הלכה · משנה תורה · מפרשים · מעשה רקח · ספר קניין

מעשה רקח על הלכות זכיה ומתנה

רבי מסעוד חי רקח

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מעשה רקח על הלכות זכיה ומתנה

רבי מסעוד חי רקח

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/מעשה-רקח-על-הלכות-זכיה-ומתנה/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 6
הלכה א 6
הלכה ב 6
הלכה ג 7
הלכה ד 7
הלכה ה 7
הלכה ו 8
הלכה ז 8
הלכה ט 10
הלכה י 10
הלכה יא 10
הלכה יב 11
הלכה יג 11
הלכה יד 12
הלכה טו 14
פרק ב 14
הלכה א 14
הלכה ב 14
הלכה ג 14
הלכה ד 15
הלכה ו 16
הלכה ט 16
הלכה י 16
הלכה יג 17
הלכה יד 17
הלכה טז 17
הלכה יז 17
הלכה יח 17
פרק ג 19
הלכה א 19
הלכה ב 19
הלכה ג 20
הלכה ד 20
הלכה ה 20
הלכה ו 21
הלכה ז 22
הלכה ח 22
הלכה ט 22
הלכה י 23
הלכה יא 24
הלכה יב 24
הלכה יג 24
הלכה יד 25
הלכה טו 25
פרק ד 25
הלכה א 25
הלכה ב 27
הלכה ג 27
הלכה ד 28
הלכה ה 28
הלכה ו 29
הלכה ז 29
הלכה ח 30
הלכה ט 30
הלכה י 31
הלכה יא 32
הלכה יב 33
הלכה יג 35
פרק ה 35
הלכה א 35
הלכה ו 38
הלכה ח 39

הלכה ט 39
פרק ו 40
הלכה א 40
הלכה ב 41
הלכה ג 41
הלכה ד 42
הלכה ו 42
הלכה ח 42
הלכה י 42
הלכה יב 43
הלכה יג 43
הלכה יד 43
הלכה טו 45
הלכה יז 46
הלכה יח 48
הלכה כ 48
הלכה כב 49
הלכה כד 49
פרק ז 50
הלכה ב 50
הלכה ד 50
הלכה יא 50
הלכה יג 51
הלכה יד 51
הלכה טו 51
פרק ח 52
הלכה ב 52
הלכה ד 53
הלכה ה 53
הלכה ו 54
הלכה ז 54
הלכה ח 54
הלכה ט 54
הלכה י 55
הלכה יב 56
הלכה יד 56
הלכה יז 56
הלכה יח 56
הלכה יט 57
הלכה כ 58
הלכה כא 58
הלכה כב 58
הלכה כג 59
הלכה כד 59
הלכה כה 59
הלכה כז 59
פרק ט 60
הלכה א 60
הלכה ב 61
הלכה ג 61
הלכה ד 62
הלכה ה 62
הלכה ו 62
הלכה ז 62
הלכה ט 62
הלכה י 62
הלכה יא 63
הלכה יב 64
הלכה יד 64
הלכה טו 64
הלכה יז 65
הלכה יט 65
הלכה כא 66
הלכה כב 67

הלכה כד 68
פרק י 68
הלכה א 68
הלכה ב 68
הלכה ג 69
הלכה ד 70
הלכה ה 70
הלכה ז 70
הלכה ח 70
הלכה ט 71
הלכה י 71

פרק א

הלכה א

ההפקר וכו' וכן המדברות והנהרות וכו'. ידוע דהראב"ד ז"ל השיג על רבינו, דדוקא לאותו שבט ע"כ. וכתב הרב המגיד ז"ל, וכוונתו בארץ ישראל וכבר נתבארו פ"ה מנזקי ממון תנאי ארץ ישראל שהתנה יהושע וחילוק החורשין שם, אבל כאן לא היתה הכוונה בארץ ישראל לפי שסמך וכו', ע"כ. והנה שם בנזקי ממון אין שום גילוי לחלק בשבטים חוץ מימה של טבריה שכתב שם רבינו וזה לשונו: וכן התנה שיהיה כל אדם מותר לצוד דגים מים טבריה והוא שיצוד בחכה בלבד, אבל לא יפרוש קלע ויעמיד ספינה שם אלא בני השבט שהגיע אותו הים לחלקם ע"כ, הרי דמן הדין היה הפקר גמור לכל אלא דמכח התנאי לא הופקר אלא לאותו שבט, ולכך התירו לכל השבט לפרוש קלע וספינה וכו', משא"כ לשאר שבטים שלא הותר אלא בחכה בלבד שהוא דבר מועט ולא קפדי בה אינשי, ומשם למד הראב"ד ז"ל דדוקא לאותו השבט, מפני שראה שרבינו כתב הדין בסתם, ולזה הליץ עליו הרה"מ ז"ל דרבינו כתב כאן סתם מפני שסמך למה שכתב בנזקי ממון, דמשם יש ללמוד דמכח התנאי נשתנה הדין בימה של טבריה, ובשאר הפקר לא נתבאר בדברי רבינו שם.

ומה שהוסיף הרה"מ ז"ל וכתב, וחילוק החורשין שם, נראה דכוונתו למה שכתב רבינו שם דביערים ובמדברות שבארץ ישראל חכמים התירו לגדל בהמה וחיה, ותנאי יהושע שביערים שאילניהם גסים אין מרעין בהמה גסה אלא דקה וכו', וכל זה בארץ ישראל ואפשר דלאותו השבט דוקא קאמר דומיא של טבריה, זו נראית כוונת הרה"מ ז"ל בהבנת דברי הראב"ד. אמנם הרב לח"מ ז"ל הקשה לפירוש זה דאם איתא לא היה לו להראב"ד לסתום דמשמע אבל לשאר שבטים לא הותר כלל עיי"ש, ואי משום הא לא איריא שידוע דרכו של הראב"ד ז"ל להשיג בקיצור נמרץ והמעיין יבחין, גם הדרך שכתב הרב לח"מ ז"ל דהשגת הראב"ד קיימא אעצים ופירות של יער וכר' שמעון בן אלעזר דפרק מרובה, קשה דר' שמעון בן אלעזר חילק בין תלושין למחוברין כמבואר ורבינו לא חילק, גם הראב"ד השיג סתם, וקרוב למה שכתבתי מצאתי בספר בתי כהונה ז"ל בלשונות עיי"ש, וגם הוא ז"ל לא ערבו לו דברי הרב לח"מ עיין עליו.

הלכה ב

הרי זה של בעל הביברים והצד משם ה"ז גזלן. הראב"ד ז"ל כתב עליו, הרי זה גזלן להוציאו בדיינים ע"כ. כלומר דהוי גזל גמור מן התורה, וכן מתבאר מדברי רבינו שהרי כתב הרי זה של בעל ביברים, וגם כתב לקמיה אבל הלוקח דגים וכו', אסור מדברי

סופרים, מכלל דמה שכתב גבי ביברים הוא מן התורה. והטעם משום דביברים הוי חצר המשתמרת, וזו היא ג"כ כוונת הרב המגיד ז"ל שהביא מההיא דשלוח הקן דאמרו שם, אי דשלחא גזל מעליא הוא, ודייקא דברי הרב המגיד שסיים, דכל היכא דבאו לחצר המשתמרת קונה וכו', והרב לח"מ ז"ל עמד על זה והדבר פשוט עיי"ש, וסוגיא זו הוזכרה ג"כ במציעא דף י"א [ע"א]. וידוע דרבינו סבירא ליה דגזל הגוי הוי מן התורה כמו שפסק פ"א דגזילה ואבידה הל' ב', וכיון שכן גם בזמן הזה שייך דין זה לגבי אומות העולם ובפרט בחוץ לארץ.

הלכה ג

ואם היה המצודה כלי ולקח מתוך המצודה ה"ז גזלן. מדברי רבינו נראה דבאין להם תוך שאינן כלי הוי איסור גמור מדברי סופרים, ואם היא כלי הרי זה אסור מן התורה, אך אין נראה כן ממה שכתב בפירוש המשנה בפרק הניזקין שכתב וז"ל: ומה שאמר גזל גמור רצה לומר גזל מדרבנן גמור, וההפרש שיש באמרו גזל מפני דרכי שלום ובאמרו גזל גמור הוא, שהגזל גמור יוצא בדיינים ויוסיף חומש וכו', וגזל מפני דרכי שלום אין בו שום דבר מכל זה עכ"ל. וידוע דדין זה שכתב רבינו כאן הוא מאותה משנה דתני בה מפני דרכי שלום וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל, א"כ כשכתב רבינו כאן דאסור מדברי סופרים היינו מפני דרכי שלום, מעתה כשהוא כלי שכתב רבינו הרי הוא גזלן הכוונה שהוא גזל גמור מדרבנן, והרב לח"מ ז"ל לא הבין כך, ולדבריו רבינו סותר דברי עצמו כאמור.

הלכה ד

ואין לבעל המצודה כלום. מה שכתוב בדברי הרב המגיד ז"ל, ודברי תימה הם איך לא חשב הרב שהמחבר וכו', נראה דט"ס הוא וצריך להגיה איך חשב הרב וכו', שהרי בשנים אוחזין דף י"א [ע"א] הובא שם דין המציאה שכתב רבינו פרק י"ז דגזילה ואבידה, ודין זה שכתב רבינו הוא מסברא דנפשיה עד שמכח זה הקשה הרב כסף משנה ובבית יוסף חו"מ סי' רע"ג שצ"ע מהיכן למד רבינו חילוק זה, גם הקל וחומר שכתב הרה"מ ז"ל מכליו של לוקח ברשות מוכר וכו', קל וחומר פריכא הוא וכמו שכתב הרב לח"מ ז"ל עיין עליו.

הלכה ה

שהמים הן שמוליכין אותה וכו'. אין להקשות דרבינו פסק פ"ו דתלמוד תורה ה"ד דרוכב הרי הוא כמהלך, ואמאי הרי הרוכב הוא כמו הספינה שהמים מוליכין אותה הכי נמי הבהמה היא שמוליכתו, שכבר נרגשו התוספות מזה, ותירצו דשאני הכא דחצר משום יד אתרבאי והוי שפיר דומיא דיד דמינח נייחא וכו', וע"ע בספר אסיפת זקנים ז"ל שם.

הלכה ו

גר שמת וכו' שזו כמתנה היא. בשו"ת תרומת הדשן סי' שנ"ב הוכיח דשתוקי אף שהוא מכיר את אביו הוי ליה כגר וכל הקודם זכה בנכסיו עיי"ש, ולמה שסיים רבינו **שזו כמתנה היא**, הטור חו"מ סי' רע"ה כתב שהפקר אין בו דינא דבר מצרא, ונראה דטעמו ממה שכתב בסי' קע"ה דבמחזיק בהפקר אם ימצא כמותה במקום אחר של הפקר להחזיק בה יכול המצרן לסלקו, ואם לאו אינו יכול לסלקו ע"כ, וזכי בה ודאי דאינו מוצא כי הא במקום אחר, משא"כ לטעם המתנה שכתב שם הרב בית יוסף ג' טעמים דלא שייכי גבי הא דגר שמת, וצריך לומר לדעת רבינו דטעם המתנה כטעם ההפקר והיא היא.

הלכה ז

ב' שדות בנכסי הגר ומצר אחד ביניהן וכו'. בבא בתרא דף נ"ג [ע"א], וכתב הרב המגיד ז"ל דבנכסי הגר הוא דלא קנה לפי שאין שם דעת אחרת מקנה, הא במתנה ובאחים שחלקו כשהחזיק באחת מהם על דעת לקנות אותה ואת חברתה קנה שתיהם, שהרי זה כמכר לו עשר שדות בעשר מדינות שאם החזיק באחת מהם קנה כולן, והוא שנתן דמיהם כמו שנתבאר פ"א מהלכות מכירה, וכן הדין בכל מקום שיש דעת אחרת מקנה וכן כתבו ז"ל ע"כ. ולא ידעתי מי הכריחו לפרש דברי רבינו דבנכסי הגר לא קנה מפני שאין שם דעת אחרת מקנה אותו, משא"כ במתנה וכו', הלא רבינו ז"ל [סבירא ליה] דהפקר ומתנה שוין בנכסי הגר, שהרי בדין הקודם כתב דאין בעל המצר יכול לסלקו שזו כמתנה היא ע"כ, ותו דזה הוי היפך דברי התוספות שם בבבא בתרא דף נ"ג [ע"ב] ד"ה אותה קנה וכו' וז"ל: והא דאמרינן בקידושין גבי עשר שדות בעשר מדינות החזיק באחת מהם קנה כולן, התם בנותן לו דמי כולן והכא בנכסי הגר או במתנה, ואע"ג דאין מחוסרין דמים מכל מקום לא הוו כמכר שנתן לו דמי כולן ע"כ, וכיון שכן מי הכריחו להרב המגיד ז"ל לשים מחלוקת זה בין רבינו להתוספות ז"ל, ויש לומר דרבינו סוף פ"א דהלכות מכירה כשכתב הדין של עשר שדות בעשר מדינות חילק בין נתן דמי כולן ללא, וסיים לפיכך אם היו הכל במתנה קנה כולן וכו', ע"כ. משמע דסבירא ליה דמכר בנתן דמי כולן ומתנה שוין, ודעת הרא"ש ז"ל נראית כדעת התוספות שהרי כתב שם וז"ל: ודוקא בנכסי הגר אבל במכר אם נתן דמי כולן אפילו בעשר מדינות קנה כולן, ובמתנה יראה דהוי כמו מכר ולא נתן דמי כולן וכו', ע"כ.

ושם כתב וז"ל: ויראה הואיל דסלקו הנך בעיות בתיקו, אם בא אחר והחזיק קנה כיון דמספקא לן אי קנה קמא אי לא נשאר הקרקע כמו שהיה ולא מחזיקינן ליה ברשות

קמא מספק, ואחר שקנאו בחזקה בריאה מוקמינן ליה בידיה ע"כ, וזה מכוון לדברי רבינו שכתב,

ואם בא אחר והחזיק בה כדי לקנות זכה האחרון ע"כ, גם הרב המגיד כתב כטעמו של הרא"ש ז"ל. אכן תמיהא לי מלתא טובא, דבפ"ק דבבא מציעא דף ט' [ע"ב] איבעיא לר' אלעזר באומר לחבירו משוך בהמה זו וקני כלים שעליה מי מהניא משיכה דבהמה לאקנויי כלים או לא, משום דבהמה חצר מהלכת היא וחצר מהלכת לא קני ולא איפשיטא, וכתב שם הרא"ש וז"ל: אבל במציאה והפקר אי אמר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה, (נראה דט"ס וצריך לומר לקנות הכלים שעליה) כיון דמספקא לן הרי הוא מוחזק מספק, ואם תפסה אחר מוקמינן לה בחזקת מרא קמא שהוא מוחזק בה מספק, ותפיסת ספק מקריא תפיסה כנגד אחר שאין לו בה שום טענה, דעד כאן לא קאמר תפסו כהן מספק מוציאין אותו מידו אלא היכא דאיכא לאוקמי בחזקת מרא קמא, אבל הפקר שיצא מחזקת מרא קמא תפיסת ספק מיקריא תפיסה ואין מוציא אחר מידו ע"כ. וכל זה הוא (מה) [היפך ממה] שאיתא בהך דבבא בתרא כמבואר, תו קשה מההיא דבבא מציעא דף י"ב [ע"א], בעי רבא זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר מהו, אויר שאין סופו לנוח כמינח דמי או לא וכו', וסלקא בתיקו. וכתב שם הרא"ש ז"ל וזה לשונו: הלכך המתנה יכול לחזור בו דאוקי בחזקת מרא קמא, אבל בהפקר הואיל ונסתלקו הבעלים אם החזיק בה אחר מוציאין מידו דבעל הבית מוחזק מספק תחילה ע"כ, הרי דגם כאן פסק דחזקה מספק הויא חזקה ואפילו בא אחר והחזיק בה חזקה ברורה אפילו הכי אין מוציאין מן הראשון, וקושיא זו האחרונה מצאתיה בהרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רע"ה בהגהת הטור אות י"ד בשם רבו ז"ל עיי"ש, ולא ידעתי למה לא נתקשה לו מההיא דמשוך בהמה זו וכו', שהוא יותר מבואר, ועם כי יש מקום לחלק קצת מכל מקום יהיה בדוחק וצ"ע.

עוד יש לתמוה על הרב כנסת הגדולה שם סוף אות י"ג, [שתמה] למה שהשמיטו הרי"ף והרא"ש ז"ל בעיא דמחזיק בשטרותיו של גר, כתב ז"ל, ואם נאמר שדעתם כדעת הטור דכל ספיקא דדינא אפילו תפס מוציאין מידו, היה אפשר וכו' ע"כ, דהן אמת שכן כתב הטור בשם הרא"ש שם סוף סי' שפ"ח, אמנם ממה שכתב גבי משוך פרה וקני כלים שעליה נראה מבואר דבהפקר לא אמרינן הכי כמו שכתבנו לשונו, והרב כנסת הגדולה גבי הפקר קאי בשטרותיו של גר וכו', דהוו הפקר ואף שהטור שם כתב לישנא דכל לאו דוקא הוא כמבואר.

הלכה ט

המחזיק בשטר מנכסי הגר כדי לקנות וכו'. קשה קצת, דמאי שנא משתי שדות בנכסי הגר שפסק רבינו לעיל הל' ז', שאם החזיק באחת כדי לקנות את חברתה לא קנה אחת מהם, והכא נמי אמאי קנה השטר, וצריך לומר דהכא כשהחזיק בשטר נתכוון לקנותו ואת הקרקע על ידו, והכי מוכח לישנא דגמרא בבבא קמא דף מ"ט [ע"ב] ומדברי הרב המגיד ז"ל נראה דאיפשיטא בעיין, אמנם מדברי הגהות אשר"י ורש"י ז"ל נראה דלא איפשיטא, ועיין בהרב לחם משנה ורש"ל, והרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רע"ה מה שפלפלו בזה, ודברי רבינו פשוטין ונכונין.

הלכה י

שדה המצויינת במצריה כיון שהכיש וכו'. עיין מה שכתב הרב המגיד ופסק כרב נחמן, צריך להגיה ופסק כרב, והכוונה דאיפליגו בה רב ושמואל וקיימא לן כוותיה דשמואל לגבי דרב בדיני, ובהא קיימא לן כוותיה דרב משום דר' נחמן סבירא ליה כוותיה ועבד בה עובדא. ומה שכתב עוד הרב המגיד ופירש רבינו שמשון, צריך להגיה ופירש רש"י עיין עליו, והתוספות ז"ל חלקו על פירושו עיין עליהם.

הלכה יא

וכל המפסיק ברשות שבת מפסיק בנכסי הגר וכו'. הקשה הרב לח"מ ז"ל דכאן פסק רבינו כאביי דאמר בבבא בתרא דף נ"ו [ע"א] דבשבת מפסיק אפילו כרמלית אבל פיסלא לא, ובפרק י"ח דהלכות שבת הל' כ"ד פסק, הוציא חצי שיעור וחזר והוציא חצי שיעור בהעלם אחד לרשות אחד חייב, לשתי רשויות אם יש ביניהם רשות שחייבים עליה פטור, היה ביניהם כרמלית הרי הן כרשות אחת ע"כ. הרי דפסק שם (כרבא) [כרבה] דכרמלית אינו מפסיק עיי"ש, ועוד הו"ל להקשות דשם כתב הרב כסף משנה ז"ל, דפסק כרבה להחמיר משום דאביי ורבא תלמידייהו הוו וכו' עיי"ש וכיון שכן איך פסק כאן כרבא ולא פסק כרבה רבו. אכן נראה דלעולם דעתו של רבינו לפסוק להחמיר, וזה עיקר טעמו לענין שבת וכאן ג"כ הוי לחומרא דלא ליקני אלא אותו שדה שהחזיק בה, ומה שכתב ז"ל וכל המפסיק ברשות שבת הכוונה מה שנקרא שם בפני עצמו לענין שבת, וכרמלית ודאי שנקרא שם בפני עצמו לענין שבת, ואין כוונתו להיא דהוציא חצי גרוגרת וכו'. תדע שהרי פסק שם פרק י"ד הל' י"ד דהמוציא חפץ מרשות הרבים לכרמלית והניחו שם וחזר ועקרו מכרמלית והכניסו לרשות היחיד או להיפך הרי זה פטור ע"כ, הרי דכרמלית מפסיק ברשויות שבת. והקל וחומר של מצר וחצב שעשה הרב המגיד ז"ל יוכיח דזה הוא עיקר טעמו של רבינו בפסק זה.

הלכה יב

כיצד כגון שנכנס אדם לבקעה וכו'. מדלא כתב לבקעה סתמא אלא כתב לבקעה זו, מכלל דמה שכתב וטומאה בבקעה בצדה האחרת היינו בקעה אחרת, דזו מכלל דאיכא אחריתי, ובהכי ניחא מה שהקשה הרב לח"מ ז"ל וע"ש שם.

הלכה יג

בקעה גדולה וכו' כל הנקרא על שם אותו הגר וכו'. הקושי מבואר דלעיל הל' י' פסק רבינו, דשדה שאינה מצויינת במצריה קנה ממנה במכוש אחד כדי שילך הצמד ויחזור, ועוד שכתב כל הנקרא על שם אותו הגר, ובגמרא אמרו היכי דמי דאמרי בי גרגותא דפלניא דהיינו הבאר שממנו משקים השדות, ולפי דברי רבינו כיון שאמרו בגמרא כל שנקראת על שמו סגי, ומאי בעי היכי דמי וכו', וידוע דהרב המגיד ז"ל תירץ לקושיא ראשונה, דלעיל איירי רבינו דלא החזיק אלא במכוש והכא איירי דהחזיק בחזקה אחרת שיתבאר בפרק ב', והרב כסף משנה וכן בבית יוסף חו"מ סי' רע"ה תירץ, דהכא בנתכוון לקנות את כולה וההיא דלעיל בנתכוון לקנות סתם ולא פירש שכוונתו לקנות את כולה ע"כ. ומדברי הטור שם נראה דלא סבירא ליה כחד מהני תירוצים שהרי כתב וז"ל: והרמב"ם ז"ל כתב שאם אין ביניהם דבר הפסק והיא בקעה גדולה קונה במכוש אחד כל מה שנקרא על שם אותו הגר ע"כ, וזה ודאי דלא כתירוץ הרה"מ ז"ל, שהרי כתב דהכי נמי קנייתו במכוש, והרה"מ כתב דהכא קנייתו בחזקה אחרת, גם כתירוץ הכסף משנה אין נראה שהרי כתב סתמא ודימה הקניות. וראיתי להרב לח"מ ז"ל שכתב דהטור יתרץ דברי רבינו ומה שכתב [הטור] למעלה החזיק באחד מהם לקנות כולם [וכו' והרמב"ם כתב שאם וכו'] דדין בקעה גדולה שכתב כאן היא שדה המסויימת במצריה ויש בו שדות קטנות הרבה ואין שם לא מצר ולא חצב, וכיון שבסוף השדה היא מסויימת במצריה ולזה אמר דכל שנקרא בי גרגיתא דפלניא קנה, אבל הא דאמר כדאזיל תיירא דתורי וכו', הוא בשדה שאינה מסויימת במצריה וכו' ע"כ. ויותר נראה לומר דהטור יתרץ דברי רבינו ע"פ דברי הבית יוסף ז"ל, ומה שכתב למעלה החזיק באחד מהם לקנות כולם אינו אלא לפי דעתו שמחלק בין שדה הבעל לבית השלחין, אבל להרמב"ם שאינו מחלק בזה אפשר שגם הוא דעתו כדעת הרב ב"י ז"ל, וקרוב לשמוע דאילו לדברי הרב לח"מ ז"ל הדבר דחוק ויש להקשות עליו, ומעתה מה שאיתא בגמרא היכי דמי וכו', הכוונה להסביר הענין דלענין דינא כיון שנקרא על שמו סגי.

הלכה יד

עכו"ם שמכר וכו' ומקנה במשיכה וכו'. הרב המגיד והרב כסף משנה ז"ל, פירשו דכוונת רבינו דבין להקנות בין לקנות הוי במשיכה או בדמים, ולדבריהם קונה במשיכה שכתב רבינו הוא יתור נפיש דהוי ליה למימר קונה ומקנה במשיכה או בדמים. והרב כנסת הגדולה חו"מ סי' קצ"ד בהגהת הטור אות י"ג נראה דגריס בדברי רבינו קונה במשיכה או נקנה במשיכה או בדמים, ואף לפי גירסתו תיבת במשיכה הראשונה היא מיותרת לגמרי, וכן נראה ממה שכתב פרק ד' דאיסורי מזבח הל' י"ג שכתב וז"ל: בא עליה ולא נתן לה ולאחר זמן נתן לה אפילו לאחר כמה שנים הרי זה אתנן, במה דברים אמורים בכותית שאמר לה הבעלי לי בטלה זה שאינה צריכה משיכה וכו', ע"כ. הרי בהכרח לומר דרבינו ס"ל דכסף לחוד קני בגוי והבעילה היא במקום הכסף, ולכך כתב שאין צריכה משיכה, כלומר כיון שכבר קנתה בביאה שהוא ככסף, אלא שיש לתמוה על הרב כ"מ שם שכתב וז"ל: וטעם רבינו מפני שהוא סבור דכותי קונה בין בכסף בין במשיכה כמבואר בדבריו פרק א' מהלכות זכיה ע"כ, דהיכן מצא דבר זה מבואר כאן בדברי רבינו, אדרבא צריך פירוש לפירושו וכמו שהוצרך הוא בעצמו לכתוב כאן דהאי או בדמים קאי בין לקונה בין למקנה עיי"ש, והראיה האמיתית היא ממה שכתב רבינו פ"ד דהלכות בכורות כמו שכתב הרה"מ דמשם נראה שרבינו סבירא ליה דגם בדמים קונה הגוי.

והנה ראיתי להרב לחם משנה ז"ל שהקשה על מה שכתב רבינו פ"ז דהלכות עבודה זרה ה"ה הלוקח גרוטאות וכו', אם נתן מעות ולא משך יחזירם, ואם משך ולא נתן מעות אע"פ שמשיכה בגוי קונה וכו', דכיון שהוא סבור דקונה משיכה או מעות היכי קאמר אע"פ שמשיכה בגוי קונה, דמשמע דמעות אינן קונות וכו', וצ"ע. והרואה יראה דרבינו שם לא חשש לכתוב אלא עיקר הדין וכמו שכתב הרב כסף משנה ז"ל, ולהטעות לא חייש דסמך אמה שכתב בפרקין, וכמו שכתבתי אני הצעיר שם, ודע שיש סתירה עצומה בדברי הטור מחו"מ סי' קצ"ד ליו"ד קל"ב, וכבר נתעוררו בה המפרשים ז"ל, עיין למהרש"ך ח"ב סי' קט"ז.

שאין דעתו סומכת אלא על השטר. פשטן של דברים שאין דעת הכותי לקנות או להקנות אלא בשטר, וכן נראה מדברי הרב המגיד ז"ל שכתב נתבאר פרק חזקת הבתים דכותי לא מקנה אלא בשטרא והוא הדין שאינו קונה ע"כ, ונראה דט"ס הוא וצריך לומר דכותי אינו קונה, והוא הדין שאינו מקנה דקונה הוא דאיתא בחזקת הבתים, וכן כתב הסמ"ע ז"ל. אלא שראיתי להמשנה למלך ז"ל, שהקשה דאי קאי לגוי היכי אמרינן דנכסי הגוי הרי הם כהפקר משום דגוי מכי מטו זוזי לידיה איסתלק וכו', והא כיון דלא סמכה דעתיה

אלא בשטרא ודאי לא סליק נפשיה וכו', ומהר"י קארו בפרק א' הבין שדברי רבינו דלא סמכא דעתיה לגוי קאי וצ"ע, ע"כ. והאמת הוא שכן כתב הרב כסף משנה פ"א דמכירה הל' ט"ז שכתב וז"ל: ומדברי רבינו פ"א דזכיה משמע דטעמא משום דכותי לא סמכא דעתיה אלא על השטר ע"כ.

ולענ"ד יתורץ עם מה שכתב הרב המגיד ז"ל שם וז"ל: והטעם שהכותי אינו קונה בחזקה שאם היה הכותי קונה בחזקה מתוך אלמותו היה מחזיק, אבל לכתוב לו שטר כולי האי לא עבדי ע"כ, וידוע דהישראל המוכר הוא שצריך לכתוב לגוי השטר שמכר לו קרקע זה, וכוונת הרה"מ דלמה הצריכו חז"ל לכתיבת השטר ולא סגי בחזקה, ולזה תירץ שאם בחזקה לחודה היה קונה לפעמים יתכן גוי אלם שיחזיק בקרקע ישראל בעל כרחו ויאמר שקנה ממנו, ומשום הכי תיקנו חז"ל כתיבת השטר דכולי האי לא עביד להחזיק בקרקעות של ישראל ולהכריחו ג"כ שיכתוב לו שטר, נמצא דכתיבת השטר תקנה דחז"ל היא, וכיון שהגוי יודע שאינו קונה קנין גמור אלא בכתיבת השטר אפילו שנתן דמים לא סמכה דעתיה מחמת תקנת חז"ל כי אם בכתיבת השטר מיד הישראל, משא"כ כשהגוי מוכר לישראל כיון שקבל הדמים הרי נסתלק מקרקעו, אלא שחז"ל תיקנו שיכתוב ג"כ השטר לישראל איך מכר לו זה הקרקע, דאמדינן דעתיה דהישראל הקונה דודאי לא סמכא דעתיה בקניית אותו קרקע כי אם בשיכתוב לו הגוי השטר מכר, וכן נראה מדברי הנימוקי יוסף שהביא הרב הדרישה חו"מ סי' קצ"ד וכתב עליו וז"ל: והאי ישראל דקנה מגוי לא קני דלא סמכה דעתיה כיון דסתם גוי אנס הוא וכו', ע"כ. וידוע דדברי הרב כסף משנה בפ"א דהלכות מכירה לא קאי אלא בשהגוי קנה מישראל, אבל במכר קרקע לישראל לא אמרה הרב ז"ל דודאי לא סמכה דעתיה אלא בכתיבת השטר, מכל מקום חז"ל הם שגזרו ואמרו דכיון שקיבל המעות נסתלק מעל הקרקע, ומכל מקום הדרך הראשון נראה יותר נכון.

וקודם שיחזיק בה בא ישראל אחר וכו'. הדקדוק מבואר כמו שכתב הרב המגיד ז"ל, דדוקא כשהשני החזיק קודם חזקת הראשון הא אם החזיק הראשון אע"פ שלא הגיעו השטר ואחריו החזיק השני מעמידין אותה ביד ראשון [וכו'], והראב"ד והרשב"א ז"ל חלקו על זה דראשון לא סמכה דעתיה אלא על השטר, אבל האי דאחזיק בלא זוזי דעתיה למקניא בהאי חזקה ע"כ, והקשה עליו הרב כסף משנה ז"ל ממה שכתב רבינו פ"א דהלכות מכירה, שהכותי אינו קונה בחזקה וכו' עיי"ש, כאילו אין להקשות ממה שכתב כאן, והלא יש להקשות דאם איתא איך כתב רבינו כאן דאין הכותי מקנה לישראל אלא בשטר דמשמע מלתא פסיקתא, הלא ע"י כסף וחזקה נמי מקנה, ותו דרבינו השוה קנייתו

דגוי להקנאתו, ובקנייתו אפילו ע"י כסף וחזקה אינו קונה כמו שכתב בהלכות מכירה, כך הקנאתו לישראל אפילו ע"י כסף וחזקה אינו מקנה, גם בהרב הדרישה חו"מ סי' קצ"ד ראיתי שכתב על דברי הרב כ"מ פ"א דמכירה וז"ל: ולפירושו זה אם אמר בפירוש בכסף אני רוצה לקנות קנה להרמב"ם דהא חזינן דסמכה דעתיה ובדידיה תליא מלתא וכו' ע"כ, ולכאורה זה היפך מה שכתב למעלה דכיון דרבינו סתם משמע דבכל ענין אינו קונה ולא מקנה אלא ע"י שטר דוקא, אם לא שנאמר דדברי רבינו אינן [אלא] בסתם אבל במפרש בפירוש שדעתו לקנות אף בלא שטר אין הכי נמי שישתנה הדין.

הלכה טו

שכל דיני המלך בממון על פיהן דנין. אף שכתב תיבת כל הרי מצינו לרבינו פרק כ"ז דמלוה ולוה שכפי מה שכתב [הרב המגיד] ז"ל שם אין כלל זה אמור שם, וכן בפ"ה דהלכות גזילה, ומכח זה כתבו הפוסקים ז"ל דהך כל לאו דוקא, אך לענ"ד נראה דכלל זה של רבינו אינו אלא בדבר שאינו מנגד לדין תורה כלל, והפקעת ממון שלא כדין חז"ל הוי נמי הכי, עיין להרב כנסת הגדולה חו"מ סי' קצ"ד ושס"ט, דבהכי יתיישב הכל, וגם ההיא דפרק ה' דגזילה שאני דההיא בענין מסים וארנוניות שהוא נוגע למלך מצד המלוכה, ודו"ק.

פרק ב

הלכה א

ושדה שמכרה העכו"ם לישראל וכו'. פירוש שקיבל הכותי מעותיו שאז נסתלק ממנה אף שעדיין לא נכתב השטר, וכמו שכתב בסוף הפרק הקודם, ועיין מה שכתבתי שם. ומה שכתב רבינו שביארנו בהלכות מכירה הוא בפרק ג' עיי"ש.

הלכה ב

ומעשה באשה אחת שאכלה וכו'. פירש רשב"ם ז"ל שהחזיקה ע"י כריתת ענפי האילן מצד אחד לבד, וכמו שכתב רבינו לקמן הל' ד', אמנם רבינו מפרשה לענין אכילת הפירות, ועיין להרב בית יוסף חו"מ סי' ער"ה.

הלכה ג

יש דברים רבים שאם החזיק בהן הלוקח וכו'. כבר ידוע מה שנתקשה הרב כסף משנה ז"ל ממה שכתב רבינו פ"א דהלכות מכירה הל' ט"ז, דהמוכר קרקע לחבירו ונכנס בה וזרעה או נרה קנה, ואיך כתב כאן דאם החזיק בהם הלוקח לא קנה וחדא מינייהו הנר את השדה וכו', והשיב בשם הנגיד רבינו יהושע ז"ל, דהך שאם החזיק בהם הלוקח לא

קנה היינו דוקא בחזקה דג' שנים, שכן כתב רבינו להדיא פרק י"ב דטוען ונטען הל' ט', משא"כ בנכסי הגר דאין שום חילוק, וכן הכריח הרב לח"מ ז"ל מתוך דברי הגמרא עיי"ש, אלא שלא ראה דברי הכ"מ ז"ל. ועוד מבואר בדברי רשב"ם ז"ל שם בבבא בתרא דף נ"ז [ע"א] ד"ה ניר, אמרינן לעיל דף ל"ז [ע"ב] דלכולי עלמא ניר לא הוי חזקה דבנכסי הגר קנה אפילו רפק בה פורתא ובנכסי חבירו לענין ג' שנים לא קנה בחזקה זו וכו', הרי דגם הוא מפרש דדוקא לענין חזקה דג' שנים בנכסי חבירו הוא דניר לא קנה דמשמע דלענין מקח וממכר נקרא חזקה לאלתר כיון שהוא בפניו, משא"כ בנכסי הגר דבכל גווני קנה, אלא דמה שכתב הרב ז"ל דלכולי עלמא ניר לא הוי חזקה, לאו דוקא קאמר, אלא לענין הלכתא הוא דקאמר הכי, דהא איכא כמה תנאי ואמוראי התם דסבירא להו דניר הוי חזקה.

כיצד המוצא פלטרים גדולים בנויין וכו'. הכי גרסינן התם אמנם רשב"ם מחק תיבת גדולים והכי מסתברא. ומה שכתב רבינו כגון אמה או יותר, הרב המגיד ז"ל הביא דברי רשב"ם ז"ל שפי', דכנגד הפתח סגי באמה ושלא [כנגד] הפתח בעי טפי מאמה ע"כ, ואין נראה כן מדברי רבינו שהרי כתב כגון אמה או יותר, והך או יותר הוי יתור נפיש, דאי באמה סגי כל שכן ביותר מאמה, אלא לאורויי לן אתא דדוקא כנגד הפתח קאמר, וכן זכיתי ומצאתי להרב לח"מ ז"ל.

הלכה ד

והמציע מצעות בנכסי הגר קנה וכו'. פשטן של דברים משמע דבהצעת המצעות לחוד קנה, וכן משמע מדברי התוספות שם שכתבו דדוקא מציע אבל הלך בבית או שכב לא קנה וכו', ואי בשכב על המצעות קאמר תלמודא מלתא דפשיטא היא דבשכב או הלך לחוד לא מהני, דהא עיקר הדבר תלוי בהצעת המצעות, אך האמת הוא דבעינן שכב דוקא מדמייתי סייעתא לדין זה מהברייתא דהגביהו לרבו, שהרי שימש לרבו שנסמך עליו וכמו שכתב רשב"ם ז"ל שם, ומעתה רבינו לישנא דגמרא נקט. ומה שכתוב בדברי הרב המגיד ז"ל ופירוש הציע מצעות עליהן, תיבת עליהן נמחק, ומה שכתוב פעם אחת ט"ס הוא, וצריך להגיה פירוש אחר, שוב ראיתי בשו"ע חו"מ סי' ער"ה סעיף ט"ו שכתב המציע מצעות בנכסי הגר כיון שיפה הקרקע בהצעתן קנה, ומור"ם ז"ל הגיה דיש אומרים דוקא ששכב על המצעות וכו', וסברא זו שהביא השו"ע היא סברת הרב אבן מיגש שהביא הרה"מ ז"ל שדימהו לציור וכיור, אך קשה קצת מלשון הגמרא דמייתי ראיה לדין זה מהגביהו לרבו דמשמע שהדבר תלוי בהנאת האדם מגוף הקרקע, ותו דמדקאמר רב עמרם האי מלתא אמר לן רב ששת ואנהרינהו לעיינין ממתניתא, המציע

מצעות וכו', דתניא וכו', ואי מציור וכיור יליף לה הרי סמוך ונראה נאמרה, אמר רב דימי בר יוסף אמר ר' אלעזר המוצא פלטרין בנכסי הגר וסייד בהם סיוד אחד וכיור אחד קנאן וכו', ומה צורך להא דרב ששת, וידוע דהרה"מ ז"ל כתב על פירוש זה שהוא עיקר, ולא ידעתי מהו דפשט הסוגיא אין נראית כן.

הלכה ו

אם דעתו לתקן הארץ קנה וכו'. מור"ם חו"מ בהגה"ה סי' ער"ה סעיף י"ח הגיה, דאפילו אמר שכיון לתקן לא קנה דבעינן שיהיו מעשיו מוכיחין עיי"ש, ולא מצאתי דבר זה כאן אף שהדין אמת ומצאתיו מבואר בדברי הטור ז"ל.

הלכה ט

הבונה פלטרין גדולים בנכסי הגר וכו'. בזו נקט גדולים לרבותא דאפילו הכי כל עוד שלא העמיד דלתות לא קנה, ומשא"כ לעיל הל' ז' במוצא פלטרין גדולים דאין נפקותא בין גדולים לקטנים וכמו שכתב רשב"ם ז"ל שם, והרב המגיד ז"ל כתב בשם הרשב"א דנראין דברי הר"י אבן מיגש ז"ל שכתב, דלא חפר הראשון יסודות וכו' ע"כ, בדיוק גמור כתב דלישנא דנראין, מפני שהתוספות ז"ל כתבו שם דאע"ג דרפק בה פורתא כשבנה יסוד לא מהני מידי אלא בקרקע העומד לחרישה וכו', והקרקע לא נשתבח וכו' עיי"ש, והכי הוה מסתברא דאיך יבנה האדם פלטרין גדול בלא שום יסוד. ולענין הספיקות שנסתפק הרה"מ ז"ל אם השני קונה גוף הקרקע לבד או כל מה שקנה הראשון ובמה קנה מה שקנה ראשון וכו', ספיקות אלו יפלו בלשון הש"ס ובדברי הטור חו"מ סי' ער"ה מחודש י' שכתב קרוב לדברי רבינו, אלא שיש לגמגם בדבריו ז"ל שסיים, והוא הדין אם עשה הראשון גם הדלתות ולא נעל ובא השני ונעל קנה ע"כ, וקשה תרתי, חדא, דאם איתא מאי איריא דנקט תלמודא דלתות, [לימא הש"ס] רבותא דאפילו שסיים הראשון כל הבנין עם העמדת דלתות ובא השני ונעל דהשני קנה, ותו דלקמיה הביא דברי הרא"ש דמשמע דלא תלי אלא בדלתות, ואף שמדברי הרב בית יוסף שם נראה שהם דברי הרא"ש, מכל מקום הקושיא הראשונה במקומה עומדת.

הלכה י

המפיץ הזרע וכו' שבח הבא מאליו הוא ואינו קונה. לפי מה שכתב רבינו בריש פרקין דאכילת פירות בנכסי הגר לא הוי חזקה, נראה פשוט דהכא נמי אף אם אכל הפירות שעלו מחמת השלכת הזרע לא קנה.

הלכה יג

העודר בנכסי הגר וכסבור שהן שלו וכו'. יבמות דף נ"ב [ע"ב] ופירש רש"י כגון שהיה קרקעו סמוך לקרקע הגר וכו'.

הלכה יד

היה משכון ישראל ביד הגר וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל מימרא פרק הפרה דף מ"ט ופירשוהו אפילו שמשכנו הגר שלא בשעת הלואתו ע"כ, הדבר פשוט דאתיא כמאן דאמר דאפילו משכנו שלא בשעת הלואתו לא הוי אלא שומר שכר ופטור מן האונסים, דאילו למאן דאמר דחייב ג"כ באונסים מעתה הוי כשלו ממש שהרי קנאו קנין גמור, ונפקמ"מ לאם תפס אחר דמטעם קים לי אין בידינו להוציאו מידו, וכמו שהאריך הרב ש"ך ז"ל חו"מ סי' ע"ב ס"ק ט', אם לא שנחלק בין נכסי הגר לסתם מלוה ולוה והדבר צ"ע רב.

הלכה טז

בד"א בשלא היה המשכון בחצר הראשון וכו'. משמע דבשעת מיתת הגר קאמר דאף שהיה בחצירו בשעה שמשכנו כיון דבעת מיתת הגר אינו בחצירו לא קנה, אך יש לומר בהיפך דכיון דבעת המשכון היה בחצירו וקנאו הרי הוא כשלו ואף דבשעת מיתת הגר אינו בחצירו לית לן בה כיון שכבר קנאו, ומה שכתב רבינו כמו שביארנו הוא בפרק י"ז דהלכות גזילה הל' ח', ושם חילק בין חצר המשתמרת לשאינה.

הלכה יז

גר שמת וכו' והיו בהן עבדים גדולים וכו'. בגיטין דף ט"ל [ע"א], גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו והיו בהם עבדים בין גדולים בין קטנים קנו עצמן בני חורין, אבא שאול אומר גדולים קנו עצמן בני חורין קטנים כל המחזיק בהן זכה בהן, ופסק רבינו כאבא שאול מדקאמר רב אשי בקדושין דף כ"ב [ע"ב] עבד קטן כבהמה דמי, אמנם דעת תנא קמא נראה מדאמרינן בסוכה דף מ"ו [ע"ב], לא ליקני איניש לולבא לינוקא ביומא קמא דחג, דינוקא מקנא קני אקנויי לא מקני, אמנם אבא שאול ס"ל דשאני התם דאיכא דעת אחרת דמקני ליה, וכמו שכתבו התוספות שם, ומה שכתב רבינו וכבר ביארנו דרכי החזקה וכו', הוא בפ"ב דהלכות מכירה עיי"ש.

הלכה יח

גר שמת וכו' כולן חייבין להחזיר וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, ופירוש המחבר בברייתא כך הוא חייבים להחזיר שלא יחזיקו בנכסי הבן שהוא חי ויהיו גזלנים, החזיקו ואחר שמעו שמת בנו, פירוש שכבר היה מת כשהחזיקו שאם לומר שמת אח"כ מאי קמשמע

לן ברייתא דהמחזיק בשניה קנה וכו', פשיטא שהמחזיק בנכסי הגר חי אין חזקתו כלום וכו', ואם תאמר דלישמועינן דעובר יש לו זכיה כי האי גוונא ליתא דמרישא שמעת לה וכו', ע"כ. הקושי מבואר בדבריו דלרבא דקיימא לן כוותיה עובר אין לו זכיה דהא פליג ארב ששת, וא"כ נהפוך הוא, וכן הקשה המשנה למלך ז"ל והניחו בצ"ע.

אמנם לענ"ד אינו מוכרח דרבא יסבור דעובר אין לו זכיה, דכל עצמו לא בא אלא לדחות דברי רב ששת שרצה להוכיח מהך ברייתא דעובר יש לו זכיה, ודחי ליה דאיכא למימר דהכא היינו טעמא דקנה העובר ולא זכו המחזיקים הראשונים משום דרפויי מרפיא בידייהו, כלומר דלא נתכוונו לקנות קניה גמורה, דמימר אמרי אפשר שיהיה לו בן או אשתו מעוברת, וחז"ל יפקיעו ממנו חזקה זו, ואנן בעינן שיתכוון הזוכה לקנייה גמורה כמו שכתב רבינו לעיל הל' י"ב וי"ג, וזו נראית כוונת הרב המגיד ז"ל שדקדק וכתב, דעובר יש לו זכיה כי האי גוונא, כלומר דוקא במציאות זה, ואפשר עוד לומר דרבא סבירא ליה דגבי גר עבוד רבנן הך תקנתא שיקנה העובר אף שעדיין לא יצא לאויר העולם, מכל שכן דידוע דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ואפילו עובר במעי אמו קנה כמו שכתב רבינו פרק כ"ב דהלכות מכירה הל' י', ולקמן פ"ח ה"ה, והו"ל דעת אחרת מקנה אותו, ולכך קתני בהך ברייתא דראשונים לא קנו.

וע"פ האמור תתורץ ג"כ הקושיא שהקשה המשנה למלך ז"ל שם על רבינו במה שכתב, דזכו השניים דכיון דמעיקרא שמעו שמת הגר החזיקו הראשונים חזקה גמורה וכו', ולא תירץ כלום, והיא קושיית הרב לח"מ ז"ל שהקשה שאפילו יצא הולד לאויר העולם הראשונים זכו זכיה גמורה, ולענ"ד אינו כן ע"פ מה שכתבתי, ומתורץ ג"כ מה שהקשה שם דלמה לא הזכיר רבינו האיכא בינייהו דהפילה ולא הפילה וכו', דכיון דרבינו פסק לקמן פרק ד' הל' ח' דדוקא לנולד הוא דמזכין משמע דלעובר אין מזכין, ואפילו הכי פסק כאן דיש לו זכיה מוכרח דהיינו משום דרפויי מרפיא בידייהו כנז"ל וממילא דפסק כרבא דבתרא הוא, וכן נראה מדברי הרב המגיד ז"ל דלא כמו שהסכים הרב שם דפסק כאביי עיין עליו, שוב מצאתי למהרש"ך ח"ב סי' קכ"ה שאחר שפלפל בדברי רבינו העלה דרבינו פוסק כאביי, ושכן דעת הרב המגיד ז"ל עיי"ש, ולענ"ד אם איתא הו"ל להרב המגיד לבארו להדיא כיון שהוא היפך הכלל, ומה שכתוב בסוף דברי הרה"מ והלכך זכו הראשונים ט"ס הוא, וצריך להגיה זכו השניים.

פרק ג

הלכה א

הנותן מתנה לחבירו וכו' אלא כל אחד מהן עדיין וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, דבדברים לבד אע"פ שלא קנה המקבל החוזר בו יש בו משום מחוסרי אמנה במתנה מועטת וכו', ע"כ. ומסתברא דהיינו דוקא כשמקבל המתנה הוא חי, אבל אם מת יכול הנותן לומר לו הייתי נותן וליורשיו איני נותן ואין בו אפילו משום מחוסרי אמנה, וכן מצאתי בתשובה, עוד נתבאר בדברי רבינו לקמן הל' ד' וריש פ"א דהלכות מכירה דבשניהם מודים שהחזיק עלה אין צריך עדים והוא מהגמרא פ"ק דקדושין דלא איברי סהדי אלא לשקרי, וכמו שכתב שם רבינו פרק ה' הל' ט'.

הלכה ב

מחל לחבירו חוב שיש לו עליו וכו'. בספר כתיבת יד קדמון מצאתי כתוב וז"ל: הר"י קולין בשורש צ"ד דקדק מלשון רבינו ומלשון טור חו"מ, מדכתבו, מחל לחבירו חוב או נתן לו פקדון וכו', ולא כתבו מחל או נתן לחבירו חוב או פקדון וכו', דדוקא בחוב מהני מחילה דאין לו עליו אלא שעבוד בעלמא, אבל גבי פקדון דממונא דאיתיה בעיניה הוא צריך שיאמר לו בלשון מתנה ולא בלשון מחילה, ואע"פ שהפקדון ביד הנפקד המקבל מתנה עכ"ד, ואישתמיטתיה מה שכתב רבינו פ"ה מהלכות מכירה המוחל לחבירו חוב או פקדון וכו' עכ"ל. והרב לח"מ ז"ל ג"כ הקשה קושיא זו ע"פ מה שכתב הטור משם הרא"ש בחו"מ סי' ע"ג שהם כדברי מהר"י קולין ז"ל, ותירץ דבהלכות מכירה אין כוונתו שם אלא לבאר שאין צריך לאותם הדברים קנין, ולאו בדוקא נקט מוחל חוב או פקדון אבל לעולם דבפקדון לא מהני אלא לשון מתנה וכו', ע"כ. גם המשנה למלך ז"ל הקשה לדברי מהר"י קולין ממה שכתב רבינו פ"א דטוען ונטען ה"ג, הטוען מטלטלין על חבירו וכפר בכל וכו', או שאמר אמת שהיה לך אצלי אבל מחלת לי או נתת לי או מכרת לי וכו', הרי דשיתף מלת מחילה גבי מטלטלי נמי ע"כ, והרואה יראה שדקדוק זה קל הוא מהלשון שבהלכות מכירה, ואפ"ה דחה אותו הרב לח"מ ז"ל דהתם אגב גררא הוא דכתב כן ולאו דוקא, דכאן הוא מקומו האמיתי, ומלבד שיש לתמוה על המל"מ ז"ל איך לא ראה דברי הרב לח"מ ז"ל, עוד יש לתמוה שהוא ז"ל היה בקי בדברי הפוסקים ז"ל וכמה פוסקים תפסו דברי מהר"י קולין ז"ל ושדיוקו בדברי רבינו אמת, ואיך יכתוב שאין דקדוק זה כלום, הלא המה מהראנ"ח ז"ל ח"א סי' ע"ז והמבי"ט ז"ל ח"א סי' שי"ד ושו"ת לחם רב סי' קמ"ב, וע"ע למהרשד"ם חו"מ סי' רע"ח, שוב ראיתי להרב כנסת הגדולה

חו"מ סי' רמ"א בהגהת הבית יוסף אות כ"ו שכתב דמהרשד"ם חו"מ סי' שצ"ה תירץ דבפרק ג' מזכיה מיירי בפקדון שנגנב ונאבד דהוי כמלוה עיי"ש, וכבר הוזכר חילוק זה בדברי הפוסקים ז"ל אך אינו מבואר בדברי רבינו, ועם כי מצאתי למהרשד"ם ז"ל שם סי' שכ"ח שכתב שסברת מהר"י קולין ז"ל אינה כל כך מוכרחת עיי"ש, מאחר שמלבד הראיות שהביא מהר"י קולין ז"ל שם עוד מצאתי להרב בית יוסף ז"ל שפסק כן בשלחנו הטהור חו"מ סוף סי' ע"ג, נראה שכן יש לנו לתפוס להלכה ולמעשה.

הלכה ג

וכן האומר לחבירו מנה שיש לי בידך וכו'. עיקר הדין בגיטין י"ג [ע"ב] משום מעמד שלשתן, ובפ"ו דהלכות מכירה ה"ח כתב רבינו בין פקדון בין מלוה וכאן ביאר פרטי המקבל, וכן כתב פ"ג דשלוחין ושותפין ה"ז, ומכיון דהוי הלכתא בלא טעמא לכך פסק פרק ט"ז דמלוה ולוה ה"ג שאם נמצא הלוה עני חוזר על המלוה עיי"ש. וראיתי להרב כנסת הגדולה חו"מ סי' קכ"ו בהגהת הטור אות י"ד שכתב וז"ל: נראה לי פשוט שאם המקבל קטן אין דין מעמד שלשתן דקטן כשלא בפניו דמי ע"כ, ויש לגמגם בהוראה זו אחרי המחילה הראויה דכיון דזכות הוא לו להקטן הא קיימא לן זכין לאדם שלא בפניו, ומכח זה פסק רבינו פרק כ"ט דהלכות מכירה הל' י"א דקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בה תעמוד בידו דזכין לאדם שלא בפניו וכו', א"כ מטעם זה היה לנו לזכות להקטן דבפניו לא גרע משלא בפניו, אם לא שנאמר דכיון דדין זה הוא הלכתא בלא טעמא אין לך בו אלא חדושו.

הלכה ד

כשם שאין צריכים עדים וכו'. דין זה כבר ביארו רבינו פרק ה' דהלכות מכירה הל' ט' עיי"ש.

הלכה ה

כשם שמוכר צריך לסיים הממכר כמו שביארנו וכו'. טעות סופר וצריך להגיה לסיים כמבואר.

הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו וכו'. הרב כסף משנה ז"ל כדי לתרץ קושיית הרב המגיד ז"ל מההיא דשני דייני גזירות כתב, דאיכא לאוקמא בדאמר דיקלא משדה פלונית ע"כ, משמע דאם אמר דיקלא משדותי לא מהני, ואילו רבינו פ"י דנחלות ה"ב פסק מי שצוה בשעת מיתתו שיתנו לפלוני דקל או שדה מנכסיו וכו' קנה עיי"ש, הרי דבאמרו דקל סתם מהני וכן הקשה הרב לח"מ ז"ל, והקושיא היא כפולה כאמור שהרי שם משמע דאפילו לא אמר אלא דקל סתם או שדה סתם קנה, הן אמת שגם נראה סותר למה שכתב

רבינו כאן שכתב דקרקע מנכסי לא קנה, גם נראה שסותר למה שכתב פרק כ"א דהלכות מכירה הל' י"ח, שדות אני מוכר לך מיעוט שדות שתים כל שדות אפילו שלש ארבע וכו', אם לא שנאמר דלא דמי קרקע לשדות, דקרקע הוא שם כולל לכל מה שהוא בארץ, משא"כ שדה דאף שהוא קרקע מכל מקום הוא שם פרטי, אלא דאכתי קשה ממה שכתב רבינו שם אמר לו נכסים אפילו גנות ופרדסים חוץ מבתים ועבדים, והרי נכסים דקיימא לן דכל מידי איקרי נכסי ואפילו הכי קנה מכל שכן קרקע דהוי יותר מסויים דאין בכללו מטלטלין כלל ואמאי לא קנה, ובהכרח צריך לומר דבחדא מינייהו סגי ליקרא מסויים והכי דייקי דברי רבינו שסיים

אבל אם אמר לו חלק כך וכך בשדה פלונית וכו'.

הלכה ו

כל הנותן מתנה על תנאי בין שהתנה נותן וכו'. בשו"ת מהר"י אדרבי ז"ל סי' ש"ט נשאל, על מי שצוה בשעת פטירתו שנתן חנות לבן בנו על מנת שלא יתעסק בה אלא בסחורה פלונית שלא יוכל למכרה ולא להשכירה בלתי ברשות דודו וכו', ושוב מת הזקן ובן בנו, והשיב ז"ל שאם נתקיים התנאי זכה בן בנו ואביו יורשו וכו', ובסי' שע"ו שם נשאל שאלה זו ואין בה תנאי הסחורה אלא שלא יוכל למכור ולהשכיר בלתי רשות דודו, וגם שם השיב ע"פ השאלה שאם זכה בחנות קודם פטירת הזקן או הגיע שטר המתנה לידו זכה ואביו יורשו עיי"ש, והרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רמ"א בהגהת הטור אות נ"ט הביא דברים אלו ובסוף דבריו כתב וז"ל: אך מה שכתב הרב דאפילו החזיק בחנות או בא השטר לידו קודם שמת המצוה שיורש אבי המקבל החנות אינו יכול למכרה ולהשכירה בלתי רשות יצחק אחיו משום דלא אלים היורש מגברא דאתי מחמתיה, חלוק עליו הרשד"ם ז"ל בסי' שנ"ו שכתב, ואפילו אם תימצי לומר שהתנאי קיים היינו דוקא לגבי מקבל מתנה אם לא קיים מצות המת בחייו, אבל אחר שהוא קיים התנאי בחייו כבר זכה בחנות ואברהם אביו הוא יורש את בנו והוא יכול לעשות מה שירצה דאין מזכיר התנאי אלא [לבן] עכ"ל. ולכאורה תמהני מעוצם חריפותו ובקיאותו מאי איריא דמהרשד"ם ז"ל חלוק עליו דאין זה כל כך חידוש דגברא אגברא קרמית, ולמה נעלם מעיני כבודו דמהר"י אדרבי גופיה סותר דברי עצמו בתשובה זו עצמה שהזכיר הרב כנסת הגדולה שהיא בסי' ש"ט, שכתב בסוף דבריו וז"ל: ואם נפטר משה הנזכר אחר שהיה משאו ומתנו באופן שנתקיים התנאי זכה בחנות עתה כשנפטר משה הנזכר זכה אברהם אביו בחנות מכח ירושה וכבר פסק כוחו ותנאו של שמעון המצוה ויכול אברהם היורש לעשות בחנות כרצונו, שהרי המתנה לא התנה כי עם משה לבדו, שהרי כתוב בשאלה לא יהיה רשאי

למכור או לשכור החנות וכו', אם לא ברשות יצחק דודו משמע שאינו מדבר ומתנה כי אם עמו לבדו וכו', ע"כ. וזה ודאי סותר למה שכתב בסי' שע"ו דלא אלים כח היורש מגברא דאתי מחמתיה עיי"ש.

הלכה ז

כבר ביארנו שכל תנאין וכו'. הרב לח"מ ז"ל דקדק, דכאן כשהזכיר דברי החולקין כתב ואין לדבר זה ראיה, ואילו בפ"ו דהלכות אישות הל' י"ד דחה סברא זו וכאן כתב שאין לדבר ראיה דמשמע דאפשר לאומרו אבל אין להם ראיה אין הלשון מדוקדק וסמך על מה שכתב שם, ע"כ. ולענ"ד אין צריך לזה דרבינו דקדק בדבריו [ד]שם לא חלק עליהם ודחה דבריהם אלא בכפל התנאי, משא"כ כאן שהזכיר כפל התנאי והן קודם ללאו כלפי ההן קודם ללאו כתב לשון דאין לדבר זה ראיה, והכי מוכח נמי ששם כתב הדין משם מקצת גאונים אחרונים, וכאן כתב בשם רבותיו זלה"ה.

הלכה ח

וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי וכו'. נחלקו הפוסקים ז"ל באומר על תנאי כך וכך אי הוי כאומר על מנת, וכבר כתבתי למעלה בהלכות מכירה דמסתברא כמאן דאמר דדוקא על מנת כיון דחידוש הוא ואין לך אלא חידושו, ובמשפטי התנאים עיין להרב דינא דחיי עשין ע"ה.

הלכה ט

הנותן מתנה ע"מ להחזיר ה"ז מתנה וכו'. הנה ראיתי להרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רמ"א בהגהת הטור אות ל"ח שכתב וז"ל: דוקא על מנת שיחזירנו המקבל מדעתו ומרצונו, אבל כל שנאנס להחזיר אין כאן חזרה ונפקא מינה אם נשבע הנותן ליתן מתנה ונתן מתנה על מנת להחזיר ולקחה באונס מהמקבל לא קיים שבועתו הריב"ש סי' שמ"א ע"כ, ולכאורה קשה טובא דמשמע דאם לא לקחה באונס מהמקבל אלא שהתנה עמו על מנת שיחזירנה לו והמקבל קיים תנאו דנמצא בזה שקיים שבועתו, והרי הריב"ש גופיה הביאו הרב ז"ל שם אות ט"ל, כתב, דהא דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה היינו באותם דברים שחייבה תורה לתת שבזה יוצא ידי נתינה, וכן באתרוג קרינן ביה לכם בשעת נטילה, אבל בתנאים שבין אדם לחבירו הולכים אחר לשון ודעת בני אדם וכל שהתנה סתם לתת לו יש לו לתת סתם ולא בתנאי ושיור ע"כ, מעתה כשנשבע לתת מתנה לחבירו אם התנה עמו על מנת להחזירה הרי לא קיים שבועתו, דכיון דנשבע סתם משמעותו בלי שום תנאי ושיור כמו שכתב ז"ל, אמנם מתוך מה שכתב הרב כנה"ג ביו"ד סוף סי' רל"ח ששם כתב דלדעת הריב"ש יש חילוק בין מתנה ומתחייב לתת לחבירו

מתנה לנשבע מעצמו סתם דמתנה ומתחייב הוא דאזלינן בתר דעת ולשון בני אדם וצריך ליתן בלי שום שיור, משא"כ בנודר או נשבע מעצמו בלי קדימת שום חיוב שפיר מצי לקיים שבועתו על מנת להחזיר, אשר כפי זה יתיישב הכל.

הלכה י

האומר לחבירו שור זה וכו' ע"מ שתחזירהו וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, ויש לדקדק בעל מנת שתחזירהו ולא אמר לי והמיתו והחזירו אם חייב לשלם או לא וכו', פשט הדברים דהמיתו אפילו שעשאו נבלה דאין לה חסרון גדול מזה, ולכאורה הדבר תמוה דבגמרא בבא בתרא דף קל"ז [ע"ב] אמר רבא אמר רב נחמן שור זה נתון לך במתנה על מנת שתחזירהו לי הקדישו והחזירו הרי זה מוקדש ומוחזר, אמר ליה רבא לרב נחמן מאי אהדריה, אמר ליה ומאי חסריה, אלא אמר רב אשי חזינן אי אמר ליה על מנת שתחזירהו הא אהדריה, אי אמר ליה על מנת שתחזירהו לי מידי דחזי ליה קאמר ליה, נמצא דלמאי דסלקא דעתך מעיקרא דליכא לחלק בין לי לסתמא אי חסריה הרי לא קיים תנאו, וסברא זו לא נדחית אף לפי המסקנא דהא גם בלא אמר לי אמרינן הא אהדריה כלומר בעינו, הא אי חסריה אפילו באומר סתמא לא שמה חזרה, דבשלמא בהקדישו אף דלא אהדריה (על מנת) הרי לא חסרו ונמצא שכבר קיים תנאו, אבל אי חסריה דהיינו שהמית הדבר פשוט דאין כאן חזרה ואפילו שחטו שחיטה הגונה הא אמר רב נחמן פ"ק דחולין סכין של עכו"ם מותר לשחוט בה בשר, מקלקל הוא, ופסקו רבינו סוף פ"ז דהלכות עבודה זרה, ודוחק גדול הוא לומר דספיקו של הרה"מ ז"ל היינו [משום] דהוי מתקן כמו שכתב שם דכל כי האי הוי ליה לבאר, ולהמשנה למלך ז"ל ראיתי שכתב על דברי הרה"מ ז"ל וז"ל: לי נראה ברור דעל מנת שתחזירהו הוא כמות שהוא בחיים ובהקדש שאני דחי הוא כמות שהיה אבל מת לאו בהכי התנה ע"כ. משמע שהבין והמיתו שכתב הרה"מ היינו אפילו עשאו גיסטרא ודו"ק.

הקדישו וכו' אמר לו ע"מ שתחזירהו לי אינו קדוש וכו'. נראה לכאורה דהוא הדין לענין מכר, שאם מכר לו והתנה על מנת שיחזירהו לזמן פלוני והקדישו שאינו קדוש, אך אין נראה דבמכר אין לחלק בין אמר לי לאומר סתמא דכיון דסופו להחזירו ורוצה הוא לקבל הדמים שנתן נמצא למפרע שהקדיש מה שאינו שלו, וזה הוא הטעם דבפרק י"א דהלכות מכירה הל' ט' כשהזכיר רבינו זה, לא חילק בין אמר לי ללא אך אם הקונה אינו חושש לקבלת מעותיו והקדישו בעוד שהוא בידו נראה פשוט דהרי הוא מוקדש דהא קיימא לן דהקדש ושחרור מפקיעין מידי שעבוד, ובשו"ת מהר"מ גאלנטי ז"ל סי' ס"ט

חילק בין מכר למתנה לנדון דידיה, ודבריו מגומגמים במה שהביא ראיה מדין הקדש עיין עליו.

הלכה יא

אסור לישראל ליתן לעכו"ם וכו'. בטור חו"מ סי' רמ"ט העתיק עכו"ם וכתב עליו הרב בית יוסף דלאו לאפוקי ישמעאלים אלא לאפוקי גר תושב, והרב ב"ח ז"ל יישב דברי הטור עיין עליו, ורבינו ג"כ לא יחלוק על זה דהא לנכרי כתב דהיינו שאינו מבני עמנו אף אם לא יעבוד עכו"ם, אך לא ידעתי למה לא ביאר רבינו לא כאן ולא בפרק י' דהלכות עבודה זרה דבמכירו או שכנו מותר כמו שכתב הרא"ש והטור יו"ד סי' קנ"א, גם התוספות בעבודה זרה דף כ' [ע"א ד"ה רבי יהודה] ובחולין דף קי"ד [ע"ב ד"ה רבי יהודה] וחילייהו מהתוספתא כי היכי דלא תקשה מההיא דשולח אדם ירך לנכרי וגיד הנשה בתוכה, ואפשר דרבינו מודה לזה ולא ביארו מפני שזה מלתא דפשיטא היא דאין זו מתנת חנם, ועוד דלא גרע מפרנסת ענייהם שכתב רבינו סוף פרק י' דהלכות עבודה זרה, ועיין מה שכתבתי אני הצעיר שם.

הלכה יב

הנותן מתנה לעבד וכו' קנה הבעל והאדון וכו'. אין להוכיח מלשון זה דרבינו סבירא ליה כר' מאיר דמה שקנתה אשה קנה בעלה, דיש לומר דאדרבה מדהבעל אינו קונה אלא הפירות ולא הגוף שמע מינה דסבירא ליה בהיפך, אך מסקנא דרב ששת בקדושין דף כ"ג [ע"ב] דכשם שמה שקנה עבד קנה רבו כך מה שקנתה אשה קנה בעלה.

הלכה יג

נתן מתנה לאשה ע"מ שאין לבעלה רשות בה וכו'. הדבר מבואר כשמש דרבינו פסק כשמואל דבעל מנת מה שתרצי עשי אף דגרע ממה שאת נותנת לתוך פיך מהני, דאילו לרב מתניתין דוקא קתני וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל, ולא ידעתי מאי האי דכתב הרב כסף משנה ז"ל כתב הרב המגיד שפסק המחבר כשמואל דדיני נינהו, ויש לתמוה עליו דאדרבה כרב פסק וצריך טעם למה ע"כ, ואיני יודע לשער איך פשיטא ליה דפסק כרב עד שנתקשה לו דצריך טעם למה פסק כרב, ועוד דהרב כ"מ עצמו בפ"ז דהלכות נדרים הל' י"ז הביא על דברי רבינו כל דברי הר"ן ז"ל שכתב בפשיטות דרבינו פוסק כשמואל אלא שמיצע את הדרך, גם בפ"א דהלכות עירובין ה"כ כתב בשם הר"ן פ"ב דביצה דהא דאוקמוה בנדרים בשיש לה בית באותו חצר הני מילי לר' מאיר דאמר אין קנין לאשה בלא בעלה אבל לרבנן דפליגי עליה לא צריכינן שתהא לה חצר באותו מבוי וזה דעת רבינו והרי"ף עכ"ל, וידוע דרב כר' מאיר אמרה לשמעתיה כדאיתא התם

להדיא, דלשמואל דסבירא ליה כרבנן לא צריכינן להך אוקימתא גם קושיות אחרות הקשה עליו הרב תוספות יו"ט ז"ל שם בנדרים, והרב גידולי תרומה דף שע"ו ומה נעני אנן יתמי דיתמי.

הלכה יד

וכן אם אמר לעבד וכו' או ע"מ שתעשה בהם וכו'. הלשון מגומגם דמשמע דהעל מנת שתעשה בהם כל מה שתרצה הוא דבעינן בלא רשות האדון, אבל בעל מנת שתאכל בהם וכו' לא בעינן שיאמר בלא רשות האדון, ואילו בתנאי האשה הצריך בלא רשות האדון בשתיהם כמבואר, ובדפוס "מגדל עוז" ראיתי שנמחק האי או על מנת עד תיבת שלך, ונראה שגם אותה גירסא אינה מכוונת דלמה ישמיט רבינו חלוקא זו בדין העבד, הרי דין העבד מוסכם דמה שקנה עבד קנה רבו ובהכרח צריך תנאי גמור ומוחלט לשיזכה לעצמו, לכך נראה דבהכרח כוונת רבינו דהך בלא רשות אדון אכולהו קאי דסמך על המבין, דודאי דין העבד כדין האשה ולא נשתנה אלא בעל מנת שתצא בהם לחירות דזה לא שייך גבי אשה, והתוספות יו"ט ז"ל חלק על דברי הר"ן ז"ל בפירוש כוונת רבינו מכח דקדוק זה, ולענ"ד העיקר כמו שכתבתי. ועיין בשו"ת לחם רב ז"ל סי' י"ב שנתאמץ להקשות על רבינו ע"פ דברי הריב"ש ז"ל סי' רט"ו שכתב דלרבינו גם שמואל כר' מאיר ותירוץ הגמרא כגון שיש לה חצר באפי נפשה וכו' אתי גם לשמואל, וכיון שכן תקשה לרבינו דבפרק א' דעירובין לא חילק רבינו שום חילוק, והרואה יבחין שדברי הר"ן ז"ל עיקר.

הלכה טו

הנותן כל נכסיו לעבדו קנה עצמו וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, ואפילו במסיים בפירוש המטלטלין שהוא משייר וכו', ע"כ. זה לא נתבאר בדברי רבינו כאן, אך בריש פ"ז דהלכות עבדים ביארו רבינו וגם שם כתב לפיכך הכותב לעבדו עצמך וכל נכסיי קנויין לך חוץ ממקום פלוני או חוץ מטלית פלוני אין זה כורת והגט בטל וכו', וקצת תימה על הרה"מ ז"ל שהוצרך לזה מסתימות לשון רבינו שהרי כתב ולשון המחבר נוטה ללשון הרי"ף ז"ל ע"כ, שהרי מפורש הוא בדברי רבינו, וכן הקשה הרב לח"מ ז"ל.

פרק ד

הלכה א

המקבל את המתנה וכו' או איני מקבלה וכו'. כבר ידוע מה שכתב הרב המגיד ז"ל בביאור דעת רבינו, והקשו על דבריו הרבה הרב לח"מ והרש"ך חלק ב' סי' קכ"ב

ומהרשד"ם אבן העזר סי' קע"ט והמשנה למלך ז"ל, דבאמת דבריו מגומגמים ותמוהים, גם דברי הרב כסף משנה ז"ל דחוקים הרבה עיין עליו, ותו מה שכתב [רבינו] הא דמום זה נראה לי בה מהיכן הוציאו רבינו, והנני אחר עקבותיהם ז"ל כננס על גבי ענק נראה לענ"ד דרבינו ראה על נכון הגירסא דבפרק השולח שנראית הפוכה מהגירסא שבפרק אשם תלוי ויישב שניהם ברוחב תבונתו, דבפרק אשם תלוי דף כ"ד [ע"א] קאמר ריש לקיש הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשי בה כל המחזיק בה זכה בה, ומאי שנא מהא דאמר רבה בר אבוה אמר רב ששת ואמרי לה אמר רב אבהו אמר רב ששת, מקבל מתנה שאמר לאחר שבאת המתנה לידו מתנה זו תיבטל, מבוטלת, אי אפשי בה, דבריו קיימים, בטילה ואינה מתנה לא אמר כלום, מאי לאו דבריו קיימים דהדרה למריה לא דבריו קיימים והוא נמי לא קני לה וכל המחזיק בה זכה בה וכו', ע"כ. הרי דמפרשי הא דרב ששת דקתני דבריו קיימים לענין הפקר דכל המחזיק בה זכה, והקדים רבינו בצחות לשונו דברי ריש לקיש דהיינו

איני רוצה בה ואיני מקבלה דהיא היא,

או הרי היא בטילה דהיינו תבטל דקתני רב ששת

או שאמר מום זה נראה לי בה דהיינו מבוטלת דקתני רב ששת, ומשום דהיינו תבטל היינו מבוטלת לכך ביאר רבינו דמבוטלת דקאמר רב ששת היינו מחמת מום גלוי הנראה בה וכמו שכתב הרב כסף משנה ז"ל, ודייק לשון רבינו שכתב

או שאמר מום זה נראה לי בה, דזה מורה באצבע ולכך היא מבוטלת.

וחלוקא דבטילה ואינה מתנה וחוזרת לבעלים הראשונים הביאה רבינו הל' י"ג וז"ל: מקבל מתנה שטען ואמר זו שתחת ידי אינה מתנה בידי אלא שומר אני עליה וכו', או שאמר בטילה היתה מתחילתה וכו', ותחזור לבעליה ע"כ. הרי שהזכיר אלו השני חלוקות וביארם לפי רוחב תבונתו, והרב המגיד ז"ל לא הזכיר שם מהיכן הוציאה רבינו, אלא כתב דפשוט הוא וכו', אמנם לפי דרכנו הם סיום דברי רב ששת כאמור, מעתה ההיא דריש פרק השולח דלא איירי לענין הפקר אלא לענין אי לשון בטל מעיקרא משמע או להבא מייתי שפיר מימרא דרב ששת, דלענין זה דבריו קיימין, והכי איתא התם, תנו רבנן בטל הוא, אי אפשי בו, דבריו קיימין, פסול הוא, אינו גט, לא אמר כלום, למימרא דכל לישנא [דבטל לישנא] דליבטיל משמע והאמר רבה בר רב איבו אמר רב ששת וכו', בטלה היא אינה מתנה דבריו קיימין, כלומר לענין דחוזרת לבעליה הראשונים דבטילה היא לשעבר משמע, ומתרץ אביי בטל שתי לשונות משמע וכו', גבי גט לישנא דמהני ביה קאמר, גבי מתנה לישנא דמהני בה קאמר ע"כ. נמצא דדברי רב ששת יתפרשו כפי

עניינם, דכי גרסינן בהנהו תרי לא אמר כלום הכוונה לענין הפקר, וכי גרסינן דבריו קיימין היינו לענין דלא קנאה הוא אלא חוזרת לבעליה הראשונים דהיא היא, ואין כאן שום סתירה בדבריו ודברי רבינו נכונים.

הלכה ב

המזכה לחבירו וכו' כיון שהחזיק בה אחר וכו'. מבואר יוצא ממה שאיתא בפ"ק דגיטין דף י"א [ע"ב], והרב המגיד כתב בשם הרמב"ן ז"ל, ומכלל זה אתה למד שכל דבר שבחובה אין חבין לו לאדם שלא בפניו ואע"פ שנתרצה לו שלעולם אין חבין לו לאדם אלא מדעתו ובשליחותו ע"כ, הלשון מגומגם במה שכתב ואע"פ שנתרצה לו דמשמע שמתחילה נתרצה ואח"כ צווח, ואם זאת כוונתו הרי כתב רבינו דכששמע המקבל שתק ואח"כ צווח הרי זה ספק, ועוד שסיים הרה"מ בשם הרמב"ן שלעולם אין חבין לו לאדם אלא מדעתו, משמע שיש חילוק בין מדעתו לנתרצה, וכן נראה מסיום דברי הרה"מ ז"ל שכתב, וכן עיקר דבמה שהוא חובה גמורה אפילו נתרצה לאו כלום הוא, אם לא שנאמר דכוונת נתרצה היינו ששתק ולא אמר כלום, דבעלמא שתיקה כהודאה דמיא, אפילו הכי כשהיא חובה גמורה בעינן דווקא שתהיה מדעתו דהיינו בדיבור גמור ומוחלט, ולא דמי לדינו של רבינו במקבל מתנה דאין זה חובה גמורה דהא רובא דעלמא חפצים במתנה, ומדברי רבינו שכתב על הך דינא הא דאין חבין לאדם אלא בפניו פשוט הוא דזה שזיכה ע"י אחר לא היה בפני המקבל, וכן נראה ממה שכתב רבינו בפרק ל' דהלכות מכירה המוכר שמכר וזכה בהם הלוקח שלא מדעתו יד הלוקח על העליונה וכו', ומזה תמה הרב בעל הפרישה ז"ל בחו"מ ריש סי' רמ"ג על הרב בית יוסף ז"ל, שהביא על דין זה פלוגתא דרשב"ג ורבנן פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ח) [ע"א] בכותב נכסיו לאחר והיו בהם עבדים וכו', ומיירי בצווח מעיקרא [וכתב] דההיא מיירי בזיכה ע"י אחר בפניו והכא בשלא בפניו היא עיי"ש, גם הרה"מ ז"ל לא ציין בדין זה אלא מההיא דפרק קמא דגיטין, ומכל מקום אין כל כך תמיהה על הרב בית יוסף ז"ל כיון שהדין אמת.

ואין חבין לו אלא בפניו וכו'. מברייתא דפרק יש נוחלין (בבא בתרא דף קל"ז) [ע"ב] יש ללמוד דאפילו בצד אחד שהוא לחובה אף שהרוב אינו חובה אמרינן אין חבין מכח אותו צד, דהא כותב נכסיו לאחר והיו בהם עבדים אפילו שלא אמר אי אפשי אלא מצד העבדים שאינו רוצה לזונן אמרינן אין חבין בכולה מלתא וכן הוכיחו הפוסקים ז"ל.

הלכה ג

זיכה לו ע"י אחר וכששמע המקבל וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, ואם [הם] נסתפקו מי יכריע וכו', ע"כ. נראה דלא כתב כן אלא לדעת רבינו שפסק כן, שהרי מצינו להרא"ש

ז"ל שנראה שפסק כתנא קמא וכן יש לדקדק מדברי הרי"ף וכן פסק רשב"ם ז"ל כמו שכתב הרב בית יוסף חו"מ סוף סי' רמ"ה, אמנם רבינו הוא דפסק דהוי ספק, וכן פסק בפ"ט דהלכות תרומות ה"ו לענין העבדים עיי"ש.

הלכה ד

ראובן שרצה וכו' או תן מאה זוז לשמעון וכו'. חלוקא דזכי שכתב רבינו היא מוסכמת פרק קמא דגיטין ובכל התלמוד, אך חלוקא דתן היא סברת רבינו, והרב כסף משנה ז"ל כתב דטעמו דכיון דלא אשכחן שמיעטו אלא הולך דלא הוי כזכי לית לן למעוטי תן וכו', ושוב הביא דבירושלמי איתא להדיא דתן לאו כהולך דמי, אך רבינו תפס עיקר לסברת ר' יוחנן פ"ק דגיטין דסבר דתן הוא כזכי עיי"ש, וראיתי להתוספות בגיטין דף י"ב ע"א בד"ה כל האומר תנו וכו', שהביא משם ר"י דבתוספתא קתני להדיא תן מנה זה לפלוני במתנה או הולך וכו' רצה לחזור חוזר עיי"ש, וכיון שכן הדבר קשה לשמוע איך פסק רבינו היפך התוספתא והירושלמי, ובפרט להקושיא שהקשו שם התוספות בשם ר"ת ז"ל מהברייתא דהתם דף י"ד [ע"א] דקתני הילך מנה לפלוני שאני חייב לו תן מנה לפלוני שאני חייב לו וכו', וכן בפקדון אם בא לחזור אינו חוזר, ואי במתנה תן הוי כזכי למה הוצרכה הברייתא לחלוקא דתן, דכיון דכבר אשמועינן דאפילו הולך הוי כזכי לענין מלוה ופקדון כל שכן תן דאפילו במתנה הוי כזכי, אלא ודאי דתן במתנה לא הוי כזכי עיי"ש. ושבח להשי"ת שנחה דעתי במה שמצאתי לרבינו פרק ט"ז דמלוה ולוה הל' ב' שכתב וז"ל: היה ראובן חייב לשמעון מנה ואמר ללוי הולך מנה זה שאני חייב לו אם בא לחזור אינו חוזר וכו', ומדלא העתיק לשון תן כדברי הברייתא זה מורה באצבע שלא היה גורס בהך ברייתא לישנא דתן, וכיון שכן אזדא לה קושית ר"ת ז"ל, ומכח דברי ר"י והך ברייתא נסתייע רבינו לפסוק גבי מתנה דתן כזכי דמי, והכי מוכח בפ"ד דהלכות שאלה ופקדון.

הלכה ה

ובקש שמעון ולא מצאהו יחזיר לראובן וכו'. אין פירושו שמת, דזה כתבו רבינו אחרי זה, אלא שלא מצאהו הכוונה כפשוטו שלא היה באותו מקום ואף שעדיין הוא חי, מכיון שלא אמר לו אלא לשון הולך כמו שכתב הרב המגיד ז"ל ויכול לחזור בו לכך יחזיר לראובן, אכן אכתי קשה דלמאי איצטריך רבינו לחלוקא דמת שמעון בחיי ראובן וכו', השתא ומה אם כשבקש ולא מצאו אף שעדיין הוא חי יחזיר לראובן לא כל שכן וקל וחומר במת, אם לא שנאמר דאיצטריך משום סיפא, דאם אין ראובן קיים דהיינו שמת אחר שמעון קודם שישוב השליח אפ"ה יחזיר ליורשי ראובן.

הלכה ו

ואפילו אשת איש ועבד ושפחה וכו'. ביאר הרב המגיד ז"ל דאפילו עבד כנעני קאמר, ואף דכותי אינו זוכה מפני שאינו ראוי לשליחות שאני עבד ושפחה שהם בתורת שליחות הואיל ושייכי בקצת מצוות כמו שכתב רבינו ריש פ"ב דשלוחין ושותפין, דבמשא ומתן ישנן בתורת שליחות, ושפחה שכתב רבינו נראה דהיינו דוקא כנענית דאילו עברית לא יתכן אלא באמה העבריה דעדיין קטנה היא. ואם הביאה סימני גדלות פקע שעבודיה כמו שכתב רבינו פרק ד' דהלכות מכירה.

אבל העכו"ם אינו זוכה וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל מההיא דאיזהו נשך דף ע"א [ע"ב], והקשה הרב לחם משנה ז"ל דההיא בזכין לו ע"י אחרים היא אבל לשיזכה הוא לאחרים מנא ליה, דהא קטן יוכיח דאף דאתי לכלל שליחות לא זכי לאחרים עיי"ש, ולענ"ד נראה דקל וחומר הוא לגבי כותי, דאם אפילו לזכות ע"י אחרים דבני שליחות נינהו לא מהני ולא קני דכותי לאו בר שליחות הוא כלל, כל שכן וקל וחומר לשיזכה הוא לאחרים, והקדים רבינו מה שהוא פשוט יותר לפי האמת כיון שדין זכיה מדין שליחות נגעו בה, ועיין בפרק ב' דשלוחין.

הלכה ז

קטן וכו' זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, ופירוש זוכה כשיש דעת אחרת מקנה הא לאו הכי אין לו זכיה וכו', ע"כ. הרב ש"ך ז"ל חו"מ סי' רמ"ג ס"ק ו' כתב דאף שכן כתבו הר"ן ושאר הפוסקים ז"ל, דדוחק להמציא חילוק שלא נזכר בש"ס, והכריח הוא ז"ל דההיא דמציאה היא בקטן שעדיין לא הגיע לצרור וזורקו אגוז ונוטלו, ולעולם דבגדול שהגיע לגדר זה זוכה לעצמו מן הדין, ונסתייע מהירושלמי פ"ד דמעשר שני עיי"ש. ושוב נתקשה מהסוגיא דפ"ק דבבא מציעא דף י"ב [ע"א] דקאמר וסבר רבי יוסי קטן אית ליה זכיה והא תנן מציאת חרש שוטה וקטן יש בהם משום גזל מפני דרכי שלום, רבי יוסי אומר גזל גמור ואמר רב חסדא גזל גמור מדבריהם וכו', ואם איתא לשני דקטן דאמר רבי יוסי היינו שהגיע לצרור וזורקו אגוז ונוטלו, לא קשיא מידי דא"כ היאך פליגי רבנן עליה דרבי יוסי דהא קאמר בירושלמי דקטן שהגיע לזכיה זוכה במציאה אף לרבנן עכ"ל. ודבריו נראין אף דגם לדידיה קשה קצת דגבי מציאה אמרו קטן סתמא ולא חילקו בגמרא בו שום חילוק, וגם לא ראיתי לשום פוסק מהאחרונים שתפס שיטה זו כי כולם נמשכו אחר דברי הרב המגיד ז"ל עיין עליהם, גם מה שכתב מעיקרא שלא נמצא חילוק זה בגמרא, אמת דבקטן לא נמצא להדיא, אך עיקר החילוק דדעת אחרת מקנה אותו שאני נמצא בכמה מקומות בתלמוד גבי מעשה דרבן גמליאל וזקנים וכו'.

וכן השוטה אינו זוכה וכו'. כפי שיטת הרב המגיד ז"ל דפירש גבי קטן דזוכה לעצמו היינו כשיש דעת אחרת מקנה אותו, מעתה כשכתב רבינו וכן השוטה היינו אפילו ע"י דעת אחרת מקנה אותו, וכן דעת הסמ"ע חו"מ סי' רמ"ג דלא כהרב עיר שושן ז"ל שפירש דאם דעת אחרת מקנה אותו זוכה לעצמו, והרב כנסת הגדולה ז"ל כתב שם דאינו זוכה אפילו לעצמו, ולשון "אפילו" מגומגם, וגם הסמ"ע לא הזכירו ונראה דט"ס הוא.

אבל החרש זוכה לעצמו וכו'. לא מצאנו גילוי לזה שם וכבר נתעורר בזה הרב לח"מ ז"ל, ולענ"ד נראה דט"ס הוא בדברי רבינו וצריך להגיה בהלכות מכירה והוא בריש פרק כ"ט, ששם כתב דחרש וקטן תקנו חז"ל שיהיו מעשיהם קיימין משום כדי חייו עיי"ש, שוב זכיתי ומצאתי כדברי בבית יוסף חו"מ סי' רמ"ג מחודש כ'.

הלכה ח

כיון שהגיע המתנה לחצירו וכו'. אין לטעות בדברי רבינו דדוקא מתנה קאמר משום דדעת אחרת מקנה אותו, דהא גבי מציאה ג"כ פסק כן בפרק י"ז דגזילה ואבידה הל' ח' עיי"ש אלא נקט מתנה משום דבדידה קעסיק ואתי.

הלכה ט

ויאמר זכתה לי שדי וכו'. לשון המשנה פ"ק דמציעא דף י"א [ע"א] והתוספות ז"ל שם הכריחו דאע"ג דלא אמר זכתה לי זכתה לו מדאמרינן התם דף [י' ע"א] אי תיקון רבנן דליקני כי לא אמר מאי הוי, ועוד דקיימא לן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלמא אע"ג דלא אמר קני, ומתניתין נקט הך לישנא משום סיפא דאפילו אמר כיון דרץ כדרכו לא קני עכ"ל. ורבינו אפשר דלא פליג אתוספות ולישנא דמתניתין נקט, אמנם בפרק י"ז דהלכות גזילה ואבידה הל' ח' כתב להדיא, ואם אינו עומד שם או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי כל הקודם זכה ע"כ, הרי דאמר דוקא, ולכך צריך לומר דרבינו מפרשה דדוקא קאמר דבעינן שיאמר בפירוש וכדעת התרצן דהתם דקאמר, הכא במאי עסקינן דלא אמר אקני, וס"ל לרבינו דדייק לה ממתניתין דזכתה לי שדי, והמקשן שהקשה לו כי לא אמר מאי הוי סבירא ליה דמתניתין לאו דוקא ומשום סיפא נקט לה. והכרח האחר שכתבו התוספות מההיא דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, קל לדחות לדעת רבינו, דההיא אוקמוה בגמרא בחצר המשתמרת והא דזכתה לי שדי היא באינה משתמרת שהם דברי רבינו.

וכן ד' אמות של אדם וכו' קונין לו וכו'. בספר כתב יד קדמון מצאתי כתוב וז"ל: אפשר שכיון רבינו למה שכתב הראב"ד ז"ל, שאין ד' אמות קונות אלא בעומד אבל במהלך

לא, ודייק לה מההיא דהיתה מהלכת ברשות הרבים וזרק לה גיטה בתוך קלתה, דאל"כ תקנה לה ד' אמות דידה ע"כ.

ומה שכתב רבינו

עד שיגיע מתנה לידו, לאו דוקא קאמר דהוא הדין מציאה וכמו שכתב פרק י"ז דגזילה ואבידה הל' ח', והכא נקט מתנה משום דבה קעסיק ואתי.

וקטנה תזכה לה חצרה וד' אמות שלה וכו'. מדכתב רבינו סתם משמע דאחילוק שכתב לעיל בסמוך קאי, דבחצר המשתמרת אין צריך להיות עומד בצידו, משא"כ באינה משתמרת, אמנם רש"י והתוספות פ"ק דמציעא דף י"ב [ע"א] כתבו גבי הא דאמר רב אשי התם חצר איתרבאי משום יד ולא גרעא משליחות, ופירש"י הלכך כי ליתי' בחצרו דליכא לדמויי לידה דאינה סמוכה לה תיפוק לה זכייתה משליחותה וכו', ע"כ, משמע להדיא דבעינן שתהא סמוכה לחצרה דוקא דומיא דידה, וכיון שכן בחצר המשתמרת דלא בעינן שיהא עומד בצידו גבי אשה לא קנתה דדומיא דידה בעינן, וכן דעת התוספות שם, וכן כתב הרב ש"ך ז"ל חו"מ סוף סי' רמ"ג, ויש לתמוה על הרב המגיד ז"ל שסתם ולא נתעורר מזה.

הלכה י

ואם אמרו לאותן העדים וכו' לא קנה וכו'. דברי רבינו מגומגמים במה שכתב, ואם אמרו לאותם העדים וכתבו ונתנו למקבל לא קנה, דזה שפת יתר, דכיון שכבר העדים שבעיקר הציווי אין זה כלום פשיטא [בזה] ודאי ואין צריך לומר דאם עשו לא הועילו כלום, אם לא שנאמר בדוחק דאשמועינן רבותא דאפילו כתבו ונתנו המתנה עצמה למקבל דהשתא לא הוו מילי לחוד אפי' הכי לא קנה, אמנם הטור ז"ל חו"מ סי' רמ"ד העתיק בדברי רבינו, ואם אמרו לעדים כתבו וחתמו למקבל לא קנה, ולא הזכיר לשון נתינה כלל, ולדידיה צריך לומר דסיומא דלישנא הוא. וקצת יש לתמוה על הרב ב"ח ז"ל שם שביאר לשון זה של רבינו דלרבותא נקט הרמב"ם הכי, דלא תימא אם לא אמר לעדים אלא כתבו והם בעצמם חתמו דלא קנה, אלא אפילו עשו כאשר צוה דאמרו לעדים כתבו וחתמו ותנו וכו', ע"כ. ומלבד הדוחק המבואר קשה עוד דבלשון רבינו שהובא שם בטור אין שם תיבת נתינה בחלוקא זו, דלפירושו זהו עיקר החידוש, והנה הראב"ד ז"ל כפי הגירסא שלפנינו כתוב לא קנה, אמר אברהם הוא הדין אם אמר להם תנו, ובדפוס "מגדל עוז" כתוב והוא הדין אם אמר לו תנו צריכים הם לכתבו ע"כ. ויש שם השגה אחרת מהראב"ד קודם זו בלשון זה שכתוב, והוא הדין אם אמר לו תנו ע"כ. והטור הביא השגה זו וכתוב בה, וכל שכן אם חתמו הם בעצמם והוא הדין אם אמר להם תנו ע"כ,

ולכל הגירסאות יפורשו דברי הראב"ד ז"ל לפי עניינם, אך דברי הרב המגיד ז"ל תמוהים שכתב, ומיהו באומר אמרו לפלוני ופלוני יש סוברים שאף בגט כשר, וכל שכן אם חתמו הם בעצמם והוא הדין ודאי למתנה עכ"ל. פשט הלשון מצד עצמו קשה, דמה שכתב שאף בגט כשר הכוונה דלא מיבעיא במתנה אלא אף בגט, מעתה מהו זה שסיים והוא הדין ודאי למתנה, תו קשה טובא במה שכתב, וכל שכן אם חתמו הם עצמם, דאיך יתכן שאם חתמו הם עצמם יהיה כשר הלא הנותן לא צוה להם שיחתמו אלא שיאמרו לפלוני ופלוני, והיש חולקין סבירא להו דלא הוו מילי ושפיר יכולין לעשות שליחותן, אבל שהם עצמם יחתמו זה לא צוה להם, ותו דאיך יהיה כל שכן הלא נהפוך הוא, וכבר ראיתי להרב לח"מ ז"ל שכתב דט"ס הוא בדברי הרה"מ ז"ל, והדרישה ופרישה ז"ל חו"מ סי' רמ"ד נדחק ליישבו עיי"ש. ודעתי החלושה שזה הכל שכן היה כתוב בהשגת הראב"ד כגירסת הטור ז"ל, והסופרים טעו והדפיסוהו בדברי הרב המגיד ז"ל.

הלכה יא

אבל אם כתב בשטר אתננה לו וכו'. פשט הלשון דלשון אתננה לא מהני אלא א"כ יאמר לעדים והם עשו שליחותו, והרב כסף משנה ז"ל נתקשה לדברי הרב המגיד ז"ל שהביא פי' רש"י, ולא זכיתי לעומק דבריו, ואיך שיהיה מדכתב רבינו עד שיאמר לעדים וכו', משמע דאפילו לשון מעכשיו לא מהני באתננו, וכן משמע ממה שכתב בפ"ח דהלכות מכירה ה"ז האומר לחבירו כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך, דמשמע דבאמכרנה לא מהני לישנא דמעכשיו, וכן דקדק מהר"א ששון סי' קל"ג. אמנם אכתי קשה דמאי איריא דלא נקט שם רבינו לישנא דאמכרנה (הלא) [דלא] מהני בה מעכשיו, הא אף בהרי היא מכורה לך לא סגי במעכשיו, שהרי כתב רבינו וקנו מידו על כך משמע דתרתי בעינן, ולפי זה מה שכתב הרב שם דבכשאמכור שדה אמכרנו לך בעינן קנין ומעכשיו לדעת רבינו עיי"ש, אחרי המחילה הראויה אינו כן, דדוקא בהרי היא מכורה סגי בקנין ומעכשיו, אבל באמכרנה לפי דיוקו ז"ל לא מהני.

ודע ששם עמד הרב ז"ל על דברי הרב בית יוסף חו"מ סי' רמ"ה, דאמה שכתב הטור דאם אמר אתננו אפילו אם קנו מידו לא קנה כתב ז"ל בשם הר"ש בר צמח שכן כתב הרמב"ן בשם הרי"ף וכן נראה דעת הרא"ש ע"כ. ותמה עליו דבאבן העזר סוף סי' נ"א עלה דכתב הר"ש בר צמח דהאומר אתן אינו כלום ואפילו קנו מידו וכו', כתב עליו דיש לתמוה דכיון דקיימא לן דכל קנין כמעכשיו כשקנו מידו לתת אמאי לא קנה וכו', ע"כ. וקשה דאיך תמה על הרשב"ץ ולא תמה על מה שכתב הטור כאן בחו"מ וגם על הרמב"ן והרי"ף, וכל שכן שאין מקום לתמיהתו מעיקרא דהא הך מלתא דכל קנין אי כמעכשיו

היא פלוגתא דרבוותא עכ"ל. וכן הקשה בשמו הרב ש"ך ז"ל שם, ולכאורה היא תמיהה קיימת, אך הרואה שם באבן העזר יראה שכוונתו לאותו ענין דוקא במי שנדר לתת לבת אחותו בשעת נשואין מתנה מרובה דאפילו קנו מידו אינו כלום וכו', ותמה עליו הרב ב"י דכיון דקיימא לן דכל קנין כמעכשיו הוא כשקנו מידו לתת מתנה אמאי לא קנה וכו', והרמב"ם ג"כ כתב איש ואשה שהיו בניהם שידוכין ואמר לה כמה מכנסת לי כך וכך וכו', שקונין באמירה וכו', וכן כתב המרדכי, וכשהאיש והאשה פוסקין לעצמן כל שכן דנקנין באמירה דבההיא הנאה דמחתני אהדדי גמרי ומקנו עכ"ל. הרי דכל עצמו של הרב ב"י ז"ל לא בא לחלוק על הרשב"ץ ז"ל אלא לענין דינו, דכיון שנדר לבת אחותו בשעת נשואין הו"ל דברים הנקנין באמירה בעלמא, ואפילו למאן דאמר בעלמא דקנין אינו כמעכשיו בנדון זה יודו [כולם], ולבאר לנו שזו היא כוונתו הביא ז"ל דברי הרמב"ם והמרדכי ז"ל כמבואר, וזהו הטעם שלא חלק על הטור בדין מתנה אלא אדרבה הביא פוסקים שסבירא להו הכי.

הלכה יב

חוששין שמא זיכה לו ע"י אחר וכו'. רבינו העתיק כלשון הברייתא, וביאר הרב המגיד ז"ל, פירוש ואין בדברי המקבל כלום וכן מפורש בתוספתא וכו', ע"כ. נראה להדיא שפירוש חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר הכוונה שבודאי כן עשה וכמו שכתבו התוספות והרא"ש שם, אמנם הטור חו"מ סי' רמ"ה העתיק דאיכא למימר זיכה לו ע"י אחר, ומדשינה מלשון הברייתא משמע שהוא מפרש כפשוטו דחיישינן היינו שיש לחוש לזה אף אם אינו ודאי, וכן נראה ממה שכתב שם דאם לא נשאר בידו ממה לפרוע לבעל חובו אלא מזאת המתנה לא מהני הודאתו לחוב לבעל חובו ע"כ. והרב ב"ח ז"ל ביאר שם דמה שכתב הרא"ש דודאי זיכה לא כתב כן אלא גבי עבד דמיתנו אהדדי, וכן פסק הטור ביו"ד סי' רס"ז, אבל גבי מתנה לא כתב כן מכח שהוא חב לאחרים, ושם תמה על הרב המגיד שנראה מדבריו דגם גבי מתנה אמרינן כן, ותירץ דלענין בעל חוב של המקבל אמר הרה"מ דאין בדברי המקבל כלום וכו', עיי"ש. ולענ"ד אין צריך לידחק בזה דודאי מתנה לא עדיפא ממכר דקיימא לן בעל חוב טורף מהלקוחות, ואי במטלטלין קאמר הרי מטלטלי לא משתעבדי לבעל חוב, וכיון שכן הברייתא דאיירי בקרקע פשיטא ודאי דבלא חב לאחרים קאמר דאל"כ לא הוה קתני בתוספתא לא אמר כלום וכיון דאפילו במכר לא מהני כל שכן במתנה. ושוב ראיתי לרבינו פרק י"ח דמלוה ולוה הל' א' שפסק, שהנכסים שהיו ללוה בעת שלוה הוא שנשתעבדו לבעל חוב אבל נכסים הבאים לו אחר שלוה לא נשתעבדו לבעל חוב ואינו טורפן עיי"ש, וכיון שכן דברי הברייתא והרה"מ

ז"ל שרירין וקיימין בנכסים שבאו לו אחר שלוה וכו'. וע"ע להרב המגיד פרק א' דמלוה ולוה הל' ד' ד"ה טען הלוה וכו'.

אם המקבל מתנה הוא שאמר כן וכו' והנותן אוכל וכו'. ראיתי להרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רמ"ה בהגהת הטור אות י"ד שכתב, ראובן שנתן לשמעון מתנת חזקת בית אחד ויצא שטר מתנה מוקדם שנתן ראובן כל חזקות שיש לו לבנו, והבן אומר כי מעולם לא נתן לו אביו חזקת המגאזין נאמן, מהר"ם גאלנטי סי' ס"ו, ומהר"ם אלשיך סי' ס"ד כתב שאינו נאמן. ותמה הרב כנה"ג על סברת הרב גאלנטי תמיהה עד מאוד, דלא דמי לאומר נתתי והוא אומר לא קבלתי דשאני הכא שאין עדים במתנה ולהכי הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אבל בנדון דידן שיש עדים חתומים שנתן לו כל החזקות שלו לאו כל כמיניה להכחיש את העדים, ועוד דאפשר לומר דהבן אינו מכחיש לשטר מתנה שהוא אומר שלא נתן לו חזקה מעולם ושטר המתנה הוא כל החזקות ואף זו בכלל כמו שכתב מהר"ם אלשיך בסי' הנזכר עכ"ל. ותמיהה עצומה היא זו.

אך הרואה דברי הרב גאלנטי יראה שיש מקום להליץ עליו, וזה, שמתחילה ביטל הרב המתנה הראשונה מתרי טעמי, חדא, דלא היה כתוב בה כתובה בשוקא וחתמוה בברא, והוכיח ז"ל מדברי רבינו והפוסקים ז"ל דהמתנה היא בטילה, ועוד שהיתה מתנה טמירתא דכו"ע מודים בה שהרי אחר שנתן לבנו כל החזקות שיש לו בכאן חזר ונתן חזקת המאגאזין שהיתה כלולה במתנה הראשונה לאחר, דזה מורה שהסתיר המתנה הראשונה כדי לקיים השניה, וכיון שכן הרי העדים החתומים בה כמאן דליתנהו דמתנה פסולה היתה, ועוד דהודאת הבן שם לא היתה אלא על חזקת המאגאזין, אבל בשאר החזקות לא הודה, מעתה אין שם הכחשת עדים אלא הודאת בעל דין בלא עדים, ומעתה חזרנו לדין זה אומר נתתי וזה אומר לא נטלתי דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ועוד יש לומר דכיון דקיימא לן דיד המקבל על העליונה משום דאין חבין לאדם אלא בפניו ואם לא ירצה במתנה אין לו לקבלה בעל כרחו, מעתה כיון שהוא אומר שמעולם לא קבלה הרי לגבי דידיה הוי הודאת בעל דין, ומה לנו אם העדים חתמו בשטר המתנה כיון שהוא אומר שמעולם לא קבלה, וזה לא נקרא הכחשת עדים כמו שכתב רבינו לעיל פרק ד' הל' ב', דרבינו כתב לקמן דאפילו אם קיבל המתנה והיא תחת ידו וטוען שומר אני עליה או בטילה היתה מעיקרא או בעל כרחי או באונס או בטעות הוא נאמן, ומי לא עסקינן אפילו שיש עדים בשטר המתנה ואין זו הכחשת העדים דהם לא העידו אלא על הנותן לא על המקבל, ונמצאו דברי הרב גאלנטי ז"ל שרירין וקיימין, ובאמת לא זכיתי

לירד לעומקן של דברים למה הרב כנסת הגדולה ז"ל סמך ידו על דברי מהר"ם אלשיך בזה וחלק על מהר"ם גאלנטי ז"ל שהרי כתב ועוד וכו'.

הלכה יג

מקבל מתנה שטען ואמר וכו'. כבר כתבתי בראש פרק זה מאי דנראה לענ"ד שדין זה הוציאו רבינו מדברי רב ששת דפרק השולח, וכן זכיתי ומצאתי להרב ב"ח ז"ל חו"מ סי' רמ"ה, אף שהרב המגיד ז"ל לא הבין כן, ומ"מ למה שכתב הרה"מ כאן דענין השבועה שכתב רבינו באם תבעוהו בעלי חוב שלו וכו', ע"כ. הקשה הרב לח"מ ז"ל ממה שכתב רבינו פ"ב דמלוה ולוה הל' ב', שאם נמצא לו ממון אחר שנשבע ואמר של אחרים הוא אין שומעין לו עד שיביא ראיה, ותירץ ז"ל דהתם מעולם לא ידענו שזה הממון היה של אחרים אבל כאן ידענו שניתן לו במתנה ושאינו שלו וכו'. גם המשנה למלך ז"ל הקשה ממה שכתב רבינו שם פ"א הל' ד', טען הלוה שמטלטלין אלו שבידי אינן שלי אלא פקדון הם וכו', אין שומעין לו אלא יביא ראיה או יגבה בעל חוב ע"כ. ותירץ כדברי הרב לח"מ ז"ל, אך אכתי קשיא לי דמאחר שרבינו פסק כן בפרק א' למה הוצרך לכופלו שם בפרק ב', ועוד ששם סיים וכן הורו רבותי, והלא לפי פסקו לעיל פשוט הוא ומכל שכן הוא נלמד.

פרק ה

הלכה א

הנותן מתנה וכו' צריך שתהיה גלויה וכו'. פרק חזקת הבתים (בבא בתרא דף מ') [ע"ב] אמר רב יהודה האי מתנה טמירתא לא מגבינן בה, היכי דמי מתנתא טמירתא אמר רב יוסף דאמר להו לסהדי זילו איטמרו וכתבו ליה, ואיכא דאמרי אמר רב יוסף דלא אמר להו תיתבו בשוקא ובבריתא ותכתבו ליה, מאי בינייהו, איכא בינייהו סתמא וכו', איבעיא להו סתמא מאי, רבינא אמר לא חיישינן רב אשי אמר חיישינן והלכתא חיישינן ע"כ. [וקשה קצת מדוע] תחלה בדברי רב יהודה דנקט לא מגבינן ביה ולא אמר לא קנה וממילא כיון דלא קנה פשיטא ודאי דלא מגבינן ביה, ורשב"ם ז"ל פירש לא מגבינן ביה, דשמא נתנה לאחר כבר או לעשותה מודעה לחברתה נתכוון ע"כ, וגם לפירושו קשה דלימא לא קנה וממילא נשמע הטעם וכו', לכך נראה דכוונת רב יהודה דאפילו במציאות שהגיעה המתנה ליד המקבל אפילו הכי אין כח ביד הלקוחות לטרוף אותה, כיון דמעיקרא לא זכה בה ע"פ הדין, ולהכי קאמר רב יהודה לא מגבינן ביה כלומר בהחלט. והנה הדבר מבואר דכי קאמר תלמודא איכא בינייהו סתמא הכוונה על דברי הנותן

שאמר לעדים ע"פ דברי רב יוסף לכולהו לישני, מעתה כי איבעיא ליה לתלמודא סתמא מאי אם הכוונה אאיכא בינייהו סתמא דקאמר לעיל לא הוי לגמרא למימר איבעיא להו דמשמע שהיא בעיא מחודשת, אלא הוי לגמרא למימר מאי הוי עלה, אי נמי הוי לגמרא למימר הלכתא מאי, ואף דרשב"ם ז"ל פירש דקאי אסתמא דלעיל פשטן של דברים לא משמע כן, ויותר נראה לפרש סתמא מאי דקאי לנוסח השטר שבא לפנינו, וכתוב בו סתם, מי ניחוש שאמר לעדים זילו איטמרו וכו', ולכך כתבו סתם או לא, וסלקי הלכתא דחיישינן, כלומר דכיון שכתוב סתם יש לחוש דאמר לעדים זילו איטמרו, וזו נראית כוונת רבינו ז"ל, שהרי כתב לפיכך כל שטר וכו', חוששין לו, והעתיק ז"ל קרקע כשיטת רשב"ם ז"ל שם, שכתב חיישינן וכו', דספק הוא והיכא דקיימא ארעא תיקום ע"כ.

ומכאן קשיא לי למה שכתב המשנה למלך בשם שלטי הגבורים בשם ריא"ז, דלדינא דגמ' נמי אם אמר לעדים כתבו סתם יש להם לכתוב ואמר לנו כתבוה בשוקא דסתמא דמלתא מתנה הגונה צוה להם, ומאי דאמרינן דבסתמא חיישינן היינו כשהשטר היוצא לפנינו הוא סתם ע"כ. ונראה דסברא יחידית היא עיין פני משה ח"א סי' ס"ד ע"כ. ואין לי ספר זה לעיין בו, אך מה שכתב ז"ל שהיא סברא יחידית נראה שגם רבינו סבור כן כאמור, גם מדברי הטור חו"מ סי' רמ"ב נראה שכן דעת הרא"ש ז"ל שכתב וז"ל: האידנא דלא כתבינן בשטר כתבוה בשוקא וכו', משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנה הכי, הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו היה שיכתבוהו כמנהג הסופרין הילכך הוי כאילו אמר כתבוה בשוקא וכו', ע"כ. ודון מינה לדינא דגמרא דכיון דאמר לעדים סתם ודאי דלמתנה הגונה נתכוין, וזו נראית מבוארת כוונת רבינו ג"כ.

נמצאנו למדין שדינו של רבינו אינו אלא בכותב שטר מתנה לחבירו ולא מסר בידו המתנה, דאם מסרה לידו כבר זכה בה, וזה מדוקדק עוד בלשון רבינו שכתב **שזה מערים וכו'**, **שיחזור וימכור אחר שיתן**, ואם אין המתנה בידו איך יערים באויר, וכן מתבאר מתשובות הר"מ אלשיך ז"ל סי' צ"ט, גבי אשה שנתן לה בעלה כלי כסף בליל נשואין בינו לבינה, וכתב ז"ל דמלתא דפשיטא היא שנאמנת האלמנה בשבועה שבעלה נתן בידה אותם החפצים דאין שייך בזה מתנה טמירתא עיי"ש, והדברים עתיקים מדברי רבינו ירוחם שהביא הרב ב"י ז"ל שם להדיא עיי"ש. ומעתה מה שכתוב בשו"ת הגאונים סי' רכ"ו, במי שנתן מתנה לאחד ושוב נתנה לאחר בפניו ולא ערער שזכה השני עיי"ש. מוכרח לומר דההיא בלא זכה בה המקבל הראשון היא, וכבר ביארנו שבקרקע יש לחלק משום דבחזקת מרה קמא קאי, עוד נתבאר שם סי' ס"ד דאף ששטר המתנה כתוב סתם יכולין העדים להעיד שגלויה צוה להם ולא מיקרי חוזרין ומגידין כיון שלשון השטר הוא

מסופק, ולעניין עניים והקדש אי דיינינן בהו דין מתנה טמירתא במחלוקת היא שנויה, עיין להרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רמ"ב בהגהת הטור אות י"ג.

והנה ראיתי לרבינו בעל הטורים ז"ל שכתב וז"ל: וכתב א"א הרא"ש ז"ל האידנא דלא כתבינן בשטר כתבוה בשוקא וכו', משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנה הכי הלכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו היה שיכתבוהו כמנהג הסופרין, הלכך הוי כאילו אמר כתבוה בשוקא וכו'. וכתב עליו הרב ב"י שדבריו נראין כסותרין אלו לאלו, שבתחילה כתב האידנא דלא כתבינן בשטר כתבוה בשוקא וכו', משמע שבזמנו לא הוי כותבין כתבוה בשוקא, ואח"כ בסמוך כתב משום דנהיגי לכתוב בכל שטרי מתנה הכי וכו', ע"כ. וקצת יש לי לתמוה עליו למה לא הקשה כן לדברי הרי"ף שהביא הרבינו ירוחם ז"ל נתיב ט"ו חלק ב' דשמעתתא מרגלן בפומיה דהרב ב"י ז"ל וזה לשונו: וכתב הרי"ף והאידנא שנהגו לכותבו סתמא לא חיישינן מאחר שנהגו לכתוב בכולן וכך אמר לנא כתבוה בשוקא וכו', והוא אמר כתבו לפי המנהג רצה שיכתבו והוי כאילו אמר, וכן כתב רב האיי עכ"ל. והיא סתירה מבוארת יותר מדבריו ז"ל, שהרי הקדים והאידנא שנהגו לכתבו סתמא, דמה שכתב שנהגו לכתוב בלא כתבוה בברא ואח"כ כתב מאחר שנהגו לכתוב בכולן וכך אמר לנא וכו', וכבר נתעורר בסתירה זו הרב כנסת הגדולה בהגהת הב"י אות י"ג עיי"ש. ולענ"ד נראה דאין כאן סתירה כלל, וכוונתו כלפי מה שכתב למעלה סמוך לו שכתב, ורשב"א גריס דלא אמר להו כתבו בשוקא ובהא הוי מתנה טמירתא, וכתב הרי"ף והאידנא וכו', כלומר דהאידנא דנהגו לכתבו דהיינו שנהגו לכתוב ואמר לנא כתבוה בברא וכו', ואמאי לא ניחוש שמא לא אמר כן הנותן והיא מתנה טמירתא, לזה תירץ דמסתמא אין לנו לחוש לזה דמאחר שנהגו לכתוב בכולן כן והוא אמר לעדים כתבו לפי המנהג רצה שיכתבו, ודייק שכוונתו היא זאת שסיים והוי כאילו אמר ע"כ. וניחא ג"כ שהרב ב"י ז"ל לא הזכיר לשון זה משום דפשיטא ליה שזו היא כוונתו, משא"כ לדברי הטור ז"ל שאי אפשר לפרש דבריו בלי ט"ס, והרב ב"י ז"ל הזכיר דברי הרא"ש ז"ל בפסקיו וכדי להליץ קצת בעד הטור פירש בו שני פירושים, אך הפירוש השני הוא האמת כמבואר בלשון הרא"ש, ולא ידעתי למה נדחק הרב ב"י בפירוש הראשון שהוא רחוק בדברי הרא"ש ז"ל.

ובתשובות הרא"ש כלל [ע"א] סי' [ד'] נשאל על מי שנתן לאשתו קרקע במתנת שכיב מרע ובאים היורשים לבטל המתנה מכח שאין כתוב בה כתבוה בשוקא וחתמוה בברא, והשיב ז"ל שאין המתנה בטילה בשביל זה, ונסתייע מדברי התוספות שכתבו דהאידנא דלא חיישינן לסתמא וכו', הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו שיכתבוה

כמנהג הסופרין ושכן כתב רב האיי גאון ז"ל, ועוד כתב שכיב מרע שאמר לא תגלו הך תפקידתא אלא לאחר מיתה לא הויא מתנה טמירתא וכו', ע"כ. ותשובה זו הביאה הטור ז"ל חו"מ סי' רנ"ג עיי"ש. והיא קשה הרבה דהשאלה היתה על השטר שנכתב בסתמא, ומה השיב בדברי התוספות דאיירו בציווי הנותן, גם לאיזה ענין הזכיר דברי רב האיי גאון במתנת שכיב מרע, והרב כנסת הגדולה ז"ל שם כתב דכוונתו דבשכיב מרע דווקא נאמר דין זה אלא דאגב גררא הזכיר כל דיני מתנה טמירתא עיי"ש, והוא דוחק גמור שהרי שם הזכיר דברי התוספות תחילה ושוב דרך אגב הזכיר דברי רב האיי גאון, ואם איתא הו"ל להזכיר דברי רב האיי גאון תחילה, גם מה שכתב דהזכיר כל דיני מתנה טמירתא קשה דהרי לא הביא שם כי אם דברי התוספות ורב האיי ז"ל, ואם נאמר שכוונת הרא"ש באותה תשובה להכשיר בדיעבד גם בשטר סתמא מלבד דקשה לשמוע דבר זה דנראה היפך הך סוגיא דחזקת הבתים לגמרי, קשה תו דהטור ז"ל סיים שם מתנה טמירתא לא חשיבא אפילו במודעא לבטל מתנה גלויה שאחריה, כגון אם נתן שדה אחד במתנה טמירתא או בסתם שלא אמר כתבוה בשוקא וכו', ע"כ. הרי שהשוה הסתם למתנה טמירתא, ויש מי שרצה לומר שדעת הטור בלשון זה לדינא דגמרא, ואין נראה דהרי הרב ב"י פסק כלשון זה בשו"ע אחר דין שכתב דין האידנא וכו', ותו איכא למידק בדברי הרא"ש שהביא הטור חו"מ סי' רפ"א, בראובן שהניח את אשתו יורשת אחר פטירתו, וביאר שמעכשיו תירש ותנחיל ותחזיק וכו', שהשיב ז"ל דאף דלשון ירושה אינו מועיל מכל מקום לשון ותחזיק לשון מתנה הוא, ותנן כתב לשון מתנה בין בתחילה בין באמצע בין בסוף דבריו קיימין ע"כ. והרי סתם ודאי לא היה כתוב כתבוה בשוקא וכו', ואפילו הכי הכשיר ז"ל, ואין לומר דהתם במתנת שכיב מרע היא וכבר כתב הרב כנסת הגדולה דבשכיב מרע מהני סתמא, הא ליתא דהתם מתנת בריא היתה דלשונו לשון תנאי שמתנה עם אשתו אם הוא יפטר מן העולם קודם עיי"ש.

הלכה ו

הרי הדבר מסור לדיינים כל שדעתם נוטה להעמיד וכו'. משמע שאינו תלוי ברצון נפשו של הדיין אלא כל שדעתו נוטה וכו' ודלא כר"ת שהביאו התוספות ז"ל שהדבר תלוי ברצון הדיין עיין עליו. והרב ש"ך ז"ל חו"מ סי' ר"מ הביא משם הרב דרכי משה שכתב דהר"ן ונמוקי יוסף ז"ל סבירא ליה דמותר ליקח שוחד בשודא דדייני ע"פ פירוש ר"ת ז"ל עיי"ש, ולדידי אני הצעיר קשה לשמוע דבר זה מכמה טעמי, חדא, דא"כ נמצא שגוף המתנה או המכר כולו בא ליד הדיין דהרי כל אחד מהחלקים יוסיף בשוחד עד שיגיע לשיווי גוף הדבר, ועוד דא"כ למה נמסר הדבר לדיין, וכל שכן למאן דסבירא ליה

דשודא דדייני אינו נוהג אלא בדיין מומחה דומיא לר' נחמן בגופא דעובדא, הרי כיון שבאנו לגדר זה הרי כל האדם שוה בזה, ועוד דח"ו לפתוח פתח זה פן תפרוץ הדבר בענייניים אחרים, גם התוספות ז"ל בכתובות דף פ"ה [ע"ב] ובבא בתרא דף ל"ה [ע"א] הקשו לפירוש ר"ת דא"כ יתן הדיין למי שיתן לו שכר יותר, ויש לומר דכל דיין דמקבל אגרא לאו דיינא הוא ע"כ. ובעיקר הדין של שודא דדייני מצינו כיוצא בה בכתובות דף פ"ה [ע"ב] גבי עובדא דשני טוביה וכו', ופסקה רבינו לקמן פרק י"א הל' ב' וגם שם כתב כל מי שדעתן נוטה וכו', אך מצינו במקומות אחרים כל דאלים גבר גבי ההיא ארבא דהוו מנצו עלה בי תרי בבבא בתרא דף ל"ד [ע"ב] ופסקה רבינו סוף פרק ד' דטוען ונטען, וכן בזה אומר של אבותי וכו', דאיתא התם בבבא בתרא ופסקה רבינו שם פרק ט"ו הל' ד', ועוד במקומות אחרים מצינו דיחלוקו גבי שנים אוחזין בריש מציעא ופסקה רבינו שם פרק ט' הל' ז', וכבר נתעוררו התוספות שם בבבא מציעא ובבבא בתרא, אך להא דשודא דדייני לא מצאתי כעת בירור דמאי שנא.

הלכה ח

שאחריות טעות סופר הוא וכן אם הראשון וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, דיש מי שפירש שיטמין שטר המכר אבל אם נודע וכו', ויש מי שכתב דאע"פ שנודע [וכו'], וכתב הרשב"א וכו', אבל כתב לו שטר מתנה מוחלט וכו', ע"כ. לא ידעתי איך יתכן לפי זה המתנה אחר המכר, דבשלמא בסוגיא דפרק נערה שנתפתתה (כתובות דף מ"ד) [ע"א] מצינן לאוקמא בהצניע אותו של מכר וכמו שכתבו התוספות שם, משא"כ ליש מי שכתב ולדברי הרשב"א ז"ל הא מכיון שכבר מכר ויצאה מידו והיתה לאיש אחר באיזה כח יכול הוא לחזור וליתן במתנה מה שאינו שלו, והמשנה למלך ז"ל הניח זה בצ"ע. ולענ"ד אפשר במכר באיזה תנאי ולא נתקיים התנאי שאז נשאר הכח ביד המוכר למוכרו או ליתנו במתנה בהחלט.

הלכה ט

לפיכך כל הפירות שאכל וכו'. הרב לח"מ ז"ל הקשה דכיון דרבינו פסק כרפרם אמאי לא ביאר האיכא בינייהו לאורועי סהדי עיי"ש, והאחרונים ז"ל כתבו דרבינו מספקא ליה ולכך לא ביאר, והכי מסתברא דהיכי פסלינן לסהדי אפומא דחד עיין להמפרשים בחו"מ סי' ר"מ.

פרק ו

הלכה א

לעולם אומדין דעת הנותן וכו' עושין ע"פ האומד וכו'. מדכתב סתם משמע דבין בבריא בין בשכיב מרע קאמר, ואין להוכיח דמדכתב לקמן, וכן הכותב כל נכסיו וכו', בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מרע וכו', וכן הכותב כל נכסיו לאשתו בין בריא בין שכיב מרע וכו', דמדביאר בהנך מכלל דהך רישא לאו בכולל איירי, דיש לומר דהנהו איצטריכו משום דבגמרא איבעיא להו בבריא מאי ולא איפשיטא, משום הכי הוצרך רבינו לבארו, אבל לעולם דגם הך רישא בסתם היא בין בבריא בין בשכיב מרע דכיון דאמדן דעתא הוא היינו הך, והכי מוכח בגמרא [בבא בתרא] דף קל"ב [ע"א] דפריך למימרא דלא אזיל רב נחמן בתר אומדנא והתניא מי שהלך בנו למדינת הים וכו', ואם איתא דיש לחלק בין בריא לשכיב מרע מאי מותיב לרב נחמן, אכן מצינו להרמב"ן ז"ל הביאו הטור חו"מ סי' רמ"ו דסבירא ליה דהך דמי שהלך בנו למדינת הים בשכיב מרע דוקא היא אבל בבריא כיון דשביק נפשיה לבריה נמי שביק, והוא דבר רחוק מן השכל דאיך יכתוב כל נכסיו לאחרים ויצטרך הוא לבריות.

כיצד מי שהלך בנו למדינת הים וכו'. אין לדקדק דדוקא בנו קאמר משום דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, וכדקיימא לן במזכה לעובר דבעלמא לא קנה משום דהוי דבר שלא בא לעולם ובבנו קנה מטעמא דדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמו שכתב הטור חו"מ סי' ר"י ורנ"ג, זה אינו, דכיון דמשום אמדן דעת נגעו בה היינו בנו היינו כל מי שראוי ליורשו וכן פירשו הפוסקים ז"ל, אף שבאמת נראה שיש לגמגם בדבר, שהרי שם בגמרא דף קל"ב [ע"א] אמרו עלה אומדנא דמוכח שאני, ואפשר שזו היא כוונת הרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רמ"ו בהגהת הטור אות י"א שגמגם על הוראת הרב מלובלין סי' ק"ח, במי שנתן כל נכסיו ואח"כ מתה אשתו ונשא אשה אחרת ונולדו לו בנים שפסק דגם בזו אזלינן בתר אומדנא עיי"ש, הגם שהרב כנסת הגדולה ז"ל מכת הסוברים דלאו דוקא שמע שמת בנו דהוא הדין לשאר יורשין כמו שכתב שם אות י"ג.

ושמע שמת וכתב כל נכסיו לאחר וכו'. כתב הרב כנסת הגדולה בחו"מ סי' רמ"ו בהגהת הטור אות י"ד, וזה לשונו: הך ברייתא על כרחך בשאין לו בנים אחרים מיירי, דאם יש בנים אחרים ואעפ"כ כתב נכסיו לאחרים הא ודאי פשיטא דמתנתו קיימת דבטלה האומדנא, ואי מיירי בשיש לו בנים אחרים ולא כתב לאחרים אלא חלק המגיע לבן ששמע שמת פשיטא דמתנתו בטלה, אלא ודאי בשאין לו בנים אחרים מיירי ע"כ. ואחרי המחילה הראויה החלוקא האמצעית שכתב ז"ל אגב שיטפיה כתב כן, דאיך יתכן לפרש

ברייתא זו במחלק נכסיו לבניו וחלק הבן ששמע בו שמת נתנו לאחרים והרי הברייתא [אמרה] שנתן כל נכסיו לאחרים ולא מקצתן.

מתנה גלויה גמורה ואח"כ בא בנו וכו'. כן העתיק השו"ע חו"מ סי' רמ"ו, וכתב עלה הסמ"ע ז"ל לאפוקי טמירתא ע"כ. ואין נראה דהא ודאי מאי דנקט מתנה גלויה לרבותא נקטיה דאפ"ה אין מתנתו קיימת, ודוחק לפרש דהלא שייר דסיפא קאי דההיא מלתא דפשיטא היא.

הלכה ב

וכן הכותב וכו' בין שהיה בריא בין שהיה שכיב מרע וכו'. מימרא דשמואל בבבא בתרא דף קל"א [ע"ב], אך קשה דכיון שהוא בנו וראוי ליורשו הא קיי"ל כר' יוחנן בן ברוקא במתניתין התם דף ק"ל [ע"א] דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין, וראיתי להרמב"ן ז"ל בשיטתו שתירץ בשם ר"ח והרי"ף ז"ל דהא דשמואל בכותב, ופירש ר"ח דשטר אית ליה קלא, וכיון דלאפוטרופוס מתכוין ניחא ליה דליפוק עלה קלא כי היכי דלישתמען, ורשב"ם מפרש דהא דשמואל דאמר בלשון מתנה, וההיא דר' יוחנן בן ברוקא דאמר בלשון ירושה, והר"י הלוי תירץ דאי אמר להדיא לא בעיא דתהווי אפוטרופוס ומתנה גמורה ויהיבנא לה קני כר' יוחנן בן ברוקא וכו', עיי"ש. ובשו"ת שי למורא סי' מ"ו הביא משם הרב בעל העיטור דאין לחלק בין אומר לכותב, אלא החילוק הוא בין אומר נכסי לבני פלוני או לאשתי, לאומר לשון מתנה או ירושה, ועל דברי הר"י הלוי הוסיף הטור בשם רבינו יונה ז"ל דלאו דוקא שיאמר בפירוש שלא נתכוון לאפוטרופוס אלא הרי הוא ניכר מתוך לשון השטר שכוונתו היא כך, כגון שכתב ותהא רשאה למכור וליתן למי שתרצה וכיוצא באלו הלשונות עיי"ש.

הלכה ג

בד"א שכתב לבן בין הבנים אבל אם כתב וכו'. הרב המגיד ז"ל כתב דעת הרי"ף ז"ל שמחלק בין כותב לאומר, ויש חולקין, וסיים דרבינו הביא המימרא כפשטה, והרב כסף משנה השיג עליו דאישתמיטתיה מה שכתב רבינו פרק ו' מהלכות נחלות דאל"כ הוה ליה לכתוב ודעת רבינו כדעת הרי"ף ע"כ. ושם בהלכות נחלות ביאר רבינו החילוק שבין אומר לכותב, ושם כתב הרב המגיד שכן דעת הרבה מהגאונים וכבר נתבאר פרק ו' דזכיה ומתנה ושם ביארתיו ע"כ. מזה הלשון משמע דלא אישתמיטתיה אלא דלא חש לבאר שדעת רבינו כדעת הרי"ף מפי שאין זה מקומו, ולכך סתם וכתב דהמחבר הביא מימרא כפשטא כלומר כאן, וכעין זה מצאתי להרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רמ"ו בהגהת הב"י אות י"ט בשם הרש"ך חלק ג' סי' י"ב.

הלכה ד

וכן הכותב כל נכסיו לאשתו בין בריא וכו'. הא דבריא היא בעיא דלא איפשיטא בגמרא, וכתב הרב המגיד בשם הרב אבן מיגש דלקולא עבדינן עיי"ש, והקשו על זה הפוסקים ז"ל דמכל מקום כיון דלא איפשיטא היה לו לרבינו לבאר דאם תפס אין מוציאין מידו כדרכו במקומות אחרים עיין עליהם, ואפשר דבמקום ירושה דאורייתא לא רצה לכתוב כן שלא יבואו למקרה, ודין האשה כדין הבן, הן אמת שיש לדקדק בדין הקנין שביארו רבינו בדין האשה ולא ביארו בדין הבן שממנו נלמד, וכן נתעורר הרב כנסת הגדולה שם אות ט', ויש ליישב בקל. ולשון אע"פ שכתב רבינו לא יצדק אלא בשכיב מרע דבבריא בלא קנין פשיטא דלא קני וכמו שכתב הרב בית שמואל אבן העזר סי' ק"ז.

הלכה ו

הכותב כל נכסיו לאחד מבניו ולאחר וכו'. והרשב"ם ז"ל בבבא בתרא דף קל"א [ע"ב] ביאר דכתב כל נכסיו לבנו או לאחר עיי"ש, ומכל מקום יש פנים מאירות לדברי רבינו עיי"ש.

הלכה ח

כל אשה שקנתה כל נכסי בעלה במתנה וכו'. מבואר הדבר שאם היא מחתה במתנה זו ולא רצתה לקבלה מחאתה מחאה, דאין נותנין מתנה לאדם בעל כרחו כמו שכתב רבינו לעיל פ"ד ה"ב, ושם נתבאר היכא דשתקה ואח"כ צווחה. ומה שכתב רבינו אבדה כתובתה ותקרע פירוש עיקר כתובתה שהוא מנה מאתיים עם התוספת, אבל נדונייתה שהכניסה לו זה לא אבדה מעולם וכמו שכתב רבינו פרק ט"ז דהלכות אישות הל' ב', וכן דעת הרא"ש והרשב"א והר"ן ז"ל, ובאבן העזר סי' ק"ז. גם מה שכתב רבינו ותקרע לאו דוקא דלישנא דגמרא נקט, דהא אם מצאה אח"כ לגבות כגון נכסים שבאו אח"כ פשיטא שתחזור ותגבה, ומהרשד"ם אבן העזר סי' קל"ו הכריח דתוספת שאנו נוהגים בזמן הזה שהוא על הנדוניא דינו כדין הנדוניא, שלא אמרו דהתוספת אינו כנדוניא אלא בתוספת שבזמן התלמוד שהי' על עיקר הכתובה שהוא מנה מאתיים, משא"כ בזמן הזה ומטי לה משם מהרי"ק בשורש פ"א עיי"ש.

הלכה י

ותקנת הגאונים היא שאפי' שייר מטלטלים וכו'. הך ואפילו שייר הם דברי רבינו דנמשך זה מתקנת הגאונים, אמנם מהרשד"ם אבן העזר סי' קל"ו היה גורס שאפילו שייר דמשמע דמתקנת הגאונים הוא זה, ותקנה זו של הגאונים הוזכרה בדברי רבינו פרק ט"ז דהלכות אישות הל' ז' עיי"ש. ובעיקר דין זה הקשה הרב לח"מ ז"ל להרב המגיד שכתב

דרב נחמן כת"ק וכו', דבשותקת סגי כמו שכתב בפירוש המשנה שהזכיר הרה"מ ז"ל דא"כ היכי מותיב תיובתא בגמרא דאקשי ולרבנן כתיבה וקבלה בעי וצ"ע, עיי"ש. ולענ"ד נראה דתקשי עוד לרבא דאמר לרב נחמן הא רב הא שמואל הא ר' יוסי ב"ר חנינא, מר מאי סבירא ליה, דמשמע כמאן מינייהו סבירא ליה הא כולהו איתותבו, אלא ודאי דאף דאסיקו בתיובתא מכל מקום בעי ליה לרב נחמן אי אשכח לה [בהא], ולזה השיב לו שאני אומר כיון שעשאה שותף בין הבנים אבדה כתובתה, כלומר דזו היא קבלתה כיון ששתקה ואתי שפיר כתנא קמא אליבא דשמואל ודו"ק.

הלכה יב

הרוצה להנשא וכתבה כל נכסי' וכו'. דין זה כבר ביארו רבינו בפרק כ"ב דהלכות אישות הל' ט', והרב כסף משנה שם ביאר הסוגיא לדעתו. אך קצת יש להסתפק בענין הפירות כל עוד שלא חזרה בה מי יאכל אותם, דמדכתב רבינו

לפיכך אם מתה היא בחיי בעלה קנה המקבל מתנה את הכל דמשמע קרן ופירות, דוק מינה שאם לא מתה לא קנה אפילו הפירות, אך ממה שכתב שם בהלכות אישות נראה קצת

שקנה הפירות שהרי כתב שם, אין הבעל אוכל פירותיהם ואם מתה בחייו אינו יורש שהרי נתנה אותם קודם שתנשא, וכשתמות בחיי בעלה יקנה מקבל המתנה מתנתו קנין גמור ע"כ. לשון זה מוכח דקנה מקבל המתנה הפירות עכ"פ, אך אם איתא קשה קצת דכיון שאם [דימהו] לגדר שתבטל גוף המתנה גם הפירות שאכל דין הוא שיחזרו דהא בהא תליא, אלא שרבינו כתב דין זה בפירוש בדין הבא ונסתייע מדין מתנה על מנת להחזיר, וכתב שם הרב המגיד ז"ל שפשוט הוא.

הלכה יג

כל הנותנין כל נכסיהם וכו'. אף שכתב רבינו לישנא דכל מוכרח שנאמר דלאו דוקא, שהרי בשמע שמת בנו שכתב רבינו בראש הפרק דהויא מתנה בטעות, מהיכא תיתי שיאכל אפילו הפירות וכן מתבאר מדברי הרב המגיד, וכן כתב הרב לחם משנה ז"ל, ולישנא דכל שכתב רבינו הכוונה לכל הנותן בדעת בלי טעות דומיא דמברחת וכיוצא.

הלכה יד

הראוי לבנים כגון ספרים וכלי מלחמה וכו'. תחילה יש לדקדק לשון רבינו והדינים היוצאים מכלל דבריו, דלא ביאר אלא הראוי לבנים ולבנות דהיינו ששלח שני מינים, אבל אם שלח מין אחד לבדו לא נתבאר בדבריו. והנה אם הוא ראוי לבנים ולבנות בשוה כבר נתבאר בדבריו שיטלו אותם הבנים, ומכל שכן אם הוא ראוי לבנים לבדם, אך

אם הוא מין אחד ואינו ראוי אלא לבנות לא ידענו מה דינו, דממה שכתב לקמיה והיו בהן כלים הראויים לבנות יטלו אותם בנותיו אין להכריח דהתם בכלים שונים קאמר, דקצתם ראויים לאלו וקצתם ראויים לאלו ולכך כתב והיו בהן ולא כתב והיו כלים וכו', ועוד דדומיא דרישא היא מדכתב "וכן", עוד יש לדקדק למה התחיל בבנים ובנות וסיים בזכרים ונקבות ושוב חזר ונקט בנים ובנות, ואפשר דדקדק לכתוב כן דיתכן דראויים הם לזכרים ונקבות דעלמא ואינן ראויים לאלו, כגון שהם עשירים וכלים אלו ראויים לעניים או בהיפך, ולדעת כן נקט לזכרים ונקבות לאשמועינן דבכל גווני יטלו אותם הזכרים, ומבואר עוד דכל זה בבנות פנויות דאם היו נשואות כבר ביאר דיטלו אותם נשי בניו.

ולשון קשה טובא ראיתי בדברי הטור חו"מ סי' רמ"ז שכתב ואם אין הבנות נשואות אז דעתו שינתנו לבנות ויחלוקו בין הבנים והבנות לכל אחד הראוי לו, וכתב הרמ"ה ז"ל, ואם יש [בו] דברים ראויים לבנים והבנות יתנו לשניהם וכו', וכתב הרמב"ם ז"ל, ואם יש בו דבר הראוי לבנים ולבנות יתנו אותם לבנים ע"כ. והקושי מבואר דכיון דהרמ"ה ז"ל מודה היה להטור למימר, וכן כתב הרמ"ה ז"ל, ולזה אפשר דלא כתב ראש דבריו אלא מפני הסיפא שכתב, והני מילי דלית ליה איתתא וכו', אכן למה שכתב וכתב הרמב"ם וכו', קשה טובא דכיון דרבינו פליג עליה ועל הרמ"ה ז"ל היה להטור למימר, אבל הרמב"ם ז"ל כתב וכו', וביותר יש לתמוה על הרב בית יוסף ז"ל שכתב וז"ל: ומה שכתב בשם הרמ"ה שאם יש בו דברים ראויים לבנים ולבנות יתנו לשניהם, לא הוצרך הרמ"ה להשמיענו זה שפשוט הוא בדברי ר' אמי ולא כתבו אלא כדי לכתוב עליו, והני מילי דלית ליה איתתא וכו', ע"כ. ולכאורה הוא תמוה דלישנא דיתנו לשניהם שכתב הרמ"ה אם הכוונה שיחלוקו בשוה, אין פשוט זה בדברי ר' אמי הרי חלוקא זו לא הזכירה ר' אמי, ועוד שאח"כ הזכיר דברי הרמב"ם בסתם ולא נרגש שהוא חולק עם הטור והרמ"ה ז"ל, וכן הקשה הרב לח"מ ז"ל והניחו בצ"ע, אך לענ"ד נראה שכולן שוין לטובה ומר אמר חדא וכו', דכוונת הטור שכתב, ויחלקו בין הבנים והבנות לא בשוה קאמר אלא לכל אחד מה שראוי לו, וכן יתפרשו דברי הרמ"ה ז"ל במה שכתב יתנו לשניהם, כלומר לכל אחד מה שראוי לו, ולזה הרגיש הרב ב"י ז"ל שהן הן דברי ר' אמי, והוצרך לתרץ משום רבותא דאיתתא וכו'. ומה שכתב רבינו, היו ראויים לזכרים ולנקבות יטלו אותם הזכרים, אם נפרש כאשר כתבנו דלזכרים דעלמא קאמר הוי דין אחר ולא נגע ולא פגע בדברי הטור והרמ"ה ז"ל, ואף אם נפרש כפשוטו הרי גירסת הטור בדברי רבינו, ואם יש בו דבר הראוי וכו', דהכוונה דהיה באלו הכלים דברים הראויים לבנים ולא לבנות [או] בהיפך ויש עוד שם דבר שראוי לשניהם בזה גזר רבינו שינתן לבנים מטעם שכתב

הרב המגיד ז"ל, דדעתו של אדם קרובה אצל בנו, וזה דוקא בראוי לשניהם, אבל אם אינו ראוי אלא לבנות אפילו שלא שלח אלא מין אחד דין הוא שאינו אלא לבנות, ועיין להרב כסף משנה ז"ל. וכבר ראיתי להרב ב"ח והדרישה ופרישה ז"ל שהאריכו בזה כל אחד לפי דרכו, גם המשנה למלך ז"ל עמד עליהם עיין עליהם והנראה לענ"ד כתבתי.

הלכה טו

והוא שיהיו נשואין ראשונים לזה הבן וכו'. פרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ד) [ע"א] אמר ר' חנינא המשיא אשה לבנו גדול בבית קנאו, ודוקא גדול, ודוקא בתולה, ודוקא אשתו ראשונה, ודוקא שהשיאו ראשון, והוא שלא שייר בה שום דבר שאם שייר אפילו פך של שמן לא קנה כדאיתא התם, ופירש רשב"ם ז"ל, קנאו, הבן לאותו הבית וכו', ובמסכת גיטין מוקמינן לה כגון שיש לאביו [בעיר] בית אחר לדור בו ע"כ. ואני הצעיר חפשתי שם דף י"ד שהוא מקומו של דין זה ולא מצאתי הך אוקימתא כלל, אלא הביאו שם מימרא זו כפשטה, הן אמת דרש"י ז"ל פירש שם בבית בית מיוחד שאינו דר בה אלא עשאו לו לבית חתנות ע"כ, ואפשר שזו היתה כוונת רשב"ם ז"ל, וכן מצאתי להרב בית יוסף ולהרב ב"ח אבן העזר סי' נ"ט עיי"ש, אף שלשון מוקמינן לה הוא קשה לשמוע. ואיך שיהיה פשטן של דברים שלא השיא זה האב לא בן ולא בת תחילה, מדקתני ודוקא שהשיאו ראשון, אמנם רבינו שהעתיק ולא השיא האב בן אחר קודם לו, משמע שאין הקפידה אלא על הבן דוקא, אבל אם השיא בת לית לן בה וכן פסק הטור שם.

והנה ראיתי לשו"ת מהר"ם אלשיך ז"ל סי' ע"ב שנשאל על ראובן שהשיא שמעון בנו הגדול בבית שבנאו לשמו בכל פרטי הדין בלא שום שיור, ואחר שנפטר ראובן והיה לשמעון אח אחר ושמו לוי חלקו המטלטלין כולם זולת הבתים, ושמעון החליף מקום דירתו בבית אחר שבאותו חצר והשכיר ללוי כל שאר הבתים עד משך ה' שנים, ואחר כלות הזמן באו לחלוק הבתים ושמעון טוען שהבית חתנות שלו אינה בכלל החלוקא, ולוי טוען שכיון שהשכיר לו סתם עם כל הזכות שהיה לו בהם ולא פירש הרי מחל כל זכותו גם בבית זה, והשיב הרב ז"ל שטענת לוי אינה טענה שלא מצינו שע"י שתיקה יאבד איש זכותו, ושקנה ג"כ בית התבשיל וחדר המטות ואם נחלקו אם שייר האב בבית על לוי להביא ראיה כיון שנבנה הבית מחדש ולא דר בו אדם מעולם, ולא מיקרי לוי מוחזק משום שדר בבית דהא שטר שכירות ביד שמעון עכ"ל. וכן נראה מדברי מהר"א די בוטון בספר לחם רב, שנשאל על יהודה שבנה בית חדש לנשואי בנו ראובן וקדם והשיא בת אחת ודר חתנו עם בתו והתנה עמו עד שישיא בנו ראובן כי בשבילו בנה בית זה, וכן עשה, ועמד ראובן והרחיק בדקי הבית ותקנה בפני אביו ומעולם לא

מיחה על ידו, ואדרבא אמר לו שבית זה נתנה לו במתנה, ושוב נפטרה זוגתו של יהודה ונשא אשה אחרת והוליד ממנה בנים, ובעת פטירתו צוה שראובן ובניו מהאשה האחרת יחלקו כל הבתים שבחצר עליות ותחתיות ועכשיו טוענין היתומים נגד ראובן כי לא נתנה לו במתנה שא"כ [היה] לפרש בצוואתו ולא לחתום, ועוד דאפשר שראובן היה פורע שכירות לאביו, והשיב ז"ל דאף דלשון הצוואה היא בכולל אינו חל על בית חתנות, דהגע עצמך שבית אחת מהם אינו שלו אף שכלל בהכרח שנאמר דתיבת כל היא על כל הזכות שיש לו לא על מה שאינו שלו, הכי נמי אין בתיבת כל זכות הבית חתנות עיי"ש, ונראה שנעלם מעיני הרבנים הנ"ל תשובת הגאונים שהביא הרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רמ"ז בסי' קס"א שכתב, דהא כיון שהבן החזיק וזכה בבית תו לא פקע זכותיה אפילו באלף צוואות של אביו, גם בשו"ת מהר"ם גאלנטי ז"ל נשאל על מי שהשיא בנו הגדול בבית ולא נמצא שם האב בעת הנישואין ונפטר הבן ונשארה אשתו זקוקה ליבם, וטוען האב שבית זו היא ירושה מאבותיו ולא זכה בה הבן וכו', והשיב הרב ז"ל דאם יש לו ראיה שהיא ירושה מאבותיו לא זכה בה הבן וכו', עיי"ש. ואני שמעתי ולא אבין, דכיון שהאב לא נמצא בעת הנישואין הרי בטלה האומדנא שאמדוהו חז"ל, שמרוב שמחתו בעת ההיא הוא גומר ונותן לו הבית במתנה, וכיון שלא נמצא שם אין כאן אומדנא, ותדע עוד דהני תלת מילי, שהם: כותב כל נכסיו לאשתו, ומעמד שלשתן, והא דמשיא בנו הגדול, הוו הלכתא בלא טעמא כמו שאיתא בגמרא, וכיון שכן אין לך בו אלא חידושו. גם מה שזיכה הרב לאב מפני שהיא ירושה מאבותיו לא זכיתי להבינו דאדרבא תחת אבותיך יהיו בניך, ועוד דסוף כל סוף הרי שלו היא. ודע שרשב"ם ז"ל פירש שם עציצא דהרסנא כלי מלא דגים מטוגנים [בשמן] וכן פירש גבי אשישא פך מלא שמן, אמנם רבינו סתם וכתב אפילו פך אחד ולא ביאר מלא דמשמע אפילו ריקן, דאם לא כן היה לו לבאר.

הלכה יז

כבר ביארנו בנשואין וכו'. אף שרבינו כאן סתם, בפרק כ"ג דהלכות אישות הל' י"ד ביאר שדין זה אינו נוהג אלא באב שפסק לבנו ופסק האב האחר לבתו ובנישואין ראשונים שמרוב שמחתו בנישואין ראשונים גמר ומקנה לי' באמירה, אבל אח שפסק לאחותו או אשה שפסקה לבתה וכן האב שפסק לבנו ולבתו בנישואין שניים לא קני עד שיקנו מידו עיי"ש, ועיקר הדין היא מימרא דרב גידל אמר רב בכתובות דף ק"ב [ע"א] כמה אתה נותן לבנך כך וכך כמה אתה נותן לבתך כך וכך, עמדו וקדשו קנו הן הן הדברים הניקנין באמירה, ובירושלמי שם אמרו אבל לא אח לאחותו ולא אשה לבתה ובלבד מן הנישואין

הראשונים עיי"ש. ומה שסתם רבינו כאן היא מפני שסמכו לדין הקודם, בהמשיא בנו גדול שקנה הבית בנישואין ראשונים דוקא, והכא נמי בההיא הנאה דמחתני אהדדי גמרי ומקנו אהדדי גם אבי הבת.

והנה רבינו כתב כאן

וצריכין שיהיו הדברים שהם פוסקין מצויין ברשותו שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו', ולכאורה נראה שסותר למה שכתב פרק י"א דהלכות מכירה, שכתב שם דאם חייב עצמו בדבר שאינו קצוב אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד, ומפני מה הפוסק עם אשתו שיהא זן את בתה חייב לזונה, מפני שפסק בשעת נישואין והדבר דומה לדברים הניקנין באמירה ע"כ. והרי דבר שאינו קצוב הוי דבר שלא בא לעולם, ואיך כתב שנשתעבד והדבר דומה לדברים הניקנין באמירה, הא בדברים הניקנין באמירה בעינן שיהיו בעולם וברשותו, והרב [כסף משנה ולחם משנה] [עמדו] מכח סתירה אחרת שבהלכות אישות כתב דהתם בשעת נשואין ובקנין אבל בשעת קידושין אפילו בלא קנין משתעבד, ולדידי הדבר מגומגם כאמור. גם בשו"ת הגאונים סי' ק"ב נשאל על אב שנתחייב לנדוניית בתו כך וכך ממה שיירש מאביו, ואחר שנשאת מתה הבת ואח"כ מת אביו, והשיב ז"ל דלא נתחייב אבי הבת אם מפני שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אם מפני שלא נתחייב אלא בשביל הבת והבת מתה ואין הבעל יורש את אשתו בקבר, אבל אם היה בנו ראשון ונישואין ראשונים נתחייב אפילו בדבר שלא בא לעולם ואפילו שמתה הבת עיי"ש.

וקשה קצת על הרב כנסת הגדולה ז"ל אבן העזר סי' נ"א שרצה לדון דבדבר שאינו ברשותו מודים הגאונים לרבינו דלא קנה, דהרי מציאות הגאונים לא היה ברשותו דהנכסים הוו של האב, וקיימא לן מה שאירש מאבא מכור לך לא קנה דהוי דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו, ועוד הרי רבינו כלל שתיהם כאחת שכתב, וצריכים הדברים שפסק מצויין ברשותו שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, הרי דכיילינהו בחדא מחתא, ועוד קשה קצת למה שהביא הרב כנה"ג ז"ל שם בהגהת הטור אות ט' שנסתפק מהרימ"ט ז"ל, באב שפסק לבתו ושוב נפלה לה ירושה מבית אבי אמה אם יכולה להוציא מאביה מה שנדר לה עיי"ש, ואין בידי הספר הזה, אך נראה לענ"ד פשוט לפי האמור דאם היה עם הבן בנישואין ראשונים פשיטא שנתחייב אף בלא קנין, ואם בשניים ובקנין ג"כ נשתעבד, ואיך יתכן דמפני ירושתה שנפלה לה יופקע אביה שעבודו, וגדולה מזו כתב מהרשד"ם יו"ד סי' ע"ט, באח שהבטיח לנדוניית אחותו ל"ה אלפים לבנים בקנין ושטר ובעת כניסתם לחופה נתן ל' אלף והחתן קבל ושתק, ואחר הנישואין תבע ה'

אלפים אחרים, והשיב ז"ל שלכאורה היה נראה שאין לחייב לאח מכח מה שכתב רבינו, שצריכין שיהיו הדברים מצויין אצלו וברשותו אף שאין שם קנין אלא אמירה בעלמא דנקנה כמו קנין, מעתה הוא הדין ע"י קנין דבעינן שיהיו מצויין ברשותו, ושוב הסכים דמכח השטר שנשאר ביד החתן יש לחייבו ומה ששתק אינו מזיק וכו', עיי"ש. וכבר הוכחנו למעלה מדברי הרב אלשיך ז"ל דשתיקה אינה נקראת מחילה.

הלכה יח

המקדש את האשה וכו'. רבינו סתם כלשון הגמרא דמשמע בין בארוסה בין בנשואה קאמר, ודלא כמהרי"ל שהביא בהג"ה באבן העזר סי' נ', דדוקא מן האירוסין אבל מן הנשואין הקדושין חוזרין, והרב המנהיר ז"ל [שו"ת מהר"ם מלובלין] סי' י"ט בקש להליץ בעד סברא זו עיין עליו. ונראה שיש לדייק מדברי רבינו שכן היא דעתו ג"כ שהרי סיים, ואם היו קדושי טעות חוזרין המעות, דזה אין שייך אלא בארוסה, ומכל מקום הפוסקים לא חילקו.

הלכה כ

והמקדש אחותו המעות מתנה וכו'. פלוגתא דרב ושמואל פרק קמא דבבא מציעא דף ט"ו [ע"ב], ופסק כשמואל דהלכתא כוותיה בדיני, וראיתי להמשנה למלך ז"ל שהביא דברי הריב"ש בתשובה סי' [תע"ח] שכתב וז"ל: וכן נמי המקדש אחותו אדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם פקדון וכו', והא דלא כהלכתא דהא קיימא לן מעות מתנה ע"כ. ואילו הרב ז"ל היה מוצא שבמקום אחר פסק הריב"ש ז"ל דמקדש אחותו הוו המעות מתנה היתה קושיא שלימה, משא"כ עכשיו דהריב"ש ז"ל יש לו סמוכות מן הגמרא דהלכתא כוותיה דרב, דהתם מייתי להההיא דהכיר בה שאינה שלו ולקחה אמר רב מעות יש לו שבח אין לו, ושמואל אמר אפילו מעות אין לו, ומוקים לפלוגתייהו דרב סבר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם פקדון, ושמואל סבר לשם מתנה, והא פליגי בה חדא זימנא במקדש אחותו וכו', וקאמר צריכא וכו', ומסיק רבא הלכתא יש לו מעות ויש לו שבח, אע"פ שלא פירש לו את השבח, הכיר בה שאינה שלו ולקחה מעות יש לו שבח אין לו ע"כ, ומאי דלא נקיט רבא גם במקדש אחותו היינו טעמא מפני שהוצרך לתפוס הרישא דברייתא בלא הכיר בה דיש לו מעות ויש לו שבח, אבל לעולם דדעת רבא לפסוק כרב גם במקדש אחותו דהא כי הדדי נינהו, והן הן דברי הריב"ש ז"ל למדקדק בדבריו, ואף דבגיטין דף מ"ה [ע"א] ועירכין דף ל' [ע"א] וקדושין דף מ"ו [ע"ב] מייתי פלוגתייהו בסתמא הא לא מכרעא כאמור לדעת הריב"ש ז"ל.

הלכה כב

אם נשתמשה בהן ובלו או אבדו וכו'. מדקדוק לשון רבינו נראה דכל מה שעשוי ליבלות נקרא כלים מועטין ואינן חוזרין, ודקדקו הפוסקים ז"ל דמעות נקרא עשויין ליבלות דלהוצאה ניתנו, אבל דברים שאין עשויים ליבלות דין הוא שיחזרו. והרב כנסת הגדולה ז"ל אבן העזר סי' נ' בהגהת הטור אות ז' כתב, השולח סבלונות לארוסתו והיא בבית אביה הרי היא כמי שמסרן ליד האב רשד"ם אבן העזר סי' ל"ב ע"כ, ולכאורה הדבר תמוה דלפ"ז אם נאבדו יתחייב בהם האב הרי הארוס לא שלח אלא לארוסתו ואיך יתחייב האב, בשלמא אם היא קטנה שאין לה יד תינח שאביה זכאי במציאתה וכסף קדושיה, אבל בבוגרת שיש לה יד והיא זכתה בהם שהרי יצאה מרשות אביה מהיכא תיתי שיתחייב בהם האב, אטו יצא ערב בעד בתו, וכמו שהאריך בזה מהר"ם גאלנטי ז"ל בתשובה סי' י"ד הביאה הרב ז"ל שם אות ט', וגם יש לתמוה עליו למה הזכיר השתי סברות כל אחת בפני עצמה כאילו מר אמר חדא [ומר אמר חדא] ולא פליגי, וגם ראיתי למהרשד"ם ז"ל שם שנסתייע לדין זה מההיא דמציאת בנו ובתו הגדולים דאמר רבי יוחנן עלה לא גדול גדול ממש וכו', אלא גדול וסמוך על שולחן אביו זהו קטן, הרי דידו כיד אביו וכל שכן אשה שאפי' היא בוגרת שהכל ברשות אביה וכו', ואי מהא לא איריא דגבי מציאה משום דרכי שלום נגעו בה, גם הראיה שהביא שם מכל המפקיד על דעת אשתו ובניו מפקיד, אחרי המחילה הראויה דין הסבלונות לא דמי למפקיד, דמפקיד מקפיד על הדבר שלא ישתמשו בו וגם איסור יש בדבר, משא"כ בסבלונות שהדבר ידוע שאינו שולחם אלא כדי שתתקשט בהם המשודכת, ואם באנו לדמותם אינו אלא למתנה על מנת להחזיר שהרי בעת כניסתה תחזירם בהכרח, וכבר פסק בשו"ע חו"מ סי' ע"ר דנותן מתנה לבנו גדול אף אם הוא סמוך על שולחנו הרי היא שלו ואין לאביו בה כלום, ועם כי הרואה יראה דנדון מהרשד"ם ז"ל הוא בשהסבלונות קיימין ומטעם תפיסה הוא דנגע בה, ונדון הרב גאלנטי ז"ל הוא בנאבדו, מכל מקום הדין נראה כדברי הרב גאלנטי ז"ל.

הלכה כד

הורו רבותי וכו' וכל הגורם לאבד ממון חבירו משלם וכו'. לאו כללא בכל קאמר, אלא הכוונה בכל כי האי גוונא דאומדן דעתא הוא שבשבילה דוקא הוצרך לפזר ממונו, ועיין למהרשד"ם אה"ע סי' ל"ב.

פרק ז

הלכה ב

השושבינות וכו' שלא שלח זה י' דינרין וכו'. דקדק לכתוב דינרין לפי שיטתו שאין דין זה נוהג אלא במעות דוקא, וכמו שכתב ז"ל בסוף הפרק, ועיין מה שכתבתי שם.

הלכה ד

עשה ראובן משתה בגלוי וכו'. ברייתא בבבא בתרא דף קמ"ה [ע"ב] עשה עמו בפומבי ובקש לעשות עמו בצנעה יכול לומר לו וכו', עשה עמו בבתולה ובקש לעשות עמו באלמנה יכול לומר לו וכו', עשה עמו בשניה ובקש לעשות עמו בראשונה יכול לומר לו לכשתנשא אשה אחרת אעשה עמך, עשה עמו באחת ובקש לעשות עמו בשתים יכול לומר לו באחת אעשה עמך כדרך שעשית עמי, ע"כ, הרי דארבעה חלוקות הוזכרו בברייתא זו, ורבינו לא הזכיר אלא השנים הראשונים, דהיינו אלמנה ובתולה, גלוי ופרהסיא, אמנם אפשר שנכללו במה שכתב לקמיה, ואח"כ נשא שמעון כנישואי ראובן עצמן וכו', דהיינו אם אשה ראשונה ראשונה אם שניה שניה, שכך נראה פירוש אלו השתים האחרונות דסיפא דברייתא, ואיך שיהיה ראיתי להרב לח"מ ז"ל שכתב, דדין זה של רבינו ועשה ראובן בגלוי וכו', הוא ממה שאיתא בברייתא עשה עמו בשניה ובקש לעשות עמו בראשונה יכול לומר לו לכשתנשא אשה אחרת אעשה עמך, משמע דאפילו שבא משלח להרבות בשמחה לאו כל כמיניה וכדכתב רבינו ז"ל, וקשה על הרמ"ה שכתב הטור ז"ל בשמו אבן העזר סי' ס', דאם בא להרבות המשלח בשמחה שומעין לו, דבסיפא דברייתא לא משמע הכי כדכתיבנא, עכ"ל. וקשה קצת דדין זה של צנעה ופרהסיא לא הוציאו רבינו מהסיפא דעשה עמו בשניה וכו', דהרי מבואר הוא ברישא, גם מה שהקשה על הרמ"ה ז"ל יש ליישב דנפקא ליה מדקתני עשה עמו בפומבי ובקש לעשות בצנעה וכו', דמשמע דאם עשה עמו בצנעה יכול להכריחו בפומבי ואף אם לא יפרש כן, מכל מקום ריבוי קצת בשמחה נראה שאין זו טענה, ומכל מקום ראיתי להרב ב"ח ז"ל שם שכתב דהרמ"ה ז"ל גירסא אחרת היתה לו בברייתא עיי"ש.

הלכה יא

מקום שנהגו לגבות השושבינות וכו'. הראב"ד ז"ל השיג על רבינו, דלא הוזכר מנהג בגמרא בשושבינות אלא בסבלונות, והרב המגיד ז"ל הביא סמוכות לדברי רבינו מהגמרא, אמנם הרב מטראני הביאו הרב כנסת הגדולה אבן העזר סי' ס' כתב, דכוונת

הראב"ד להשיג על רבינו במה שכתב שלא נאמרו דיני שושבינות אלא במעות עיי"ש, ואין זה במשמע לשון הראב"ד שסיים עד, אין היורשין משלמין כלום.

הלכה יג

ה' דברים נאמרו בשושבינות נגבית בבי"ד וכו'. ברייתא בבבא בתרא דף קמ"ה [ע"א] ושם דף קמ"ד [ע"ב] מוקים שמואל למתניתין דהאחים שעשו שושבינות בחיי האב וכו', ביבם שאינו נוטל בראוי כבמוחזק, ופסקו הטור ז"ל אבן העזר סי' ס', ובשו"ת מהר"א ששון סי' ר"ב עמד על דברי רבינו למה לא הזכיר דין זה, דשמא סבירא ליה דלית הלכתא כשמואל דהא כיון דהוי מלוה שמא סבירא ליה שהיבם זוכה במלוות אחיו, והדבר צ"ע עכ"ל. ולענ"ד נראה דאף דלא ביארו כאן הוא נלמד ממה שכתב פ"ג דהלכות נחלות ה"ז, שאין היבם זוכה בנכסי אחיו אלא במוחזק ולא בראוי, דבכור קרייה רחמנא לגרעותא כמו שאיתא בגמרא, ושם הל' ה' כתב ז"ל דאין הבכור נוטל פי שנים במלוה אע"פ שהיא בשטר וכו', וכיון שכבר ביארו שם לא הוצרך לבארו בדין השושבינות, שהרי כתב כאן שאין השושבינות אלא כמו מלוה וכו', ואין הבכור נוטל בה פי שנים וכו', ויבם דומה לבכור כאמור, ודקדק רבינו לכתוב אפילו שלח לו דינר והחזיר לו עשרה לפי שיטתו שכתב בסוף הפרק שאין השושבינות נוהג אלא במעות.

הלכה יד

השולח תשורה לחבירו או שנתן לו מעות וכו'. נראה דכוונתו בנותן סתם שאינו מפרש דלשם מתנה יהיב ליה, דאם פירש לו לשם מתנה מלתא דפשיטא היא, אך עדיין הדברים מגומגמים מדסיים ז"ל ואינו יכול לחזור הוא ולתבוע עד שיפרש שהוא מלוה, דמשמע הא סתמא שלא פירש שהוא מלוה אפילו לא הפציר בו הרי אינו יכול לחזור ולתובעו, וא"כ למה הזכיר רבינו הפצרה, אם לא שנאמר דלאו דוקא דהוא הדין בלא הפציר, וכן משמע ממה שכתב, וכן כל כיוצא בהם אע"פ שלא פירש ועוד אפשר לפרש דמה שכתב עד שיפרש שהוא מלוה היינו מפני שנשבע לו שאי אפשר שלא יקח, הא אם לא נשבע לו ונתן לו סתם לשם מלוה נתנם לו, ועיין להמשנה למלך ז"ל מה שהביא בשם מהרימ"ט ז"ל, ואין בידי הספר הזה.

הלכה טו

וכן השולח לחבירו כדי יין וכו'. מדדקדק לפרט אלו, משמע שאם שלח בגדים וכל שכן כלי כסף וכלי זהב נגבין בבית דין, ואף שסיים, דלא נאמרו דיני שושבינות אלא במעות בלבד, צריך לומר דלא בא לאפוקי אלא מיני אוכלין, או שנאמר בהיפך, וקרוב לשמוע שזו היא כוונת הראב"ד ז"ל שתפס בהשגתו כדי יין וכדי שמן וכו', עד אלא

במעות בלבד, וכתב עליו דבר זה אינו מחוור ע"כ. כלומר משום דקשיא רישא אסיפא, או שהראב"ד הבין מדבריו דדוקא מעות קאמר וכלי כסף וזהב ובגדים הם בכלל מיני אוכלין לענין זה ולזה השיג דאינו מחוור או בהיפך, ובשו"ת מהר"ם גאלנטי ז"ל סי' ט' כתב דלפי לשון רבינו לא שלל כי אם דבר אכילת יין ושמן ופירות אבל מיני תכשיטין זהב וכסף נראה שדין מעות יש להם וכו', ע"כ. אמנם בכתב יד קדמון מצאתי כתוב, וז"ל: כתב בעל העיטור ז"ל, דיני השושבינות לא נאמר אלא במעות בלבד, אבל שאר כל מילי כגון פירות כסות וכלים שאדם שולח לחתן אינו יכול לחזור ולתובעו בהם, ולשאר אדם שאינו חתן אפילו מעות מתנה הוו כל מאי דמשדר ליה, וכן כתב הרמב"ם ז"ל, וכן השולח לחבירו כדי יין וכו', עד אלא במעות ולחתן בלבד עכ"ל. הרי שזה הרב הבין היפך דברי הרב גאלנטי ז"ל, ואם באנו לדייק לשון המשנה לא מיעטו אלא כדי יין ושמן שהם מיני פירות, הא שאר מילי כולם ניתנו ליתבע, וכיון דפלוגתא היא וספק יש בדבר, ידוע דהמוציא מחבירו עליו הראיה.

פרק ח

הלכה ב

אבל החולה וכו' עד שאינו יכול להלך על רגלו וכו'. איכא למידק לישנא דבשוק דנקט ז"ל, דכיון שהוא נופל על המטה הרי אינו יכול להלך על רגליו, והוי לרבינו למימר שאינו יכול להלך על רגליו והרי הוא נופל, אלא דמדנקט בשוק משמע דבבית יכול להלך. והטור ז"ל חו"מ סי' ר"נ כתב דג' ימים ראשונים יש לו דין שכיב מרע מכאן ואילך יש לו דין מצוה מחמת מיתה, ושוב הביא לשון רבינו, ודהרא"ש ז"ל כתב כסברא ראשונה, וכתב הרב בית יוסף ז"ל דרבינו לא חילק בג' ימים ראשונים והרא"ש ז"ל חילק, ולפי הדיוק האמור אף שלא חילק מכל מקום אין [דעותיהם] מרוחקות כל כך.

שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין הן וכו'. לאו למימרא שהם כמסירה גמורה לשם זכיה שהרי יכול לחזור בו, אלא כאילו נמסרו לידו לשם משיכה ולשם קנין וכו', וכמו שכתב הסמ"ע ז"ל חו"מ סי' ר"נ ס"ק ט"ו יעו"ש. והרמ"ע מפאנו סי' נ' כתב דכמסורין דמו לענין שטרות קאמר דכירושה שוינהו רבנן עיי"ש, וכתבו הפוסקים ז"ל דגם דין אסמכתא ודבר שאינו קצוב אין בדברי שכיב מרע. אמנם במשפטי התנאים נחלקו הפוסקים ז"ל, דבשו"ת הרב אלשיך ז"ל סי' ה' כתב בפשיטות שאין צריך, אמנם הרמ"ע מפאנו ז"ל סי' נ' כתב שצריך ושלא נחלק אדם מעולם על זה, ולא זכר שהרמב"ן ז"ל בספר המלחמות

פרק מי שמת הביאו הרב כנסת הגדולה חו"מ סי' ר"נ נראה מדבריו שאין צריך, וכן נראה מטעם שלא תטרף דעתו כמו שחשו ז"ל לענין הקנין.

הלכה ד

ואין ש"מ צריך לומר אתם עדי וכו'. בבא בתרא דף קע"ה [ע"א] בעי רבא שכיב מרע שהודה מהו צריך לומר אתם עדי או אין צריך לומר אתם עדי, צריך לומר כתובו או א"צ לומר כתובו, [וכו'] ומתרץ אין אדם משטה בשעת מיתה ודברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו, ופירש רשב"ם שכיב מרע שהודה, בעל חוב טוען לו מנה לי בידך ואמר לו הן דכי האי גוונא אמרינן פרק זה בורר דצריך שיאמר אתם עדי ע"כ, ורבינו לא הזכיר ההודאה ולא כתובו, אם לא שנאמר שסמך למה שכתב פ"ו ופ"ז דטוען ונטען דאם לא אמר אתם עדי מצי טעין משטה הייתי בך, והכא מדאין צריך לומר אתם עדי, כל שכן כתבו דאין צריך שכבר הקדים רבינו דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו כמסקנת הש"ס.

הלכה ה

שכיב מרע שצוה לתת מתנה וכו'. כבר ביאר רבינו דין זה פרק כ"ב דהלכות מכירה הל' י', ולא שנאו כאן אלא להשמיענו דאין חילוק בין שכיב מרע לבריא בזה, לאפוקי מי שחילק וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל שם. ונוראות נפלאתי מהרב ב"ח ז"ל חו"מ סי' רנ"ג (מחודש) [סעיף] מ"ב שרצה להבין דדעת רבינו דלא נאמר דין זה דדעתו של אדם קרובה אצל בנו אלא בשכיב מרע דוקא, דשם בהלכות מכירה לא הזכירו אלא דרך אגב, ותמה על הרב המגיד ז"ל דבהלכות מכירה כתב דדעת הרמב"ם דאין לחלק בדין זה בין בריא לשכיב מרע, ובהלכות זכיה כתב דדעת הרמב"ם דדוקא בשכיב מרע ודבריו סותרין זה את זה ע"כ. ותמהני מפה קדוש איך יאמר כן, דהרב המגיד ז"ל לא כתב כאן, אלא, דכמו שביארנו שכתב רבינו הוא פרק כ"ב דהלכות מכירה ומימרא היא (כמו שכתבתי) [בפרק מי שמת] עכ"ל. אכן נראה דראית הרב ב"ח היא ממה שכתב הרב המגיד אחרי זה בדין אם ילדה אשתי זכר וכו', ששם כתב דדעת רבינו דדוקא בשכיב מרע וכו', ואי מהא לא איריא דההיא לאו משום דבר שלא בא לעולם הוא שהרי אינו מזכה אלא לאחר שיבא לעולם, ומשנה ערוכה היא ואין בה חולק, ואילו במזכה לעובר כמה מחלוקות נאמרו בה שם בגמרא, וזהו טעמו של הרה"מ ששלל הבריא משום אסמכתא ואין נעשה חליפין וקנין דברים, ולא הזכיר דבר שלא בא לעולם כלל והוא מבואר הרבה וכבר השיג מהרש"ך ז"ל.

הלכה ו

ילדה זכר ונקבה הזכר נוטל מנה וכו'. מתניתין שם, ובילדה זכר ונקבה מפרש לה כפשטה ודלא כפירוש רשב"ם ז"ל. אלא דקשה קצת למה שכתב הרא"ש ז"ל [כלל] פ"א [סי' ב'] ופסקו השו"ע חו"מ סי' רנ"ג סעיף כ"ח, דאם אמר אם תלד אשתי זכר יטול שני שלישי ממוני ולאחי השליש, ואם תלד נקבה ינתן לה שליש ממוני ולאחי שני שלישים, וילדה זכר ונקבה נתבטלה המתנה שנתן לאחיו וחזר הדבר לדין תורה והכל לבן ע"כ. והמפרשים ז"ל תירצו כל אחד לפי דרכו עיין עליהם, ולענ"ד נראה עוד דהיכא דאפשר לקיים דברי המת אנו מקיימין אבל כשאי אפשר לקיים דבריו אז בהכרח יחזור הדבר לדין תורה, ולכך האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה ואם נקבה מאתים הרי אנו יכולין לקיים דבריו בלי תוספת ומגרעת, משא"כ במחלק כל נכסיו ונותן השליש או השני שלישים לאחיו אם ילדה זכר ונקבה אי אפשר לקיים, שהרי אחד מהם יופקע בהכרח, וכיון שנתבטלו מקצתן נתבטלו כולן, וחזר הדבר לדין תורה, ודו"ק כי נכון הוא.

הלכה ז

שכ"מ וכו' אע"פ שהפילה או מת הבן וכו'. קשה דכיון שהפילה הרי הוא כאילו לא היה שם עיבור כלל ולמה לא תהיה מתנתו קיימת, ויש לומר דרבינו דייק לה ממה שאיתא בגמרא דף קמ"ז [ע"א] ונודע שהיתה אשתו מעוברת ולא קאמר ונודע שילדה, משמע שהדבר תלוי בעיבור ואף אם הפילה או מת הבן הרי בטלה המתנה ע"פ דבריו.

הלכה ח

מתנת שכ"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה וכו'. מהרשד"ם חו"מ סי' מ"א כתב דגם מתנת בריא שכתוב בה אם יפטר מן העולם דין מתנת שכיב מרע יש לה, וחיליה ממה שכתב רבינו לקמן פרק י"ב הל' י"ד, דמתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה הרי היא כמתנת שכיב מרע שאינו קונה אלא לאחר מיתה עיי"ש, ולפי זה ודאי דמוציאין לכתובת האשה ומזון האלמנה וכו', אך ביו"ד סי' קע"ב נראה היפך זה, ששם נשאל על מהיום ולאחר פטירתו ובקנין ודן אותה כמתנת בריא עיי"ש.

הלכה ט

לפיכך מוציאין לכתובת האשה וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, פירוש כתובת האשה כתובת בנין דיכרין וכו', וכבר נתבאר עניינה פרק י"ט מהלכות אישות וכו', ע"כ. הרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רנ"ב בהגהת הבית יוסף אות ז' הקשה בשם מורה צדק, דרבינו פרק א' כתב דתקנת הגאונים לא היתה כי אם לכתובת אשה לא לכתובת בנין דיכרין ע"כ, מה שכתב פרק א' הוא ט"ס, וצריך להגיה פרק ט"ז הל' ז', אך נלע"ד דאין צריך למה

שפלפל הרב ז"ל, דאפשר דמה שכתב רבינו שם דאף שתקנת הגאונים היתה כן מכל מקום כבר נהגו בכל המקומות שיכתבו בכתובה בין מקרקעי בין מטלטלי וכו', וכיון שכן הרי אף כתובת בנין דיכרין בכלל. אכן עדיין הדבר קשה דאם איתא למה לא ביאר רבינו להדיא כתובת בנין דיכרין, ומדכתב כתובת אשה סתם משמעותו לסתם כתובה, ואי הוה מפרשינן דכתובת אשה שכתב רבינו הוא שם כולל היה אתי שפיר דנימא דעיקר חדושו על כתובת בנין דיכרין, אך אין לשון הרה"מ סובל פירוש זה. עוד נראה לפי מה שכתב המבי"ט ח"א סי' רס"ה דהכתובה דין מלוה בשטר יש לה והיא קודמת להמתנות ואפילו היו המתנות מתנות בריא ואפילו היתה מלוה על פה וכו', עיי"ש. וכיון שכן מה שכתב רבינו דכתובת בנין דיכרין לא היתה בכלל התקנה היינו בסתם שלא נכתבה אלא מתנאי כתובה היא כמו שכתב רבינו בפרק י"ט דהלכות אישות [הלכה א'], אך נכתבה להדיא הרי דין שטר יש לה כדין עיקר הכתובה ע"פ דברי הרב ז"ל, שוב ראיתי לרבינו פרק י"ט דהלכות אישות הל' י"ג שכתב להדיא, שהבנים יורשים כתובת אמן שמתה בחיי בעלה, דהיינו כתובת בנין דיכרין וכן כתב הרה"מ ז"ל שם, ודע דלאו דוקא מתנות דהוא הדין אם הקדיש נכסיו, דבזמן הזה סתם הקדש לעניים הוא דאין בו קדושה דממון הדיוט הוא ואינו מפקיע מידי שעבוד ואפילו פדיון אין צריך, כמו שכתב המבי"ט סי' רע"ד.

ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר המיתה וכו'. משמע דמדין קדימה הוא שזכו האשה והאלמנה והבנות, ובשו"ת הרב בצלאל [אשכנזי] ז"ל סי' י"א הקשה דרבינו פרק י"ט דהלכות אישות הל' י"ג כתב, נתן כל נכסיו במתנה לאחרים הואיל ומתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה כמו שיתבאר הרי המתנה וחיוב הנכסים בתנאים אלו באים כאחד, ולפיכך אלמנתו ובנותיו ניזונות מנכסיו ובניו יורשין כתובת אמן שמתה בחיי בעלה ע"כ, ותירץ ע"פ דברי הריב"ש ז"ל סי' ק"ו, והעולה מדבריו דהתם בנתן כל נכסיו והכא בנתן מקצתן ואישתדוף בני חרי ולכך חוזר על המקבלים, וקלסיה ז"ל להאי תירוצא והמעיין יבין, ולענ"ד נראה דמה שכתב כאן עיקר והוא האמת, ומפני שהדבר תלוי ברגע כמימריה לא חש בלשונו וכאן הוא עיקר הדין.

הלכה י

מתנת שכ"מ שכתוב בה קנין וכו'. פירוש שפירש להדיא שהוא שכיב מרע וכתב כן, לאפוקי אם לא פירש וכתב סתם, אם היא במקצת הוי ליה מתנת בריא וצריכה קנין וקנה המקבל משעת הכתיבה, וכמו שכתב לקמן הל' ט"ו, וכן כתבו ע"פ הר"ן סי' כ"ג.

הלכה יב

שכ"מ שאמר וכו' ומת קודם שיכתבו וכו'. נראה דהך קודם שיכתבו ויתנו לו לא הוי דומיא דכתבו ותנו דתני ברישא, דההיא ודאי על המנה קאמר שיתנוהו לו, והך ומת קודם שיכתבו ויתנו לו, הך נתינה לא קאי על המנה, דבמנה אין כוונת שכ"מ להקנותו אלא לאחר מיתה, וכמש"כ לעיל הל' ט' דאין אחד זוכה בדבר שצוה לו בין מקרקעי בין מטלטלי אלא לאחר מיתה, ומהיכא תיתי שיתנו מחיים, אלא ודאי דהך קודם שיכתבו ויתנו לו אשטר קאי, כלומר שיכתבו ויתנו השטר ליד מקבל המתנה, ומינה משמע שאם כתבו השטר מחיים ועדיין לא מסרוהו לא קנה, וזו היא דעת הראב"ד ז"ל שכתב, אני וחבירי אומרים ואפילו כתבו מחיים וכו', כלומר ועדיין לא מסרוהו מפני שעיקר השליחות היא על מסירת השטר, וכמו שהבין הכסף משנה ז"ל. אמנם הרב המגיד ז"ל לא הבין כן דברי הראב"ד ז"ל, ותמה עליו, ואחרי המחילה הראויה אין לייחס סברא כזו להראב"ד ז"ל.

הלכה יד

שכ"מ שכתב וכו' אם עמד חוזר וכו'. הראב"ד ז"ל כתב, ואם שייר צריכה קנין כי בלא קנין אינה כלום, ע"כ. ולא זכיתי להבין כוונתו שהרי רבינו כתב כאן כל נכסיו דמשמע בלא שיור, ושוב כתב שייר כלום לעצמו וכו', שמתנת שכיב מרע במקצת צריכה קנין וכו', הרי דבשייר הצריך רבינו קנין. גם הרב המגיד ז"ל לא הזכיר דברי הראב"ד האלה, וצריך לומר דאין זה מקומה של השגה זו וט"ס הוא.

הלכה יז

אבל אם נתן לו המקצת בפירוש במתנת ש"מ וכו'. כתב הראב"ד ז"ל זהו המצוה מחמת מיתה ע"כ, אפשר שכוונתו לפרש מהיכן הוציאו רבינו מפני שדין זה לא נמצא בגמרא, ולזה כתב דהוציא ממצוה בשעת מיתה שאמרו כן בגמרא, אך אין דרך הראב"ד כן, ואפשר דלהשיג הוא בא דמצוה מחמת מיתה הזכירו רבינו לקמן הל' כ"ג, ואמאי הוצרך לכופלו כיון שהאחד נלמד מהאחר.

הלכה יח

או שקנו מיד הנותן קנה הכל וכו'. מדיוק הלשון משמע דבקנו מידו אין צריך שיגיע השטר לידו, וכן נראה ממה שכתב רבינו לעיל פרק ה' הל' ז' שכתב, שאם היה בכל שטר מהם קנין כל שקדם לו הקנין זכה וישאלו העדים, וכן אם היו שם עדים שזה הגיע לידו שטר מתנתו תחילה לידו קנה הראשון, ע"כ. הרי דבקנין אף שלא הגיע לידו זכה, ודבר

זה הוא מחלוקת הפוסקים ז"ל עיין להרב בית יוסף חו"מ סוף סי' ש"ל משם הריב"ש ז"ל וסי' רמ"ג, ועוד עיין בספר גידולי תרומה ז"ל דף שכ"ב.

הלכה יט

הנותן מתנה כשהוא ש"מ וכו'. בבא בתרא דף קנ"ג [ע"א], ההיא מתנתא דהוה כתיב בחיים ובמות, רב אמר הרי היא כמתנת שכיב מרע, ושמואל אמר הרי היא כמתנת בריא, רב אמר הרי היא כמתנת שכיב מרע מדכתיב בה במות אחר מיתה קאמר ליה, והאי דכתיב בחיים סימן בעלמא הוא דחיי, ושמואל אמר הרי היא כמתנת בריא מדכתיב בה בחיים מחיים קאמר, והאי דכתיב ובמות כמאן דאמר מעתה ועד עולם, אמרי נהרדעי הלכתא כוותיה דרב וכו', ע"כ. ופירש רשב"ם דבמתנת שכיב מרע היא וכו', [וכן נראה] דעת רבינו וכן כתב הרב המגיד ז"ל שכתב, וזה לשונו: פלוגתא דרב ושמואל ופסיק כרב דהכין אפסיקא הלכתא בגמרא, ומה שכתב בין במקצת הוא במצוה מחמת מיתה אבל בסתם ודאי אם קנו ממנו הרי היא כמתנת בריא, ואם לא קנו אינה כלום וכו', ע"כ. ביאור דבריו דרבינו מפרש הסוגיא במתנת שכיב מרע ובכל נכסיו, אבל במקצתן בעינן שיהא מצוה מחמת מיתה כיון שלא הזכיר רבינו קנין, ובסוף אלו ההלכות פרק י"ב הל' ט"ז פסק רבינו, וזה לשונו: בריא שנתן מתנה וכתב בשטר מחיים ובמות, הרי זה מתנה גמורה מחיים שהרי כתוב בו מחיים, וזה שכתוב ובמות כמי שאומר מעתה ועד עולם וכמו נוי השטר הוא זה, ע"כ. וכתב שם הרב המגיד דפלוגתא דרב ושמואל היא בשכיב מרע, אבל בבריא כולי עלמא מודו דקנה מעכשיו, וכן פירשה הרשב"ם ז"ל ההיא בשכיב מרע, וכן עיקר עכ"ל.

אמנם רבינו ירוחם במשרים נתיב ט"ו חלק א' כתב וז"ל: מתנה שכתוב בה בחיים ובמות או מחיים ובמות מחלוקת, ונראה לשון רב אלפס שפסק כרב, דאמר הרי היא כמתנת שכיב מרע ואינה קונה אלא לאחר מיתה וכו', ואע"פ שהרמב"ם פסק כשמואל שהיא מתנה גמורה מחיים והוא כמו שאומר מעתה ועד עולם העיקר כדברי הרי"ף עכ"ל. אין ספק דהרב ז"ל אמה שכתב רבינו בסוף אלו ההלכות קאי, דשם פסק דהוי מתנה מחיים, וגם מדדייק רבינו לכתוב כמי שאומר מעתה ועד עולם לשון זה הם דברי שמואל, ומכח כל זה כתב דרבינו פסק כשמואל, ומעתה מה שכתב רבינו בפרקין במתנת שכיב מרע וכו', היינו משום דשמואל גופיה מודה לרב במתנת שכיב מרע, וזו נראית ג"כ כונת מהריב"ל בתשובה ח"ב סי' ס' שכתב, דמסקנא דשמעתתא דמי שמת בחיים ובמות דהויא מצוה מחמת מיתה ואין צריך קנין, וכן הסכימו כל הפוסקים זולתי הרמב"ם ז"ל, ע"כ. כן ביקש וצידד הרב מהר"א ששון ז"ל סי' מ"ג מכח כל מה שנתקשה עליו בסי'

מ"ב עיי"ש, ועדיין יש להקשות דהיכי כתב דמסקנא דשמעתתא דבמצוה מחמת מיתה היא, דהיכן מצא הך מסקנא הרי אדרבא אינה אלא בשכיב מרע, וכמו שכתב רשב"ם ז"ל ד"ה ההיא מתנתא וכו', ותו דאי במצוה מחמת מיתה היא היכי קאמר שמואל דהרי היא כמתנת בריא וכו', גם לדברי רבינו ירוחם הנ"ל קשה טובא מכמה אנפין, חדא, דמי הכריחו לפרש דרבינו פסק בהא כשמואל היפך דברי התלמוד להדיא, ועוד האיך רבינו חולק עם כל הפוסקים ראשונים ואחרונים, ועוד דלמה לא הזכיר דברי רבינו בפרקין שנראה שפוסק להדיא כרב כדברי הגמרא ממש מוסכם עם כל הפוסקים זלה"ה, ומי לנו גדול בנאמני ביתו של רבינו מהרב המגיד ז"ל שכתב כן להדיא כנ"ל, ובעיקר דברי מוהריב"ל ע"ע בשו"ת לחם רב סי' ר"א והרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רנ"א בהגהת הטור אות ב'.

הלכה כ

שכ"מ שנתן וכו' שהן כל נכסים שיש לו וכו'. רבינו גריס בגמרא דף קמ"ח [ע"ב] שהם אלו, וכן היא גירסת הרי"ף ז"ל דלא כפירוש רשב"ם ז"ל שכתב דלא נהירא הך גירסא. והרב המגיד ז"ל כתב, ומכל מקום נראה שאף בלא קנין אם מת זכו וכו', וקשה לי קצת על זה, דהא קיימא לן דהיורשים הם מוחזקין ואמאי לא נימא איפכא דעל מקבלי המתנה להביא ראיה, וכמו שכתב הרב כנסת הגדולה חו"מ סי' ר"נ בהגהת הבית יוסף אות ל'.

הלכה כא

שכ"מ וכו' רואין אם כמחלק כתבם וכו'. כתב הראב"ד ז"ל, האחרון צריך שיהא קניינו ליפות כחו ע"כ, אין זו השגה אלא ביאור לדברי רבינו שסתם וכתב, וקנו מידו על כל אחד ואחד, דמשמע שהקניינין שוין, ולכך ביאר דהאחרון דהוי ליה בכל הנכסים אין צריך קנין כלל, דאדרבא מיגרע גרע אלא א"כ במיפה כחו וכבר ביארו רבינו לעיל הל' י"א וי"ז.

הלכה כב

הכותב כל נכסיו לעבדו ועמד חוזר בנכסים וכו'. כתב הרב המגיד בשם הרשב"א ז"ל, דהאדון גמר וזיכהו לעצמו מעכשיו ע"כ, וכתב עליו הסמ"ע חו"מ סי' ר"נ ס"ק מ"ח, דהוצרך לפרש כן דהאדון עצמו יודע דאל"כ היה לחז"ל ליתן עליו חומרא דעבד דלא לישא בת חורין ע"כ. ולא היו צריכין לזה שהרי כל זה אינו אלא תקנת חז"ל כמו שכתבו התוספות ז"ל בגיטין דף ט', [ע"א] וכיון דחז"ל תקנו דכיון שיצא עליו שם בן חורין הרי הוא בן חורין, הרי חז"ל הפקיעוהו אף שלא לדעתו דומיא למיתת האדון שתקנו חז"ל

(שיוציא) [שיוצא] לחירות באין לו בן אף שהוא שלא לדעתו כמו שאיתא בגמרא, ופסקו רבינו פרק ב' דהלכות עבדים הל' י"ב.

הלכה כג

אע"פ שקנו מידו במקצת וכו'. בבבא בתרא דף קנ"א [ע"ב] בעובדא דאחתיה דרב דימי, ומתבאר ג"כ בגיטין דף ס"ו [ע"א] דמצוה מחמת מיתה לא בעי קנין אפילו במקצת, ועיין מה שכתבתי לעיל הל' י"ט.

הלכה כד

והמסוכן והוא שקפץ עליו החולי וכו'. רש"י והרע"ב ז"ל פרק האומר בגיטין דף ס"ה [ע"ב] פירשו והמסוכן, חולה. וכתב עליהם התוספות יו"ט ז"ל, דמדלא כתבו חולה המסוכן שמע מינה דכל חולה מסוכן קרי ליה וכו', וקשה דא"כ אמאי לא תני חולה וכו', עיי"ש. ולענ"ד אי אפשר להבין דסתם חולה קרי ליה מסוכן, דלדעת רבינו בנופל במטה קרי ליה שכיב מרע כמו שכתב בראש פרקין, ויותר מזה קרי ליה מצוה מחמת מיתה כמו שכתב בהל' כ"ג, ומסוכן שקפץ עליו החולי שהוא יותר מכולן, והטור ז"ל חו"מ סי' ר"נ סבירא ליה דג' ימים ראשונים נקרא שכיב מרע, מכאן ואילך נקרא מצוה מחמת מיתה, ושם כתב אחרי זה דין המסוכן משמע דלכולי עלמא המסוכן הוא יותר מחולה סתם, לכן נראה דמאי דנקטו רש"י והרע"ב חולה אינו אלא לאפוקי שאר מסוכנין, כגון כותל נטוי או מחמת ליסטים וכיוצא, אבל לעולם דבעינן מסוכן ממש מחמת חוליו, ולא קשיא ולא מידי, ומלבד זה הרי אמרו בירושלמי להדיא איזהו מסוכן כל שקפץ עליו החולי הביאו הרב המגיד, וזו תמיהה ג"כ על התוספות יו"ט ז"ל.

הלכה כה

ש"מ שניתק מחולי לחולי וכו'. הרב ב"ח ז"ל חו"מ סי' ר"נ כתב וז"ל: ואיכא לתמוה על דברי רבינו במה שכתב דבניתק מחולי זה לחולי אחר אם מחמת חולי הראשון מת מתנתו מתנה דזה מנין לו וכו', עיי"ש. ובאמת תמיהה על תמיהתו, חדא, דרבינו כתב כן להדיא, ותו דשם סמוך ונראה הביא הטור דברי הרי"ף ז"ל דהא דמתנתו מתנה ואין צריך אומד היינו בשלא עמד ולא הלך על משענתו בשוק, אבל אם עמד וכו', אומדין אותו עפ"י רופאין וכו', וכן כתב הרמב"ם ע"כ. וכן זכיתי ומצאתי להרב כנסת הגדולה בהגהת הטור שם אות כ"ח.

הלכה כז

מתנת שכיב מרע שאין כתוב בה וכו'. בבא בתרא דף קנ"ג [ע"א], ההיא מתנתא דלא הוה כתיב בה ומגו מרעי איפטר לבית עולמיה, אמר רבה הרי מת והרי קברו מוכיח

עליו, אמר ליה אביי השתא ומה ספינה שרובה לאבד נותנין עליהם חומרי חיים וחומרי מתים חולים שרוב חולים לחיים לא כל שכן וכו', ופסק רבינו כאביי, וכן פסקו הרי"ף והרא"ש ז"ל. ויש לתמוה על הטור ז"ל חו"מ סי' רנ"א שפסק כרבא דהרי מת וקברו מוכיח עליו, ושוב הביא דהרא"ש פסק כאביי, דכיון שראה שאביו פסק כאביי למה הוא ז"ל פסק תחילה כרבא, מכל שכן למה שכתב הרב בית יוסף חו"מ סי' מ"ו דהטור והרא"ש כחד חשיבי, דלעולם הטור נמשך אחר דברי אביו ז"ל.

שמתוך החולי הזה וכו' ואין העדים מצויין וכו'. משמע דאם העדים זוכרין שמת מתוך אותו חולי נאמנין אף שהשטר נכתב סתם, וזו היא דעת הרשב"א ז"ל בשו"ת תולדות אדם סי' קכ"ו ולא ראיתי חולק בזה ע"ע, ובשו"ת מהר"א ששון ז"ל סי' קס"ה נשאל במי שעשה צוואה ופירוש שאף שהיה שפוי בדעתו כשאר הבריאים מכל מקום החולי שלו היה בגופו, וחכם אחד רצה לקיים המתנה והרב ז"ל חלק עליו בכח בכמה ספיקות וספיקי ספיקות עיי"ש. ולענ"ד נראה דכיון שהחולי היה בגופו הוי ליה מכה של חלל, מכל שכן שהיה רופא והכיר בעצמו שמאותו חולי ודאי ימות, ואפשר שזאת היתה כוונת החכם החולק.

פרק ט

הלכה א

שכיב מרע שצוה ואמר לא תגלו וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, ודוקא שצוה לגלותה לאחר מיתה הא אם צוה להסתירה בסתם לא קנה, וזהו שכתב המחבר ריש פרק ה', הנותן מתנה בין בריא בין שכיב מרע צריך שתהיה גלויה וכו', ע"כ. ואיכא למידק מה ראה לרמוז מה שכתב רבינו שם דהתם בעי שתהיה גלויה וכאן במסותרת, אכן הדבר מבואר שנרגש בדבריו שכתב, הא אם צוה להסתירה בסתם דהיינו שלא ביאר שיגלו אותה לאחר מיתה, ועדיין לא שמענו באם צוה סתם שלא צוה לגלותה ולא להסתירה אלא סתמא מאי, לזה הוצרך להביא מההיא דריש פרק ה' וכו', דבעינן דוקא שיצוה לגלותה, אף שבאמת לא היה צריך להוכיח זה ממה שכתב ריש פרק ה', דכאן בפרקין הוא מבואר דממה שכתב לקמיה, מצוה מחמת מיתה אינו צריך לומר גלו את המתנה, מינה משמע דשכיב מרע צריך לאמרו דוקא, וכבר נתן טעם נכון לדבר זה הרב כסף משנה ז"ל עיין עליו. וראיתי ברבינו ירוחם ז"ל נתיב ט"ו חלק ב' שכתב וז"ל: ומשמע מדברי הגאון שאם אמר לא תגלו עד יום פלוני לא הוי טמירתא ממש במתנת שכיב מרע ע"כ, הא דכתב ז"ל ואח"כ תגלו נראה דלאו דוקא דמכיון שאמר לא תגלו עד יום פלוני ממילא

דבאותו יום צוה לגלותה, כמו שאנו מדייקין בדברי רבינו וכמו שכתב הרה"מ ז"ל, וכן נראה ממה שכתב במתנת שכיב מרע, דהיינו מה שכתב שם במישרים נתיב כ"ד ח"א. וחידוש גדול ראיתי להרב אלשיך ז"ל סי' צ"ט דבמטלטלין הניתנין מיד ליד לא קפדינן אמתנה טמירתא, ושכן כתב הנימוקי יוסף שהיה דן הרי"ף, אמנם הטור ז"ל חו"מ סי' רמ"ב הביא חולקין בזה עיי"ש.

הלכה ב

מצוה מחמת מיתה א"צ לומר גלו את המתנה וכו'. מבואר בדברי רבינו ז"ל דמצוה מחמת מיתה עדיף משכיב מרע וכל שכן שאר הבריאים, וראיתי להרב כנסת הגדולה חו"מ סי' רמ"ב בהגהת הבית יוסף אות כ"ז, שכתב בשם מהר"ם מינץ ז"ל דעדיף שכיב מרע ממצוה מחמת מיתה עיי"ש, והדבר מגומגם אם מצד הסברא אם מצד דברי רבינו ופסק השו"ע שם.

הלכה ג

שכיב מרע שצוה ואמר יטול פלוני וכו'. נראה פשוט דלשון יקח היינו יטול, וכן כתב הרב אלשיך ז"ל סי' י"ב, והוא הדין לשון יהיה וכן כתב המבי"ט ח"א סי' קצ"ג, אך שם סי' רי"ב כתב דאין זה לשון מתנה אלא לשון פקדון, ואין כאן סתירה דהתם יהיה ביד פלוני אמר, משא"כ באומר יהיה לפלוני. ובשו"ת רשד"ם חו"מ סי' רע"ג נשאל על מתנה שעדיה קרובים ותפסו מקבלי המתנה מקצת הנכסים, והשיב שהמתנה בטילה ואין שום חיוב ליורשין להשלים עיין עליו. והדבר מגומגם לענ"ד, דכיון דגוף המתנה בטילה מאי איריא שאין היורשים חייבים להשלים אפילו מה שנטלו כבר חייבים להחזיר דבתורת גזילה אתא לידייהו, כיון שהמתנה בטלה מן הדין, ודע שדין זה לדעת רבינו אינו נוהג אלא בשכיב מרע וכמו שכתב הרב המגיד ז"ל פ"ב דהלכות מכירה הל' ח', אבל בבריא אין לשונות אלו מועילים דמשמעותן להבא, ולפי זה יש להסתפק בלשון ירושה דהיינו יחסין ויירש במי שראוי ליורשו אי דוקא בשכיב מרע הוא דמיהב אבל בבריא לא, או דהוא הדין, דהא קיימא לן כר' יוחנן בן ברוקא דאם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין, אך מדקדוק לשון להבא שכתב הרב המגיד ז"ל נראה דגם בזו יש לחלק, והרב בית יוסף חו"מ סי' רנ"ג הביא משם רבינו ירוחם נתיב ט"ו ח"א בשם הרמב"ם ז"ל, דיחסין ויירש אם אינו ראוי ליורשו נוטלן משום מתנה ואם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה עכ"ל, וצ"ע עכ"ל. ואני שמעתי ולא אבין, דהא תנן פרק יש נוחלין (בבא בתרא דף ק"ל) [ע"א] האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה, ואמר נמי התם בגמרא לא נחלקו אבא

וחכמים על אחר במקום בת ובת במקום בן שלא אמר כלום, הרי דכולי עלמא מודו דאין לשון ירושה מועיל אלא לראוי לירש, וכמו שכתב הרב ב"י שם, גם שם דף קמ"ח [ע"ב] במתניתא תנא אף יחסין וירת בראוי ליורשו ור' יוחנן בן ברוקא היא ע"כ. שוב זכיתי ומצאתי להרב כנסת הגדולה שם שהביא כמה פוסקים שעמדו בזה הלשון.

הלכה ד

אמר יהנה פלוני בהן וכו'. רבינו השמיט חלוקא אחרת דאיתא התם יראה בהם, ולא ידעתי למה, והרב בית יוסף הזכירה בשו"ע חו"מ סי' רנ"ג, ואולי דהסופר הוא שהשמיטה בדברי רבינו וצריך להגיה.

הלכה ה

שכ"מ וכו' אבל אם כתבוהו לא' מבניו וכו'. דוקא לאחד מבניו קאמר אפילו קטן המוטל בעריסה, אבל שאר יורשין הרי היא מתנה גמורה וכמו שכתב רבינו פרק ו' הל' ב' וג'.

הלכה ו

מי שאמרו לו בשעת מיתתו וכו'. דין זה הוזכר בגמרא עם הדין הקודם, והרב בית יוסף בשו"ע חו"מ סי' רנ"ג כלל שניהם כאחד ורבינו הפרידם, ולא ידעתי למה.

הלכה ז

גר שיש לו בן וכו' ואם תאמר יקנה נמצא זה יורש את אביו. נראה שנתכוון רבינו בהוספה זאת לתרץ קושית הרא"ש ושאר גאונים ז"ל, דכיון דבנתן לשאר גרים קנו מעתה כיון דאין זה בנו למה יגרע משאר גרים נכרים, לזה תירץ דאין הכי נמי אלא דגזרו חז"ל שמא יאמרו דאף דהורתו שלא בקדושה אפילו הכי הוא יורשו, ועיין בשו"ת עדות ביעקב ז"ל דף ע"ר.

הלכה ט

שכ"מ שהודה שיש לו לפלוני אצלי כך וכך וכו'. ואין צריך לומר אתם עדי כמו שכתב רבינו פרק ח' הל' ד'. ועל מה שכתב רבינו תנוהו לו, כתב הרב המגיד ז"ל, שאל"כ אין נותנין כמו שיתבאר פרק י' וכו', ע"כ. ונראה שדקדק רבינו בדבריו דבמקצת אלו החלוקות ביאר תנוהו לו ובמקצתן לא הזכירו, נתכוון למה שכתב פרק י' הל' ד', דאם אמר כן דרך הודאה ולא היה שם חשש הערמה נותנין אע"פ שלא אמר תנו.

הלכה י

שזה כמי שצוה לעבור עבירה מנכסיו. המשנה למלך ז"ל הביא דברי הר"ן ז"ל בתשובה סי' מ"ו, על הא דתקנו חז"ל מקח וממכר לפעוטות במטלטלין משום כדי חייו דאם מכרו בנכסים מועטים במקום שיש בנות לא עשו כלום דכיון דתקנת חכמים היא במקום

איסורא לא תקון ע"כ, והקשה עליו משם הרב חיים קמחי מההיא דאמרינן בבבא בתרא דף קל"ז, האומר נכסי לך ואחריך לפלוני אם מכר מה שעשה עשוי כרשב"ג, ומודה רשב"ג דאם נתנו במתנת שכיב מרע לא קנה, מאי טעמא מתנת שכיב מרע אינה אלא לאחר מיתה, ולפי דברי הר"ן תיפוק לי משום
דמתנת שכיב מרע אינה אלא מדרבנן ובכי האי גוונא דעביד איסורא לא תקון, וניחא ליה דלא אמרה הר"ן אלא דוקא גבי ההיא דפעוטות דאי לאו תקנת חז"ל לא היה בהם כח למכור, אבל במתנת שכיב מרע לא בא מכח תקנת חז"ל דהרי היה יכול ליתנן במתנת בריא לאחר מיתה עכ"ל, ואני שמעתי ולא אבין דמאי קשיא ליה על דברי הר"ן דתיפוק לי משום דמתנת שכיב מרע אינה אלא מדרבנן וכו', כלומר ולמאי איצטריכו לטעמא דאינה אלא לאחר מיתה, וזו אינו דא"כ גם במוכר אמאי מה שעשה עשוי והרי עבד איסורא שעבר על דברי המת שצוה ואחריך לפלוני, אלא נראה פשוט דאין כאן קושיא, דמסתברא דכל היכא שיש בציוויו נדנוד עבירה דין הוא שאין ממש בצוואתו, שאילו היה יודע לא היה מצוה שאין אדם משטה בשעת מיתה וכל שכן וקל וחומר שיעשה עבירה באותה העת.

הלכה יא

אמר פלוני עבדי עשו אותו בן חורין וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, שהקשו המפרשים כיון דקיימא לן המשחרר עבדו עובר בעשה היאך שומעים לו לעבור על דברי תורה, וכתב הרשב"א ז"ל ושמא נאמר שכל שאמר הרב לשחררו אומדין אותו שעשה לו טובה שהוא חייב לו על גמולו וכו', והרי הוא כמוכרו לו וכו', ע"כ. וכתב עליו הרב כסף משנה ז"ל, דנהי דלא עבר משום משחרר עבדו סוף סוף כיון דעבדו הוא אינו חייב לו שום גמול עליה, והוי ליה מתנת חנם שאסור משום לא תחנם, ומשום הכי כתב רבינו דשרי בעבד משום דישנו במקצת מצוות עכ"ל. ודבריו מגומגמים במה שכתב דנהי דלא עבר משום משחרר עבדו, כלומר מפני הטובה שעשה לו דהוי ליה כמוכרו לו דהיינו דברי הרה"מ בשם הרשב"א ז"ל, והיכי כתב אח"כ דסוף סוף כיון דעבדו הוא אינו לו שום גמול, בתחלה הודה לדבריו ושוב חלק עליו, פתח בכד וסיים בחבית, ותו דאף שהוא עבדו ומחוייב לעבדו מכל מקום יתכן שיעשה קורת רוח לאדונו בכמה דברים שזה אינו בכלל העבדות, וזו היא כוונת הרשב"א ז"ל, ותו דגם לפי דבריו מי ניחא שכתב, דמשום הכי כתב רבינו דשרי בעבד משום דישנו במקצת מצות, דלפי טעם זה איך פסק רבינו פ"ט דהלכות עבדים ה"ו, דאסור לשחרר עבדו והמשחררו עובר בעשה זולתי לדבר מצוה עיי"ש, והא לפי הטעם שכתב כאן דאין כאן איסור מפני שישנו במקצת מצות איך יתכן

שעובר בעשה כיון שישנו במקצת מצות, הרי אינו עובר ולא מידי כי הכא דכופין את היורשים לשחררו, ותו דאעיקרא דדינא איך הוה סלקא דעתך דאסור ליתן לעבד מתנת חנם וכי הוא גרוע מגר תושב שלא מל ולא טבל אלא שאינו עובד עבודה זרה ומקיים ז' מצות בני נח כמו שכתב רבינו פרק י"ד דהלכות איסורי ביאה הל' ז', ואפילו הכי מצוה עלינו להחיותו כמו שכתב רבינו לעיל פרק ג' הל' י"א, והגם שמצאתי להר"ן ז"ל הביאו הרב כסף משנה ז"ל פ"ט דהלכות עבדים, שכתב בשם יש מתרצים שלא אמרה תורה לעולם בהם תעבודו אלא משום שלא יתן להם מתנת חנם כענין שכתוב בכותים לא תחנם וכו', ע"כ. סברא זו נראה דלא סבירא ליה לרבינו, דמדכתב הואיל וישנן במקצת מצות שמע מינה שאין בהם משום מתנת חנם כאמור, ואפשר דכוונת רבינו שכוונת האדון שצוה שישחררו אותו היינו דרך היתר כגון לצורך מצוה אפילו של דבריהם כמו שכתב שם בהלכות עבדים, וכופין היורשין לשחרר בדרך היתר אף לכתחילה מפני שישנו במקצת מצות, וראוי הוא לכך כדי לקיים דברי המת דגם היא מצוה, והרב ב"ח ז"ל חו"מ סי' רנ"ו תירץ בזה דכוונת רבינו דאף דאיכא עבירה דעובר בעשה מכל מקום אינו דומה לגוי דאיכא עבירה וליכא שום מצוה, משא"כ בעבד דאף דאיכא עבירה איכא מצוה דישנו במקצת מצות עיי"ש.

הלכה יב

אמר פלונית שפחתי עשו לה קורת רוח וכו'. דין זה כבר ביארו רבינו פ"ו דהלכות עבדים, והוסיף שם דהוא הדין אם אמר אל ישתעבדו בה עיי"ש, וכאן לא הזכיר דין זה אלא דרך אגב דבאמת אין לו ענין באלו הדינים.

הלכה יד

שתק ואח"כ צוח קנה וכו'. הוצרך לטעם זה משום דאל"כ הוי ליה ספק אם זה ששתק רצה ושוב חזר בו או ששתק מפני שעדיין לא הגיע לידו וכו', כמו שכתב לעיל פרק ד' הל' ג'.

הלכה טו

שכ"מ וכו' ואפי' כתב וזכה לראשון וכו'. הטור ז"ל חו"מ סי' ר"נ כתב על זה, ולא נהירא דמתנת שכיב מרע במקצת דינה כמתנת בריא לכל דבר ואינו יכול לחזור בו, ותירץ הרב בית יוסף ז"ל, דרבינו איירי בשפירש שנותן במתנת שכיב מרע שכתב בפרק ח' הל' י"ז דאם עמד חוזר ע"כ, ואחרי המחילה הראויה אם איתא איך סיים רבינו, אבל שכיב מרע שכתב וזכה וקנו מידו אין לאחר קנין כלום ואינו יכול לחזור בו וכו', והרי במפרש שנותן במתנת שכיב מרע פסק רבינו שם, דאם היה בה קנין לא קנה וכו', וכאן כתב שאין אחר

קנין כלום, גם תמיהת הטור ז"ל לכאורה לא זכיתי להבינה דמתנת שכיב מרע במקצת הרי היא כמתנת בריא היא ע"י קנין דוקא כמו שכתב שם, וכאן לא הזכיר רבינו שום קנין, ואדרבא מדכתב אחר זה, אבל שכיב מרע שכתב וזכה וקנו מידו וכו', מכלל דעד השתא בלא קנו מידו היא וכיון שלא קנו מידו אין כאן מתנת בריא, לכן נראה יותר כמו שכתב הרב ב"ח ז"ל, שהדברים יתפרשו כפשטן דבמקצת וקנו מידו מתנת בריא היא לכל דבר והוא שקנו מידו וכמו שכתב בפרק ח', ומה שכתב כאן דבעינן כתב וזכה וקנו מידו, דמשמע דאם לא קנו מידו לא זכה לא קאי אלא אכתב כל נכסיו דלא קנה אלא ע"י זכיה ג"כ, משא"כ בלא זיכוי דאפילו כתב וקנו מידו לא מהני אבל בנתן מקצת וקנו מידו פשיטא דאינו יכול לחזור בו אפילו לא זכה וכו', ובאמת שנראה פשוט ואמת, והדרישה ופרישה ז"ל שם כתב על דרך התוספות ז"ל שם, ומכל מקום נראה עיקר וק"ל.

הלכה יז

וחזר ונתן מקצתן לאחר וכו'. הלשון מגומגם דבמקצת אינו קונה אלא ע"י קנין גמור כמו שכתב פ"ח הל' י"ד, ולמה כתב רבינו כדי ליפות את כחו, ואולי דלאו דוקא קאמר ואגב דנקט כדי ליפות את כחו בכולן ברישא דהיינו דרך אפילו כמו שכתב הרב המגיד ז"ל, נקט האי לישנא בסיפא ג"כ.

הלכה יט

שכ"מ שהקדיש כל נכסיו וכו'. בעיות בפרק מי שמת (בבא בתרא דף קמ"ח) [ע"ב] וסלקו בתיקו, וסיים הרב המגיד ז"ל, ואם עמד חוזר שאין מוציאין מידו אלא בראיה ברורה ע"כ, ואף דרשב"ם ז"ל פירש אלו הבעיות בדרך אם תימצי לומר, רבינו אינו מפרש כן אלא דכל ספק בהקדש עניים פסקינן לקולא דממון הוא ולא איסור וכדעת הרשב"א ז"ל בתשובה סי' תרנ"ו, והביא ראיה מדין זה, ומדברי רבינו עיי"ש. אך אי מהא לא איריא דכיון דסלקו בתיקו כל כך יש לפסוק לקולא כמו לחומרא, ותדע דהרא"ש ז"ל פסק בכולם לחומרא דכיון דמספקא לן אי שייך הכא אומדנא או לא יראה שאין מבטלין ההקדש וההפקר ע"כ, אמנם ראיה עצומה מצאתי בפרק הזרוע בחולין דף קל"ד [ע"א] פריך אמתניתין דגר שנתגייר ונשחטה פרתו ספק קודם שנתגייר ספק אחר זה פטור, ממתניתין דספק לקט לקט וקאמר ר' שמעון בן לקיש טעמא מדכתיב [עני ורש הצדיקו] מאי הצדיקו אילימא בדינים והא כתיב ודל לא תהדר בריבו, אלא (צדק) צדק משלך ותן לו, ומתרץ רבא פרה בחזקת פטור קיימא, קמה בחזקת חיוב קיימא, משמע הא לאו הכי הוי ליה ספק ממונא ולקולא, וכן מדפריך התם אביי והרי עיסה נעשית עד שלא נתגייר פטור מן החלה משנתגייר חייב ספק חייב, אמר ליה ספק איסורא ולחומרא ספק ממונא

לקולא, אלמא ספק עניים ספק ממונא הוא ולא ספק איסורא, דאל"כ לא הוי ליה לרבא לשנויי מעיקרא טעמא דקמה בחזקת איסור קיימא תיפוק ליה משום דהוי ספק איסורא ולחומרא, וכן כתב בשו"ת הרמ"א הביאו הרב ש"ך ז"ל יו"ד סי' רנ"ט.

אכן איכא למידק בהאי סוגיא, דלפי הדרשה דעני ורש הצדיקו דדריש צדק משלך ותן לו, משמע אף שאינו מן הדין, וכיון שכן היכי קאמר רבא משום חזקה וכיון דאיכא חזקה תו ליכא צדק משלך ותן לו, דהרי מן הדין הוא לוקח דחזקתו מסייעתו דהא חזקה דאורייתא היא, דקיימא לן סוקלין על החזקות, ואפשר דר' שמעון בן לקיש סבירא ליה דבממון אין הולכים בו אחר החזקה דפלוגתא היא כמו שכתבו התוספות פ"ב דכתובות דף ט"ז [ע"א] ד"ה כיון דרוב נשים וכו', ובפרק קמא דחולין דף י"א [ע"א] ד"ה מנא הא מילתא וכו'. ואיך שיהיה בהכרח צריך לומר דרבא לא סבירא הך דרשה דצדק משלך ותן לו, אי נמי אף דסבירא ליה לאו להך מילתא היא דבזו אין אנו צריכין לה דהא איתא חזקה, ולפי זה אין להקשות על רבינו שפסק פרק ד' דמתנות עניים להא דספק לקט לקט לחומרא דהתם משום חזקה היא כדברי רבא, ואף שמרן ז"ל כתב שם דהוי ספיקא דאורייתא ולחומרא, וכן פסק הרמב"ן והרשב"א ז"ל, לא תיקשי לסברת הרשב"א ג"כ דסבירא ליה דספק הקדש עניים הוי ספיקא דממונא כנ"ל, דהכא אין הכונה אלא מכח החזקה כדברי רבא כאמור. ובספר צרור החיים ז"ל נתקשה בזה, ולענ"ד הוא פשוט כאמור, גם שם נתקשה לדברי הרדב"ז ז"ל בתשובותיו סי' קל"ד שכתב וז"ל: ואני רגיל לפסוק כמאן דסבירא ליה דחייב ליתן, וקרא כתיב כל נדיב לב עולות, ע"כ דדברי הרמב"ם פרק י"ד דמעשה הקרבנות ופרק ח' דמתנות עניים מוכח דדוקא לענין בל תאחר הוא דאיתקש צדקה לקרבנות לא לענין גמר בלבו ולא הוציא בשפתיו, ותמה שם עוד דהרמב"ם היה מרא דאתרא בארעא דמצרים, ואיך הרדב"ז פסק באתריה דלא כוותיה וצ"ע, ע"כ. ואי מהא לא איריא חדא, דהרמב"ם ז"ל לא ביאר דבריו דדוקא לענין בל תאחר דאיתקש אלא סתמא קאמר, והרי סברת הגהות מרדכי ז"ל שהביא שם יוכיח שכתב כן להדיא, ותו דאם היה מיקל תינח, אבל מאחר שנטה להחמיר תבוא עליו ברכה.

הלכה כא

מכר כל נכסיו וכו' אם עמד חוזר וכו'. שם זימנין אמר רב אם עמד חוזר וזימנין אמר אם עמד אינו חוזר, ולא פליגי הא דאיתנהו לזוזי בעינייהו הא דפרעינהו בחובו, ומפרש רבינו דבאיתנהו בעינייהו חוזר. אלא דקשה קצת מאי דקאמר הא דפרעינהו בחובו דמאי איריא דפרעינהו בחובו ולימא דהוציאם סתמא, אכן הדבר מבואר דכיון שהוא שכיב מרע אם הוא צריך לאיזה הוצאה למה ימכור כל נכסיו, אלא ודאי שאינו מוכרן אלא

מחמת חובותיו שהוא רוצה לצאת ידי שמים קודם מותו, והרי זה דומה למי שמכר נכסיו על דעת לעלות לארץ ישראל ולא עלה דהמעות חוזרין מכח אומדן דעתיה, הכי נמי כיון שמכר כולן ועמד והרי הן קיימין אומדן דעתא הוא שלא מכר אלא לפרוע חובותיו, וכיון שעמד והרי הן בעין פשיטא שחוזר.

הלכה כב

מתנה שהיא סתם ולא נתפרש בה וכו'. המשנה למלך ז"ל הקשה לדברי הרשב"א ז"ל בתשובה סי' אלף נ"ח, שכתב על ההיא דמי שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד אינו חוזר, חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת, ופסקה רבינו פרק ח' הל' כ', דכשקנו מידו היא דאי בלא קנו מידו אין במתנתו כלום, וכיון שקנו מידו הרי נהג במתנתו כמתנת שכיב מרע במקצת, דאי בכולן למה לי קנין, אלא מדלא אמר כל נכסיו ועוד שקנו מידו חיישינן שמא יש לו נכסים במקום אחר עכ"ל. והקשה עליו מדין זה דהכא שהוא אומר שכיב מרע הייתי והם אומרים בריא היה ע"כ בשקנו מידו הוא, דאי לא היכי מצו קנו בבריא בלא קנין, א"כ אמאי אמרינן דעל המקבל להביא ראיה שהיה בריא, הא כיון שקנו מידו על כרחך לא נהג כשאר שכיב מרע שמקנין בדיבור ומעשיו מוכיחין שהיה בריא, וכי היכי דהתם מהני טעם זה לדברי הרשב"א להוציא מהמוחזק למה הכא לא מהני האי טעמא לאוקמי בחזקת שהיה בריא אף שהוא להוציא עכ"ל. ולענ"ד אין הנדון דומה, דהכא אין הכי נמי דקנו מידו דאל"כ אין שום טענה למקבלי המתנה, אך טענת השכיב מרע דאף שקנו מידו לא היה זה אלא ליפות כחו כמו שאיתא בגמרא מוסף על מתנתא דא, ופסקו רבינו פרק ח' הל' י"א, וכיון שכן הרי התנהג כדרך השכיב מרע דבמתנה בכל נכסיו אין צריך קנין מן הדין ואם ליפות כוחו שפיר דמי, משא"כ בההיא דהרשב"א דהיא מתנה במקצת כמו שכתב ז"ל דמן הדין בעיא קנין, אלא שיבא הרשב"א ז"ל להכריח הדין מצד המציאות, ובין אם נפרש דהכא בכל נכסיו איירי בין במקצתן טענת השכיב מרע היא שלא היה הקנין אלא כדי ליפות כוחו כמו שכתב רבינו שם.

לא מצא ראיה נשבע הנותן וכו'. סברתו היא זו וראויין הדברים למי שאמרן, אך יש להסתפק אם נוהגת שבועה זו בכל הספיקות כגון דסלקו בתיקו, או דילמא דוקא בכי האי דזה טוען וזה טוען, ועיין להרב כנסת הגדולה ז"ל חו"מ סי' רנ"א בהגהת הטור אות י"ח שכתב בשם מהר"י קולון ז"ל שורש צ"ד ומהר"ם פאדוה סי' נ"ב, דהוא הדין בכל מקום דאיכא פלוגתא אי זכה המקבל עליו להביא ראיה עיי"ש.

הלכה כד

מי שמת ונמצא מתנה קשורה על ירכו וכו'. כתב הרב המגיד ז"ל, דבמתנת כל נכסיו איירי דבמקצתן ודאי לא (שלא) [אלא] זכה בהם כיון שיש בהם קנין וכו', ע"כ. ולענ"ד נראה דיתכן אף במקצתן וע"י קנין, כיון שאין הקנין אלא ליפות כוחו לא זכה כמו שכתב רבינו פרק ח' הל' י"א, ועוד דהכא לא נתכוון להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה.

פרק י

הלכה א

ש"מ שאמר תנו וכו' יתנו לאחר מיתה וכו'. המשנה למלך ז"ל נסתפק, במי שהיו לו צרורות של כסף ואמר תנו צרור של ק' לפלוני ונמצאו כל הצרורות של ק"כ, מי חיישינן למנה קבור או לא, וצידד לדמותו להההיא דתנו לפלוני ביתא דמחזיק מאה גולפי ואשתכח דמחזיק ק"כ, ולא היה לו בית אחר, ואסיקנא דנותן בעין יפה הוא נותן, ופסקה רבינו לקמן פרק י"א הל' כ"ב. ולענ"ד נראה שאני התם שלא נמצא בית אחר בהכרח דלזה נתכוון, דלמנה קבור לא חיישינן כלל, משא"כ הכא שיש לו כמה צרורות ולו יהי אלא ספק המוציא מחבירו עליו הראיה, והיורשים הם מוחזקין ולא יתנו אלא מאה.

הלכה ב

וכן אם אמר תנו שטר פלוני לפלוני וכו'. בדברי הרב המגיד ז"ל נפלו כמה טעיות, אך הענין מובן מצד עצמו. ועל מה שכתב רבינו, וכן אם אמר תנו שטר פלוני לפלוני וכו', ראיתי להמשנה למלך ז"ל שהקשה דלדברי הרשב"א שהביא הרב המגיד ז"ל, דהשכיב מרע צריך שיאמר הוא וכל שעבודיה, קשה דבפרק מי שמת אמרינן, אמר נכסי לפלוני שטרות איקרו נכסי כדתניא וכו', והוא בדף ק"נ [ע"ב] משמע דקנה השטרות אע"ג דלא אמר איהו וכל שעבודיה וכו', ונראה לי דשאני אומר נכסי דכיון דשטרות איקרו נכסי דעת הנותן לא על גוף השטר לחוד הוא אלא על עיקר החוב והיינו השעבוד וכו', אבל באומר תנו שטר פלוני איכא למימר דעל גוף השטר אמר לצור עפ"י צלוחיתו, וכן ראיתי להנימוקי יוסף ז"ל וכו' ע"כ. ולענ"ד נראה דאעיקרא דדינא תקשה להרשב"א ז"ל ההיא דנכסי לפלוני היכי קני השטרות, וצריך לומר דהרשב"א יפרש בדפירש נכסי ושעבודייהו ואפילו הכי הוה אפשר דשטרות אינן בכלל דשעבודייהו אשאר מילי קאי, ולכך איצטריכו בגמרא לאשמועינן דגם שטרות בכלל, ועוד יש לומר דאפשר דהרשב"א יפרשה גם להההיא דאם לא פירש השעבוד לצור עפ"י צלוחיתו קאמר כי הכא, מכל מקום דברי הרב ז"ל נכונים. ולענין הלכה כבר פסק הרב בית יוסף חו"מ סי' רמ"ח,

דבשכיב מרע אין צריך לפרש וכדברי הר"ן שהביא הכסף משנה ז"ל, אבל בבריא אף שאמר נכסי אין השטרות בכלל אלא א"כ אמר אינהו ושעבודייהו. ואכתי איכא למידק בהך דהרשב"א ז"ל, בההוא עובדא דאימיה דרב עמרם דאמרה מלוגמא דשטרי ליהוו לעמרם וכו', דמה נפשך אמרה אינהו ושעבודייהו או לא אמרה, אי אמרה א"כ כי אתו אחוה קמיה דרב ותבעוה מאי אהנו הא בדידהו ליכא אינהו ושעבודייהו, ואי לא אמרה אינהו ושעבודייהו אמאי אתו לקמיה דרב הא רב עמרם לא קנה ולא מידי ואפילו משך, ויש לומר דמתורת ירושה הוא דקא תבעי, ובירושה אין שייך זה דהן הן הבעלים עצמן.

הלכה ג

שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי אם אמר תנו נותנין וכו'. הרב כנסת הגדולה ז"ל חו"מ סי' רנ"ה כתב וז"ל: אפילו אמר בלשון זה תדע איך יש לפלוני בידי מנה אין נותנין לו, מהר"ם אלשיך סי' ו', אבל המבי"ט ז"ל סי' ש"ח כתב דאין כאן טענת השבעה ונותנים לו, עכ"ל. הנה הרב אלשיך סי' ו' נשאל על מי שאמר לשותפו בפני עדים תדע איך לזה הבחור יש לו בנכסי כך וכך, ואז השיב השותף מי הוא זה הבחור לוי והשיב בהן, ופלפל הרב ז"ל דמלשון רבינו בהודאה כל שהוא סגי, ולשון תדע משמע דרך הודאה, ושוב הביא דברי הפוסקים ז"ל דבעינן תבעוהו תחילה, ומכח זה הסכים דכיון דלא אמר תנו ולא מודה אני אין נותנין עיי"ש, אמנם המבי"ט ז"ל ח"א סי' ש"ח על שאלה זו עצמה כתב דכיון דלא תבעוהו תחילה ליכא טענת השטאה, ודקדק מדברי רבינו והרי"ף ז"ל דדוקא במערים לא אמר כלום אבל דרך הודאה דבריו קיימין, ועוד דלשון תדע הו"ל כאומר אתם עדי, ועוד דכיון שהתובע בפניו אינו יכול לטעון שלא להשביע וכו', ושם בסי' שכ"ב הכריח מלשון יש לו בנכסי דקאמר דהוי לשון מתנה דלא גרע מלשון יטול או יחזיק או זכה או יקנה דהוו לשון מתנה, והכריח עוד דמחייב עצמו אפילו לא אמר אתם עדי חייב, וכל שכן בשכיב מרע דדבריו ככתובין וכמסורין, ועוד כתב דבנכסי אם אינו ראוי ליורשו הוי לשון מתנה ודבריו קיימין, עיי"ש. גם מהרשד"ם ז"ל בתשובה סי' שכ"ח בלשון [לע"ז, דיקלארו קי] אין טודה מי אזיינדה טייני מי אירמאני לה מיטאד, שפירושו, בכל נכסי יש לו לאחי החצי וכו', השיב ז"ל דלשון זה הוי לשון מתנה דלא גרע מהרי היא שלו דקיימא לן דהוי לשון מתנה וכו', עיי"ש. נמצא דמהרשד"ם והמבי"ט בשיטה אחת קיימי דלשון יש לו בנכסי משמעותו לשון מתנה וקנה, וקרוב לשמוע דאם היה עולה בדעת הרב אלשיך ז"ל דבר זה היה מודה דלשון יש לו בנכסי הוי לשון מתנה, ואיך שיהיה קצת תימה על הרב כנסת הגדולה שהביא דבר זה במחלוקת שקול בין הרב

אלשיך והמבי"ט, ולא זכר דלפי מה שכתב המבי"ט בסי' שכ"ב הרי המבי"ט והרשד"ם פליגי עליה.

הלכה ד

לפיכך אם אמר זה דרך הודאה ולא הי' שם חשש וכו'. המבי"ט ז"ל ח"א סי' ש"ח הקשה על מה שכתב רבינו פ"ו דטוען ונטען הל' ז', וכן אחד היו אומרים עליו שהוא בעל ממון בשעת מיתתו אמר אילו היה לי ממון לא הייתי פורע לפלוני ופלוני, ואחר מיתתו באו פלוני ופלוני לתבוע ואמרו חכמים אין להם כלום שהאדם עשוי להראות עצמו שאינו בעל ממון וכו', ותירץ ז"ל דיש לחלק בינו ליורשו וכו', עיי"ש. ולענ"ד איני רואה תחילת קושיא דכאן ביאר רבינו, לפיכך אם זה דרך הודאה ולא היה שם חשש הערמה וכו', משמע דבאיכא חשש הערמה אין נותנין, ואילו התם אין לך חשש הערמה גדולה מזו שהיו אומרים עליו שהיה בעל ממון, וכדי להסיר מעליו שם זה אמר כך והדבר ברור.

הלכה ה

כיוצא בו ראו את אביהם שהטמין וכו'. חלוקא זו היא מסודרת בפרק זה בורר (סנהדרין דף ל') [ע"א] אחר החלוקא דאני ראיתי את אביהם וכו', ורבינו הקדים המאוחר נראה מפני שרבינו עסיק במדבר עם יורשיו דהיינו אומר תנו וכו', ולכך סמך לה זאת, ועוד יש לומר טעם אחר מפני שבזו שראו את אביהם וכו', יש לחלק בין כמוסר דבריו למערים דומיא לדרך הודאה או מערים שכתב תחילה, משא"כ באני ראיתי את אביהם וכו', דהתם אין הדבר תלוי בין דרך הודאה לדרך הערמה אלא בין יכול ליטלן ללא, ועוד דדרך הודאה להערמה לא שייך אלא במטמין בביתו, דהיינו שידה תיבה ומגדל שכתב רבינו, משא"כ מטמין בשדה במקום הפקר דודאי דבריו קיימין ואין שייך הערמה, דאין אדם עשוי להטמין ממונו בשדה מכל שכן לפני בני אדם, ועיין להרב כנסת הגדולה ז"ל חו"מ סי' רנ"ה בהגהת הטור אות י"ד, והנראה לענ"ד כתבתי.

הלכה ז

הרי שהיה מצטער וכו' ואמרו לו בחלום וכו'. הקדמה זו ליתא בגמרא התם, ונראה שרבינו הוסיפה לאשמועינן דכח הדמיון פועל, ולכך אמרו דברי חלומות אין מעלין ואין מורידים, גם חלוקא דשל פלוני הם אינה שם בברייתא, ורבינו אפשר דהוה גריס לה, וע"ע להכנסת הגדולה שם אות י"ב.

הלכה ח

ואמרו יתומים וכו' נאמנין ונשבעין וכו'. בגמרא אמרו דנאמנים משום דלא פסק למלתא, ונראה דרבינו מפרשה שלא אמר לשון המועיל כגון תנו וכיוצא.

הלכה ט

אמר תנו וכו' ואמר לנו אבינו פרעתיו וכו'. אף דלענין אמירת המורישׁ היינו דרך הודאה באין שם חשׁש הערמה כמו שכתב רבינו לעיל הל' ג' וד', מכל מקום לענין פרעתי יש חילוק משום דהוי ליה למידק טפי, והיינו מה שאיתא בגמרא, אם איתא דפרעה לא הוה אמר תנו.

הלכה י

אמר מנה לפלוני וכו' אין נאמנין שהרי לא אמר וכו'. כבר נתבאר הדין והטעם, וידוע דהראב"ד ז"ל השיג על רבינו מכח הגירסא שהיתה לפניו, וביאור אדרבא איפכא מסתברא שאמרו שם, וכבר האריכו המפרשים ז"ל בזה.