבד היא זו והלא סברת הרא"ש היא בפ' האומר וגם סברת רבינו בעל הטורים באה"ע סי' ק' וסברת הנמוק"י כמ"ש ואין חולק ע"ז יעו"ש.

ואנא חכים ולא בחכמה אשתוממתי על המראה דמדברי הטור באה"ע אדרבא נראה היפך סברת רבינו ירוחם דשם כתב הטור וז"ל מתקנת הגאונים נגבית ממטלטלי וה"ה בכל תנאיה וכו' ודוקא ממטלטלי בני חרי אבל מכרן הבעל או נתנם במתנת בריא אינה גובה מהם ואם מכרו היורשים [אחרי מותו גובה מהם] עד כאן וכתב מרן ב"י וז"ל ונראה שדבר פשוט הוא שהרי משעה שמת נפלו הנכסים לפני האלמנה ואין כח ביד היתומים ליתנם אבל מדברי התוס' שכתבתי בסמוך משמע להדייא שחולקים ע"ז וכן פסק במשרים נתיב כ"ג חלק י' עד כאן הרי לך להדיא ביתומים שמכרו אחר מיתת אביהם שהאלמנה מוציאה שלא כדברי מרן החבי"ב וצ"ע.

גם מ"ש והלא סברת הרא"ש היא בפ' האומר אמת אגיד שכן משמע לכאורה ממ"ש שם וז"ל אבל אי כח המתנה אלים כדמוכח מההיא דשנים אוחזין מצינן למימר דנהי דתקנו הגאונים שיגבו ממטלטלי דיורשים מ"מ ממטלטלי דמתנה לא יגבו לא מבעיא אם נתן האב דלא יגבו אלא אפי' נתנו היתומים נמי לא יגבו אע"פ שהיו משועבדין להם בשעת מיתה קודם המתנה כדאשכחן בפ' מציאת האשה גבי האחים ששעבדו דאין מוציאין למזונות אע"ג דאם לא שעבדו היתה נזונת מהם וכו' יעו"ש הרי דדעתו ז"ל דאף ממשנתינו היתומים אינו גובה אשר מכח זה הקשה הרב ז"ל בס' דינא דחיי בעשין מ"ח דף ל"ה ע"ג על הטור באה"ע סי' ק' שסתם היפך הרא"ש. עוד כתב הרב שם וז"ל והנני מוסיף להפליא הפלא ופלא על הרב בעל הטורים סי' קי"ב כתב כלשון הזה מדינא דגמ' אין הבנות נזונות אלא ממקרקעי אבל מתקנת הגאונים נזונות אף ממטלטלי ואינם נזונות אלא מבני חרי אבל מכר האב או נתן או אפי' הבנים אחרי מותו אם מכרו או נתנו או

משכנו אין נזונות ממנו וכו' הרי שדעתו לומר שאפי' מכרו או נתנו האחין מהני לשלא נזונות הבנות כמו דמהני במכר או נתן האב וכו' יעו"ש.

אמנם אחר ההתבוננות נראה אחר בקשת מחילה מעצמותיו הקדושים דאין מכל זה טענה כלל והוא דהרא"ש ז"ל כשכתב דאפי' שנתנו היתומים נמי דלא גבי הביא ההיא דאחין שמכרו דאין מוציאין למזונות וס"ל להטור ז"ל דדוקא למזונות הוא דאין מוציאין וכן ראיתי שכתב ברמזיו סי' י"ד אבל אם נתן מתנת בריא אין מוציאין ממנו ולכתובה ולמזונות ואם נתנו היתומים מוציאין לכתובה ואין מוציאין למזונות יעו"ש ומעתה ההיא דסי' ק' שכתב דאם מכרו היורשים אחרי מותו מיירי בכתובה וכמ"ש מרן שם בבדק הבית וז"ל זה פשוט אע"ג דאמרינן בפ' אלו מציאות האחין שמכרו או שמשכנו אין מוציאין למזונות דוקא למזונות אבל לכתובה מוציאין דחוב הוא עד כאן וא"כ אין ענין למ"ש הרא"ש דהרא"ש מיירי למזונות והוא מ"ש בסי' קי"ב וא"כ אין דעת הרא"ש בכתובה שאם מכרו היתומים שאינו גובה כדעת רבינו ירוחם ז"ל אלא אדרבא נראה שהם חולקים עליו ועיין בב"ח שם ובחלקת מחוקק.

וכשאני לעצמי הייתי סבור לומר שט"ס נפל בדפוס וכונת הרב לא היתה אלא להקשות מדברי הטור שבסי' ק"ז בחו"מ ס"ח שכתב וז"ל ואם מכרו מטלטלין אין חייבים לשלם וכו' ואע"פ שתקנו הגאונים לגבות ממטלטלין דיתמי היינו דווקא בעוד שהם בידם אבל אם מכרו נוקמינן אדאורייתא ואין חייבין לשלם וכו' הרי להדיא דס"ל כסברת רבינו ירוחם ז"ל אמנם עדיין לא יתכן זה למ"ש והלא סברת הרא"ש היא בפ' האומר וכו' דהרא"ש לא כתב אלא דכי נתנו היתומים אין מוציאין אלא למזונות ולא לכתובה וכן יש לתמוה על הרב נתיבות משפט ז"ל דף רמ"ז שהקשה דברי הטור שבאה"ע עם דברי הרא"ש אביו וכן ממ"ש בחו"מ סי' ק"ז ולפי מ"ש אין מדברי הרא"ש קושיא כלל ועי' בש"ך בחו"מ סי' רנ"ב סק"ו שכתב שכל מעיין ישפוט בצדק דליתנהו לדברים אלו אלא הרא"ש מיירי בכתובה יעו"ש ועיין למרן החבי"ב באה"ע סי' ק' שכתב וז"ל אמר המאסף גם בזה קשה למה לא ביאר רבינו דמפני תקנת השוק אין מוציאין מיד הקונה וראיתי למהר"מ מטרני שכתב דגובה מהדמים ולפי"ז אפשר דלא כתב הטור דגובה מהם מהמטלטלים אלא מהדמים ולפי מ"ש כאן ניחא דהוה קשיא ליה דממ"ש כאן דאם מכרו מוציאין כל שכן נתנו וזה היפך מדברי הרא"ש בפ' האומר ודברי התוס' פ' נערה והריטב"א והרשב"א בפ' מי שמת והיפך מ"ש בסי' קי"ב וממ"ש בחו"מ סי' ק"ז והשתא ניחא דלא כתב הטור מכרו אלא לומר שטורפת מהדמים אבל בנתנו שאין שם דמים אינה טורפת ממטלטלין מפני תקנת השוק וכו' יעו"ש ולא זכיתי להבין דבריו דהא

בפירוש כתב הטור בסי' ק"ז וז"ל אבל אם מכרו נוקמי אדאורייתא ואין חייבין לשלם ונראה פשוט דאין גובה לא מן הלוקחים ולא מן היתומים וכמבואר וא"כ איך מיתבא דעתיה ז"ל בהכי להך בסי' ק"ז וצ"ע.

הלכה י

מתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין וכו'. כתב המרדכי ז"ל בפ' מי שמת וז"ל שכתובה בה קנין דכיון שכתוב בה קנין (ש"מ) [שמא] לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ומיהו בקנין בלא שטר קנה ומה שפרשב"ם ז"ל דגם בקנין בלא שטר אין קנין לאחר מיתה אין נראה לר"י דא"כ מתני' דקתני שייר קרקע כל שהוא מתנתו מתנה והיינו בקנין ואיך יועיל והלא שמא לא גמר לקנותו אלא לאחר מיתה לכך נראה כדפירשתי וכן פירש רבינו שמחה ועיין בתוס' פ' אע"פ עכ"ל. ודע דלפי"ז מ"ש המרדכי לעיל מזה וז"ל והלכתא מתנת שכיב מרע במקצת בעייא קנין וכו' ומתנת שכיב מרע בכולהו נכסי כי ליכא קנין אם מת קנה ואם עמד חוזר ואי איכא קנין אפי' אם עמד חוזר דידוע שלא היה קנין אלא לאחר מיתה אפי' אם מת לא קנה דשמא לא גמר לקנותו אלא לאחר מיתה ואין קנין לאחר מיתה וכו' היינו כמ"ש כאן דשמא לא גמר להקנותו אלא בשטר וכמו שסיים שם וכן פסק האלפסי ז"ל יעו"ש אבל בקנין בלא שטר קנה כמ"ש כאן ועיין בס' בית דוד חו"מ סי' קכ"ט ועיין במהר"י אדרבי ז"ל סי' שס"ז שנשאל על ראובן שצוה מחמת מיתה ואמר לעדים כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וחתמו ותנו לשמעון מחמת שברצון נפשי אני נותן מתנה גמורה וכו' שכתב הרב ז"ל שאין זה יפוי כח ומרן החבי"ב ז"ל בכנסת הגדולה הרבה להשיב עליו וכן בתשובות הנדפסות מחדש בחלק חו"מ סי' נ"ו יעו"ש והמתבונן היטב שם במהר"י אדרבי יראה דיש להליץ בעדו ומ"מ כבר עמדו בזה מהר"א ברודו ז"ל והרב פני משה בחלק א' סי' פ"א ופ"ב וחילק בין כשהרעותא הוא מצד הקנין ובין כשהרעותא הוא מצד השטר יעו"ש. ומהתימה מהרב ז"ל שלא זכר ש"ר מזה ועיין למרן החבי"ב שכתב שמה שהביא מרן ובתשובה אחרת כתב וכו' אינו מהריב"ש אלא מהרשב"א ז"ל ועיין בס' זקן שמואל שכתב ששמע שהרשב"א והרמב"ן חולקים ע"ז יעו"ש וצריך ישוב.

הלכה טו

שייר כלום לעצמו בין קרקע בין מטלטלין וכו'. דעת רבינו כדעת הרי"ף דליתא לדר' יהודה אמר רב דאמר קרקע כדי פרנסתו בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ט) אלא כרב נחמן דאמר חמשה עד שיכתבו כל נכסיהם וכו' אבל דעת הרא"ש הוא דכדי פרנסתו מיהא בעינן אלא דחילק דאם הוא עובד אדמה שישייר לו קרקע כדי פרנסתו ופרנסת בני

ביתו ואם הוא מתעסק בסחורה או בריבית שישייר כדי שיוכל להתפרנס מן הריוח עד כאן (א"ה ס"ט עיין להפרישה בסי' ר"נ ס"ו שהקשה להטור באה"ע סי' צ' בדין מברחת למה לא פסק שם כמה הוא שיעור כדי פרנסתו ותירץ דאפשר דאשה אין דרכה לצאת בעינן טפי וכו' יעו"ש ועיין להרא"ש בפ"ח דכתובות דף ע"ח מהש"ס שכתב וז"ל ושיעור השיור הוי כמו שפירשתי שיור השכיב מרע בפ' מי שמת עד כאן ודוק).

ויש להסתפק לדעת הרא"ש ז"ל אם זה המצוה הוא שכיר וכיוצא שא"צ קרן להתפרנס ממנו איזה שיעור צריך שישייר בין קרקע בין מטלטלין ולכאורה נראה לענ"ד שצריך שישייר שיעור שאם יעמוד מהחולי שיתפרנס מאותו שיור עד שיבריא והוא ממ"ש הנמוק"י שם במתני' דשייר קרקע כל שהוא וז"ל ושייר קרקע כל שהוא וה"ה שאר נכסים וכו' וכיון דמשייר כל שהוא שיחיה בו עד שירויח הוא דשייר וכו' וכ"כ עוד לקמן גבי שכיב מרע שניתק מחולי לחולי וכו' וז"ל ודאמדינן דעתיה שהניח קצת נכסים וכו' אלא שיסמוך עליהם כשיעמוד מחוליו ועד שירויח וכו' יעו"ש נמצא דכדי פרנסתו האמור בגמ' במילת כל שהוא היינו עד שירויח ומינה לדעת הרא"ש ז"ל דס"ל דשיעור כדי פרנסתו הוי קרן כדי שירויח בו כדי פרנסתו בכה"ג נראה לענ"ד דסגי ליה בשיעור שכתב הנמוק"י ז"ל ואי לא דמסתפינא הייתי אומר דהנמוק"י מודה היכא שהוא עובד אדמה או מלוה בריבית מודה למ"ש הרא"ש ועדיין צריכים לי ישוב.

ומ"מ תמיהא לי עליה דמרן ז"ל דלמה השמיט דברי הנמוק"י הלזו ולא הזכירם כלל וגם מרן החבי"ב לא הביאם ומרן בסי' ר"נ פסק כדעת רבינו וכתב עליו מור"ם וז"ל וי"א דבעינן שיור כדי פרנסתו עד כאן וכתב הסמ"ע ז"ל דהיינו טעמא דס"ל למור"ם ז"ל דגם הרא"ש לא כתב פרנסת בני ביתו כי אם במשייר קרקע וכו' משא"כ במתעסק ברוחים ובהם מיירי מור"ם וכו' וכתב מרן החבי"ב ז"ל וז"ל ולי נראה דכיון דהרי"ף והרמב"ם סוברים דאפי' שיור כל שהוא הוי שיור ראה הרב לתפוס מסברא ממוצעת דהיינו שיור כדי פרנסתו ולא לקצה האחר יעו"ש ולענ"ד אחרי המחילה רבה קשה דהא לשון מור"ם דקאמר וי"א הוא דוחק דהא בעל הסברא הזאת הוא הרא"ש ואם הוא רצה לתפוס ולהשוות משייר קרקע למשייר מטלטלין הו"ל לתלות הסברא במשייר קרקע בעצמו ולא לומר וי"א ועיין בתשובת הרא"ש כלל ע"ט סי' ה' שכתב דשיור כדי פרנסתו בעינן שלא כדברי הרי"ף דס"ל דבשייר כל שהוא סגי ושם לא חילק בין משייר קרקע למשייר מטלטלין וק"ל.

הלכה יז

אבל אם נתן לו המקצת בפירוש וכו' לא קנה אלא א"כ היה מיפה כחו וכו'. כתב הרב המגיד וז"ל בגמ' הלכתא מתנת שכיב מרע במקצת בעיא קנין אע"ג דמית מצוה מחמת מיתה א"צ קנין והוא דמית עמד חוזר ואע"ג דקנו מיניה פי' קנו מיניה כדי ליפות כחו עד כאן וכ"כ הרמב"ן ז"ל בחי' בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קנ"א) בד"ה מתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין וכו' וז"ל והראב"ד ז"ל אמר דה"ה במתנת שכיב מרע במקצת במצוה מחמת מיתה הואיל וא"צ קנין אם קנו מידו חיישינן שמא לא גמר להקנות אלא בשטר וכ"כ נמי הרב משה הספרדי ז"ל ומשמע דאפי' רב מודה בזה והא דאמרינן עמד חוזר אע"ג דקנו מיניה במיפה את כחו היא עד כאן הרי להדיא להרמב"ן והרה"מ דס"ל דבמצוה מחמת מיתה אפי' במקצת אם היה בה קנין מגרעות נתן וצריך יפוי כח וכ"כ ג"כ הנמוק"י בפ' מי שמת בהך הלכתא דמתנת שכיב מרע במקצת בעי קנין וז"ל וכללא דמילתא מצוה מחמת מיתה אפי' במקצת ושכיב מרע בכולי נכסיו ומסוכן שוים הם דמקבל מתנה זוכה בה לאחר מיתתם ובלא קנין ואם יש בה קנין צריך ליפות את כחו וכדפרישנא ואי לא לא קנה וכו'.

ומעתה זו הייתה כונת הסמ"ע שכתב בסי' רנ"א סק"א וז"ל בין בכל בין במקצת פי' ואפי' קנו מידו וכדין מתנה במקצת אפ"ה אם עמד חוזר דיש לו דין מצוה מחמת מיתה הואיל והזכיר מיתה וכו' והטור כתבו ללמדנו דלא תימא דיש לו דין מתנת בריא בקנין ואף אם לא ימות לא יכול לחזור בו קמ"ל ומיירי דיש להקנין יפוי כח עד כאן והיינו משום מאי דכתבנו לעיל. והנה בעת'ה אסורה נא ואראה את המראה הגדול הזה מאי דעומד ומתמיה מרן החבי"ב עליה (דהסמ"ג) [דהסמ"ע] שם וז"ל וזה שכתב ומיירי דיש להקנין יפוי כח לא זכיתי להבינו דכיון דדין מצוה מחמת מיתה יש לה מה צורך ליפוי כח דלא בעינן יפוי כח אלא לנותן מתנה בכולי ולא שייר דאז בעינן שהקנין יהיה ליפוי כח וכמ"ש רבינו בעל הטור ז"ל אבל במתנה במקצת אמרינן בגמ' דאם עמד חוזר אפי' קנו מיניה כשהוא מצוה מחמת מיתה ואולי סובר הרב דכי אמרינן בגמ' אע"ג דקנו מיניה פירושו הוא וביפוי כח וכו' יעו"ש ואנכי לא אדע שכול איך לא הביט הרב ז"ל בדברי הרמב"ן והרב המגיד והנמוק"י ז"ל שכתבו בפירוש דאפי' במקצת אם הוא מצוה מחמת מיתה הקנין בעינן שיהיה ביפוי כח וסוגייא דגמ' פירשו הרמב"ן והרה"מ שהיא ביפוי כח ומאי ושמא דכתב מרן החבי"ב ולא זכר ש"ר להרבנים הללו וצ"ע.

ועיין במהרימ"ט בחלק חו"מ סי' נ' שכתב וז"ל ומיהו נראה דכל מצוה מחמת מיתה כמו בנדון דידן אפי' אין כתוב בשטר מעכשיו דבריו קיימים ויש לו דין מתנת בריא

אם מת ואם עמד חוזר כדאמרינן בגמ' גבי אחתיה דר' דימי דשיירה וקנו מינה ולפי שהזכירה בדבריה ווי לה להיא איתתא דקא מייתא אמרי בגמ' מצוה מחמת מיתה הוא ואם עמד חוזר משמע הא לא עמד קנה כמתנת בריא ולא אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר דהא ודאי אחתיה דר' דימי לא כתבא יפוי כח דהא להקנות במתנת בריא נתכונה ואם לא עמדה מתנתה קיימת יעו"ש וצריך לישב דלכאורה נראה דדמי להך שכתבנו לעיל עיין בס' קרית מלך רב בח"א בתשובה סי' ב' דף ה' ע"ב גם מ"ש מהרימ"ט ז"ל שם משם הנמוק"י דהיכא דאמר השכיב מרע מהיום צריך קנין ואם עמד חוזר וכו' והקשה מ"ט אם עמד חוזר ותירץ דדעתו ז"ל דכיון דנתן כל נכסיו איכא אומדן דעתא דחזקה לא שביק איניש לנפשיה וכו' ועיין בהריטב"א ז"ל בפ"ק דגיטין דף ט' ע"א במימרא דרב נחמן דאמר שכיב מרע שכתב כל נכסיו לעבדו ועמד חוזר בנכסים וכו' שכתב אבל הכא לאו בהכי עסקינן אלא שכתב כל נכסיו במתנת בריא בקנין ומעכשיו ואפ"ה אם עמד חוזר דאומדן דעת הוא וכו' יעו"ש ודוק.

הלכה יט

הנותן מתנה כשהוא שכיב מרע וכתב בו בחיים וכו'. כתב מהריב"ל בח"א סי' ס"ג על שכיב מרע שנתן מחמת מיתה כך וכך מעתה ומעכשיו יהיו נתונים לו וכו' והשיב יראה כי זאת הצואה היא קיימת וכו' דאמרינן בפ' מי שמת כתב מחיים ובמות מסקנא דשמעתתא דהוא מצוה מחמת מיתה וא"צ קנין וכו' ואפי' את"ל דלא דמי זאת המתנה להאי סוגייא וכמ"ש הריטב"א ז"ל בחי' דלא שייך סימנא לדחיים אלא במחיים ובמות ע"כ. והרב מהר"א ששון בסי' מ"ב עלה ונסתפק עליה דמהו כונתו אם הוא לומר דבעינן דוקא מחיים תחילה אבל איפכא לא הוי מתנת שכיב מרע או דילמא דלא שנא אלא שצריך שיזכיר אותם תיבות דבחיים ובמות ושאני נדון מהריב"ל ז"ל שלא הזכיר תיבת דחיים יעו"ש והנמוק"י שם בסוגייא הביא משם הריטב"א וז"ל וכבר כתבנו לעיל בשם הריטב"א דאם כתב בו מעתה ועד עולם וכיוצא בו דמשמע מתנה גמורה אפי' מחיים זכה ושוב אינו יכול לחזור בו ע"כ. ולענ"ד נראה דלזה הוא שכתב מהריב"ל ז"ל וכמ"ש הריטב"א ועיין בס' קרית מלך רב בח"א בתשובה סי' ד' דף י' ע"ד ודוק.

הלכה כ

חוששין שמא נשארו נכסין וכו'. כתב הרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף נ"ח וז"ל שאלת הא דאמרינן בפ' מי שמת שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד אינו חוזר חיישינן שמא נשארו נכסים במקום אחר פי' הראב"ד ז"ל דוקא במחלק וכו' ועוד י"ל דכיון דהכא בשקנו מידו היא וכו' הרי נהג במתנתו כמתנת שכיב מרע במקצת דאי בכולם למה לי

קנין אלא מדלא אמר כל נכסי ועוד דקנו מידו חיישינן שמא יש לו נכסים במקום אחר עד כאן ונראה דכונת השואל הוא להקשות דאמאי חיישינן להכי הא נכסים בחזקת נותן קיימי ואדרבא הו"ל המוציא מחבירו עליו הראיה ומאי שנא מההיא דתנן הוא אומר שכיב מרע הייתי והם אומרים בריא היית וכו' וחכמים אומרים המע"ה וע"ז הביא דברי הראב"ד ז"ל וסברת עצמו וכן ראיתי בח"ב סי' קל"ג שנשאל כן ומביא פי' הראב"ד ז"ל וסברא שכתב בח"א במעט שינוי וז"ל ועוד י"ל אלא על כרחך בשקנו מידו היא ובמיפה את כחו וכיון שמיפה כחו הרי נהג בו מנהג מתנת שכיב מרע במקצת ואילו בכולם למה לו קנין אלא ודאי מדלא אמר כל נכסי ועוד דקנו מידו חיישינן שמא יש לו נכסין במדינת הים עד כאן הרי להדיא שדעת השואל היתה לשום שכל ולהבין מה בין זה לזה דשנו חכמים בלשון המשנה הוא אומר בריא היתה וכו'.

ועי' בהרב מל"מ בפירקין [דלקמן] הכ"ב שהקשה מהך מתני' להרשב"א דאמאי לא אמרינן דהקנין יוכיח שהיה בריא יעו"ש. כנראה שלא ראה הך תשובה דחלק ב'. כי מן הבא"ר ממנו נקח כמ"ש בחלק א' היא היא ומ"ש בחלק ב' במיפה את כחו אחרי המחילה רבה לא ידענא מאי קאמר דהא במתנה במקצת לא בעי יפוי כח ואפשר דהיפוי כח מכריע שהיא מתנה בכולא דאי במקצת ל"ל יפוי כח ועיין במרן בס' הקצר בסי' רנ"ג סי"ח וכ' ועיין בסמ"ע וש"ך ועיין בס' אדמת קודש חלק ב' בחו"מ ס"א. ודרך אגב אודיע למעיין שמ"ש המל"מ בדין שלפנינו עליה דהראב"ד ז"ל דא"כ כי מקשי בגמ' ממתני' דקתני לא שייר קרקע כל שהוא מתנתו מתנה אמאי לא משני שאמר שדה פלונית וכרם פלוני והמטלטלין לפלוני ופלוני דהשתא לא שייך למימר שהו"ל למימר לאחרון כל נכסי כיון דבחדא מחתא מחתינהו וכו' דצ"ל ג"כ ושטר חוב פלוני לפלוני הוא וכל שעבודיה אי ידעינן דאית ליה שטרות דהא אף דשטרות איקרו נכסי מ"מ אם פרט קרקעות ומטלטלין צריך לפרט ג"כ שטרות וכמ"ש הנמוק"י בפ' הספינה והביאו מרן בסי' ס"ו מחודש ט' יעו"ש ודוק (א"ה ס"ט עיין להרב המגיד ז"ל בפ' י' מהל' זכיה ה"ב ובמל"מ שם ודוק).

הלכה כא

שכיב מרע שכתב כל נכסיו וכו'. כתב הטור בסי' ר"נ סי"ז וז"ל אם הפסיק בין אחד לחבירו וכו' והאחרון הוי מתנת שכיב מרע בכוליה אם מת קנה אפי' בלא קנין יעו"ש והקשה עליו בס' זקן שמואל וז"ל ויש להקשות שא"כ אף האחרון לא יקנה דכיון דהראשונים לא קנו הו"ל האי אחרון מתנת שכיב מרע במקצת ובעי קנין ושמא רצה לשחוק וכמ"ש הרבינו יעקב בעל הטורים באה"ע סי' קמ"א שאם היה שכיב מרע ואמר

שיכתבו גט לאשתו אין כותבין ונותנין ושמא י"ל כמ"ש הנמוק"י וז"ל ואע"ג דהשתא יעו"ש אף אנן נמי בתר דעתו אזלינן עכ"ל.

ואחרי המחילה רבה לא זכיתי להבין את דבריו דהראיה שהביא מהר"י בעל הטורים ז"ל שבסי' קמ"א אדרבא משם נראה להיפך שכתב שם וז"ל בעל שעשה שליח להולכה צריך שיאמר לו תן גט זה לאשתי וכו' בד"א בבריא אבל בחולה וכו' אע"פ שלא אמר אלא כתבו כותבין ונותנין שדעתו לומר תנו אלא שהוא בהול מחמת חולי יעו"ש וצ"ע. גם הראיה שהביא מהנמוק"י ז"ל לא דמי דהתם הוא בשכיב מרע שנתן כל נכסיו וחזר במקצתם ופירש שאינו חוזר אלא במקצתם ונמצא שמה שהקנה הא' הוא מחמת אותה מתנה שהיה בכל משא"כ הכא במתנה האחרון כיון שלא קנה הראשון נמצא שמה שנתן לזה האחרון חשיב כאילו לא נתן ומ"מ החלוק נראה שהוא אמת ודוק.

הלכה כד

והמפרש בים וכו'. עיין להרב המגיד שכתב שדעת הרשב"א כר' יונה שחולק עם הרי"ף ורבינו דס"ל דמפרש בים ויוצא בשיירא דינם לענין מתנה כבריא וכן הוא דעת הרא"ש. ואנכי הרואה להרשב"א בחי' לגיטין בסוגיין דס"ל בפירוש כדעת הרי"ף יעו"ש באורך וכן דעת הריטב"א בדף מ"ג מהש"ס יעו"ש.

הלכה כו

עמד בין החולי שצוה בו וכו'. כתב הטור באה"ע סי' קמ"ה וז"ל ולא הלך בשוק אפי' ניתק מחולי לחולי והלך בנתיים בביתו בלא משענת ה"ז גט עד כאן וכתב הרב מכתב מאליהו בדף ר"ד שדעת הטור סברא חדתא היא אלא שמצא במרדכי בפ' מי שמת תשובת ראב"ן ז"ל שקאי כוותיה יעו"ש שכן הסכים דעת הטור לדעת ראב"ן וקשה לי שראב"ן ז"ל מיירי בהלך במשענת ומשו"ה כתב דהליכה בבית לאו כלום היא ברם בלא משענת לא דבר הרב ז"ל.

הלכה כז

מתנת שכיב מרע שאין כתוב בה וכו'. כתב הטור בסי' רנ"א וז"ל והרי"ף פסק דלעולם על המקבל להביא ראיה ולזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל עי' מ"ש לקמן בפ"ט הכ"ג וראיתי בשטמ"ק שנדפס בח"ב מהרמ"ה בסוגיין שהביא משם הרא"ש וז"ל אמר רבא הרי מת והרי קברו מוכיח עליו והכי הלכתא ולא חיישינן שמא עמד ומיהו אם לא נתקיים השטר בחותמיו לא גבי בהאי שטרא דקי"ל כרב נחמן בדיני דאמר בפ"ב דכתובות מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו וכו' יעו"ש הרי דלא כמ"ש הטור וצריך ישוב.

פרק ט

הלכה ג

שכיב מרע שצוה ואמר יטול פלוני כל נכסי וכו' כולן לשון מתנה היא וכו'. מימרא בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ח א)"ר ששת יטול ויזכה ויחזיק ויקנה כולן לשון מתנה הן יעו"ש בפרשב"ם וראיתי בתשובת הרשב"ש ז"ל בסי' קס"ו שכתב וז"ל ומ"ש והשאר הריני מניח לאשתי לשון מתנה היא דאמאי דאמרינן בפ' מי שמת יטול ויזכה ויחזיק ויקנה כולן לשון ירושה הן ופירשו המפרשים אף לשון ירושה וכתב הרמב"ם ז"ל שהן לשונות מתנה עד כאן לא ידעתי מאי האי דקאמר דהא בגמ' אמרינן שהן לשון מתנה ולא לשון ירושה כי אם ביחסין וירת לחוד ולא ביחזיק וכעת לא ראיתי להמפרשים שיפרשו כן שהן לשון ירושה ונפק"מ טובא אי הוי לשון מתנה או לשון ירושה אם נתן לב' בניו ואחד מהם בכור אינו מפסיד חלק בכורה אי הוי לשון מתנה ולא אמר כלום כמבואר ולפי גירסא דידן שהוא לשון מתנה אין מכל זה כלום יעו"ש ועיין בסי' תרכ"א שכתב שם כולן לשון מתנה וצריך ישוב וכתב הנמוק"י וז"ל ואיצטריך רב ששת לאשמועינן דלשונות אלו הן לשון מתנה אפי' בשכיב מרע כדי דלא תימא דכיון שאין שם משיכה ולא קנין לא מהני אלא לשון מתנה והיינו דהני אחריני יעמוד [יהנה] ישען עלה בתיקו ולא קנו בהו דאילו בבריא לשון זכיה הם שקנין מוכיח כיון שהוא אומר ישען עליהן בקנין זה דכל כה"ג לא הוי קנין דברים בעלמא כדאמרינן בהכותב דבלשון דין ודברים מהני בשקנו מידו דמגופא של קרקע קנו מידו וכו'. וכתב הרב מל"מ בדין שלפנינו וז"ל דיש להסתפק שהוא מביא אח"כ דברי הראב"ד ז"ל שאמר דוקא שאמר נכסי לפלוני שיהנה בהן שלשון זה סותר מ"ש בתחילה שנכסיו לך משמע לגמרי וכשאמר שיהנה או שיעמוד משמע דוקא עמידה ומשענת וכו' הא לאו הכי הוי כאילו אמר ידור פלוני בבית זה ולפי"ז כי קנו מידו בבריא מאי הוי וצ"ע עכ"ל.

ולענ"ד נראה לומר בדעת הנמוק"י דלהכי דייק בלשונו לומר כיון שהוא אומר ישען עליהן בקנין דכל כה"ג לאו קנין דברים הוא וכו' דהכונה דאפי' לא אמר נכסי לפלוני שיהנה בהן והוא דכבר ידוע מ"ש הרשב"א ז"ל במכונות סי' ס"ז והביאה מרן בסוף סי' קצ"ה וז"ל אבל אם אמר הריני נותן לשמעון דירה בעלייתי או נתתי לו להיות משתמש בעלייתי וקנינו ממנו הרי זה קנה העליה לדירה שהקנין [ענין] חזק וכשבא אחר מה שאמר לא דירה בלבד נתן אלא מגופו של קרקע קנו מידו וכההיא דהכותב וכו' יעו"ש. הרי דכשהקנין בא אחר מה שנתן מחזיק למתנה לומר שלא הדירה לבד נתן אלא מגופו של קרקע קנו מידו וכמבואר שם וא"כ אף אם נאמר שהנמוק"י ז"ל מסכים והולך לסברת

הראב"ד ז"ל דכי איבעיא לן יראה בהן ישען בהן וכו' היינו כשאמר תחילה נכסי לך וכו' דאילו בישען בהן לחוד הוי כידור פלוני בבית זה דלא אמר כלום וכי קנו מידו הוי קנין דברים עכ"ז להכי דייק לומר ישען בהן בקנין שהקנין בא לאחרונה לאו קנין דברים הוא ושפיר מהני קנין. וראיתי להרב זקן שמואל בסי' רנ"ג שכתב על דברי הנמוק"י הללו שהיא סברא יחידית ושלא מצא לו חבר שבבריא (שיהנה) [שיהנו] הני לישני שעלו בש"ס בתיקו כיון שיש בו קנין יעו"ש. ולעת כזאת ראיתי לר' יונה בעליותיו שהביאו הרב בצלאל בשטמ"ק בסוגיין שכתב וז"ל ואפשר דאצטריך לאשמועינן דמהני הני לישני בשכיב מרע דהו"א דלא מהני עד דאמר תנו ק' לפלוני וכו' והא דאיבעיא לן ישען בהן יעמוד בהן מהו בבריא לשון זכיה הוא לפי שהקנין מוכיח עליה כיון שהוא אומר ישען בהן בקנין זה ובכה"ג לאו קנין דברים הוי כדאמרינן התם בלשון דין ודברים מהני בשקנו מידו עד כאן הרי דר"י קאי כוותיה דהנמוק"י ולאו סברא יחידה היא.

ודע שמדברי הראב"ד שהביא הנמוק"י ז"ל אני תמיה עליה דמהרד"ך ז"ל בבית א' שכתב וז"ל וכן נמי בהני לישני דאיבעיא לן בפ' מי שמת אם מועילין או לא וכו' והתם פשיטא לענ"ד דמבעיא לן באומר נכסי לפלוני שיהנה בהן משום דלישנא שיהנה משמע לגרוע כח לשון נכסי לפלוני שאמר בתחילת דבריו קאמר ליה וקאמר דוקא ליהנות בהן קאמר ולא להיותם שלו דקא מבעיא לן וכן בכל שאר לישני דאי בלא אמר נכסי לפלוני ומבעיא משום דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם או משום שאין ממשות באותם הדברים אמאי סלקא בתיקו ליפשוט מהא דאמר רב נחמן שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה לא אמר כלום אלא ודאי כדכתיבנא וכו' יעו"ש וקשה לי דהרב ז"ל יושב ודורש כמשה מפי הגבורה ולא זכר ש"ר דכל הני מילי כבר אמרן הראב"ד ז"ל והביאן הנמוק"י ז"ל. והטור ז"ל בסי' רנ"ג פסק וז"ל ושכיב מרע שאמר אני מניח לפלוני כתב הרא"ש ז"ל בתשובה דהוי לשון מתנה עד כאן ותשובה זאת היא בכלל פ"ג וז"ל שם ובשכיב מרע א"ר ששת יטול ויזכה ויחזיק ויקנה כולן לשון מתנה הן וכשאומר השכיב מרע אני מניח לפלוני כאילו אמר יטול כי הנטילה חילוף ההנחה היא וכו' יעו"ש ועיין במהרח"ש בח"ב סי' י"ד מה דשקיל וטרי בתשובה זו.

וראיתי למהר"א קוב"ו ז"ל בס' פני יאושע בסי' כ"א דף מ' ע"ב שכתב וז"ל ואיכא לעיוני בה טובא דהיא סותרת למ"ש בפסקיו דבכאן בתשובה מסיק דהני לישני דא"ר ששת דמהנו יטול ויזכה ויחזיק דאינן אלא בשכיב מרע וכ"כ הרמ"ה ז"ל ומזה יצא לנו דלשון מניח מהני מטעם דהנטילה חילוף ההנחה והיינו דוקא בשכיב מרע ואילו בפסקיו הביאו הטור ז"ל שם העלה להיפך שכן כתב וכל שכן בבריא דמהני כל הני לישני עד

שמתוך הדוחק אם לאו דמסתפינא וכו'. אמינא דלאו מר חתים עלה אבל מה אעשה כי הטור ז"ל הביאו משמו יעו"ש. ואני בעוניי עוד קשה לי לפי מה שהניח שם במונח שדברי רב ששת הן בשכיב מרע דוקא מהא דכתב בסוף כלל פ"ד על מה שנשאל באיש שעשה לאשתו אם ימות הוא בחייה וכו' ומהיום תלך ותחזיק בכל מה שיש לו בעולם ונטל קנין ע"ז והשיב וז"ל אמנם רואה אני לקיים שטר זה מתוך תיבה אחת שכתוב בו ותחזיק בכל מה שיש לו בעולם ומילת ותחזיק הוא לשון מתנה כדאמרינן בפ' מי שמת א"ר ששת יטול ויחזיק ויזכה ויקנה כולן לשון מתנה הן וכו' יעו"ש והביאו הטור בסי' רפ"א בקצור הרי דבמתנת בריא מירי שהוא בקנין ובמעכשיו ומפני מילת ותחזיק קא מקיים למתנה מהא דא"ר ששת כנראה דס"ל דמילתא דא"ר ששת לבריא נמי אמרו והוא היפך מ"ש בכלל פ"ג וצריך לי ישוב.

ושוב אחר ימים אנה ה' לידי ס' מגיד מראשית וראיתי שם בסי' ו' דף מ"א שכתב שם הך קושיא עליה דהרא"ש ז"ל שכתב ובשכיב מרע א"ר ששת וכו' דהא ר"ש הוא אפי' בבריא וכתב וז"ל אבל לפי האמת אין בו סתירה ופי' לשונו הוא בדרך אחר למי שיעמיק בו העיון וכו' וה"ק ובשכיב מרע אר"ש יטול ואין כאן שום קושיא כלל דמשום סיומא דמלתא דקאמר וכשהשכיב מרע אמר אני מניח וכו' נקט נמי ובשכיב מרע ולאו לאפוקי בריא מהך רישא אלא מסיפא כלומר כיון דמהני יטול בשכיב מרע ה"נ מהני ביה אני מניח משום דלגבי דידיה הוא כמו פלוני יטול וכו' יעו"ש. ובהכי מתרצא נמי קושיא דידן ומהרד"ך ז"ל בבית ל' החזיק בסברא זאת דהרא"ש דלשון מניח הוי מתנה והביא ראיה מר"פ הגוזל דתני רב אושעיה הניח לפניהם גזלה קיימת חייבין אין הגזלה קיימת פטורים הניח להם אחריות נכסים חייבין לשלם עד כאן ודקדק מהרד"ך ז"ל דמדנקט בגזלה הניח לפניהם ובאחריות נכסים נקט הניח להם משמע בהדיא דלשון אני מניח לפלוני לשון מתנה הוא ולכך בגזלה שאינה שלו להורישה ולהניחה לבניו נקט לפניהם אבל גבי אחריות נכסין שהן שלו נקט להם עד כאן והקשה מהרח"ש בח"ב סי' י"ד וז"ל (ודעתו) עשה הרב ז"ל דברי הברייתא כאילו הם דברי המצוה וקשה לי דהתם במתני' במה דתנן והניח לפניהם פטורים ומוקי לה רב חסדא לאחר יאוש וא"כ בידו לתנה דקנה לה ביאוש ושנוי רשות ורמי בר חמא דייק מינה דרשות יורש כרשות לוקח נמצא דבידו להורישה וההיא ברייתא נמי מוקי לה ר"ח לאחר יאוש וא"כ בידו לתנה או להורישה באופן דעל כרחך לפניהם דנקט לאו דוקא מהאי טעמא הוא עד כאן.

ולענ"ד נראה לומר בעד מהרד"ך ז"ל דהכונה לומר דלהכי דייק רב אושעיא בגזלה והניח לפניהם משום דאז בשעת ההנחה בעודו עדיין ברשותו ליכא אלא יאוש לחוד

ובעת כזאת אם היה רוצה ליתנו או להורישו לאו ממונו לגמרי היא דעדיין לא נתרוקן רשות בעלים מהגזלה לגמרי דליכא אלא יאוש כדי אלא דכשיבא לרשות לוקח או לרשות יורש אז נתרוקן רשות בעלים לגמרי אבל בעת תת הגזלה קודם באו לרשות יורש אם בא נגזל אין ספק דמצי להוציאו מיד הנותן כל כמה שלא מת הנותן דעדיין לא באו ליד היורשים ואמטו להכי דייק בלישניה לומר בגזלה והניח לפניהם ברם באחריות נכסין שהן שלו ובידו ליתנה לכל מה שירצה ולית דימחי בידיה להוציאם מידם תני והניח להם דאם הניח להם בלשון זה לשון מתנה היא זה נראה לי להליץ בעד מהרד"ך ז"ל.

עוד כתב מהרד"ך שם וז"ל ובר מן דין אמינא דבנדון דידן אפי' (ר' לוי) [ר"י הלוי] ז"ל מודה וכו' עד דכי היכי דאמרינן בלשון ירושה דאפי' [דהיכא שאמר לשון ירושה לבד] לא קנה היכא דאמר בתחילה או בסוף לשון מתנה מהני ה"נ לא שנא עד כאן והקשה עליו מהר"י הלוי ז"ל בתשובה סי' ע' דלא דמי כלל דבשלמא התם משום ירש פלוני משמע שפיר לשון זכיה וקניה אלא משום דאינו ראוי ליורשו לא קנה משום שעבר על מה שכתוב בתורה ולהכי אם כתב בתוך כדי דיבור לשון מתנה מהני דמסתמא אף ירש דקאמר לאידך למתנה איכוון אבל בלשון מניח דלסברת ר"י לא משמע לשון זכיה כלל אפי' אם נתן במתנה לאחר מה בכך וכו'. ומרן החבי"ב בסי' רנ"ג הגהת ב"י אות ה' הקשו עליו מתשובת הרשב"א שבח"ב סי' שצ"ב שכתב דאפי' שאמר בתחילה לשון שאינו מספיק ואמר בסוף דבריו לשון מתנה שמועיל אף ללשון שאינו מספיק וכו' ותירץ דשאני ההיא דהרשב"א דאפשר דמיירי לאדם אחד והטעם דדל מהכא לשון שאינו מספיק הא איכא לשון מספיק ומשום הכי מהני אף לשאינו מספיק ומהר"י הלוי ז"ל מיירי בנותן לב' בני אדם שתי מתנות דלא מהני לשון מתנה דזה לשון הנחה דאידך וכו' וכתוב אבל מדברי מהר"י הלוי שם מוכח בבירור דסבירא ליה דאפילו בשדה אחד ואדם אחד אם אמר לשון הנחה ואחר כך לשון מתנה לא מהני וצ"ע עכ"ל.

ולענ"ד נראה דשפיר מצינן לתרץ כדברי הרב ז"ל ומאי דקשיא לן למרן החבי"ב מסוף דבריו דאפילו באדם אחד ושדה אחד דלא מהני אין זה קושיא כלל דאחד הרואה שם יראה דלא כתב כן אלא משום תשובת ר"י הלוי ז"ל שהביא אח"כ וז"ל שם והסכמנו ונתיישבנו שאין לשון הנחה לשון מתנה שאילו אמר נכסי לפלוני זה לשון מתנה אבל לפי שהוסיף על דבריו ואמר אני מניח נכסי לפלוני אין כאן לשון מתנה עד כאן הרי להדיא דאפילו אם כתב לו ממש בלשון מתנה דהיינו אני מניח נכסי לפלוני לחוד משמע ליה דהוי לשון מתנה אפילו הכי לא מהני (מיד) [מידי] ללשון הנחה אע"ג דהוי שדה אחד ואדם אחד כל שכן גבי נדון מהרד"ך ז"ל דהוי שתי שדות ושני בני אדם ע"כ. הרי

בהדיא דאי אומר דלא מהני אפילו בשדה אחד ואדם אחד היינו משום ההיא תשובה דמהר"י הלוי ז"ל ולא משום דלא מהני לשון מתנה ללשון הנחה בשדה אחד ואדם אחד וכמבואר שם.

והרב פני משה בח"א סי' ל"ד כתב וז"ל איך כל היד המרבה לבדוק בעיניו יראה דבנדון דידן אין מועיל לשון מתנת אחיותיו ושנייו ללשון הנחה שכתב לאשתו מתרי טעמי לענ"ד יודם כל הישר הולך חדא וכו' ועוד אחרת לענ"ד טעמא אחרינא דעד כאן לא אמרינן דמתנה דחד מועיל לירושה דאידך ע"כ לא אמרי הכי אלא לירושה דאידך הסמוך לו שלפניו או שלאחריו אבל לא אלפני פניו או לאחר אחריו המשל בזה אם כתב לראובן מתנה שכתב תנתן שדה פלונית לראובן וירש שמעון שדה פלונית וירש לוי שדה פלונית אפשר דלא מהני תנתן דראובן אלא אירש דשמעון שהיא הסמוך לו אבל לא לירש דלוי שהוא מופלג דבכה"ג לא אשכחן בגמ' דמהני וה"ה אם אמר ירש ראובן שדה פלונית וכו' יעו"ש. ואנכי בער לא אדע שכו"ל בזה החילוק שחילק הרב ז"ל חילוקא דרבנן דהא מאי דילפינן בגמ' דב' שדות וב' בני אדם דמהני (ו)מתנה דהאי לירושה דאידך הוא מהא דתניא בברייתא נכסי לך ואחריך ירש פלוני ואחרי אחריך ירש פלוני מת ראשון קנה ב' מת ב' קנה ג' ואי ב' מת בחיי ראשון יחזרו הנכסים ליורשי ראשון יעו"ש בפי' רשב"ם ז"ל הרי דמהני נכסי לך דהראשון לירש אחריך ואחרי אחריך ולפי דברי הרב ז"ל היכי משכחת לה שאם מת ב' דקנה ג' משום נכסי לך דקאמר לראשון דהא ג' ירש קאמר ליה.

ואין לומר דהברייתא לא נחית להכי אלא לומר דמהני לישנא דמתנה דחד ללישנא דירושה דהאיך וכשמהני לאחרי אחריך היינו כשמזכיר לשון מתנה באמצע ולהכי דייק רבינו ז"ל בפ"ו מהל' נחלות ה"ו וז"ל וכן אם היו ג' שדות לג' יורשים ואמר ירש פלוני שדה פלונית ותנתן לפלוני שדה פלונית וירש פלוני שדה פלונית וכו' דאלמא אי מהני חד לשון דמתנה לשתי לשונות דירושה היינו היכא דכתיב לשון מתנה באמצע לאפוקי היכא דכתיב בתחילה לא מהני אלא לדסמיך ליה ובהא הוא דכתב הרב פני משה ז"ל דלא מהני הא ליתא וכמבואר בדברי הרב המגיד ז"ל שם שכתב דנקט הכי לרבותא יעו"ש וא"כ מ"ש הרב ז"ל דלא מצינו בגמ' שיהני לשון מתנה דחד ללשון ירושה דאידך שלפני פניו או שלאחר אחריו כי עפ"ז הוליד והצמיח דלא מהני לשון מתנה אחיותיו ושניו אלא ללשון הנחה שאצל פרט הסמוך למתנת אחיותיו אבל לא ללשון הברייתא נראה בבירור דלא שנא וכמבואר בדברי הרה"מ ז"ל וצ"ע ועיין לרבינו בפי"ב מהל' אלו ה"ז שכתב וז"ל נכסי לפלוני ואחריו לפלוני וכו' וכתב הרה"מ וז"ל ברייתא בפ' יש נוחלין והיא שנויה

בשלשה מקבלין וכו' ודין ג' עם ב' כדין ב' עם הא' ורבינו כתב הדין בב' שדי ביאור בכך עכ"ל ועי' במרן החבי"ב בסי' רמ"ח הגהת הטור אות ה' יעו"ש.

וכבר עלה על דעתי לומר בדעת הרב ז"ל שהוא יתרץ לברייתא זו דואחרי אחריך דקנה הוא משום דמיירי למי שראוי ליורשו ומשו"ה מהני ביה לשון ירושה ולא משום דנכסי לך דקאמר בתחילת דבריו הוא. אמנם אחר ההתבוננות הא ליתא כמבואר מדברי הר"ן שהביא דבריו מרן בסי' רמ"ח ס"א וז"ל הר"ן ז"ל (וכת') [וכי תימא] בראוי ליורשו ור' יוחנן בן ברוקא היא מהא שמעינן דרב אחא לאו דוקא באומר נכסי לראובן בני ואחריו לאחר שאינו ראוי ליורשו אלא אפי' באומר נכסי לראובן בני ואחריו לשמעון בני וכו' דהא כי בעינן לאוקומי ברייתא בראוי ליורשו בין ב' בין ג' בעינן למימר הכי דאם איתא דלא בעי לאוקמי בראוי ליורשו אלא ב' בלבד אכתי תקשי ליה ג' אמאי קנה וכו' אלא ודאי תרוייהו בעינן לאוקומי בראויין לירש וכו' יעו"ש ולפי דברי הרב ז"ל מאי קאמר כי בעינן לאוקומי בראוי לירש בין ב' בין ג' בעינן כנראה דאילו לפום קושטא לא בהכי מוקמינן דוק ותשכח מהכא דאין לומר כן.

והרב משאת משה בחלק חו"מ סי' ו' נשאל על נערה שהיתה שכיב מרע ואמר לעדים הוו עלי עדים וכו' שכל אשר לי אנכי מנחת לזקנתי לאה [אם אמי] כדי שתלך לעיה"ק ירושלים ת"ו ואמרו לה העדים ולזקנתך אם אביך אין את מנחת כלום ותען ותאמר אני מנחת לה י' גרושי'ש עד כאן והשיב הרב ז"ל דאפי' להחולקים על הרא"ש הכא בנדון זה אזלי ומודו דקנה דטעמייהו דהני דס"ל דלא מהני היינו משום דאיכא למימר דלשון מניח יש במשמע לומר דלאפוטרופא בעלמא אמר ולפום הך טעמא הכא דאמרה שמניחה כדי שתלך לארץ ישראל מוכחא מילתא דלשם מתנה נתכוונה ולא לאפוטרופא ומצינו קרוב לזה למהרד"ב שכתב בסי' ר"ג וז"ל ועוד יש טעם אחר שהרי כתב מהרד"ך ז"ל דאפי' מהרי"ק לא אמר בשם הרבנים אלא כשנוכל לפרש דשמא לאפוטרופא קאמר וכו' ואף אנו נאמר דכוותיה בנדון דידן כיון דלא שייך לומר לאפוטרופא קאמר כדהוכחתי והנחה זו לשם מתנה היא עכ"ל.

ואחרי המחילה רבה לא ידענא מאי קאמר דהא הרואה שם למהרד"ב ז"ל יראה דהן אמת דכתב כן לפום ריהטא ברם תוך כדי דיבור תבר לגזיזיה וכתב שמ"מ אינו תוקע עצמו בזה כמבואר שם והא ראיה שלא זכה למקבל מטעם זה ועיין במרן החבי"ב ז"ל בהגהת ב"י אות ח' והיינו טעמא דנראה מדברי הרבנים שהביא מהרי"ק ז"ל בריש שורש צ"ד דלשון מניח לית ביה ממשא ולא משום דאיכא להסתפק כמו שיראה הרואה. עוד כתב הרב ז"ל שם וז"ל ועוד נראה טעם אחר לזכות כח המקבל מגמר דבריה אף היא

אמרה שהניחה לזקנתה השנית עשרה (א"ת) [גרושי'ש] בלשון הניח כבראשונה דהוי גלוי מילתא קצת דכולא למתנה איתכוונא ואינה אלא כמחלקת נכסיה דהרי לגבי זקנתה השנית אין לומר דלשם אפוטרופא קאמרה וכו' עכ"ל ורואה אני דיותר ויותר הוכחא איכא בנדון הרב פני משה ז"ל בתשובה הנ"ל ואפ"ה לא כתב להחשיבה מתנה וכל שכן כה"ג וצריך ישוב.

הלכה ז

גר שיש לו בן שאין הורתו בקדושה וכו'. לפיכך אם נתן לגר משאר הגרים מתנתו קיימת. כתב הראב"ד ז"ל כן אמר הגאון ואין דעתי נוחה הימנו ויש לנו דעת אחרת טובה מזו עד כאן וכתב הרב המגיד שדעתו כדעת האחרונים שהקשו ואמרו דאם איתא דמתנת שכיב מרע גר לגר אחר קנה בנו נמי כל שלא היה הורתו בקדושה אינו נחשב לבנו ואינו ראוי ליורשו כנכרי הוא ולמה לא קנה במתנה וכו' עיין בתשובה להראב"ד בס' תומת ישרים סי' רל"ה שהקשה כן וכתב וז"ל ומה יקשה עלינו אם נאמר שלא תקנו מתנת שכיב מרע אלא באדם שהוא בתורת ירושה מורישו ואפי' הוא נכרי אבל גר שאינו כן לא תקנו לו ודברי רבא כפשוטן עד כאן ובפשטן של דברים אלו נסתפקתי בדעת הראב"ד ז"ל אם מאי דקפיד הוא משום דהמקבל ליתיה בתורת ירושה ונפק"מ שאם נתן לישראל מודה דקנה המקבל ואתי שפיר השתא מאי דכתב בתשובה שלא תקנו מתנת שכיב מרע אלא באדם שהוא בתורת ירושה לאפוקי רב מרי שאינו כן או דילמא מאי דקפיד הוא בנותן ואפי' שנתן לישראל לא קנה דלא תקנו שיהיו דבריו ככתובים וכמסורים אלא באדם שהוא בתורת ירושה לאפוקי איסור שאינו בתורת ירושה מורישו דהא גר אינו יורש את אביו דבר תורה ולעת כזאת אין הספר מצוי בידי לראות מאי דעתיה ז"ל ברם ראיתי להרשב"א בחלק ג' סי' קכ"ב הביא משם הראב"ד וז"ל אלא אף הראב"ד מודה בזה וביותר מזה שהוא כתב שם הטעם משום דרב מרי לא היה לו באותה שעה לא אב ולא בן ולא קרוב הילכך אינו קונה במתנת שכיב מרע עד כאן הרי נראה מכאן דמאי דקפיד הוא משום דהמקבל לאו בר ירושה הוא שהרי תלה הטעם דלרב מרי לא היה לו יורש דאם מאי דקפיד הוא בנותן מה יושיענו זה שלא היה לרב מרי בן דאף אם היה לו בן מ"מ איסור לאו בר ירושה הוא אלא ודאי כדקאמרן.

אלא דהא קשה לי מ"ש הרשב"א שם על דבריו וז"ל ופשטא של שמועה הכי פירושה גר שכיב מרע שאינו בירושה כשאין לו בנים שנולדו בהורה ולידה בקדושה אינו במתנת שכיב מרע (הוא) [הא] ישנו בירושה לבניו או לקרוביו נותן לכל מי שירצה במתנת שכיב מרע אפי' לישראל גמור עד כאן וקשה דהלא הראב"ד לא קאי כי אם היכא דהמקבל בר

ירושה דאף אם הנותן גר דקנה אבל היכא דהמקבל לאו בר ירושה מה יועיל מה שהנותן בר ירושה ולא הו"ל למימר אלא שלא תקנו מתנת שכיב מרע אלא מי שיורשו תקנו שיקנה כגון רב מרי אם היה שהיה הורתו ולידתו בקדושה אם לא שנאמר שדעתו ז"ל בדעת הראב"ד דכיון דקנה המקבל היכא שהוא בר ירושה ה"ה נמי היכא שהנותן הוא בר ירושה אף דהמקבל ליתי בירושה ומשו"ה פי' הסוגיא כן והוא דוחק. ויותר נראה לענ"ד לומר בדברי הראב"ד היה כתוב משום דאיסור לא היה לו באותה שעה לא אב ולא בן ולא קרוב וכו' דעל הנותן קא קפיד וכדכתבו התוס' בסוגיין יעו"ש ואע"ג דגר אינו יורש את אביו דבר תורה מ"מ כיון דחכמים תקנו לו ירושה שמא יחזור לסורו איתיה בירושה מקרי וכן נראה בהדיא ממ"ש לקמן וז"ל ואני אומר שלא בירר וכו' וכמ"ש לעיל דדעת להקת בני הנביאים הרי"ף והתוס' ורב האי ז"ל והראב"ד דעת כולם מסכמת שמי שראוי ליורשו ישנו במתנת שכיב מרע לכל מי שירצה עד כאן ועיי"ש טעם שכתב להרי"ף ז"ל וכ"כ הרב תרומת הדשן סי' שנ"ב ודלא כמ"ש הרמב"ן במלחמות ובחי' בעובדא דאיסור או שנאמר שהרשב"א לדידיה מפרש פשטא דשמעתתא דקפיד הנותן וכונתו לאפוקי לחכם שכנגדו דגר לית ליה דין מתנת שכיב מרע ודוק.

הלכה ט

שכיב מרע שהודה וכו'. כתב הרב המגיד משם הרב אבן מיגאש ז"ל שהודאתו כהודאת בריא ואם עמד אינו חוזר שאין זה מתנה ואין צ"ל אתם עדים דאין אדם משטה בשעת מיתה וכו' וכ"כ הרב בצלאל בשטמ"ק הנדפס בח"ב מהרמ"ה ז"ל וזה סיוע למ"ש מרן ב"י בסי' ל"ב מחודש ב' וז"ל ונ"ל עוד שאם הודה בשעת מיתה אפי' קם על רגליו ותבעו חייב לשלם לו דהא אין אדם משטה בשעת מיתה ודבר פשוט הוא שהרי אם היה הוא יכול לטעון כן היינו אנו טוענים ליורשין עכ"ל.

וראיתי להש"ך בסי' פ"א סק"ז שכתב על דברי מרן וז"ל ולפענ"ד זה אינו ופשיטא דיכול דהא דקא מבעיא בש"ס היינו בסתמא ומספקא ליה לש"ס ולהא מסיק דאין אדם משטה בשעת מיתה ומסתמא לא השטה אבל אם אמר משטה הייתי נפקא מידי ספיקא ונאמן וכו' יעו"ש ולפי דברי הרב אבן מיגאש ז"ל אינו כן אלא קושטא דמילתא היא דאין אדם משטה בשעת מיתה ואי טעין בתר דקם משטה הייתי לא משגחינן ביה. ולענ"ד נראה דלפי דעת מרן והרב אבן מיגש ז"ל אף אם בימי חוליו רצה לחזור ולומר משטה הייתי לא משגחינן ביה כיון דאמרינן דאין אדם משטה בשעת מיתה וקושטא קאמר תו לא מצי הדר וזה לשון הרב שם בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ט) שכיב מרע שהודה מהו פי' קי"ל דבריא שהודה הודאתו הודאה וכיון דקי"ל דמתנת שכיב מרע בכל הנכסים אם

עמד חוזר קא מבעיא לן השתא שכיב מרע שהודה מהו מי אמרינן הודאתו כבריא ולאו מתנה הוא וכיון שכן אם עמד אינו חוזר או דילמא אמרינן דלמתנה בעלמא הוא דאיכוון ונפק"מ דאם עמד חוזר וכו' יעו"ש הרי דמשום הודאת בעל דין הוא וכיון שכן אפי' עודו בחוליו לא מצי טעין משטה כן נראה לענ"ד ומהתימה ממרן ז"ל שלא נסתייע מדברי הרב אלו.

ודע שאני מסתפק בדעת רבינו שכתב אפי' הודה השכיב מרע לגוי נותנין לו אם הוא דוקא באומר תנוהו לו או דילמא אפי' לא אמר תנוהו לו והוא דמספקא לי דהא דאמרינן אדם עשוי שלא להשביע את עצמו היינו דוקא במודה לישראל אבל במודה לגוי לא דמשום שלא להשביע לא עביד דמודה שמא יתבענו ולא יקבל טענתו ועי' במהרימ"ט ז"ל בח"א סי' ק"א דסמיך אטענה דנאנסו או החזרתי וגוי לא יקבל טענה זו ומשו"ה מרתת ולא מודה אם לא דקושטא קאמר או דילמא לא שנא ועי' במהרשד"ם חלק יו"ד סי' קע"ב ושוב ראיתי בתשובת הרב פרח מטה אהרן ח"א סי' ס"ה דף קכ"ח ע"א שכתב וז"ל ושלא להשביע את עצמו לא שייכא לדעת הרמב"ם ז"ל כי הנה הוא הולך למות ובמודה נמי לגוי לדעתו ליכא חששא השבעה כי בודאי לא היה מודה לגוי כי הגוי בשמעו יתבע את בניו ע"פ הודאת אביהם עד כאן ואפשר דגם הרב פרח מטה אהרן ז"ל מודה בזה להרב ז"ל ודוק.

הלכה יז

שכיב מרע שחזר במקצת וכו'. **שאלה** ראובן היה שכיב מרע ושלח אחרי שמעון ולוי לקרות אותם ובאו לביתו ומצאוהו אותו מיושב בדעתו ומשיב להם על הן הן ועל לאו לאו ושאלו לו מה לך כי דלקת אחרינו ואמר להם רצוני הוא לעשות בפניכם צואת שכיב מרע בראותי לעת כזאת מיושב בדעתי כדרך הבריאים והוא זה כי הנער שמואל משרת שלי עבד לי כעשר שנים והטיב לי על שכירו' ככל אשר עם לבבי ועתה הוו עלי עדים איך אני נותן לו במתנה חצי מכל נכסי אשר לי והשאר ליורשי ושתק ולא דיבר עוד ואחר עבור יום אחד צוה עוד בפני עדים שאם המשרת אברהם יתנהג עם בניו כדין וכשורה יתנו מחלק היורשים כך וכך ושיפרעו לבע"ח כך וכך מחלק היורשים ומת אח"כ מאותו חולי וחיים לכל ישראל שביק. והנה בעתה קמו משרתי ראובן הנזכרות על היורשים לזכות במתנתם והיורשים מעכבים על ידם באומרם שאביהם חזר בו ממה שצוה ונתן לבע"ח אשר בזה גילה דעתו שחזר בכל מה שנתן ואף גם מה שנתן למשרת אברהם לא קנה כיון שהיה במקצת שלא נתן כי אם כך וכך יורינו הדין עם מי ושכרו כפול מן השמים.

תשובה עיקרא דהאי מילתא היא בפ' מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ח) ואמרינן התם איבעיא להו חזרה במקצת הוי חזרה בכולא או לא תא שמע כולן לראשון ומקצתם לשני שני קנה ראשון לא קנה מאי לאו בשמת לא בשעמד הכי נמי מסתברא מדקתני סיפא מקצתם לראשון וכולן לשני ראשון קנה שני לא קנה אי אמרת בשלמא בשעמד משו"ה שני לא קנה אלא אי אמרת בשמת תרוייהו ליקני א"ל רב יימר לרב אשי ותהוי נמי בשעמד אי אמרת בשלמא חזרה במקצת הוי חזרה בכולא היינו דשני קנה אלא אי אמרת לא הוי חזרה ליהוי כמחלק ולחד מינייהו לא ליקני והלכתא חזרה במקצת הוי חזרה בכולא עד כאן וז"ל הרא"ש איבעיא להו חזרה במקצת הוי חזרה בכולא או לא ת"ש כולן לראשון ומקצתם לב' ב' קנה ראשון לא קנה מקצתם לראשון וכולן לב' ראשון קנה וב' לא קנה פי' וכולן מה ששייר ולא נתן לראשון ומשכחת לה לרישא בין שמת בין בשעמד ראשון לא קנה דחזרה במקצת הוי חזרה בכולא ושני קנה אפי' עמד דהוי מתנת שכיב מרע במקצת ובעייא קנין וסיפא לא משכחת אלא בשעמד דאי בשמת שני נמי קנה עכ"ל וכן פסק הרי"ף ז"ל בהלכות במעט שנ'ות ונראה לעין כל שהוא ט"ס וקשה לי עליה דהרא"ש שכתב בכאן דפירוש וכולן לשני מה ששייר ולא נתן לראשון ואילו בפ' אין בין המודר הנאה דף מ"ג הביא הש"ס הך סיפא דברייתא להקשות מיניה וכתב שם וז"ל מקצתם לראשון וכולן לשני ראשון קנה וב' לא קנה שכיב מרע שמחלק את נכסיו ונתן מקצתם לראשון ואח"כ אמר וכולן לב' ראשון קנה ואם עמד אינו חוזר (במתנת) [דמתנת] שכיב מרע במקצת הרי היא כמתנת בריא וכו' ומדקנה ראשון אלמא חשבינן ליה כנמלך דמעיקרא כשנתן לראשון לא היה דעתו ליתן לשני דאי חשבינן ליה כמחלק שמעיקרא היה דעתו ליתן לשניהם אף ראשון נמי לא קנה דהא אמרינן וכו' ומחשבינן ליה כנמלך א"כ בכולן לב' דקאמר גם המקצת שנתן לראשון כי היה בדעתו לחזור בו ממתנת הראשון אם היה אפשר ומעיקרא כשאמר מקצתם לראשון לא היה בדעתו ליתן לשני ושוב נמלך לחזור בו מן הראשון וליתן הכל לשני דאי וכולן לשני דקאמר היינו מה ששייר מנכסיו שלא נתנם לראשון אמאי קנה אם עמד הרי חלק כל נכסיו והוי מתנת שכיב מרע בכולא אלא ודאי כשנתן לב' דעתו על מה שנתן לראשון ה"נ דעתו על מה שהפקיר עכ"ל.

ויש להתבונן בדברי הרא"ש אלו טובא חדא במאי שמוכיח דהאי וכולן לב' דקתני בברייתא היינו גם אמקצת שנתן לראשון דאי אשאר קאי אמאי קנה שני הרי חלק כל נכסיו וההיא מתנת שכיב מרע בכולא וכו' כנראה דס"ל דפירוש מחלק נכסיו דאמרינן בפ' מי שמת היינו שנותן לזה כך ולזה כך עד שחילק כל נכסיו ובהא בכל גוונא אם

עמד חוזר ונמלך הוא שנותן לזה ושוב נמלך מזה ונותן הכל לאחר וזה הוא נמלך שנמלך מראשון ומשו"ה פי' דוכולן לב' היינו שחזר מהראשון אבל אם אינו חוזר מהראשון אלא נתן מהשאר דין מחלק יהבינן ליה ואם עמד חוזר. וזה אינו אחר המחילה רבה דהא פי' שם רשב"ם בפ' מי שמת וז"ל אם במחלק שמשעה ראשונה שהתחיל לחלק היה בדעתו לחלק כל נכסיו ולא לשייר כלום אם מת קנו כולן כדין מתנת שכיב מרע שאין צריך קנין אם מת. אם כנמלך שלא היה בדעתו ליתן כל נכסיו אחר שחלק שתק ולא רצה לחלק עוד חזר ונמלך בעצמו לחלק כל הנותר עד כאן וכן מבואר מדברי הרמב"ם פ"ח מהל' זכיה והטור ז"ל בסי' ר"נ סט"ז יעו"ש וא"כ אף אנו נאמר דוכולן לב' דקתני בברייתא היינו מה שנשאר שלא נתן לראשון והיינו טעמא דראשון קנה משום דהוי נמלך שהפסיק בין ראשון לב' שלא היה הכל במתנה אחת והוי מתנת ראשון במקצת ובעיא קנין וב' לא קנה כיון שעמד והיה בכולא דלא בעי קנין ואם עמד חוזר וקושית רבא אינו אלא לר' יוחנן דקאמר דטעמא דרבי יוסי משום דהפקר כמתנה מה מתנה עד דמטא לידי דמקבל וכו' ופריך מהכא דאף שלא בא לרשות מקבל קנה בקנין וכמו שפרש"י ז"ל. אלא שלזה י"ל דמאי דמוכיח הרא"ש דוכולן לב' דקתני בברייתא דמיירי בדחזר מהראשון הוא מדקא פסיק ותני ראשון קנה ואמאי קנה שמא מתחילתו כי אמר מקצתו לראשון היה דעתו ליתן גם השאר לב' ומנא לן שהוא נמלך והיה לו להזכיר אם כנמלך אם כמחלק ונימא אם עמד חוזר אלא על כרחך הברייתא מיירי בחוזר מהראשון וכן הוכיחו התוס' שם בביאור אלא שדברי הרא"ש צריכים אנו לדחוק קצת. ומ"מ נקוט מיהא דפי' וכולן לב' היינו גם מה שנתן לראשון ואילו הכא בשמעתין פי' וכולן לב' היינו מה ששייר מהראשון וצריך ישוב.

איך שיהיה נמצא לענין דינא דחזרה במקצת הוי חזרה בכולא וא"כ בנדון דידן שחזר ממה שנתן ליורשיו הוי חזרה גם במה שנתן למשרת שמואל אלא דעדיין יש לבעל דין לחלוק ולומר דעד כאן לא אמרינן דהוי חזרה בכולא אלא אם היה חוזר ממה שנתן לשמואל ונתן מקצת ממה שנתן לו לאחר אז הוא דאמרי' דחזר מהכל ברם היכא שנתן לב' בני אדם וחזר מאחד מהם אז אמרינן ממה שחזר חזר וממה שלא חזר לא חזר. להא אמינא דהא כתב הנמוק"י בשמעתין וז"ל אמר המחבר אפי' נתן נכסיו לב' בני אדם וחזר מאחד מהם הויא חזרה לאידך כיון שהוא בדייתיקי אחד עד כאן וכן פסק מור"ם ז"ל בסי' ר"נ יעו"ש ואף למאי דכתב הריטב"א בחי' לבתרא וז"ל והלכתא חזרה במקצת הוי חזרה בכל יש אומרים כשהראשונה כולה [ל]אדם אחד אבל אם נתן נכסיו כולן לב' בני אדם וחזר בו מאחד מהם לא הויא חזרה באידך ואחרים פי' דסתמא קאמר אפי' לב' בני אדם

כיון שהוא בדייתיקי אחד וכו' והביאו מהר"ש גאון בסי' ל"ד דף ס"ט ע"ג יעו"ש. הרי דכל שמה שחזר הוא מאחד לא הוי חזרה לאידך מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא ונכסי ביד יורשי קיימי והמתנה בטלה ואף שמהריב"ל ז"ל בח"ג סי' י"ט כתב דכל דאיכא מתנה ודאית והחזרה בספק מספיקא לא מבטלינן המתנה כמו שהאריך שם והכא בנדון דידן המתנה היא ודאית והחזרה היא בספק יען הוא מחלוקת ולא מבטלינן המתנה מספק מ"מ הרואה שם יראה דלא כתב כן כי אם להלכה ולא למעשה ועיין בס' משפט צדק ח"א סי' ט"ו וי"ט ומהר"ש גאון ז"ל בסי' הנ"ל.

אלא שיש מקום לקיים המתנה ואף שחזר במקצת והיה טעמו דבנדון דידן נתן לאחר וליורשים וכל שמה שחזר הוא מהיורשים לא הוי חזרה בכל וכמ"ש הנמוק"י ז"ל וז"ל והיכא שנתן מקצת נכסים לאחרים והשאר ליורשים וחזר בו מיורשיו דעת רבינו הרמב"ן ז"ל דלא הוי חזרה לאידך כי מה שנתן ליורשיו לא הוי אלא כעין ירושה בעלמא וכן נראה עיקר הריטב"א ז"ל עד כאן ומביאו ג"כ מהר"ש גאון ז"ל שם בדברי הריטב"א יעו"ש הרי לך להדיא דכשחזר מיורשיו לא הוי חזרה באידך וא"כ בנדון דידן מה שחזר מיורשיו לא הוי חזרה למה שנתן למשרת ושפיר זכה במתנה. ועל מה שטענו היורשים כיון שנתן למשרת השני וחזר ממקצת נמצא דהוי מתנה במקצת ולא היה בה קנין וה"ז כנמלך דצריך קנין להא נמי אמינא דכיון דבשעתא קמייתא כשחילק היה מתנה בכולא עדיין מתנה בכל היא וכמ"ש הנמוק"י ז"ל וז"ל ומיהו הא דפסק תלמודא דהוי חזרה בכולהו ודאי לא משמע היכא דאמר בפירוש איני חוזר בי אלא ממקצתם דאז ודאי נשארו מקצתם לראשון ואע"ג דהשתא הוי מתנה במקצת ובעי קנין אנן בתר שעתא קמייתא דיהיב להו כולהו נכסי אזלינן וההיא שעתא בדיבור בעלמא יהיב ואם מת קנו כולן כך מצאתי כתוב לאחד מהאחרונים עד כאן וכתב מרן החבי"ב ז"ל בסי' ר"נ הגהת ב"י שהוא הרשב"א בחי' בתרא יעו"ש וא"כ בנדון דידן שנתן מקצת נכסיו לזה והשאר ליורשים ודאי דדין מתנה בכולהו יהבינן ליה כיון דבההיא שעתא בדיבור בעלמא יהיב.

וראיתי להרב פני משה ז"ל בח"א סי' ל"ד שנשאל על צואת הרב שוהרי"ש כאשר היא כתובה שם ובסוף הצואה כתוב כך וכל שארית מנכסי מניח לבני אחי עמנואל חמיץ ומניח למרים נערה עבריה משרתת אותי נ' ריאלי"ש לעניים יהודים פורטוגיזין כמו כן נ' ריאלי"ש ומשום שכל האמור בזה הצואה רצוני שיתקיים ויועיל ויקיימו עשיתיה מכתיבתי וחתמתי ומחלה לעדים חתומים מטה יחתמו עמי היותו אמת עשוי באזמיר וכו' עיי"ש שהיא כתובה בלשון לעז ועל פרט זה השיב הרב שיש לבטלה מטעם חזרה במקצת שחזר ממה שנתן לבני אחיו שאר נכסי ואח"כ חזר בו ונתן לנערה משרתת

ולעניים ק' ריאלי"ש והוי חזרה בכל וכתב בסוף דבריו וז"ל ולא עוד אלא בכגון דא אף משום מצוה לקיים דברי המת לית לן למימר וכו' כיון דמטעם חזרה אתינן עלה דמלתא ודעת מהר"ם דיינין ליה כמתנת שכיב מרע שחזר במקצתה וחזר בכולה א"כ תו ליכא למימר מצוה לקיים דברי המת כיון דאיהו גופיה חזר בו יעו"ש באורך.

ולע"ד אחרי המחילה רבה צ"ע איך החליט המאמר לומר דכגון דא הוי חזר בכל מאחר שכתוב בצואה שכל האמור בזה הצואה שרצונו שיתקיים ויועיל ויקיימו הצואה עשיתיה מכתב ידי ומחלה לעדים שיחתמו וכו' הרי דגילה דעתו שאינו חוזר ממה שנתן ולפי דברי הנמוק"י ז"ל הניתנים למעלה שכתב משם אחד מהאחרונים דהיכא דאמר בפירוש איני חוזר בי אלא ממקצתם לא הוי חזרה בכולא וכו' וא"כ בנדון הרב ז"ל הרי חזר וגילה שרצונו שיקיימו ויועיל צואתו ולא הוי חזרה בכל כי אם ממה שחזר. ולא (תימה) [תימא] דדברי הנמוק"י ז"ל אינן אמורים אלא היכא שאמר בפירוש שאינו חוזר אלא ממקצתם אבל בכה"ג לא זה אינו דצא ולמד ממ"ש הרב המבי"ט ז"ל בח"ב סי' ו' על שכיב מרע שעשה צואה ובכלל צואתו צוה ושאר הבתים יהיו במתנה גמורה לבן אחי אמו ואם יפטר בלא זרע יהיה לבן האחר וכן לג' וצוה עוד שיזכה בכל הבתים הנזכרים כל ימי חייו דודו וכו' והשיב הרב ז"ל דאין כאן חזרה בכל מה שנתן הדירה לדודו וז"ל טעם ב' שכתוב בצואה אחר כל מה שצוה בצואתו זו שהוא מצוה מחמת מיתה שתהיה שרירה וקיימת אחר פטירתו לעולם הרי שצוה שהמתנה של הבתים הנכללות בכלל הצואה שתהיה קיימת וגם הדירה שצוה לדודו וכו' וכמ"ש דאם אמר בפירוש איני חוזר בי אלא ממקצתם דאז ודאי נשארו מקצתם לראשון ה"נ הרי קיים כל הצואה הכתובה למעלה עד כאן הרי לך להדיא כנדון הרב פני משה דפסיק ותני דבכה"ג לא הוי חזרה בכולה וכן מתבאר משאר הפוסקים ומצאת כי תדרשנו באופן שדברי הרב ז"ל נפלאו ממני ולא ידענא מה אידון בהו וצ"ע. ומה שיש לעמוד על דברי הרב ז"ל במ"ש בדין ירושה אין לה הפסק כבר כתבתי בפי"ב בהל' זכיה בחי' על הרמב"ם.

עוד כתב הרב המבי"ט ז"ל שם לבטל דין חזרה בכולא וז"ל ועוד אפשר לומר כי צואה זכות הדירה לדודם אינה חזרה במקצת כיון שגוף הבתים הם לעולם ליתומים והם מתנה גמורה להם עד כאן עיין למהר"ש גאון ז"ל בסי' הנ"ל שכתב על כיוצא בזה דהוי חזרה בכל ומטעם אחר קיים המתנה דלא הוי חזרה בכל ולא זכר ש"ר להרב המבי"ט ז"ל בזה דבכי האי גוונא דמה שנתן אינו אלא הדירה לא הוי חזרה ואף שהמבי"ט ז"ל בדרך אפשר אמרו מ"מ הוה ליה להזכירו והיותר תימה דבנדון הרב ז"ל היה על שכיב מרע שנתן כל נכסיו לחתנה וכו' ובשטר צואה ב' כתוב בה שהיו כל הבתים שלה לדירה לשתי

בנותיה וכו' והכניס עצמו בדין הדירה אין בה ממש ולבסוף הסכים דבנדון זה שאמר שיהיו כל הבתים לדירה אמרינן שכונתה היא שיהיו גוף הבתים לדירה וכו' יעו"ש ולא הביא להרב המבי"ט ז"ל שהוא תנא דמסייע ליה.

ובסיום דברי הריטב"א כתב הנמוק"י שם וז"ל ונ"ל דהיינו כשנותן זה הנשאר שחזר בו ממנו לאחרים דסוף סוף כל נכסיו בעי למיתן אבל אם משיירו אותו מקצת לעצמו הא גלי דעתיה דלאו מתנת שכיב מרע יהיב אלא מתנת בריא ובלא קנין אי אפשר עכ"ל. ודע דהאי דכתב הרב ז"ל דאם משיירו אותו מקצת לעצמו הא גלי דעתיה דלאו מתנת שכיב מרע יהיב וצריך קנין קאי למ"ש בתחילת דבריו שכתב דאם אמר בפירוש איני חוזר בי אלא ממקצתם דאז לא חזר בכל ולא צריך קנין ואף כי השתא הוי מתנה במקצת כיון דמעיקרא הויא בכולה וכו' לזה בא השתא לומר דאם משיירו לעצמו גילה דעתו דלאו מתנת שכיב מרע יהיב וכו' וכן הביא מור"ם ז"ל שפסק בספר המפה תחילה הא דאם פירש שאינו חוזר מן הראשון אין צריך קנין כיון דבשעתא קמייתא היה מתנה בכולה ואחר כך הביא משם יש אומרים הך דאם משיירו לעצמו דצריך קנין דלא מתנת שכיב מרע קא יהיב ואחר כך פסק הך דינא דהרמב"ן ז"ל דאם נתן לאחרים וליורשים וחזר מהיורשים דלא הוי חזרה בכל יעו"ש ועיין בסמ"ע דעלה ונסתפק אי בכי האי גוונא שנתן לאחרים וליורשים וחזר מהיורשים ומשייר לעצמו אי צריך קנין או דילמא א"צ והצריך עיון יעו"ש.

והוצרכתי לזה לפי שראיתי להרב מל"מ שהביא בפ"ט מהל' זכיה משם הרמב"ן שכתב הנמוק"י שאם נתן לאחרים וליורשים וחזר מהיורשים דלא הוי חזרה בכל והביא עליו מ"ש הנמוק"י דבמשייר לעצמו דצריך קנין דבלא קנין אי אפשר וכו' וכתב עליה דלכאורה נראה דזה היפך ממ"ש בשם אחד מהאחרונים יעו"ש שהצריך עיון ולפי מ"ש בעניותינו עיקר דברי הנמוק"י ז"ל הוא למ"ש בשם אחד מהאחרונים ולזה הוא דשם הראה ההפרש בין משיירו לעצמו לנותנו לאחר אלא דיש להסתפק אי כשנתן לאחרים וליורשים וחזר מהיורשים דלא הוי חזרה בכל אי בעינן שיתן לאחרים אותו מקצת דלא שנא או דילמא שניא היא כמ"ש הסמ"ע ועיין בס' משפט צדק חלק א' סי' י"ט. נמצא לענין דינא בנדון דידן דאף אם תמצי לומר דבחזר מהיורשים נמי בעינן שלא יעכב לעצמו כדי שלא יהא חזרה בכל הכא נמי מה שחזר מהיורשים נתנו לבע"ח ולמשרת אברהם ולא עכבו לעצמו וא"כ שפיר זכה במתנה המשרת שמואל בחלקו.

ומ"מ יכול הייתי לקיים המתנה מצד אחר ואף אם היה שמה שחזר לא היה מהיורשים והוא דכבר ידוע שבע"ח מוציא ממקבל מתנת שכיב מרע כמבואר בדברי הפוסקים א"כ

מה שחזר וצוה שיפרעו לבע"ח נראה לענ"ד דלא הוי חזרה ומה שצוה שיתנו למשרת אברהם אם יתנהג עם היורשים כדין וכשורה אין זה חזרה והייתי עד ממהר ממ"ש מהר"ש גאון בתשובה הנ"ל וז"ל ועוד יש גריעות אחרת בחזרה זו שהיא לא חזרה בה ונתן הבתים מעכשיו ולאחר מיתה לב' בנותיה דהא לא צותה ואמרה שיתנו הבתים לב' בנותיה על תנאי שיהיו באהבה ואחוה ואם לאו שיהיו של דוד חתנה אלא שכל זמן ששתי בנותיה יהיו באהבה ואחוה שיהיו הבתים לב' בנותיה אמנם לא חזרה בה מעכשיו שיתנו הבתים לב' בנותיה ואפשר דאין בה חזרה יעו"ש וה"ה בנדון דידן שצוה שאם יתנהג עם בניו כדין וכשורה שיתנו לו כך וכך ומעתה לא נתן לו כלום לא הוי חזרה ומ"מ אין אנו צריכים לטעם זה אלא (דכ"פ) [דכן פשוט] דהדין עם המקבל. ומ"מ לא תעזוב נפשי לשאו"ל בהך דינא דבחזר במקצת דחזר בכל אם נתן לב' בני אדם ופירש דבריו שמה שנתן לזה יותר מזה הוא משום היותו ממנו גמול חסד עד מאד עד שכמעט שהיה בושש ממנו אם היה מניחו ריקם משא"כ לאחר שלא היה לו כי אם קירוב דעת לחוד ואמטו להכי לא דקדק עליו ושוב חזר בו ממה שנתן שלא דקדק עליו אם נאמר בזה דחזר בכל או דילמא שניא היא שמה שנתן לזה כמוכרו לו ולא אמרינן מסתמא חזר בכל והדבר צריך הכרעה הנראה לענ"ד כתבתי אם יסכימו עמי בעלי ההוראה הלא כה דברי יניק וחכים

הצעיר **שלמה בכר שמואל חכים** ס"ט

הלכה כב

מתנה שהיא סתם וכו'. עיין להרב מל"מ שהקשה להרשב"א בתשובה סי' אלף נ"ח דלפי דבריו קשה דהכא שהוא אומר שכיב מרע הייתי והם אומרים בריא היה על כרחך בשקנו מידו הוא דאי לא היכי קנה באומרו בריא היתה בלא קנין א"כ אמאי אמרינן דעל המקבל להביא ראיה שהיה בריא הא כיון שקנו מידו לא נהג כשאר שכיב מרע שמקנים באמירה ומעשיו מוכיחים שהיה בריא וכו' יעו"ש. ונראה לענ"ד שלדעתם צ"ל כמ"ש ר' יונה בעליות בשיטה מקובצת והיא לו נדפסה בהרמ"ה ח"ב וז"ל ונ"ל לפרש בשאין כתוב בה קנין וכגון שכתוב בה שנתן פלוני נכסיו לפלוני ולפלוני והוא אומר שכיב מרע הייתי ובלא קנין ושטר נתתי (כמתנת) [דמתנת] שכיב מרע בדיבור נקראת מתנה ואינה קונה אלא לאחר מיתה והעדים כותבין את דבריו ואין צ"ל להם כתבו והם אומרים בריא היה הילכך כיון שהעדים מעידים שנתן להם נכסיו ודאי בקנין או בחזקה נתנה להם או בשטר זה והוא צוה לכתבו וכו' יעו"ש וק"ל.

הלכה כג

אבל אם היו מטלטלין ביד המקבל מתוך שיכול לומר שלי הן ישבע וכו'. כתב הרב המגיד וז"ל ודין המטלטלין פשוט הוא ונראה דאפי' ליכא למימר מיגו כיון שיש עדים שמחמת מתנה זו באו לידו חזר להיות מוציא מחבירו ועליו הראיה אחר שהמטלטלין ביד המקבל וזה החלוק צ"ע עכ"ל.

וראיתי להש"ך בסי' רנ"א סק"ו שהקשה עליו וז"ל ולענ"ד אין כאן צ"ע וכ"כ בכ"מ שם שהדבר פשוט כהרמב"ם וכן דעת הטור והר"ב כאן דהא כי היכי דבעלמא אם יש עדים וראה אין יכול לומר נתתו לי במתנה ה"ה הכא כיון דאין העדים יודעים אם קנה במתנה וקי"ל דמתנת שכיב מרע אינו קונה אלא לאחר מיתה א"כ אם היה שכיב מרע מתנת שכיב מרע הרי היא מעולם לא יצאת מרשותו דנותן וא"כ זה המקבל צריך לברר שיצאת מרשותו דאל"כ בעלמא נימא נמי יהא נאמן שלקח או נתן במתנה אלא ודאי כיון (דליכא) [דאיכא] עדים וראה ברשותא דקמא קאי וה"ה הכא וזה ברור יעו"ש ולענ"ד אחרי המחילה רבה מכבוד רבנותו דמיון זה שדימה הרב לבעלמא דכי היכי דאיכא עדים וראה לא מצי למימר במתנה נתנו לי לא זכיתי להבינו דמשמע דאי איכא עדים וראה ולא ידעו העדים אי במתנה יהבא או בפקדון דלא מצי נפקד לומר במתנה נתנו לי ומשו"ה קא מקשי הרב ז"ל דה"ה הכא דלא ידעי אי במתנת שכיב מרע או במתנת בריא לא מצי לומר בריא היתה (ואל"כ) [דאל"כ] בעלמא נמי נימא הכי וכו' וזה אחר המחילה ליתא דהא הטור בסי' קל"ג ס"ו פסק ז"ל אבל אם מסרו לו בעדים וגם (ראה) [ראו] אותו עתה בידו אז אינו נאמן ודוקא שהעדים מעידים שנתנו לו בתורת פקדון אבל אם מסרו לו סתם יכול לומר בתורת מכר או מתנה נתנו לי עד כאן הרי להדיא דאם לא ידעי העדים איך מסרו אף דאיכא עדים וראה מצי לומר בתורת מכר או מתנה נתנו לי שלא כדברי הרב ז"ל. ומה מאד תמיהא לי בסיום דבריו שכתב דאל"כ בעלמא נמי נימא הכי יהא נאמן שלקח או נתן במתנה וכו' שמחלק לנו את השוין דהלא באמת כך הדין וכדאמרן משם הטור ופסקו מרן בשו"ע אשר מכח זה הקשה בס' זקן שמואל בסי' רנ"א (להר') [להרה"מ] ז"ל דלמה הצריך עיון דמשם בארה הדין כך.

וברצותי הדברים לפני אחי ורעי הי"ו הם אמרו שכונת הרב ז"ל הוא להקשות דאיכא עדים וראה דבתורת פקדון באו לידו והכונה דה"נ כיון שאין העדים יודעים אם קנה במתנת בריא [או] כמתנת שכיב מרע אינו קונה אלא עד אחר מיתה ואם כדברי הנותן הרי מעולם לא יצאת מרשותו נמצא שהעדים מעידים שהם של נותן דומיא דהתם שמעידים שבאו לידו בתורת פקדון וכי היכי דהתם לא מצי למימר נתנו לי במתנה ה"ה

הכא זה הוא כונת הרב ז"ל. ואומר דאף בזה לא נתקררה דעתי חדא דאחר המחילה אין הדמיון עולה יפה דהתם שאני דבעדותן דקא מעידין קא מוקמו נכסי בחזקת המפקיד ואמטו להכי לא מצי נפקד לומר בתורת מכר או מתנה יהבא לי משא"כ הכא דהעדים לא מעידים שבמתנת שכיב מרע באו לידו וא"כ לא דמי להתם (דאפי') [דאפשר] שהוא כדבר המקבל ועוד דאם כדבריו ז"ל דדא ודא חדא היא א"כ מה הפליג התם הטור ז"ל בין ידעי העדים דבתורת פקדון באו לידו ללא ידעי באופן שדברי הרב נפלאו ממני וצ"ע.

ומעתה אמת אגיד שעיקר דברי הרב המגיד ז"ל לא ידענא מה אידון בהו לענין דינא דלפי מ"ש לעיל מן הבא"ר ההיא ממנו נקח דקם דינא כדברי (הר') [הרה"מ] ז"ל ואילו הרב מקור ברוך ז"ל בסי' מ"ח הוכיח מדברי רש"י ז"ל דקדושין דף ע"ט היפך הרה"מ דפי' עלה ברייתא דקתני מי מוציא מיד מי הוא מוציא מידיהם בלא ראיה וכו' וז"ל הוא מוציא מידיהם אם עמדו והחזיקו בנכסים וא"צ להביא ראיה שהיה שכיב מרע וכו' יעו"ש הרי דאף אם החזיקו מוציאין מידם בלא ראיה ולא אמרינן דנשבע המחזיק שחזר להיות מרי קמא היפך מ"ש הרה"מ ז"ל וגם על מרן כ"מ הקשה דלא הקשה מהכא אלו תוכן דבריו יעו"ש. וכן נראה שהוא דעת התוס' בפ' מי שמת בסוגיין דף קנ"ג ד"ה והן אין מוציאין וכו' שהקשה וז"ל וא"ת פשיטא כיון שהוא מוציא מידיהם בלא ראיה שהן אין מוציאין מידו בלא ראיה וכו' יעו"ש וכן הביא מהרש"א בקדושין דף ע"ט משם התוס' יעו"ש ועיין ברשב"ם ז"ל שפי' וז"ל הוא מוציא מידיהם ונותן עומד בנכסיו וזוכה בהם וכו' באופן דלענין מעשה לא ידענא היכי ליעביד וצריך לי ישוב. והטור בסי' רנ"א כתב משם רשב"ם ז"ל שפסק כרבה דשמעתיה כר' נתן אזלא והרי"ף פסק דלעולם על המקבל להביא ראיה ולזה הסכים א"א הרא"ש וכתב בבדק הבית וז"ל ומ"ש לזה הסכים א"א הרא"ש ז"ל אינו מוכרח אדרבא משמע מדבריו שפסק כרבה וכו' יעו"ש ולענ"ד לא זכיתי להבין איך משמע דפסק כרבה שהרי שם כתב הרא"ש וז"ל ופסק רשב"ם כרבה והרי"ף פסק דלא כרבה כמו שאפרש וכו' (וא"ת) בסוף דבריו הילכך ליתא לדרבה דאמר הרי מת והרי קברו מוכיח עליו דשמעתיה כר' נתן אזלא ולית הלכתא וכו' הילכך נראה דרבה חזר בו מההיא דלעיל דסבר כר' נתן וכו' יעו"ש הרי נראה להדיא כדברי הטור וכעת לא זכיתי להבינו וצ"ע כיון שכתב הרא"ש שרבה חזר ממאי דסבר כר"נ ועתה ס"ל כחכמים דאמרי המוציא מחבירו עליו הראיה נמצא שפסק כהרי"ף ז"ל ולא מטעמיה וכן כתב הטור שם ברמזים ודוק.

פרק י

הלכה ב

שכיב מרע שאמר הלואתי או פקדון וכו'. כתב הרב מהרימ"ט ז"ל בחלק חו"מ סי' צ"ה דהא דפליגי רב פפא אמר משום דיורש יורשה ורב אחא אמר משום (דליתא) [דאיתא] בבריא במעמד שלשתם דהכונה היא דלא פליגי דמר אמר חדא ומר אמר חדא והוכיח מדהרי"ף ז"ל השמיט כולא מילתא דאם איתא דנפק"מ לענין דינא הו"ל להביא דברי מי שהוא עיקר לענין דינא וכו' יעו"ש שהרבה בראיות. ולענ"ד נראה שהרא"ש ז"ל הכי ס"ל דהרי בפ' מי שמת בסוגיין נראה דס"ל כר"א שכתב משום דאיתא במעמד שלשתן ואילו בתשובה כלל פ"ז סי' ז' כתב וז"ל שכיב מרע שאמר הלואתי לפלוני אע"פ שאינו מועיל בבריא מועיל בשכיב מרע הואיל ויורש יורשה עד כאן ומה לו להביא טעמא דר"פ מה דלא הביא בפסקיו אם לא שנאמר כדברי הרב דמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי וקצת קשה על הרב ז"ל למה לא נסתייע מדברי הרא"ש ז"ל.

הלכה יד

אבל אם אמר תנו מאתיים זוז לפלוני ואחריו וכו'. הרב המגיד ז"ל הביא משם הרשב"א שאם נתן מתנה והניח ליורשיו ודאי יצא עליו שטר חוב גובה כולו מן היורשים ואם אין להם גובה ממקבלי מתנה וכו' וראיתי להרב מהרשד"ם ז"ל בחו"מ סי' ר"ג שכתב וז"ל כתב הטור ז"ל בסי' רנ"ג וז"ל שהדין הוא שכשיוצא שטר חוב על הנפטר שעל היורש לפרוע החוב וכתב ר' יונה שזה דוקא כשלא פירש חלק היורש אבל אם פירש חלק היורש שיתנו לו כך וכך ליורש וכך למקבל מתנה הדבר להיפך שעל המקבל מתנה לפרוע החוב שהוא נכרי ולא על היורש כלל וכו' ואח"כ הביא דברי הרשב"א ודקדק מדקאמר אבל אם נתן מתנה והניח נכסיו ליורשים ולא קאמר אבל אם היה אחד ממקבלי מתנה יורש משמע ודאי כסברת רבינו יונה ז"ל דדוקא כשהניח ליורשים שאר נכסיו סתם אז אית לן למימר שהיורשים כרעא דמורישן אבל כשגם ליורשים נתן מתנה אית לן למימר שדעתו קרובה אצל היורש ממקבל במתנת נכרי אע"ג שהיה אפשר לומר דכשהניח ליורש סתם חייב לפרוע אבל כשפירש המתנה גם ליורש נשוה אותם כשאר מקבלי מתנות ויפרעו כדין מקבלי מתנות וכו' אבל נראה שיש ב' טעמים שלא נוכל לומר כן חדא דאפושי פלוגתא לא מפשינן וא"כ למה אפרש אני דברי הרשב"א ז"ל חולק על דברי רבינו יונה ז"ל עכ"ל.

ואחר המחילה רבה מכת"ר לא זכיתי להבין דבריו במ"ש בדברי ר' יונה ז"ל שדעתו

הוא שאם פירש חלק היורש וחלק המקבל מתנה שאז הדין בהיפך שזה הוא דוקא כשהחלקים שוין וגם הקדים חלק היורש לא בכל ענין שהרי הנמוק"י ז"ל הביא לשון רבינו יונה ז"ל בסוגייא דואחריך. וכתב רבינו יונה דהיינו כשפירש חלק המתנה ולא פירש חלק היורשים אבל אם אמר תנו ר' לפלוני בני ור' זוז למי שאינו ראוי ליורשו ודאי בנו קודם שהקדימו ואם יצא עליו שטר חוב גובה מאותו איש נכרי דהא הוה מצי למימר ת' זוז לבני ולפלוני אבל אם אין המספר שוה כגון ק' לאחד ור' לאחר דינו שוה וגובה מכולן כאחד עד כאן וכן פסק מהראנ"ח ז"ל בח"א סי' ל"א והרב משפט צדק ח"א סי' נ"ו והסמ"ע בסי' רנ"ג וכן פי' הוא ז"ל בסי' שכ"ו יעו"ש והאיר ה' את עיני וראיתי בשטמ"ק דף קל"ג מהש"ס בד"ה סברא) שהביא משם ר' יונה בעליות וז"ל ברם כך נראין הדברים שאם אמר תנו ק' לפלוני ולפלוני ודאי בע"ח גובה תחילה מן היורשין לפי שדעת של נותן שינתן אותו ק' לאותם בני אדם והשאר יהיה לבניו כענין שאמרו אמר ר' לפלוני ואחריו ש' לפלוני ויצא שטר חוב בע"ח גובה מן האחרון ומפרשין רבוותא הא דנקט ואחריו דוקא היכא שהנותן לזה ר' ולזה ש' (וא"כ) [אבל] לזה ר' ולזה ר' כיון דהוה מצי לומר ת' לפלוני ולפלוני ולא אמר ודאי להקדים זה לזה נתכוון הלכך אם אמר תנו ק' לפלוני [בני] ור' למי שאינו ראוי ליורשו דינם שוה ואם יצא עליהם שטר חוב גובה מכולם ואם אמר ק' לפלוני בני ואחריו ר' לפלוני אי נמי ק' לפלוני בני וק' לפלוני בנו קודם אע"פ שהוא יורש יעו"ש נמצא שמה שהביא הטור משם ר' יונה ז"ל שבנו קודם משום שהקדימו ה"מ שהיו המתנות שוות ואמר תנו ק"ק לבני וק"ק לפלוני דהוי כמו ואחריו אבל אם היה אומר ת' מאות לבני ולפלוני היה הדין שיפרעו שניהם היפך מה שהבין הרב ז"ל. אמת אגיד כי בנדון הרב ז"ל קושטא קאי דהוה מצי לומר יחלקו המאה סולטאנים בין בנו לנכדו ואמר מחצה לבנו ומחצה לנכדו שהוא לבנו תחילה והוי כמו ואחריו שגובה מנכדו שהוא נכרי ואמרינן ודאי דעתו היה לחלקן ולכך הדין נותן שבע"ח גובה מן הנכרי אלא דמשטח לשונו אין נראה כן ולא נכנס בסוג זה כלל כנראה דלא ס"ל הכי בדעת רבינו יונה ז"ל וממ"ש נתבאר בדעתו.

ועוד אני רואה שינוי בדברי מהרשד"ם ז"ל דבסי' ר"ג כתב שהטור לא הביא מחלוקת בדין ר' יונה ז"ל ואילו בסי' שכ"ו כתב שדין הר' יונה ז"ל פליג עליה הרא"ש ז"ל והביאו הטור שם סמוך ונראה על מי שנתן שני שלישי לבת והשאר לבנו ויצא עליו שטר חוב שגובה מן הבן ואפי' שפירש המתנה שמתנה ליורש ירושה היא הרי שבכל גוונא בע"ח גובה מן הבן היפך דעת ר' יונה ז"ל. אשר בזה נפל פיתא בבירא במה שלא רצה לעשות מחלוקת בסברת ר' יונה והרשב"א דלדעת הרשב"א ז"ל היה הבע"ח גובה משניהם ולפי

דעת הרא"ש בע"ח גובה כולו מן היורשים ולא מהני ליה ליורש לא בסתם ולא מפרש כיון דכתב דלשון מתנה ליורש ירושה היא לא בתחילה ולא בסוף. כיון שכתב בסי' שכ"ו שהרא"ש פליג על ר' יונה ז"ל באופן שלעת כזאת אני נבוך בזה ולא ידענא מה אידון בהו.

וחזי הוית להרב המבי"ט ז"ל בח"א בסי' קס"ה שהביא דברי ר' יונה ז"ל וכתב וז"ל ולאו דוקא נקט המתנות שוות ואפשר דלדידיה לא שנא המתנות שוות או לא אלא בכולהו בעינן שיאמר ואחריו ולא ס"ל כהנהו רבוותא ואע"ג שהביא סברתם וכן נראה מפרושו שם שכתב הא דמפרשי רבוותא והאריך בפרושם ואח"כ כתב ומ"מ נקטינן מההיא ברייתא וכו' מדקאמר נקטינן משמע מכל מ"ש לא עלה להלכה אלא ענין זה ולא לענין המתנות וכן משמע וכו' שהכריח מדברי הטור שלא הביא כי אם כשהחלקים שוים יעו"ש. והדבר קשה כיון שראה דברי הרב ז"ל שכתב הילכך אם אמר תנו ק' לפלוני בני ור' לפלוני שאין ראוי ליורשו דינם שוה ואם יצא שטר חוב גובה מכולם כאחד ואם אמר ק' לפלוני בני ואחריו [ר'] לפלוני אי נמי ק' לפלוני בני וק' לפלוני בנו קודם אע"פ שהוא יורש והאחר מקבל מתנה כיון שהקדים בנו למקבל מתנה ע"כ. הרי בבירור שאם אין המתנות שוות הרי הוא כאחד וגובה משניהם ומכל שכן שהנמוק"י ז"ל מביאו משמו כמ"ש לעיל. ונראה לענ"ד שלכונת זאת כתב הרב מורה צדק והביאו מרן החבי"ב בסי' רנ"ג הגהת הטור אות ע' וז"ל אם אמר תנו ר' לפלוני בני וק' לפלוני שאינו ראוי ליורשו ויצא שטר חוב גובה משניהם כדין שטר חוב שיצא למקבלי מתנה ונראה שט"ס נפל בדפוס וצ"ל ור' לפלוני בני וש' לפלוני שאינו ראוי ליורשו דבזה קושטא דמילתא היא לדעת רבינו דגובה משניהם ונסתלקה מעליו קושית מרן החבי"ב ומה שלא רצה הרב להגיה כן הוא משום שהבין מדברי ר' יונה כן ומהתימה עליו שלא השגיח בדברי הנמוק"י הנתנים למעלה ודוק.

פרק יב

הלכה ב

אבל הבריא אין דבריו קיימין וכו'. עיין בהרב המגיד ז"ל שכתב משם רבינו האי והרי"ף (והרא"ש) [והרא"ם] ז"ל דלא עבדינן עובדא ומפני כך כתב רבינו אין דבריו קיימין עד כאן ודע דדעת רשב"ם ז"ל בסוגיין הוא דבעיין אפשיטא שכן כתב בד"ה לעולם וכו' וז"ל ומיהו בעייא דהכא אפשיטא ממילתיה דר' נתן כדפרישית ואע"ג דר' יוחנן בן ברוקא ס"ל וכו' ולעיל בע"א בד"ה א"ל רב פפא פי' וז"ל רב פפא לאו אבעיא דרבא קאי דהא אפשיטא אלא וכו'.

ומעתה קשיא לי טובא מ"ש הגהות מיימוני בפ"ו מהל' נחלות משם (או"ב) [אביאסף] וז"ל וכתב רבינו שמואל השתא דלא אפשיטא לן אי אמר ר' יוחנן בבריא או לא הלכך מספקא לן ואי תפס [תפס] וכ"כ ראבי"ה עד כאן ואם כונתו על רשב"ם ז"ל לפי מ"ש נראה בהיפך (א"ה ס"ט עיין בס' פני משה ח"ג סי' ס"ב דף קט"ז ע"ב יעו"ש) וכמו כן יש לתמוה על הרב מהר"מ מפדווה ז"ל בסי' נ"ב שכתב בסוף התשובה וז"ל וכתב הרי"ף דבעיא לא אפשיטא וכן רב האיי גאון והרמב"ם ורשב"ם ורוב הגאונים ז"ל. השוו מידתם בזה וכו' ור"ח לבד הוא דחלוק על שאר הגאונים ואומר שאין חלוק בין שכיב מרע לבריא וכו' עד כאן ולפי מ"ש רשב"ם ז"ל אינו בשיטת הרי"ף ז"ל ודעימיה כי אם בשיטת ר"ח. ומ"ש דר"ח לבד הוא דחלוק על שאר הגאונים הרב המאור קאי כוותיה וכמה פוסקים (א"ה ס"ט עיין בס' פני משה על הירושלמי בפ' יש נוחלין במראה הפנים בד"ה מ"ט שכתב וז"ל ומכאן הביא הרמב"ן ראיה לדעת הרי"ף ור"ח ז"ל וכן הרבה מהגאונים דס"ל דבעיא דרבא שם בבריא היאך אמר ר' יוחנן בן ברוקא לא אפשיטא וכו' יעו"ש ולפי האמור ט"ס הוא וצ"ל לדעת הרי"ף ורב האיי דר"ח ס"ל דאפשיטא בעיית כמ"ש וק"ל).

הלכה ו

שכיב מרע וכו' ופירש ואמר לא משום ירושה אני נותן לך שאין לה הפסק אלא במתנה והרי הפסקתיה השני קנה מה ששייר הראשון וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל שכתב רבינו כן כדי לתרץ הקושיא שהקשו רבים מהברייתא וכו' ותירץ שאע"פ שלמי שראוי ליורשו המתנה כירושה כשאמר לא משום ירושה אלא במתנה בפירוש ודאי יש לה הפסק וה"ז כמתנת בריא ועל זה הצד היא הברייתא ותירוצים אחרים נאמרו בזה עד כאן וכן הוא ג"כ דעת הרי"ף ז"ל והרא"ש ז"ל דאפי' שהזכיר מתנה בפירוש למי שראוי ליורשו הוי ירושה כנראה בעובדא דאיסור וכמ"ש הרמב"ן במלחמות וכ"כ בהדיא (ברי') [בחידושיו] שם בעובדא דאיסור וז"ל ומכאן יש ללמוד דאפי' היכא דאמר בלשון מתנה מפורש שויוה רבנן כירושה כדכתיבנא בפ' יש נוחלין יעו"ש וכ"כ להדיא הרי"ף בתשובה סי' כ"ו וז"ל תשובה צואת שכיב מרע א"צ מעכשיו (אע"פ) [על פי] שאמרו דברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו ואין הפרש בין לשון מתנה ליורש ללשון ירושה אלא לאותו ענין שהזכירה המשנה כתב בין בתחילה בין באמצע בין בסוף משום מתנה דבריו קיימין אבל בזולת זה כבר אמרנו שאין לשון מתנה ליורש אלא לשון ירושה עכ"ל. וכ"כ הרא"ש ז"ל בתשובה כלל (פ' סי' י"ד) [ע"ט סי' ט'] הביאה הטור בסי' רנ"ג וז"ל ואפי' אם הזכיר נתינה לבן ירושה היא כיון שראוי לירש וכדאמרינן בפ' יש נוחלין יעו"ש.

והוצרכתי לכתוב כן לפי שראיתי למור"ם בתשובה סי' צ"ב שכתב וז"ל ולא מבעיא

לדברי האחרונים שכתב המגיד משנה ז"ל דס"ל דלשון מתנה הוי לה הפסק וכן נראה דעת מהר"מ בתשובה שהביא המרדכי בפ' יש נוחלין וכו' אלא אפי' לדברי הגאונים והרמב"ן ז"ל דס"ל דאף בלשון מתנה אין לה הפסק וכן נראה דעת הרי"ף והרא"ש דלא חילקו מ"מ הרי וכו' יעו"ש דלפי מ"ש אין אנו צריכים להוכיח מדלא חילקו אלא הדבר בא מפורש בדבריהם דהרמב"ן מדברי הרי"ף ז"ל קא יליף לה וכדכתיבנא. וכתב הריב"ש ז"ל בתשובה סי' קס"ח לרבי עמרם ז"ל וז"ל ואח"כ באת לעיקר הדין והבאת מ"ש הרמב"ן ז"ל שכיב מרע שאמר וכו' והבנת מדבריו דאף אם לא יבאר המצוה בלשונו ענין (והפסק') [ההפסק] אלא שיאמר לא משום ירושה אלא משום מתנה שבזה די וזה אינו שלמי שראוי ליורשו כשאומר לא ירש לשון גרוע הוא וכו' והרמב"ם ז"ל השוה דין זה שאם אמר בפירוש לא משום ירושה אלא במתנה והרי הפסקתיה הב' קנה וכו' ואף לפי הרמב"ם צריך שיזכיר הלשון ההוא כדי שיובן בפירוש שעל ההפסק הוא מכוין עד כאן ומכאן תראה שמ"ש מרן החבי"ב ז"ל בכנסת הגדולה בסי' רמ"ח הגהת ב"י אות כ"א וז"ל וכתב רבינו עמרם הובאו דבריו בתשובת הריב"ש סי' קס"ח הסכים שצריך שיאמר והרי הפסקתיה וכו' יעו"ש שנראה בפירוש שחיסור לשון הוא וצ"ל וכתב ר' עמרם הובאו דבריו בתשובת הריב"ש סי' קס"ח שאין צריך שיאמר והרי הפסקתיה והריב"ש הסכים שצריך שיאמר.

והרב מהר"ש הלוי ז"ל בחו"מ סי' כ"ט כתב וז"ל ולענ"ד אפשר דבדעת זה דהרמב"ם ז"ל יסכימו כל הפוסקים אפי' מאן דס"ל דאפי' לשון מתנה בפירוש למי שראוי ליורשו הוי ירושה זה יהיה כשלא פירש דעתו וכו' ואומר דבנדון דידן כיון שכתוב בשאלה שראובן אמר בצוואתו שאם יגזור הבורא וירפאהו לבני יעקב מחוליו יתנו במתנה דוקא השליש מנכסי וכו' וכבר כתבתי דמילת זאת של דוקא קאי למה שאמר יתנו במתנה וה"ק שיתנו לו בתורת מתנה ולא בתורת ירושה וא"כ נראה לענ"ד דהוי כאילו פירש ואמר לא משום ירושה אני נותן אלא משום מתנה דלדעת הרמב"ם אפי' למי שראוי ליורשו הוי מתנה וכבר כתבתי דאפשר דכו"ע יודו בזה דהוי מתנה דאם לא היה כונת ראובן לזה למה דקדק לומר במתנה דוקא הו"ל למימר יתנו במתנה שליש מנכסי וכו' עד כאן ומכאן נראה בהדיא שמ"ש מרן החבי"ב שם באות כ' וז"ל שטר מתנה שכתוב בו יתנו במתנה השליש מנכסי יש לפרשו שרוצה היה במתנה ולא בירושה והוי כאילו פירש ולא בירושה אני נותן אלא במתנה מהר"ש הלוי סי' כ"ט עכ"ל דנראה ג"כ בפירוש דחיסור לשון יש ג"כ כאן וצ"ל במתנה דוקא כאמור.

עוד כתב הריב"ש ז"ל שם על דברי רבינו אלו וז"ל ואין הדמיון נכון וכבר אתה רואה

שהרב המגיד ז"ל לא שבח דעתו בזה ולא הזכירו בשם רבינו כדרכו רק אמר שזה תירץ המחבר לקושיא ההיא וכו' ותירוצים אחרים נאמרו בזה וכו' עד כאן והנה למ"ש שלא הזכירו בשם רבינו אין זה מן הקושי דבכמה דוכתי מזכירו בהכי המור"ם מהם לעיל בריש פ"ה בהל' א' וב' וכתב שם ודברי המחבר עיקר יעו"ש. ועוד בה דהרואה בדברי הרה"מ בגירסא שלפנינו עיניו יחזו דלא הזכירו כי אם בשם רבינו כמבואר עיין במהר"א ששון סי' קפ"ה. והרב מהר"י בן מיגאש ז"ל תירץ לעיקר הקושיא ומביאו הרמב"ן ז"ל בסוגיין וז"ל וניחא ליה דכיון דאיהו אמר אל תתנו להם אלא שקל לאו ירושה היא אלא בשקל וכי אמר נמי ירשו אחרים תחתיהם ירתי והיכי דמי בירושה כגון נכסי לבני ותנו להם מהם שקל ואם מתו ירשו אחרים דקא מורית להו נכסיה אבל הכא לא מוריש להו אלא שקל בשבת עד כאן ועיין בשטמ"ק להרב בצלאל בכתובות סוף פ' מציאת האשה שמביאו שם באורך ובתשובת הרב בצלאל סי' ל"ג.

ומכאן תשובה למ"ש מור"ם בתשובה הנ"ל וז"ל ועוד מאחר שלא באו המעות ליד היורש מעולם רק היו ביד השליש פשיטא דאית למתנה זאת הפסק וכ"כ הר"ן בהדיא ומביאו הרב ב"י ז"ל בסי' רמ"ח ונראה דמוכרח חילוק זה לדעת הגאונים והרמב"ם ז"ל כמ"ש הרה"מ והר"ן ז"ל דקשה לדעת הגאונים והרמב"ם דסבירא להם דלשון מתנה ליורש אין לה הפסק מההיא דתנו שקל לבני וכו' ואם מתו ירשו אחרים תחתיהם ואין נותנים להם אלא שקל וא"כ לדעת הגאונים ורמב"ם אמאי לא יתנו להם אלא שקל והלא ירושה אין לה הפסק אלא על כרחך יש לחלק בין היה ביד שליש לאילו בא ליד היורש וכן כתב הר"ן ז"ל שזהו דעת הרמב"ם והגאונים ז"ל וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה סי' תש"ד וכו' יעו"ש. ולענ"ד נראה דהן אמת דהכי תי' לדעת הגאונים ז"ל מ"מ נראה דאינו מוכרח שכן יסברו בדוקא דהא הר"י בן מיגאש ז"ל תירץ באופן אחד כדכתיבנא ואפשר שזה הוא דעת הגאונים. ומה שאני תמיהא עליה דמור"ם הוא שהוא ז"ל מביא מ"ש הר"ן ז"ל וכו' והלא הר"ן ז"ל מביא תירוץ הרב אבן מיגאש ז"ל ואמאי כתב שהוא מוכרח כיון שהרב אבן מיגש ז"ל תירץ באופן אחר. ועוד יש תירוץ אחר לקושיא זאת מהרב דוד בן לב הובאו דבריו בתשובת מהריב"ל בח"א דף מ"ט וז"ל ועוד מטעמא אחרינא יש להקשות דאין ראיה לדברי הרמב"ם ז"ל מברייתא וכו' וכיון שכן אנא אמינא דההיא ברייתא דתנו שקל לבני בשבת מיירי בבריא ומשו"ה יש לה הפסק והכי מפרש לה רשב"ם ז"ל וכו' יעו"ש ועי' בס' זקן שמואל בסי' רנ"ח שתירץ כן לדעת הגאונים ולא זכר ש"ר שכבר קדמו הרב ז"ל ואיך שיהיה מ"מ אמינא דזה שכתב שהוא מוכרח בדעת הגאונים לא ידענא מאי קאמר וצריך לי ישוב.

ובתירוץ זה של הרב אבן מיגאש ז"ל הקשה הרמב"ן ז"ל בחי' וז"ל ואכתי קשה לי דכיון דאמרינן לאחר ירושה אין לה הפסק אלמא אין המקבל מתנת שכיב מרע קונה אלא עם גמר מיתה הא כל שלא קנה בשעת גמר מיתה אלא לאחר זמן אינו בדין שיקנה לפי שחלה עליו ירושה תורה של יורש וכו' והשתא ודאי קשיא ליה ההיא דתנו שקל לבני בשבת אע"ג דלא אקני להו אלא שקל מ"מ לא אמר אלא אם מתו ירשו אחרים ואחרים ודאי לא ירתי ולא זכו אלא לאחר מיתה בניו כדאמרינן דאם לא קנה עד דמקיים תנאו וכו'. ובר מן דין לדברי רב אחא אין לך אדם שכיב מרע שנותן מתנה בתנאים וקשה ההיא דאמרינן הבו ת' זוז לפלוני וינסוב ברתי ותניא בפ' האומר בקידושין משל למה הדבר דומה לאדם שהיה מחלק נכסיו לבניו וכו' ואפשר דלא דייקינן כולי האי אלא התורה נתנה רשות לאב להנחיל לאחר זמן וירושה עוברת ונפסק מן היורש ורב אחא בנכסי לך דוקא קאמר דכיון דהתחיל בירושה דתורה והנחילו בה שוב אינה נפסקת ממנו הילכך בשותק ואומר סתם אם מתו בניו ירשו פלוני זכה בהם וצ"ע עכ"ל וכתב הריב"ש ז"ל בסי' הנ"ל וז"ל וגם הרמב"ן ז"ל לא הזכיר בתירוץ הקושיא ההיא זולתי תירוץ הרב אבן מיגאש ז"ל בו נסתפק קצת ותירץ ביד שליש ובו בחר ע"כ.

וראיתי למהר"ש בן חסון בסי' ס"ג שהביא דברי הריב"ש הללו והקשה וז"ל ולא ירדתי לסוף דעתו ז"ל בדבריו אלה במ"ש שהרמב"ן נסתפק בדברי הרב אבן מיגש ז"ל משום דאף אם לא זכו הבנים בשאר נכסים מכח צואתו מ"מ כבר זכו בהם מכח ירושה דממילא וכיון דזכו מן התורה ירושה אין לה הפסק וקשה כל זה שכתב הרמב"ן ז"ל בחי' לא על הרב בן מיגאש ז"ל קשיא ליה אלא על כל מתנה שכיב מרע שנותן על תנאי ולא נאמר דמאחר שחלה ירושת התורה שעה אחת שוב אין לה הפסק וכמו שהאריך הרב שם וכו' יעו"ש. ולענ"ד לא זכיתי להבין דבריו ז"ל דהרואה יראה שם בפירוש דתרתי קא קשיא ליה להרב שם הן על מ"ש הרב בן מיגש ז"ל ממ"ש והשתא קשה ליה ההיא דתנו שקל לבני בשבת אע"ג דלא הקנה להם שקל וכו' הן על כל מתנת שכיב מרע שנותן על תנאי ועל כולן היתה התשובה דאפשר דלא דיקינן כולי האי אלא התורה נתנה רשות לאב להנחיל ובכלל זה נתנה רשות להנחיל אף לאחר זמן וירושה עוברת ונפסקת ממנו דהכונה דכיון דהרב בן מיגש ז"ל ס"ל דהברייתא דתנו שקל לבני מיירי בנותן למקצת בניו והאי אחרים דקתני הם ראוים לירש כדמוקי רב ששת דקיימא הכי לפום קושטא כמבואר בהרב בצלאל בשטמ"ק לכתובות בסוף פ' מציאת האשה ובתשובת הרב בצלאל ז"ל סי' ל"ג יעו"ש וכן להההיא ברייתא דקידושין וכן להההיא דכשתלד וע"ז הוא דקא מתרץ דהתורה נתנה רשות להנחיל אף לאחר זמן וזה הוא אמת לענ"ד. וכן תראה בספרי

הפוסקים ז"ל דהך קשיא ליה להרמב"ן ז"ל עליה דהרב בן מיגש ז"ל.

אשר ע"פ זה נראה לענ"ד לתרץ מה שהקשה הרב הגדול מהרימ"ט ז"ל בחו"מ סימן ע"ד על דברי הרמב"ן ז"ל וז"ל ותמהני דהא דנתנה התורה רשות היינו להנחיל לבן בין הבנים אבל לאחרים בירושה אין לו רשות אלא במתנת שכיב מרע הוא נותנה ואם נאמר דהרמב"ן ז"ל קאי לאוקמתא דרב ששת דאוקמא בראוי ליורשו וכו' אכתי קשיא לאוקמתא דריש לקיש ותוך כדי דיבור וכו' ועוד דכל מתנת שכיב מרע באחרים דמייתי הרמב"ן ז"ל הבו ת' זוזי ולינסוב ברתי ופירש יתן ר' זוז וירש שדה פלוני וכו' היאך מתקיימים המתנות דהוא דרבנן אחר שחלה ירושה דהיורשים עכ"ל. ולפי מ"ש ניחא דהרמב"ן ז"ל קאי עליה דהרב בן מיגש ז"ל דעיקר תירוצו אינו אלא לאוקמתא דר"ש דוקא ובודאי דס"ל להרב בן מיגש ז"ל דתירוץ זה קאי לפום קושטא דמילתא ומה שהקשה עוד מההיא דפ' האומר דקידושין הא ודאי דלא קשיא מידי אחר המחילה רבה דהתם מיירי לבן בין הבנים שהוא ראוי לירש אלא שהנחילו בתנאי גם להההיא דהבו ת' זוזי ולינסוב ברתי י"ל דכיון דאשכחן דמצי האב להנחיל לאחר זמן וירושה עוברת ונפסקת תקנו נמי דמצי יהיב מתנת שכיב מרע אף לאחר מיתה במתנת שכיב מרע ועיקר תירוצו דהתורה נתנה רשות אינו אלא להההיא ברייתא דתנו שקל וכן להההיא דפירש בני יתן ר' זוז וכן להא דפריך הש"ס ולוקמא דכשתלד וכו' ומן האמור בזה אתה תחזה שמ"ש עוד מהרימ"ט ז"ל דאפשר דהרב בן מיגאש ז"ל לא מוקי לברייתא (בעיקר) [בעוקר] ואומר לא משום ירושה וכו' הוא משום דס"ל דהברייתא מיירי בנותן לכל בניו וכו' ולא שייך בזה עוקר וכו' דלפי מה שהביא הרב בצלאל בשטמ"ק לכתובות ובתשובה סימן ל"ג לשון הרב בן מיגאש ז"ל נראה ברור דס"ל דהברייתא מיירי במקצת בניו וכו' ולפי דעתו א"כ שפיר יש להוכיח דלא ס"ל כסברת רבינו מדלא חילק בהכי.

ובהיותי בזה ראיתי למהרשד"ם באה"ע סי' ר' שכתב וז"ל וא"ת הא תינח אילו היה כאן אחריך לפלוני מי שאינו ראוי ליורשו. אבל הכא הוי ראוי ליורשו ומאן לימא לן דכה"ג אין לה הפסק הא ודאי ליתא שהרי כתב הרב המגיד וז"ל וכתבו ז"ל שאפי' היה הב' ראוי ליורשו ג"כ אינו כלום ולא זכה הב' ומוכרח הוא בסוגייא וכ"כ הר"ן ז"ל ואפי' שכתב שהרמב"ן נסתפק בזה מ"מ אין ספקו של הרמב"ן מוציא מידי ודאי שאר הפוסקים וכן נראה שהוא דעת הטור אלו תוכן דבריו יעו"ש. ולענ"ד אחרי בקשת מחילה מעצמותיו הקדושים לא זכיתי להבין דברי קדשו דמ"ש הרה"מ דהרמב"ן ז"ל נסתפק לא קאי למ"ש בתחילת דבריו כתבו ז"ל שאפי' היה הב' ראוי ליורשו אינו כלום ולא זכה הב' וכו' דבהא לא נסתפק הרמב"ן אלא אדרבא הוא מחזיק בהאי סברא שפיר וכנראה בחי' בסוגיין

וז"ל שמעינן מינה דנכסי לך ואחריך לפלוני וראשון ראוי ליורשו אע"פ ששני נמי ראוי ליורשו אין לב' במקום ראשון כלום וכו' והוצרכתי לכתוב זה מפני שנמצא למקצת המחברים שאמרו בשני ראוי ליורשו יש לה הפסק ואין דבריהם עולים בשמועה ולא נכונים בטעמם וכ"כ הרב הלוי כדברינו עכ"ל. הרי לך להדיא דהרב אבן מיגש והרמב"ן ז"ל שפה אחת ודברים אחדים בשני ראוי ליורשיו נמי ירושה אין לה הפסק אלא מ"ש הרה"מ ז"ל שהרמב"ן ז"ל נסתפק אינו אלא למ"ש עוד וז"ל וכ"כ הרא"ם ז"ל שאפי' לא נתן ולא הוריש כלום לראשון אלא אמר ואחריך ירש פלוני בני נכסי וכו' והיינו אותו לשון של הרמב"ן שכתבנו לעיל ועיין בנמוק"י בסוגיין באופן שדברי הרב ז"ל נפלאו ממני ולא ידענא מה אידון והדבר צריך לי עיון.

ודע שכתב הרשב"א במיוחסות סי' מ"ה דהא דאמרינן ירושה אין לה הפסק אם כתב השיור מעכשיו אין זו ירושה מופסקת אלא מעכשיו נתנם הנכסים ליורשים והיינו דרב הונא דאמר גבי נכסי לסבתא דבעל יורש משום דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי עד כאן וראיתי להרב מחנה אפרים ז"ל בסי' מ' בהל' זכיה שהקשה עליה מהא דאמרינן לקמן בפירקין אמר ר"ה שכיב מרע שאמר נכסי לפלוני אם הראשון ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ואם לא נותנה משום מתנה ואמרו שם דנפק"מ שאם אמר ואחריך לפלוני שאם הראשון ראוי ליורשו ירושה היא ואין לה הפסק ולפי סברת הרשב"א ז"ל קשה כיון דר"ה סבר דהאומר אחריך כאומר מעכשיו דמי אין ירושה זו מפסקת שהרי מעכשיו נתנם הנכסים לב' וא"כ שפיר קנה הב' אפי' שהיה הראשון ראוי ליורשו ותירץ הרב ז"ל דכל היכא דהראשון ראוי ליורשו בסתמא גוף נמי מניח לו בירושה דעד כאן לא אמר ר"ה דהאומר אחריך כאומר מעכשיו דמי אלא כשהראשון אינו ראוי ליורשו דלא הקנה כי אם לפירות בלבד ע"כ.

והנה הרואה יראה דתירוץ זה שתירץ הרב ז"ל לא שייך אלא למה שהקשה מפשטא דסוגיין דמצי למימר דלמי שראוי ליורשו גוף נמי הקנה לו ומשו"ה אף דבאומר אחריך שהוא כמעכשיו מ"מ כיון דראשון ראוי ליורשו ירושה אין לה הפסק ברם אכתי קשה מדידיה אדידיה ממ"ש הר"ן משם הרשב"א וכמו שהקשה מרן בב"י סי' רמ"ח יעו"ש. ולפי קוצר עניות דעת אפשר לומר לדעת הרשב"א כמ"ש הרמב"ן ז"ל במלחמות בעובדא דסבתא וז"ל ועוד הא דשלח רב אחא נכסי לך וכו' שירושה אין לה הפסק והרי כאן ירושה שהב' קונה מעכשיו ואין כאן הפסק שלא חל עליה שם ירושה וכו' ואע"ג דאליבא דידיה איתמר לעיל אלא אמר רבא כדשלח רב אחא וכו' לאו למימרא דהוא סבר בלשון אחריך אין לב' במקום ראשון כלום אלא לומר שהדין דין אמת כשאין בו לשון מעכשיו

עכ"ל. וא"כ נוכל לומר שזה הוא דעת הרשב"א ז"ל ותו לק"מ אלא דכל זה אינו לדעת הרשב"א ז"ל לא מ"ש הרב ז"ל ולא מ"ש אנו בעניותינו והוא ממה שראיתי להרשב"א ז"ל עצמו בח"ג הנדפס מחדש בסי' קכ"ב שכתב וז"ל וכל שכן בראשון ראוי ליורשו דאפי' אמר בהדיא נכסי לפלוני בני ואחריו מעכשיו לפלוני לא אמר כלום כמ"ש ותדע לך עוד דהא ההיא דרב אחא הלכה פסוקה היא וכו' ועוד דרב הונא גופיה אשכחן ליה דאית ליה האי דר"א דגרסינן בפ' יש נוחלין אמר ר"ה שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר רואים אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ופרשה רבא להא דר"ה שאם אמר ואחריך אין לה הפסק אלא ודאי מהא שמעינן דלגבי יורש דאורייתא לא אמרינן הכי משום דכל שנתן למי שראוי ליורשו ירושה דאורייתא וא"א לו לאחר מכאן להפסיקה עד כאן הרי שאפי' אמר בפירוש מעכשיו לפלוני אין לה הפסק ומייתי ראיה מהא דר"ה ומסכים הכי היפך מה שכתב במיוחסות ואפי' למי שמסתפק שתשובות המיוחסות הם מהרמב"ן ז"ל מ"מ הוא היפך ממ"ש הרמב"ן במלחמות וצריך לי ישוב.

וכתב הראב"ד ז"ל והביאו מרן החבי"ב בחו"מ סי' הנ"ל בהגהת הטור אות ט' וז"ל ונשאל הראב"ד ז"ל על מי שאמר בשעת צואתו אם תפטר בתי הפנויה קודם שתנשא לבעל תזכה אחותה הפנויה בחלקה אי מהני והשיב זו השאלה אין לה מקום בכאן ואפי' אמר בלשון ירושה (נ)מי יבטל את דבריו אם יכול לעקור ירושת התורה מכל בניו וליתן אותה לאחד מהם הואיל ויש (לה) [לו] בה חלק ירושה ג"כ יכול לעקור אותה בכאן משאר הבנות הנשואות ויתן אותה לאחת מן הבנות הפנויות הואיל וראויה ליורשה ולא תהא סופה חמור מתחילתה ואם יש מי שיחלוק בדבר וכו' אך הדרך הראשון עיקר כי מאחר שעקר הנחלה משאר היורשים (מתחי') [בתחילה] כך יכול לעקור בסופה ואין סופה חמור מתחילתה עד כאן והקשה הרב ז"ל וז"ל אך צריך להבין לפי דעתו של הראב"ד ז"ל שאינו מחלק בין סופה לתחילתה היכי משכחת לה דין רב אחא דאם הראשון ראוי ליורשו ירושה היא ואין לה הפסק ונ"ל וכו' יעו"ש.

ולענ"ד אפשר להליץ בעד הראב"ד ז"ל דהא הראב"ד לא קאמר אלא היכא דקא עקר משאר אחים ונתן לאחד מהם דעכ"פ קא מקיים עיקר הנחלה באחד מהם דבכה"ג שהתורה נתנה רשות להעביר הנחלה כה"ג מצי מפסיק דאם ימות זה המקבל שירש אחיו אם ימות קודם הנשואין אבל אם ירצה לתתה לאחד מן השוק דאם היה רוצה עתה להורישו לא הוה מצי אם אמר שאחר שתמות בתו שיהיו לו הנכסים בהא לא קאמר ובכה"ג מיירי רב אחא לדעתו. וכן נמי אפשר לומר אם אמר שאחר שימות בנו שירשנו נכדו מכלל נכדיו דאם היה רוצה להורישו לא היה יכול דהא אינו יורש בנכסיו בחיי אביו

שאביו קודם בהא הוא דלא מצי עביד ובהכי הוא דר"א ועיין בס' פני יהושע למהר"א קוב"ו ז"ל בסי' כ"א דף ל"ט ע"ד שכתב דהא דר"א אינו אלא בנותן לבן בין הבנים אבל אם לא היה אלא בן אחד לא יעו"ש וכתב שמדברי מהרי"ל שהביא מרן בסי' רנ"ג והרשב"א בסי' תש"ד לא משמע כן וכו' יעו"ש. ואני אומר שמדברי מהרימ"ט בחו"מ סי' ו' וע"ד נראה להדיא בהיפך וגם מדברי מהר"ם שהביא המרדכי בפ' יש נוחלין והרשב"א בח"א סי' אלף קמ"ז וק"ל.

ולענין אם כתב למי שראוי ליורשו נכסי לך מהיום ולאחר מיתה ואחריך לפלוני אם דייניו ליה כמתנת בריא ויש לה הפסק או לא כתב מהריב"ל ז"ל בחלק ב' סי' ל"ה דאין ולאו ורפיא בידיה וכתב מרן החבי"ב בסי' רמ"ח בהגהת ב"י אות כ"ג שלפי מ"ש באה"ע בסי' קי"ח שהמרדכי והחכמים שחלקו על הר"י בן הרא"ש ז"ל והרב ב"י ומהר"מ מטראני ז"ל כולהו ס"ל שדינא כמתנת בריא ודאי שיש לה הפסק לדעת רבינו ז"ל אבל לדעת ר"י בן הרא"ש ז"ל דינא כמתנת שכיב מרע וכבר כתב בס' משפט צדק סי' י"א שהר"י בן הרא"ש ז"ל יחיד בדבר זה ואין לומר קים לי וכו' יעו"ש. ואני ראיתי להרשב"ש ז"ל בסי' ק"צ שכתב וז"ל ואע"פ שכתב הרמב"ם ז"ל בבריא שכתב נכסי לך ואחריך לפלוני אין לב' אלא מה ששייר הראשון זה הוא במתנת מעכשיו אבל במתנה כזו שהיא מהיום ולאחר מיתה לא ומייתי לה בפ' יש נוחלין וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפי"ב מהל' זכיה וז"ל מתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה הרי היא כמתנת שכיב מרע וכו' וממ"ש ואינו זוכה בו ואוכל הפירות ולא כתב ולא זכה בפירות עד לאחר מיתה או ולא זכה לאכול בפירות שהיה משמע מלשונות אלו שקנה הגוף מעכשיו קנין גמור וכו' משמע שהגוף לא זכה עד לאחר מיתה וכו' ואפי' אם היה בדבר זה שום ספק או שום סברא נגד זו אין להוציא הנכסים מחזקת היורשים עד כאן הרי כאן דר"י בן הרא"ש ז"ל והרשב"ש ז"ל בחדא אזלין דמתנה מהיום ולאחר מיתה דין מתנת שכיב מרע יהבינן לה ומעתה מצי המוחזק לומר קים לי ואין לב' במקום יורשי ראשון כלום.

איברא דאמת אגיד דזה שלמד הרב ז"ל דין זה מדברי רבינו לא זכיתי להבינו והוא דהרב המגיד ז"ל כתב בהיפך מזה וז"ל ברייתא בפ' יש נוחלין ובפ"ק דמציעא ופרשוה רש"י ור"ש והרמב"ן ז"ל כדברי רבינו לומר שאינה כמתנת שכיב מרע שיכול לחזור בו עד שעת מיתה אלא שדומה לה שאינו זוכה בפירות מעתה ויש מי שפירשה שהיא כמתנת שכיב מרע ממש שיכול לחזור בו עד שעת מיתה ומ"מ ודאי אין בכלל לשון מהיום ולאחר מיתה שיכול לחזור בו אלא כשביאר כן בפירוש וכו' ולענין הדין אין בין ב' הפירושים הללו כלום ודעת רבינו כפירוש רש"י ז"ל עכ"ל הרי בפירוש דלענין הגוף דין מתנת בריא

אית ליה ולא מצי לחזור לדעת רבינו היפך מ"ש הרב ז"ל. ועוד קשה דלפי דבריו נמצא דהטור ז"ל לא כיון להלכה ח"ו בדברי רבינו שהרי בסי' רנ"ז הביא דברי רבינו אלו וכתב אח"כ לפיכך הגוף קונה מיד ואינו יכול לחזור בו והפירות לאחר מיתה ע"כ. ועוד דלפי דבריו אם כתב רבינו ולא זכה לאכול פירות משמע שקנה הגוף לגמרי והרי הטור ז"ל כתב מילת לאכול בדברי רבינו. ועוד קשה מדידיה אדידיה שהוא ז"ל כתב בסי' קל"ג וז"ל וענין מהיום ולאחר מיתה ר"ל גופא מהיום ופירי לאחר מיתה כדאיתא ביש נוחלין לפיכך גוף המעות קנוי לו מהיום וכיון שקנוי לו מעכשיו אלא שאין לו פירות וכו' עד כאן הרי דאף הוא ז"ל מודה שהוא מהיום וכיון שכן הרי הוא מתנת בריא ויש לה הפסק ולא ידענא מה אידון ביה והדבר צ"ע ודוק.

הלכה י

בד"א בשמכר הראשון או נתן לאחרים וכו'. כתב הרב המגיד דרבינו הוציא דין זה מעובדא דרב ביבי דף קל"ז ומפרש לא קאמר ר' שמעון בן גמליאל דאין לב' אלא מה ששייר הראשון אלא לשנתן הראשון לאחר אבל לעצמו כגון שנתן לבנו שהוא כעצמו לאו כל כמיניה וכו' ופי' אחר יש באותו מעשה וכו' ואין דינם עולה לדעת רבינו כמו שיתבאר ע"כ.

ודע שמכאן קשה לי לדעת מהרשד"ם ז"ל בחלק אה"ע סוף סי' קפ"ה ולפי שיש לי לפרש דבריו צריך אני להביא כל הלשון וז"ל מה שנראה שהרמב"ם ז"ל לא מפליג בין כשאמר ואחריך לפלוני בין שהיה המקבל איש זר או שהיה בנו של נותן או שאמר אחריך לעצמי לעולם המקבל הראשון אין יכול למכור ואם מכר או נתן המוכר הראשון יכול לטרוף מיד הלוקח או המקבל הב' אני אומר כי זה אפשר אבל אינו מוכרח דאפשר דגם (הרמב"ן) [הרמב"ם] יודה בדין זה וא"ת מנין יהיה לו זה כיון שהוא מפרש פי' אחר שאינו כפי' המפרשים שהוא פי' הני מילי דאמר רשב"ג אין לב' אלא מה ששייר הראשון כשמכר הראשון לאיש זר אז אין לב' אלא מה ששייר הראשון וא"כ דין המפרשים מנין לו ואפשר לומר דסתם אחריך משמע לאיש זר וא"כ ממילא משמע דוקא לאיש זר אבל לא לעצמו או ליורשיו ויש לנו לומר כן כדי למעט המחלוקת וכו' ע"כ. והנה מ"ש בתחילת דבריו מ"ש שנראה שהרמב"ם לא מפליג כשאמר אחריך לפלוני וכו' מילת לא נראה לענ"ד שט"ס הוא וצ"ל שהרמב"ם מפליג בין אחריך לפלוני לאחריך לבני או לעצמי דבהא לעולם המקבל הראשון אינו יכול למכור ואם מכר או נתן הנותן יכול לטרוף או המקבל הב' ומ"ש המוכר הראשון נראה פשוט שהוא ט"ס ובזה ישר הולך כל הלשון של הרב ז"ל והוצרכתי ליכנס בדוחק זה לפי שראיתי למרן החבי"ב ז"ל בסי' רמ"ח שהקשה עליו

ולבסוף לא יצא ידי חובתו כי אם בעשות ט"ס ולפי מ"ש בעניותינו נראה דאתי שפיר הכל. אפס כי ע"ז דברי הרב המגיד עומדים נגד זה שכתב ואין דינם עולה לדעת רבינו וכו' ואם כמ"ש לדעת הרב ז"ל תימה הוא שלא זכר להרה"מ שהוא היפך דעתו וצריך לי עיון.