עניני מסכת בבא בתרא

יוצא לאור ע״י
הכולל העליון ע״ש
בילא וצבי וקסנר
ישיבת רבנו יצחק אלחנן

נוא יארק חוברת י״ב תש״ע

עניני מסכת בבא בתרא

עורכים:
הרב יונתן יעקב כהן
הרב משה סטבסקי
הרב איתן שנאל

יוצא לאור ע״י
הכולל העליון ע״ש
בילא וצבי וקסנר
ישיבת רבנו יצחק אלחנן

נוא יארק חוברת י״ב תש״ע

© 2010
The Bella and Harry Wexner
Kollel Elyon and Semikhah Honors Program
Rabbi Isaac Elchanan Theological Seminary

קול צבי

ישיבת רבנו יצחק אלחנן

העורכים:
הרב יונתן יעקב כהן • הרב משה סטבסקי
הרב איתן שנאל

נוא יארק **חוברת י"ב** **תש"ע**

תוכן הענינים

מאמרי ראשי הישיבה

חילופי חדו"ת בין הרה"ג ר' יחיאל מיכל חרל"פ זצוק"ל והרה"ג ר' איסר זלמן מלצר זצוק"ל בענין תליוה וזבין
מו"ר הרב זבולון חרל"פ 3

בענין מחילת זכויות ירושה בין בעל לאשתו
מו"ר הרב יונה ריס 35

שיעור הקדמה בעניני ירושה: נחלה כקיום בהמשך ומבנה המשפחה
מו"ר הרב מיכאל רוזנצוייג 61

ירושה בזמננו
מו"ר הרב מרדכי ווילג 86

פרק יש נוחלין

בענין ירושת הבעל
הרב עקיבא בלאק 105

בענין בריתו של אברהם אבינו
וחלק גר בנחלת ארץ ישראל
הרב ברוך דוב בראון 123

בעניני קבורה וטומאת מת
הרב רפאל רוזנבלום 155

איסור נחלה ללויים
הרב יונתן לוין 168

בענין מכירי כהונה
הרב יהודה טורצקי 175

שיטת הרמב"ם בענין מכירי כהונה:
היחס בין מתנות בהמה לתרומה
הרב יהודה טורצקי 186

בענין מתנות שלא הורמו
הרב אליהו בליזון 204

בענין יסוד דין איסור קודש וירושה במוקדשין
הרב איתן שנאל 216

בענין נכסים שבאו בירושה
הרב חיים פעקער 226

בענין זכות בכור ופשוט בנכסי הירושה קודם חלוקה:
סוגיית איני נותן ואינו נוטל
הרב יונתן יעקב כהן 277

ראוי ומוחזק לענין בכור ובעל
הרב עקיבא הכהן קניגסברג 314

בגדר תפוסת הבית קודם חלוקה
הרב דוד אליהו הלוי הלמן 329

מתנה על מה שכתוב בתורה
הרב אלישע בצלאלי 343

עניני ירושת עכו"ם
הרב יעקב ששון 354

נאמנות עד אחד בדבר שבערוה:
בגילוי מילתא ובמקום ספק
הרב רפאל ראובן סטוהל 365

נאמנות האב מדין יכיר
הרב משה סטבסקי 390

סוגיא דאשתמודעינהו
ועוד בגדר גילוי מילתא בדבר שבערוה
הרב רפאל ראובן סטוהל 407

בענין גוסס
הרב אילן סאניקער 438

תוך כדי דיבור
הרב אברהם אליעזר מרקוביץ 451

בענין הנחלה דר' יוחנן בן ברוקה
הרב אהרן קראפט 459

הערות בענין ירושה באיסורי הנאה והמסתעף
הרב איתן שנאל 478

בדין קנין פירות וקנין הגוף
הרב יוסף חיים ינץ 493

בעניני קנין כספו וכח ירושה של עובר
הרב דוד אליהו הלוי הלמן 511

פרק מי שמת

בענין מתנת שכיב מרע כירושה
הרב יונתן ישראל שמברי 529

בענין מתנת שכיב מרע במקצת
הרב אברהם צרפתי..... 548

ביאור היסוד דאין ספק מוציא מידי ודאי בירושה
הרב דוד אליהו הלוי הלמן 554

קובץ חידושי תורה

"קול צבי"

של הכולל העליון ע"ש וקסנר

נקרא ע"ש

ר' צבי בן יצחק קבקוב ע"ה

הערשל קבקוב הדגים למופת את המהגר האמריקני היהודי הנאמן למורשת אבותיו. הוא ורעייתו **לאה ע"ה** גברו באומץ לב על קשיים כלכליים כדי להקים בית דתי, בית שאווירת קדושה ותכליתיות נשגבה אפיינה אותה. קביעת עתים לתורה ועיסוק סדיר בצרכי הצבור העמידו את הקב"ה, ואת מצב היהדות וכל בית ישראל, במרכז חייו וחיי ילדיו. דלתות ביתו היו פתוחות תמיד ליהודים שנדודיהם הביאום לקולומבוס, אוהייו, ושיכלו ליהנות ממקום ללון שסיפק את צרכיהם הדתיים כדבר המובן מאליו. דוגמה זו של הכנסת אורחים שבילא וקסנר ע"ה, כאחת מחמשת ילדיו, ראתה בצעירותה השפיעה עליה והדריכה אותה כל ימי חייה.

מר קבקוב עלה למרומים בל' תשרי, תשט"ו, והוריש לנו משפחה חדורה ברוח מסירות נפשו.

ארבעים וחמש שנה לאחר פטירתו, גברת בילא וקסנר ע"ה ונכדתו של מר קבקוב, לאה מאריאשע (סוזן) וקסנר, יזמו ועיצבו תכנית מיוחדת במינה בהשכלה היהודית הגבוהה, הכולל העליון ותכנית ההסמכה למתקדמים, בישיבתנו. הכולל והתכנית למתקדמים מכשירים רבנים לתפקידיהם כמנהיגי קהילות, וקהל ישראל ככלל, בהדגשה גם על תלמוד תורה מסורתי וגם על המיומנות הבין-אישית החיונית להחדרה יעילה של ערכים יהודיים – מאמץ המהוה המשך טבעי של חיי הערשל קבקוב. כמצבה לזכרו, שמו, צבי, נקרא על הקובץ הזה של עיונים תורניים.

כרך זה מוקדש לזכר נשמת

הרבנית מרים ברכה רוזנצוייג
בת הרב מאיר יהושע
ט״ו באב תרפ״ח - כ״ט בכסלו תשע״א

״חכמות נשים בנתה ביתה״ (משלי יד :א)

הרבנית מרים ברכה רוזנצוייג ז״ל היתה חוטר מגזע רבני מפואר. הסבא, הרב יהודה יודל רוזנברג זצ״ל, שחיבר ספרים חשובים בכל מקצועות התורה, כיהן ברבנות בפולין – בטרלא, בלודז, ובוורשא – ואח״כ בקנדה – בטורנטו, ובמיוחד במונטריאל. האבא, הרב מאיר יהושע זצ״ל, תלמיד בישיבת וולוזין והמחבר של ״כור המבחן״ על יו״ד, שימש כהרב בכמה קהילות בנוא דזערזי, מאסטשוסטס, ובסוף חייו בהרטפורד קונטיקט. מרים ברכה ז״ל התחתנה עם הרב דוב בער רוזנצוייג שליט״א שהיה המרא דאתרא בקהילות בטורנטו, ובקיו גרדנס בנוא יארק, ושכיהן לשעבר כנשיא הסתדרות הרבנים באמריקא. יחד עם בעלה, היא גידלה חמשה ילדים – שלשה בנים ושתי בנות – עשרים ושמנה נכדים, ועשרים ואחד נינים. היא היתה אשה מסורה בטח בה לב בעלה, ואמא וסבתא לתפארת שעיצבה ועידדה כל צאצאיה. עם כל מה שהקדישה והשקיעה יחד עם בעלה למען תורת ישראל וארץ ישראל בעסקי הקהל ובחיי הציבור, היא העלתה צרכי משפחתה היקרה על הכל.

הרבנית מרים ברכה ז״ל היתה רבנית אדיבה ונעימת רוח שקיבלה אנשים בפנים יפות ובחיוך נאה, כיבדה את כל הבריות, והיתה בבחינת תפארת לעושיה ותפארת מן האדם. וכך היתה דרכה גם בהוראה. הרבנית רוזנצוייג ז״ל לימדה מתימטיקה וספרות בישיבות תיכוניות – בית יעקב בטורנטו, ישיבה תיכונית דקווינס, ישיבת האנ״ק (היברו אקדמי של נאסא קונטי), וישיבת סנטרל לבנות – יותר מארבעים שנה. היא היתה מורה למופת שהשפיעה רבות על תלמידיה מעל ומעבר לחומר שלימדה. השפעתה המיוחדת היתה בהבעת שמחת הלימוד והגילוי; ועוד יותר, בדרך שהתיחסה בהערצה ובחן אל כל אחד ואחד. הן בחיי הקהילה, הן בחינוך, והן בחייה הפרטיים היתה לה דרך הופעה והבעה שהביעה שילוב של פיקחות ונעימות יחד.

הרבנית רוזנצוייג ז״ל היתה אישיות מיוחדת ששילבה בתוכה תכונות מגוונות. מצד אחד היא היתה אצילת רוח ועדינת נפש, עטופה בצניעות ובפרטיות. מאידך, היא היתה מעין המתגבר של שמחת חיים, אופטימיות, עקרונות נשגבות, ובמיוחד אהבת משפחה. היא השאירה מורשת עשירה למשפחתה, לקהילותיה, לתלמידיה, ולכל מכיריה.

ת.נ.צ.ב.ה.

בס״ד

דברי פתיחה

איתא בגמ׳ ב״ב (קיז.) וז״ל ר׳ יונתן אומר לבאי הארץ נתחלקה הארץ שנאמר לאלה תחלק הארץ בנחלה, אלא מה אני מקיים לשמות מטות אבותם ינחלו? משונה נחלה זו מכל נחלות שבעולם, שכל נחלות שבעולם חיין יורשין מתים, וכאן מתים יורשין חיין. אמר רבי אמשול לך משל למה הדבר דומה, לשני אחין כהנים שהיו בעיר אחת, לאחד יש לו בן אחד ואחד יש לו שני בנים והלכו לגורן, זה שיש לו בן אחד נוטל חלק אחד וזה שיש לו שני בנים נוטל שני חלקים, ומחזירין אצל אביהן וחוזרין וחולקין בשוה, עכ״ל הגמ׳. ובאמת צ״ע להבין סיבת שינוי סדר הנחלות בירושת ארץ ישראל.

ביאר הרב יעקב ניוברגר שליט״א דטמון בזה יסוד גדול. הנה במושכל ראשון היה נראה שראויים היו בני אותו הדור של באי הארץ להיות חלוקת הארץ נעשית על שמם וכפי מנינם. הרי דוקא בני אותו הדור, ולא אבותיהם, זכו להיות מן הנכנסים לארץ שלא חטאו בעגל ולא חטאו במרגלים. ובודאי צדקתם ובטחונם בהקב״ה עמדו להם שיהיו מן המקדשים את הארץ בכיבושם ומן הראשונים לעשות רצון ה׳ ומצוותיו בארץ ישראל. הרי לעולם ועד יתלו תושבי הארץ את חלקם הטוב באבותיהם שנכנסו לארץ וירשו אותה בעדם.

אכן לא כך עלתה במחשבה לפניו ית׳, אלא שנתחלקה הארץ ע״ש אלו שיצאו ממצרים. ואע״פ שלבסוף לא נכנסו לארץ, מ״מ הם הם שסבלו גלות מצרים והשעבוד; הם הם שעמדו להעיד על הניסים והנפלאות של יצ״מ ועל נבואת מרע״ה ומתן תורה. זאת ועוד, הרי הוכשרו הנכנסים לארץ רק בחיקם של דור המדבר בכיסופם ואמונתם שלא פסקו בכל השנים של גלות ושעבוד. לכן, בני דור המדבר הם כ״כ שייכים ומצורפים לגורלו של כל כלל ישראל שא״א שלא ירשמו שמם על עצם הקרקע הקדו׳.

והנה, בכל דור מתהוות השגות גבוהות וחדשות בכל עניני החיים שלא הופיעו בדורות הקודמים. ולמרות שכנראה הן תוצאות מן הכחות

ומן המעשים של אותו הדור, אנו למדים מכאן שצריכים להכיר שכולם באמת אינם אלא תוצאות מהכחות והמעשים המצורפים של כל הדורות שבאו לפנינהם. גם בדורינו אנו שראינו בארה״ב חיזוק התורה והישיבות וכוללים באופן נפלא בכל חלקי כלל ישראל, אין לנו לתלות הגדולה בעצמינו אלא על אבותינו ואבות אבותינו שמסרו נפשם בשמירת תורה ומצוות במדינה זו, גם בתקופה נוראה של התבוללות ונסיונות עצומות.

כמו כן, מחד גיסא אנו שמחים להגיש בעזה״י את קובץ זו בעניני ירושה והמסתעף, שהוא פרי עמלינו בחידושי תורה ובירורי סוגיות ע״י חברי הכולל. אמנם, מאידך אנו מכירים שבכל מה שזכינו להאיר ולברר בסוגיות האלו, אין הדבר תלוי בנו אלא ברבותינו ראשי הישיבה בכלל, וראשי הכולל בפרט. הם הם המורים לבני ישיבתינו את הדרך אשר ילכו בה, בין בתורה, בין ביראת שמים ובין בהשפקת החיים. הם הם שמורישים לנו כל זה ע״י לימודם והדרכתם, ותודתינו נתונה להם על כל התמסרותם התמידית לחברי הכולל.

וכן מודים אנו מעומקא דליבא להאי אשה חשובה, מרת סוזן וקסנר, שביחד עם אמה, מרת בילא ע"ה, נדבו רוחם לייסד את הכולל אשר כל מטרתו היא לימוד תורה לשמה, ולחנך רבנים צעירים שבעתיד יעסקו בעבודת הקודש. הכולל, הנקרא ע״ש הוריה, לעולם יעמוד להם ולנו למזכרת תמידית על מסירתם המיוחדת לתורה ולחינוך לכלל ישראל. ובנוסף על זה אנו מודים לה על שמאפשרת לנו להוציא לאור מדי שנה קובץ זו הנקרא ״קול צבי״ ע"ש סבה, ר׳ צבי בן יצחק קבקוב ע"ה. יה"ר שתזכה לאריכות ימים ושנים, ולהמשיך בתמיכת תורה"ק מתוך אושר כל ימיה.

וכן נודה ונכיר טוב לראש הישיבה הרב נחום לאם שליט"א, ולנשיא הישיבה מר ירחמיאל יואל שיחי׳ על אשר שמים לילות כימים בכל עניני הנהלת הישיבה. גם תודתינו נתונה למנהל הישיבה הרב יונה ריס שליט"א והרב חיים בראנשטיין שליט"א עבור כל טירחתם ויגיעתם בעדנו חברי הכולל ולטובת כל תלמידי הישיבה.

תודה כפולה ומכופלת להרב זבולון חרל"פ שליט"א עבור שנים רבות שבהן עמל וטרח כדי להרביץ תורה"ק ולהרבות בלימוד תורה לשמה, ובודאי והשפעתו תמשיך להיות מורגשת בין כותלי הישיבה. וזכות מיוחדת לנו מה שנהוג אצלו לא רק לתמוך בת"ת דידן אלא ג"כ להשתתף בחבורות, לישא וליתן ולפלפל עם כל חברי הכולל כדרכה של תורה.

אסירי תודה אנו לראשי הכולל הדגולים הרב מרדכי ווילִיג שליט"א והרב מיכאל רוזנצוייג שליט"א על כל הדרכתם והשפעתם בעניני הלימוד ושאר עניני עבודת ה׳, ועל כל מסירותם עבור כל תלמידיהם בכל עניני החיים. וכן נודה להרב צבי שכטר שליט"א על כל סייעתו ועזרתו לנו במשך זמנינו בישיבה, בין בתור ראש ישיבה ובין בתור ראש הכולל ע״ש כ״ץ. יה"ר שיזכו להאריך ימים ושנים בהרבצת התורה והעמדת התלמידים.

תשואות חן חן להרב נתן ריטש ואברהם בלאק שיחיו עבור עזרתם בעריכת קובץ זה. וכן אנו מודים להרב דוד פרייל שיחי׳ שעמל להוציא לאור דבר נאה ומתקבל.

וסוף דבר, נודה ונשבח לקל בורא עולם ששם חלקינו בתורתו. ויה"ר שנזכה ללמוד וללמד לשמור ולעשות ולקיים את כל דברי תורתינו הקדו׳ במסירות נפש ובאהבה.

יונתן יעקב כהן　　משה סטבסקי　　איתן שנאל

מאמרי ראשי הישיבה

מו"ר הרב זבולון חרל"פ
ראש ישיבה ומנהל לשעבר ויועץ לנשיאה לעניני הישיבה

חילופי חדו"ת בין הרה"ג ר' יחיאל מיכל חרל"פ זצוק"ל והרה"ג ר' איסר זלמן מלצר זצוק"ל

בענין תליוה וזבין

תוכן הענינים

א. הקדמה

ב. אבן האזל הל' גזלה ואבדה פ"ט הל' ט"ז

ג. מכתבו של הגרי"מ חרל"פ זצוק"ל, הועתק מס' תורת החוף ימים על מכות סי' כ' בענין תליו' וזבין

ד. מכתבו של הגרא"ז מלצר זצוק"ל להגרי"מ חרל"פ זצוק"ל

ה. קונטרוסו של הגרא"ז מלצר זצוק"ל, הועתק מס' תורת החוף ימים על מכות סי' כ'

ו. העתק מכתבו של הגרא"ז מלצר זצוק"ל

ז. העתק כתב ידה של רבנית בלא היוצא ע"ה

א. הקדמה

יום אחד בחורף תשמ"ב, כשחזרתי הביתה, אמרו לי שהגאון ר' שניאור זלמן קטלר זצוק"ל, מי שהרחיב והגדיל להפליא את בית מדרשו של אביו הגדול, הגאון ר' אהרן קטלר זצ"ל – ישיבת לייקווד המפוארת, טלפן אלי כבר כמה פעמים וכנראה חפש אותי למשהו מאד דחוף. כמובן, טלפנתי אליו חזרה וכמעט מיד, ובלי שום הקדמה, הוא שאל אותי "הגיד לי מי הכין את הספר של אביך זצ"ל "חוף ימים" על מסכת מכות (שיצא לאור על ידינו כמה שנים אחרי פטירתו)? בהתחלה לא הבנתי את השאלה והשבתי לו בתמיהה זה ספר של אבא? "כן, כן" הוא ענה לי "אני יודע שהחידושים והערות המאירים הם של אביכם זצ"ל, אבל מי סדר את הכל בכתב? ומי ערך את הדברים בשפה כ"כ ברורה ונעימה כזאת? אנחנו עובדים עכשיו להוציא לאור את כתביו של אבא (הגאון ר' אהרן) זצ"ל ואני מחפש עורכים טובים כאלה." הסברתי לו שאבא זצ"ל כתב את הכל לבד, ואנחנו כמעט ולא עשינו כלום חוץ מכמה תיקונים קלים בלשון והוספת מראי מקומות. הוא הופתע לגמרי, ולא הבין איך זה שמי שהיה כל כך טרוד בצרכי הכלל מצא זמן ויישוב הדעת לשבת ולכתוב בבהירות כזאת ובסדר מופתי כזה, כאחד היושב בשבת תחכמוני בלי שום דאגות וטירדות על הראש, אשרי לו ואשרי חלקו!

ואז המשיך ושאל אותי בקשר מה שכתוב בהקדמה לחוף ימים על מכות הנ"ל שסבו הדגול מאד – הגאון הצדיק ר' איסר זלמן מלצר זצ"ל ערך קונטרוס מיוחד לאאמו"ר זצוק"ל, תשובה על מכתב הערות שאבא מרי שלח אליו על חידוש אחד שבספרו הראשון "אבן האזל" על הלכות נזקי ממון, וגם מזה התפעל הגאון ר' שניאור זצוק"ל, כי לא כן היתה דרכו של רבי איסר זלמן זצוק"ל לכתוב "קונטרסים" בתור תשובות. כמה עמודים יש בקונטרוס? שאל ר' שניאור זצוק"ל. עניתי לו שאינני יודע כי עוד לא מצאתי את הקונטרוס, רק מצאתי את המכתב שבו כותב ר' איסר זלמן זצוק"ל לאבא זצוק"ל שהוא שולח לו את הקונטרוס. והנה במגירותיו של אבא זצוק"ל מצאתי, בזמנו, הרבה מכתבי תורה מגדולי הרבנים, וגם קונטרוסים ארוכים בענינים שונים, אבל לא מצאתי קונטרוס בכתב ידו של ר' איסר זלמן זצוק"ל. בסיום השיחה בקשני ר' שניאור זצוק"ל לשלוח לו העתק צילום מן המכתב, וכך עשיתי.

כמה שבועות אחרי זה נפגשנו, באופן לא צפוי, בחתונה, והוא הודה לי על המכתב ששלחתי לו וביקש ממני נרגשות לחפש היטב בעבור הקונטרוס, ואף אמר לי שכמעט ברור לו הדבר שאם כינה הסבא זצוק״ל מה ששלח לאבא זצוק״ל כקונטרוס הוא אינו בכתב ידו של הסבא זצוק״ל, אלא בכתב ידה של הסבתא הרבנית בילא הינדא ע״ה, שהיתה לה כתב נפלא, והיא היתה מעתיקה את כל כתבי הסבא זצוק״ל לפני מסירתם לדפוס (וכן גם כתב הגאון ר׳ איסר זלמן זצוק״ל בעצמו בהקדמתו לאבן האזל ע״ש). וב״ה יגענו ומצאנו את הקונטרוס בכתב ידה של הרבנית מלצר ע״ה.

והנה אנו מצרפים בזה את החדו״ת שעברו ביניהם, וגם צילומים של מכתב הגראז״מ בכתב ידו ודף א׳ מהקונטרוס בכתב יד הרבנית ע״ה:

ב. אבן האזל הל׳ גזלה ואבדה פ״ט הל׳ ט״ז

אין בעל השדה צריך לעשות מודעה על מכר זה הואיל והוחזק זה גזלן על שדה זו ואין ראייתו בה ראיה ואין צריך למסור מודעה ואין דין גזלן כדין האונס את חבירו ותלה אותו עד שימכור לו. שזה האנס אינו רוצה לגזול ולא גזלו עדיין כלום, לפיכך אם לא מסר המוכר האנוס מודעה ממכרו קיים.

השגת הראב״ד אין בעל השדה וכו׳. א״א זה אינו מחוור והרב ז״ל חולק עליו בהלכות והעיקר כדברי הרב ז״ל שאם היה כדברי זה המחבר דרב הונא הוא מפליג בזה למה ליה למהדר דרב ביבי מימרא הוא ומימרא לרב הונא לא סבירא ליה והא בכה״ג רב הונא נמי הכי ס״ל עכ״ל:

המ״מ סיים דבריו וכתב וצ״ע היאך חלק בין זה להיא דתליוה וזבין אחר שהגמרא משוה אותן עכ״ל, וגם הכ״מ והלח״מ שתקו כאן ולא כתבו ישוב לדעת הרמב״ם, והב״ח בסי׳ ר״ה וכן הגר״א ז״ל בסי׳ קנ״א כתבו דהרמב״ם אינו גורס כן בגמ׳ והגר״א ז״ל כתב שהוא הוספה מאיזה גאון והנה מה שכתבו דמדברי הרי״ף והרא״ש מוכרח דאינם גורסים זה בסוגיא ודאי כונתם דכיון שכתבו על הא דרב ביבי ודוקא במסר מודעא אזביני אבל אי לא מסר מודעה לא דקיי״ל כרב הונא דאמר תליוה וזבין זביניה זביני, ומוכח מדבריהם דרב ביב אינו חולק על רב הונא, אבל באמת

א"א לפרש בדברי הרי"ף והרא"ש דכונתם לפרש כן בדברי רב ביבי דהא רב ביבי קאי על מה דאמר רב נחמן אמר לי הונא כולן שהביאו ראיה וכו' גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה, וע"ז אמר ורב ביבי מסיים בה משמיה דר"נ קרקע אין לו אבל מעות יש לו בד"א שאמרו עדים בפנינו מנה, ואם נימא דהרי"ף מפרש כן דברי רב ביבי א"כ מה דאמר ר"נ אמר לי הונא גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה מיירי במסר מודעא וא"כ מאי קמ"ל פשיטא דמודעה מהני ואף דאפשר לומר דקמ"ל דמודעה מהני דהא קיי"ל דלא כתבינן מודעא אזביני אא"כ ידעינן דאניס כמעשה דפרדיסא וקמ"ל דבגזלן אין צריך להוכיח על אונסו, א"א לומר כן דא"כ מה אמר מאי קמ"ל תנינא לקח מסיקריקין וחזר ולקח מבעה"ב מקחו בטל דהא קמ"ל דאפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו ודמהני מודעא, ועוד מה מתרץ קמ"ל לאפוקי מדרב דאמר ל"ש אלא דאמר לו לך חזק וקני. אבל בשטר קנה קמ"ל כדשמואל דאמר עד שיכתוב לו אחריות נכסים דמנ"ל זה כיון דמיירי במסר מודעה ובזה ודאי אפי' בשטר ואחריות נכסים לא מהני וע"כ דודאי רב לא מיירי במסר מודעא דא"כ פשיטא ולא נחת לאשמעינן גזלן הוי אונס דזה ודאי פשיטא, וא"כ א"א לומר דרב ביבי מיירי במסר מודעא דא"כ פשיטא דקרקע אין לו:

וע"כ דהרי"ף הביא דברי רב ביבי שהם כפשטן אפי' לא מסר מודעא, וכתב ע"ז ודוקא במסר מודעא אזביני, אבל לא מסר מודעא לא דקיי"ל כדרב הונא והיינו דלא קיי"ל בזה כרב ביבי, והביא הרי"ף רק עיקר הדין ולא הביא לשון הגמ'. ואדרבא מדברי הרי"ף יש להוכיח דסומך על הסוגיא דרב ביבי ורב הונא חולקים, דאל"כ למה כתב דקיי"ל כדרב הונא דהא לא מצינו מי שחולק על רב הונא והי' לו לכתוב דאמר רב הונא, וע"כ דמשום דרב ביבי באמת חולק על רב הונא ולא מיירי במסר מודעה, וע"ז כתב הרי"ף דלא משכחת הא אלא במסר מודעה ולא תיקשי על הרי"ף דבמסר מודעא פשיטא דהרי"ף בא להשמיענו דבלא מסר מודעה לא קיי"ל כרב ביבי, ועוד דאגב משמיענו דמסר מודעא מהני דודאי הוי אונס וכנ"ל:

ומה שהוכיח הגר"א ז"ל מקושית התוס' בדף מ"ז ע"ב בד"ה רב ביבי מסיים דהא רב ביבי פליג על רב הונא ורב הונא לא איירי במנה אלא בהודה אינו הוכחה לומר בשביל זה דהגירסא אינה עיקר דהרמב"ן כותב תמיד היכי דאיכא בש"ס הוספה מדברי הגאונים וגם הראב"ד היה יודע

מזה וגם הרשב״א בש״מ הביא זה ולא הזכיר שאינה מדברי הגמ׳, ועיינתי בדקדוקי סופרים שמביא גירסאות מהרבה כ״י ובכל הכ״י איתא כן, ומש״כ התוס׳ דק״ק הלשון י״ל דרב ביבי מסיים זה משמיה דרב נחמן שהוסיף על מה דאמר רב הונא גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה דאמר ע״ז רב נחמן קרקע אין לו אבל מעות יש לו בד״א שאמרו בפנינו מנה לו, דהכל מדברי רב נחמן דסובר דאפי׳ במנה לו אין לו קרקע אבל רב הונא בעצמו שפיר לא איירי אלא בהודה לו וכמש״כ התוס׳ עכ״פ א״א ליישב דברי הרמב״ם באופן זה:

והנראה בדעת הרמב״ם דסובר דזה ודאי דמה דאמר רב נחמן בשם רב הונא גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה דהוא בכל גוונא דדוחק הוא לפרש כפי׳ התוס׳ דרב הונא מיירי באמרו בפנינו הודה ולא באמרו בפנינו מנה לו, דא״כ לא הוי ליה למסתם ולומר דאין ראייתו ראיה כיון דמשכחת לה דראייתו ראיה, וכיון דרב הונא בעצמו סבר דתליוה וזבין זביניה זביני, ע״כ אנו צריכין לחלק בין אנס לגזלן, וכבר כתבנו דא״א לומר דרב הונא מיירי במסר מודעא כמש״כ הרי״ף וכמו שבארנו דאין כונת הרי״ף לזה, ומה דפריך הגמ׳ מדרב ביבי אדרב נחמן הוא משום דצריך לבאר עיקר הבנת דברי הרמב״ם במה שחלק בין גזלן לאנס, דאם נאמר דעיקר החלוק הוא גזלן כיון שכבר נגזל ממנו הקרקע לא גמר ומקנה ודוקא באנס שהיא עתה ברשותו א״כ גם בלקח מסיקריקין וחזר ולקח מבעה״ב לא מהני נתן מעות, אבל יותר נראה דדוקא בגזלן דכיון שכבר גזל ממנו הקרקע דאף דהקרקע אינה נגזלת מ״מ בפועל אינה תחת רשותו ואינו רוצה להחזירה לו אלא שאנסו למכרה לו, א״כ כשמכרה לו מאונס ולקח דמים אינו אלא שהציל הדמים, אבל לא גמר ומקנה כלל כיון שכבר היא גזולה ואין זה מעשה מכירה, משא״כ בלקח מסיקריקין וחזר ולקח מבעה״ב כיון דהלוקח אינו גזלן ויחזיר לו בדיינים, א״כ אפי׳ אם מכר לו מיראת הסיקריקין הוי מעשה מכירה, כיון שלקח מעות מהלוקח שאינו מחזיק הקרקע בגזל:

והנה מדברי הרמב״ם מוכח כהסבר האחרון דהא כתב ואין דין הגזלן כדין האונס את חברו ותלה אותו עד שימכור לו, שזה האנס אינו רוצה לגזול ולא גזלו עדיין כלום, ומוכח דלא רק בשביל שכבר גזלו ממנו הקרקע אלא בשביל שהאנס אינו רוצה לגזול וכיון שהלוקח מן הסיקריקין

ג"כ אינו רוצה לגזול לא סגי בזה שהסיקריקין כבר גזל כיון שהלוקח אינו רוצה לגזול שפיר הוי מעשה מכירה בלקיחת הדמים:

ולפי"ז שכתבנו קשה דכיון שהוכחנו לדעת הרמב"ם דלרב הונא דסבר תליוה וזבין זביניה זביני, וכאן אמר בסתמא דגזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה דמשמע אפי' הביא עדים שבפניהם מנה לו מוכרחים אנו לחלק בין גזלן ואנס, א"כ קשה בהא דאמר הגמ' מאי קמ"ל תנינא וכו' לאפוקי מדרב וכו' דהא לקח מסיקריקין דינו כדין אנס ומהני ביה ראיה שבפניהם מנה, וא"א לומר דע"ז קאי מה דאמר רב הונא גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה, ולכן צ"ל דכל מה דאמר שם מאי קמ"ל תנינא וכו' לאפוקי וכו' הכל מדברי ר"נ והכי משמע דאם הוא מדברי הגמ' הו"ל להמתין עד סוף דבריו של ר"נ והו"ל לסיים מקודם מה דרב ביבי מסיים משמיה דר"נ, אלא דהכל הוא מדברי ר"נ דאמר אמר לי הונא, ובאמת ר"נ לא סבר כהא דאידך דר"ה דתליוה וזבין, ולכן אינו מחלק בין גזלן לסיקריקין, ולכן ע"ז שפיר רב ביבי מסיים משמיה דר"נ קרקע אין לו אבל מעות יש לו בד"א שאמרו עדים בפנינו מנה לו דגם בלקח מסיקריקין ואמרו עדים בפנינו מנה לו לא קנה דלית ליה תליוה וזבין זביניה זביני, ולפימש"כ הוי מצי הגמ' להקשות מתחלת דברי ר"נ, אלא דאינו מפורש להדיא בדברי ר"נ דמיירי אפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו, ולכן מקשה מדברי רב ביבי דאמר להדיא באמרו עדים בפנינו מנה לו, וקאי על לקח מסיקריקין כדאמר מעיקרא להדיא, ומוכח דלא סבר תליוה וזבין זביניה זביני:

ולכן ע"כ מוכרח דר"נ לפי"מ דמסיים רב ביבי ורב הונא פליגי ור"נ לית ליה כרב הונא אבל להלכה דקיי"ל כר"ה כדפסיק רבא הלכתא ובהא דאמר ר"ה גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה ודאי הוא בכל גוונא אפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו, וע"כ אנו צריכים לחלק בין גזלן לאנס ור"ה לא קמ"ל כלל לדינא דסיקריקין במתני' דסיקריקין ע"כ לא מיירי באמרו עדים בפנינו מנה לו, וכדאמר רב להדיא ל"ש אלא דאמר לו לך חזק וקני ופליג אשמואל בשטר אבל לא מיירי בנתינת כסף כיון דאית לן תליוה וזבין זביניה זביני, וע"כ דהא דאמר ר"ה גזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה דהוא בכל גווני אפי באמרו בפנינו מנה, לא קמ"ל מידי בדין סיקריקין ורק ר"נ הוא דאמר הכי, ולא תיקשי מאי קמ"ל תנינא דזה גופא

קמ״ל דאפי׳ באמרו בפנינו מנה לו לא קנה שאין דין הגזלן כדין האנס וכמש״כ הרמב״ם:

ג. מכתבו של הגרי״מ חרל״פ זצוק״ל, הועתק מס׳ תורת החוף ימים על מכות סי׳ כ׳ בענין תליו׳ וזבין*

ה׳ כסלו התרצ״ו

לכבוד הגאון הגדול שר התורה ציס״ע מוהר״ר איסר זלמן מלצר שליט״א שלו׳ וברכה!

את ספרו הגדול לנכון קבלתי וברכתי עליו ברכת שהחיינו למראה האור הגדול והאבן האזל הוא בית אלקים. רצוף בזה ימצא כת״ר את מחיר הספר אשר בודאי שוה יותר ויותר ואתו הסליחה.

בעברי מעט בספרו היקר ראיתי מה שכתב כת״ר שיחי׳ בענין תלוי׳ וזבין ואכתוב לו את אשר אני הצעיר התעוררתי בזה ואקוה שישים את עיניו ע״ז.

א.

ברמב״ם [פ״ט] ה׳ גו״א הט״ז [כתב] אין בעל השדה צריך לעשות מודעא על מכר זה הואיל והוחזק זה גזלן על שדה זו ואין ראייתו בה ראי׳ וא״צ למסור מודעא. ואין דין גזלן כדין האונס את חבירו ותלה אותו עד שימכור לו, שזה האנס אינו רוצה לגזול ולא גזלו עדין כלום לפיכך אם לא מסר המוכר האנוס מודעא ממכרו קיים. ובהשגות הראב״ד א״א זה אינו מחוור והרב ז״ל חולק עליו בהלכות והעיקר כדברי הרב ז״ל שאם הי׳ (זה) כדברי [זה] המחבר דרב הונא הוא מפליג בזה למ״ל למיהדר דרב ביבי מימרא [היא] ומימרא לרב הונא לא ס״ל, והא בכה״ג ר״ה נמי

* הנה העתק זה של המכתב ששלח הגהמ״ח זצ״ל להגאון ר׳ איסר זלמן מלצר זצ״ל הוא ההעתק הראשון ולא אותו ההעתק שקיבל הגרא״ז. ויכול להיות שבהעתק השני הוסיף רבינו זצ״ל לבאר עוד ענינים שונים (הרב זאב חרל״פ).

הכי ס"ל עכ"ל. והמ"מ סיים וצ"ע היאך חלק בין זה להיא דתלוי' וזבין אחרי שהג"מ משוה אותן עכ"ל. וכת"ר כתב וגם הכ"מ והלח"מ שתקו כאן ולא כתבו ישוב לדעת הרמב"ם, והב"ח בסי' ר"ה וכן הגר"א ז"ל בסי' קנ"א כתבו דהרמב"ם אינו גורס כן בגמ', והנה מה שכתבו דמדברי הרי"ף והרא"ש מוכרח דאינם גורסים זה בסוגיא ודאי כונתם דכיון שכתבו על הא דרב ביבי ודוקא במסר מודעא אזביני אבל אי לא מסר מודעא לא דקיי"ל כר"ה דאמר תלוי' וזבין זביני' זביני. ומוכח מדבריהם דר"ב לא חולק על ר"ה, אבל באמת א"א לפרש דברי הרי"ף והרא"ש דכונתם לפרש כן בדברי ר"ב, דהא רב ביבי קאי על הא דר"נ אמר לי הונא גזלן שהביא ראי' אין ראיתו ראי' וע"ז אמר ור"ב מסיים בה וכו' ואם נימא דהרי"ף מפרש כן בדברי ר"ב, א"כ מאי דאמר ר"נ אמר לי הונא גזלן שהביא ראי' אין ראייתו ראי' מיירי במסר מודעא, וא"כ מאי קמ"ל פשיטא דמודעא מהני, ואף דאפשר דקמ"ל דמודעא מהני, דהא קיי"ל דלא כתבינן מודעא אזביני אא"כ ידעינן דאנוס כמעשה דפרדיסא וקמ"ל דבגזלן א"צ להוכיח על אנסו, א"א לומר כן דא"כ מאי אמר מאי קמ"ל תנינא וכו' דהא קמ"ל דאפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו ודמהני מודעא, ועוד מאי תירץ קמ"ל לאפוקי מדרב דאמר ל"ש אלא דאמר לו לך חזק וקני אבל בשטר קנה קמ"ל כדשמואל דאמר שיכתוב לו אחריות נכסים דמנ"ל זה כיון דמיירי במסר מודעא ובזה ודאי אפי' בשטר ואחריות נכסים לא מהני וע"כ דודאי רב ביבי (בספרו חסר ביבי) לא מיירי במסר מודעאה דא"כ פשיטא ולא נחית לאשמעינן דגזלן הוי אונס דזה ודאי פשיטא וא"כ א"א לומר דרב ביבי מיירי במסר מודעא דא"כ פשיטא דקרקע אין לו ע"כ דבריו.

ודבריו לכאורה אינם מובנים לי, שהקשה דאם נימא דהונא מיירי במסר מודעא א"כ מאי קושית מאי קמ"ל תנינא וכו' הא קמ"ל דאפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו ודמהני מודעא, קושיא זו יכולים להקשות אפי' לדידן דהונא מבלי מודעא, דהא הרשב"ם שם מבאר גזלן שהביא ראי' עדי מכירה או עדי הודאה וכו' אין ראיתו ראי' כדרב כהנא דאי לאו דאודי לי' וכו' ע"ש א"כ טובא קמ"ל הונא דממתני' דלקח מסקריקין אפשר דאיירי רק באמר לו לך חזק וקני ולהכי מקחו בטל אבל ביש עדי הודאה שנתן לו מעות הו"א דמקחו קיים, קמ"ל דאפי' זה לא מהני משום דס"ל כדרב כהנא. ומנ"ל להש"ס לאפוקי מדרב, דלמא כרב נמי ס"ל ובכתב לו שטר ראיתו הוי ראי' והונא מיירי רק באין לו שטר רק עדי הודאה לחוד ומתני'

ס״ד דאיירי דאין כאן אפי׳ עדי הודאה, ובע״כ צריכים אנו לומר דקושית הש״ס היא מפשטות הלשון דמתני׳ דמקחו בטל דמשמע דבטל בכל גונא גם ביש הודאה וגם במסירת מודעא ואפי׳ בשטר באחריות ולכן שפיר מקשה מאי קמ״ל, ומשני לאפוקי מדרב וקמ״ל כדשמואל, דמפלוגתא זו מוכח דאע״ג דמתני׳ סתמא קתני מקחו בטל לאו בכל גוני מיירי, ובאמת הי׳ יכול לתרץ קמ״ל דעדי הודאה לא מהני ומתני׳ איירי באין עדי הודאה וס״ל להונא אפי׳ כרב, אלא הש״ס קושטא קאמר קמ״ל כדשמואל משום דהלכתא כותי׳ בדיני.

והשתא דמתרץ הש״ס קמ״ל כדשמואל דאפי׳ בשטר ל״ק אבל בשטר באחריות קנה מטעם דסברא היא דמחמת אונסי׳ ל״ה כותב לו אחריות, אפשר לומר דהונא שאמר גזלן שהביא ראי׳ אין ראיתו ראי׳, איירי דוקא שמביא ראי׳ של שטר מבלי אחריות אבל אם באמת מביא ראי׳ מעדי הודאה שבפניהם הודה לו שנתן לו מעות ראיתו ראי׳ דמחמת אונסי׳ לא הי׳ מודה שקבל כסף רק הי׳ אומר לך חזק וקני או כותב לו שטר סתם ומהונא גופא אין הוכחה דס״ל כדרב כהנא דגם בעדי הודאה ל״ק משום דאי לאו דאודי ליה וכו׳ רק דמלשון הונא דנקט תרוייהו אין ראיתו ראי׳ ואין מעמידין שדה בידו מוכח דהונא עצמו ודאי ס״ל כדרב כהנא נמי וכמ״ש התוס׳ שם ד״ה ראייתן ע״ש, אבל שמואל גופא אפשר דלא ס״ל כדרב כהנא וכמו דמהני שטר באחריות כן מהני כשיש עדי הודאה בשניהם שייך שפיר הסברא דמחמת אונסי׳ לא הי׳ כותב לו אחריות וגם לא הי׳ מודה לו שקיבל מעות ממנו, אכן מהא גופא דס״ל לשמואל דבשטר מבלי אחריות ל״ק ואמרי׳ דמחמת אונסי׳ כתב לי׳ אפשר להוכיח דגם בעדי הודאה גרידא ס״ל סברת רב כהנא אי לאו משום דאודי לן וכו׳, ורק באחריות לא אמרי׳ מחמת אונסי׳ כתב לו, וכמו שבאר זאת היטב בשטמ״ק בסוגיון דכי היכי דאמרי׳ שאם הוחזק בגזלנות על שדה אחת יש לו חזקה בשדה אחרת שאין יראים ממנו למחות אלא על אותה שדה שמסר נפשו עלי׳ ד״נ אין יראים מפניו למנוע ממנו שעבוד נכסים שהרי שעבוד נכסים כשדה אחרת דמיא הלכך אם כתב לו אחריות קנה ע״ש.

(והנה בסמ״ע סי׳ רל״ו ס״ק ח׳, אבל אם קנאה מהעכו״ם תחלה כו׳ דמוכרח הי׳ הבעל להסכים במכירת המציק וגם לכתוב לו שטר כמו שמתחלה הי׳ צריך ליתן לו השדה בנתינה גמורה כדי להציל נפשו, אבל

אם קבל עליו הישראל אחריות ודאי במכירה גמורה מכרה להלוקח דזה ודאי לא הי' מבקש ממנו המציק כמו שלא בקש ממנו מתחלה כשפדה נפשו בשדה זו ליתן לו אחריות על שדה עכ"ל, ודבריו אינם די מחוורים דגם בשטר מבלי אחריות וכן בעדי הודאה נמי נימא דזה ודאי לא הי' מבקש המציק כמו שלא בקש ממנו מתחלה כשפדה נפשו בשדה זו ליתן לו אחריות על שדה עכ"ל, ודבריו אינם די מחוורים דגם בשטר מבלי אחריות וכן בעדי הודאה נמי נימא דזה ודאי לא הי' מבקש המציק כמו שלא בקש ממנו מתחלה כשפדה נפשו בשדה זו ליתן לו אפי' שטר מבלי אחריות או שיודה לו בפני עדים שקבל ממנו מעות ומחוורתא כהסבר השטמ"ק הנ"ל.)

והנה בשטמ"ק כתב שם וז"ל דרב ודאי ס"ל דאעפ"י שאנסוהו לכתוב את השטר אגב אנסי' גמר ומקנה דהא גבי לקח מסקריקין וחזר ולקח מבעה"ב כמאן דאנסו בעה"ב על כתיבת השטר דמי, דודאי הסקריקין יקפיד אם ישמע שזה מונע כתיבה השטר מן הלוקח שנראה שהוא מצפה שתחזיר לו הקרקע ואפ"ה קאמר רב דקנה כיון שכתב לו את השטר אעפ"י שהוא אנוס על הכתיבה, מיהו כי אמר לי' לך חזק וקני דדבורא בעלמא הוא לא אמרי' דגמר ומקנה, אבל לשמואל דאית לי' דאף בשטר ל"ק ודאי היינו טעמא דקנה כשכתב לו אחריות נכסים משום דאמרי' לא הי' אנוס על כתיבת האחריות שהרי הסקריקין לא גלה דעתו שהוא רוצה בשעבוד נכסיו, אבל אם אנסוהו לכתוב אחריות נכסים ודאי ל"ק כמו שלא קנה בכתיבת השטר בלא אחריות כי מה טעם יש להפריש ולחלק בין כתב לו את השטר ובין כתב לו אחריות נכסים כיון שהכל מתוך האונס, והא דאמרי' לעיל לאפוקי מדרב דאמר אבל בשטר קנה קמ"ל כדשמואל כו', לאו למימרא דגבי גזלן קנה בכתיבת אחריות שהרי אנוס הוא על אחריות כיון שהגזלן אמר לו לכתוב לו אחריות אלא גבי סקריקין הוא דמהניא כתיבת אחריות מן הטעם שפירשנו ע"ש. נמצא לפ"ז דלרב אפי' במסר מודעא קנה היכא דאח"כ כתב לו שטר דבגזלן מה לי מסר מודעא או לא מסר הא בלא"ה הכל מתוך האונס הוא, ואפ"ה ס"ל לרב דבכתיבת השטר אף שהי' באונס מ"מ אמרי' דגמר ומקני, וא"כ ה"ה אפי' במודעא הדין כן. ומעתה באמת י"ל דהונא נמי במסר מודעא איירי, וקושית הש"ס מהא דסקריקין דקתני סתמא מקחו בטל דמשמע בכל גונא ואפי' בעדי הודאה ואפי' שלא במודעא וכ"ש במודעא. ומשני לאפוקי

מדרב דלדידי׳ דוקא בדבורא מהני מודעא ואונס, משא״כ בכתב לו שטר אפי׳ באונס ומודעא אמרי׳ דגמר ומקנה, קמ״ל כדשמואל דבאונס לא מהני כתיבת שטר לחוד, ובגזלן אפי׳ בכתב לו אחריות נמי ל״ק היכא דהוי אונס וכ״ש במסירת מודעא דלשמואל מהני אפי׳ במקום דהוי מעשה כתיבת השטר המבטלת דבורא במסירת מודעא. ורב ביבי דמסיים בה רק לפרושי הונא בא וכיון דאיירי במסירת מודעא א״כ אפי׳ בנתן לו מעות קרקע אין לו אבל מעות יש לו, וזהו דוקא במנה לו מעות אבל בהודה לו אפי׳ מעות אין לו משום דרב כהנא דאי לאו דאודי לי׳ כו׳.

ולהפך, חידוש גדול משמיענו רב ביבי בזה דאבל אמרו עדים בפנינו הודה לו לא כדרב כהנא, דכוין דלשיטת הרי״ף והרא״ש איירי רב ביבי במסירת מודעא א״כ נחזי׳ אנן היכא דמסר מודעא שבאונס מוכר לו ולא הזכיר בשעת מסירת מודעא דגם על ההודאה עצמה שקבל מעות הוי אנוס, אפשר דאז צריכים אנו לומר דהמודעא היא רק על עצם המכירה, אבל לא על המעות, ואדרבה מזה עצמו שלא מסר מודעא גם על הכסף מוכח דמודה שבאמת קבל את המעות דאל״כ למסור מודעא ג״כ על הודאת המעות, וזה לכאורה עוד גרוע מאילו לא מסר מודעא כלל קמ״ל רב ביבי דגם בכה״ג אם לא ראו העדים שמנה לו מעות רק הודה לו, חשבינן אנן את המודעא לא רק על עצם המכירה כ״א גם על הודאת המעות, ואף מעות אין לו.

וכן נמי במה שכותב כת״ר שם ואדרבה מדברי הרי״ף יש להוכיח דסומך על הסוגיא דרב ביבי ור״ה חולקים, דאל״כ למה כתב דקיי״ל כדרב הונא דהא לא מצינו מי שחולק על ר״ה, והי׳ לו לכתוב דאמר ר״ה, וע״כ משום דרב ביבי באמת חולק עליו ע״ש, הנה מלבד מה שכתבנו דלרב כתיבת השטר מהני אפי׳ באונס ופליג ע״ז ר״ה, אפשר דרב ס״ל דאפי׳ בנתן מעות ל״ק, ורק בשטר ס״ל דקנה משום דשטר הוי מעשה רבה, ולכאורה כן משמע מדבריו דאל״כ אמאי לא אמר רב ל״ש דאמר לי׳ לך חזק וקני, אבל בשטר או בקבלת מעות מקחו קיים ומדלא אמר כן משמע דס״ל דקבלת המעות לאו כלום היא, אלא דמסוגית הש״ס גופא שם דאמר רבא הלכתא וכו׳ ולא אמרן אלא בשדה סתם, אבל בשדה זו לא כו׳ משמע נמי דרבא פליג על ר״ה שאומר סתמא דבכל אופן תלוי׳ וזבין זביני׳ זביני, ולרבא בגזלן שנתן מעות על שדה זו בודאי ל״ק, ולכן אמר הרי״ף דקיי״ל

כר"ה דאמר בסתמא דבכל גוני זביני' זבין, אבל רב ביבי עצמו אפשר דגם הוא כר"ה ס"ל.

ב.

ביסוד שיטת הרמב"ם אפשר לומר שהוא מפרש את הסוגיא באופן זה, עפימ"ש התוס' (מח, א) ד"ה הא תימא לרשב"א דמשמע דלא אמר ר"ה תלוי' וזבין זביני' זביני אלא בשטר אבל בלך חזק וקני לא, וכיון דאגב אונסי' גמר ומקני מה לי האי ומה לי האי, ועוד הקשה דקאמר ומודה שמואל היכא דיהיב זוזי משמע דלרב קני אפי' אי לא יהיב זוזי ואמאי והא תלוי' ויהיב לא הוי מתנה, ותירץ דבהכי פליגי רב ושמואל, דקסבר רב דאי לאו דיהיב זוזי לא הוה עביד שטר ושמואל סבר דמחמת אונס עביד שטר אבל אחריות לא הי' מקבל כדאמר בהנזקין עד שיכתוב לו אחריות נכסים ע"ש. ולפ"ז הא דאמרי' הכא, מאי קמ"ל תנינא לקח וכו' לאפוקי מדרב וכו' הפירוש דלא אמרי' דמדכתב שטר מוכח דנתן לו מעות, דאם באמת הי' נותן לו מעות הוי זביני' זביני אפי' בגזלן, וכן הא דאמר קמ"ל כדשמואל אף בשטר ל"ק אבל באחריות קנה, משום דעי"ז מוכח דיהיב זוזא ולכן הוי זביני, וע"ז בא הש"ס ואומר ורב ביבי מסיים משמי' דר"נ דקרקע אין לו אבל מעות יש לו דהיינו אף שמוכח מכתיבת האחריות דיהיב לי' זוזי מ"מ אין זביני' זביני ופליג בזה על רב ושמואל וס"ל דאפי' בשטר באחריות ל"ק משום דבגזלן אף נתינת כסף לא מהני.

וגם מהא גופא דאמר ר"נ אמר לי הונא גזלן שהביא ראי' אין ראיתו ראי' ואין מעמידין שדה בידו, ופירשו בתוס' ד"ה ראייתן, נראה לרשב"א דנקט תרוייהו איידי דבעי למיתני גבי גזלן אין ראיתו ראי' ואין מעמידין שדה בידו דהתם איצטריך תרוייהו, דאי לא תנא אלא אין ראיתו ראי' הו"א לגבי הא שאין מעמידין שדה בידו אבל מעות יש לו דלא ה"א טעמא אי לאו דאודי לו וכו' אלא הוה מפרשינן טעמא משום דתלוי' וזבין ל"ה זביני' זביני אפי' מנה לו מעות הלכך קאמרי תרוייהו דאין ראיתו ראי' כלל דאפי' מעות אין לו דטעמא הוי משום דאי לאו דאודי לי' וכו' ע"ש. נמצא לפ"ז דלרב הונא לשיטתי' דוקא ראיתו ל"ה ראי', אבל אם בפנינו מנה לו מעות גם בגזלן קונה, משום דתלוי' וזבין גם בגזלן הוי זביני' זביני,

ומשו״ה שפיר מקשה הש״ס אליבא דר״ה לשיטתי׳ ולר״ב דמסיים בה משמי׳ דר״נ קרקע אין לו מעות יש לו מאי איכא למימר ולא מצי לתרוצי דשאני גזלן מאנס דלר״ה לשיטתי׳ שניהם שוים ומוכרח הש״ס לשנות דר״ב מימרא הוא ולר״ה מימרא לא ס״ל. אבל הרמב״ם באמת פוסק בהא דגזלן כר״ב דאמר משמי׳ דר״נ דהלכתא כר״נ בדיני גבי גזלן לא אמרי׳ תלוי׳ וזבין זביני׳ זביני, ומדאמר הש״ס ורב ביבי מסיים בה משמע דקאי רק בזה שאיירי כאן דהיינו בגזלן, משמע דאבל באנס בעלמא מודה לר״ה, וכדאמרי׳ בש״ס (מח, ב) והלכתא בכולהו זביני׳ זביני דבזה כ״ע לא פליגי.

שוב מצאתי בכ״מ ה״מ פ״י (ה״ח) [ה״ה] שכתב לישב קושית הראב״ד והמ״מ הנ״ל וז״ל ונ״ל לישב דעת רבינו שהוא ז״ל סובר דר״ה מודה לר״ב דגבי גזלן תלוי׳ וזבין לאו זביני׳ זביני ורב המנונא דאותיב ליה מלקח מסקריקין כו׳ הוה ס״ד דר״ה פליג אר״ב וגמ׳ אהדר ליה לפום שיטתי׳ דרב הונא לא ס״ל דר״ב, אבל קושטא דמילתא היא דאית לי׳ דר״ב. ועוי״ל דאה״נ דר״ה לית לי׳ דר״ב מיהו כיון דר״ב משמא דר״נ א״ל ור״נ דיינא הוא והלכתא כוותי׳ בדיני הכי קיי״ל, ודבר פשוט הוא דלפ״ז אין פי׳ דברי ר״ב לדעת רבינו כמו לרשב״ם, דלפי׳ רשב״ם תלוי׳ וזבין לעולם לאו זביני לר״ב ולפי׳ רבינו גם לר״ב זביני׳ זביני אא״כ הוחזק גזלן על שדה זו דאע״ג דר״ה לית לי׳ דר״ב ר״ב אית לי׳ דר״ה עכ״ל. הנה בתירוץ הב׳ כתב כדברינו, רק דלא הביא את ההוכחות שהוכחנו שיטת ר״ה ושיטת ר״ב.

וכיון דחזינן דהש״ס מדמה דין גזלן להדין דלקח מסקריקין וחזר ולקח מן הבעלים, אפשר לישב נמי מה דהשמיט הרמב״ם הך דינא דלקח מסקריקין וכת״ר האריך הרבה בזה, משום שהרמב״ם סמך על הא דהביא הך דינא דגזלן ולדידי׳ שניהם שווין.

ג.

באופן אחר יש לבאר שיטת הרמב״ם דבהך דינא שפוסק הרמב״ם דהגוזל שדה שטוען הנגזל אנוס הייתי לא זכה הגזלן אעפ״י שיש עדים שבפניהם לקחה ותחזור השדה לבעלים ומחזירין לנגזל הדמים שנתן וכו׳ ע״ש לכאורה יש להעיר למה לא השמיענו הרמב״ם חידוש יותר גדול

דאפי' היכא שכתב לו שטר ואפי' באחריות וגם נתן לו מעות ג"כ קרקע אין לו ורק מעות יש לו.

ולכן נראה דיסוד הסברא דאמרי' בתלוי' וזבין זביני' זביני משום דע"י קבלת המעות גמר ומקני היא משום דכיון דסו"ס הרי עומד וצווח שאיננו רוצה למכור לו רק שמאנסים אותו, א"כ הרי בזה עצמו מראה שאינו מתירא מהאנס להגיד בפה מלא שאין רוצה למוכרו, וא"כ מדוע באמת לא בא לפני עדים ומסר להם מודעא ע"ז, רק קבל את המעות מבלי מסירת מודעא, זהו עצמו הוי אומדנא דמוכח דגמר ומקני, משא"כ בגזלן כמו דאמרי' בחו"מ סי' קמ"ט סעי' י"ד דעכו"ם שאכל כמה שנים קרקע הידוע לישראל אין אכילתו ראי', וכתב ע"ז בסמ"ע שם ס"ק כ"ב די"ל דירא למחות בו וכו' ע"ש, ה"נ ירא למסור מודעא ואין כאן אומדנא דמוכח שע"י קבלת המעות גמר ומקני.

ויותר מזה נראה דבאנס בעלמא הרי הי' מוכרח למסור מודעא קודם קבלת המעות דאין לומר שסמך עצמו שאח"כ יבוא לב"ד ויטעון אנוס הייתי דמי יאמין לו אז, אם הלוקח יכחישו שברצון מכרו לו דאל"כ כל אחד יבוא אחר שמכר ויטעון אנוס הייתי ותתבטלנה עי"ז כל המכירות שבעולם, ומכיון שלא מסר מודעא הוי שפיר אומדנא דמוכח דגמר ומקנה משא"כ בהוחזק גזלן על שדה זו והכל יודעים שגזלה ממנו וגם ראיתו אינה ראי' למ"ל למסור מודעא דמה יחשוש שהגזלן יטעון שברצון באה השדה לידו הא ידוע לכל שלכתחלה בתורת גזל באה לידו.

ומבוארים היטב דברי הרמב"ם אין בעל השדה צריך לעשות מודעא על מכר זו הואיל והוחזק זה גזלן על שדה ואין ראיתו בה ראי' וא"צ למסור מודעא וכו' ע"ש. ולכאורה למה חזר ב' פעמים אין בעל השדה צריך לעשות מודעא ובסוף עוד פעם וא"צ למסור מודעא, וביותר מה שייך לכאן הדין ואין ראיתו בה ראי' שזהו רק כתוצאה מהדין דא"צ לעשות מודעא ולא טעם על הא דא"צ למסור מודעא ולכאורה זה הוי תלי תניא בדלא תניא, ולדברינו מבואר זאת שפיר דזה תלוי בזה דהואיל והוחזק זה גזלן על שדה ואין ראיתו ראי' אפי' אם אכל ג' שנים א"כ מה יש לו לחוש בקבלת המעות אולי ישתכח הדבר ויטעון שברצון קנאה ובשביל זה יצטרך למסור מודעא, הא כ"ע יודעים שהוחזק גזלן וראיתו בה לא

תועיל לא מאומה, ולכן מסיים הרמב״ם עוד פעם דבשביל טעם זה א״צ למסור מודעא.

ומעתה י״ל דאפי׳ בגזלן לא אמרי׳ דאין ראיתו ראי׳ היינו דוקא אם יש רק עדי הודאה או אפי׳ שמעדים בפנינו מנה לו דאז י״ל דמהא גופא דלא מסר מודעא אין פה אומדנא דמוכח דגמר ומקנה, או דחשב דא״צ מודעא משום דהוחזק ע״ז גזלן, או דמתירא ממנו למסור מודעא. אבל היכא דיש אומדנא אחרת כגון היכא דנתן שטר מלבד קבלת או הודאת המעות, אליבא דרב, או היכא שכתב אחריות אליבא דשמואל אז גם ר״ה מודה דגמר ומקנה אפי׳ בגזלן, ורק רב ביבי דמסיים בה משמי׳ דר״נ קרקע אין לו מעות יש לו פליג על הונא ועל רב ושמואל דאפי׳ היכא דיש אומדנא אחריתי לא אמרי דגמר ומקנה, ומשו״ה שפיר מקשה רב המנונא על ר״ה מהא דלקח מסקריקין וחזר ולקח מבעה״ב דמקחו בטל, ומשמע בכל גוני אפי׳ היכא דיש אומדנא אחרת דבאופן זה אין הבדל לגזלן ולאנס, ומשני הא איתמר עלה אמר רב ל״ש דא״ל לך חזק וקני אבל בשטר קני ולשמואל דאמר אף בשטר ל״ק מאי איכא למימר ומשני מודה שמואל היכא דיהיב זוזי דאז בין לרב ובין לשמואל חשיבא השטר עצמו כאומדנא אחריתי דגמר ומקנה דלמה לי׳ למיכתב שטר וע״ז מקשה ולר״ב דמסיים בה משמי׳ דר״נ וכו׳ דהוא פליג וס״ל דאפי׳ היכא דיש אומדנא גמר ומקנה לא סמכינן ע״ז מאי איכא למימר ומשני דר״ב מימרא הוא ור״ה לא ס״ל למימרא.

ומתבארים בזה דברי הרמב״ם שבכל מקום שמביא הך דין דגזלן אין ראיתו ראי׳ מביא רק באופן שהביא ראי׳ שהודה הבעל בפני עדים או שראו שלקח מעות הבעל בפני עדים או שראו שלקח מעות ומדוע לא השמיענו רבותא יתרה שאפי׳ כתב לו שטר באחריות וגם לקח מעות נמי אין ראי׳ בגזלן. דלדברינו זה ניחא דאפשר דבכה״ג באמת ס״ל להרמב״ם דגם בגזלן ראיתו ראי׳. ואפשר עוד להביא קצת ראי׳ לזה מהא דכתב הרמב״ם בה׳ מכירה שם ה״ט וי״א לקחה הגזלן מן הבעלים אחר שמכרה, וכן בהי״ג נתנוה הבעלים לגזלן מתנה קנאה הלוקח ע״ש ואיך אפשר שתהי׳ מכירה ונתינה גבי גזלן הא לעולם יכולים הבעלים לטעון אנוסים היינו. ואפי׳ אם אחרי מכירתם הודו בב״ד שמסכימים למכירה או לנתינה אכתי יכולים לחזור ולטעון אח״כ דגם הודאה זו גופא באונס היתה מפני

יראת הגזלן, והא ראי׳ דמשך כל הזמן פחדו אפי׳ לתובעם בב״ד. ולדברינו זה ניחא דאפשר דאיירי בכתיבת שטר וקרע בקבלת אחריות גבי מתנה, ובמכירה אפשר דאפי׳ בשטר לחודא סגי עם קבלת המעות דבכה״ג גם בגזלן אפי׳ לשיטת הרמב״ם הוי מכירה וגם מתנה.

אחרי כותבי כ״ז מצאתי בלחם משנה פי״ד ה׳ טוען ונטען ה״ב שהעיר הערה זו על הרמב״ם וז״ל: בפ׳ חזקת הבתים אמרו דר״ה אתא לאפוקי מדרב דאפי׳ בשטר לא מהני חזקה גבי גזלן אלא כשמואל דבעינן עד שיכתוב לו אחריות, וקשה על רבינו [ז״ל] למה לא הודיענו זה דאפי׳ בשטר לא מהני ראי׳ גבי גזלן דהכי הלכתא דהלכתא כשמואל בדיני, מיהו לזה י״ל דסתם רבינו הדברים ומכח הסתם משמע דאפי׳ בשטר לא מהני, אבל מ״מ קשה דהי׳ לו להודיענו דאי אית בי׳ אחריות מהני, וה״ה ז״ל בפ״ל מה׳ מכירה גבי לקח מן האיש וחזק ולקח מן האשה דמקחו בטל, אבל אם כתב אחריות מקחו קיים תמה [שם] למה לא ביאר רבינו ז״ל כן ויש לתמוה עליו דא״כ כאן הי׳ לו לתמוה וכמ״ש. וי״ל דכאן יש לתרץ דסובר כדכתב הטור ז״ל בסי׳ קנ״א בשם הר״ר יהודא דאע״ג דגבי סקריקין היכא דכתב אחריות מהני, גבי גזלן לא מהני דשאני גבי סקריקין אם אין בעה״ב משעבד ללוקח נכסיו וכו׳ אבל גזלן שאנס זה גם על האחריות ל״ק ומשו״ה לא כתב רבינו ז״ל כאן דמהני כתיבת אחריות, מיהו קשה לסברא זו כיון דאיכא לחלוק בין ההיא דסקריקין להא דגזלן אמאי בפ׳ חזקת אמרו דר״ה אית לי׳ לאפוקי מדרב, דרב אמר דשטר מהני גבי סקריקין ור״ה אמר דלא מהני שטר, משום דסקריקין אינו מקפיד אם יעשה שטר ללוקח, אבל גזלן שכפוהו על כך, כי היכא דאנו מחלקים אליבא דשמואל בכתיבת אחריות, וי״ל דודאי כתיבת אחריות זהו דאינו מקפיד משום [דאינו] מהני כ״כ, אבל כתיבת השטר ודאי מקפיד הסקריקין אם אינו משתעבד ללוקח ע״ש.

ולפימ״ש הנה באמת הרמב״ם מודה דבכתב לו שטר גם גבי גזלן אמרי׳ דגמר ומקנה בפרט היכא דיש עוד אומדנא דמוכח מעדי הודאה או בפנינו מנה לו. ולולא דמסתפינא הייתי אומר דאע״ג דבכל מקום הלכתא כשמואל בדיני, הכא פסקינן הלכתא כרב דאפי׳ בשטר לחודא נמי קנה, דהא לעיל (לה, ב) אמר רב יהודא אמר רב ישראל הבא מחמת נכרי הרי הוא כנכרי, מה נכרי אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל הבא מחמת נכרי

אין לו חזקה אלא בשטר, אמר רבא וכו׳ אי אמר ישראל קמי דידי זבנה נכרי מינך וזבנה ניהלי מהימן וכו׳ ע״ש וברשב״ם בתוד״ה ישראל דדין חזקה לית לי׳ לנכרי ולא כל מאן דאתי מחמתי׳ דסתם כושיים גזלנים הם וישראל ירא למחות וכו׳ ע״ש ולכאורה כיון דסתם כושיים גזלנים הם א״כ אמאי מהני גבייהו שטר הא גזלן שהביא ראי׳ אין ראיתו ראי׳ ולשמואל אפי׳ בשטר לא מהני. ומצאתי במ״מ ה״מ פ״א הי״ז שהרגיש בזה וכתב שם באמצע דבריו והטעם שהעכו״ם אינו קונה בחזקה שאם הי׳ העכו״ם קונה בחזקה מתוך אלמותו הי׳ מחזיק אבל לכתוב לו שטר כולי האי לא עבדי ע״ש, וכל המעיין יראה שדבריו אינם מובנים כיון דסו״ס סתם כושיים גזלנים הם מ״ש משאר גזלן דלשמואל לא מהני מבלי אחריות.

לכן נראה דבאמת לשמואל דס״ל אפי׳ בשטר ל״ק גם בעכו״ם ל״ק אפי׳ בשטר ורק דסוגית הש״ס היא אליבא דרב דס״ל דבשטר קנה ולכן רק חזקה ליתא בעכו״ם אבל בשטר קנה. וכיון דחזינן דסתמא וסוגית הש״ס כרב (ובפרט דעיקר הדין דנכרי משמי׳ דרב נאמר) מוכח דהלכתא בזה כרב. והרמב״ם הרי פוסק בה״מ פ״א הי״ז ובה׳ טו״נ פי״ד ה״ה דהעכו״ם אינו קונה בחזקה אבל קונה בשטר ולכן פסק הרמב״ם דגם בגזלן רק ראיות של עדי הודאה או קבלת המעות לא מהני אבל אם באמת כתב לו שטר מהני.

ואין להקשות דא״כ אמאי פסק הרמב״ם בה׳ טו״נ ה״ו כרבא דטען זה הישראל הבא מחמת עכו״ם ואמר בפני לקחה העכו״ם שמכר לי מזה הישראל המערער עלי׳ ה״ז נאמן וישבע היסת על כך מתוך שיכול לומר אני לקחתי ממך והרי אכלתיה שני חזקה יכול לומר מפלוני לקחתיה שבפני לקחה ממך ע״ש ובגזלן דעלמא הרי פסק הרמב״ם דאפי׳ יש עדים שבפנינו מנה לו מקחו בטל, דשאני עכו״ם דרק סתם כושיים הוי גזלנים, אבל בכל זאת הרי עכו״ם זה לא הוחזק גזלן על זה השדה ומשו״ה אם הישראל טוען שקמי דידי זבנה נכרי ממך הרי גם מעיד שזה הנכרי לא לקחה באלמות ובגזלנות, ולהפך עדות היא שזה הנכרי אינו גזלן ואיננו מסתם הכושיים דגזלנים הם ומשו״ה נאמן ע״ז במגו שיכול לומר אני לקחתיה ממך.

(בעצם דברי הש״ס דאי אמר ישראל קמי דידי זבנה נכרי וכו׳ מהימן מיגו דאי בעי א״ל אנא זבינתה מינך לכאורה יש להעיר הא גם

חזקה יש לה קלא והכל יודעים דפלניא נקט לארעתא, והיינו שהכל יודעים שהנכרי החזיק בשדה ואכלה ג' שנים, א"כ איך יוכל הישראל לטעון אנא זבינתה מינך הא יצטרך להביא עדי חזקה, והם הרי יעידו שלא הוא החזיק בהשדה רק הנכרי החזיק בה, והוי כמגו במקום עדים וצע"ג ואין לי זמן עכשו לעיין בזה.)

ואם כנים אנו בזה מבואר שפיר מה שלא הביא הרמב"ם הך דינא דלקח מסקריקין וחזר ולקח מבעה"ב דמקחו בטל ואם כתב לו שטר קנה דהיינו הך דינא דישראל הבא מחמת נכרי דבשטר קנה, אפי' כתב השטר לנכרי, וכ"ש בכתב שטר לישראל דודאי קנה משום דפסקינן כרב.

ובטעמא במילתא דפסקינן בהך דינא כרב ואפי' לא כתב אחריות נמי קנה ולא כשמואל דפליג ע"ז דבכ"מ הלכתא כשמואל בדיני, י"ל עפימ"ש התוס' בסוגיון ד"ה אבל, דלכן אמר שמואל אף בשטר נמי ל"ק עד שיכתוב לו אחריות נכסים משום דשמואל לטעמי' דאמר בפ"ק דב"מ (יד, א) אחריות לאו טעות סופר בשטרי מו"מ, ורב סבר אחריות טעות סופר אפי' בשטרי מו"מ לכן סובר בשטר קנה ע"ש. וכיון דאנן פסקינן בשטרי מו"מ אמרי' נמי אחריות טעות סופר כמבואר בכמה מקומות ה' גו"א פי"ח ה"א וה"מ פי"ט ה"ג והמו"ל פי"ח ה"ג לכן פסקינן בזה כרב ולא כשמואל ואפי' בשטר קנה.

ד.

והנה כת"ר רוצה לחדש דיש חילוק בין גזלן שכבר גזלן ממנו הקרקע אז כשמכרה לו מאונס ולקח דמים אינו אלא שהציל הדמים אבל לא גמר ומקנה כלל כיון שכבר היא גזולה ואין זה מעשה מכירה, משא"כ בלקח מסקריקין וחזר ולקח מבעה"ב כיון דהלוקח אינו גזלן ויחזיר לו בדיינים א"כ אפי' אם מכר לו מיראת הסיקריקין הוי מעשה מכירה כיון שלקח מעות מהלוקח שאינו מחזיק הקרקע בגזל וכו' ובסוף דבריו מסיק דרב ביבי דאמר להדיא דאפי' באמרו עדים בפנינו מנה לו מעות יש לו קרקע אין לו, וקאי על לקח מסקריקין כדאמר מעיקרא להדיא, ומוכח דלא סבר תלוי' וזבין זביני' זביני ע"ש, ולכאורה דברי כת"ר שיחי' אינם מובנים לי כלל דאם ר"ב קאי על הך דין דלקח מסקריקין דהלוקח אינו גזלן ויחזיר

לו בדיינים, א״כ אמאי אומר ר״ב אבל אמרו עדים בפנינו הוה לו לא כדרב כהנא דאמר אי לאו דאודי לי׳ וכו׳ הא כיון דהלוקח איננו גזלן מדוע יחוש מהלוקח שיביא לדידי׳ ולחמרי׳ לשחוור.

ובסי׳ רל״ו ס״ד פסק בחו״מ אבל אם קנאה מעכו״ם תחלה ואח״כ מהבעלים מקחו בטל ואפי׳ עושה לו שטר אא״כ קבל אחריות או שהודה לו או יש עדים שקבל ממנו מעות ובסמ״ע שם ס״ק ט׳ או שהודה בפרישה כתבתי דנ״ל דצריך להיות שהוא מודה פירוש שעדין מודה שקבל המעות רק שאמר שמחמת יראה קבלתיהן אין שומעין לו דה״ל למסור מודעא, אבל אם כבר הודה שקיבל המעות ועכשיו אומר מעולם לא קבלתי מעות, והוצרכתי כבר להודות מחמת יראה שומעין לו וכמ״ש הטור והמחבר לעיל בסי׳ ר״ה ע״ש ודבריו תמוהים מאד הא בסי׳ ר״ה סעי׳ ח׳ כתב המחבר בפירוש בד״א באונס וכו׳ אבל הגוזל והוחזק גזלן ואח״כ לקח שדה שגזל אין המוכר צריך למסור מודעא כמו שיתבאר, ובסמ״ע שם ס״ק כ״א דלכאורה נראה דטעות סופר בדברי המחבר וצ״ל כמו שנתבאר דהא עיקרא דדינא זה כתב הט״ו לעיל סי׳ קמ״ט וקנ״א ע״ש ושמה מבואר להדיא ואם העידו העדים שבפניהם מנה לו כך וכך מוציאים השדה מיד הגזלן ומחזירין לו הדמים ע״ש א״כ מאי מתרץ שעדין מודה שקבל המעות הא אפי׳ מה שכתוב בשו״ע או אם יש עדים שקבל ממנו המעות נמי סותר להך דסימנים הנז׳ דגם בזה אמרי׳ דמקחו בטל ורק מחזירים לו את הדמים.

ובנתיבות שם אות ד׳ כתב על דברי הסמ״ע הנז׳ ומאד תמוהין דבריו דמה ענין סי׳ ר״ה לכאן, שם מיירי כשמודה להגזלן עצמו או שמודה להלוקח שנתן מעות להגזלן שייך לומר שירא מהגזלן לומר שלא נתן לו מעות, אבל לענין שאם מודה להלוקח שקיבל ממנו רביע מעות ודאי דל״ש לומר שמפני היראה הודה, דהא אפי׳ חזקה מהני ללוקח מהגזלן כשטוען שהוא בעצמו קנאה שנית מהנגזל ולא אמרי׳ שהי׳ ירא למחות וכו׳ ומכ״ש דמהני הודאה מפורשת מהלוקח שקיבל ממנו הרביע המעות שהי׳ מגיע לו ע״ש וזהו לכאורה ממש כסברת כת״ר שיחי׳ שכיון בזה לדברי הנתיבות.

אולם במסקנת הנתיבות שם כתב באות ה׳ לבאר לפי סברה זו הא דאמרי׳ לקח מסקריקין וחזר ולקח מבעה״ב דמקחו בטל, דיש הבדל בין קודם התקנה דאז הוי לוקח מגזלן, וכיון דעבד איסור לקנות ממנו דהא

אסור לקנות מגזלן כמבואר בסי' שס"ט ולכך נעשה הלוקח ג"כ כגזלן, ועוד דע"כ הי' דעתו כשקנה ממנו שלא להחזיר הדמים להנגזל שאין אדם עשוי לקנות מגזלן ולחזור וליתן להנגזל כדי דמים כמ"ש הרשב"א וע"כ הי' דעתו לאכול פירות השדה הגזולה וגזלן הוא והוי כהוחזק גזלן על שדה זו וירא למחות בו כמו שאין לכל גזלן חזקה מה"ט שירא למחות כיון שהלוקח ג"כ גזלן הוא משא"כ בלוקח מסקריקין שעשו תקנה כדי שלא יוחלט הקרקע ביד הסקריקין, ליקח ממנו וליתן לבעלים רביע ואפי' משה ואהרן מותרין לעשות כן וא"כ איזה ענין יש לומר שהי' ירא ממנו מחמת שהי' מחזיקו בגזלן, כיון דבדין קעביד ואין מחזיקין הישראל כשר בגזלן דאפי' בטוען גזלן אתה על שדה זו ולכך לא מחיתי אינו נאמן להחזיקו בגזלן, מכ"ש כאן וכיון שהי' לו ליקח רביע קרקע שלו תיכף בלא מעות שהברירה ביד הבעלים הי' לו למחות ע"ש וזהו דחוי גמור לסברת כת"ר, דקודם התקנה דאז גם הלוקח נחשב כגזלן.

אלא דדברי הנתיבות באמת תמוהים מאד דלפי"ז אמאי פסקינן כאן בסעי' ד' ואפי' עושה לו שטר מקחו בטל אא"כ קבל עליו אחריות, וזהו משום דפסקינן כשמואל דהא לדבריו דהשו"ע איירי כאן אחרי התקנה וכמבואר באמת בשו"ע בסעי' שלפני זה, א"כ אמאי לא נימא דגם שטר מבלי אחריות מהני דהא באופן זה אין כאן יראה מהגזלן דהלוקח אחרי התקנה לאו גזלן הוא, ואמאי לא מחה נגד כתיבת השטר וגם מדוע לא קבל את הרביע קרקע שלו תיכף בלא מעות שהברירה ביד הבעלים [א"כ] מוכח מהשטר דברצונו מכר לו, ובפרט לפימ"ש הנתיבות בעצמו בסי' ר"ה אות טו, ועוד דהא קי"ל אחריות טעות סופר וא"כ אפי' שטר מהני כמ"ש התוס' שם וכו' ע"ש, וא"כ אמאי פסקינן כאן דבשטר לחודא מקחו בטל.

ובפשיטות יש לישב דברי הרמב"ם עפ"י דברי הסמ"ע בסי' ר"ה ס"ק כ' דיש הבדל בין הוחזק גזלן על שדה זו דאז לכ"ע ל"ב מסירת מודעא לבין גזלן סתם ולא הוחזק גזלן על שדה זו דאז גם בגזלן אמרי' דגמר ומקנה אם לא מסר מודעא וכו'. וכן באמת מורה לשון הרמב"ם שדקדק כמה פעמים וכתב והוחזק גזלן עלי' ע"ש א"כ י"ל דהונא איירי בגזלן סתם ובאופן זה אין חילוק בין גזלן לאנס, והש"ס דמקשה תנינא לקח מסקריקין וכו' הוא משום דאף דהסקריקין עצמו ודאי הוחזק גזלן על

שדה זו, אבל הלוקח מסקריקין אף שגם הוא לגזלן יחשב, אבל זה ודאי דעדין לא הוחזק לגזלן על שדה זו והוי כגזלן סתמא דדיני׳ כדין אנס ור״ב דפליג על הונא ואמר קרקע אין לו אפי׳ בגזלן סתם ודאי דפליג על סברא דתלוי׳ וזבין זביני׳ זביני מטעם דגמר ומקנה, ולכן שפיר מקשה הש״ס בסוף הסוגיא ולר״ב וכו׳ וצריך הש״ס לתרץ דר״ה לא ס״ל כר״ב ואפשר שזהו כונת הכ״מ בפ״י דה״מ בתרוץ הב׳ אלא שהלשון שם לא משמע כן ע״ש.

ה.

בדרך הפלפול יש לישב דברי הרמב״ם עפימ״ש הנתיבות בסי׳ ר״ה אות א׳ על קושית המהרח״ש דמאי מקשה בב״ק ס״פ הכונס אי דיהיב דמי חמסן קרית לי׳ הא תלוי וזבין זביני׳ זביני, דלמא אף דזביני׳ זביני מ״מ עובר בלא תחמוד דהוכחת הש״ס היא דודאי לא עבר דאי עבר ממילא זביני׳ לאו זבינא דהא אמר רבא בתמורה דף ד׳ דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, והא דפוסק הרמב״ם דעובר אע״ג דמכירתו מכירה, הוא מטעם שכתב ה״ה דבשעת מכירה כבר נתרצה שאמר רוצה אני והעבירה הוא החמוד הקודם אבל בשעת מכירה שוב ליכא עבירה כלל כשאמר רוצה אני משא״כ בס״ד דהש״ס דסבר דתלוי׳ וזבין זביני׳ זביני אפי׳ לא אמר רוצה אני הוכיח שפיר דליכא שום עבירה ביהיב דמי דאלת״ה אי עביד לא מהני וכו׳ ע״ש וראיתי במנחת חינוך מצות לא תחמוד דשיטת הרמב״ם היא דאף אם נתן דמים מ״מ עובר בלאו זה, כיון שבדרך הכרח לקח ממנו, ומביא שם קושית ה״ה דא״כ אמאי זביני׳ זביני הא קי״ל כ״מ דארל״ת אי עביד לא מהני ומביא את דברי הלח״מ פ״ו מ״ה בכורות ה״ה גבי מעשר בהמה דדעתו דהר״ם סובר כאביי אי עביד מהני ע״ש. ולפ״ז צריך לומר דלמ״ד דלא מהני בע״כ ס״ל דתלוי׳ וזבין זביני׳ זביני איירי דוקא באומר רוצה אני דאז שייך סברת הנתיבות הנ״ל דבגונא זה אף שעבר כבר על הל״ת מ״מ בשעת המכירה לא עבר, ומשו״ה המכירה הוי מכירה. והנה הנתיבות שם חידש דכשאומר רוצה אני אפי׳ מודעא לא מהני ע״ש בחידושים. והנה אם ננקוט דר״נ וגם הונא ס״ל כרבא דעביד לא מהני בע״כ הא אמרי׳ גזלן שהביא ראי׳ אין ראיתו ראי׳ מיירי אפי׳ באמר רוצה אני, ואיירי כפירוש הרשב״ם בשלא נתן מעות, דאי

נתן מעות הא ס"ל דתלוי' וזבין זביני' זביני, ועכשו ליכא לחלק בין גזלן לאנס דהא כל הסברא של הרמב"ם דבגזלן ל"ק משום דכיון דהוחזק גזלן הוי כאילו מסר מודעא, ולר"ה דאיירי ברוצה אני הלא גם במסירת מודעא לא מהני כמו שכתב הנתיבות הנ"ל, ובאמר רוצה אני לכ"ע גם להרמב"ם אין חילוק בין גזלן לאנס בעלמא. ולכן נראה דסוגית הש"ס דילן איירי למ"ד דלא מהני, ראשית דגם רבא נזכר בסוף הסוגיא והוא ודאי ס"ל דלא מהני, ושנית, הלא התוס' בסוגיון הוכיחו מהלשון של הונא דכרב כהנא ס"ל ורב כהנא מוכיח בס' מלא הרועים מסוגית הש"ס פסחים (עב, א) דס"ל לא מהני. ובנתיבות שם הקשה בשם הלח"מ דפ"י מה' מכירה דלישני בש"ס בב"ב (מח, א) הא דהקשה מסקריקין דמיירי בלא אמר רוצה אני ע"ש. ולענ"ד אין זה קושיא, חדא, כמו שכתבנו דהש"ס נקט דמדסתם מתני' מקחו בטל משמע בכל גוני אפי' באומר רוצה אני, שנית, דבמשנה שם משמע דהטעם דמקחו בטל הוא מטעם דכיון דמחמת יראה מכר הוי מכירה באונס ולא שמי' מכירה, אבל אם איירי בלא אמר רוצה אני דעבר בל"ת הרי בטלה המכירה לא מטעם אונס רק מטעם דאי עביד לא מהני, וע"כ דאיירי אפי' באומר רוצה אני ושפיר מקשה לר"ה דברוצה אני הרי תלוי' וזבין זביני' זביני וכאן במתני' דקתני מקחו בטל ומשמע אפי' באומר רוצה אני ובזה ל"ש לחלק בין גזלן לאנס דברוצה אני גם הרמב"ם מודה דאפי' בגזלן קנה, ושפיר מקשה נמי מרב ביבי דאמר קרקע אין לו מעות יש לו דקאי נמי על הא דאמר ר"נ משמי' דהונא דאיירי נמי ברוצה אני ובזה הרי אין לחלק בין גזלן לאנס ומוכרח הש"ס לתרץ דר"ב מימרא היא ולר"ה מימרא לא ס"ל. אולם כל זה הוא רק לשיטת רבא ודכוותי' דס"ל דאי עביד לא מהני ואיירי רק באומר רוצה אני, אבל לדידן שכבר הוכחנו שהרמב"ם פסק כאביי דעביד מהני א"כ תלוי' וזבין זביני' זביני אפי' בלא אמר רוצה אני וכמו שבאמת פסק כן הרמב"ם ז"ל, ובלא אמר רוצה אני באמת יש לחלק לגזלן ואנס, דכמו באנס בכה"ג מהני מודעא ובטלה המכירה כמו כן בגזלן דהוחזק על שדה זו לא בעי מסירת מודעא כיון שידוע לכל שבגזלה באה לידו.

ו.

נסתפקתי בלוקח מגזלן או מסקריקין אם גם בזה עובר בלאו דלא תחמוד דאפשר דדוקא בלוקח לכתחלה מבעה״ב עצמו באונס עובר בל״ת, אבל בגזלן כיון שכבר יצאה מרשות הבעלים אין על זה איסור

דל״ת. ואם באמת אינו עובר בל״ת יש לישב הקושיא הנז׳ דאמאי לא משני בסוגיון דלהכי לקח מסקריקין וכו׳ מקחו בטל דאיירי בלא אמר רוצה אני וקעבר על ל״ת ובטל מטעם דאי עביד ל״מ דבגונא זו ליתא כלל לאו דל״ת.

בנתיבות סי׳ ר״ה סוף אות ב׳ ונסתפקתי באם תלוי׳ ואמר לך חזק וקני והחזיק שלא בפניו אם נאמר כיון דבשעת אמירת לך חזק לא נתן לו מעות וגם לא נתחייב לו מעות ואח״כ כשהחזיק לא החזיק בפניו לא שייך לומר גמר ומקנה או דבכה״ג שייך ג״כ לומר גמר ומקנה וכעת צ״ע ע״ש ולשיטת הנתיבות עצמו הנז׳ הרי הי׳ יכול להוכיח זאת מהא דמותיב רב המנונא מלקח מסקריקין וכו׳, ואמאי התם נמי נימא אגב אונסי׳ גמר ומקני ע״ש ואמאי לא משני דמיירי בהחזיק לא בפניו דבזה גם לר״ה ל״ק וע״כ מוכח מזה דהיכי דרוצה לתת לו מעות אף שהחזיק שלא בפניו נמי ס״ל לר״ה דמקחו קיים.

נסתפקתי בהא דאמר אמימר תלוי׳ וקדיש קדושיו קדושין, היאך הדין בתלוי׳ וקדיש גבי את בבתו קטנה אם גם בכה״ג נמי קדושיו קדושין דאולי רק היכי שמכריח את האשה עצמה אמרי׳ דקדושיו קדושין וכסברת התוס׳ שם ד״ה קדיש, מפני שמתחייב לה שאר, כסות, ועונה. וסברא זו ל״ש באב שקדש את בתו קטנה שהוא עצמו לא מרויח מאומה דבלא״ה אינו חייב במזונות בתו מה״ת וצ״ע כעת.

ז.

בקושית ה״ה בה״מ פ״ל ה״ג דאמאי לא הביא הרמב״ם גבי לקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה דמקחו בטל, דבכתבה לו אחריות מקחו קיים כדמוכח מהש״ס גיטין (נח, ב) רבי שמעון בן אלעזר אומר לקח וכו׳ עד שתכתוב לו אחריות. וכן הקשה ה״ה בה״א פכ״ב הי״א ע״ש נראה

לתרץ עפי"מ שהוסיף ברמב"ם בה' אישות שם להסביר הסברא דנחת רוח עשיתי לבעלי, שלא כתבה לו אלא שלא תהי' בינה לבין בעלה קטטה ויש לה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי ע"ש. ולפי דברי הרמב"ם אלו נמצא דענין נחת רוח עשיתי לבעלי הוא מטעם יראה שהאשה מתיראת מפני קטטה עם בעלה והויא ממש דומה להך דינא דלקח מסקריקין וכו' דאמרי מחמת יראה מכר.

ומעתה ניחזו אנן לפי ביאור התוס' בסוגיון ד"ה הא דבהכי פליגי רב ושמואל דקסבר רב דאי לאו דיהיב זוזי לא הוה עביד שטר ושמואל סבר דמחמת אונס עביד שטר אבל אחריות לא הי' מקבל וכו' ע"ש נמצא דסברת שמואל היא דע"י קבלת אחריות יש הוכחה דיהיב זוזי ותלוי' וזבין זביני' זביני, א"כ תינח בלוקח מסקריקין ה"ז שפיר הוכחה מקבלת אחריות שקבל את המעות ג"כ אבל באשה הרי אפי' כתבה לו אחריות הרי יש הוכחה להיפך שבטח לא קבלה כסף דאם היתה מקבלת כסף הרי הכסף שייך לבעלה לקנות נכסי מלוג דכל מה שקנתה אשה קנה בעלה, דאם באמת נתן לה כסף ויש הנכסי מלוג שקנה הבעל מהכסף מה לנו כלל קבלת האחריות הא אפי' בלי כתיבת אחריות ומבלי שטר אמרי בסוגיון מודה שמואל היכא דיהיב זוזי, וכיון דיש הוכחה באשה שלא קבלה כסף והיא מכרה זאת מחמת יראה א"כ ה"ז תלוי' ויהיב ומה מהני בזה כתיבת אחריות.

וצריך לומר עפ"י מה שכתב הרשב"ם (מט, ב) על קושית הש"ס הא ראי' יש תימא נחת רוח עשיתי לבעלי מי לא תנן לקח מן האיש וכו' שמכרתי לו שלא יכעוס עלי אבל לא הי' בדעתי להקנותו דלא דמי לתלוי' וזבין דזביני' זביני דאגב אונסי' גמר ומקני אבל הכא דליכא אנוס כ"כ לא גמרה ואקניי' ע"ש. ולפ"ז בלקח מהאיש וחזר ולקח מהאשה אפי' ביש ראי' שקבלה מעות כיון דליכא אונס גמור לא אמרי' דגמר ומקני. וא"כ אמאי אמרי' דבכתבה לו אחריות מקחו קיים הא כל האחריות הוא הוכחה לנתינת המעות וכאן נתינת המעות לאו כלום היא, וצריך לומר דבאמת בזה מחולקת המתני' דגיטין עם התוספתא דבמתני' סתמא קתני לקח מן האיש וחזר ולקח מהאשה מקחו בטל והשמיט רבנו הקדוש הא דרבי שמעון בן אלעזר אומר לקח מן האשה וכו' מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל עד שתכתוב לו אחריות, משום דבאמת רבי לא ס"ל הך דרשב"א.

ובאמת מהלשון דקתני רשב״א אומר משמע דרבנן פליגי עלי׳ בזה ורבי סתם תני׳ כרבנן הרבים. וכיון דסוגית הש״ס בב״ב (מט, ב) סתמא דראי׳ יש לה רק היכא דאינה יכולה לטעון נחת רוח עשיתי לבעלי אבל בגונא דיכולה לטעון נחת רוח עשיתי לבעלי כגון בג׳ שדות הנזכרות בש״ס באמת ראי׳ אין לה ואפי׳ היכא דמנה לה בפנינו לכן השמיט הרמב״ם הך דינא דכתבה לו אחריות דהוי רק יחידאה.

והא דאמרינן בגיטין שם תניא כוותי׳ דשמואל מהא דרשב״א ונימא תהוי תיובתא דרב, היינו דמרשב״א לשיטתי׳ דגם בלקח מן האיש וחזר ולקח מהאשה מועיל אחריות וגם נתינת מעות הרי מוכח דס״ל דכתיבת שטר לחוד ל״ה הוכחה לקבלת המעות ומרשב״א נלמד נמי להך דינא דסקריקין דנתינת מעות מהני, אבל כתיבת השטר לחוד לא תועיל והוי׳ ראי׳ לשמואל ותיובתא לרב, ומשני הש״ס דלרב ס״ל דלרשב״א אמר לך רב מאי אחריות נמי שטרו אבל זהו רק לרשב״א דס״ל דנתינת מעות מהני גבי אשה, אולם אנן לא פסקינן כוותי׳ בהך דינא ובאשה אפי׳ בפנינו מנה לה לא מהני וכ״ש דלא מהני כתיבת אחריות.

נסתפקתי בתלוי׳ וזבין דהוי זביני׳ זביני אפי׳ בארצי לי׳ מעות אח״כ כמו שמוכח ממסקנת הש״ס, היאך הדין אם בתחלה לקח חפץ חבירו ע״מ לשלם לו דעבר אז רק על לאו דלא תחמוד, ואח״כ נמלך בדעתו שלא לשלם לו אם עובר גם בלאו דלא תגזול כמו דפסקינן דבכל לאו דלא תגזול עובר נמי בלאו דלא תחמוד והיינו בב׳ לאוין, דאפשר דדוקא אם בשעת לקיחת החפץ הי׳ בדעתו לגוזלו אז עובר בב׳ לאוין משום דשניהם חלו בבת אחת, אבל בנידון דידן דמתחלה עובר על לאו דלא תחמוד אף שאח״כ נמלך שלא לשלם לו לא אתי שוב לאו דלא תגזול וחל על איסור דלא תחמוד משום דאין איסור חל על איסור ואולי באיסורי ממון ל״ש הכלל דאאחע״א. כן אפשר לומר דאם נמלך אח״כ שלא לשלם נעשה גזלן למפרע ושוב הוי כאילו חלו ב׳ הלאוין בב״א.

ד. מכתבו של הגרא"ז מלצר זצוק"ל להגרי"מ חרל"פ זצוק"ל

ביום א' כו' לחדש סיון שנת תרצ"ו

פעיה"ק ירושלים ת"ו

מע"כ ידידי וחביבי הרב הגאון הפורסם צולל במים אדירים ומעלה פנינים יקרים כש"ת מו"ה יחיאל מיכל חרלפ שליט"א

שלו' וברכה באהבה

התאחרתי הרבה לכתוב להדר"ג תשובה על מכתבו הארוך אלי בחד"ת על סימן א' בספרי וגם לכתוב לו קבלה על הסך חמשה ד' אשר שלח אלי עבור ספרי, והנה ראשית אביע בזה רחשי תודתי בעד הסך הנ"ל אשר שלח אלי אשר אמנם כל אחד מידידי שנוטל חלק בהשתתפות הוצאות הספר מסיר מעלי חלק ממשא החובות העמוסים עלי מהוצאתו. ואשר התאחרתי הוא האמת באשר חפצתי לענותו בדברי תורה וטרדותי גברו מאד אולם עכשיו זה איזה שבועות שמוכן אצלי קונטרסי לשלחו וכבר ספרתי זה לכבוד אביו הגאון הצדיק שי', אך השבועות האחרונות השפיעו כ"כ על החושים עד שרפו כל ידים ומיום ליום דחיתי ענין כתיבת המכתבים היותר נחוצים, לע"ע לא נראה הטבה במצבינו אך תפלתינו לד' שירחם על כלל ישראל אשר נתגברו הצרות בכל ארצות פזורינו.

אשר בקשני ידידי לכתוב לו מכתב בתור סמיכה אמנם לא הבנתי זה וכי מה לו ולסמיכה אשר כבר אתמחי גברא מהרבנים החשובים, אך למלאת רצונו הנני מליט גם מכתב זה כבקשתו.

הנני בזה ידידו עוז דוש"ת באה"ר איסר זלמן מלצר

ה. קונטרוסו של הגרא"ז מלצר זצוק"ל
(הועתק מס' תורת החוף ימים על מכות סי' כ')

במה שכתבתי דא"א לפרש כונת הרי"ף במה שכתב ודוקא במסר מודעא אזביני דזהו לפרש דברי רב ביבי דלפי"ז צ"ל דכל המימרא דרב נחמן בשם ר"ה דגזלן שהביא ראיה אין ראייתו ראיה מיירי במסר מודעא,

דא״כ פשיטא ואי נימא דקמ״ל דמהני מודעא דסתם גזלן מיקרי ידעינן באנסיה א״כ מאי אמר מאי קמ״ל תנינא דהא מתני׳ לא מיירי במסר מודעא ובמסר מודעא ודאי לא אמר רב דבשטר קנה ולא מהני נמי אחריות נכסים, כתב ע״ז כת״ר דא״כ לדידן נמי קשה מאי פריך מאי קמ״ל דהא ממתני׳ הו״א דוקא דאמר לו לך חזק וקני, אבל הודה שנתן מעות מהני וקמ״ל דאפי׳ הודה לא מהני כדרב כהנא, ובע״כ צ״ל דמתני׳ דתנן סתמא מקחו בטל הוא אפי׳ בהודה ואפי׳ במסר מודעא כשכתב שטר ובאחריות, ומשני לאפוקי מדרב וקמ״ל כדשמואל דמוכח דלאו בכל גווני מיירי מתני׳, ובאמת הו״מ לאוקמי גם כרב ואשמעינן אפי׳ איכא עדי הודאה אלא דאמר כדשמואל משום דהלכתא כוותי׳, והנה מה שכתב דמתנן סתמא מוכח דאפי׳ מסר מודעא מהני כשכתב שטר ובאחריות, ולדעתי לא שייך מודעא כלל לדין סתמא דמקחן בטל, ואי הוי אמרינן במתנן סתמא מוכח דלא מהני גם שטר וגם אחריות זה שפיר נוכל לדייק מדתנן סתמא אבל אי נימא דשטר מהני וכ״ש דאחריות מהני, רק נדייק מדתנן סתמא דמהני ע״ז מודעא לא שייך זה למה דתנן סתמא, דמודעא מאן דכר שמי׳ וסתמא דמתני׳ מיירי בעיקר המכירה אי קיימת או בטלה, ומטעם זה באמת א״א לאוקמי מה דאמר רב ביבי דמיירי במסר מודעא דודאי רב ביבי דקאי על מימרא דר״ה דאמר גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה לא מיירי במסר מודעא דסתמא אמר דאין ראיתו ראיה, ורק הרי״ף הוא שכתב כן להלכה משום דקיי״ל דתליוה וזבין זביניה זביני ורב הונא בעצמו דאמר אין ראיתו ראיה לא מיירי בנתן מעות אלא שהעדים העידו על המכירה כן צ״ל ע״כ לדעת הרי״ף ובודאי זה דחוק דפשטה דאין ראיתו ראיה משמע בכל גווני ולכן מבואר דעת הרמב״ם דמחלק בין גזלן לאנס.

ומה שהקשה כת״ר דא״כ לדידן נמי קשה דמאי אמר מאי קמ״ל הא מצי למימר דאשמעינן אפי׳ הודה שקבל מעות וכדרב כהנא הלא בעצמו בסוף דבריו לא יישב זה, וכתב דה״ה דהו״מ לשנויי הכי אלא דקמ״ל לאפוקי מדרב משום דהלכתא הכי ועכ״פ אין מזה כדי הוכחה על מודעא דלא שייך כלל לפשטה דמימרא דר״ה וכן לפשטה דמתני׳ אלא דא״צ לזה לומר דמשום דהלכה כשמואל אמר הכי, אלא משום דאין ראיתן ראיה לא משמע דדוקא עדי הודאה לא מהני דבודאי פשטה מוכח דגם ראיה אחרת לא מהני וזהו דאפי׳ שטר לא מהני, ואף דאמר קמ״ל כדשמואל דאמר עד שיכתוב לו אחריות נכסים וא״כ עכ״פ מהני ראיה

דאחריות נכסים, יש לומר כמש"כ בשמ"ק שהביא כת"ר, דרב דאמר דשטר קנה היינו אפי' באנסו לכתוב השטר וממילא גם בגזלן מהני, אבל שמואל דסבר דאחריות נכסים מהני טעמו משום דבודאי לא אנסו על אחריות וזה דוקא גבי סיקריקין אבל בגזלן אפשר דאנסו גם על אחריות, וא"כ לפי"ז מבואר דבאמת לא מהני שום ראיה גבי גזלן, ושפיר אמר קמ"ל כדשמואל ולאפוקי מדרב.

ומש"כ כת"ר דלפי"ז השמ"ק דלרב מהני שטר אפי' אנסו על השטר מהני דאגב אונסיה גמר ומקני א"כ אפי' מסר מודעא לא מהני וקנה דכיון דבלא"ה הכל מתוך האונס ואפ"ה מהני לרב א"כ מה מהני המודעא, והנה דבר זה אית ליה פירכא מעיקר ההלכה לדידן דקיי"ל דנתן מעות מהני אפי' אנסו לפנינו דאמרינן אגב אונסא גמר ומקנה, ומ"מ מהני מסירת מודעא היכי דידעינן שהוא אנוס טעמא דלא אמרינן אגב אונסא גמר ומקני אלא בסתמא, אבל היכי דמסר מקודם מודעא א"כ על דעת המודעא הקנה אח"כ ואין המכירה כלום, וא"כ ודאי דה"נ לרב דאף דסבר דכשכתב שטר גמר והקנה, זהו בלא מסר מודעא, אבל מסר מודעא הא גלה דעתו דאינו מקנה במה שיכתוב אח"כ השטר והוא פשוט.

ומה שהקשה כת"ר על ביאורי בדעת הרמב"ם דהגמ' פריך מרב ביבי בשביל דקאי על לקח מסיקריקין דלא דמי לגזלן שמחזיק הקרקע בגזילה וכשנוטלים הבעלים מעות אינם אלא מצילים המעות, אבל הלוקח אינו גזלן ויחזיר בדיינים והקשה דא"כ אמאי אמר רב ביבי אבל אמרו בפנינו הודה לו לא כדרב כהנא הא כיון דהלוקח אינו גזלן למה יחוש מהלוקח שיבוא לדידיה ולחמריה לשחוור, לדעתי דברי מיושבים דהא זה ודאי דעיקר המכירה שמכרו הבעלים להלוקח אמרינן שהוא מחמת יראת הסיקריקין דמשום זה מקחו בטל, ורק שכתבתי לחלק דעכ"פ הלוקח מסיקריקון לא דמי לגזלן עצמו דהלוקח עוד לא הוחזק בגזלן ואינו מחזיק השדה בגזילה ובסתמא עלינו לומר דיחזיר לו בדיינים כשיתבענו כשלא יהיה לו יראת הסיקריקון, ולכן כשנוטלים הבעלים מעות מהלוקח יש כאן מעשה מכירה ולא הצלת מעות, אבל כשאנו דנין ע"ד קבלת המעות והבעלים טוענים שלא קבלו המעות ומה שהודו היה מיראת הסיקריקון כמו שמכרו מיראתן אין זה טענה שהלוקח אינו גזלן דהא ע"כ אחד מהם משקר, ומה דמהני הודאה בעלמא הוא משום שלא היה מוכרח להודות,

אבל כאן הוא טוען שכמו שהיה אנוס למכור בשביל הסיקריקון כן היה מוכרח להודות, ולא מהני חזקת כשרותו של הלוקח לומר דבודאי לא הכריחו להודות דמאי חזית שנאמר שהלוקח נאמן והבעלים משקרים, ואפשר אמר לו הלוקח שישלם לו המעות אח״כ ובקשו להודות בפני עדים שיהא נגמר המכר והוא עשה כן מיראת הסיקריקון.

עוד הביא דברי הסמ״ע בסי׳ רל״ו במש״כ המחבר אם קנאה מעכו״ם תחלה ואח״כ מהבעלים מקחו בטל ואפי׳ עושה לו שטר אלא א״כ קבל אחריות או שהודה לו או יש עדים שקבל ממנו המעות, וכתב הסמ״ע דצ״ל שמודה לו והיינו שמודה עכשיו שקבל מעות, אבל מה שהודה בשעת המכירה לא מהני דמחמת יראה הודה כמבואר בסי׳ ר״ה, והקשה ע״ז דהא בסי׳ ר״ה מבואר דבגזלן אפי׳ לקח מעות לא מהני, והביא ע״ז דברי הנתיבות וכתב שמתחלת דבריו הוא כמש״כ, אבל במסקנתו מחלק בין לקח מסיקריקון קודם התקנה דאז נעשה הלוקח גזלן בעצמו, ובין אחר התקנה דמותר עפ״י דין ליקח ולא הוי גזלן, והנה ע״ד דברי הנתיבות נבאר לפנינו אבל עיקר דברי הסמ״ע בודאי מבואר להדיא כמו שכתבתי, דלוקח מסיקריקון לענין זה לא הוי גזלן דכשנטלו הבעלים ממנו מעות הוי מעשה מכירה וכנ״ל, אבל הודה בשעת המכר שקבל מעות לא מהני גם בלוקח מסיקריקון דכמו דמכר מחמת יראה כן הודה מחמת יראה.

והנה מה שכתב הנתיבות בס״ק ד׳ לתמוה על דברי הסמ״ע דמה ענין סי׳ ר״ה לכאן דשם מיירי שמודה לגזלן או ללוקח שנתן מעות לגזלן שייך לומר שירא מהגזלן, אבל לענין אם מודה להלוקח שקבל ממנו רביע מעות ודאי דלא שייך שמפני היראה הוה, דבריו תמוהים דהא הך דינא דסעיף ד׳ מיירי תוך י״ב חודש דדינא הוא שהקרקע תחזור לבעלים ואין כאן דין דרביע מעות, ומה שכתב בס״ק ה׳ להקשות על הסמ״ע בסי׳ קמ״ט דמוכח מדבריו לחלק בין לקח מגזלן ללקח מסיקריקון, דבלקח מגזלן מהני אח״כ מה שלקח מהבעלים ולא אמרינן דמחמת יראת הגזלן מכר לו, דא״כ מה אמר בגמ׳ על הא דאמר ר״ה גזלן שהביא ראיה אין ראיתו ראיה, מאי קמ״ל תנינא לקח מסיקריקון וכו׳ לישני ליה סיקריקון שאני, נראה דעיקר מה דבעי בגמ׳ להוכיח מהא דלקח מסיקריקון הוא דלא אמרינן תליוה וזבין זביני׳ זביני, וכמו דפריך אח״כ על ר״ה מכאן, ולכן זה פשוט בגמ׳ דגזלן עצמו ודאי הוא אנס לענין זה שירא ממנו שלא למכור לו, וכמו

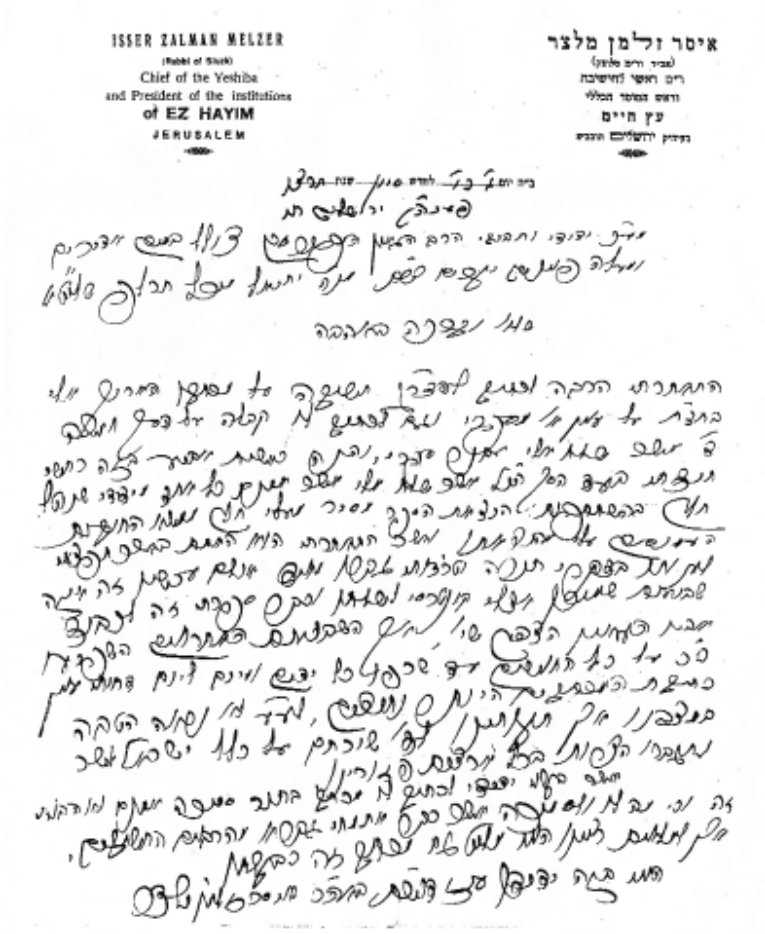
דאמר ר"כ דהוי ממטי ליה ולחמריה לשחוור, ומייתי מלקח מסיקריקון כו' רק לענין זה דלא אמרינן זביני' זביני.

ומש"כ כת"ר בעצמו ליישב ע"פ דברי התוס' להוכיח דר"ה בעצמו אינו סובר לחלק בין גזלן לאנס, ולבסוף הביא שכן כתב הכ"מ בלא הוכחות הם דברים נכונים, אלא שמ"מ יש בזה דוחק דא"כ עיקר דברי ר"ה בהך מימרא, ורב ביבי דמסיים בה משמיה דר"נ חולקים ומר"ה בעצמו מוכח כאן דלא סבר כרב ביבי דאפי' באמרו בפנינו מנה לו לא קנה, וא"כ מה הוצרכו בגמ' לחדש זה על אידך מימרא דר"ה דתליוה וזבין זביני' להביא דברי רב ביבי ולחדש דרב ביבי מימרא הוא ומימרא לרב הונא לא ס"ל, דהא במימרא קמא גופא פליגי, אבל לפימש"כ מבואר דאדרבא ר"ה סובר לחלק בין גזלן לאנס, ומהך מימרא אין הוכחה דפליג על רב ביבי.

ומה שכתב ביסוד ביאורו הב' על דברי הרמב"ם דכל דין תליוה וזבין זביני' זביני הוא משום דהיה צריך למסור מודעא, מלבד דזה חידוש גדול דלא כפשטות ד' הגמ' דאמר אגב אונסיה גמר ומקני היכי דיהיב זוזי, הנה עיקר ההוכחה אינה הוכחה ברורה כלל דמי לא עסקינן כשכפה אותו פתאום ולא היה לו פנאי מקודם לעשות מודעא, דאל"כ נתת דבריך לשיעורין.

ומה שרצה לחדש דבכתב שטר באמת מהני בגזלן הוא חידוש יותר מדי, ואם הרמב"ם היה סובר כן היה כותב כן מפורש כיון שהוא מפורש בגמ' מחלוקת דרב ושמואל, ולכן פשוט דאין שום חילוק בגזלן, ואפי' אחריות לא מהני בגזלן דלא מהני אלא בסיקריקין, וכמש"כ בש"מ ושכתב כן הלח"מ ע"פ ד' הטור כמו שהביא כת"ר ומה דלא הביא דין זה גבי סיקריקין כבר יישבתי בספרי בה' גזלה ע"פ ד' הגר"א ז"ל שבארתי בארוכה.

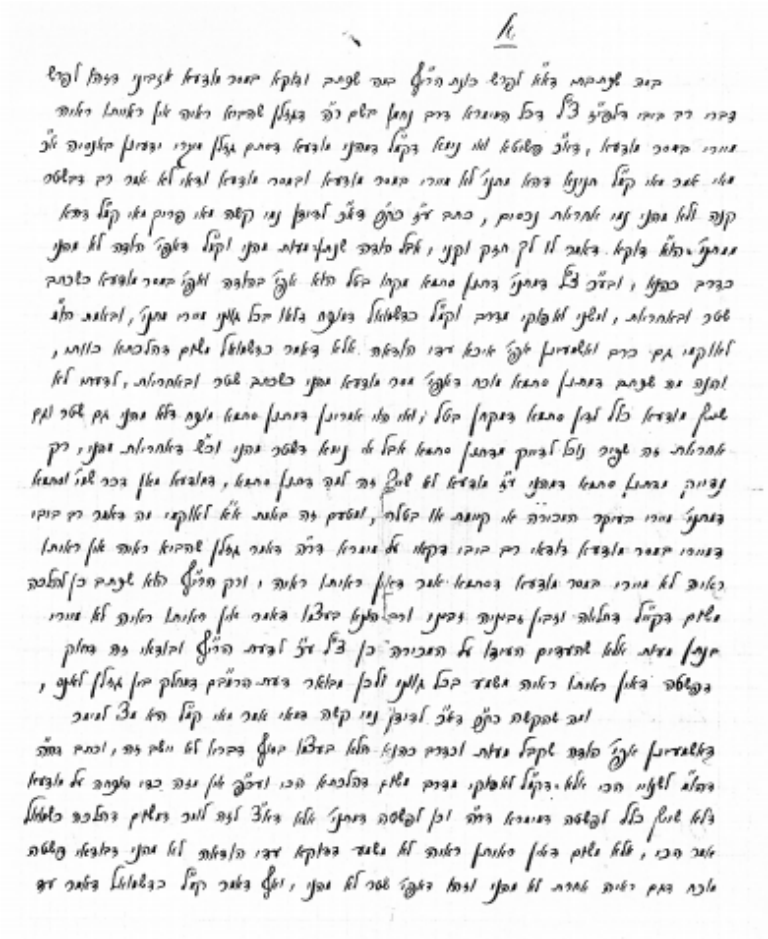
ומה שכתב להוכיח מדין חזר ולקחה מבעליה הראשונים הוא פשוט דהא כתב הרמב"ם בפ"ט מה' גזילה הל' י"ד הגוזל שדה וכו' וטען הנגזל ואמר אנוס הייתי וכו', ולכן פשוט דמה שכתב בהל' י"א לקחה הגזלן מן הבעלים זה בשלא טענו, וממילא מיושב מה דעכו"ם קונה בשטר דזה הכל מעיקר הדין בדיני קנין ולא מיירי כאן בדיני טענות אונס והוא פשוט.



ISSER ZALMAN MELZER
(Rabbi of Slutsk)
Chief of the Yeshiba
and President of the institutions
of EZ HAYIM
JERUSALEM

איסר זלמן מלצר
(אב״ד דרום סלוצק)
ראש הישיבה
ונשיא המוסדות הכללי
עץ חיים
ירושלים תובב״א

ו. מכתבו של הגאון ר׳ איסר זלמן מלצר זצוק״ל



ז. דף א' מן קונטרסו של הגראיז"מ בכתב ידה של הרבנית בילא הינדא ע"ה

מורינו הרב יונה ריס שליט"א
מנהל הישיבה

בענין מחילת זכויות ירושה בין בעל לאשתו

א. הסכמי קדם נישואין בזה"ז

כידוע, כמה בני זוג כשמתחתנים נוהגים שחותמים על הסכם קדם נישואין בין בני הזוג שבו מתארים החיובים בין שני הצדדים בעניני כספיים וגם מוחלים על כמה זכויות שיש להם ע"פ חוקי המדינה.[1] למשל, מסכימים שהם לא יקבלו חלק בירושה אם ימות הזולת או שלא יחייבו את הזולת לשלם שום כסף במקרה של גירושין או מיתה למרות שיש זכויות מסוימות גם ע"פ חקי התורה וגם ע"פ חקי הממשלה בענינים האלו. ובפרט רגילים אנשים לחתום על הסכמים כאלו כשמתחתנים באופן של זיווג שני ויש לכל צד הרבה כסף מקודם וגם הרבה חיובים כלפי ילדיהם, או אפי' באופן של זיווג ראשון כשאחד עשיר מופלג ויש חשש שהשני יקח המון כסף אפי' אם הנישואין לא יתקיימו זמן רב.

ברוב המקרים הסכמים כאלו נערכים על ידי עורכי דין ולא על ידי רבנים מובהקים או פוסקי הלכה. ולכן נובעת השאלה אם קיימים תנאים כאלו ע"פ הלכה או אם קיימות הגבלות מסוימות ע"פ הלכה למחילת הזכויות בין איש לאשתו או לתנאים אחרים ביניהם.

---

[1] במאמר זה לא מתייחסים לענין שטר קדם נישואין העוסק בחיובי בני הזוג להופיע בפני בית דין במקום שיש פירוד ביניהם ותביעת גט. בענין זה יש לעיין בתנאים אחרונים של הנחלת שבעה ס' ט ובאגרות משה אה"ע ד:קז והסכם קדם נישואין של הבית דין דאמריקא.

ב. מתי מותר להטיל תנאים בשטרי קדם-נישואין

בדרך כלל מותר לאדם להטיל תנאי בדבר שבממון אפילו כנגד מה שכתוב בתורה. חולקים ר׳ מאיר ור׳ יהודה (בכתובות נו. ועוד) במי שמקדש את האשה על מנת שאין לה עליו שאר כסות ועונה אם תנאו קיים. ופסקינן כר׳ יהודה שתנאו קיים בדבר שבממון (ולא בעונה שאינה דבר שבממון אלא צער שבגוף, עיין רש״י ב״מ ד״ה נא. ד״ה ר׳ יהודה אומר) והאשה מתקדשת לו לפי תנאיו. בטעם הדבר נחלקו הרשב״א והרמב״ן שלפי הרשב״א (הובא בשיטה מקובצת לכתובות נו. ד״ה וז״ל הרשב״א) התנאי מועיל מטעם מחילה שמותר לאדם למחול זכויותיו והאשה יכולה למחול זכויותיה לקבל שאר וכסות מבעלה, ולפי הרמב״ן (בחידושיו לב״ב קכו: ד״ה הרי) מועיל התנאי מטעם שאין אדם חייב לחבירו בדבר שבממון אלא ברצונו של השני, ולכן אם האשה אינה מעוניינת בזכויותיה להתפרנס מבעלה, החיוב שלו אינו קיים מתחלה.[2] ועיין בס׳ קצות החושן סימן רט ס״ק יא בענין נ״מ לדינא בין שני הטעמים.

למרות שפסקינן כר׳ יהודה, אפי׳ לשיטתו אי אפשר להטיל תנאי בדבר שבאיסור ואם עשה כן תנאו בטל. זה מובן בין לשיטת הרשב״א ובין לשיטת הרמב״ן. לפי ביאור הרשב״א מובן שאי אפשר למחול על איסור מפני שאין בעלות לבני אדם על איסורי התורה. ולפי ביאור הרמב״ן החיובים של איסור והיתר אינם נובעים מרצון האדם, ואדרבה בכמה מקרים אומרים שעדיף לאדם לומר אפשי ואפשי בו אבל מה אעשה שאסרה לי התורה (עיין רש״י על ויקרא כ,כו ד״ה ואבדל). וגם יש מקרים שאסרו חז״ל להטיל תנאי אפי׳ בדבר שבממון מפני שעשו חכמים חיזוק לדבריהם יותר מדברי תורה או מסיבות אחרות.

והנה בענין התנאים הרגילים בהסכמי קדם-נישואין רובם בגדר תנאים בממון כמו הסכם בין שני הצדדים שלא להתפרנס אחד מהשני והוי ממש כמו המקדש אשה על מנת שאין לך עלי שאר וכסות. וגם יש מהם

---

[2] עיין במאמרינו ״מתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון״ בשערי צדק כרך ד, דף 288-296.

שאינם מתייחסים בכלל לחיובים ע״פ הלכה. אבל כמה מהם מסובבות בבעיות הלכתיות וצריכים לדון אם נכון לחתום עליהם ע״פ דין.

ג. תנאי לפחות מעיקר הכתובה

בפרט בהרבה מקרים הצדדים מוחלים כל זכות שיש להם לקבל כספים מהזולת לאחר גירושין או מיתה. ונמצא שמצד האשה יש לדון אם מחלה את כתובתה. שהרי הכתובה נותנת זכות לאשה שנשאת כשהיא בתולה לקבל מאתים זוז לאחר גירושין או מיתת הבעל. וגם רגילים להוסיף תוספת כתובה של מאתים זקוקים כסף (ולאלמנה וגרושה עיקר כתובתן מאה זוז ומוסיפים מאה זקוקים כסף). וכבר אירעה מעשה בבית משפט ממשלתי בנוא יארק[3] שחתמה אשה על הסכם קדם נישואין שבה מחלה את כל זכויותיה מבעלה ולאחר כן חתמו על הכתובה. אחרי מיתת הבעל, יורשי הבעל טענו שהיא מחלה את כל זכויותיה מטעם ההסכם והאשה טענה שהכתובה בתופקה ושהיורשים חייבים לשלם לה סך הכתובה. השופט בבית המשפט הסיק שאין בכתובה כח לבטל את ההסכם בין הצדדים. וא״כ יש לדון אם כוונת בני זוג כשחותמים על הסכם קדם נישואין כזה היא ע״פ קביעת בית המשפט שגם סכום הכתובה נכללה בתוך מחילת האשה על זכויותיה מהבעל.

בשו״ת דברי מלכיאל ד:קנה דן במקרה כזה שעשו איש ואשה הסכם קדם קידושין שהוא לא יירש אותה אם תמות והיא לא תירש אותו אם ימות, וכלשון טופס כמה הסכמי קדם נישואין שבזה״ז שנעשים ע״י עורכי דין. וכתב הדברי מלכיאל שאע״פ שכנראה אין משמעות הילכתית ללשון שלא תירש האשה את האיש מפני שאינה יורשה ע״פ דין תורה אא״כ נבין שהכוונה שמחלה על כתובתה מ״מ הסיק ש״אין לזה משמעות כלל דמה שייך לשון ירושה וקרוב לומר שלא עלה אז על דעתם מענין גביית כתובה שהרי לא הוזכר בשטר כלל ומפני שהיו עמי הארץ התנו ביניהם סתם שהוא לא יירש אותה והיא לא תירש אותו אבל מענין מחילת

[3] In re Estate of White, 356 N.Y.S.2nd 208 (Surrogate's Court, 1974).

כתובה לא עלה על לבם" ע"ש. וא"כ אולי יש לומר כ"כ בשטרי דידן שנעשו ע"י עורכי דין שהדבר פשוט שלא כוונו למחול על הכתובה בכלל. אבל מ"מ רק כתב הדברי מלכיאל בענין איך להתייחס לשטר כזה לאחר מיתת הבעל (ואח"כ מתה היא) לענין היורשים אבל לכתחלה עדיין יש לחשוש אם יש איזה פקפוק בענין כוונתם לכתחלה לאור הנ"ל ובפרט כשמדובר באנשים שאינם עמי הארץ שחותמים על שטר כזה והיה להם להעלות על לבם שאין משמעות ללשון שלא תירש אותו ע"פ ההלכה אם לא שמדובר בתנאי שלא תקבל את הכתובה.

אם כוונת האשה באמת למחול את כתובתה, יש בעיה עצומה כידוע שאסור לאדם לשהות עם אשתו אפ' שעה אחת בלי כתובה. וגם פסקינן כר' מאיר (כתובות נד:, נו:) שהמתנה בשעת קידושין שלא יהא לה כתובה תנאו בטל. ובטעם הדבר שפוסקים ככה יש להסביר באחד מב' אופנים: (א) שכתובה מדרבנן וחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה (עיין באר הגולה אה"ע ס"ו ס"ק פ) או (ב) שמכיון שיש איסור דרבנן לאדם לשהות עם אשתו בלי כתובה הגדירו לכתובה כדבר שבאיסור (עיין בלחם המשנה הל' אישות פי"ב הלכה ו-ט) . וא"כ חשוב לבני הזוג לדעת שע"פ תורה אפי' אם כוונת האשה למחול על הכתובה לגמרי, אין זה מועיל ע"פ הלכה ויש לה כתובה. אבל אם האשה חושבת שאין לה כתובה מטעם התנאי כותב הש"ע (אה"ע ס' סו סעיף ט) ש"אפילו הכי בעילתו בעילת זנות כיון שהיא סבורה שאין לה לא סמכה דעתה." ולכן נראה שחשוב להדגיש בתוך הסכמים כאלו שאין המחילה כוללת את הכתובה.

ומ"מ נראה שאפשר עכ"פ לאשה למחול את זכויותיה לתוספת הכתובה והבעל לא יתחייב לשלם לה אלא עיקר כתובתה שעולה למאתים זוז (ולאלמנה וגרושה מאה זוז), וכמו שכתב הרמ"א בס' סו סעיף יא "מיהו אם רוצה להתנות ולפחות לאשתו מן המנהג הרשות בידו ובלבד שלא יפחות ממה שתקנו רבנן" (כדי שלא תהא בעילת זנות כדמבואר בחלקת מחוקק שם). ומאתים זוז שהם חמשים שקלים עולים היום (שנת תש"ע) בערך כסף פחות מאלף דולר, אבל יש גם שיטה הסוברת שסכום

מאתים זוז תמיד צריך לעלות לסכום פרנסת אדם לשנה אחת.[4] וא״כ יש לדון אם אפשר לצדדים לקבוע מראש בתוך ההסכם שהם יעריכו את המאתים זוז כפי הסוברים שמעריכים את הכתובה ע״פ שיווי הכסף של חמשים שקלים גרידא בשעת הגירושין. אבל נראה שאין זה נכון שאולי הם באמת יטעו בדין והאשה תחשוב שיגיע לה מבעלה פחות ממה שראוי ע״פ דין והדרן בעיין לדוכתיה שבעילותיו יהיו בעילות זנות ח״ו כדאיתא ברמב״ם הל׳ אישות פי״ב הלכה ח׳ שאפילו אם ״התנה עמה לפחות מעיקר כתובה . . . תנאו בטל שכל הפוחת לבתולה ממאתים ולאלמנה ממנה הרי זו בעילת זנות״ (וכן איתא בש״ע אה״ע ס׳ סו סעיף ט). אלא נלע״ד שיותר טוב שהם יסכימו שבית דין מוסמך ידון בדבר להעריך את סכום עיקר הכתובה אם יצטרכו לכך.

ברם אם כבר נעשו תנאים וקנסות בין הצדדים אי אפשר להתנות כנגד המנהג בענין תוספת הכתובה ורק אפשר להתנות כנגד המנהג בזמן השידוכים, כדאיתא ברמ״א הנ״ל. אבל נראה שמ״מ אם לא שעבדו את עצמן כנהוג בזה״ז שאין עושין תנאים עד זמן החופה, מותר לצדדים להיכנס להסכם קדם נישואין עם מחילת זכויות מצד האשה גם על סכום תוספת כתובתה ובלבד שלא יפחתו מסכום עיקר הכתובה.

ועיין בחלקת מחוקק אה״ע סימן צו ס״ק יא דמצדד לומר ע״פ הב״ח בסימן סו (ד״ה וכן אם מכרה) בשם המרדכי בכתובות פרק נערה המאורסה ס׳ קסג דאע״פ שלא מועיל מחילה על עיקר כתובתה הטעם לזה הוא כדי שלא תהא קלה בעיני הבעל להוציאה (כדאיתא בגמ׳ כתובות לט: טעמא מאי תקינו רבנן כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה) ואם כן אם התנו שהיא רק מחלה לו על תנאי שאם ימות לא תקבל כתובתה מועיל התנאי, וגם אין צריך לכתוב כתובה אחרת, מפני שעדיין אינה קלה בעיניו להוציאה (ברם המעיין בב״ח ובמרדכי יראה שלא דיבר המרדכי אלא על מקרה של מכירת הכתובה). עפ״ז אולי יש עצה להתנות בהסכם קדם נישואין שהאשה רק מוחלת זכויותיה מן הבעל בענין הכתובה אם ימות אבל לא אם תתגרש. אבל קשה לסמוך על זה מפני שעכ״פ אפילו הח״מ

[4] עיין בשו״ת בית אב״י חלק ג אה״ע סימן קלז, אות ב.

אינו מביא עצה זו בזמן הנישואין אלא לאחר הנישואין, ואפי׳ שיטה זאת של המרדכי אינה מוסכמת כדאיתא בשו״ת דברי מלכיאל ד:קנה ע״פ תוספות בכתובות לט: ד״ה טעמא.

ד. אם אפשר לבעל להסתלק מירושת אשתו

עד כאן עסקנו במחילת האשה לבעלה בין בעניני זכויותיה לאחר גירושין ובין בעניני זכויותיה לאחר מיתת הבעל. ומכיון שאין האשה יורשת את בעלה מדין תורה אין משמעות הלכתית כשהיא מוחלת את זכויותיה לירושת הבעל אלא לענין כסף כתובתה כמו שהזכרנו לעיל. אבל הבעל כן יורש את אשתו ולכן ניתן לחקור אם אפשר לו להסתלק מירושתה בהסכם קדם-נישואין.

איתא במשנה ריש פ׳ הכותב לאשתו (כתובות פג.) כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייך ובמותך אינו אוכל פירות בחייה ואם מתה אינו יורשה. רשב״ג אומר אם מתה יירשנה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל ע״כ. ובגמ׳ דף פג:-פד. מבואר שרב פסק כרשב״ג ולא מטעמיה, והגמ׳ נותנת פירושים שונים איך חלוק רב בטעמיה של רשב״ג, ומסיק שלפי רב המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל אלא שלפי רשב״ג זה רק שייך במידי דאורייתא וירושת הבעל דאורייתא, ורב סבר שירושת הבעל דרבנן ועשו חיזוק לדבריהם כשל תורה (ולא יותר משל תורה שגם בדיני דאורייתא תנאו בטל לפי רב).

אבל לא ברור שירושה נכנסה בגדר של דבר שבממון קלאסית לפי הסוברים שכל תנאי שבממון קיים. דהנה כתב הרמב״ם (הל׳ נחלות ו:א) ש״אין אדם יכול להוריש מי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אע״פ שזה ממון הוא לפי שנאמר בפרשת נחלות והיתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר שחוקה זו לא תשתנה ואין התנאי מועיל בה.״ ולמרות שפסק הרמב״ם (בהל׳ מכירה פי״ג הל׳ ג-ד) כרבא שהמתנה על מנת שאין לך עלי אונאה תנאו קיים (כשמפרש סכום האונאה) לפי הרמב״ם א״א בשום אופן להתנות על דבר שבירושה. וקשה לפי זה להבין סוגית הגמ׳ הנ״ל בכתובות שלפי פשטותה אם סוברים שתנאו קיים בדבר

שבממון בשאר כל התורה כולה, כמו כן היה אפשר לבעל להתנות שלא לירש את אשתו וכשיטת הת"ק.

באמת סבר הרי"ף כפשטותה של הסוגיא בכתובות שירושה דומה לכל דבר שבממון, שכתב שם בסוף פירושו למשנה הראשונה בפרק הכותב לאשתו (מב. בדפי הרי"ף) דלית הלכתא כרשב"ג "דקיימא לן כל דבר שבממון תנאו קיים." וציטט הרי"ף לירושלמי (כתובות פרק תשיעי הלכה א) א"ר יוסי אלין דכתבין לנשיהן אי מיתת בלא בני כל מאי דילה תהדר לבי נשא תנאי ממון הוא וקיים ע"כ.

איברא שהבעל המאור (שם ד"ה רשב"ג אומר) חלק על הרי"ף וז"ל "ולא כך נראה לנו שאין לעקור תלמוד ערוך שבידינו מפני הירושלמי, ואע"ג דקי"ל בעלמא תנאי ממון קיים שאני הכא דירושה ממילא קא הויא ולאו כל כמיניה דעקר לה." ע"ש שהציע שאפשר שהמקרה בתלמוד ירושלמי לא מדובר בכתיבת הבעל לאשתו בכלל אלא "בכתיבת האב לבתו ובנותן מתנה על מנת להחזיר." אבל יש להקשות לפי סברתו של בעל המאור למה לא חילק הגמ' ככה דאע"פ דבעלמא תנאי שבממון קיים כאן פסקינן כרשב"ג מטעם דירושה ממילא קא הויא ואין כח להתנות כנגדה. וגם לשיטת הרמב"ם דירושה שאני מטעם דכתיב בה חקת משפט למה לא חילק הגמ' ככה. ואולי יש ליישב שהגמ' דילן רק חקרה בטעמו של רב שפסק כרשב"ג אבל אה"נ שיש לפסוק כרשב"ג מטעם אחר לגמרי שלא שייך תנאי שבממון במקרה של ירושה בכלל (ועיין בלחם משנה הל' אישות פרק יב הלכה ו-ט מה שכתב ביישוב קושיא זאת על הרמב"ם).

והקשה שם בהשגות הראב"ד על הרי"ף גם מירושלמי עצמה שאיתא שם בירושלמי "ר' ירמיה בשם רב הלכה כרשב"ג" וא"כ קשה להביא ראיה מהירושלמי שפסקינן נגד רשב"ג. והסביר בהשגות הראב"ד את המאמר של ר' יוסי בירושלמי שם בענין התנאי אי מיתת בלא בני באופן דומה למה שכתב הבעל המאור שהתנאי הזה אינו בא מן הבעל אלא מן האב בשעה שפסק לתת את הנדוניא לבתו והוי כמו מי שאומר לבתו נכסי לך ואחריך לבני. אבל יש להשיב שהפיסקא שם של ר' יוסי הנ"ל ("אי מיתת בלא בני . . . תנאי ממון הוא וקיים") הובא לאחר שהסיק הגמ' שההלכה כרשב"ג וא"כ אפשר שהירושלמי במסקנת הסוגיא סבור

שלא פסקינן כפסק של רב אלא כפי המשמעות של ר׳ יוסי שתנאי כן יועיל לבעל להסתלק מירושת אשתו.

ה. תנאי בירושה

בגמ׳ ב״ב פרק יש נוחלין דף קכו: איתא שם במשנה ״האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה,״ והקשה בגמ׳ ״לימא מתניתין דלא כר׳ יהודה דאי ר׳ יהודה האמר בדבר של ממון תנאו קיים דתניא האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין ליך עלי שאר כסות ועונה . . . ר׳ יהודה אומר בדבר של ממון תנאו קיים,״ ומתרצת הגמ׳ ״אפי׳ תימא ר׳ יהודה התם ידעה וקא מחלה הכא לא קא מחיל.״ וברשב״ם שם ד״ה לימא מתניתין כותב ״ואנן קיימא לן רבי מאיר ורבי יהודה הלכה כר׳ יהודה.״ וא״כ משמע לפי מסקנת הסוגיא שבאמת אם מחל היורש את ירושת אביו יתקיים התנאי אפי׳ במקרה של ירושה. אלא שיש לבאר ע״פ דברי הנמוקי יוסף (דף נה: בדפי הרי״ף ד״ה מתניתין) שכתב וז״ל ואפילו ר׳ יהודה דאמר בדבר שבממון תנאו קיים אמרינן הכא דלא מצי מתני משום דהכא לא מצי מחיל דבר שלא בא לידו של בן אינו יכול למוכרו ולא למוחלו, ואפי׳ הוי מצי מחיל ודאי לן דלא מחל ואע״פ ששותק כדי שלא יכעיס האביו הוא דעביד ע״ש. ז״א שלשון הגמ׳ לאו דוקא אלא כוונת הגמ׳ היא שירושת הבן לא ניתן למחילה מפני שעדיין לא בא לידו, ואפי׳ אם נניח שאפשר למוחלו אין להניח שמסכים לתנאי אביו מפני שתיקתו שאמדינן ששתק רק כדי שלא להכעיס את אביו.

מ״מ לפי הנמוקי יוסף אם הבן מחל בפירוש את חלקו, נראה לפי טעמו האחרון שיועיל המחילה. אבל אולי אפי׳ לפי טעמו האחרון של הנמו״י יש לדמות לתנאי שאין לך עלי אונאה שאפי׳ לרבא שפסקינן כמותו, התנאי אינו קיים אלא כשמפרש סכום האונאה אבל לא במקרה שהתנה סתם והמתנה אינו מבין בדיוק מה סכום האונאה. וא״כ יש לומר כמו כן בכל מקרה של מחילת ירושה (ולא רק כששותק) היורש אינו יכול לדעת את סכום מחילתו לפני מיתת המוריש, ולכן אפילו מחילה בפירוש לא יועיל מטעם שאינו נעשה בידיעה גמורה. ועיין בתוס׳ כתובות פג. ד״ה

וסבר רב שכתבו חילוק אחר בענין ירושת הבעל את אשתו שירושה שאני ממקרה רגיל של דבר שבממון שאפשר להתנות עליה מפני שבמקרה של ירושה "לא ידע דמחיל שהרי אינו ברור לו שהיא תמות בחייו" וכמו"כ יש לומר בכל מקרה של ירושה.

וגם עיין ברשב"א שם דף קכו: ד"ה התם ידעה וקא מחלה שכתב שאפילו אם מחל הבן בפירוש אינו מהני וטעמו הוא דמחילה במה שאינו שלו עדיין והוא עתיד לבא לו ממילא כירושת האב אינו יכול להסתלק ממנה ולא למכרה. ובזה חולק הרשב"א על שיטת הרשב"ם שם ד"ה התם קא מחלה שמשמע מלשונו כטעם האחרון של הנמו"י שאם מחל בפירוש הוי מחילה. וע"פ דרך זו ניחא מה דאיתא בס' הגהות ארץ צבי (פרק יש נוחלין ד"ה ובירושלמי) שכתב "וחכם אחד שיחיה הראה לי שהגיה בש"ס שלו דכצ"ל אבל בירושה אפי' מחל בפירוש ל"ה מחילה וכן נכון" ע"ש בראייתו מלשון ההגהות אשר"י שם. וכן לבאר הסוגיא לפי שיטת הרמב"ם הנ"ל שאי אפשר בדרך כלל להתנות כנגד ירושה מטעם שהיא חקת משפט, כתב המגיד משנה הל' אישות פי"ב הל' ט "ואל יקשה בעיניך מה שאמרו פרק יש נוחלין גבי האומר איש פלוני יירשני וכו. שהטעם משום דלא ידע יורש דניחול דודאי אפילו ידע ומחיל אין בדבריו כלום" ע"ש.

אבל עדיין אפשר שיש לחלק בין ירושת הבעל לבין שאר ירושות. לכאורה הירושלמי הנ"ל בענין כח הבעל להתנות שלא לירש את אשתו אינה מתנגדת למה שמפורש גם בתלמוד בבלי. דהנה שואלת הגמ' בכתובות דף פג. איך אפשר לבעל להסתלק בכלל מנכסי אשתו אפילו בחייה "והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי על שדה זו (כגון שדה של שותפין – רש"י) אין לי עסק בה וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום" ומתרצת הגמ' "אמרי דבי רבי ינאי בכותב לה ועודה ארוסה." ר"ל שהמשנה מדברת במקרה שלא נשא את אשתו עדיין ומטעם זה אפשר לבעל להסתלק נפשיה מנכסיה. והגמ' ממשיכה לבאר שתירוץ זה "כדרב כהנא דאמר רב כהנא נחלה הבאה לאדם ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא יירשנה." ורש"י שם ד"ה ממקום אחר כתב "ממקום אחר - שאינה ירושת אבותיו אלא ע"י מעשיו תבא לו כגון נחלת אשתו הבאה לו ע"י נשואין שלו (עיין בכתובות נג. "אשתו ארוסה . . . מתה אינו יורשה" וברש"י שם ד"ה אינו יורשה) דהואיל ומשום תקנתא דידיה תקון רבנן

והוא בא למחול עליה מוחל וכדרב הונא" (דאמר בשם רב שיכולה אשה שתאמר לבעלה איני נוזונת ואיני עושה מטעם שאי אפשר בתקנת חכמים של מזונות תחת מעשה ידיה). ממשמעות הגמ' יוצא דלפי מימרא דרב כהנא בעל כן יכול להתנות שלא יירש את אשתו לכל הפחות כשהיא ארוסה, ובהתאם ללשון הירושלמי שלפעמים אפשר לבעל להתנות שלא יירש את אשתו. ועיין שם בהמשך הסוגיא שבנשואה אי אפשר לבעל להסתלק מנכסיה מפני שידו כידה או עדיפא מידה ואין מועיל לשון של סילוק.

ועדיין יש לעיין אם שונה הדין מחמת שהתנאי נעשה בלשון של סילוק. אבל תוס' שם ד"ה כדרב כהנא כתבו שבודאי לפי רבי יהודה הסובר שבדבר שבממון תנאו קיים יועיל תנאי אלא שכאן החידוש הוא שאפי' לשון סילוק דהוי לשון גרוע ג"כ מועיל לפי שיטת רב כהנא. ובתירוץ שני כתבו שכאן אין לסמוך על תנאי רגיל מטעם שיש לומר דהוה ליה פטומי מילי בעלמא (מכיון שאמר בעצמו ואין האשה מבקשת ממנו כדפירשו התוס' בב"ב מט. ד"ה וכדרב כהנא) ולכן מהני רק מכח סילוק.

מ"מ דינא דרב כהנא רק שייך למקרה של "נחלה הבאה לאדם ממקום אחר" ולא לכל מקרה של ירושה. לפי רש"י הטעם בדבר הוא מפני שהנחלה אינה נחלה רגילה מאבותיו אלא נחלה הבאה ע"י נישואין וע"י תקנה דרבנן, לכן אפשר למחול עליה כדינא דרב הונא שמבוסס על דינא דרבא שפסק דאפשר לאדם לומר שאי אפשי בתקנת חכמים בכעין זו. ועיין בתוס' רי"ד שם (כתובות פג. ד"ה הכותב) שכתב: "דדוקא בירושה שהוא מן התורה אין יכול להסתלק ממנה עד שלא תבא לידו שהאומר מה שאירש מאבא מכור לכם לא אמר כלום (עיין גמ' ב"מ טז.) וכמו שאין יכול למכור כך אין יכול להסתלק ממנה עד שלא תבא לרשותו. ואי הות ירושת הבעל דאורייתא לא הוי מצי מסתלק ממנה עד שלא תבא לרשותו. אבל משום שהוא מדרבנן יכול להתסלק ולומר א"א בתקנה זו שתיקנו לטובתי וכך כתב גם רבינו חננאל דכל האי סוגיא אליבא דרב דאמר ירושת הבעל דרבנן ומ"ה יכול להסתלק ממנה אבל אי הות דאורייתא לא יכול להסתלק ממנה." ר"ל שבדרך כלל אי אפשר להתנות או להסתלק מדין ירושה אבל מ"מ אפשר לבעל להסתלק מירושת אשתו מפני שירושת הבעל רק דרבנן.

אבל א"כ כנראה שרב כהנא חולק על שיטת רב בהמשך הגמ' שפסק כרשב"ג אע"פ שסבר דירושת הבעל הוי רק מדרבנן שלפי רב הדין של רשב"ג שהמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל שייך גם לדין ירושת הבעל דרבנן מפני שחכמים עשו חיזוק לדבריהם כדין תורה.

והרמב"ן מלט את הסוגיא בחכמתו וביאר במלחמות שם בדפי הריף מב. ד"ה ועוד רשב"ג וכו' דיש ליישב שיטת הרי"ף שפסקינן להלכה כשיטת ת"ק שהיא שיטת חכמים שהם כרבים נגד רשב"ג, ויחיד ורבים הלכה כרבים. ורב שסבר כרשב"ג אזיל לשיטתו דתנאי שבממון בטל ואנן פסקינן כר' יהודה שכל תנאי שבממון קיים. ואין לחלק ולומר שירושה שאני מפני שהיא ממילא ולאו כל כמיניה דעקר לה מפני שהיתה לגמ' לחלק ככה כמו שהקשינו לעיל. ואע"ג דאיתא בפרק יש נוחלין דא"א להתנות על ירושה שאני התם דהיורש בעצמו אינו מוחל אבל כאן הבעל מוחל ומהני. ובאמת רב כהנא דפסקינן כמותו אזיל בשיטת הת"ק וזאת הסיבה דיכול הבעל להסתלק מירושת אשתו. ומ"מ הבעל רק יכול לסלק את עצמו כשהיא ארוסה דאל"כ כבר ראוי ליורשה וצריך מכר או מתנה כדי לסלק את עצמו והרי דבר שלא בא לעולם הוא וכמו שכתב בס' הלכות גדולות בפירוש על סוגייתינו שבן אינו יכול לסלק את עצמו מירושת אביו מפני שכבר ראוי ליורשו ולכן יכול לתת במתנה אבל אינו יכול לתת ירושתו במתנה בחיי אביו מפני שהוא דבר שלא בא לעולם. והירושלמי שפסק כרשב"ג סבור שרשב"ג דיבר רק במקרה שלאחר הנישואין (ועיין בלשון הירושלמי שם שר' ירמיה אמר רב פסק כרשב"ג אבל לא לענין דבריו מפני שתנאי שבממון קיים "וזה תנאי ממון הוא ולמה אמרו תנאו בטל שבסוף הוא זכה בהן") והתנאי שהובא שם בירושלמי ושהביא הרי"ף הוא תנאי של הבעל לפני הנישואין ולכן מועיל.

לפי הרמב"ן יצאנו מידי כל הקושיות וסתירות שעדיין יש להגדיר ירושה כדבר שבממון שתנאו קיים אלא שבדרך כלל אי אפשר להתנות לא לירש מפני שהיורש כבר ראוי לירש את מורישיו, ולכן אינו יכול להתנות שלא יקבל את הירושה וכן אינו יכול לתת הירושה במתנה מפני שהיא עדיין דבר שלא בא לעולם. אבל ירושת הבעל שאני מפני שהיא נחלה הבאה ממקום אחר שלא חל עדיין, ולכן אפשר לבעל להתנות שלא יירש את אשתו כשהיא עדיין ארוסה. ולפי ביאור זה של הרמב"ן הרשות לבעל

להסתלק מירושת אשתו אינה תלויה בסברא שירושת הבעל רק מדרבנן, וכן כתב הרשב"א בחידושיו לכתובות פג. ד"ה אמרי דבי ר' ינאי. וע"ע במה שכתב בס' קצות החושן לחו"מ ס' רעח ס"ק יג בענין סילוק בכור מחלק פי שנים שלו וסילוק יבם מירושת חלק אחיו ע"פ סברות הנ"ל.

ו. תנאי הבעל לפני האירוסין או לאחר הנישואין להסתלק מירושת אשתו

בענין אם אפשר להתנות אפילו קודם האירוסין כתב הר"ן על הסוגיא שם בגמ' כתובות (מא. בדפי הרי"ף ד"ה כדרב כהנא) "ודוקא בכותב לה ועודה ארוסה דשייך בה קצת אבל קודם לכן כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל סלוקו לאו כלום הוא." ר"ל שיש רק זמן מצומצם שאפשר לבעל להתנות ולהסתלק מירושת אשתו, והיינו בין האירוסין לנישואין שקודם האירוסין אין לו שייכות בנכסים כדי להסתלק מהם ולאחר הנישואין הוא כבר ראוי ליורשה ולא סגי בסילוק וגם אי אפשר לתת במכר או במתנה מפני שלא זכה בה לגמרי וכמו שכותב הר"ן שם והוי דבר שלא בא לעולם וכמו דביאר הרמב"ן הנ"ל.

ועוד יש לחקור עם יועיל תנאי לאחר הנישואין אם קנו מיד הבעל. עיין בגמ' בכתובות דף פג. איבעיא להו קנו מידו מהו ע"ש שלפי רב נחמן שפסקינן כמותו אומרים שמגופה של קרקע קנו מידו, ולפי תוס' שם (ד"ה קנו מידו) כוונת האיבעיא הוא במקרה של נישואין אי מהני שום קנין או לא. אבל אפי' לשיטת תוס' נראה שהאיבעיא רק בנוגע לדברים שכבר באו ליד הבעל לגמרי כמו פירות אשתו. והשאלה אם אפשר לבעל להסתלק מהם לאחר הנישואין ע"י קנין כיון שלשון סילוק לא מהני לאחר הנישואין, משא"כ לגבי זכות הבעל לירש את אשתו שאפי' קנין לא תיהני לכ"ע מפני שאי אפשר לבעל להקנות מה שלא בא לידו לגמרי.

וכן כנראה הבין הרמב"ם במסקנת סוגייתינו שאפילו אם קנו מיד הבעל אי אפשר לו להתנות ולהסתלק מירושת אשתו לאחר נישואין. דהנה פסק הרמב"ם בהל' אישות פרק כ"ג הלכה ה שאם התנה הבעל עם אשתו שלא יירשנה שהתנאי יועיל ולא יירשנה, ומ"מ כתב שם בהלכה ו שתנאו מועיל רק בשהתנה עמה קודם שתנשא ומטעם "שהנחלה הבאה לו לאדם

שלא ממשפחתו מתנה עליה שלא יירשנה קודם שתהא ראויה לו אבל אם התנה עמה אחר שנישאת תנאו בטל ויירשנה" ע"ש בדבריו. ובהלכה ז הדגיש הרמב"ם שאם "התנה עמה אחר נישואין שלא יהיו לו דין ודברים בנכסיה ולא בפירי פירותיהן עד עולם בחייה ובמותה הרי זה אינו אוכל פירות כלל" ז"א שתנאו בפירות מועיל אפילו לאחר נישואין, ומ"מ "אבל אם מתה יירשנה כמו שביארנו." והסביר המגיד משנה בפירוש דברי הרמב"ם שאף במקרה שמועיל התנאי לאחר נישואין שלפי הרמב"ם בהלכה א שם הוי כשקנו מידו, מ"מ אפי' באופן כזה כשקנו מידו ממש התנאי אינו מועיל לאחר נישואין בענין שלא יירש הבעל את אשתו.

ז. בענין זמן סילוק הבעל מירושת אשתו בזה"ז

להלכה עיין בש"ע (אה"ע ס' סט, סעיף ו) שפסק אם "התנה הבעל שלא יתחייב באחד מהדברים שהוא חייב בהם או שהתנית האשה שלא יזכה הבעל באחד מהדברים שהוא זוכה בהם התנאי קיים חוץ מג' דברים שאין התנאי מועיל בהם ואלו הם: עונתה ועיקר כתובתה וירושתה." ובסעיף ז פסק הש"ע "זה שאמרנו שאין תנאי מועיל להסתלק מירושתה היינו במתנה עמה אחר שנשאה או קודם שאירסה אבל במתנה עמה בעודה ארוסה מהני." בביאור הדבר כתב החלקת מחוקק שם (ס"ק יב) "כשם שאם אומר איני רוצה לירש את אבא דודאי לא אמר כלום ואפי' קנו מידו לפי שאין אדם יכול להסתלק ממה שהוא ראוי לירש מעכשיו אבל בעודה ארוסה שאינו ראוי לירש עדיין ואגידה ביה קצת מועיל סילוק אבל קודם אירוסין אין לה שייכות עמו." ובאה"ע סימן צב סעיף ז איתא "התנה עמה שלא יירשנה הרי זה לא יירשנה . . . אבל אם התנה עמה אחר שנשאה תנאו בטל וירשנה" וע"ש בחלקת מחוקק שכתב "היינו אפילו בקנו מידו" וכן מוכח מסעיף ח שם "התנה עמה אחר נישואין שלא יהיו לו דין ודברים בנכסיה ולא בפירי פירותיה עד עולם בחייה ובמותה הרי זה אינו אוכל פירות (ז"א התנאי לאחר נישואין מועיל לענין פירות) אבל אם מתה יירשנה" ועיין שם בבית שמואל ובט"ז שמדובר באופן של קנו מידו ואפילו הכי לא מהני לאחר נישואין לענין תנאי הבעל שלא יירש את אשתו. וע"ש בביאור הגר"א ס"ק יא שמסביר את פסק הש"ע ע"פ הרמב"ן הנ"ל דטעם שמועיל תנאי של הבעל בין אירוסין לנישואין שלא יירש את

אשתו הוי מפני דפסקינן כר׳ יהודה דאף בשל תורה תנאו קיים, ומ״מ לאחר הנישואין אין התנאי מועיל. וע״ע בב״ש ס״ק יז שבמקום שתפס הבעל עדיין יכול לומר קים לי כהני פוסקים שסברו דהלכתא כרשב״ג דאפ׳ תנאי קודם נישואין אינו מועיל ואע״פ שבעלמא פסקינן תנאי שבממון קיים כאן י״ל שעשו חיזוק יותר משל תורה וכמו שנתבאר לעיל בענין תנאי בכתובה.

ולכן יש לפקפק על נוסח שטר סילוק לאחר נישואין לאיש מנכסי אשתו שהודפס בס׳ נחלת שבעה בסימן כ׳ שכולל סילוק ״מכל נכסי אשתי״ וגם מזכות לירש את נכסיה בזה הלשון ״וסלקתי את עצמי ויורשי אחרי סילוק גמור מהם ומפירותיהן ומפירי פירותיהן מעתה ועד עולם – רק יורשיה ויצאי חלציה או הבאים מכחה הם יורשי׳ ולא אני״ ע״ש. ותימה על נוסח זו שכנראה אין בסיס בהלכה לסילוק הבעל מירושת אשתו לאחר נישואין. ובנחלת שבעה שם בהערותיו מסביר ע״פ הטור באה״ע בסימן צב שהביא הרמב״ם שם שבקנו מידו מהני תנאה אפי׳ לאחר נישואין. אבל למרות שכן הביא הטור שם את לשון הרמב״ם לא כתב הטור את דברי הרמב״ם בענין סילוק מירושה אלא באופן כללי בענין של פירותיה בחייה וכבר הבאנו לעיל שחילק הרמב״ם בין סילוק הבעל לאחר נישואין מנכסי אשתו בחייה לבין תנאי הבעל שלא יירשנה. וכבר הבאנו לעיל שכך הבין המגיד משנה והראב״ד בפירוש הרמב״ם וכן הב״ש והח״מ והט״ז שיש לחלק ככה לאחר נישואין אפילו באופן שקנו מידו, שלא מועיל תנאו של הבעל שלא יירש את אשתו. וכן לשון הטור מדויק שרק כתב ״וכתב עוד הרמב״ם שאם קנו מידו מהני תנאה אפילו התנה אחר הנישואין ואם מכרה ונתנה קיים״ ויש לפרש כוונתו שמועיל התנאי לענין שאם מכרה אשתו את נכסיה בחייה המכר קיים אבל לא לענין שלא יירש בעלה את נכסיה בשעת מיתתה. וכן כתב הפרישה על לשון הטור שם ״אבל אם מתה יירשנה כ״כ הראב״ד והרב המגיד דלענין ירושה אין מועיל קנין לאחר נישואין״ ודלא כהנחלת שבעה הנ״ל. וכן הקשה הבית מאיר באה״ע ס׳ צא על נוסח של הנחלת שבעה בסוגריים שם ״(ובספר נחלת שבעה ראיתי שטר סילוק אחר נשואין אף לענין ירושה ואינו כמבואר הכא וצ״ע)״ ע״ש.

גם בשו"ת חוות יאיר הקשה איך עושין שטר סילוק מירושת הבעל בזה"ז כשעושין הנישואין מיד לאחר האירוסין, והלא א"א לבעל לסלק מירושת אשתו לאחר הנישואין כמו שביארנו וגם א"א לסלק מירושת אשתו לפני האירוסין כמו שביאר הר"ן והח"מ מפני דאין לבעל שייכות בנכסים שלה ואין לה שייכות לו. וע"ש שדן בזה באריכות בסימנים מז, ונ-נב (בצירוף מכתבים ממחברים אחרים), והציע (בסוף סימן מז) שאולי יש ליישב המנהג דסמכינן על הקנינים שתחת החופה אחר הקדושין שלא נגמר הנישואין לענין זה עד לאחר שאוכלים החתן והכלה יחדו, אבל הביא מר' גרשון אשכנזי (בעל עבודת הגרשוני) בסימן נ שהמנהג יותר פשוט שלא לעשות קנינים תחת החופה. אלא שהציע בעל עבודת הגרשוני שאולי יש לצרף כסניף מה שעושים את הקנינים בלשון הודאה שסילקו את עצמם באופן המועיל וע"כ יש מקום לסמוך על זה אפי' אם יודעין שלא סילקו באופן המועיל ע"ש.

ובשו"ת חתם סופר אה"ע ב' סימן קסו כתב שיתכן שבעל יכול להסתלק מירושת אשתו אפילו לפני האירוסין אם כבר נתקשרו בשידוכין בחרם וקנס מפני שכבר עבידי דאתו ובמקום דעבידי ואתי אפשר לעשות סילוק מדבר שלא בא לעולם (וכן כתב בחידושיו לכתובות פג. ד"ה הכותב), אבל עיין בחוות יאיר ס' מז שכבר דחה את ההצעה הזאת מפני שרק אמרינן כלל זה אם השעבוד כבר חל, ולפני האירוסין לא חל עדיין השעבוד. ואפילו לפי דעת החתם סופר קשה ליישב המנהג לבעל לסלק מירושת הבעל לאחר השידוכים בזה"ז כשרוב בני אדם אינם חותמים על תנאים בחרס וקנס קודם ליום חופתם.

ועיין בס' נחלת שבעה הנ"ל שציטט מה שכתב הר"ן שקודם האירוסין סילוקו לאו כלום הוא וכתב עליו "ופירוש אפילו סילוק לא צריך וסברא הוא דהא אפילו בארוסה דשייך קצת בגוה מהני סילוק בלא קנין וא"כ במשודכת אפילו סילוק אין צריך שהרי לא בא לידו עדיין וגם אין לו שייכות בגוה" וגם זו קשה להבין שכנראה סברא זאת היא כנגד לשון המפורש בר"ן שלא יועיל סילוק לפני האירוסין ולא נראה שכוונתו היתה שאפי' סילוק לא צריך. ובתשובות ב"ח הישנות ס' קכ"ד כתב כסברא זו (ד"ה וכן פירש בתוספת) שאם סילוקו של הבעל מועיל לאחר האירוסין כ"ש שמועיל לפני האירוסין אבל הודה שם שסברא זו היא כנגד הר"ן.

ועיין בס׳ פתחי חושן חלק ט, פרק ח, הערה רנ שהביא הנחלת שבעה וכתב ״אבל במשודכת כתב שם שאינו מועיל סילוק״ וק״ל שכנראה כתב הנחלת שבעה הפך דבריו וצ״ע. וכן בש״ע שהובא לעיל פסקינן שלא מועיל סילוק לפני האירוסין. ורא״ייתו שהביא בס׳ נחלת שבעה שאפשר למשודכת להבריח נכסיה מבעלה לפני האירוסין אינו נראה כראיה שיהיה לאיש כח לסלק את עצמו מנכסיה קודם אירוסין שלמרות שהיא יכולה למכור את נכסיה לפני האירוסין מ״מ אין לאיש שום שייכות לנכסים שלה לפני האירוסין וצ״ע בדבריו.

אלא שבשו״ת דברי מלכיאל הנ״ל צידד לומר שאף שאינו יכול למחול דבר שלא בא לעולם אפשר להתנות כנגד דבר שלא בא לעולם ועפ״ז מיישב המנהג לכתוב שטרי סילוק קודם האירוסין שאע״פ שסילוק לא מועיל לפני האירוסין מ״מ מועיל תנאי שלא יירשנה וגם הביא מאבני מילואים סימן צב (ע״ש ס״ק יב ד״ה ולפ״ז) שכתב כ״כ שמהני מטעם תנאי. ועיין בפתחי חושן הנ״ל בסוף דבריו מה שהביא שם בענין זה. ויכול להיות שתלוי על ב׳ הסברות בתוס׳ כתובות פג. הנ״ל דלפי סברא ראשונה שלשון תנאי יותר חזק מלשון סילוק ניחא שיש כח להתנות אפילו לפני האירוסין (וכן איתא בהערות על האבני מילואים שם סימן צב אות ב*) משא״כ בסילוק, אבל לפי סברא השניה בתוס׳ שלשון תנאי יותר גרוע מלשון סילוק מפני שאפשר דהוה ליה פטומי מילי בעלמא לכאורה אין מקום להקל לפני האירוסין אפי׳ בלשון תנאי (ואפילו אם האשה התנה ג״כ לא מוכרח מסברא זו שכח התנאי יהיה יותר חזק מכח הסילוק). אבל עדיין לפי שיטת החוות יאיר קשה לסמוך על תנאי לפני האירוסין לפני שחל שום שעבוד שלא חילק שם בין לשון סלוק ללשון תנאי וגם לשיטת החת״ס קשה להקל במקום שאין עושים חרם וקנס לאחר השידוכין, וכן עיין בפ״ת אה״ע ס׳ צב ס״ק א שהביא מספר ישועות יעקב ש״אם יבא שטר סילוק כזה (ר״ל קודם האירוסין) לפני מהיום נכון לעשות פשר דבר״ (ז״א ולא יסמוך עליו לגמרי).

מ״מ יש עצה לעשות שטר סילוק לאחר נישואין ע״פ דברי הרמ״א באה״ע ס׳ צב שם בסעיף ז שהביא מדברי הר״ן בכתובות (עיין בר״ן בדפי הרי״ף מב. בד״ה ולית הלכתא בסוף הדבור) ע״פ הרמב״ן שאע״פ שלא מהני תנאי לאחר שנשאת ״מ״מ אם מחייב עצמו להחזיר

ליורשיה מה שיורש ממנה צריך לקיים.״ ועיין באבני מילואים שם ס״ק טו שבכך יש להבין את תקנת שו״ם שתיקן ר״ת ושכן נהגו בכמה קהילות שבשנה ראשונה אם מתה אשתו בלא זרע של קיימא לא יירש הבעל את אשתו (הובא ברמ״א אה״ע סימן נג, סעיף ג) שאין כוונת התקנה להפקיע מן הבעל ירושת אשתו אלא לחייב אותו להחזיר חלק ירושתו ליורשי האשה בתוך שנה ראשונה. וע״פ עצה זאת אם יעשו זוג שטר סילוק לאחר נישואין יש להכניס לשון של חיוב הבעל להחזיר את ירושת האשה ליורשי האשה לשופרא דשטרא שאם לא מועיל השטר מטעם סילוק או תנאי או מטעם קנו מידו אפשר שיועיל ע״פ לשון זה לחייב את הבעל להחזיר את הירושה אפי׳ אם א״א לו לסלק את עצמו מעצם קבלת הירושה.

ואם חותמים על הסכם קדם נישואין לפני האירוסין בתנאי שהבעל לא יירש את אשתו, כנראה שיותר טוב להכניס לשון של תנאי ממש ע״פ שו״ת דברי מלכיאל הנ״ל וגם נראה שיותר טוב לאחר את ההסכם עד קרוב ליום האירוסין ע״פ החתם סופר הנ״ל (ובפרט אם אפשר לעשות אחרי חתימת התנאים). וע״ע באבני מילואים בס״ק ה בשני קטעים האחרונים שם שנראה מדבריו שאפילו סילוק בעלמא מועיל לפני האירוסין שכל מה שפסק בשעת נישואין דומים לדברים הנקנין באמירה אם עמדו וקדשו על דעת תנאי הסילוק. ואפי׳ לפי שיטה זאת טוב לעשות את ההסכם סמוך לאירוסין כמו דאיתא בפתחי חושן הנ״ל בביאור דברי האבני מילואים ד״הכי נמי סמוך לקידושין וחופה נקנה באמירה לענין סילוק.״ וליתר שאת יש להכניס בתוך השטר שמודה הבעל שנכנס לקידושין ע״פ תנאי זאת כדי לגלות שכוונתו באמת שמקדש על דעת הסילוק, וגם לקיים את העצה שהובאה בשו״ת חוות יאיר הנ״ל סי׳ נ ע״פ בעל העבודת הגרשוני לעשות הודאה שמקדש באופן המועיל אע״פ שפקפק האבני מילואים שם ואחרים על העצה האחרונה הזאת. ואולי אפי׳ בהסכם קודם אירוסין יש תועלת לבעל לחייב את עצמו לתת את הירושה ליורשי האשה וכמו שכתב הרמ״א בענין תנאי לאחר הנישואין אא״כ נאמר שא״א לחייב את עצמו במה שאינו ראוי עדיין לבא ברשותו. ומ״מ נראה שקשה לסמוך למעשה על שטר סילוק קודם האירוסין וכמו שהביא בפ״ת הנ״ל.

ח. ביאור שיטת הרמב"ם בענין תנאי בירושה

לפי הרמב"ם בהל' אישות פי"ב הל' ט הטעם שא"א לבעל להתנות אחרי הנישואין שלא יירש את אשתו הוא מפני ש"אף על פי שירושת הבעל מדברי סופרים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה וכל תנאי שבירושה בטל אע"פ שהוא ממון שנאמר בה לחקת משפט" ז"א שאפילו ירושת הבעל שהיא דרבנן לפי הרמב"ם אינה ניתנת לתנאי מפני שהיא בגדר חוקה כמו שאר ירושות וכדבריו בהל' נחלות (ו:א) שהובאו לעיל. ומעניין שהרמב"ם אינן נותן את הטעם שירושת הבעל רק מדרבנן להסביר למה ניתן למחילה כשאשתו ארוסה אלא מבאר הטעם (בהל' אישות כ"ג הל' ו) מפני "שהנחלה הבאה לאדם שלא ממשפחתו מתנה עליה שלא יירשנה קודם שתהא ראויה לו." ואפשר לפי הרמב"ם אפילו אם ירושת הבעל היתה מדאורייתא היה אפשר לבעל להתנות שלא יירש את אשתו לפני הנישואין וכשיטת הרמב"ן והרשב"א שאפשר להתנות כנגד מה שאינו עדיין ראוי לירש אפילו אם ירושת הבעל מדאורייתא.

וכן איתא במגיד משנה בהל' נחלות פ"א הלכה ח שיש תרי גווני להבין את הטעם שאפשר לבעל להטיל תנאי שלא יירש את אשתו לפי הרמב"ם: או (א) מפני שירושת הבעל הוי רק מדרבנן, או (ב) מפני שירושת הבעל באה לו על ידי מעשיו (ר"ל מפני שנושא את אשתו) ואינה כירושת משפחה, והסיק שכן נוטה לשון הרמב"ם בהל' אישות, וכמו שהזכרנו. ובכסף משנה שם העיר שהיה מקום להבין לפי הרמב"ם שבאמת ירושת הבעל כן מדאורייתא שלפעמים הרמב"ם משתמש בביטוי "דברי סופרים" אפילו לגבי דיני דאורייתא שאינן מפורשין בתורה (עיין בכסף משנה הל' אישות פרק א, הלכה ב בענין זה) אבל כתב שכאן קשה להבין את הרמב"ם ככה מפני שהוא כותב בפ"ו הלכה ח מהל' נחלות במפורש בענין ירושת הבעל "אע"פ שהיא מדבריהם." ונ"ל שכן יש להעיר מלשונו בפי"ב הל' ט מהל' אישות שכתב "ואע"פ דירושת הבעל מדברי סופרים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה." וכן עיין בס' ארעא דרבנן שכתב במערכת "ירושת הבעל" שלפי הרמב"ם ירושת הבעל הוי דרבנן (ואפשר שהדבר תלוי בהבנת הסוגיא בגמ' ב"ב קיא: - קיג. בענין הדרשות שהובאו שם ללמד שבעל יורש את אשתו).

אבל החזון איש להל׳ נחלות פ״א ה״ח כתב שנראה מהרמב״ם הל׳ גירושין פ״ח הל׳ ו שסבר דירושת הבעל דאורייתא והסיק ״ואפשר דרבנו מספקא ליה אי ירושת הבעל דאורייתא או שאין הכרע לזה בגמ׳ והלכך בהא דלא מהני תנאי כתב דאפילו אי דרבנן עשו חיזוק אבל הכא בגט לא הקיל״ ע״ש. ולפי דברינו ע״פ המגיד משנה לא ישתנה הדין שלפי הרמב״ם אפילו אם ירושת הבעל מדאורייתא יש סברא לבעל להתנות בין האירוסין והנישואין שלא יירש את אשתו.

מ״מ יוצא לפי הרמב״ם שיש טעם אחר למה א״א בשום אופן להטיל תנאי בירושה בין בירושה דאורייתא ובין בירושת הבעל לאחר נישואין שהוא מדברי סופרים לשיטתו, והוא מפני שכתיב חקת משפט ״לומר שחוקה זו לא תשתנה ואין התנאי מועיל בה״ כדאיתא ברמב״ם בהל׳ נחלות.

לכן יש לעיין בדברי הרמב״ם בפ״ו ה״י מהל׳ נחלות שכתב שם בענין ירושת גר את אביו ״והגר אינו יורש את אביו הגוי אלא מדבריהם . . . ויראה לי שתנאי מועיל בירושה זו הואיל ואין הגוי מחוייב לעמוד בתקנת חכמים.״ וצריך להבין למה כאן סבר הרמב״ם שאפשר להטיל תנאי מפני שהוי רק תקנת חכמים והלא אפי׳ בירושת האשה שהיא מדברי סופרים לפי הרמב״ם אמרינן שכל תנאי שבירושה בטל מפני שנאמר בה לחקת משפט. וכן העיר בחידושי הגרי״ז על הרמב״ם שם בביאורו הראשון ש״הרי להדיא דהא דאין תנאי מועיל בירושה הוא זה דין מסוים בפ״ע של לחוקת משפט וגם ירושה דרבנן אית בה חלות דין זה משום דעשאוה כשל תורה.״ ותירץ שזהו גופא החידוש של הרמב״ם בענין גר וז״ל ״וזהו שחידש הרמב״ם דכל זה בירושות דישראל אבל בירושה שגר יורש את אביו הנכרי כיון דלא שייכי כלל דיני דרבנן אצל נכרי ע״כ לא חלה בה גם הדין של לחוקת משפט ותקנתם אינה מועלת רק לענין ממונא . . . אבל הדין של לחוקת משפט שהוא חלות דין נוסף בירושה מלבד הד״מ, הרי הוא ככל דיני דרבנן דלא שייכי בנכרי, וממילא דירושתו הויא ככל דיני ממון דעלמא דמהניא בהם תנאי.״

לפי פירוש הגרי״ז יש שני דינים בירושה לשיטת הרמב״ם: דין של דבר שבממון ודין של חקת משפט, וע״פ דיני הממונות של ירושה היה אפשר להטיל תנאים ע״פ הכלל שכל תנאי שבממון קיים, אבל מפני הדין

של חקת משפט אי אפשר להטיל תנאי. לכן חידש מרן הגרי״ז שבמקרה של גר שיורש את אביו הגוי שתקנו החכמים רק הדיני ממונות של ירושה אבל לא הדין של חקת משפט אפשר להתנות על הירושה. ובירושת הבעל יש להבין את הרמב״ם בדרך דומה שרק אחר הנישואין תקנו מדברי סופרים דין של ירושה רגילה אבל לפני כן ״קודם שתהא ראויה לו״ לא תקנו את הדין של חקת משפט בענין ירושה זו וע״כ בעל יכול להתנות עליה. וכן נראה חילוק זה ע״פ חידושי החת״ס לכתובות פג. ד״ה והנה ר״ת שכתב ע״פ אגרת הרמב״ם שהוא סבר שלפי רשב״ג בעלמא תנאו שבממון קיים אלא שירושה שאני מפני שהיא חקת משפט ובזה חלק רב עליו שלפי רב ירושת הבעל היא מדברי סופרים ויש לה דין של חקת משפט רק מן הנישואין ולא מן האירוסין משא״כ לפי רשב״ג שירושת הבעל היא בגדר חקת משפט אפילו מן האירוסין. וניחא הסוגיא בכתובות לפי הרמב״ם שלשיטתו אין מח׳ בין הדין של רב כהנא לבין מה דפסק רב כרשב״ג ולא מטעמיה שכוונת רב היתה לפסוק כרשב״ג לאחר הנישואין והדין של רב כהנא הוא רק לאחר האירוסין ולפני הנישואין (וכן ניחא מה שפסק הרמב״ם שירושה היא רק מדברי סופרים שזהו שיטת רב דלפי הרמב״ם פסקינן כמותו). וכן עיין במ״מ להל׳ אישות פרק כ״ג הל׳ ה-ו שם שכן הבין ע״פ תשובת הרמב״ם שהמשנה בריש פ׳ הכותב איירי בנשואה לדעת הרמב״ם ולכן פסקינן בגמ׳ דהלכה כרשב״ג.

אלא שעדיין קשה לפי הרמב״ם האיך אפשר להתנות בענין ירושת הגר והלא אין זה דומה למקרה של אירוסין מכיון שכאן הלא עכ״פ מדרבנן הבן כבר ראוי לירש את אביו הגוי ועכ״פ יש להקשות ע״פ הר״ן והרמב״ן שאיך אפשר להתנות כנגד מה שכבר ראוי לו בלי לעשות הקנאה גמורה והרי אינו יכול לעשות הקנאה במה שלא בא עדיין לידו ממש. אבל יש לתרץ ע״פ דברי המגיד משנה בהל׳ אישות י״ב:ט בביאור למה הוצרך הרמב״ם לטעם חקת משפט להסביר למה א״א לבעל להתנות על ירושתו מאשתו לאחר הנישואין ״ואני סבור שרבינו הוצרך לזה מפני שהאשה שהיא מורישה אותו התנית עמו כן שלא יירשנה והיא תוריש אחר ואילו היתה הירושה כשאר הדברים שבממון היה התנאי קיים שיזכה בירושה מי שתורישנו היא וכן היה בדין בשאר ירושות אילו היו כשאר תנאי ממון״ ע״ש בהמשך דבריו. זאת אומרת לפי הבנת המגיד משנה בשיטת הרמב״ם אם לא היתה ענין של חקת משפט אצל ירושה היה אפשר למוריש להטיל

תנאי שלא יירש אותו איזה יורש (ובפרט אם היורש מוחל על זכויותיו) ולא היה איכפת לנו אם הדבר לא בא עדיין לרשות היורש מפני שהמתנה הוא המוריש והיה לו כח להתנות בנכסיו אם ירושה היתה דבר של ממון רגיל. לכן מדוייק לשון של הרמב"ם בענין ירושת הגר שכתב "ואין הגוי מחויב לעמוד בתקנת חכמים" ז"א שלפי דברי הרמב"ם התנאי נעשה ע"י המוריש – האב הגוי – ולא היורש ומטעם זה יש לו הכח להתנות בענין נכסיו.

ט. שיטת הרשב"א בענין תנאי בירושת הבעל

כאמור, אפשר לפסוק שירושת הבעל מדאורייתא וגם לפסוק שיש כח לבעל להתנות לאחר האירוסין שלא יירש את אשתו. לדוגמא, אחד הסוברים שירושת הבעל דאורייתא הוא הרשב"א (עיין ברשב"א בבא בתרא דף קכו: ד"ה ונראה) וכמו שהובא בבית שמואל ס' צ ס"ק א, אבל מ"מ כתב הרשב"א בתשובה מפורסמת (חלק ו, רנד) שאפשר לבעל להתנות שלא יירש את אשתו אם היא תמות בלא בנים ע"פ הירושלמי הנ"ל דהני דכתבין אין מיתת בלא בנים תהדיר מוהרא לבי נשא תנאי ממון וקיים. והוסיף הרשב"א "שבכל מקום שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי אפילו הנושאים שם סתם גובים מהם אם מתה בלא בנים שכל הנושא סתם על דעת הנוהג שם בישראל נושא" ע"ש.

הרבה הביאו תשובה זאת של הרשב"א כמקור יסודי שאי אפשר להתנות כדיני הגוים (עיין למשל במכתב של רב צבי גרטנר בקובץ ישורון כרך י"א עמ' תרחץ-תשא) והטעם לזה מפני שהרשב"א כתב בתשובתו שאע"פ שאפשר להתנות בענין שלא יירש הבעל את אשתו וכדאיתא בירושלמי מ"מ "לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים נ"ל שאסור לפי שהוא מחקה את הגוים" וע"ש בהמשך דבריו שם שכתב "אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגוים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטא לעקור נחלת האב על הבנים." ועוד הוסיף הרשב"א שאי אפשר לומר שתמיד נוהגים בדיני ירושה כדיני הגוים מטעם דינא דמלכותא דינא דרק אמרינן דדמ"ד "במה שיש לו למלך תועלת" ע"ש. אבל חשוב להדגיש שכנראה הרשב"א התיר את התנאי ע"פ הירושלמי אם לא נעשה

כדי לחקות את הגוים או לעקור נחלת האב על הבנים, וגם הסיק בסוף דבריו "במה שישראל עושה עם ישראל חבירו מדעת עצמו" מועיל מפני ש"בדבר שבממון יכול לשעבד עצמו וליתן משלו." וא"כ יוצא שבתוקף דבריו כנגד מי שיעשה כדיני הגוים לא התנגד הרשב"א לעצם עשיית התנאי בענין ירושה והיינו מפני שסבר "שמתנין בכענין זה וכדאמרינן בירושלמי" ואע"פ שסבר הרשב"א שירושת הבעל דאורייתא.

ועיין בדבריו של הרב זלמן נחמי' גולדברג בקובץ ישורון הנ"ל בתשובתו למכתב הרב גרטנר הנ"ל (עמ' תשב-תשג) שכתב "ולע"ד נראה שלא אמר הרשב"א רק כשבא להתנות נגד דין תורה כמו לבטל ירושת הבעל שאף שלדעת רבי יהודה יכול להתנות על מה שכתוב בתורה . . . מ"מ סובר הרשב"א שהבא להתנות נגד דין תורה בגלל חוקות הגוים זה אסור" ע"ש בהמשך דבריו שמחלק בין תנאי זה לתנאים אחרים. אבל מדברי הרשב"א לא נראה שאסר לבעל ואשה במקרה מסוימת להתנות כנגד ירושת הבעל ע"פ הירושלמי אם לא כוונו לחקות את הגוים או להרוס את כל דיני ירושה ורק התנגד "לעם קדוש לנהוג ככה." וכן בדברי הרב עזרא בצרי בספרו דיני ממונות חלק שלישי בשער רביעי פרק שמיני בהערה 2 כתב כחילוק זה ברשב"א וז"ל: "שהחלוק שכתב הרשב"א הוא חילוק יסודי שבדבר פרטי יכולים לתקן כפי שרוצים. אף היפך הדין שבממון כל שמסכימים לדון כן כך עיקר ועל דעת כן נשאו ונתנו. אבל באופן כללי לבוא ולומר אין אנו חפצים יותר בדיני התורה הקדושה ובמשנה שכתבה רבי אשי מפי איש ממשה מפי הגבורה ובתלמוד ובכל ספרי הפוסקים שנתחברו מאז ולבחור לנו מעתה דרך חדשה, הרי זו עקירת התורה בכללה" ע"ש שכתב דבריו לבאר למה אסור להביא את דיני ירושה לפני הערכאות או בתי משפט שאינם דנים על פי ההלכה. ומ"מ בענין תנאי בדבר פרטי נראה מדבריו שהבין שאפילו הרשב"א פסק שיכולים לתקן כפי שרוצים.

י. שיטת הרמ"א בנכסי לפלוני ואחריו לפלוני

והנה ע"פ זה אולי אפשר לבאר שיטת הרמ"א בחו"מ סימן רמח ס"א, דאיתא שם בשו"ע ע"פ הגמ' בב"ב דף קלז. ששכיב מרע שאמר נכסי

לפלוני ואחריו לפלוני, אם היה הראשון ראוי ליורשו כמו בן מכלל הבנים אין לשני כלום מפני שירושה אין לה הפסק. ופסק הרמ"א ע"פ הריב"ש ס' נ"ב "ואם עשה הצואה במקום שנהגו לדון בערכאות של עכו"ם ובאו אח"כ (למקום אחר) לדון בדיני ישראל לא אמרינן דירושה אין לה הפסק" ע"כ. ובפתחי תשובה שם הביא שבתשובת התשב"ץ ח"א סימן ס"א חלק על הריב"ש וגם ציטט החת"ס בתשובותיו שכתב דאילו ראה הרמ"א דברי התשב"ץ לא היה פוסק כריב"ש וגם תמה הט"ז ע"פ הרשב"א שאיך אפשר לדון על פי עכו"ם וחלילה לעקור דין תורה ולדון בדיני עכו"ם. ובסמ"ע סימן שסט ס"ק כ הקשה האיך פסק הרמ"א כהריב"ש והלא בסימן שס"ט הוא הביא את דברי הרשב"א וז"ל שם הנושא אשה במקום שדנין בדיני עכו"ם ומתה אשתו לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עכו"ם דאם מתה יורשה בעלה או כדומה לזה וליכא בזה משום דינא דמלכותא עכ"ל. ותירץ הסמ"ע דבמי שעשה צוואה ואמר אחריו לפלוני "אמרינן דודאי דעתו היה כמו שמורגל בפי הבריות דמפרשינן ואחריו לפלוני כפשוטו ואפילו אם הראשון ראוי לירש ומשום הכי פסק שדנין בדיני עכו"ם מה שאין כן כאן בהנושא אשה דבשעה שנשאו זא"ז לא היה שעת הירושה ולא היה אז שום גילוי דעת שנשאה אדעתא דמנהגא והבעל עומד עתה לפנינו ואומר שלא היה דעתו אז לישא על דעת שאם תמות שלא ירשנה דבזה ודאי לא עקרי דין תורה" ע"ש.

מתוך דבריו של הסמ"ע נלמד שאפילו במקרה של הרשב"א אם היה הדבר ברור שרצה הבעל לעשות התנאי שלא יירש את אשתו היה אפשר לו לעשותו וכמו שביארנו לעיל, וגם במקרה של ירושה רגילה לא הפריע לו אם עושים כפי תנאי המוריש שאחרי שיירש אותו בנו או מי שהוא אחר שראוי ליורשו מדאורייתא יעבור נכסיו לאחר ואע"פ שבדרך כלל אמרינן דירושה אין לה הפסק. ותימה על זה דמ"מ א"א להתנות על ירושה דאורייתא, ואפילו הסוברים שירושת הבעל דאורייתא ואע"פ כן אפשר לבעל להתנות עליה רק אמרינן כן לפני הנישואין כשאינו ראוי עדיין ליורשה אבל לא לאחר מכן. וא"כ אפילו אם ברור שכן היתה כוונתו להוריש לאחר אחרי ירושת הראשון יש להקשות איך מועיל תנאי בירושה. והסביר בעל הנתיבות המשפט בביאורים לס' רמח אות ג "ועיקר הטעם דכיון שנהגו כן הוי כאילו פירש שנותן לשם מתנה ולא לשם ירושה." ר"ל

שמבואר בשו"ע שם בסעיף ב שאם השכיב מרע אמר בפירוש נכסי לך (למי שראוי ליורשו) ואחריך לפלוני "ופירש ואמר לא משום ירושה אני נותן לך שאין לה הפסק אלא במתנה והרי הפסקתיה השני קונה מה ששייר ראשון." ועיין בנתיבות המשפט שם בביאורים אות ה שמסביר שאע"פ שאינו יכול לעקור ירושה של תורה אפשר לעקור הירושה בלשון של מתנה כמו שכל אחד יכול לתת את נכסיו לאחרים במתנה וכן יכול אדם לתת מתנה למי שראוי ליורשו על תנאי. וכמו"כ מבאר הנתיבות שלמרות שאמרינן שכל לשון של נכסי לך למי שראוי ליורשו הוי כמו לשון של ירושה זה אינו כשמפרש את דבריו שמכוון דוקא למתנה ולא לירושה וגם כשאמרינן שסתם היתה כוונתו כך אם כך מורגל בפי הבריות וכמו שכתב הסמ"ע בסי' שסט.

וא"כ אולי יש לחדש ששיטת הרמ"א בס' רמח תלוי על נקודה הזאת שאם באמת א"א להתנות על ירושה דאורייתא בכלל או מטעם שירושה היא חקת משפט כמו שכתב הרמב"ם או מטעם שרק מקילין בירושה דרבנן א"כ יש להחמיר בכל מקום שנראה שאדם עושה תנאי בירושה דאורייתא וכמו בשכיב מרע שאומר על מי שראוי ליורשו שנכסי לו ואחריו לפלוני שאין תנאו מועיל וכדפסק התשב"ץ והפוסקים כמותו כמו הט"ז והח"ס וגם הקצות שם, אבל אם סוברים שמותר להטיל תנאי אפילו בירושה דאורייתא ורק למעשה יש נסיבות שמעכבות מלעשות תנאי בירושה מטעמים מסוימים, בכל מקום שאפשר לקיים את התנאי כמו לפרש שהכוונה היתה לתת דרך מתנה ולא דרך ירושה, אין שום צד להחמיר שלא לקיים את כוונתו. ואולי בכך יש להסביר את שיטת הסמ"ע כאן, וגם את שיטת הרמ"א שהקיל כהריב"ש להתנהג כפי המורגל בפי הבריות כדיני העכו"ם למרות שגם פסק כהרשב"א שאין להתנהג כדיני עכו"ם בעניני ירושה מטעם דינא דמלכותא דינא.

יא. תנאי בני גד ובני ראובן

למדו חז"ל (קידושין סא. ועוד מקומות) כללי משפטי התנאים מתנאי בני גד ובני ראובן (במדבר לב, כ-לב) שהתנה משה רבינו עמהם שאם יעברו חלוצים את הירדן עם אחיהם בני ישראל למלחמה יזכו לירש

בעבר הירדן ואם לא יעברו יירשו עם אחיהם בארץ כנען. ועיין בתורה תמימה שם (פ׳ לב, הערה י) שפירט כמה ממשפטי התנאים שנלמדו משם, ובכללם (נוסף על משפטי התנאים שהובאו בגמ׳ שם כמו שבענין הן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה וכו.) שלא יהיה התנאי בא לבטל דבר מן התורה.

ועיין באור החיים הקדוש (במדבר לב:כה ד״ה והנה) שמבאר שתנאי בני גד ובני ראובן היה תקיף מפני שהיו תנאי שבממון, וכן איתא בתוס׳ קידושין מט: (ד״ה דברים שבלב) שתנאי בני גד ובני ראובן היה דבר שבממון. אבל יש להקשות שהם התנו בענין נחלת ארץ ישראל שלא לירש את נחלתם בארץ כנען אלא בעבר הירדן, והרי נחלת הארץ היא ענין של ירושה (עיין ברש״י במדבר כו:נה ד״ה לשמות). וא״כ קשה שכבר ביארנו שבדרך כלל א״א להתנות כנגד ירושה ובפרט במקום של ירושה דאורייתא. אלא שיש לבאר בדרך חידוד שכאן מדובר ממש על מקרה של ״נחלה הבאה לאדם ממקום אחר״ וכמו שביאר הרמב״ן והרשב״א שאפילו במקום ירושה דאורייתא אפשר להתנות כנגד ירושה כזאת.

וניחא עפ״ז מה שעשו את התנאי בדוקא כשבאו לעבר הירדן. דהנה לפני שבאו לעבר הירדן עדיין לא היתה להם שייכות בארץ שעדיין לא כיבשו את מלכי סיחון ועוג ועדיין לא היו מוכנים ליכנס לארץ. ולכן לא היו יכולים להטיל תנאי להסתלק מנחלתם לפני שנכנסו לעבר הירדן וכלשון הר״ן בענין ירושת הבעל ״כיון דאין לו שייכות בנכסים כלל.״ ועיין ברש״י (במדבר כז:יב) שכתב שכניסתו של משה רבינו לעבר הירדן היתה בבחינת בן שנכנס לקיטון של המלך ליד פתח פלטין שלו ומרגיש שכבר נותן המלך לו רשות ליכנס לתוכה, וזה הטעם שחשב משה רבינו שאולי הותר הנדר שהוא לא יכנס לארץ. ועיין בשו״ת ציץ אליעזר טו:ה ובכמה מקומות שמביא ע״פ שו״ת התשב״ץ ג:קצח שבעבר הירדן היתה קדושת מצוות הארץ אבל לא קדושת שכינה. וא״כ אפשר לדמות מושב בני ישראל בעבר הירדן ליחס הבעל בנכסי אשתו בין אירוסין לנישואין ״דשייך בה קצת״ וכלשון הר״ן הנ״ל ושפיר יכלו לעשות תנאי בענין נחלתם בארץ. ולאחרי כן כשכבר עברו את הירדן עם אחיהם בני ישראל היו ראוים כבר לירש את הארץ ולכן לא היה אפשר להם לעשות תנאי אח״כ וכדמבואר ברמב״ן הנ״ל בענין ירושת הבעל לאחר נישואין. וע״כ

הוצרכו לעשות את התנאי דוקא לאחר שנכנסו לעבר הירדן ולפני שעברו את הירדן ליכנס לארץ ישראל. ושפיר היו יכולים להתנות אפילו כנגד נחלתם בענין זו וכדאיתא בגמ׳ כתובות פג. ודו״ק.

הרב מיכאל רוזנצוייג
ראש ישיבה וראש הכולל למכון הגבוה לתלמוד ע"ש ברן

מאמר זה בענין טיבה של נחלה מוקדש לזכר נשמת אמי מורתי הכ"מ, הרבנית מרים ברכה בת הרב מאיר יהושע, שהלכה לעולמה כ"ט כסלו תשע"א. אמי מורתי ז"ל הדגימה למופת את היסוד שנחלה נעוצה ביחסי וקשרי המשפחה, ושהיא נובעת מכח והשפעת המוריש כבר בחייו, שממשיכים אף לאחר מותו. אמי מורתי ז"ל היתה אישיות נפלאה שבאופן צנוע מיוחד השפיעה רבות ובצורה עמוקה על קהילותיה, תלמידיה, מכריה, ובמיוחד על משפחתה. היא השאירה מורשת ומסורת עשירה של תורת אמת ותורת חסד דוקא בתחום ובמישור של אהבת וקשרי משפחה. אין ספק שנחלתה היא בבחינת הורשה וירושה כאחת, וששפתותיה תמשיכו להיות דובבות בקבר לתועלת ולנחמת משפחתה. תנצב"ה.

שיעור הקדמה בעניני ירושה:
נחלה כקיום בהמשך ומבנה המשפחה

א. טיב ירושה – הרקע של נחלת ארץ ישראל

סדר נחלה מופיע בתורה רק בפרשת פינחס במסגרת הדיון בחלוקת ארץ ישראל (במדבר כו:נב-נו, סג; כז:א-יא). בנות צלפחד הקריבו משפטן דוקא כדי שמשפחתן תיכלל בנחלת ארץ ישראל "שלא יגרע שם אבינו מתוך משפחתו כי אין לו בן; תנה לנו אחוזה בתוך אחי אבינו" (כז:ד). וגם תשובת משה על פי ה' מתמקדת ראשונה בענין ירושת הארץ (כז:ז): "כן בנות צלפחד דוברות; נתן תתן להם אחזת נחלה בתוך אחי אביהם והעברת את נחלת אביהן להן."[1] רק אח"כ קובעת התורה חוקי

[1] ובסיום ספר במדבר – פרק לו' – שוב דנה התורה בזכות סדר ירושת השבטים בא"י כשהיא מתנגשת בזכות ונחלת יחידים. התורה קבעה אז שלא יגרע מנחלת השבטים ושלא תסוב נחלה ממטה אל מטה, לפחות לדור חלוקת הארץ (עיין ב"ב קכ., ורמב"ן עה"ת במדבר לו:ז). ושם (פסוק ב', ג') הדגישה התורה ענין הגירעון מחלק שניתן בגורל.

סדר נחלה משפחתית בכלל: "ואל בני ישראל תדבר לאמר איש כי ימות ובן אין לו והעברתם את נחלתו לבתו. ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו..." (עד סוף פסוק יא').

לכאורה אין נחלת הארץ רק ענין מעשי וממוני של חלוקת האדמה, אלא הוה קיום ביישוב א"י ובמורשת ועיצוב כלל ישראל, וקובע מעמדם ויחסם של השבטים. עצם העובדה שתהליך זה נעשה דוקא על ידי גורל ואורים ותומים (ב"ב קכב.), ושיש פירוט מדויק של הגבולות בספר יהושע ושפירוט זה נחשב כחפצא של תורה (עיין נדרים כב: – "אמר רב אדא ברבי חנינא: אלמלא (לא) חטאו ישראל - לא ניתן להם אלא חמשה חומשי תורה וספר יהושע בלבד, שערכה של ארץ ישראל הוא") מחזק מסקנה זו. ולכן ירושה זו אינה שייכת לטפלים (ב"ב קיז.) דהיינו פחותים מגיל עשרים, שהוא השיעור הקובע לגבי חיובים וקיומים לאומיים כמו שרות בצבא, ופיקוד העם וכו. העברת נחלת המרגלים ליהושע וכלב והפקעת עדת קרח והמתלוננים (עיין ב"ב קיז:) מעידות שוב שנחלת א"י אינה סתם טכסיס לחלק את הארץ ליחידים, אלא הוה ענין וקיום ציבורי מובהק.[2]

כל הדיון אי תלוי ירושת הארץ ביוצאי מצרים או באי הארץ או בזה ובזה (ב"ב קיז. – קיז:), שוב מורה על ייחוד תהליך זה ומשמעותו כקיום ביחס עם ישראל וארץ ישראל. אם דוקא יוצאי מצרים זוכים בארץ גם שבפועל אין הם נכנסים לארץ, לכאורה אין זה ירושת ממון ואדמה רגילה. ועוד הרי לפי גישה זו, מוכרחים גם להסיק שא"י כבר מוחזקת מן האבות (ב"ב קיט. – להסביר זכיית באי הארץ בחלק הבכורה של יוצאי מצרים למרות הדין שאין בכור נוטל בראוי כבמוחזק). לפי המ"ד שא"י נתחלקה לבאי הארץ, גם יש חידוש מיוחד בנחלה זו שמשקף שאינה ביסודה דין בקניית קרקע – "משונה נחלה זו מכל נחלות שבעולם שכל נחלות שבעולם חיין יורשין מתים וכאן מתים יורשין חיין" (ב"ב קיז.). לפי רבי שמעון בן אלעזר שסבור (ב"ב קיז:) ש"לאלו ולאלו נתחלקה הארץ"

---

[2] דיני שמיטה ויובל בארץ מסמנים המשך קיום זה גם לאחר החלוקה. זה ששייך איסור מיוחד של הסגת גבול בא"י נתפרש בזה גם כן. ואכמ"ל.

הרי יש שני מחייבים ומסלולים שונים שמזכים לאדם חלק ביישוב הארץ.[3] מחלוקת אחרת גם מעידה שחלוקת הארץ היא ענין של נוכחות ניכרת של שבטי ישראל ביישוב ארץ ישראל. הנה חקרה הגמרא (ב"ב קכא:-קכב.) אם "ארץ ישראל לשבטים איפלוג או דלמא לקרקף גברי איפלוג." ונחלקו מעין זה גם רשי והרמב"ן (בראשית מח:ו; במדבר כו:נד). הרמב"ן הסיק שנתחלקה הארץ לפי השבטים, דהיינו שכל שבט קיבל מנה שוה, למרות שלא היו שוים במנינם. יוצא איפוא שהחלוקה לפי השבטים חלה גם כשהיא באה על חשבון חלקו של כל פרט. וגם לפי רשי שכל יחיד ויחיד מקבל חלק שוה, הרי בכל אופן כתיב "לרב תרבה נחלתו ולמעט תמעיט נחלתו איש לפי פקודיו יתן נחלתו." וזה קובע שחלות החלוקה לכו"ע הוה על פי השבטים, אלא שנמדדו החלקים לפי קרקפתא דגברי!

לפי גישה זו שנחלת הארץ אינה סתם קנין בקרקע, יש מקום ליישב שיטת הגאונים. הנה הגאונים חידשו שאין קנין ממוני זקוק למשפטי תנאים. והקשה הרמב"ם נגד שיטה זו שהרי מקור הדין שיש צורך למשפטי תנאים הוא מפרשת בני גד ובני ראובן, דהיינו קנין אדמת ארץ ישראל. וז"ל (הל' אישות ו:יד): "יש מקצת גאונים האחרונים שאמרו שאין אדם צריך לכפול תנאו אלא בגיטין וקידושין בלבד אבל בדיני ממון אינו צריך לכפול, ואין ראוי לסמוך על דבר זה, שכפילת התנאי עם שאר הארבעה דברים מתנאי בני גד ובני ראובן למדו אותן חכמים – אם יעברו בני גד וכו' ואם לא יעברו... ותנאי זה לא היה לא בגיטין ולא בקידושין, וכזה הורו גדולי הגאונים והראשונים וכן ראוי לעשות." ונראה לומר שלפי הגאונים על אף שנחלת ארץ ישראל מתיחסת לחלוקת קרקעות, אין היא ביסודה דין ממוני, אלא דבר איסור, כדפירשנו.[4]

---

[3] ולפי כמה דיעות בראשונים (עיין ברשב"ם, תוס', וראשונים על אתר) בהסבר "מכאן ומכאן נוטל חלקו מכאן ומכאן" יתכן גם שיחיד יקבל חלק כפול כשייך גם ליוצאי מצרים וגם לבאי הארץ!

[4] הראב"ד על אתר מפנה אותנו לדבריו בהל' זכיה ומתנה ג:ח: "ונחלת בני גד ובני ראובן לא היתה מוחזקת ביד ישראל ואינו דומה לקרקע המוחזק לו לאדם מירושתו או ממקחו." יתכן שהתכוין לפרש שכיון שלא היה חל הקנין בפועל אז, יש צורך יותר לחיזוק התנאי, וכמו שהסביר לגבי עניני אישות. או שמא התכוין לפרש בכיוון שהצענו, ולכן כשהוא מדגיש שלא חלה הירושה אז בפועל הוא מרמז לכך שיש

ב. טיב סדר ירושה

ויש לחקור אי רקע זה של חלוקת ארץ ישראל על ידי גורל – שלכאורה קשורה למעמד השבטים והמבנה של כלל ישראל כעם ואינה מצומצמת רק לענין חלוקת נכסים – הוה רק דבר מקרי ובלתי משמעותי להערכת נחלת הפרט, שהרי גם היישום של חלוקת הארץ תלוי למעשה בסדר הפרטי של נחלה. לפי זה, יש מקום לומר שחוקי נחלת הפרט אינם אלא דינים מעשיים וממוניים בפיזור נכסי המת. ויתכן אפילו שלולי הקשר לחלוקת א״י, לא היתה התורה מפרטת דינים אלו בפרשה נפרדת, מכיון שהם מעשיים וטכניים. או שמא נחלת ארץ ישראל היא מעין אב טיפוס לנחלת הפרט, שגם סדר הירושה הכללי קשור לא רק לחלוקת נכסים וממון אלא למבנה והמשך המשפחה ולמעמד היורשים בכלל. לפי גישה זו, אולי התורה דוקא שילבה דיני נחלה תוך מסגרת נחלת הארץ כדי לציין טיבם המשותף כדבר שהוא מעל ומעבר לדיני חושן משפט. לפי זה, הטענה של ״למה יגרע שם אבינו מתוך משפחתו״ היא בעלת משמעות כפולה, שגם מבחינת חלוקת הארץ, וגם במישור של נחלת הפרט אי קיום ירושה כשורה נחשב כ״גירעון משפחתי!״

ועיין ברמב״ן על הפסוק ״והיתה לבני ישראל לחקת משפט כאשר צוה ה׳ את משה״ (במדבר כז:יא). וז״ל: ״וטעם והיתה לבני ישראל לחקת משפט – שיהיה המשפט הזה לדורות, לא בנחלת הארץ עתה בלבד.״ הרמב״ן הסביר את הפסוק באופן שמשקף שתי הגישות בענין יחס סדר ירושה בכלל והיישום לחלוקת הארץ בפרט. לפי הבנתו היה מקום לחשוב שהקפידא לסדר נחלה קבוע מצומצמת לנחלת ארץ ישראל גרידא. לפי ס״ד זה סביר לומר שנחלה פרטית, כשאינה משפיעה על הדין של יישוב ארץ ישראל, גמישה יותר מכיון שמבחינה עקרונית אין היא אלא חלוקת ממון ונכסים. אולם התורה דוחה גישה זו כשהיא קבעה סדר זה

בתהליך זה שילוב של יוצאי מצרים ובאי הארץ ומוחזקות מהאבות וכו., ושאין נחלת הארץ סתם קנין אדמה לעתיד, אלא הוה קיום ביישוב הארץ ובזיקת השבטים לעם ולארץ, וממילא אינה נידונה לענין משפטי תנאים כקנין ממוני רגיל.

בכל מקרה כ"חוקת משפט."[5] עדיין יש מקום לדון עד כמה זה מקביל בטיבו (במישור המשפחתי) לירושת הארץ.

גרסינן (ב"ב קיט:): "דרשניות הן שהיו אומרות אילו היו לו בן לא דברנו." והסביר הרשב"ם על אתר שכבר היו יודעות פרשת נחלות. לפי הבנתו כנראה סדר נחלות נקבע ונודע כתורה שבע"פ גם קודם למעשה דבנות צלפחד, ובנפרד מענין חלוקת א"י. ותוספות על אתר (ד"ה אילו) חולקים בזה, והקשו נגדו שכל פרשת נחלות לא נאמרה עד שזכו בנות צלפחד ונכתבה על ידן. להבנה זו, כל פרשת סדר נחלה תלויה דוקא בפרשת בנות צלפחד ובקשר לחלוקת הארץ! והנה התוס' הציעו (בין הסברים אחרים) שידעו בנות צלפחד את העיקרון של קדימת בנים מנחלת א"י גופא "מדכתיב לאלה תחלק הארץ היינו זכרים." אבל יתכן ששאר תירוצי התוס' לא קיבלו ההנחה שיש להשוות באופן יסודי בין נחלת הפרט לבין חלוקת ארץ ישראל מכיון שאפשר שחלוקת הארץ הוה דין מיוחד ביישוב הארץ ובמעמד השבטים אהדדי. ויוצא איפוא שנחלקו הראשונים ביחס ירושת משפחה וחלוקת הארץ.

ג. טיב ירושה כדין וכחוקת משפט – סדר, הגדרה, או אפילו דין וחיוב

הרמב"ם דן בעניני ירושה בסוף ספר משפטים (והשו"ע בחו"מ, ולא ביו"ד), אבל אין זה מוכיח שלדעתו ירושה מתמקדת אך ורק בפיזור ממון ונכסים, שהרי כבר ראינו (אישות ו:יד) שלדעתו גם חלוקת הארץ איננה מנותקת לגמרי מדיני ממונות על אף שאין ספק שביסודו נחלת הארץ הוה מישור על-ממוני. ונראה שלהרמב"ם צד הדין של נחלה עצמו מעיד על טיבו המקיף יותר. ואמנם ישנם ביטויים גם במשנתו של הרמב"ם שירושה הוה דין וקיום בחיי המשפחה, מעל ומעבר לחלוקת הנכסים. הנה חידש הרמב"ם על פי הפסוק של "חוקת משפט" שאין תנאי מועיל לשנות דיני נחלה. לדעתו, אין ירושה בכלל הדין שמתנה עמש"כ בתורה בדבר

[5] עיין בנצי"ב בהעמק דבר (שם) שמפרשים אחרים חולקים בזה.

שבממון תנאו קיים. וז"ל (נחלות ו:א): "אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אף על פי שזה ממון הוא, לפי שנאמר בפרשת נחלות והיתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר שחוקה זו לא נשתנה ואין התנאי מועיל בה, בין שצוה והוא בריא בין שהיה שכיב מרע בין על פה בין בכתב אינו מועיל." הרמב"ם (אישות יב:ו-ט) קובע דבר מקביל ביחס לעוד שני דינים – מחילת עונה ומחילת הכתובה.[6] ולכאורה ההסבר הוא שעל אף שעונה קשורה להנאת הגברא וכתובה מתיישמת בתשלום ממון, אין אלו בכלל "דבר שבממון" מבחינה יסודית מכיון ששייכים הם, אף נחוצים הם, לעצם ההגדרה של האישות. ולכאורה נחלה הוה האב טיפוס של אלו. וראוי לציין שהרמב"ם הגיע למסקנה זו גם בלי מקור ידוע, ולמרות שיסוד זה נראה כסותר כמה סוגיות (ב"ב קכו:, כתובות פג:) שדנות באפשרות להתנות בדיני ירושה, כפי שנדון.[7]

משתמע מדברי הרמב"ם (נחלות א:א; סה"מ עשין רמח') שסדר ירושה הוה מציאות שאינה ניתנת לשינוי, אבל לכאורה אין איסור בעצם הנסיון לשנות. אולם בנקודה זאת, הספר החינוך הרחיק לכת. לדעתו (מצוה ת') יש גם איסור גברא (ולא רק איסור ב"ד) בעצם הנסיון לקפח גם יורש פשוט, וגם היכא שלא מהני.[8] ספר החינוך מציע (בלי ראיות) שגם לפי הרמב"ם ב"ד ששינו בפועל סדרי ירושה נגד הדין עוברים באיסור

---

[6] ועיין במאמר שלי "בענין שיטת הרמב"ם בכתובה דאורייתא או דרבנן," בית יצחק כו (תשנ"ד), עמ' 441-450. שם נסיתי להסביר שלפי הרמב"ם הכתובה היא קיום בעצם האישות.

[7] יש לפקפק שמא הרמב"ם הושפע מהקשר בפרשת נחלות בין נחלת הפרט ונחלת א"י, ושמא הבין את החידוש של "חוקת משפט" בכיוון זה, מעין הרמב"ן, אלא שהרחיק לכת במידה משמעותית.

[8] השוה לדברי הרמב"ן שיש דין מיוחד בבכור שמיוסד על העשה של "יכיר" והלאו של "לא יוכל לבכר." עיין דבריו בסה"מ ובפרשת כי תצא, ונדון בדבריו לקמן. והשוה דברי המנחת חינוך (שסד:ב) שמונה ירושה כפרשה, ולא כמצוה. הוא מסביר שזה כמו גט ותשובה (לפי הבנתו!) שלא ניתן לעבור על זה.

מיוחד של חוקת משפט, נוסף לאיסור הכללי של "לא תטה משפט." יוצא שהבין שגם לפי הרמב"ם אין דין חוקת משפט קובע רק מציאות והגדרה.[9]

ויתכן שהמקור לעמדות אלו נעוץ בגמרא עצמה. הנה הגמרא בב"ב (קיג:) דייקה מהפסוק "והיה ביום הנחילו את בניו" – ש"ביום אתה מפיל נחלות ואי אתה מפיל נחלות בלילה." הגמרא חשבה לפי זה שאין נחלה באה ממילא ליורש אלא על ידי הורשת ב"ד, והיא מצומצמת ליום. הגמרא התקשה בהגדרה זו, שא"כ שמא נצמצם ירושה למקרה שמת המוריש דוקא ביום. בכל אופן, גם לפי המסקנה הגמרא קבעה שנחלה הוה בכלל "דין" לענין ההלכה ששלשה שבקרו חולה בלילה אין עושין דין. יוצא שיש עדיין מושג של חלות דין בנחלה. וראוי להדגיש שלפי הגמרא זה מבוסס דוקא על הפסוק של "חוקת משפט" – ש"אורעה כל הפרשה כולה להיות דין." והנצי"ב (העמק דבר במדבר כז:ח, יא) הקשה מלשון הפסוק "והעברתם את נחלתו" – וכי ב"ד ממש עושין דבר בתהליך הירושה? אבל אם נגיד שיש איסור בעצם הניסיון לשנות דיני ירושה, הרי מסתבר לומר שכל המערכת של דיני ירושה מהוה קיום במבנה ובזיקה משפחתית, ואסור לערער בזה. ויתכן גם שב"ד אחראים בדבר זה כמו שמצינו שהם אחראים על מימדים אחרים של חיי החברה והמשפחה, ושבמידה מסויימת הם כאילו עומדים על גבי המורישים והיורשים כתומכים ומבטיחים ומיישמים של תהליך זה.[10] הנצי"ב עצמו תירץ שתפקידו של ב"ד הוא לקבוע שאין ספק במקום ודאי בדיני ירושה. וזה צ"ע טובא. אבל יש להעיר שנחלקו הראשונים בהבנת דין זה בכלל, ושמא שונה הוא לגבי ירושה בפרט. יש שהבינו ששייך אין ספק מוציא מידי ודאי בירושה כל שיש יורש ודאי גם במצב שיש ספק שמא השני קרוב ממנו להנחיל.[11] לפי זה, שמא הדין הזה משקף שאין נחלה סתם דבר דממילא

---

[9] אין דברי החינוך הולמים את דברי הרמב"ם בסה"מ ובהל' נחלות. אבל יש מקום ספק לגבי ניסוחו במנין הקצר: "לדון בדיני נחלות."

[10] יתכן שזה חלק מהקיום הכללי של "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך" שמחייב מינוי דיינים בכל פלך ובכל עיר. ועיין גם ברמב"ן (דברים כג:יח) בענין האיסור "לא תהיה קדשה מבנות ישראל ולא יהיה קדש מבני ישראל." ואכמ"ל.

[11] עיין בסוגיות ובראשונים ב"ב לג., קנח:, ב"מ ב., יבמות לח. ואכמ"ל.

לפי סדר ירושה אוביקטיבי שקמי שמיא גליא, אלא הוה דין וקיום של המשך המשפחה ומעמד וזיקה של בני המשפחה אהדדי. ולכן מי שיש לו מעמד ודאי עדיף גם ממי שספק קרוב יותר ספק אינו קרוב כלל.[12] ויתכן שהעמדה הזאת כלפי דיני ירושה קשורה גם לתפקיד ולאחריות ב"ד בתהליך, ושכן הבין הנצי"ב.

יתכן ששאלתינו באופי דיני ירושה תלויה גם ביחס דיני בכור ופשוט בנחלה. הנה הרמב"ן (עה"ת דברים כא:טז; סה"מ, השמטות ללאוין, מצוה יב) חידש שיש עשה (יכיר) ולאו (לא יוכל לבכר) מיוחדים להגן על מעמדו המיוחד של הבכור. לפי דעתו יש איסור לנסות להשוות בכור לפשוט, גם אם אינו מצליח להשיג מטרתו. הרמב"ן עצמו מודה ש"אלו מצוות מחודשות," והוסיף לחדש שהאיסור של לא יוכל לבכר והחיוב להכיר הבכור אינם שייכים אלא בחיי הבכור. במקום אחר, הצענו שישנם כמה ראיות שירושת בכור נובעת ממעמדו המיוחד של הבכור במשפחה גם, ואולי דוקא, בחיי האב, ושזהו גם היסוד להדין ש"אין בכור נוטל בראוי כבמוחזק."[13] ויש לחקור האם דיני בכור משקפים אופי מיוחד של כל מערכת ירושת ישראל, עם כי בביטוי בולט יותר, או שמא בזה גופא חלוק דיני בכור ופשוט, וירושת פשוט אינה אלא זכייה ממילא בנכסי היורש לאחר מיתתו, ואינה קשורה כלל במעמד היורשים ויחס משפחתי כללי. כבר הערנו שלפי ספר החינוך גם בירושת פשוט יש איסור לנסות לערער דיני ירושה. ואילו לפי הרמב"ם שמא אין איסור בזה כלל לא בבכור ולא בפשוט. אולם יש לדייק בדברי הרמב"ם בסה"מ (רמח') שהוא מדגיש שבכור הוה חלק חשוב מדיני וסדרי נחלה. ועיין גם ברש"י (יבמות סב.) שמציין דוקא שאין חלות בכורה בנחלת גויים כדי להבחין יסודית בין ירושת ישראל וירושת עכו"ם. ונראה לפרש כוונתם שדיני בכור, שמעידים

---

[12] לכאורה בתנאי שהודאי הוה יורש ישיר במעמד מסויים, ושקיים מעמד זה גם אי אכן השני קודם לו בסדר הירושה. ולפי זה, יש להעיר שהדבר תלוי במעמד המדויק של סוגי הירושים השונים – בן, בת, אב, אם, אח, דוד, נכד, סבא וכו' – וכן בטיב הדין של מישמוש נחלה, שנדון בו בקצרה בהמשך.

[13] "בענין בכור לנחלה ואין נוטל בראוי כבמוחזק," קול צבי י'-יא', עמ' 20-5.

שאין ירושת ישראל סתם פיזור נכסים וקנין ממון לאחר מיתת המוריש, קובעים לגבי אופי המיוחד של נחלת ישראל בכלל.

ד. מי שעוקר דיני נחלה אין רוח חכמים נוחה הימנו

גרסינן במשנה (ב"ב קלג:): "הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו. רשב"ג אומר אם לא היו בניו נוהגים כשורה זכור לטוב." והגמרא הסיקה שהת"ק פליג נגד רשב"ג וסבור שרצוי להפעיל דיני ירושה של תורה גם בבן שאינו נוהג כשורה. וכן פוסק הרמב"ם (נחלות ו:יא) והוא אף מוסיף על פי הגמרא: "מדת חסידות היא שלא יעיד אדם חסיד בצוואה שמעבירין בו הירושה מן היורש אפילו מבן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג כשורה."[14]

מהשו"ט בגמרא יוצא שדין ירושת התורה עדיף גם מנתינת צדקה או מעשה הקדשה. ודין זה צריך עיון. למה ירושה רצויה יותר גם מצדקה והקדש, וגם במקום שהיורש אינו אדם כשר? ועיין ברשב"ם שהסביר שדין זה הוא משום שמא יצא ממנו בנים הגונים. והפוסקים בשו"ע (סמ"ע ופתחי תשובה חו"מ רפב:א) פשטו כדבריו. ויש שהוסיפו שמיוסד גם על האפשרות שיורש זה סוף סוף יחזור מדרכו הבלתי כשרה. לפי דעתם, זכות היורש עצמו ויוצאי חלציו קובעת בדין זה. לפי הבנה זו, יסוד הדין הוא שאסור לקפח יורשים כשרים והגונים מירושה שאמורה ליכנס לרשותם, והדין עקרונית כרשב"ג. אלא שהת"ק חידש שבהערכת הגיונות היורש אין להתחשב רק במצב כפי שהוא לפני מיתת המוריש, אלא גם בעתיד, ובדורות הבאים. אבל ראוי לציין שאין הסבר זה וגישה זו מפורשים בסוגיא כלל, ואין זכר לחשיבה זו במשנתו של הרמב"ם. ויתכן שהת"ק

---

[14] הרי"ף והרמב"ם (נחלות ו:יא) גרסו במשנה "אם לא היו בניו נוהגים בו כשורה." ויש דיון בפוסקים (חו"מ סימן רפ"ב) במי שנוהג כשורה כלפי המוריש אבל אינו נוהג כשורה כלפי שמיא אם זה עדיף או גרוע לענין הדין שירושה רצויה ממתנה לאחרים. ואולי תלוי בהבנת יסוד דין זה, כפי שנדון בהמשך. לפי הרשב"ם שדין זה בגלל שמא יצא ממנו בנים הגונים או משום שמא יחזור בתשובה, לכאורה אין מקום לחלק. אבל אם דין זה נעוץ במחייב של קשרי ומורשת המשפחה, אז אולי יש מקום לחלק. ואכמ"ל.

דוחה את דברי רשב"ג לחלוטין, וסבור שירושה, אף ליורש שאינו הגון, רצויה ממתנה לאדם כשר או אפילו מהקדש וצדקה. וזה מטעם אחר- שאין יסוד הדין של ירושה מצומצם רק לענין של פיזור נכסי וממון המת ליוצאי חלציו, אלא הוה ביטוי וקיום בהמשך ובחיזוק קשרי ומבנה המשפחה בכלל. ולכן, סדר הנחלות של תורה הוא בעל ערך סמלי וממשי בכל מצב, וממילא יש קפידא ליישמו גם אם אין היורש הפרטי המקבל בפועל הגון וראוי בתור עצמו. ועיין בפוסקים (סיכום כמה מן השיטות ודיון בצירוף גורמים שונים – בפתחי תשובה שם ס"ק א') שפיקפקו אי הקפידא לא לקפח היורש מחלקו חלה גם במי שאכן מוכן להניח מקצת נכסיו ליורשיו, או במי שנותן נכסיו לצדקה או לאחרים במתנת בריא שחל לפני זמן הירושה (לעומת מתנת שכיב מרע שחלה בזמן שחל גם הירושה). וכן דנו הראשונים והפוסקים אם אפשר לחלק בקפידא זו בין ירושת הבן ושאר יורשיו. המשנה דנה בירושת הבן, וכן הדין הובא ברמב"ם רק בקשר לבן. ואילו המהר"ם מרוטנבורג (מרדכי ב"ב תרכד-ה) דוחה ההבחנה בין בן ושאר יורשים כיון שגם שאר היורשים הם דאורייתא, וכן נפסק בשו"ע (חו"מ רפב:א). כמה מן הפוסקים (עיין פתחי תשובה הנ"ל) טענו ש"אין רוח חכמים נוחה הימנו" שייך בכל מקרה שמקפח היורשים מחלקם, מכיון שיסוד הדין הוא שיורש הגון ראוי לקבל חלק הירושה ותמיד חוששים שמא יצא ממנו בנים או יורשים הגונים. אבל אם נפרש שאין הדין תלוי בזכות קדימה של היורשים בנכסי המת, אלא שירושה רצויה מבחינה עקרונית כקיום וכחיזוק של המשפחה, אז יש מקום לפקפק שמא נבחין בין יורשים מסוגים שונים, ואולי שאני ירושת הבן.[15] גם ניתן להציע שאם ירושה עדיפה ממתנה ומצדקה והקדש בגלל שהיא מהוה קיום וביטוי של המשך והיקף המשפחה אין צורך דוקא להקפיד להפעיל סדר נחלות בכל

[15] שמא הבן שאני משום שהוא גם יורש מקום אביו וקם תחתיו, כפי שנראה מכמה מקורות. או שמא נצמצם דין זה לאלו הקרובים שיש להם שם יורש כבר בחיי המוריש או לפחות לאלו שיורשים ישיר מן המוריש (לעומת ירושת מישמוש, אם זה אכן קיים כסוג נפרד, כפי שנדון בסוף המאמר.) יש מן הפוסקים שטענו בפירוש שהנימוק של הרשב"ם שייך בכל יורשים. והמהר"ם באמת דוחה הבחנה בין יורשים דאורייתא. אבל מסברא יש מקום לומר שאין כל יורש דאורייתא שוה בדין זה גם אי נעוץ הוא בזכות היורש בנכסים עצמם, ועל פי החילוקים הנ"ל. ואכמ"ל.

נכסי המוריש. לכאורה אפשר להשיג התועלת של עדיפות הירושה כל שיש חלות ירושה אף במקצת מנכסיו, ולא איכפת לן שיקבל דוקא כל חלק הירושה. ולפי זה, גם יש להתחשב באפשרות להבחין בין קיפוח היורשים על ידי מתנת בריא לעומת מתנת שכיב מרע. הנה אם הבעיה בקיפוח היורשים היא מחמת עקירת היסוד והעיקרון המשפחתי שמתבטא על ידי עדיפותה של ירושה, שמא אין זה שייך אלא במתנת שכיב מרע שחלה בו בזמן והוה דרך אחרת ומתחרה לחלק נכסי המת, משא״כ במתנת בריא שמשקפת בעלותו וקנינו של הנותן בממונו, שהיא בעלת אופי שונה ממתנת שכיב מרע, ולכן אינה נחשבת כעוקר או כעוקף ירושה.

גישה זו שעדיפות ירושה מהוה עיקרון וקיום של הרחב והיקף והמשך המשפחה, ולא הוה סתם מדין זכות קדימה של היורשים בנכסי המת, מתבטאת גם בדברי המהר״ם. מסקנתו (במרדכי הנ״ל) הובאה ברמ״א (רפב:א): ״מי שצוה לעשות בנכסיו הטוב שאפשר לעשות יתנהו ליורשיו כי אין טוב מזה.״ יוצא איפוא שאין עדיפותה של זכות היורש דוקא הקובעת. עדיפות ירושה גם מוגדרת כדבר ״הטוב שאפשר לעשות.״ ולכאורה משום שהיא תורמת משמעותית לביסוס ולחיזוק קשרי המשפחה דוקא בתקופת משבר של מיתת המוריש. ויש להעיר שדין זה מנוסח באופן שמדגיש את היסוד והעיקרון של המשך המשפחה והזיקה בין המוריש והיורש, ולא רק משקף הערך של קבלת הירושה בפועל. וז״ל הסמ״ע (שם, ס״ק ד׳): ״דיקומו יורשין תחת מורישיהן בנחלתם ובירושתם.״

ה. יחס נחלת ישראל לירושת בן נח

איתא בסוגיא בקדושין (יז:): ״אמר רבא: דבר תורה עובד כוכבים יורש את אביו, שנאמר: וחשב עם קונהו - ולא עם יורשי קונהו, מכלל דאית ליה יורשים.״ אולם בסוגיא ביבמות (סב.) ובבכורות (מז.) משתמע שאין נחלה לנכרי, ולכן יש בכור לנחלה לגר שנתגייר ונולד לו בן גם אם היו לו בנים כבר בגיותו. וז״ל (יבמות סב.): ״איתמר: היו לו בנים בהיותו עובד כוכבים ונתגייר, ר׳ יוחנן אמר: קיים פריה ורביה, וריש לקיש אמר: לא קיים פריה ורביה. רבי יוחנן אמר קיים פריה ורביה, דהא הוו ליה; וריש לקיש אמר לא קיים פריה ורביה, גר שנתגייר - כקטן שנולד

דמי. ואזדו לטעמייהו, דאיתמר: היו לו בנים בהיותו עובד כוכבים ונתגייר, רבי יוחנן אמר: אין לו בכור לנחלה, דהא הוה ליה ראשית אונו; וריש לקיש אמר: יש לו בכור לנחלה, גר שנתגייר - כקטן שנולד דמי. וצריכא, דאי אשמעינן בההיא קמייתא, בההיא קאמר רבי יוחנן, משום דמעיקרא נמי בני פריה ורביה נינהו, אבל לענין נחלה דלאו בני נחלה נינהו - אימא מודי ליה לריש לקיש; ואי איתמר בהא, בהא קאמר ריש לקיש, אבל בההיא - אימא מודה ליה לר' יוחנן, צריכא."

ועיין ברש"י בבכורות (מז. ד"ה עובדי כוכבים): "אינן בני נחלה לירש את אביהם עובד כוכבים אחר שנתגיירו בפ"ק דקדושין (דף יז:)." רשי הסביר שאין סתירה בין הסוגיות ולכו"ע גוי יורש אביו, והדין של "עכו"ם אינן בני נחלה נינהו" מקביל לסיפא של הברייתא בקדושין – שאין גר יורש אביו גוי מן התורה.

גם בעלי התוספות (יבמות סב. ד"ה דלאו; בכורות מז. ד"ה אינן) פיתרו את הבעיה באופן טכני. לפי דעתם מכיון שהגמרא ביבמות ובבכורות דנה בשאלה אי יש לגר שנתגייר בכור לנחלה, הגמרא רק התכונה לקבוע שאין תורת בכור בירושת גוי, בניגוד לנחלת ישראל.

אבל רש"י ביבמות (סב. ד"ה לאו בני נחלה נינהו) הסביר אחרת: "לאו בני דין נחלה נינהו דבת כבן ובכור כפשוט אבל ירושה נהגא בהו כדאמרינן בקדושין (דף יז:) עובד כוכבים יורש אביו דבר תורה." כדי ליישב הסתירה, רש"י הבחין בין פרטי דיני ירושת גוי ודיני נחלת ישראל. ודבריו צ"ע, שהרי הגמרא קבעה חד משמעי שגוי "לאו בני נחלה נינהו," ולא סתם שישנם דינים חלוקים בנחלת ישראל שלא שייכיים בירושת גוי, או שנחלת ישראל מסובכת או בעלת היקף יותר מירושת גוי. ונראה שרש"י התכוון להבחין בין ירושת גוי ונחלת ישראל באופן יסודי, והוא אפיין הבחנה זו בזה שבירושת הגוי אין דיני בכור ואין קדימה בן לבת. בזה רצה רש"י לציין שירושת גוי ונחלת ישראל מהוים שני מושגים לגמרי שונים, ובאמת "עכו"ם לאו בני נחלה נינהו" כלל וכלל. ועל פי מהלכנו נפרש שירושת נכרי אינה אלא טכסיס לפיזור נכסי וקניני המת לאחר מותו, וממילא אין מעמד מיוחד לבכור, ואין יחוס לבן יותר מלבת וכו. אבל נחלת ישראל היא מיוחדת, והעברת נכסי המת ליורש אינה אלא ביטוי לקיום של המשך המשפחה ולמערכת היחסים המגוונים במשפחה, כפי

שמשתקפת בזה שקיימים היאראַרכיה שלמה של קרובים וסדר נחלה מקיף ומפורט.[16]

יתכן שגם הרמב״ם נוקט בעמדה מעין זו של רש״י, עם כי במסקנה מעשית קצת שונה. וז״ל (הל׳ נחלות ו:ט): ״העכו״ם יורש את אביו דבר תורה, אבל שאר ירושותיהן מניחין אותו לפי מנהגם.״ הנה הוא פוסק שירושת גוי דבר תורה מצומצמת לאביו.[17] המאירי (קדושין יז:) חולק עליו וטוען שגם שאר קרובי עכו״ם יורשים. ודברי הרמב״ם צ״ע טובא. מנין לו צימצום זה. אמנם הגמרא רק מזכירה בפירוש את ירושת אביו, אבל לכאורה אין דיוק זה מספיק. ונראה פשוט שהרמב״ם, כמו רש״י, התקשה בסתירה בין הסוגיא בקדושין מצד אחד, והסוגיות ביבמות ובבכורות מאידך. ולכאורה הרמב״ם הסיק שיש להבחין עקרונית בין ירושת גוי ובין נחלת ישראל, הן בהיקף הדין והן בטיב הדין. ולכן הוא פשט שירושת גוי, שהיא ביסודה רק דרך הקנאת נכסי וקניני המת, מוגבלת לירושת האב. ועיין במ״מ על אתר שכנראה גם אימץ כיוון זה. וז״ל: ״וכתב רבינו ששאר ירושותיהן מניחין אותן למנהגן והוא מפני שלא מצינו שיהיה סדר נחלות אלא לישראל בלבד.״ משתמע מדבריו שסדר נחלות מקיף ומגוון הוה חידוש שקשור לדיני ישראל, ואולי לקדושת משפחה של

---

[16] אין מן ההכרח לפרש את דברי התוספות שמפרשים ש״אין נחלה לגוי״ היינו שאין תורת בכורה בירושת גוי, בכיוון זה, כפי שכבר הערנו. אבל יתכן שלאור מהלכנו אין הסבר זה כה דחוק מכיון שיתכן שירושת בכור מסמנת טיבה המיוחדת של נחלת ישראל. וכבר הצענו לעיל ששיטה זו חשובה גם לקבוע היחס בין ירושת בכור וירושת פשוט של ישראל.

[17] נחלקו האחרונים בדברי הרמב״ם אם שייך דין זה גם בירושת הבת. ואי שייך לבת, האם יש קדימה לבן בירושת גוי? ועיין גם בירושלמי ריש יש נוחלין – דחכמי הגויים השוו בן לבת בירושה. בכל אופן, יש לפקפק אי פסק זה לגבי ירושת גוי משקף ייחודה של ירושת הבן (\בת) לעומת ירושת שאר קרובים גם בנחלת ישראל המבוססת על הרעיון שדוקא בן (ובת?) קם תחת אביו, או שמא דוקא לבן (ולבת) הוה שם יורש כבר בחיי אביו. יש כמה וכמה הדים למסקנה זו שירושת הבן שונה איכותית משאר הירושות, ויש אחרונים שהוכיחו יסוד זה משיטת הרמב״ם. אבל אם נגיד שירושת גוי שונה עקרונית ואיכותית מנחלת ישראל אפשר שייחוד הבן (ובת?) בתחום זה מדין אחר הוה כהנ״ל (בענין עדיפות ירושה מצדקה ומתנה), ואינו שייך להשאלה הכללית של סדר נחלת ישראל. ואכמ״ל.

ישראל, ואין חידוש זה שייך לשאר עמים שאין להם חלות משפחה ותורת יחוס מקביל לשל ישראל.

ו. הורשה וירושה מחיים

לאור הנ"ל, יש לחקור ביסוד הדין של ירושה אי התורה קבעה שהירושה באה ישיר מן המוריש ועדיין נחשב כחלות בנכסי המוריש גם אחר שנכנס לרשות היורש, או שמא התורה הקנה ליורש נכסי המת באופן שמנותק מן המת עצמו, ואין מעשה הורשה כלל, ואולי גם פקע שם המת מן החפצא של ירושה. לפי הגישה הראשונה שמא יש כבר חלות שם יורש בחיי המוריש.[18] יתכן שזו שאלה עצמאית ונפרדת, אבל סביר מאוד לומר שהיא קשורה לדיוננו הכללי באופי נחלת ישראל ויחסו לירושת גויים. שאם ירושה הוה רק דרך של פזור ממונו ונכסיו של המת, ואינה שונה בטיבה מירושת גויים, מסתבר שדין זה חל ממילא ולאחר מיתת בעל הממון והנכסים, ואין שום סיבה לומר שכבר מחיים יש יעוד של יורש שעומד לירש, וגם אין תועלת לומר שתשאר חלות שם של נכסי המת לאחר מיתה. אבל אם נחלת ישראל מחודשת היא כקיום של קשרי המשפחה והמשכה מדור לדור וכביטוי למערכת יחסי המשפחה, אז בהחלט ניתן להתחשב מצד אחד שמא כבר מחיים עומד להתגשם תהליך זה של מעבר והמשך שמשקף קשרי ויחסי משפחה שכבר קיימים, וממילא יש שם יורש כבר מחיים. ומאידך גיסא, מסתבר לומר שגם לאחר מיתת

---

[18] ובבכור שמא יש גם מעין זכות בנכסי המוריש כאילו חלק הבכורה כבר בחיי המוריש מיועד ליכנס לרשות הבכור בעתיד. עיין במאמרי הנ"ל בענין ירושת בכור וירושת פשוט והדינים של "אין בכור נוטל בראוי כבמוחזק" ושל "מתנה קרייה רחמנא." אם נקבל שיש חלות הורשה בירושה, עדיין אין זה מוכיח שיש שם יורש (וכ"ש שאינו מוכיח שיש ממש זכותי ירושה) כבר בחיי המוריש. יתכן שהיורש זוכה מן המוריש בו בזמן מיתתו. גם אפשר שזוכה מן המת לאחר מיתתו אם נסיק שיש חלות בעלות ואף כח הקנאה גם בקבר במידה מסויימת, לגבי ירושה. ישנן ראיות לניסוחים שונים אלו בראשונים ובאחרונים. לפי הגישה השניה שאין המוריש עצמו מקנה הירושה לקרוביו, ושתהליך זה חל ממילא ולאחר מיתת המוריש, עדיין אפשר שיש חלות שם נכסי המת על הנחלה. וחשוב לקבוע איזה דינים תלויים בשאלת טיב ומקור תהליך הירושה, ואיזה דברים תלויים במעמד נכסי המת. ואכמ"ל.

המוריש אין ניתוק גמור ממורשתו של המת שהיא מסמנת עקרונות משפחתיות אלו.

לכאורה ישנן ראיות לכאן ולכאן. מצד אחד, משתמע שנחלה הוה דבר דממילא שחלה לאחר מיתת הבעל. הנה מהפסוקים בפרשת פינחס ניתן לומר שהתורה רק קובעת סדר של נחלה שחלה ממילא אחרי מיתת המוריש. ומדברי הספר החינוך יוצא ברור שנחלה אינה תהליך של הורשה, והמת אכן מנותק מתהליך הנחלה, ושמו לגמרי פקע מן הנכסים. לדעתו, אחרת היתה בעיה של צימצום בעלותו בנכסיו וקניניו. וז"ל (מצוה ת'): "ואל תחשוב שאמרי בזה שהמצוה היא שנעשה בענין הנחלה כאשר דנה התורה עליה, שארצה לומר שיהיה האדם מצווה מהאל לתת מה שיש לו ליורשו על כל פנים, כי האל ברוך הוא לא רצה להוציא נכסי האדם מרשותו שלא לעשות מהם כל חפצו בשביל יורשו כל עוד נשמתו בו כמו שיחשבו חכמי האומות, אבל הודיענו שזכות היורש קשור בנכסי מורישו, ובהסתלק כח המוריש מן הנכסים במותו מיד נופל עליהם זכות היורש, כענין השתלשלות היצירות שרצה היוצר ברוך הוא זה אחר זה מבלי הפסק. ורבותינו זכרונם לברכה יקראו לזכות החזק שיש ליורש בנכסי מורישו בלשון משמוש, כלשון אמרם בהרבה מקומות נחלה ממשמשת והולכת, כלומר, שזכות היורש במוריש כאילו הגופים דבוקים זה בזה. שכל היוצא מן האחד נופל על השני." החינוך חידש שכל נחלה נקרא "מישמוש" בגלל ניתוק זה![19]

החינוך גם הסביר שניתוק המת מן התהליך קובע שאין בידו לשנות סדרי ירושה. וז"ל (שם): "ומפני כן אמרו זכרונם לברכה[20], שאם ציוה ואמר המוריש אל יירשני בני, או בני פלוני לא יירש עם אחיו, או בתי תירשני במקום שיש בן וכיוצא בדברים האלה, אין בדבריו ממש. שאין

[19] אבל הסברו גם מעיד על קשר וקיום משפחתי בירושה, ושהיורשים קשורים עם נכסי המת ועומדים סוף סוף לשלוט עליהם, אלא שבעלותו המוחלטת של החי מפקיע כל זכות מחיים ואף שולל תהליך של הורשה. דברים אלו מתחזקים במה שכתב בשורש המצוה. בכל אופן, גישת החינוך מסובכת היא, וכבר הערנו שלדעתו עצם הנסיון לשנות מסדר הירושה אסור.

[20] ב"ב קכ"ו ע"ב.

בידו לעקור דבר האל שאמר שיירש היורש מורישו. ואף על פי שאמרנו שנכסיו בידו לכל חפציו, הענין הוא לומר שיכול האדם ליתנם לכל מי שירצה ולעשות בהם כל חפצת נפשו, ואפילו לאבדם, בכל לשון, חוץ מזה של ירושה, לפי שזה הדיבור הוא כנגד דברו של מקום וגזרתו כי הוא אמר יירש היורש, ועל כן אין כח ביד אדם לומר לא יירש."

ובכיוון זה יש להצביע גם על שיטת הרשב"א (ב"ק קח:; נדרים לד:) שאין בעיה לירש ממי שהדיר ממנו הנאה מכיון שאין הירושה באה ישיר מן המת. וז"ל (חידושי הרשב"א בבא קמא דף קח: ד"ה האומר לבנו): "דעכשיו אינו נהנה ממנו אלא יורש ממנו נכסים מכח ירושתו שהורישו רחמנא ואינו דומה לכרי עליך ונותנה לו במתנה דאסיקנא בריש פרק אין בין המודר (לה.) שאסורה עליו אא"כ יד אחר באמצע כגון שמכרה או נתנה לאחר דכל שבא מן המדיר למודר אף על פי שבשעה שהוא נהנה ממנו אינו של מדיר אסור דנהנה ממנו חשבינן לי', הכא שאני שאינו נהנה ממנו אלא משל שמים שירש נכסים אלו עם מיתת האב."[21]

אבל מאידך גיסא, ישנם מקורות שמעידים על כח הורשה של המוריש. בפרשת כי תצא התורה מנסחת תהליך הירושה "ביום הנחילו את בניו."[22] והנצי"ב דייק כן: "משמעו שהוא מנחיל בדבריו... ובדף קל' – התורה ניתנה רשות להנחיל לכל מי שירצה." המשנה ריש יש נוחלין מונה הנוחלין והמנחילין. והקשו התוספות ועוד ראשונים שמן הנוחלים נשמע גם רשימת המנחילין, ולמה צריכה המשנה לכפול בלשונו? ונראה להציע שלפי כמה שיטות אין ניסוח כפול זה מיותר כלל, והוא בא להדגיש שיש חלות הורשה מן המוריש בתהליך הירושה.

---

[21] ועיין גם בדבריו בנדרים (לד: ד"ה א"ל פשיטא): "אפילו מת יירשנו משום דאין היורש יורשו אלא לאחר מיתה דכבר נפק מרשות המדיר ולא מן המוריש באה לו נחלה אלא שהתורה זכתה לו." לפי הרשב"א, עדיין יש להגדיר מה קובע לגבי מודר הנאה – בטיב ההקנאה כהנ"ל, וגם אז, האם תלוי במעשה הקנאה ממנו, או בשם הנכסים שקשורים לו; או שמא תלוי בזה שהתהליך בא בבחירתו ויוזמתו של המדיר.

[22] יש מקום לומר שניסוח זה מצוצמם רק לחלק הבכורה שנידון בפסוקים אלו. הצעה זו סבירה לאור ההבחנה שהעלנו בין ירושת בכור ופשוט.

הנצי״ב מרמז לדינא דרבי יוחנן בן ברוקה (ב״ב קל.) שהמוריש יכול לשנות סדר הירושה. וז״ל המשנה: ״אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין; ועל מי שאין ראוי ליורשו אין דבריו קיימין.״ ועיין שם בגמרא: ״מ״ט דריב״ב אמר קרא והיה ביום הנחילו את בניו – התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה.״ יוצא שהאב הוא הבעלים לשנות סדר הירושה בחייו, ולכאורה הוא נחשב בזה מנחיל, על פי הפסוק של ״ביום הנחילו את בניו.״[23]

ז. מתנה על מה שכתוב בתורה

הת״ק (ב״ב קל.) דחה את האפשרות שהמנחיל יכול לשנות מסדר הירושה להוסיף יורשים מכיון שהוה מתנה עמש״כ בתורה. וז״ל: ״האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת; בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה.״ ויש לחקור אי דוחים עקרונית משום שלפי דין תורה כל תהליך הירושה חל ממילא ורק לאחר מיתה, ולכן אין למוריש שום בעלות וכח לשנות. או שמא עקרונית שייכת הורשה ובעלות אבל לא חל תנאי זה מכיון שהתורה הקפידה בסדר זה דוקא. וכבר הערנו לעיל שלפי הרמב״ם אין תנאי מהני בירושה בגלל שאינו רק ענין ממוני, על פי החידוש של ״חוקת משפט.״

ועיין גם במשנה לעיל (קכז:) שדנה במוריש שרצה לסלק אחד מן היורשין: ״האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה.״ ובגמרא

---

[23] מעצם הדין של ריב״ב אין להוכיח שיש הורשה, שיש מקום לפרש שהמנחיל רק קובע סדר הירושה ואף קובע שם יורש חדש, אבל לאו דוקא שיש מעשה הורשה בעצם תהליך הירושה. גם לפי הבנה זו יש חידוש משמעותי בדברי ריב״ב שיש חלות סדר ירושה ומעמד של יורשים גם בחיי המוריש, ואין ירושה כדבר שלא בא לעולם כלל. אבל מהמקור של ״ביום הנחילו את בניו״ אולי נרחיק לכת לומר שיסוד הדין הוא שיש הורשה מן המוריש כבר בחייו, או לפחות שחלה בשעת או אחר מיתתו. הראשונים והאחרונים דנו בהיקפו וטיבו של דינא דריב״ב, ונראה שנחלקו בהבנות שונות אלו. עיין, למשל, בדיון הקצות (ס׳ רפא, ס״ק ג) נגד הנתיבות (שם) אי דינא דריב״ב אפשר בחזרה. וכן עיין בראשונים בשאלה אי שייך דינא דריב״ב במישמוש נחלה. עיין ברמב״ם זכיה (ט:ה), ושו״ת רעק״א סימן קלב׳. ואכמ״ל.

הקשה למה לא מהני בהסכמת היורש לפי רבי יהודה שסבור שמועיל לשנות בדבר שבממון. ותירצו: "אפילו תימא ר' יהודה התם ידעה וקא מחלה, הכא לא קא מחיל." הרשב"ם על אתר הבין שאכן עקרונית יש ליורש כח למחול ירושתו גם בחיי המוריש, אלא שאין לו שום סיבה להסכים לתנאי זה, ורק שאינו רוצה להכעיס את אביו. ואילו הרשב"א על אתר הבין שהסוגיא דוחה תנאי זה באופן יסודי שהוה מעין דבר שלא בא לעולם. ונראה שנחלקו אי ירושה הוה דבר שלא בא לעולם בחיי המוריש או לא.[24] ואולי אזיל הרשב"א בזה לשיטתו בענין מודר הנאה שאין הירושה חלה כלל עד לאחר מיתת המוריש, ולא בא ישיר ממנו.[25]

יש דיון שלישי בענין מתנה עמש"כ בתורה בירושה לגבי ירושת הבעל, ושוב מופיעה מחלוקת ראשונים מקבילה הנוגעת ליסודה של ירושה. הנה נחלקו הת"ק ורשב"ג במשנה (כתובות פג.) אי מהני תנאי הבעל לוותר על ירושת אשתו. וז"ל: "כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך... אינו אוכל פירות בחייה ואם מתה אינו יורשה. רשב"ג אומר אם מתה יירשנה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל." יש להעיר שבמשנה זו נידונה ביוזמת היורש לוותר על זכויותיו, ואינו דומה לא לקביעות המוריש בדינא דריב"ב, ולא לקבלת הבן את יוזמת אביו המוריש לסלקו מחלק ירושתו כבמשנה הנ"ל. גם ראוי לציין שיש מקום להבחין בין ירושת הבעל ושאר ירושות. הרי ירושת הבעל נובעת מהקשר האישי שנוצר בין הבעל ואשתו בנישואין, וסביר

---

[24] עיין באו"ז על אתר (צוטט גם בהג"א) שמבחין בשאלה זו בין ירושת בכור וירושת פשוט. היה מקום לומר שהמחלוקת היסודית אינה דוקא מחלוקת בהגדרת ירושה, אלא בשאלה כללית אחרת – אי יש מחילת דבר שלא בא לעולם. ועיין בראשונים ריש פרק הכותב ואכמ"ל. אבל לפי האו"ז שמבחין בין ירושת בכור וירושת פשוט, לכאורה ברור שלכו"ע אין מוחלין דבר שלא בא לעולם והחילוק הוא בין בכור שקיים שם יורש מחיים ובין פשוט שהוה ירושה רק לאחר מיתת המוריש. ודנתי בזה בארוכה במאמרי הנ"ל בקול צבי.

[25] צריך עיון איך משתלב פסקו של הרמב"ם בענין חוקת משפט בשו"ט זה. שמא הוא גרס כהרשב"א ועוד ראשונים שמחילה אינה שייכת כלל בתנאי זה, אבל הבין שאין זה מסיבת דבר שלא בא לעולם, אלא מפאת שסוף סוף אין נחלה מוגדרת כתחום ממון גרידא, ובזה חזרה הגמרא מהנחת השאלה ששייכת תנאי זה למחלוקת ר"מ ור"י.

יותר לומר שבירושה זו דוקא יש כבר שם יורש מחיים מכיון שהיא נובעת מהיחס שנוצר ביניהם בחיים על ידי מעשה הנשואין. בכל אופן, יש להצביע על כך שהתנאים נחלקו בדין זה, והראשונים נחלקו בהלכה זו ובהבנת טיב ירושת הבעל לגבי דין זה באופן מקביל להדיון בענין ירושת שאר קרובים.

הרי"ף פוסק כדברי הת"ק נגד רשב"ג מכיון שתנאי ממון קיים. אולם הבעה"מ חולק עליו ופוסק כרשב"ג מטעם אחר יסודי. וז"ל: "דירושה ממילא, ולאו כל כמיניה לעקור לה." ונראה שהתכוון לומר שלמרות שירושה הוה דבר שבממון אין בעלות לוותר ולשנות מכיון שאין נחלה בגדר זכות שניתן לוויתור אלא הוה הגדרה ודין תורה. לדעתו, משתמע שאף ירושת הבעל הוה תהליך שחל רק לאחר מיתת האשה, ואינה קיימת כלל וכלל בחיי האשה. הרמב"ן במלחמות על אתר הקשה על הבעה"מ מנין לו לפסוק כרשב"ג נגד החכמים, ועוד הרי לא מצינו בגמרא – לא בבבלי ולא בירושלמי – את נימוקו של הבעה"מ שירושה הוה דבר דממילא! והוסיף הרמב"ן לשאול שגישת הבעה"מ סותרת את הסוגיא בב"ב (קכו:) הנ"ל שקבעה שהענין תלוי במחילת הירושה, ולא התיחסה לשאלה שמא ירושה הוה דבר בע"כ וממילא. ונראה לפרש שהבעה"מ סבור שהגורם של "התם מי קמחלה" (בב"ב שם) אינו סתם אומדנא שאינו רציני במחילתו אלא הוה הלכה שמחילה אינה חלה ואינה שייכת בירושה מכיון שנחלה הוה תהליך הגדרתי וממילא.

הראב"ד (על הרי"ף שם) גם פסק כרשב"ג שלא מהני תנאי הבעל. והסביר הראב"ד שנחלה הוה מעין דבר שלא בא לעולם, ולא שייך להתנות עליו מחיים. והרמב"ן (שם) דחה גם דבריו. יוצא איפוא שנחלקו הראשונים גם לגבי ירושת הבעל בשאלה עקרונית זו אי קיים כבר שם יורש או אפילו אי קיימות זכויות של ירושה בחיי המוריש.[26]

---

[26] ועיין גם בדברי הרשב"ם (ב"ב קנח: ד"ה בחזקת) שמשמע שבן ראוי לירש אמו כבר מחיים מיד אחרי שמת בעלה. ועיין גם בדברי שו"ת הרשב"א ג:קכה (והובא גם בקו"ש קדושין קלז) שיש הורשה לפני גמר מיתתו של המוריש. אולם דברי הרשב"א בשו"ת הנ"ל צ"ע לאור דבריו בב"ק קח. ונדרים לד:, ואולי רק התכוון שלגבי ירושה כבר התחיל המעבר. ואכמ"ל.

ח. היחס בין ירושה ישירה ומישמוש נחלה והקשר לטיבה היסודית של נחלה

אם כנים הדברים שנחלה משקפת והוה יסוד וקיום של קשרי ויחסי המשפחה, מסתבר הוא שישנם סוגי יורשים שונים ודרכי ירושה שונות בהתאם ליחסי ומעמדי המשפחה המגוונים. ואכן, עיון בפרטי דיני ירושה מוכיח שלא הרי ירושת הבן כירושת הבת. ובודאי יש להבחין בין נוחלים אלו ובין אב או סבא היורש. נחלת האם ומשפחתה לכאורה מהוה סוג נחלה אחר. במיוחד יש דיון גדול בפוסקים בענין אופיה של ירושת האח והדוד. בכל אופן, יתכן שיש יורש שממש קם תחת ובמקום המוריש. יש להוכיח שקיימים יורשים שיש להם לפחות שם יורש ואף זכויות ירושה כבר בחיי המוריש (כפי שראינו כבר). ישנם יורשים שזוכים בירושה ישירה גם אם היא אינה חלה אלא בזמן או מיד אחרי מיתת המוריש. וגם ברור שכמה יורשים אינם זוכים אלא בעקיפין אגב מורישיהם בקבר הקרובים יותר להמת, המוריש המקורי. וכמובן, כל סוג ירושה טעון דיון מפורט לקבוע טיבו המיוחד, ולהבין ביתר עומק המשמעות לגבי קשרי ומעמדי המשפחה המתבטאים בדינים אלו.[27]

אולם כדאי הוא לעיין בקצרה בטיבו של מישמוש נחלה וביחסו לירושה ישירה, ובמיוחד לאור מהלכנו שנחלה מסמנת וקובעת קשרי משפחה. הרבה מן המפרשים מציגים מישמוש נחלה כמיוסד על מספר תהליכי ירושה ישירה בקבר. לפי זה, ירושת מישמוש הינה ניגוד גמור לירושה ישירה מבחינת היחס בין המת והמקבל. וכן משמע מדברי שו"ת הרשב"א (ב:כז) ומלשונם של עוד כמה מן הראשונים בענין מישמוש. המבי"ט (קרית ספר, הל' נחלות ב:ז) והגרע"א (שו"ת, סימן קלב'; תוס' רעק"א במשנה ב"ב קח.) לכאורה גם נקטו בעמדה זו. והם דנו לגבי האח והדוד ועוד קרובים להגדיר באיזה ירושות ישנן זיקה ישירה בין המוריש והיורש ובאיזה ירושות ישנן רק ירושה בקבר. שמא הדבר תלוי במי שנכלל בפסוקים בפרשת פינחס (עיין רמב"ן שם), או שמא תלוי כל שיש קרוב

---

[27] ברצוני אי"ה להעריך ולנתח את היורשים השונים – הבן, הבת, הנכדים, האבא, הסבא, האח, הדוד, האם, ומשפחת האם – וסוגי הנחלה השונים במאמר נפרד.

ישיר יותר בין המוריש והיורש וכו׳. המפרשים שאימצו דרך זו הציעו נפק״מ ברורים להבחין בין ירושה ישירה וירושת מישמוש בקבר. יש והציעו (עיין רעק״א הנ״ל) שדינא דריב״ב מצומצם רק ליורש ישיר.[28] עוד הציעו (רעק״א, והקצות וכו׳) שיש נפק״מ בזה אם הבע״ח של אחד מהמורישים בקבר תופס הירושה.[29] המבי״ט (קרית ספר, שם) העלה שיש נפק״מ גם לגבי ירושת בכורה בתורת מוחזק.[30]

ונראה שגישה זו משמעותית להערכת אופיה היסודית של נחלה. הנה אם מישמוש נחלה מבוסס על מספר של ירושות והורשות ישירות בקבר, ולכן המת, שהוא המוריש המקורי, מנותק לגמרי מהיורש בפועל, קשה הוא להעלות על הדעת שנחלה הוה מערכת של יחסים וקשרי משפחה שקיימים בחיי המוריש ושנמשכים גם לאחר מיתתו. משתמע מזה שנחלה אינה אלא דרך של פיזור נכסי וממון המת גרידא. ולפי זה, מאוד מסתבר שאין נחלה חוץ מירושה ישירה, וגם מתקבל החידוש שחל ירושה ישירה גם כשהיורשים (ולפעמים גם המורישים) הם כבר מזמן בקבר, מכיון שאין תהליך זה משקף קשרי ויחסי משפחה. לפי הבנה זו, גם משתמע ששייכת זכייה והקנאה בנכסי המת ממש בקבר, לפחות על פי קנין נחלה.

אולם מהלך זה נתקל בכמה קשיים. ראשית כל, כפי שהערנו, סוגי הירושה הם באמת מגוונים ביותר. וגם בירושה ישירה יש להבחין בין

---

[28] אך אין זה מוכרח. שמא נפק״מ זו שייכת גם אי מישמוש נחלה נובע מן הקשר להמוריש אגב קרוב אחר. ודוק. ועיין בדברי הרמב״ם ששייך דינא דריב״ב גם בנכד. אם הרמב״ם סבור שנכד אינו יורש ישיר, אז לכאורה אין הוא סובר שמישמוש נחלה הוה ירושה בקבר שמנותקת לגמרי מן המוריש. והבנה זו גם מתאימה לדברי הרמב״ם בפיה״מ בפרק יש נחלין. ואכמ״ל.

[29] זה ודאי תלוי אי ממש נכנס ברשות מי שיורש ומוריש בקבר. אבל נפק״מ זו מיוסדת על הנחה שזכייה בקבר שייכת לא רק בדרך ירושה, אלא גם לגבי גביית חובות, וששייך שיעבוד המלוה בתנאים אלו. ואכמ״ל.

[30] דבריו מחודשים למדי שלכאורה הדין של ירושת בכורה מצומצם רק לאב ובנו ואינו שייך באחים כלל, גם אי הוה אח יורש ישיר. ועיין במאמרי בענין אין בכור נוטל בראוי כבמוחזק הנ״ל. ואכמ״ל.

הדין של קם תחתיו, בין המעמד של יורש בחיי המוריש, ובין ירושה ישירה בעלמא. וצריך להעריך איזה מעמד קובע לגבי כל הנפק"מ השונים.

בקשר למישמוש נחלה, בהחלט אין הדברים כה פשוטים. הנה מצד אחד, המשנה (ב"ב קטו.) קובעת: "זה הכלל כל הקודם לנחלה יוצאי יריכו קודמין", דהיינו שיוצאי יריכו של הקרוב יותר למת יורש אף קודם למי שהוא עצמו באופן ישיר קרוב יותר למת. משתמע מזה שהמישמוש הוא נחלה אגב הקרובים בקבר, ואינו מדין שהוא עצמו היורש הכי קרוב למת מבין קרוביו החיים. אבל מאידך גיסא, הנה אם מישמוש מיוסד על ירושה ישירה בקבר, קשה מאוד להבין למה אין אדם יורש האם בקבר להנחיל לאחיו מן האם (ב"ב קיד:, ועיין ברשב"ם, ב"ב קנט:, ועיין שם בתוספות. וה"ה שאין בעל יורש את אשתו בקבר להנחיל לקרוביו). הרי כל שלב בנפרד הוה ירושה רגילה וישירה בקבר, ומה העיכוב או הפגם בירושה זו.[31]

משתמע מזה שאכן יש זיקה אגב קרובים אחרים בין המת המוריש ומי שסוף סוף מקבל בפועל, בתנאי שכולם הם ממשפחה אחת, עם כי ממשפחה נרחבת. אבל אין זיקה כזו מהני לגשר בין משפחות שונות, כגון בין משפחת האב ומשפחת האם. וממילא, אין אדם יורש אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב, שהפער שבין משפחות השונות מעכב או מפקיע הקשר והיחס הישיר (שהוא אגב אחרים) הדרוש בין המת והיורש המקבל.[32] ולפי זה, לכאורה קדימת יוצאי ירך של הקרובים יותר למת שהם

---

[31] ואמנם הרשב"א (בשו"ת הנ"ל) הסביר שזה מדין גזה"כ מיוחד מעין דין איסור הסבת ועקירת הנחלה ממשפחת האם. אך זה מחודש מכיון שהוה הרחב ניכר של מושג זה. וכן חידוש הוא שזה ממש מעכב את הירושה. ועוד הרי הסבת נחלה הבסיסית מצומצמת היתה לדור הראשון, ולפי הגאונים לא היה שייך בחו"ל ובמטלטלין. וצריך לומר ששאני תקנת הסבת נחלה שלא לישא איש משבט אחר כדי שלא תהפך היא לחלק ממשפחתו, וממילא סוף סוף תצא ירושה משבט האם לשבט האב, שזה מצומצם כהנ"ל. אבל יתכן שזה שאין להעביר דרך ירושה בקבר ממשפחת האם למשפחת האב כדי לשמור על המורשת של קרובי האם ועל תחומי המשפחות הנפרדות שקשורות רק על ידי קשרי אישות הוה דין עקרוני יותר. ואכמ"ל.

[32] וזה שיורש את אמו אין בעיה כלל. יתכן שזה מדין כרעיה דאמא והוה סוג ירושה אחרת של קם תחתיה. או פשוט נאמר שאמו היא בכלל משפחת האב ובודאי היא

כבר בקבר אינה אלא שיעור בקורבה אגב קרובי המת להמת עצמו בתוך משפחה אחת. ויש להעיר שהתוס׳ הרא״ש (ב״ב קטו:) אף פיקפק בענין ירושת האם שמא לא שייך הכלל ש״כל הקודם לנחלה יוצאי יריכו קודמין״. וגם זה מורה שאין מישמוש נחלה ממש מדין הורשה וירושה בקבר, אלא הוה שיעור בקורבה אגב קרובים אחרים, או בתורת קרובי הקרובים. ולכן יתכן שקורבה במשפחת האם, שאינה משפחתו הרשמית, נמדדת לפי קנה מידה אחר, אולי לפי הקורבה הישירה בין המת והיורש.

יוצא איפוא שמישמוש נחלה שונה מירושה ישירה אבל גם הוא מבוסס על הזיקה בין המת והיורש המקבל, אלא שזיקה זו מסובכת יותר מירושה ישירה ממש, ושמא הוה אגב קשרי משפחה אחרים, או מעין בתורת קרובי קרובים.[33] לפי הבנה זו, ישנם סוגים שונים של נחלה שמקבילים להרב גווניות של מערכת יחסי המשפחה. וכל ירושה מקשרת היורש עם המת המוריש ומשקפת יחס משפחתי קיים. ולפי זה, יתכן שאין באמת ירושה ממש בקבר, ולכאורה אין צורך להסיק שמת בקבר מסוגל לזכות או להקנות.

ועיין במבי״ט (הנ״ל) שכתב שזה ״שכל הקודם לנחלה יוצאי יריכו קודמין״ הוה גזה״כ מיוחדת. ולכאורה מסקנה זו אינה בהתאם לדעת שו״ת הרשב״א ודעימיה שירושת מישמוש מדין ירושה ישירה בקבר. הנה לפי גישה זו, כלל זה מוכרח הוא שהרי כל הקודם, גם אם הוא בקבר, הוא היורש האמיתי ששוב מוריש ליוצאי יריכו. אבל אם נפרש שמישמוש הוה דרך מסויימת של קביעות קורבה מסוג אחר בין המת והיורש בפועל, אז אפשר לומר שזה רק גזה״כ הקובעת שקורבה זו אגב הקרובים הקודמים

חלק ממשפחתו של הבן היורש על אף שקרוביה הם במשפחה אחרת. ועיין בשו״ת הרשב״א הנ״ל שגם שהציע בכיוון זה גם.

[33] אולי הניסוח המענין של הגמרא ביחס לירושת הנכד מן הסבא כשיש תביעות נגד אביו שהוא גם בכור תופס ענין זה: ״מכח אבוה דאבא קאתינא ובמקום אבא קאמינא״. המפרשים דנו להבין מעמד מסובך זה. והם נחלקו אם מעמד כזה מיוחד רק לנכד או שייך בכלל במישמוש נחלה. ואכמ״ל.

קודמת לקורבה של יחס ישיר יותר.[34] אם נגיד שקורבה זו היא דוקא בתורת קרובי קרובים, גם אז מסתבר הוא לתלות ביוצאי ירכיו של הקרוב ביותר. וראוי לציין שאכן מדברי הספר החינוך (מצוה ת׳) משתמע שירושת מישמוש משקפת מערכת של יחסי קורבה מסובכים, ואינו מדין ירושה ממש בקבר. ועיין בתוספות (ב״ב קיט: ד״ה אילו) שיש ב׳ דיעות אם יש צורך למקור נפרד או ידיעה נפרדת לגלות הדין של מישמוש נחלה אחר שכבר נודע סדר הירושה בקרובים חיים. גם אם מישמוש מדין ירושה ישירה בקבר יש בזה משום חידוש ששייך זכיה והקנאה בקבר. אבל אם נסביר שמישמוש הוה דין נפרד לגמרי המבוסס על קורבה מסובכת יותר אגב קרובים אחרים או בתור קרובי קרובים, ודאי שזה לגמרי מחודש.

ט. היחס לדין זכיה והקנאה לאחר מיתה ובקבר

אם נפרש שמישמוש נחלה הוה מדין הורשה וירושה בקבר, משתמע שיש זכיה, בעלות, והקנאה למת בקבר. ולכאורה נחלקו הראשונים בנקודה זו בכלל, ובפרט לגבי ירושת מישמוש.[35] המהר״ח או״ז

---

[34] ולאור זה, נצטרך להעריך מחדש אם המבי״ט אכן סבור כהרשב׳א. הוא עצמו מדגיש שירושת מישמוש באה מכח קרובים הקודמים, אבל אולי התכוון לטיב קשר וסדר הקורבה, ולאו דוקא לירושה והורשה בקבר ממש. גם שיטת הגרעק׳״א אינה כה פשוטה. בתשובה הנ״ל הוא מתחשב באפשרות למתן את ההבחנה החדה בין ירושה בקבר וירושה ישירה. בהמשך הדברים הוא מפקפק שמא מי שזוכה רק על ידי מישמוש נחלה גם נחשב ראוי לענין דינא דריב״ב ! ובכיוון ההפוך הוא מתלבט שמא גם יורש ישיר (אך יש קרוב ממנו בקבר) אינו בכלל דינא דריב״ב. כדאי לעיין היטב בכל השיקולים שהוא מעורר שם. ואכמ״ל.

[35] עיין, למשל, בסנהדרין (מח.) בענין מותר המת ליורשיו. לפי כמה ראשונים (שו״ת הרשב״א, והרשב״א ב״ב ח:) אין דין זה מעיד על בעלות וזכייה ממש אלא הוא מדין מצוה. אבל הרמ״ה (סנהדרין שם) סבור שהוא ממש מדין קנין והקנאה הוה. גם אז, יש שהציעו שדין זה מצומצם רק לצרכי המת כקבורתו, או לגבי הכח להוריש נחלה ישיר ליורשיו עם או מיד לאחר מיתתו. יש גם דיון בראשונים בגיטין (יד.) לגבי כח המת בקנינים שהיו שייכים לו בחייו, כגון שיחרור עבדו וגרושי אשתו. אבל עוד מחודש הוא לומר שהמת יכול לזכות מחדש במתנה או להקנותו לאחרים בקבר. כמובן יש מקום להבחין בין מתנה בעלמא ובין ירושה שבאה לו בקבר, וגם אי לא היה עומד לירש נחלה זו בחייו. מעמדו של המת בענין בעלות וכפרת קרבן גם נידון בכמה סוגיות ובראשונים ואכמ״ל.

(סימן קס׳) דוקא הוכיח מהדין של מישמוש נחלה שיש בעלות וכח קנין והקנאה למת בקבר. כנראה הבין המהר״ח או״ז שירושה בקבר הוה היסוד של ירושת מישמוש. אבל הריב״ם (הובא שם) חולק עליו, ומסתבר שהוא סבור שמישמוש נחלה מבוסס על קביעות הקורבה של קרובי קרובים כמעמד משפחתי וקשר להמת עצמו, ואין ירושה והורשה בקבר כלל. ממילא, אין ראיה מזה שיש בעלות וקנין למת.

והנה הגר״ח (תרומות ח:ד) כבר חידש בענין עובר ונפל שחל שם יורש לענין להוריש לאחר גם אם אינו מסוגל לקנות ולהקנות הנכסים ממש. ולאור דיוננו ניתן לראות את תופעה זו כהיסוד של מישמוש נחלה המבוסס על ירושה ישירה בקבר, גם אם נסיק שאין זכייה, בעלות, והקנאה ממש בקבר.[36] אבל לפי המהלך שפיתחנו שמישמוש נחלה הוה ירושה ישירה מן המת והזיקה בין המת והיורש היא ישירה למרות שנמדדת על פי קירבת הקרובים בקבר, או שהוה ירושה ישירה-עקיפין ובתורת קרובי קרוביו, אין צורך לאמץ גם תקדים זה לפרש מישמוש נחלה, הואיל ואין הקרובים בקבר יורשים ומורישים כלל.[37]

---

[36] ועיין בקו״ש (ב״ב ח.) שהציע מעין זה לפרש הדין של ירושה בקבר.

[37] גם אם נסיק שיש להוכיח שחל קיניי ירושה ממש בקבר, עדיין אפשר לומר שהיורש בפועל גם מקבל ישיר מן המת שהוא המוריש המקורי, או שלפחות שנשאר חלות שם המת על נכסי הירושה עד שהם נכנסים לרשות של יורש חי, ולענין זה זוכה היורש בנכסי המת. בזה אפשר להסביר שישנם שני דינים שונים: ירושת מישמוש בקבר, וגם ירושת מישמוש מן המת. ולפעמים ישנן נפק״מ בין ב׳ דינים אלו, וצריך לדון איזה מהם עיקר כשהם מתנגשים. יתכן שיש נפק״מ במצב שיש בע״ח רק למת או רק לאחד מן היורשים בקבר. נצטרך עוד לקבוע איזה דינים נובעים מזה שהירושה היא ישירה, ומה תלוי בזה שהיורש אכן זוכה בנכסי המת, גם אם זה אגב קרובו המת. ואכמ״ל.

מורינו הרב מרדכי ווילִיג שליט"א
ראש ישיבה וראש הכולל העליון ע"ש ווקסנר

ירושה בזמננו

א. איסור העברת נחלה

שנינו (ב"ב קלג ע"ב) הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו, מה שעשה עשוי, אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו, ובגמ' (שם), לא תיהוי בי עבורי אחסנתא, ואפילו מברא בישא לברא טבא, וכ"ש מברא לברתא.

בספר גשר החיים (עמ' מב) כתב וז"ל והיות שמנהג העולם הוא להשאיר גם לבנות, והוא גם חוק המדינה, מי שעיניו בראשו מהדר להשאיר בצואתו גם לבת. חדא, שמנהג קובע הלכה. שנית, כדי שלא תטול חלקה מכח חוק הממשלה. ושגם באים עי"ז לריב ומחלוקת וכו'. ות"ח עשיר אחד עשה מעשה והנחיל בצוואה את כל רכושו רק ע"פ התורה, לבכור כבכורתו, ושני בניו הפשוטים כפשוטם, ולשלשת בנותיו לא כלום. והנחיל שנאה ותחרות ופירוד במשפחתו, עד אשר אמרו הבריות שלא כדאי היה להשאיר רכוש ולהוריש שנאה, עכ"ל, ועיי"ש.

ומעתה יש לעיין איך יחלק את נכסיו לבנותיו ויהא רוח חכמים נוחה הימנו. והנה במהר"א פולדא (ירושלמי פ"ח ה"ו) פירש הטעם שאין רוח חכמים נוחה הימנו, שע"י כך הוא מחרחר ריב בין בניו ובין האחרים שנותן להם. ולפ"ז נראה כהרשב"ם (ד"ה בי עבורי) שגם במרבה לאחד מבניו וממעט לאחר הוא בכלל העברת נחלה, שהרי מחרחר ריב בין בניו, וזה יותר חמור, וכ"כ הטור (סי' רפב), שהוא מטיל קנאה בין האחים.

וז"ל הרמב"ם (נחלות פ"ו הי"ג), ציוו חכמים שלא ישנה אדם בין הבנים בחייו, אפילו בדבר מועט, שלא יבואו לידי תחרות וקנאה כאחי יוסף עם יוסף עכ"ל. והב"ח (סי' רפב) דייק דדוקא בחייו, וז"ל אבל קודם מיתתו רשאי לשנות, וכדילפינן (קל ע"א) מביום הנחילו את בניו דרשאי לרבות לאחד ולמעט לאחד, דאל"כ יהיו דברי רז"ל סותרים זה את זה,

עכ״ל. ולפי הטור נראה, דילפינן רק דדבריו קיימים, ולעולם הוי בכלל העברת נחלה. וגם להרמב״ם י״ל, דכתב בחייו בלשון ציווי חכמים, שאינו איסור אלא עצה טובה. ובשעת מיתה גרע, דאין רוח חכמים נוחה הימנו, דס״ל דמשנתנו רק במתנת שכיב מרע, וכמו שיתבאר.

עכ״פ, אם טעם משנתינו הוא שלא יעורר קנאה ומחלוקת, נראה דבזמננו נהפוך הוא, ואם יחלקו כדין התורה תהיה מחלוקת, וכעדות הגשר החיים. ונראה דבזמננו נהוג שכל אחד מהבנים והבנות יטלו בשוה, ואם לא יחלק כן יגרום למחלוקת. ואף דלא דרשינן טעמא דקרא, כבר נתבאר במק״א (בית יצחק ל״ט עמ׳ שכד) דזהו בקרא מפורש. אבל דרשינן טעמא דדרשת חז״ל וכדומה, ולכן בזמננו מותר, ואף ראוי, לחלק נכסיו לכל בניו ובנותיו בשוה, כדי למנוע ריב ומחלוקת. וכ״נ ברמ״א (סי׳ רנז ס״ז, ע׳ בסמוך) ״שהרוצה לחלוק נכסיו אחרי מותו שלא יריבו יורשיו אחריו ורוצה לעשות סדר צוואה בעודו בריא״ יעשה כך וכך, וכנראה דבר טוב הוא.

וכבר העיד המהרש״ם (ח״ב סי׳ רכד סקכ״ט, מובא בספר משפט הצוואה עמ׳ סז), ששטר חצי זכר שעל ידו הבת מקבלת חצי חלק הבן כמובא ברמ״א (סי׳ רפא ס״ז), הפסיקו להשתמש בו, כי הבנות הלכו לערכאות ונטלו חלק שוה לבן מחוקי המדינה. וכדי למנוע איסור ממש דהליכה לערכאות וגזל, יש לחלק נכסיו לבניו ולבנותיו בשוה, וכנ״ל.

והנה בפ״ת (סי׳ רפב סק״א) כתב דברי החת״ס (חו״מ סי׳ קנ״א) וז״ל ואולי כל זה אינו אלא בשכיב מרע, שאין המתנה חלה אלא בשעת מיתה, ואז נופלים הנכסים לפני היורשים, והוא בא להפקיע. אבל מתנת בריא גוף מהיום ופירות לאחר מיתה לית לן בה, דבחיים יכול כל אדם לעשות בשלו מה שירצה. וזו סברא נכונה ליישב המנהג, אבל כתובות נג תיובתי׳, עכ״ל.

ובגמ׳ (נג ע״א) לא רצו שיכתוב נדוניא לבתו (רש״י נב ע״ב ד״ה אזיל) משום עבורי אחסנתא. ומותר רק משום תקנתא דרבנן שיקפוץ אדם ויכתוב לבתו כבנו כדי להשיאן, הלא״ה אסור. ונראה, דהרי העיד הגשר החיים שאם לא יתן לבנותיו יביא לידי שנאה ומחלוקת. ומצות הבאת

שלום בין בני משפחתו גדולה מאד, ולא גרע מהמצוה להרבות בנדונית בתו להשיאה. וא״כ רוח חכמים נוחה הימנו כשעושה כן למען השלום.

אמנם בגמ׳ (ב״ב קלג ע״ב) נראה דדין הקדש כדין מתנה, ואע״פ שמצוה היא, אין רוח חכמים נוחה הימנו. ונראה, דהקדש מצוה בפ״ע ולא שייך לבני משפחתו, אבל חיובו להשיא בתו, וכן להשכין שלום בין בני משפחתו, מוטל על האב ביחס לבני משפחתו, ורוח חכמים נוחה כשמקיים חיובו אף ע״י שנותן לבנותיו.

והנה בפ״ת (שם) צידד, דלא כהח״ס, דכל שיש מצוה כגון מקדיש נכסיו, והשאיר מקצת נכסים ליורשיו, אין קפידא. וראיה ממר עוקבא (כתובות סז ע״ב) שנתן יותר מחומש נכסיו לעניים לחלק לאחר מותו. ויש קפידא אם מקדיש כל נכסיו, כגמ׳ (קלג ע״ב), ובנותן מקצת נכסיו, כגמ׳ (כתובות נג ע״א), אבל במקדיש מקצת נכסיו אין קפידא, וצ״ב.

ובשו״ת שבט הלוי (ח״ד סי׳ רטז) כתב גירסת הרבה ראשונים במשנתינו (קלג ע״ב), הכותב כל נכסיו לאחרים, ורק בזה אין רוח חכמים נוחה הימנו. וכן נראה מלשון והניח את בניו, וכפירוש רגמ״ה, שלא הוריש כלום. ובכותב מקצת הוא דין נוסף דעבורי אחסנתא, שאינו אלא מדת חסידות, ואינו בכלל אין רוח חכמים נוחה הימנו, ולכן מותר למצוה, וניחא שיטת הפ״ת. ולפ״ז בנד״ד, שמצוה להשכין שלום, בודאי מותר, וא״צ לחלק בין מצוה זו למצוה דמקדיש נכסיו וכנ״ל.

ולכאורה י״ל לפ״ז, דגם במקדיש כל נכסיו אינו בכלל אין רוח חכמים נוחה הימנו, דלא כראית הח״ס מסוגיין. דבגמ׳ שאלו מי פליגי רבנן עליה דרשב״ג, שסובר שאם לא היו בניו נוהגים כשורה זכור לטוב. והסיקו דהוי בכלל עבורי אחסנתא, וא״כ אינו זכור לטוב, ולעולם אינו בכלל אין רוח חכמים נוחה הימנו במקדיש לשם מצוה, ודו״ק.

ובשבט הלוי צדד, דהחמירו במקצת רק שלא לתקן עקירת הירושה, לולא המצוה להשיא את בנותיו. משא״כ במק״א, כל׳ שנותן מעצמו בלי תקנה. ולכאורה צ״ע מהגמ׳ (קלג ע״ב) שהוכיחו משם דלא כרשב״ג, ובהא דרשב״ג אין תקנה.

ואולי י״ל, על דרך הנ״ל, דכיון שלא היו מתקנים לתת מקצת נכסיו לבתו לולא המצוה, מוכח דעכ״פ אינו זכור לטוב, אף כשעושה כן בלי שום תקנה, ודו״ק.

ובשו״ת אגרות משה (חו״מ ח״ב סי׳ נ׳) כתב וז״ל, ואולי היכא שכוונת המוריש המצוה הוא להעביר נחלה, כהא דעובדא דיוסף בן יועזר שאקדיש העיליתא דדינרי דהיה לו משום שבנו לא היה נוהג כשורה (ב״ב דף קל״ג ע״ב), אסור אף שנתן להקדש, דכיון שיש איסור להעביר נחלה וכו׳. אבל היכא דהכוונה הוא למצות הצדקה פשוט שמותר כשמניח להיורשים דבר חשוב, עכ״ל. וכ״כ בשו״ת ויוסף אברהם (סי׳ י״ג).

ולפ״ז לכאורה צ״ע, מהו הכ״ש בגמ׳, דמברא בישא לברא טבא כונתו להעביר מבנו הרע, משא״כ בבן טוב ומכוין רק להיטיב לבתו. ולכאורה צ״ל דאה״נ, דאסור להעביר מהבן להבת רק כשרוצה להעביר נחלה כדי להעניש את בנו, אבל לא כשרוצה להיטיב לבתו, דאינו נחשב העברת נחלה כלל. ולפ״ז י״ל דכשהתירו בכתובות משום המצוה להשיא את בתו, אינו משום שהמצוה דוחה את האיסור, דא״כ הוי מצוה הבאה בעבירה. אלא דכל שמכוון לשם מצוה אינו בכלל האיסור מעיקרא. וא״כ ה״ה כשכונתו להשכין שלום, וכנ״ל, או להיטיב לבתו אף אם נשואה כבר, ודו״ק.

והנה הרמב״ן (סהמ״צ מל״ת ששכחן הרב י״ב) כתב וז״ל, שנמנענו בהנחילנו הבנים מהעביר הבכורה מן הבן הגדול אל יתר אחיו, אבל ננחיל אותו פי שנים כמשפט הבכורה וכו׳ ואל תחשוב שלא יהיה זה מניעה אלא שהוא דין מדיני הנחלות שילמדנו הכתוב שאין האב יכול להעביר הירושה ממנו ועל כרחו יירש פי שנים וכו׳, ומפני מניעתו שמנעתו התורה מעשות כן, דנו בו (שם קכו ב) כמתנה על מה שכתוב בתורה שלא יתקיימו דבריו. ומכל מקום עבר אהרמנא דרחמנא וכו׳ והנראה שיש בזה עוד מצות עשה וכו׳, עכ״ל. וכ״כ בפירושו על התורה (דברים כא,טז).

אמנם בתוס׳ (קל ע״ב ד״ה תלמוד) נראה כפירוש שדחה הרמב״ן, וכמש״כ באור החיים (שם), שאם עובר בלאו יתיישב מה שהקשו התוספות. ולפ״ז לשון המשנה (קכו ע״ב) שהתנה על מה שכתוב בתורה אינו איסור לאו, אלא שאינו יכול לשנות סדר הירושה. ולכאורה מוכח כן,

דז״ל המשנה, האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שניים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו, לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה, עכ״ל. וכשאין בכור בודאי אין לאו, וע״כ ר״ל שאינו יכול, ולא שאינו רשאי, וא״כ ה״ה באיש פלוני בני בכור.

ובמשנה (קל ע״א) ג״כ נאמר מתנה ע״מ שכתוב בתורה, באומר על מי שאינו יורש שיירשנו, בניגוד לבן בין הבנים, דדבריו קיימים. ולפ״ז לשון הגמ׳ (קל ע״ב) נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה ר״ל הכח, ולא ההיתר, דגם בבכור אין איסור, כנ״ל לפי התוספות (שם), אלא שאין לאב הכח.

ולפי הרמב״ן נראה דהאיסור הוא רק באומר שהבכור לא יטול פי שנים. אבל אין איסור לתת לבניו הפשוטים או בנותיו מתנה מחיים. ויש לעיין אם יש קשר בין אין רוח חכמים נוחה הימנו דהעברת נחלה, לאיסור הגמור בבן בכור. ובספורנו (שם) כתב וז״ל, אבל אם יעשה זה בסיבת רשעת הבן הבכור, אז ראוי להעביר, כאמרם ז״ל (קלג ע״ב) אם לא היה נוהג כשורה זכור לטוב, עכ״ל. ואולי סובר דקיי״ל כרשב״ג במשנתינו, ודלא כשמואל דאינו ראוי להעביר מברא בישא לברא טבא. ועכ״פ נראה דלרשב״ג הדין כן גם בבכור, ונראה דאיסור העברת נחלה נלמד מגזה״כ דלא יוכל לבכר, אף שאינו בכלל הלאו.

ב. מתנה מחיים

הנה נתבאר שאין איסור העברת נחלה במתנה מחיים עכ״פ במקצת נכסיו. ואם רוצה שהמתנה תחול מיד, אפשר להקנות קרקע ומטלטלין בקנין סודר. אבל רוב בני אדם אינם רוצים לתת כל נכסיהם לאחרים בחייהם, כדי שלא יהיו תלויים באחרים. ובאמת חז״ל התנגדו לזה, וכמבואר בגמ׳ (ב״מ עה ע״ב), ת״ר שלשה צועקין ואינן נענין וכו׳ קונה אדון לעצמו מאי היא וכו׳ הכותב נכסיו לבניו בחייו. ובס׳ משפט הצוואה (ע׳ כא) כתב דברי השל״ה וז״ל, ראיתי מקצת אבות כשיש להם עושר בבואם לימים, נותנים לבניהם לכל אחד סך גדול אחר שהם נשואים, ומחזיקים לעצמם כי שיעורים שמשערים שיהיה להם די כל ימי חייהם, זהו שטות גדול, והוא שטות אשר יכול לבוא לידי עבירה גדולה, כי מי

יודע מה יולד יום, אולי יתהפך הגלגל על האב, ואוי לאב אשר יבוא על שולחן בניו, כי הוא דבר שנגד הטבע, עכ״ל.

ויש שהציעו לתת במתנה שתחול שעה אחת קודם מיתתו. אבל בגמ׳ (גיטין כה ע״ב) נראה, שכיון ששעה אחת קודם מיתתו לא נתבררה בשעתה, א״א למתנה לחול משום דקיי״ל אין ברירה. וכ״כ התוס׳ (שם ד״ה ולכי), עיי״ש במהרש״א.

אמנם בגט פשוט (סי׳ קכב ס״ק ח) כתב דלא קיי״ל כן, שהרי בגמ׳ מוכח דגט שכיב מרע מהני, אף שחל שעה אחת קודם מיתה. וע״כ בסופו להתברר קיי״ל דיש ברירה, ודלא כרב משרשיא (כה ע״ב), עיי״ש באורך. ולפ״ז אפשר לתת מתנה שתחול שעה אחת קודם מיתתו.

אכן אף אם נניח דאפשר לתת מתנה שתחול שעה אחת קודם מיתה, א״א להקנות בקנין סודר, דכיון דהדרא סודרא למרי׳ (נדרים מח ע״ב), נמצא דכלתה קנינו, כמבואר בשו״ע (סי׳ קצה ס״ה). ואף דאפשר להקנות קרקע בשטר, א״א להקנות מטלטלין.

ועדיין אפשר להקנות מעכשיו ולאחר שלשים (שו״ע שם), ולכאורה ה״ה מעכשיו ולשעה אחת קודם מיתתו. ופירש הסמ״ע (סקט״ו), דכאילו אמר מעכשיו קנהו בסודר זה, רק שאני מתנה שלא תקחנה עד אחר ל׳ יום.

ובדגול מרבבה (שם) כתב דמהני מדין גוף מהיום ופירות לאחר מיתה (גמ׳ קלו ע״א). ובשו״ע (סי׳ רנז ס״ז) כותב וז״ל, כתב לו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה, היא לגמרי כמתנת שכיב מרע, ויכול לחזור בו כל ימי חייו אף מהגוף. הגה: ומ״מ צריך קנין כמתנת בריא, ולא אמרינן בכה״ג דבריו ככתובין וכמסורין דמי. ולכן בריא שרוצה לחלוק נכסיו אחרי מותו שלא יריבו יורשיו אחריו, ורוצה לעשות סדר צוואה בעודו בריא, צריך להקנות בקנין, ואפילו קנין אינו מהני אם רוצה ליתן להן דבר שאינו בידו אז, דאין אדם מקנה דבר שלא ברשותו, ואין מהני אלא דרך הודאה שמודה שחייב לכל אחד מהן כפי מה שירצה, עכ״ל.

ולכאורה זה דומה למה שקורין אצלינו טראס״ט. ויש שיכול לחזור, וכנ״ל, ויש שאינו יכול לחזור, וכשו״ע (שם ס״ו). וא״כ מי שנותן נכסיו לבנותיו בטראס״ט ומת, הנכסים שייכים לבתו גם בדיני התורה,

וכדין גוף מהיום ופירות לאחר מיתה. ומו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א כתב (הישר והטוב ח"ה עמ' ח) שאם רוצה שיוכל לחזור, צריך להתנות תנאי כפול, אם לא אחזור בי אני נותן לך גוף מהיום, ואם אחזור בי איני נותן לך גוף מהיום. ועיי"ש (עמ' ט), דא"א להקנות חוב בע"פ שביד אחרים או כסף בבנק, וק"ו דבר שיגיע לו אחר כתיבת הצוואה, בגוף מהיום ופירות לאחר מיתה, עיי"ש.

ויש לפקפק בזה, דהשו"ע (שם ס"ה) כתב וז"ל, מכר הבן בחיי האב ומת הבן ואח"כ מת האב, כשימות האב קנה הלוקח, שאין לאב אלא פירות, וקנין פירות אינו כקנין הגוף, עכ"ל. ואם בחוקי המדינה בטראס"ט מכירת הבן בחיי האב אינה כלום, יתכן דאין לבן קנין הגוף כלל, ודינו כמקבל מתנה לאחר מיתת אביו דאינו כלום.

ועדיין י"ל דבעצם יש לבן קנין הגוף בחיי אביו, אלא שהחוק מטיל תנאי שאין מכירתו כלום, דומיא דהדין למ"ד קנין פירות כקנין הגוף (גמ' קלו ע"ב). ואולי יש לחלק, לענין זה, בין יכול לחזור, דאינה מתנה מחיים, דאין לבן שום זכות בנכסים, לבין אינו יכול לחזור, דאז יש לבן זכות בנכסים כיון שיהיו שלו במיתת האב בע"כ דאב, וצ"ע.

והנה במדינתנו יש מס ירושה על כל מה שעובר מאב לבן בתורת ירושה. ובנידוננו, יש שמטילים מס על הטראס"ט רק אם האב יכול לחזור בו בחייו, ולא באופן שאינו יכול לחזור. ואולי י"ל דבזה דינו כמתנה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה עם תנאי שאין הבן יכול למכור בחיי האב. אבל ביכול לחזור נידון כירושה ולא כמתנה, שהרי יש מס ירושה, ודו"ק.

ואף אם אין דינו כמתנה מחיים, מכיון שע"פ החוק צריך למנות אפוטרופוס שיטפל בנכסים לטובת הבן, י"ל דלא גרע מהושלש מתחילה לכך, וקיי"ל (סי' רנב ס"ב) מצוה לקיים דברי המת. אמנם אם האב בעצמו הוא האפטורופוס, שמותר ע"פ החוק, נראה דאינו כהושלש, ובפרט כשרשאי להוציא מהטראס"ט לצרכי עצמו כל ימי חייו.

וכנראה טראס"ט בדיניהם היא בריה בפנ"ע, ולגבי מס אינו שייך לאב או לבן, ומס מוטל עליו כבריה בפנ"ע, ודומה לחברה. ולרוב הפוסקים ההלכה איננה מכירה את המושג הזה, ונכסי החברה שייכים לבעלי החברה שרכשו את המניות ומה שא"א לגבות מנכסיהם הוא תנאי

בפנ״ע, וכל תנאי שבממון קיים, וכ״כ מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א (שם עמ׳ י״ד). ובטראס״ט צ״ע אם דינו כגוף מהיום ופירות לאחר מיתה או מתנה לאחר מיתה, מכיון שהחוק קובע שהוא בריה בפנ״ע. ונ״מ טובא לדינא [ובפרט אם לא נידון כהושלש מתחילה לכך, וקיי״ל (סי׳ רנב ס״ב) דבזה לא אמרינן מצוה לקיים דבר המת, ע׳ בסמוך אות ג], ויש לדון ע״פ פרטי הטראס״ט, וכנ״ל.

ובבני זוג נהגו רבים לקנות דירה, או לפתוח חשבון בנק, בשותפות, ובאופן שאם ימות אחד מהם הכל שייך לשני. אמנם חלוקים הם, ע״פ רוב, בזה, דבדירה א״א לאחד מבני הזוג למכור חלקו בלי רשות האחר, ואילו בבנק כל אחד יכול להוציא את הכסף. ויש לעיין מה דינם של שותפויות אלו.

וראיתי בספר עומקא דדינא ח״ב מאמרו של הג״ר מנדל שפרן שליט״א, שדן בחשבון בנק משותף, כשחוק המדינה הוא, שבחשבון משותף נשאר כל החשבון למי שנשאר בחיים. וכנראה סובר שמי שמכניס הכסף מקנה את הכסף, או מסדר שהבנק חייב סכום זה, לשותף, ועדיף ממצוה לקיים דברי המת.

והנה בבנק נראה שיש שעבוד לשני השותפים, והתנו ביניהם שכשימות אחד הבנק משועבד רק לזה שעדיין בחיים. וע׳ בספר פתחי חושן ח״א פ״י הע׳ כא ד״ה וכל, ולפי״ז. ונראה דאם מת הבעל, הבנק חייב לפרוע לאשתו שהיא שותפת בחשבון, ואין לבניו דין ירושה כלל.

שו״ר בספר משפט הצוואה (ח״ג שער י׳), דלא גרע ממי שאומר לחבירו זרוק חובי לים ותפטר, וכאן אמר לבנק תן חובי לאשתי והפטר, ואין דין ירושה. ומו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א כתב (הישר והטוב עמ׳ יג עיי״ש) דכמו שדין עבד כנעני מהני לקדושין, כן בהלואה יכול לומר הא לך מנה בהלואה ע״מ שתהיה חייב להחזירו לפלוני, ועע״ש, שכ״כ לענין ביטוח חיים. ולפ״ז נראה דאין בזה דין ירושה כלל, אף אם נחשב ירושה לגבי מס, דרק טראס״ט, שאין מושג כזה ע״פ דין, נראה דדינו נקבע ע״פ חוק המס, משא״כ בחשבון בנק או ביטוח חיים שדינו כתן לפלוני ותפטר או כעבד כנעני, ודו״ק. וכ״נ בפתחי חושן (ירושה פ״ד הערה פה).

ובספר משפטיך ליעקב (ח"ב סי' יט סק"ז) כתב לשון טופס הבנק וז"ל, במקרה של פטירה של אחד מאתנו, יהיה לנותר בחיים הזכות בפיקוח והבעלות על כל הסכומים שיעמדו אז ולאחר מכן לזכותו של אותו חשבון, עכ"ל. אבל לפי החוק בא"י, "התנאי בתוקפו לענין היחסים שבין הבנק ובין בעלי החשבון, גם לאחר הפטירה." ובתי המשפט קבעו שאין בטופס כדי לקבוע את זכויותיהם של בעלי החשבון בינם לבין עצמם, כי לא נעשה לפי חוק הירושה. ועפ"ז פסק שחשבון בנק בכלל הירושה.

ולפי משכ"ל לא נראה כן, דרק בטראס"ט, שאינו קיים כגוף בפנ"ע ע"פ דין, מתפרש גדרו ע"פ החוק, וכנ"ל. משא"כ בבנק, שאפשר להבין את ההסכם, שהכל יינתן למי שנותר בחיים, מדין עבד כנעני, וזוהי כוונת בני הזוג, נראה דזה קובע הזכויות של בעלי החשבון בינם לבין עצמם – ויורשיהם, ובאמת אינו נוגד את חוק הירושה, דאינו בכלל הירושה, וכנ"ל.

ובספר הנ"ל (סק"ח) כתב דאלמנה, שהיא המוטבת ע"פ טופסי קופת הגמל [פנסיה], זוכה בד"ת, כי אין הפנסיה מתחלקת לפי דיני ירושה, אלא ע"פ הוראה שנתן המוריש בחייו. וה"ה בביטוח חיים, וכחוק המדינה, עיי"ש.

ובדירה שנרשמה על שם שניהם צדד הפתחי חושן (שם הע' קעה) דבאמת הכל שלו, וכתבו שם שניהם בטאב"ו רק למען החוק. ובפשוטו אינו כן, ובפרט אם ההורים משני הצדדים תורמים לרכישת הדירה. אמנם לכאורה לא מצינו בש"ס שותפות כזו אשר במיתת אחד מהם הכל שייך לשני, וא"כ אם נידון כירושה ע"פ מסי החוק אולי יש דין ירושה, וע"פ ד"ת אם מת הבעל בניו יורשים חלקו.

ואולי יש לדמותו לנכסי לך ואחריך לפלוני (ב"ב קלו ע"ב), דהנכסים עוברים לפלוני במיתת המקבל, ולא ליורשיו. וא"כ כשקונים בעל ואשה דירה בשותפות בתנאי שבמיתת אחד מהם הכל שייך לשני, המוכר מכר חציו לבעל ואחריך לאשה, וחציו לאשה ואחריך לבעל. וכמו שבאחריך לפלוני אין הפלוני יכול למכור בחיי המקבל, כך בני הזוג אינם יכולים למכור החלק של בן זוג האחר בחייו. ולפ"ז אין בדירה דין ירושה

כלל ,אף אם נידון כירושה בחק המס כשעובר מהבעל לאשה או מהאשה להבעל.

ודיני מכירת המקבל בחיי הפלוני מבוארים בשו"ע (סי' רמח ס"ג) ע"פ הגמ' (קלז ע"א). וקיי"ל דאסור לראשון למכור, ואם עבר ומכר אין השני מוציא מיד הלקוחות. ובספר פתחי חושן (קנינים פט"ו ס"ח) כתב דזכותו של הראשון כעין קנין פירות. ובהע' (קנט) כתב שלמעשה יש לו גם קנין הגוף. ואם עבר ומכר מכרו קיים.

ובקצות (סק"ד) כתב שהמוכר מקנה לאחריך מעכשיו, דאל"כ אין קנין לאחר מיתה, וק"ו כשמת המוכר בחיי מקבל ראשון. וא"כ אף שבדירות שלנו כונת המוכר למכור לשניהם כשותפים בעלמא, מ"מ מכיון שברשימת הדירה כתוב שהדירה שייכת לשניהם בחיי שניהם, ואחרי מיתת האחד הכל שייך לשני, הרי מכר באופן של נכסי לך ואחריך לפלוני. ואף שע"פ רוב א"א לאחד למכור בלי הסכמת השני, זהו תנאי שביניהם, וכל תנאי שבממון קיים. עכ"פ לפ"ז אין בדירה דין ירושה כלל, וצ"ע לדינא.

ג. מצוה לקיים דברי המת

התוס' (קמט ע"א ד"ה דקא) כתבו דל"א מצוה לקיים דברי המת אלא היכא שהוא ביד שליש והושלש מתחלה לכך. ולכן הוצרכו חז"ל לתקן שדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים, כשלא הושלש מתחילה לכך, עיי"ש. והקשו מגיטין (מ ע"א) פלונית שפחתי עשתה לי קורת רוח, דמצוה לקיים דברי המת ולשחררה, אף דלא הושלש ביד שליש מידי. ותירצו דגבי שחרור י"ל יותר מלד"ה מבשאר דברים.

ובהגמ"ר (סי' תקסו) תירץ קושיא זו, "שהיא עצמה שלישה," וצ"ב. ונראה דכל שביד היורשים להחזיק בנכסי האב, לא נאמר דין מלד"ה. אבל אם השליש מתחילה לכך, השליש יש כח בידו לקיים דברי המת, וניתן לו ע"י המת כשהשליש לכך. וא"כ ה"ה שפחה, שאין ביד היורשים להחזיק בה. ולכאורה לפ"ז אינו תלוי בד"ת, שהרי כשהאדון מת בניו יורשים אותה. אלא שבמציאות יכולה לברוח וכדומה. וגם במשליש מעות לשליש, בד"ת הכסף שייך ליורשים, וכמ"ש בהגמ"ר (שם), שאם מכרו לאחר אין טענה על הלוקח אפילו כשהחפץ בעין. ותירץ בזה קושית

התוספות, דהוצרכו לתקן מתנת שכ״מ ככתובים ומסורים, דזהו קנין גמור למקבל, עיי״ש. אבל אם השליש נתן החפץ למי שהאב צוה וקיים דברי המת, החפץ שייך למקבל, כיון שהיה בידו במציאות לתת לו.

ועפ״ז מבוארת שיטת האחיעזר (ח״ג סי׳ לד וח״ד סי׳ סו) שמי שכתב צוואה לבנותיו בדיניהם, ויש ביד הבנות להחזיק בכסף במציאות ע״פ חוק הממשלה, די״ל מלד״ה, וממילא הכסף שייך להן, ואינו גזילה בידם כשיטת החולקים (ע׳ הישר והטוב עמ׳ יז-יח). אמנם לפי התוס׳ (קמט ע״א) שלא תירצו כההגמ״ר, נראה דצריך שישליש הכסף לכך, ולא די שיש כח במציאות לתתו למקבל. ולפ״ז בצוואות שלנו שהכסף ביד האב כשמת, ל״א מלד״ה.

אכן באג״מ (אה״ע ח״א סי׳ קד) מחדש דבצוואה אין לך גמירות דעת יותר מזה, דיודע שתתקיים ע״י דינא דמלכותא. וכנראה ר״ל דאף דאין מעשה קנין, מ״מ כשיש גמירות דעת א״צ מעשה קנין. וכ״כ הרש״ש (בכורות יח ע״ב), עיי״ש.

ומ״מ צ״ע, דאין קנין לאחר מיתה. וכתב האג״מ, דבגמ׳ (קלא ע״א) נראה דכתובת בנין דיכרין, שנותנת לבנים מאשה זו חלק גדול יותר בירושת אביהם, מהני לאב בלי תנאי ב״ד, וכתוס׳ (שם סוד״ה ושמע, בשם הקונטרס). וקשה דאין מתנה לאחר מיתה. ותירץ האג״מ, דקיי״ל (קדושין ט ע״ב) דעמדו וקדשו הן הן הדברים הנקנים באמירה. ובזה, שא״צ שום מעשה קנין, אף דלא מהני לאחר מיתה, ע״כ מהני בשעת מיתה, דנכסיו עוברים ישר לבנין דכרין, ולא ליורשים מד״ת. וא״כ הוה״נ בצוואות שלנו.

ולולא דבריו נראה, דבגמ׳ (קלא ע״א) מהני מדין מתנה מחיים, וכפרשב״ם (ד״ה לאו) ע״פ מתני׳ (קכו ע״ב) בלשון מתנה סמוך ללשון ירושה, אלא דאינו גובה ממשועבדים, דירתון תנן, והיא תקנה מיוחדת לדונו כירושה לענין משועבדים.

והנה בשו״ע (סי׳ רנ״ב ס״ב) פסק כתוס׳, דצריך הושלש מתחילה לכך [וגם כהגמ״ר, דאינו קנין ואם מכרו היורשים מה שעשו עשוי. וק״ק דשני החידושים נאמרו לתרץ אותה הקושיא, דלמה הוצרכו לתקן דדברי שכ״מ ככתובים ומסורים, וכנ״ל, וע״כ אין הכרח לשניהם.].

ובבנין ציון (ח"ב סי' כד) כתב, דקיי"ל כתוס', נגד רוב הפוסקים, רק כשהיורשים מוחזקים, ולא כשהנכסים ביד האפוטרופוס, שהוא המוחזק. וצ"ע, דאין האפוטרופוס בעל דין, ואינו מוחזק, וק"ו בקרקע, דאינו מוחזק, וע"כ יש ליורש דין מוחזק, וכח"ס (חו"מ סי' קמ"ב). אמנם אם האפוטרופוס כבר נתן הנכסים למקבלי הצוואה י"ל דדינם כמוחזקים. אבל הב"צ מיירי כשעדיין לא קבלו, שהרי שאלו אם מותר להם לקבל. ואם כבר קבלו מהאפוטרופוס, לכאורה הדין תלוי במחלוקת הש"ך והתומים אם נקרא תפיסה קודם שנולד הספק כשיש מחלוקת הפוסקים, או לא, ע' בנתיבות (כללי דיני תפיסה סקט"ו).

ואף אם י"ל מלד"ה גם בלא השליש, או שכאן נידון כהושלש, יתכן דלא מהני הצוואה, שמחלק גם נכסים שאינם שלו בשעה שכותב. ובשד"ח (ח"ד כלל ריט) כתב די"א דל"א מלד"ה בדבר שלא בא לעולם, וא"כ ה"ה כשאינו שלו שדינו כן (עגמ' כתובות נט).

אמנם עיי"ש, שבמגיד משנה (מכירה פכ"ב הט"ו) מפורש דמהני, וז"ל אע"פ שאין הנודר קיים, מלד"ה כמו שהוא מחוייב אם הוא קיים, עכ"ל. והיינו מדין נדר, וכהרמב"ם (שם), וכ"כ הקצות (סי' רנב סק"ג), והוסיף שנדר בחייו לא גרע מהושלש, וזה צ"ב.

עכ"פ הוכיחו מהמ"מ די"ל מלד"ה בדלשב"ל. ויש לדחות, דכל זה מדין נדר, וכנ"ל, ומיירי בהקדש וצדקה, עיי"ש. משא"כ בכותב צוואה במתנה להדיוט, שאין דין נדר, דעדיין י"ל דל"א מלד"ה בדשלב"ל.

והנה לשון צואה הוא "אני מוריש", ובפשוטו הנכסים עוברים ישר מהמת להמקבל. וא"כ לפי הרמב"ן (קמח ע"ב) לא מהני, שהוא מצריך לשון "אני מצוה שתתן לפלוני כך וכך". ואולי י"ל, שכיון שלכל צוואה יש ממונה לקיימה, ונקרא עקסעקיוטא"ר, נידון כאומר לו לקיים דברי הצוואה. שהרי לפי החוק אין הנכסים שייכים למקבל מיד במיתת המצוה, אלא שייכים לעזבון של המת שנקרא עסטיי"ט. והיא בריה בפנ"ע בעיני החוק, ומשלמת מסים כל זמן שיש בה נכסים, ודומה לתפוסת הבית בד"ת (בכורות נו ע"ב, עיי"ש). וא"כ י"ל שהממונה על העסטיי"ט מצווה ע"י כותב הצוואה לתת כך וכך לפלוני, ומהני לפי הרמב"ן, ודו"ק.

ד. שטר חצי זכר

הרמ״א (סי׳ רפא ס״ז) כתב שנהגו לכתוב שטר חצי זכר בשעה שמשיא את בתו, שאם יורשיו, כלומר בניו, לא יתנו לבתו חלק חצי זכר, הוא חייב סכום גדול מאד לבתו, ונמצא שתטול כל נכסיו מדין מלוה שקודם ליורשים. ואם בניו יתנו חלק חצי זכר לבתו, חיובו בטל ומבוטל. ובודאי בניו יתנו חלק חצי זכר לבתו כדי שיוכלו לרשת שאר נכסיו. ונהגו לכתוב כן כדי שיקפצו לישא את בתו, דיודעים שבעתיד תקבל חלק חצי זכר מנכסי אביה. וכתבו באופן שאין האב יכול לחזור בו, כדי שיקפצו עליה, וכנ״ל, והכל מבואר בנחלת שבעה (סי׳ כא), ושם כתוב שזמן פרעון החוב הוא שעה אחת קודם מיתתו. ואף אם במתנה שתחול שעה אחת קודם מיתתו יש בעית ברירה, וכנ״ל (אות ב׳), מ״מ במתחייב מיד, רק דהפרט דשעת פרעון לא נתבררה בשעתה, אין בעית ברירה.

וכתב בשו״ת מהרש״ם (ח״ב סי׳ רכד סקכ״ט) שנטשו שטר חצי זכר בזמנו, כי הבנות הלכו לערכאות וקבלו חלק שלם, כלומר שוה לבנים, שכנראה היו ראויות לקבל ע״פ החוק, אף אם האב השאיר להם רק חלק חצי זכר. וזהו גזל גמור, בנוסף על איסור ערכאות. וכבר נתבאר (אות א׳) שמן הראוי למנוע מחלוקת במשפחה ולתת לבנותיו כבניו, וזהו שטר זכר שלם שנהגו בכמה מקומות, ומאד כדאי לחדשו.

וכבר דנו בזה גדולי זמננו. ובתחומין (ח״ד ע׳ 346) ובהישר והטוב (ח״ה עמ׳ י, יא) כתב מו״ר הגרז״נ גולדברג שליט״א, שבנחלת שבעה כתוב לשון אודיתא, שמודה שחייב לבתו סך גדול. והקשה, למה לא כתוב לשון התחייבות, והרי באודיתא י״א שמהני רק בשכיב מרע (ע׳ קצות סי׳ קצד סק״ד). וביש״ש (גיטין דף יג) כתב שתקנו מעמד שלשתן ולא סמכו על אודיתא, כי לא רצו להרגיל בקנין שאומר שקר. ועוד די״א דא״א לאודיתא על תנאי, שמסברא לא יתכן שמודה שחייב לפלוני על תנאי שיתברר רק בעתיד.

ותירץ שחשו לאסמכתא במתחייב סכום גדול על התנאי, וכשו״ע (סי׳ רז סי״ג). ובאודיתא אין דין אסמכתא, וכמש״כ הר״ן (נדרים כז ע״א סוד״ה שאני). ואף שאפשר להתחייב חלק חצי זכר לבת בלי שום תנאי, דבזה אין בעית אסמכתא, לא תקנו כן, שחלק חצי זכר הוא דבר שאינו

קצוב, וחשו לשיטת הרמב״ם (מכירה פי״א הט״ז) דא״א להתחייב בדבר שאינו קצוב.

בקונטרס מדור לדור, להג״ר שרגא פייוול כהן שליט״א, כתב לשון התחייבות. וכדי להתגבר על בעיית אסמכתא, כתב שהמצווה מתחייב מעכשיו בקנין סודר בב״ד חשוב, ובזה קיי״ל (סי׳ רז סט״ו) דמהני. ואף דגם בזה נחלקו, ונראה דלהרמב״ם לא מהני, כמש״כ במק״א (בית יצחק תשס״ד, עמ׳ 29), נראה דמהני בין להשו״ע ובין להרמ״א, וא״א ליורשים לטעון קים לי כהרמב״ם נגד השו״ע והרמ״א [ובקובץ תשובות למרן הגריש״א שליט״א לא כ״כ (ח״ב סי׳ קסג). ונ״מ טובא. ובשטח״ז שלפני נישואי בתו י״ל דמהני אף לדבריו, דעיי״ש (ח״א סי׳ קסג סק״ב) שהקשה דכל תוספת כתובה אסמכתא היא, דמתחייב סכום גדול על התנאי שימות או יגרש. ותירץ, דכיון דקיי״ל (קידושין ט ע״ב) עמדו וקדשו הן הן הדברים הנקנים באמירה וכנ״ל (אות ג), א״צ מעשה קנין. ואין כאן בעיית אסמכתא. ונ״מ לכל התחייבות שעל פיו עמדו וקדשו, ואכמ״ל.].

ומי שכותב בשטר שמתחייב בקנין בב״ד חשוב א״צ לעשות כן בפועל, דהודאת בע״ד כמאה עדים דמי (רמ״א סי׳ רז סט״ו וסמ״ע סקמ״ב). אמנם בזה יש חשש שמרגיל לשקר, וכיש״ש הנ״ל. אבל מכיון שעיקר השטר הוא התחייבות, וב״ד חשוב הוא רק פרט הנצרך להתגבר על בעיית אסמכתא, אין החשש גדול כ״כ כמו באודיתא. ומי שחושש לזה, יעשה קנין סודר בפני ב״ד חשוב. וכנראה זוהי כונת קונטרס מדור לדור (פ״ג), שהאריך איך יעשה קנין סודר אף שכתב (ע׳ יג) דדי בהודאת בע״ד.

אכן שמעתי שיש אומרים שבזמננו לא ידוע לנו מהו גדר ב״ד חשוב, ושלפ״ז אף אם מודה שקנה בב״ד חשוב לא מהני. ובפשוטו, אף אם איננו יודעים מהו ב״ד חשוב (ויש לפקפק בזה טובא, דלא מצינו מי שכ״כ אף בזמננו), מ״מ אם מודה שקנה בב״ד חשוב לכאורה מהני, אא״כ נאמר שהודאה בטעות הוא, וזה לא מסתבר.

ובזמננו, נוהגים בני הזוג לכתוב צוואה זה לזה, כלומר שהבעל מוריש כל נכסיו לאשתו, והאשה לבעלה. ובאשה לבעלה גם בד״ת הבעל יורש את אשתו (שו״ע אה״ע סי׳ צ ס״א). ובעל שרוצה שאשתו תירשנו

יתחייב לאשתו סכום גדול מאד, וממילא כשימות הכל שלה בתורת בעלת חוב.

ובקונטרס מדור לדור הנ"ל (עמ' י') הציע להתחייב לבתו או לאדם זר, כגון אפוטרופוס ישראל, והכל יהיה שלו אם יורשיו לא יקיימו את צוואתו, וע"כ יקיימוה. וכתב (עמ' כז) שאם יתחייב לבתו ותמות בלי בנים, יירשנה, ויתבטל חיובו. ואם בתו תוליד אחר שכתב הצוואה, ותמות, הוי כמתחייב לדבר שלא בא לעולם, דלא מהני (שו"ע חו"מ סי' רי ס"א). ונראה דאה"נ, ואם בתו תמות יצטרך לכתוב שטר חדש. וכן אם יוליד בת אחר שכתב השטר. ואם רוצה לכתוב השטר באופן שאינו יכול לחזור בו, יש לחוש למקרים הנ"ל. אבל לכאורה יכול לכתוב שמתחייב אם לא יחזור בו. וכ"כ מו"ר הגרז"נ גולדברג (הישר והטוב ח"ה עמ' יב).

ועיי"ש, שבבתי משפט לא תתקבל שטח"ז, וצריך לכתוב ב' צוואות, אחת ע"י עורך דין שתתקבל בבית משפט. והשניה ע"פ ד"ת, שאם יורשיו יחלקו נכסיו כפי הצוואה, החוב מחול. וכ"כ ע"פ דבריו (שם עמ' י,יא) לתרץ קושיתו (הנ"ל), דאיך שייך הודאה על התנאי וז"ל, שהבת מוחלת לאביה על החוב בתנאי שיתנו לה אחיה לאחר פטירתו חצי חלק בן פשוט, עכ"ל. ועיי"ש, שמלשון הנחלת שבעה נראה, וז"ל שמודה שבתו נתנה לו מעות ואמרה לו אם יתנו לי בניך לאחר פטירתך כחצי מחלק בן פשוט, מתנה היא שנתתי לך הכסף, עכ"ל. ולפ"ז אין כאן מחילה.

ועי' שורת הדין (ח"ב עמ' שסב), שיזהר ששטח"ז לא יבא לשלטונות המס, כלומר דאולי יוגדל המס. ובשטח"ז של מכון להוראה כתוב, שאם יובא לבית המשפט בטל הוא. וקשה, דא"כ הבן ימצא דרך להביאו לבית המשפט כדי שחיוב האב לבנות יתבטל. וכנראה סמכו שהעו"ד או האופטרופוס שניתן השטר לידו לא יראה אותו לשלטונות.

בקונטרס מדור לדור (עמ' ד,ה) העיר שאשה נשואה שמתחייבת אינה יכולה להפקיע מהבעל, וכגמ' (קלט ע"ב) ושו"ע (אה"ע סי' צ ס"ט) דבעל כלוקח ראשון. ועפ"ז הציע שיכתבו שני שטרות, עיי"ש. ואם ירצו בני הזוג שאחד יירש את השני לגמרי, וכנהוג, אשה נשואה א"צ שטר כלל, דצוואתה, שהכל לבעלה, היא דין התורה ממש, דבעל יורש את אשתו.

אמנם יש דברים שהבעל אינו יורש אותם, כגון ראוי (שו"ע אה"ע שם). ונ"מ לחוב שהאשה לא גבתה בחיי', וכסף שבבנק על שמה בכלל זה. ובפתחי חושן (ירושה ואישות פ"י הע' פו) כ"כ בביטוח חיים. ולמשכ"ל (אות ב), בחשבון בבנק על שם שניהם ששייך לנותר בחיים, ובביטוח חיים לטובת הבעל, אינו ירושה כלל, וא"צ התחייבות של האשה.

ועיי"ש (עמ' ו') שאם משנה את צוואתו, א"צ שטר התחייבות חדש, שהתנאי הוא שהיורשים צריכים לקיים את מה שכתוב בצוואה האחרונה, וכשכותב צוואה אחרת, ממילא צריכים לקיים מה שכתוב בצוואה זו.

ועיי"ש (עמ' יב,יג) שכתב ששטר זה אע"פ שיהיה מונח תחת ידי יהיה לראיה ברורה לכל הנ"ל. ובאר, דלא חיישינין שנמלך ולא השתמש בו ומעולם לא חייב עצמו בכלום, דכיון שכתוב שקנין סודר "חלה לאלתר בשעת הקנין אפילו לא יצא השטר עדיין מתוך ידי", יש הודאת בע"ד לחיובא, וכשו"ת רע"א (סי' קמו ד"ה מזה). וכתב דמסבות אחרות ראוי להזהר להשליש השטר ביד אחר.

ובאמת יש לעיין אם יש הודאת בע"ד על הקנין כשהשטר עדיין תחת ידו, וז"ל רע"א (שם), דלא בעי מטא לידי', ואולם כ"ז אם היה עדי קנין והעידו שהקנה לו סתם. אבל באין עדי קנין לפנינו, אלא דנמצא השטר דהקנאה ברשות הנותן, לע"ד אין מוציאין מהיורשין, עכ"ל. והוכיח כן מהטור (סי' לט סי"ג, וס' נו ס"ט) והרמ"א (סי' ל"ט), עיי"ש. וע"כ צריך לתת השטר לבתו או לאפטורופוס או לישראל אחר לזכות בעבורה.

והנה בל' אנגלית (עמ' 9) סתם שאם אחד מיורשיו לא יתן למי שנזכר בצוואה, החיוב בתוקפו. ובלה"ק (עמ' ז,י) דן במקרה שיורש אחד יתן ואחר לא יתן, כדי שמי שנותן לא יפסיד. ויש גם חשש קנוניא (ע' הישר והטוב ע' יא,יב). ונראה שא"צ לחוש לזה, שהרי בבית המשפט תתקיים צוואתו, וב"ד שרואה קנוניא יכול לפסוק לקיים הצוואה, כדין מרומה.

ועיי"ש (עמ' ג'), שלפי המרדכי (ב"ב סי' תקצא) בשם הר"מ, בריא שמצוה אופן חילוק נכסיו לאחר מיתה א"צ שום קנין, וחל בדיבור פיו, ומובא בב"י (סוס"י רנ). ולפ"ז הצוואה מהני. אבל הב"י כתב ששאר פוסקים ס"ל דמצוה מחמת מיתה א"צ קנין רק בשכ"מ, עכ"ד קונטרס

מדור לדור. וקשה, דלכאורה אף המרדכי כ״כ, דא״צ קנין, רק בבן בין הבנים, עיי״ש. עכ״פ לדינא א״א לסמוך על המרדכי להכשיר צוואת בריא.

לכן נראה דיש לכתוב שטר התחייבות לאשתו בסכום גדול יותר מכל נכסיו, כך שלמעשה תירשנו. דכמו שקבעו חז״ל שלא טוב שאב יהיה תלוי בבניו וכנ״ל (אות ב), כן הדבר גם באם שתלויה בבניה. ואשה תכתוב שטר התחייבות לבעלה בסכום גדול, דאף שיורשה מד״ת, אינו יורש בראוי כבמוחזק.

ואחר פטירת הבעל או האשה, יש למי שנותר בחיים לכתוב שטר זכר שלם (ע׳ קצות סי׳ לג סק״ג). דהיינו שיכתוב צואה חוקית לחלק נכסיו לכל צאצאיו בשוה, ויתחייב סך גדול לבנותיו אם יורשיו לא יקיימו את צוואתו. וכ״כ בספר משפט הצוואה (עמ׳ ע ועמ׳ קעה) באופן דאל״כ יש לחוש למחלוקת, וכ״ה בזמננו. ונראה שיכתוב כן גם כשיש בכור, וכנ״ל (אות א׳).

ובשטח״ז דנחלת שבעה כתוב חוץ מקרקע וספרים. ובזמננו עיקר הירושה הוא הדירה. ועוד, דרגילים למכור הדירה לזרים, ולא שייך הטעם דעגמת נפש כשהקרקע אינו עובר ע״פ למשפחותם לבית אבותם (תחומין שם עמ׳ 349). ומצד הענין לשייר קצת מנכסיו להתחלק ע״פ ד״ת (עיי״ל אות א׳), נראה דדי בספרים, ויכתוב כן בצוואתו.

השכנת שלום בין כל צאצאיו היא מגמת החיים של ההורים. וע״י חלוקה שוה בנכסיהם, ההורים יכולים לתרום לקיום מגמה זו גם לאחר פטירתם, באופן שתואם את ההלכה. ויה״ר שכולנו נזכה לברכת וראה בנים לבניך שלום על ישראל, וכמבואר בגמ׳ (כתובות מט ע״א) דר״ל על בני המשפחה, עיי״ש.

פרק יש נוחלין

הרב עקיבא בלאק
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

בענין ירושת הבעל

א. הקדמה

בר"פ יש נוחלין (קח.) איתא במש' רשימה של כל היורשים והמורישים. אחד מהיורשים ברשימה זו הוא הבעל שיורש את נכסי אשתו במותה. כפי שמבואר במש' ובגמ', הבעל יורש את נכסי אשתו, ואין האשה יורשת את נכסי בעלה.

יש לדון בדרך כלל באופי ירושת הבעל. כמובן, ברמה מסויימת, ירושת הבעל שונה משאר ירושות – היחס בין איש לאשתו אינו יחס מקורי ומשפחתי כמו שאר יורשים, אלא הוא יחס הלכתי שנוצר עם תהליך האישות שבין איש לאשתו. השאלה היא האם עובדה זו היא משמעותית? האם זה משקף שיש הבדל יסודי בין ירושת הבעל לשאר ירושות, או האם ירושת הבעל בטיבו שוה לשאר ירושות, ומעשי איש ואשתו הם רק היכי תמצא כדי להגיע לירושה רגילה?[1]

ב. מקור

רוב ראשונים סוברים שירושת הבעל היא דין דאורייתא. תוך כדי סקירה כל הירושות שמופיעות במש', הגמ' מציעה (קיא:) ג' דעות במהו המקור לירושת הבעל. לפי הת"ק לומדים ירושת הבעל מפרשת הנחלות: "שארו זו אשתו, מלמד שהבעל יורש אותה". וכן דעה ב' לפי ר"ע מאותו פסוק, "וירש אותה".[2] לכאו', מקורם של ת"ק ור"ע צ"ע. ראשית כל, על

---

[1] כמובן, אפי' בשאר ירושות יש לחלק בדיניהם. ואכמ"ל.

[2] חשוב להעיר שיש לחלק בין המקורות של ת"ק ור"ע, על אף שהם מצטטים אותו פסוק. כ' בפר': "ונתתם את נחלתו לשארו הקרוב אליו ממשפחתו וירש אותה". לפי

אף שירושת הבעל מופיעה בסדר הנחלות בפר׳ פנחס, לא ברור בכלל מהפסוקים שהבעל קודם לשאר יורשי האשה. הרי הפסוק ״שארו״ הוא הפסוק האחרון בפרשת הנחלות! בשאר ירושות הגמ׳ דנה ובכמה מקומות מסיקה ״קרא שלא כסדרן כתיבי״.[3] אבל בנוגע לירושת הבעל, אין הגמ׳ מתייחסת לשאלה זו של סדר הנחלות, ומקבלת כדבר פשוט שאם באמת הבעל יורש את אשתו, ממילא הוא קודם לשאר יורשים.

הראשונים התלבטו בקושיא זו, והעלו תירוצים שונים. הרשב״ם כתב (קיא: ד״ה והאיש) ״שהבעל אינו קרוב לה כשאר קרובים שלה שקרובים לה ממשפחתה, ואפי׳ הכי, אמרינן שהוא יורש את אשתו, הלכך ודאי דלקדם כל קרובים שלה הוא דאמרינן, הבעל יורש ולא הם״. לפי הרשב״ם, עצם העובדה שהבעל יורשת את אשתו בכלל, למרות שיתכן שיורשים יותר קרובים, מגלה שהבעל קודם לשאר יורשים. אבל לכאורה יש להסיק בדיוק להפך: עצם העובדה שיש יורשים יותר קרובים היתה צריכה לגלות שיורשים אלו קודמים לבעל, וחידוש התורה הוא שהבעל יורש את אשתו אחר שאין יורשים אחרים!

גם הריטב״א (קיב. ד״ה וירשה פנחס) הקשה כך, ותירץ בעקבות הרשב״ם וז״ל: ״י״ל דאלו מדינא אין לך רחוק יותר מן הבעל, וכיון דאקרבי רחמנא ועבדיה קרוב, לגמרי אקרביה״. גם בדברי הריטב״א אין סברא מוחלטת למה הבעל קודם לשאר יורשים.[4]

ת״ק שלומדים ירושת הבעל מ״ונתתם את נחלתו לשארו הקרוב אליו״, המוקד הוא על ההורשה, הנתינה מהמוריש להיורש, מהאשה לבעלה. לפי ר״ע, שהמקור הוא ״וירש אותה״, המוקד הוא הירושה, הלקיחה של הבעל, ולא ההורשה. יש לדון במשמעות חילוק זה, אכן אחר ניתוח ירושת הבעל, ניתן לומר שחילוק זה יסודי. עי׳ להלן.

[3] עי׳ למשל בגמ׳ (קט.) שהאב קודם לאחי האב, אע״פ שפסוק אחי האב קודם לפסוק האב בפר׳, כי ״קרא שלא כסדרן כתיבי״.

[4] בעקבות שיטות אלו, יש עוד ראשונים שמניחים שירושת הבעל דאו׳, אבל אין להם מקור בתורה לדין זה. לפי הרי״ד (פסקי הרי״ד ב״ב קיד:) ירושת הבעל היא ״גזירת המלך״. והיד רמ״ה (ח:לא) הציע שירושת הבעל הוא הלכה למשה מסיני, ויש רמז מה״ת אבל איננו יודעים איפה הרמז, ולכן, אנו רשאין לגרוע מתיבה זו ולהוסיף בתיבה זו (עי׳ בדברי הגמ׳ שם בענין גורעין ומוסיפין). ממקורות אלו רואים איך

בכל מקרה, בין לשיטת ת"ק בין לשיטת ר"ע, ירושת הבעל נמצאת בפר' נחלות. דעה שלישית הנמצאת בסוגיא היא ר' ישמעאל. לפי ר' ישמעאל ירושת הבעל נלמדת מאיסור הסבת הבעל בסוף פר' מסעי. וז"ל הגמ' שם: "ר"י אומר אינו צריך, וכל בת יורשת נחלה ממטות בני ישראל לאחד ממשפחת וגו' בהסבת הבעל הכתוב מדבר וכו'". לפי ר' ישמעאל, ירושת הבעל אינה נמצאת בפר' הנחלות. אלא אם דברה תורה על איסור הסבת הבעל, זאת אומרת שירושת האשה מאביה אסור להעבירה משבט לשבט, ממילא יש מושג של ירושת הבעל מדאורייתא. ומעניין שלפי ר' ישמעאל לא רק שירושת הבעל שונה לגמרי מכל שאר ירושות בזה שאין נמצאת בפר' הנחלות, אלא שנקודת המוצא שלה אינה פרשת הנחלות. דהיינו, מלשון הגמ' (אמר ר' ישמעאל, אינו צריך וכו') משמע שר"י מודה לדיוקם של ת"ק ור"ע אלא הוא מעדיף את הלימוד מהסבת הבעל מחוץ לפר' נחלות. וצ"ע טובא, למה מקור לירושת הבעל מחוץ לפר' נחלות עדיף? לו היינו יכולים למצוא מקור בפר' נחלות, למה לא היינו נוטה למקור זה?

היוצא מכל זה הוא שבין לפי ת"ק ור"ע בין לפי ר"י, ברור שירושת הבעל שונה משאר ירושות שבתורה כפי שהערנו בתחילה, או בנוגע למקומה של הבעל בסדר הנחלה לעומת שאר יורשים בפר' הנחלות, או מכיון שהוא לא נמצאת בפר' הנחלות בכלל.[5]

שירושת הבעל מובדלת משאר ירושות – ובראשונים אלו ברור שזה דאו', אבל אין לנו מקור.

[5] יש מקור רביעי, והוא ר' יהודה בן בתירא המובא בספרי זוטא (במדבר פרק כז'). ריב"ב מציע קו"ח מירושת הבן את אמו. אם בן יורש את אמו אע"פ שהוא אינו לוקח מעשה ידיה, קו"ח בעל יורש את אשתו שהוא כן לוקח מעשה ידיה. ולכאו' יש להתמקד על ב' התכונות של קו"ח זה: א', לפי ריב"ב האם יתכן קשר מהותי בין זכות הבעל במעשה ידים של אשתו וזכותו בירושתה, וירושת הבעל ביסודו הוא קשור לאישות עצמו. מאידך גיסא, הדימון לירושת הבן את אמו הוא משמעותי, וירושת הבעל בעקרון הוא דומה לשאר ירושות שבפר' הנחלות. עי' להלן להתפתחות של ב' המהלכים אלו.

ועי' עוד בספרי זוטא שם, שיש הו"א שהבעל יירש את אשתו אפי' לאחר גירושין! הו"א זו צריך עיון טובא.

ג. אופי ירושת הבעל

לאור כל זה, יש להציע ב׳ גישות כלליות בהבנת ירושת הבעל ויחסה לשאר ירושות.

א) ירושת הבעל נובעת מדין קורבה משפחתית בין אשה לבעלה. בעקרון, אין הבדל יסודי בין ירושת הבעל לשאר יורשים שבפרשת נחלות, וכל ההבדלים שהצענו כבר הם רק טכניים, ונובע רק משינויים במציאות שקיימים בין איש לאשתו. העובדה שהקורבה נוצר ע״י האישות ולא קורבה משפחתית אמיתית היא רק דבר טכני, והאישות נחשבת כהיכי תמצא כדי להגיע למצב של ירושה מה״ת. לפי גישה זו, לכאו׳ ננקוט כמ״ד שירושת הבעל מה״ת, ושהיא נמצאת בפרשת הנחלות. כבר ראינו את ניסוח הריטב״א שמשמע כך, וז״ל היד רמ״ה (ט:קעה): ״ואין הקרוב יורש את קרובו אלא בזמן שהן קרובין זל״ז בשעת מיתת המוריש״. זאת אומרת, כל ירושות שבתורה נובע מדין קורבה, כולל ירושת הבעל.

ב) אפשר להציע שירושת הבעל הוא דין מיוחד בדיני אישות, שונה משאר ירושות שבתורה. לפי גישה זו, זה שאין הבעל ואשתו קרובים בצורה משפחתית הוא מאוד משמעותי – שאין ירושה זו נובע מדיני קורבה כשאר יורשים. וכן, מובן מאליו למה ר׳ ישמעאל נקט מקור מחוץ לפר׳ הנחלות, ולפיו זה המקור הכי מדוייק (״אינו צריך״), כי ירושת הבעל אינה נעוצה בפר׳ הנחלות כשאר יורשים.

גישה כללית זו שירושת הבעל דין באישות ולא בהל׳ נחלות כשאר יורשים אפשר להבינה בכמה דרכים. א׳, אפשר להבין שירושת הבעל עדיין מדיני קורבה אלא מבחינה איכותית קורבה בין איש לאשתו שונה לגמרי מקורבה רגילה. זה קורבה של אישות ולא קורבה משפחתית. לכאו׳ אפשר לפרש בדרך זו את דברי תוס׳ (קיג. ד״ה מתה) שהבינו ״שהבעל אינו יורש מחמת קורבה, אלא מחמת שארות, שהן חשובין כבשר אחד״. ניתן להבין שתוס׳ הבינו מושג של שארות כקורבה של אישות.

ברם, יש להבין בדרך אחרת זה שירושת הבעל דין בדיני האישות. עי׳ בגמ׳ (קיד:) שהסיק שכשם שאין הבעל יורש את אשתו בקבר, כך אין הבן יורש את אמו בקבר. דהיינו, כמו שאחר מיתת הבעל אין הבעל יורש

את נכסי אשתו בקבר כדי להנחילם ליורשיו, כך בבן עם נכסי אמו. הראשונים הקשו, למה יותר פשוט זה שאין הבעל יורש את אשתו בקבר מזה שאין הבן יורש את אמו בקבר? התוס׳ (ד״ה מה) ציטטו את תירוץ הריב״ם, שבעל יותר פשוט מכיון שלאחר מיתת הבעל ״פקעה השארות״. לכן יותר פשוט שאין הבעל יורש את אשתו לאחר מותו כדי להוריש לבניו. תוס׳ דחו את דברי הריב״ם על סמך גמ׳ ביבמות (נה:) שמשמע שלאחר מיתה האשה עדיין נקראת ״שארו״.[6] אבל אם ננקוט כשיטת הריב״ם שלאחר מיתה פקעה שארות שבין איש לאשתו, איך יתכן מצב של ירושת הבעל בכלל? הרי כל היחס שבין איש לאשתו פקע לאחר מיתת האשה![7]

לכן, ניתן להציע גישה אחרת. ירושת הבעל הויא תנאי באישות עצמה, והוי חלק מהחפצא של אישות. כמו עוד כמה תכונות של אישות שבאות ממילא יחד עם האישות דהוו חיובים או דינים בעצם האישות, כמו שאר כסות ועונה, כך חלק מדיני האישות עצמה הוא שהבעל יורש את אשתו. בירושת הבעל, זכות הבעל בנחלת אשתו נובעת מהחיובי אישות שבין איש לאשתו מחיים, ולא היוחסין שיש להיורש לאחר מיתה. בשאר יורשים, במיוחד ביורשי הבן את אביו, יש להבין שהיורש ״קם תחתיו״, שהוא כממלא מקום המת. משא״כ בירושת הבעל שהירושה נובעת מהיחס בין איש לאשתו מחיים, דהיינו מתנאי האישות שקיימים כבר בשעת נישואין.[8] יש להעיר, שדיני ירושת הבעל בשו״ע אינם מופיעים בחו״מ יחד

---

[6] כדי לתרץ קושיית התוס׳ על הריב״ם, יש להציע ב׳ תירוצים. א׳, אם נעיין בגמ׳ יבמות שם, ברור שנקודת התוס׳ הוא רק הו״א בגמ׳. יש להבין שאכן למסקנה, פקעה השארות לגמרי לאחר מיתה. ב׳, יש להציע שזה שפקעה השארות הוא רק כשמתה האשה. אבל במיתת האיש, עדיין השארות קיימת. יש סמוכין לגישה זו, ואכמ״ל. עי׳ בראשונים על אתר ביבמות שם.

[7] כמובן, יש לתרץ קוש׳ זו אם ירושת הבעל דין דרבנן. על אף שמדאו׳ פקעה השארות, תיקנו חכמים שהבעל יורש את אשתו. וכן, יש לתרץ ע״פ יסודו של הקובץ שיעורים. לפי הקוב״ש (קידושין, אות קלז) ירושת התורה חלה לא לאחר מיתה, אלא רגע קודם למיתה. אם כן, ירושת הבעל חלה קודם הפקעת השארות.

[8] יש להעיר שאפי׳ אם ירושת הבעל היא דין באישות, ולא מדין קורבה או אפי׳ שארות, יש להבין שהיא רק זכות ממונית שהבעל קונה בשעת אישות. עי׳ בר״ן (ביצה לו.) על הא דנישואין אסורין בשבת, שכ׳ שהאיסור הוא מכיון שהבעל קונה את ירושת אשתו. מוכח שלפי הר״ן ירושת הבעל היא כקנין ממונית שהבעל קונה

עם שאר הל׳ נחלות, אלא באבה״ע סי׳ צ׳, בהל׳ אישות. ע״פ מהלכנו, סיווג השו״ע מובן היטב מכיון שירושת הבעל הויא מדיני האישות.[9]

לכאו׳ יש כמה נפק״מ ודינים בנוגע לירושת הבעל המושפעים מהבנה זו שירושת הבעל הוא דין מדיני האישות ולא דין בהל׳ נחלות.

ד. תנאי שלא ליירש אשתו

איתא במש׳ ר״פ הכותב (כתובות פג.): ״כתב לה ׳דין ודברים אין לי בנכסך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייך ובמותך׳ אינו אוכל פירות בחייה, ואם מתה אינה יורשה. רשב״ג אומר אם מתה יירשנה, מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה, וכל המתנה עמש״כ בתורה תנאו בטל״.

מאשתו בשעת נישואין. לעומתו, עי׳ ברא״ש (ריש מס׳ כתובות) שהסביר כמו הר״ן, אבל הזכיר רק קנין מעשה ידיה ומציאתה, והשמיט זה שהבעל קנה את ירושתה. אפשר להסביר שהרא״ש חולק על הר״ן, והבין שאין ירושת הבעל קנין ממוני אלא הוא דבר יותר יסודי נעוץ בהאישות עצמה.

[9] וכן יש להוכיח את דברינו מלשון הבעלי התוס׳ (מט: ד״ה וכדרב [מתחיל בע״א]) שהגדירו את שאר יורשי האשה כ״נכרים״ ביחס לבעל. משמע מדברי תוס׳ שיש הבדל יסודי בין הבעל שיורש מדין אישות ושאר יורשיה שיורשים מדין קורבה משפחתית.

בעקבות דברי הריב״ם שציטטנו, עי׳ בלשונו המשמעותי של הר״י מגאש (קיד: ד״ה הא): ״משום דירושת הבעל אינה משום קריבות דלית לה הפסק, אלא מחמת אישות בעלמא דאית לה הפסק היא, וכיון דמתה אפסקה לה לאישות״. וכן, עי׳ בחידושי הגר״ח על הרמב״ם (הל׳ מכירה יג:ג) שגם הציע כך.

עי׳ עוד בדברי הגמ׳ (קלט.-קלט:) שדנה במקרה שהאשה שלותה כסף ממישהוא לפני שנשאה את בעלה, האם המלוה יכול לגבות מנכסים של הבעל אחר שנשא את אשתו? הגמ׳ תלתה הספק בשאלה יסודית: האם הבעל ביחס לנכסי אשתו ״כלוקח דמי״, ומלוה גובה מלקוחות, או האם הוא ״כיורש דמי״, ואין המלוה גובה מן היורשים. הספק של הגמ׳ מובן, אבל מה הצד ליחשב את הבעל כ״יורש״ בנכסי אשתו? הרי שניהם עדיין קיימים! אין להגמ׳ ניסוח יותר מדוייק לפסוק שהבעל יהיה פטור מלפרוע חובת אשתו? אלא ברור שמעמד הבעל כיורש הוא נובע מהתייחסות הבעל לאשתו מחיים. השם יורש שלו לגבי נכסי אשתו קיים כבר מחיים, או ע״י זכות ממון או אפי׳ יותר משמעותי ע״י היחס עצמו כדין מדיני האישות.

לפנינו כאן מח׳ תנאים בין חכמים ורשב״ג אם מועיל תנאי ע״י הבעל שלא יירש את נחלת אשתו.[10] הגמ׳ (פג:-פד.) הוסיפה שיטת רב שסבר כרשב״ג אך לא מטעמיה. רשב״ג סבר תנאו בטל כי ירושת הבעל דאו׳ ורב סבר דרבנן וחכמים ״עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה״.

לפי רשב״ג שתנאי זה נחשב כמתנה עמש״כ בתורה, יש לעמוד על קושיא מרכזית. הרי ר׳ יהודה סובר בכמה מקומות שמתנה עמש״כ בתורה, אפי׳ למ״ד תנאו בטל, בדבר שבממון תנאו קיים (וכן הלכה כר׳ יהודה). א״כ, גבי ירושה שהיא ענין ממוני למה לא יהיה תנאו קיים? ולמרות שאיתא במש׳ וגמ׳ (ב״ב קכו:) שאפי׳ לר״י אין תנאי מועיל בירושה רגילה של האב לבנו, מבואר בגמ׳ דזה מטעם שבן לא יהיה מוחל את ירושת אביו (״הכא לא קמחיל״). ופירש הרשב״ם שם (ד״ה התם, נגד הרשב״א שם), שאם הבן מוחל ירושתו במפורש, וידעינין שדעתו למחול את ירושתו, מועיל תנאו של אביו להפקיע ירושתו של הבן.[11] א״כ, לפחות לפי הרשב״ם, למה לא יועיל תנאי של הבעל שלא ליירש את אשתו? הרי לפי ר״י, תנאי מועיל בדבר שבממון, והאב גילה דעתו במפורש! וכן באמת פסק הרי״ף כאן (מב. בדפיו), שלמרות שמסיקה הגמ׳ ״הלכה כרשב״ג״, מכיון שהוא דבר שבממון ולהלכה תנאו קיים!

אם לא נגיד שרשב״ג חולק על ר״י וסובר שאפי׳ בדבר שבממון תנאו בטל, יש לדחות דברי הרי״ף ולהציע שלפי רשב״ג, חלוקה ירושת הבעל משאר ירושות שבתורה. ירושת הבעל במהותה אינה דבר שבממון. זאת אומרת, אפי׳ אם ננקוט כשיטת הרשב״ם שירושה רגילה הויא דבר שבממון שניתנת למחילה, ירושת הבעל הוא דין באישות, ולא רק ביחס

---

[10] רש״י (שם ד״ה שמתנה) הציע שנחלקו באם ירושת הבעל דאו׳ או דרבנן. וכן משמע ממסקנת הגמ׳ (פד.) בהבנת שיטת רב.

[11] עי׳ בדברי מו״ר הרב מיכאל רוזנצוייג שליט״א בענין בכור לנחלה (קול צבי כרך י׳, עמ׳ 5-20) שדן בשיטת רשב״ם ורשב״א שם ושיטתו המחודשת של האור זרוע.

משפחתי שבין איש לאשתו. ירושת הבעל מקומה הוא באבה״ע ולא בהל׳ נחלות,[12] ולכן לפי רשב״ג נחשבת כמתנה עמש״כ בתורה.[13]

חוץ מתירוץ שהצענו שיש חילוק יסודי בין ירושת הבעל לשאר ירושות ובגלל זה אין ירושת הבעל נחשבת כדבר שבממון ותנאו בטל, יש עוד סברות שמופיעות בראשונים למה לפי רשב״ג התנאי בטל ולא אמרינן תנאי דבר שבממון קיים.[14] א׳ מהסברים אלו הוא שיטת ר״ח שצטטו כמה ראשונים (עי׳ בראב״ד על הרי״ף שם בתירוץ הב׳, ובר״ן שם). ר״ח סבר שהתנאי בטל כשהתנה הבעל לא ליירש את אשתו כי הירושה הויא דבר שלא בא לעולם. וז״ל הראב״ד שם: ״ועוד כי ירושת אשתו דבר שלא בא

---

[12] דבר זה מעין תנאי על הכתובה, שתנאי זה לא מועיל כי כתובה היא דבר מרכזי שכרוך בעצם חלות האישות (״כלה בלא כתובה אסורה לבעלה כנדה״). ויש לדמות ירושת הבעל לכתובה בכמה אופנים, ונחזור לענין זה בסוף המאמר כשנתייחס לשיטת הרמב״ם.

[13] הבעה״מ גם דחה את פסק הרי״ף, וכן הוא לא חילק בין ירושת הבעל לשאר ירושות כפי שהצענו. לפי הבעה״מ, אין תנאי מועיל בירושה מכיון שירושה ״באה ממילא״, ולא ע״פ מעשה. ברור שהבעה״מ הציע כאן חידוש גדול ויש לדון עליו בהרחב, אך לענייננו, יש להעיר שהבעה״מ לא מחלק בין ירושת הבעל לשאר ירושות, ולפיו, גם ירושת הבעל ״באה ממילא״, למרות מעשה נישואין של הבעל באשתו. א״כ, יש לראות את מעשה אישות זו רק כתנאי קדום לירושת הבעל. אחר שנשא את אשתו והקורבה או השארות קיים, אין הבדל מהותי בין ירושת הבעל לשאר ירושות, ובמיתת אשתו, הוא יורש כשאר יורשים שבתורה שבאים ממילא.

הריא״ז (בשלט״ג שם) תמך בדברי הרי״ף שתנאו קיים וסבר לא כהבעה״מ. הוא ביאר שירושת הבעל לא כשאר ירושות שבתורה שבאות ממילא. וז״ל: ״המתנה עם אשתו שלא יירשנה, תנאו קיים וכו׳, לפי שירושה זו אינה דומה לירושת המורישין שהיא באה מאליה, אבל הירושה זו ע״י הנישואין באה לו. לפיכך, יכול הוא לומר אי אפשי לזכות בזכות הראוי לבוא לי ע״י נישואין הללו.״ ברור שעל אף שהוא פסק כחכמים ולא כרשב״ג, שיטתו מבוססת על היסוד שירושת הבעל שונה לגמרי משאר ירושות ושהיא נוצרת ע״י מעשה הבעל ולא באה ממילא כשאר ירושות.

[14] עי׳ למשל בראב״ד (השגות על הרמב״ם וכן על הרי״ף) שסבר שבגלל שהבעל לא יודע בכלל שהוא יירש את אשתו, שהרי ייתכן שהוא ימות ראשון ולא אשתו, תנאו נחשב ״כפטומי מילי בעלמא״, ולא מועיל תנאו. הרמב״ן בספר הזכות דחה הסבר זה, ונקט שזה רק היכא שהתנאי היה בטעות. אבל אם אפשר שהוא יירש, אפי׳ אם אינו ודאי, התנאי מועיל ולא הוי רק פטומי מילתא. המאירי כתב בשם חכמי הדורות שתנאי בדבר שבממון קיים, אבל לא היכא שעוקר דין בפירוש, כמו הכא שעוקר ירושת הבעל.

לעולם הוא, כמו שאמר לאביו לא אירשך אע"פ שחזק עמו בכל תנאים שבעולם, לא הפסיד חלקו וכו' וזה לא תנאי ממון הוא אלא לבסוף הוא זוכה בהן, כלו' אין ירושתו אלא לאחר מיתה, נמצא עכשיו שהוא מתנה על דבר שלא בא לעולם לפי שאין לו עכשיו שום זכות בירושתה".

כמובן, אפשר לדחות סברת ר"ח שאין ירושת הבעל דבר שלא בא לעולם כשאר ירושות. על אף ששאר ירושות חלות רק לאחר מיתה, ואפי' השם יורש של הבן אולי לא חל אלא לאחר מיתת אביו, יש להבעל דין יורש בנכסי אשתו אפי' מחיים. אין ירושת הבעל דין בהל' נחלות, אלא הוא חלק מהחפצא של אישות, כמו שאר כסות ועונה. לכן, הבעל נחשב כיורש אפי' מחיים ובנוגע לענין דבר שלא בא לעולם, ניתן להתנות על ירושת אשתו.[15]

ויש להוסיף עוד את שיטת הרמב"ם בענין. לפי הרמב"ם (אישות יב:ט) למרות שירושת הבעל מדברי סופרים, התנאי בירושת הבעל בטל אע"פ דהוי דבר שבממון, שנאמר בה "לחוקת משפט". נחזור לדיון שיטת הרמב"ם בענין להלן.

ה. אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק

איתא בגמ' (קכה:-קכו.): "אמר ר' פפא, הלכתא אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, ואין בכור נוטל פי שנים במלוה וכו'". בגמ' מבואר שבירושת פי שנים של הבכור ובירושת הבעל בנכסי אשתו, אין הבעל או הבכור נוטל את הנכסים הראויים לבא לאב או לאשה, אלא רק אלו שכבר מוחזקים ברשותם.

והעיר מו"ר הרב מיכאל רוזנצוייג שליט"א (קול צבי כרך י' עמ' 5-20) בענין בכור, שהשם יורש של הבכור וגם החלק הבכורה שלו נקבע

---

[15] המאירי שם דחה את דברי ר"ח מסברא אחרת. הוא טען שכאן תנאו של הבעל הוא כמחילה או סילוק מנכסי אשתו, ועל אף שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ניתן למחול או לסלק מדבר שלא בא לעולם – או מכיון שהוא קנין חד-כיווני, או שמחילה לא נחשבת כקנין כלל.

מחיים, ותלוי ביחס בין הבכור למוריש. א״כ, הבכורה לא שייך לנכסים שנכנסו לרשות המוריש לאחר מיתתו.

לאור האמור, לכאו׳ ניתן להציע אותו הסבר בירושת הבעל, בזה שאין הבעל נוטל בראוי כבמחוזק. השם יורש וחלק הירושה נקבע מחיים על סמך האישות שבין איש לאשתו, ולכן רק הנכסים שמוחזקים ברשות האשה בחייה נכללים בירושת הבעל.

ברם, יתכן גם לחלק ביניהם. מכמה סוגיות וראשונים משמע שאופי חלק הבכורה מושפע מזה שבכור ״מתנה קרייה רחמנא״ (עי׳ מש׳ וגמ׳ בכורות נב: בענין אם חלק בכורה חוזר ביובל, וב״ב קכד. בענין אם הבכור נוטל פי שנים בשבחא דממילא, ובדין יצא עליהם שטר חוב). מזה משמע או שבכור הוי הקנאה בחיי האב, או לפחות דהנכסים צריכים להיות ניתנים להקנאה. אבל גבי ירושת הבעל באשתו, אין ירושה זו נקראת מתנה בשום מקום. אם אין ירושת הבעל הוי מתנה, לעומת הבכורה, האם יש נפק״מ בהיקף ודין ראוי בין בכור לירושת הבעל?[16]

והנה ראינו בגמ׳ שם שלמסקנה, מלוה נחשב כראוי לענין בכור. האם מלוה גם נחשב כראוי לענין ירושת הבעל? רוב ראשונים נקטו כשיטת תוס׳ (קכה: ד״ה אמר) שהוא הדין בירושת הבעל, שמלוה נחשב כראוי. א״כ, יתכן שזה שאינו נוטל בראוי הוא נובע מגזה״כ, והוא רק צמצום הירושה, בין בבכור בין בבעל. אבל הר״י מגאש (על אתר) והיד רמ״ה (אות צ׳) צידדו שמלוה מוגדרת כראוי רק לגבי בכור אבל בבעל, הוא נוטל במלוה. ואולי נסביר את שיטתם, שמבחינת הגדרה רשמית של ראוי ומוחזק, מלוה הוי מוחזק. אבל נוסף לזה, יש גם את הדין בבכור ש״מתנה קרייה רחמנא״, שבעינן דבר הניתן להקנאה. ומלוה אינו ניתן

[16] גם מעניין שהמקור לאין נוטל בראוי כבמוחזק שונה לגמרי בב׳ המקרים. בסוגיין ובבכורות (נב.) לומדים את הדין מהפסוק ״בכל אשר ימצא לו״, שנכסים צריכים להיות מצויים ברשות האב. אבל המקור בבעל הוא שונה לגמרי. וז״ל הגמ׳ ב״ב (קיג.): ״מניין לבעל שאינו נוטל בראוי כבמוחזק, שנא׳ ׳ושגוב הוליד את יאיר ויהי לו עשרים ושלש ערים בארץ הגלעד׳ מניין ליאיר שלא היה לו לשגוב? אלא מלמד שנשא שגוב אשה ומתה בחיי מורישה ומתו מורישיה, וירשה יאיר״. קשה להאריך בדיוק את ההבדל בין מקורות אלו אבל ברור שלענין בכור יש גזה״כ ישיר ופורמלי, ובבעל הלימוד נראה כגילוי מילתא בעלמא.

להקנאה.[17] אבל גבי ירושת הבעל, אין שום הקנאה מאשה לבעלה בתורת ירושה. הבעל "זוכה" בירושת אשתו בשעת נישואין, שירושה הוי מרכיב מרכזי בחפצא של אישות. לכן, מכיון שבעקרון מלוה נחשב כמוחזק, הבעל נוטל ממנה. אין צורך להקנאה, שהגורם לירושת הבעל כבר קיים, דהיינו האשיות שבין האשה לבעלה. היא לא פועלת בתור מוריש, ואינו מקנה לו כלום, לא מחיים ולא לאחר מיתה, אלא הוא ממלא מקומה, לא בתורת יורש אלא בתורת בעל. א"כ, מכיון שהירושת הבעל נובעת מהיחס שקיים מחיים, הבעל אינו נוטל בראוי. אבל היקף דין ראוי יותר מצומצם, מכיון שמתנה קרייה רחמנא ודיני הקנאה לא שייכים פה.[18]

ו. ירושה מן האירוסין, נישואין, ובמקום קטטה

עי' בגמ' כתובות (נג.) שירושה קיימת רק מן הנישואין, ולא מן האירוסין. דין זה מובן מאליו לאור האמור, שהירושה נובעת מהאישות והיחס שביניהם שבא מאישות זו, ויחס זה בא מן הנישואין. ברם, עי' בגמ' כתובות (מח:) על המש' "מסר האב לשלוחי הבעל, הרי היא ברשות הבעל". הגמ' שואלת, באיזה דינים נחשבת מסירה לשלוחי הבעל כנישואין? לפי שמואל בגמ' שם, המסירה מועילה "לירושתה". ונחלקו הראשונים בפירוש שיטת שמואל. רש"י פירש (ד"ה שמואל) שהאשה נחשבת כברשות הבעל רק לענין ירושה, אבל לשאר דיני אישות כמו תרומה, הפרת נדרים, מציאתה ומעשה ידיה, צריכים נישואין ממש. רש"י מסביר ששאר דינים הם רק משום איבה, אבל ירושתה חלה לבעל משמסרה לשלוחי הבעל "מחמת קירוב נישואין". מדברי רש"י מבואר

---

[17] כמובן, יש לעמוד בנוגע לזה בעד כמה מלוה להוצאה ניתנה. יש מח' גדולה בנושא זה. עי' למשל ברש"י ושאר ראשונים בענין הילך (ב"מ ד.); בסוגיא דמקדש במלוה (קדושין מז.); בדברי הראב"ן בענין הראשה במלוה (ב"ק ע.); וגם מח' בעה"מ ומלחמות (ב"ק לו:).

[18] אותו הסבר ניתן להציע לזה שהבעל יורש שבחא דממילא, לעומת בכור. עי' ברשב"ם (קכה:) שהסביר שבבכור מתנה קרייה רחמנא ובבעל אי אפשר לומר הכי. עי' גם בגמ' ב"ק (מב:) בענין כופר, שאין הבעל יורש כופר, דהוי ראוי כי כל החיוב נקבע רק לאחר מיתה. ובנוגע לזה עי' גם במח' מנחת חינוך (נא:יז) והגר"ח (הל' נחלות ה:ח) באופי חיוב כופר. ואכמ"ל.

שירושת הבעל, אולי יותר משאר דיני אישות, נובעת מהנישואין עצמן, לעומת שאר דברים שמוגבלים לשעת נישואין רק מסיבה טכנית, משום איבה. הבעלי תוס׳ (ד״ה ושמואל) חולקים על דברי רש״י וסוברים שדברי שמואל לאו דוקא, והוא הדין להפרת נדרים וטומאה. שמואל הזכיר רק ירושה ״לרבותא נקט״. מכיון שירושת הבעל דרבנן, הכא במסירה לחוד לא תקנו. לפי תוס׳ ירושה היא כשאר דיני אישות.[19]

יש גם לדון במקרה הפוך. כשיש אישות הלכתית, אבל היחס המפשחתי כבר נהרס, ויש קטטה בין הבעל ואשתו. הגמ׳ (קמו.-קמו:) דן במקרה איפה שהבעל הלך אחר אשתו לתוך חורבה לבודקה אם היא בעלת מום (עי׳ רשב״ם להסבר), ונפל החורבה עליה, ומתה. שואלת הגמ׳, האם הוא עדיין יורשה, מכיון שהיתה קטטה ביניהם. ספק הגמ׳ כאן צ״ע טובא. הרי היא עדיין אשתו! הרמב״ן והריטב״א על אתר פירשו שמיירי כאן כשהיא רק ארוסה, ולא נשואה. אבל הרשב״ם פירש (ד״ה נפלה) שכיון שהיה בדעתו לגרשה, אפי׳ אם היא מתה קודם שגירשה, אינו זוכה בירושה. הרשב״ם הביא ראיה מסוגיא בגיטין (יח.) שמשנתן עיניו לגרשה, שוב אין לבעל פירות. הראשונים הנ״ל דחו דברי הרשב״ם, וז״ל הריטב״א שם: ״וזה אינו נכון כלל דכל שירשה, בין דאו׳ ובין דרבנן משום קטטה לא יפסיד זכותו, כשם שלא יפסיד זכותו בשאר ירושות, והא דכיון שנתן דעתו לגרשה אינה הלכה, וגם לא נאמרה אלא בגרושה שמפסיד פירות משעה שנתן דעתו בכך וכו׳״. וכן פסק הרמ״א (אבה״ע צ:ה) שבנתן עיניו לגרשה, עדיין הוא יורשה.

אבל יש לבאר דברי הרשב״ם ע״פ דברינו, שירושת הבעל מבוססת על היחס האישי שבין איש לאשתו שנובע מהאישות, ולא ביחס

---

[19] שיטת הרמב״ם בענין צריך דיון נפרד. מוכח מכמה פסקים שהרמב״ם מאוד הרחיב את הדין ״מסר האב לשלוחי הבעל״. עי׳ בהל׳ נחלות (א:ט) ובמקביל בהל׳ אישות (פרק כב׳). משמע שלפי הרמב״ם, מסר האב לשלוחי הבעל הוא עוד אפשרות, עוד תהליך נפרד לנישואין. עי׳ גם בהל׳ אישות (י:ב) בענין יחוד שאינו ראוי לביאה, שהרמב״ם פסק שביחוד שאינו ראוי לביאה, האשה ״הרי היא כארוסה עדיין״. המגיד משנה דן בשאלה האם יש חלות במקצת ואולי הבעל קונה את ירושתה. ואכמ״ל.

משפחתית גרידא. א"כ, ברגע שיש קטטה ביניהם ונהרסה האוירה המשפחתית, בטל דין ירושת הבעל.[20]

ז. שיטת הרמב"ם

שיטת הרמב"ם בענין אופי ירושת הבעל צריך עיון טובא. כבר הזכרנו שבכמה מקומות הרמב"ם פסק שירושת הבעל דרבנן. אבל בכמה מקומות במשנתו של הרמב"ם, משמע שירושת הבעל יותר קרוב לדאורייתא.

עי' במש' ובגמ' (בכורות נב:) שיש מח' תנאים האם שדה של אשה שירש בעלה אחר שמתה חוזר ליורשי האשה ביובל, או נשאר ברשות הבעל. ר' מאיר סבר שאין השדה חוזר ביובל אלא נשאר ברשות הבעל. ר' אלעזר סבר שהשדה כן חוזר ביובל. (שיטה ג', ר' יוחנן בן ברוקה סבר שהשדה חוזר ליורשי האשה ביובל בדמים.) הגמ' מבארת שמח' ר"מ ור"א תלויה באם ירושת הבעל דאורייתא (ר"מ), או דרבנן (ר"א).

לאור פסקי הרמב"ם בהל' נחלות ובהל' אישות שירושת הבעל דרבנן, היינו מצפים שהרמב"ם יפסוק כאן כר"א שהשדה חוזרת ליורשי האשה ביובל. אבל עי' ברמב"ם (שמו"י יא:כא) שפסק: "אבל היורש את אשתו אע"פ שירושת הבעל מדבריהם, עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, ואינו מחזיר ביובל". הרמב"ם תמך בשיטתו שירושת הבעל דרבנן אבל פסק כר"מ שאין השדה חוזרת ביובל. הוא הסביר שאע"פ שירושת הבעל דרבנן, חכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה.

ראשית כל, צריך עיון מאיפה קיבל הרמב"ם עמדה זו. הרי בסוגיא בבכורות לא מופיעה שיטה שבנוגע לשדה שחוזר ביובל חכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. דעה זו היא רק דעת רב בכתובות (פד.) בנוגע לבעל שמתנה לא ליירש את ירושת אשתו! שם, כפי שראינו לעיל,

---

[20] ע"פ סוגיא זו פסק היש"ש בגיטין (הובא בפתחי תשובה באבה"ע צ:ח) שאם זוג החליטו להתגרש, והאשה מתה עוד לפני שהבעל נתן לה גט, הבעל אינו חייב בז' ימי אבילות.

רב סבר שאע״פ שירושת הבעל דרבנן, התנאי בטל שחכמים עשו חיזוק לדבריהם. מפני מה הביא הרמב״ם את דברי רב לענין החזרת השדה ביובל?

דבר נוסף, עי׳ בסוף הל׳ כא׳ שם: ״ואם ירש ממנה בית הקברות, יחזיר לבני משפחה משום פגם משפחה, ויתנו לו דמיה, ומנכין לו דמי קבר אשתו, שהרי חייב בקבורתה״. שיטה זו היא שיטת ר״י בן ברוקה שמופיעה במש׳ בבכורות, ובגמ׳ כתובות שם רב בעצמו ביאר שר״י בן ברוקה סבר כך מכיון שירושת הבעל דאורייתא! וז״ל הגמ׳ בכתובות שם:

ורב סבר שירושת הבעל דרבנן? והא תנן ר״י בן ברוקה אומר, היורש את אשתו יחזיר לבני משפחה וינכה להם מן הדמים. והוינן בה, מאי קסבר? אי קסבר ירושת הבעל דאורייתא, אמאי יחזיר? ואי דרבנן, דמים מאי עבידתייהו? ואמר רב, לעולם קסבר ירושת הבעל דאורייתא וכגון שהורישו אשתו בית הקברות וכו׳ רב לטעמיה דר״י בן ברוקה קאמר, וליה לא סבירה ליה.

הרי מבואר בגמ׳ שר״י בן ברוקה סבר שירושת הבעל מה״ת, ורק מפני תקנה דרבנן משום פגם משפחה הבית הקברות חוזרת ליורשי האשה. א״כ, איך הרמב״ם פוסק כר״י בן ברוקה? הרי הוא סובר שירושת הבעל דרבנן! ואפי׳ אם נגיד שגם כאן הרמב״ם אזל לשיטתיה מהתחלת ההלכה שירושת הבעל דרבנן אבל עשו חיזוק לדבריהם, ולכן גם כאן הכריחו לשלם דמים לבני משפחה, לכאו׳ הצעה זו בלטי אפשרי. הרי הדעה בגמ׳ שירושת הבעל דרבנן ועשו חיזוק לדבריהם הוא שיטת רב. ואולם, רב עצמו, כשהקשו עליו משיטת ר״י בן ברוקה (שמדברי רב שם משמע שהוא סובר שירושת הבעל דאורייתא), לא תירץ רב שירושת הבעל באמת דרבנן ועשו חיזוק לדבריהם! אלא, שר״י בן ברוקה סבר שירושת הבעל דאורייתא וליה לא סבירא ליה. יוצא מזה, אם ננקוט כהצעה זו ברמב״ם, שהרמב״ם הביא שיטת רב לא רק למקרה של שדה ביובל אלא גם לשיטת ר״י בן ברוקה בפרט, על אף שלא עשה כן רב, שהוא בעל שיטת ״עשו חיזוק לדבריהם״!

יש עוד כמה פסקים ברמב״ם שצ״ע. עי׳ בהל׳ גירושין (ח:ו) שדן בדברי הגמ׳ גיטין (פה.) אם הבעל אומר הרי את מגורשת לי חוץ

מירושתך, מהו? "בנשואין הא לא שייר, או"ד 'לשארו וירש אותה' כתיב?" הגמ' משאיר את ספק זה בתיקו. אכן, לאור פסק הרמב"ם שלא תמך בדרשת 'לשארו וירש אותה' אלא סבר שירושת הבעל דרבנן, היינו מצפים שבשאלה זו, אין ספר בכלל והיא מגורשת. אבל הרמב"ם פסק כאן שהאשה ספק מגורשת. וצ"ע מה הספק, הרי הרמב"ם פסק שירושת הבעל דרבנן.[21]

וע"ע בהל' ערכין (ד:כב) שדן במקרה הגמ' ערכין (כה:). המש' (כה.) קבע שאם מישהוא הקדיש שדה אחוזתו, והשדה נגאלה מהקדש ע"י אחר, השדה יוצאה מתחת יד האחר ביובל ומתחלקת לכהנים. אבל אם השדה נגאלה ע"י בנו, השדה חוזר לאביו ביובל. הגמ' מסתפקה, כשאשה מקדישה את שדה שלה, מי נקראת הגואל שיכול להעמיד את השדה ברשותה ביובל כדי שלא תצא לכהנים? וז"ל הגמ' שם: "בעי ר' זירא, אשה מי מעמיד לה שדה? בעל מוקים לה, שכן יורשה, או"ד בן מוקים לה שכן נוטל בראוי כבמוחזק? תיקו".

ולכאו' גם כאן, כמו הסוגיא בגיטין, הספק מבוסס על העמדה שירושת הבעל דאורייתא. וכן באמת פירש רש"י שם. ולאור פסק הרמב"ם שירושת הבעל דרבנן, הוא היה צריך לפסוק כאן שהבן הוא הפודה שמעמיד השדה ברשות האשה, והבעל ברמת הדאורייתא נקרא "אחר" כשאר קרובים, וכשיפדה השדה היא מתחלקת לכהנים ביובל. ברם, הרמב"ם פסק בהל' ערכין, שכשהבעל פודה את שדה אשתו, כשמגיע יובל, השדה היא בגדר כל דאלים גבר. אם האשה לוקחה היא שלה, ואם הכהנים לוקחה היא שלהם. זאת אומרת, הרמב"ם תמך בספיקה של הגמ' שנעוץ בעמדת ירושת הבעל דאורייתא, על אף שהוא סובר שירושת הבעל דרבנן.[22]

---

[21] השער המלך (הל' גירושין שם) הציע שלפי הרמב"ם ירושת הבעל אכן דרבנן, אלא אחר שנתקנה, הרי אין כריתות גמורה כשמגרשה חוץ מירושתה. ויש לדון בתירוץ זה, ואכמ"ל.

[22] הזבח תודה על מס' ערכין (שם) הקשה על הרמב"ם כדברינו, ותירץ שהרמב"ם סובר כאן שירושת הבעל דרבנן, אבל עשו חיזוק לדבריהם במקום תורה. אפי' אם נקבל את התירוץ של הזבח תודה, נשארת לנו השאלה, כמו ששאלנו על המש'

חוץ מפסקי הרמב״ם שראינו, יש עוד ראיות במשנתו של הרמב״ם שקשים לאור דבריו שירושת הבעל דרבנן. עי׳ בפיה״מ ריש פרק יש נוחלין שמשמע שירושת הבעל דאורייתא. וז״ל שם: ״וירושת האב קבלנו מפי השמועה וכן ירושת הבעל לאשתו, ברמז לירושת יוצאי יריכו ממה שנאמר ׳לשארו׳ ונאמר ׳שאר אביך׳, וירושת אשתו ממה שנאמר ׳וירש אותה׳״. קשה לומר שלהרמב״ם, הפסוק לגבי ירושת הבעל רק אסמכתא הוא, אחר שהוא משוה ירושת הבעל לירושת הבן את אביו.[23] גם בפיה״מ בכורות (ח:יא), הרמב״ם פסק כחכמים, שמשמע שירושת הבעל דאורייתא.[24]

כדי ליישב את שיטת הרמב״ם, נצטרך לעמוד על עוד קושיא נוספת שמקשה הלח״מ. וז״ל הרמב״ם בהל׳ אישות הנ״ל: ״התנית עמו אחר שנשאה שלא יירשנה, תנאה בטל. ואע״פ שירושת הבעל מדברי סופרים, עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, וכל תנאי שבירושה בטל אע״פ שהוא ממון שנאמר בה ׳לחוקת משפט׳״. מבואר ברמב״ם לא בדיוק כדברי רב בכתובות. שהרי מהסוגיא משמע אפי׳ למסקנה שרב סבר שתנאי בדבר שבממון בטל. לכן, עצם זה שעשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, מביא לתוצאה שהתנאי בטל שהרי תנאי בירושה הוי תנאי בדבר שבממון. אבל הרמב״ם פסק תנאי בדבר שבממון קיים. לכן, הוא מפרש שזה שעשו חיזוק לדבריהם כשל תורה ותנאו בטל, הוא משום שבירושה נאמר ׳חוקת משפט׳. זאת אומרת, ה״חיזוק לדבריהם״ לא רק דתנאי זה נחשב כתנאי על דין דאורייתא (שחיזוק זה לא מועיל לרמב״ם שסובר בדבר שבממון תנאו קיים), אלא שירושת הבעל דרבנן בדרך כלל נחשבת ומוגדרת כירושה

בבכורות, למה הרמב״ם נטע לעשות חיזוק לדברי חכמים כאן, על אף שחיזוק זה לא מופיע בסוגיא בשום מקום.

[23] במהד׳ קאפח הוסיף כמה מילים שמהן משמע שהוא דרבנן, אבל נשארת המילה ״וכן״, אז עדיין קשה ההשואה לירושת הבן מפסוקים בתורה. בכל מקרה, מעניין שהרמב״ם העמיד ב׳ סוגי ירושה: ירושת הבעל, ושאר ירושות.

[24] במהד׳ קאפח, הגירסא הוא ״הלכה כר״א חוץ מירושת הבעל, שאע״פ שירושת הבעל דרבנן, עשו חיזוק לדבריהם״.

דאורייתא. ירושת הבעל במהותה, הויא כשאר ירושות והיינו דהויא בכלל 'חוקת משפט' ולא נחשב כדבר שבממון.[25]

למה הרמב"ם נקט כעמדה זו? למה הוא הציע שירושת הבעל, אע"פ שהוא דין דרבנן נחשבת במהותה כדין דאורייתא? ונראה ליישב לשיטת הרמב"ם, שלירושת הבעל יש אותו תפקיד שיש לכתובה, דהיינו שהיא תורמת למסגרת ולאוירה משפחתית שבנויה על נאמנות הדדית בין איש לאשתו. עי' במאמרו של הרב רוזנצוייג בענין כתובה דאורייתא או דרבנן (בית יצחק כרך כו' עמ' 450-441) שחידש ע"פ יסוד זה, שלאחר שתיקנו חז"ל תקנת כתובה, חיוב זה נהפך להיות קיום דאורייתא ממש בהאישות, ע"י יצירת המסגרת משפחתית, וכשאדם נושא אשה בלי לכתוב לה כתובה, הוא בעצם רוצה אישות שמנתקת בקלות, וזה הוי כמו פילגשות, ולא אישות (עיי"ש בהרחב). ולכן, למרות שהרמב"ם פוסק שכתובה דרבנן, הוא מכניס את הכתובה לרמת הדאורייתא בכמה מקומות (דינים של פילגש, קדישה, מפותה ועוד). וכמו כן, יש להציע אותו הסבר בענין ירושת הבעל. ירושת הבעל במהותה הויא דין דרבנן, אבל ע"י תקנה זו יש קיום דאורייתא באישות שהירושה שהאשה מבטיחה לבעלה, תורמת למסגרת המשפחתית שהאישות משקפת. לכן, הרמב"ם נוטה לצד 'עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה' בכל מקום שאפשר, אפי' כשלא מופיע בסוגיא כמו בפרק י"א מהל' שמו"י. ובגלל זה, הרמב"ם פוסק שהמגרש את אשתו "חוץ לירושתך" הויא ספק מגורשת, ושאם בעל שפדה את שדה אשתו, השדה יוצא לכל דאלים גבר ביובל, ולא ישר לכהנים, כי יש לירושת הבעל קיום דאורייתא, לא בהל' נחלות אלא בהל' אישות.

ועי' ברמב"ם (אישות כב:ד) שפסק "פיקח שנשא חרשת, אם מתה לא יירשנה". והמפרשים הקשו, מאיפה למד הרמב"ם דין זה? הרי לא מופיע בשום מקום שפיקח שנשא חרשת לא יורש את אשתו. והראב"ד פירש וז"ל: "המחבר הזה למד ירושה מן הכתובה, וכיון דפיקח שנשא

---

[25] בהל' נחלות (ו:א) הרמב"ם משתמש בלימוד "חוקת משפט" דוקא ללמד שירושה לא נחשבת כדבר שבממון. עי' במאמרו של הרב רוזנצוייג בחוברת זו, שע"פ דברי הרמב"ם כאן יש לצדד שלירושה בכלל יש צד דין איסור, נוסף לדין ממון שלה.

חרשת לא תיקנה לה כתובה, מן הסתם אף כאן אינו יורשה".[26] צ"ע בדברי הראב"ד. מה הקשר בין כתובה לירושה? אבל לאור מה שאמרנו ברמב"ם, הדברים עולים יפה. יש קשר מהותי בין הכתובה לירושה, ששניהם מביאים לאותו קיום דאורייתא באישות. לכן, באופן מסויים, א"א לנתק כתובה מירושה, ששני התקנות מביאות לאותו קיום. אם אין כתובה לאשה חרשת, ממילא סביר לומר שאין ירושה.

וכן, עי' בגמ' כתובות (מז:) שקבעה שתקנת "קבורתה תחת כתובתה". כל הראשונים העירו שפירוש "כתובתה" לאו היינו מנה ומאתים, אלא חלק הירושה! וז"ל רש"י שם: "תחת כתובתה, תחת הנדוניא שהכניסה לו, והיא כתובה בשטר הכתובה והוא יורש." דהיינו, פירוש דין "כתובתה" הוא הנדוניא שאשה מכניסה לבעלה, והוא יורש לאחר מיתתה. ע"פ דברינו, עולה יפה זה שהסוגיא משתמש בביטוי "כתובתה", ומדבר על חלק מירושת הבעל.

[26] המגיד משנה גם נקט כהסבר זה, והוסיף "והיא אינה בת דעת שתוכל לזכות לו".

הרב ברוך דוב בראון
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

בענין בריתו של אברהם אבינו וחלק גר בנחלת ארץ ישראל

א. גדר בריתו של אברהם אבינו

יש לשאול, האם בריתו של אברהם אבינו הוא רק מקרה-קודם (antecedent) והתחלת הברית שעתיד להיות בין ה' ובני ישראל, והברית של בני ישראל בא במקום הברית של א"א. או, דמלבד הברית שכרת ה' בינו ובין בני ישראל, יש ברית אחר לגמרי שכרת ה' בינו ובין אברהם אבינו, ויש לאותה ברית חשיבות עצמאי שאינו תלוי כלל בבני ישראל ובריתם.

והנה, איתא במס' אבות (ו:י): "חמשה קנינים קנה הקדוש ברוך הוא בעולמו ואלו הן תורה קנין אחד שמים וארץ קנין אחד אברהם קנין אחד ישראל קנין אחד בית המקדש קנין אחד. תורה קנין אחד מנין דכתיב ה' קנני ראשית דרכו קדם מפעליו מאז. שמים וארץ קנין אחד מנין וכו' ואומר מה רבו מעשיך ה' כולם בחכמה עשית מלאה הארץ קנינך. אברהם קנין אחד מנין דכתיב ויברכהו ויאמר ברוך אברם לאל עליון קונה שמים וארץ וכו'."

דהיינו, שמלבד הקנין דישראל יש קנין אחרת דאברהם אבינו. דכשם שמצינו במדרש שבשביל ישראל ברא הקב"ה את השמים ואת הארץ[1], כן איתא במדרש שבשביל אברהם אבינו ברא הקב"ה את השמים

[1] מדרש אגדה (בראשית פרק א): "בראשית ברא אלהים וכו' ומנין אתה למד ששמים וארץ לא נבראו אלא בשביל ישראל, שנאמר בראשית, ופירושו תחלה, וישראל נקראו ראשית, שנאמר קודש ישראל לה' ראשית תבואתו (ירמיה ב:ג)."

ואת הארץ[2]. ולכ׳ זהו כוונת המשנה כשהביא מקור לאברהם אבינו שאיקרי קנין מדכתיב ״ברוך אברם לאל עליון קונה שמים וארץ.״

אולם, המכילתא דרבי ישמעאל (בשלח פרשה ט ד״ה עד יעבור) לא מנה את אברהם אבינו לקנין בפני עצמו: ״ ארבעה נקראו קנין ישראל נקראו קנין שנ׳ עם זו קנית, שמים וארץ נקראו קנין שנא׳ קונה שמים וארץ (בראשית יד כב), בית המקדש נקרא קנין שנא׳ הר זה קנתה ימינו (תהלים עח נד), התורה נקראת קנין שנ׳ ה׳ קנני ראשית דרכו (משלי ח כב).״ ועל פי המכילתא הגי׳ הגר״א במס׳ אבות הנ״ל שאין לגרוס ה׳ קנינים אלא ד׳ קנינים ולהסיר את קטע של אברהם אבינו.

ונראה, שנחלקו אי ברית של אברהם אבינו היה רק מקרה-קודם לברית של בני ישראל, וא״כ אין למנות את א״א לקנין עצמאי, שבאמת הוא בכלל הקנין של ישראל. או, שברית א״א הוא ברית בפני עצמו ויש לו חשיבות מחוץ למסגרת ישראל, ולכן ראוי להיות ״קנין״ עצמאי מלבד הקנין דישראל.

ויש לחפש ולעיין בתחומין שונים למצוא ראיות לכאן ולכאן.

ב. גרות של אברהם אבינו

א. איתא בכריתות דף ט ע״א: ״ככם כגר יהיה וכו׳ רבי אומר ככם כאבותיכם, מה אבותיכם לא נכנסו לברית אלא במילה וטבילה והרצאת דמים אף הם לא יכנסו לברית אלא במילה טבילה והרצאת דמים וכו׳ בשלמא מילה דכתיב כי מולים היו כל העם היוצאים וכו׳.״ ואיתא בתוס׳ (שם ד״ה דכתיב כי מולים היו כל העם) וז״ל פירוש שמלו עצמם ביציאתם ממצרים. ואע״פ שאותן שהיו נימולים בימי אברהם לא מלו אותם ביציאת מצרים, מ״מ מעיקרא כשמלו עצמן מלו ליכנס בברית המקום וליבדל משאר אומות וגם כי עתה טבלו ע״כ.

---

[2] בראשית רבה (פרשה יב) על הפסוק ״אלה תולדות השמים והארץ בהבראם״: ״אמר ר׳ יהושע בן קרחה בהבראם באברהם, בזכות אברהם (שהיה עתיד להעמיד).״

אולם, הרשב״א (יבמות דף מו ע״א ד״ה שכן מצינו) פליג וכתב דשבט לוי הטיפו מהן דם ברית, שאלולי כן במה נכנסו תחת כנפי השכינה, דאינו מועיל מה שמלו מעיקרא לברית של אברהם אבינו. ועי׳ הרמב״ן שם (ד״ה שכן מצינו) שהביא שיטה זה אבל סיים וז״ל ולי נראה דמדין מילה אינן חייבין להטיף דהא מלו, ולא דמו לערבי מהול וגבעוני מהול דהתם כיון דלא מפקדי כמאן דלא מהילי דמו וכו׳, הילכך בני לוי נדונו כנשים להכנס בטבילה תחת כנפי השכינה עם המילה שלהם ע״כ. ומשמע, שהרמב״ן מודה להרשב״א, שבעיקרון, מה שמלו שבט לוי מעיקרא ליכנס לברית אברהם אבינו אינו מועיל עתה לתהליך הגרות דבני ישראל ליכנס תחת כנפי השכינה. אלא, דס״ל להרמב״ן דכיון שהיה המילה במסגרת ציווי להם אין דינם כערלים כערבי מהול, אלא דינם כאשה דלא בעי אלא טבילה ליכנס תחת כנפי השכינה, ולכן לא בעינן להטיף דם ברית.

ונראה שתוס׳ והרשב״א-רמב״ן פליגי בחקירתנו. דתוס׳ ס״ל שמילת אברהם זו היא אותה הברית של בני ישראל, וא״כ אלו שכבר נימולו לא היו צריכים למילה אחרת שכבר מלו לשם ברית זה, ועכשיו ע״י הטבילה והרצאת דמים השלימו התהליך. וכן משמע מדברי הרא״ש (שטמ״ק כריתות שם אות לג): ״מ״מ גם מתחילה נימולו ליכנס להכנס בברית המקום אשר כרת את אברהם וביציאת מצרים הוסיפו טבילה והרצאת דמים.״

אבל הרשב״א-רמב״ן ס״ל שברית א״א הוא ברית נפרדת. ולכן, המילה היתה רק לאותה ברית דוקא. לפיכך, לברית החדשה בין ה׳ לעם ישראל בעינן מילה אחרת, ומקיים זה ע״י הטפת דם ברית כמו גר שנתגייר כשהוא מהול. או, דלא בעינן מילה אחרת, אבל רק משום דאינו דומה לערבי מהול, שמעיקרא המילה היה לשם השם ומשום ציווי וא״כ לא גרע מאשה, וכמו שביאר הרמב״ן.

ב. הנה דנו הראשונים אם מה שבית דין מטבילין גר קטן (כתובות דף יא ע״א) מהני מדאורייתא או רק מדרבנן. ותוס׳ סנהדרין דף סח ע״ב הביאו ראיה ממעמד הר סיני, שאבותינו נכנסו לברית במילה וטבילה והרצאת דמים ״וכמה קטנים היו בשעת מתן תורה.״ אולם, הריטב״א כתובות שם (ד״ה מאי קמ״ל) דחה ראיה זו וז״ל די״ל דהתם משום דנתגיירו אבותיהם וניחא להו במאי דעבוד אבוהון, ותו דאילו זרע

אברהם כבר נצטוו על המילה ולהכניסם מקטנותם בבריתו ואין זה אלא גמר גרות כנ"ל ע"כ.

ונראה לפרש, שהריטב"א ס"ל שהברית של א"א הוא מקרה-קודם והתחלה לברית של בני ישראל. ולכן, גרות דמתן תורה הוא גמר הגרות שהתחיל א"א, וא"כ אי אפשר ללמוד כל מיני דיני גרות מגרות דמתן תורה שהיה בתור גמר גרות.

מיהו, תוס' ס"ל שאברהם אבינו לא התחיל לגייר בגרות וברית של בני ישראל, אלא שכרת ברית עצמאי בינו ובין ה'. לכן, כשבא עם ישראל למתן תורה לגייר לא חשבינן זה כגמר גרות אלא כגרות חדשה שהתחיל מאז וכמו כל גרות דעלמא. לפיכך, יש ללמוד משם דיני גרות לגמרי ולדמותם זה לזה.

ג. איתא ביבמות דף מו ע"א: "ת"ר, גר שמל ולא טבל - ר"א אומר: הרי זה גר, שכן מצינו באבותינו, שמלו ולא טבלו. טבל ולא מל - ר' יהושע אומר: הרי זה גר, שכן מצינו באמהות, שטבלו ולא מלו. וחכמים אומרים: טבל ולא מל, מל ולא טבל - אין גר, עד שימול ויטבול וכו'... ורבי יהושע, טבילה באמהות מנלן? סברא הוא, דאם כן, במה נכנסו תחת כנפי השכינה?"

והריטב"א שם כתב וז"ל שכן מצינו באמהות, פרש"י ז"ל בנשיהם של יוצאי מצרים. ויש מקשים דהא קי"ל שאין קורין אמהות אלא לד' כדאיתא במס' ברכות (ט"ז ב'), ותירצו דההיא בתפלה לומר מרים אמנו ויוכבד אמנו ע"כ. אולם, המאירי שם הביא פי' אחר שמיישב קושיא זו וז"ל ומה שאמרו כאן באימהות שטבלו ולא מלו יש מפרשים ביציאתן ממצרים בשעת מתן תורה ויש מפרשים ארבע אימהות והוא כשנכנס אברהם לברית שהטביל את שרה וכן בארבע אימהות ע"כ.

ונראה, דנחלקו הדעות אם יש ללמוד תהליך הגרות של האבות והאמהות לגרות דעלמא. ויש לבאר דנחלקו בחקירתנו האם ברית של א"א הוא מקרה-קודם והתחלה לברית של כלל ישראל אם לאו. מיהו, יש לפרש מחלוקתם על פי זה בב' אופנים הפוכים:

(א) הדעה השניה בהמאירי ס"ל שגרות של האמהות היה ליכנס לאותה ברית שנכנסו בני ישראל וכל גר הבא אחריהן, רק

שהאמהות לא השלימו וגמרו הגרות. וכיון ששניהם הוו ברית אחת יש ללמוד זה לזה. אבל הריטב״א ס״ל שהאמהות נכנסו לברית אחרת לגמרי ולכן אין לדמותם ואין ללמוד זה מזה.

(ב) הריטב״א ס״ל שגרות של האבות ואמהות היה ליכנס לאותה ברית שנכנסו בני ישראל וכל גר הבא אחריהן, אלא שהאבות והאמהות לא גמרו תהליך הגרות. אבל א״כ, נמצא שתהליך הגרות שלהם מהוה רק ״מקצת גרות״ ו״חצי ברית,״ ולכן אין ללמוד מזה לתהליך הברית של בני ישראל שמהוה ״גרות וברית שלמה.״ אבל הדעה השניה במאירי ס״ל שהברית של האבות והאמהות היתה ברית אחרת לגמרי. וא״כ, נמצא שהתהליך שלהם מהוה גרות וברית שלמה ומוחלטת, ולכן יש ללמוד מהאבות שיש במעשה טבילה הכח לאפשר הכנסה לברית ולמהוה גרות שלמה, הגם שתוכן הברית הוא שונה.

ד. איתא בגמ׳ סוכה דף מט ע״ב וחגיגה דף ג ע״א, שאברהם אבינו היה ״תחילה לגרים.״ ופרש״י (סוכה שם ד״ה תחילה לגרים) וז״ל תחילת לגרים בנדבת לבו להתגייר ע״כ. מיהו, תוס׳ (חגיגה שם ד״ה תחילה) פירשו בענין אחר וז״ל תחילה לגרים שנצטווה על המילה טפי מכל אותם שלפניו ע״כ.

ונראה שנחלקו אם א״א התחיל לגייר וליכנס באותה ברית של בני ישראל אם לאו. דרש״י ס״ל שהברית של א״א היה הקדמה לברית של עם ישראל, ולכן למד הגמ׳ כפשוטו, שא״א היה הראשון להתגייר, שהתחיל להתגייר אף שלא נגמרה הגרות (עד מתן תורה). אבל תוס׳ ס״ל שהברית של א״א היה ברית בפנ״ע ומושג אחר, ולכן הבינו שהגמ׳ לאו דוקא, דבאמת לא התחיל להתגייר כלל דהא לא התחיל ליכנס בברית של בני ישראל. ולכן למדו שדברי הגמ׳ הם לאו דוקא, ופירשו שכוונת הגמ׳ היא למה שנצטווה על המילה.

ה. הנה, נחלקו הראשונים אם היה לאבות דין בן נח או דין ישראל, ונפק״מ לענין דיני יחוס. עי׳ ברמב״ן (ויקרא כד:י) בענין המקלל, שדן האם הבן אשה הישראלית שהוא בן איש מצרי, הוצרך לגרות אם לאו, וז״ל והצרפתים אומרים כי טעם הגרות מפני שהיה קודם מתן תורה, והיה

משפטו לילך אחר הזכר ממה שאמרו (יבמות עח ב) באומות הלך אחר הזכר, וכאשר נולד זה לא מלו אותו כי מצרי היה בדינו, אבל כשגדל נתגייר לדעתו ונמול. ואין דעתי כך, כי מעת שבא אברהם בברית היו ישראל ובגוים לא יתחשבו, וכמו שאמר בעשו (קידושין יח א) ודילמא ישראל מומר שאני. וק״ו הדבר, אם לאחר מתן תורה שהכותי הבא על בת אברהם מחייבי לאוין ואין לו בה קידושין היא מקוה טהורה לאומות להכשיר את ולדה להיות כמוה, לא כל שכן קודם התורה שתהא מטהרת ולדה להיות כמוה לחייבו במילה כזרעו של אברהם ויהיה מכלל בני ישראל ע״כ. וכן הובא הני ב׳ דעות בחזקוני שם.

ובהשקפה ראשונה נראה שפליגי בחקירתנו, שהצרפתים ס״ל שהברית של אברהם אבינו אינו מקרה-קודם והתחלה לברית שבה עתיד בני ישראל ליכנס, וא״כ לא התגייר כלל לברית של בני ישראל וממילא הולד הולך אחר האב. ואע״פ שא״א נכנס לברית חדש, ואפשר לומר שא״א באמת יצא מכלל בני נח, מ״מ לכלל ישראל לא בא אלא לכלל בפני עצמו, לכלל אברהם, ולענין דיני יחוס כללו שוה לכלל בן נח והולד הולך אחר האב. אבל הרמב״ן ס״ל שבריתו של א״א היה מקרה-קודם והתחלה לברית שבה עתיד בנ״י ליכנס. ונמצא, שהוא התחיל להתגייר ולהיות נקרא בתור ״ישראל״, ולכן ביחוסו הולך אחר האם כדיני בני ישראל.

אולם, אחר העיון נראה שהחקירה לא שייכת כאן. די״ל דס״ל להצרפתים כצד השני, שהברית של א״א אינו ברית בפנ״ע אלא מקרה-קודם והתחלה לברית שבה עתיד עם ישראל ליכנס, ואעפ״כ היחוס עדיין הולך אחר האב. ויש לפרש גישה זו בב׳ אופנים:

(א) אע״פ שא״א התגייר והכניס עצמו לברית של כלל ישראל, מ״מ לא התגייר אלא במקצת. וס״ל להצרפתים שרק עם גמר הגרות והשלמתו, שהיה רק בהר סיני, בא השינוי לענין יחוס.

(ב) שאף שהברית של א״א היה מקרה-קודם לברית של עם ישראל, ולא היה לה חשיבות נפרדת מבני ישראל, מ״מ לא חל על א״א חלות חדש ולא התגייר כלל ע״י כריתת בריתו, ונשאר כבן נח ממש.

ולפי זה, יש לומר שהדעות רק פליגי אם אברהם אבינו התגייר אם לאו, אבל כ״ע מודים שהברית של א״א אינו אלא מקרה-קודם לברית של בני ישראל.

ומאידך גיסא, יש לבאר דס״ל להרמב״ן כצד הראשון, ומודה להצרפתים שבריתו של א״א היה ברית בפנ״ע ומיוחד ולא רק מקרה-קודם לבריתו של בני ישראל. הראשונים אינם חולקים אלא לענין גדר ומהות של הברית של א״א ובפרט לענין יחוס. שהצרפתים ס״ל שרק הברית של בנ״י מהווה שינוי בדיני יחוס שהולד הולך אחר האם. וא״כ, אף שיש לא״א ברית חדשה ומשונה בעיקרון מברית של בני נח, מ״מ לענין יחוס דומה לבני נח.

מיהו, הרמב״ן פליג וס״ל שהחריג הוא ברית של בני נח, דרק בריתם מהווה שהיחוס הולך אחר האב. אבל הברית של בנ״י וגם הברית של א״א מהווה דיני יחוס אחר, שהולד הולך אחר האם. וכשהרמב״ן כתב ״כי מעת שבא אברהם בברית היו ישראל ובגוים לא יתחשב״ כוונתו להדגיש שמשעה שכרת א״א בריתו יצא מכלל בני נח, וחל עליו חלות חדשה שנכנס לכלל אברהם. ולכן דומה יותר לבן ישראל לענין דיני יחוס, אבל לא שהתגייר ובא לכלל ישראל ובריתם ממש, דזה אינו, דהא הברית של א״א היה ברית נפרדת מברית שעתיד בנ״י לכרות[3].

ג. מקרא ביכורים (וחלק גר בנחלת ארץ ישראל)

איתא במס׳ ביכורים (א:ד): ״אלו מביאין ולא קורין הגר מביא ואינו קורא שאינו יכול לומר אשר נשבע ה׳ לאבותינו לתת לנו, ואם היתה אמו מישראל מביא וקורא. וכשהוא מתפלל בינו לבין עצמו אומר אלהי

[3] ולפי זה יש להשוות דעת הרמב״ן על התורה כאן עם דעתו בחידושיו הנ״ל. דמה דס״ל להרמב״ן כאן שאברהם יצא מכלל בן נח ויש לו דין ישראל לענין דיני יחוס, אינו סתירה למה שהבאנו לעיל בדעתו שבעיקרון מילת שבט לוי אינו מועיל לתהליך גרות של כלל ישראל ובריתם, ומשום שמילת אברהם אבינו היה לברית אחרת. דאה״נ, שיצא א״א מכלל בן נח, אבל לכלל ישראל לא בא, ואף לא התחיל ליכנס בתוך הברית של בני ישראל, אלא הכניס לברית וכלל אחר והוא בני אברהם. והחידוש הוא שבני אברהם דומה לבני ישראל לענין יחוס אחר האם, ואינו הולך אחר האב כבני נח.

אבות ישראל וכשהוא בבית הכנסת אומר אלהי אבותיכם ואם היתה אמו מישראל אומר אלהי אבותינו.״ אולם, בירושלמי שם הביא דעת אחרת בזה: ״תני בשם רבי יהודה גר עצמו מביא וקורא, מה טעם, כי אב המון גוים נתתיך, לשעבר היית אב לארם ועכשיו מיכן והילך אתה אב לכל הגוים. רבי יהושע בן לוי אמר הלכה כר׳ יהודה. אתא עובדא קומי דר׳ אבהו והורי כרבי יהודה.״

מיהו, בעלי התוס׳ (הובא בתוס׳ בבא בתרא דף פא ע״א ד״ה למעוטי) נקטו להלכה כסתם משנה שגר מביא ואינו קורא. דר״ת סבר דההיא ירושלמי משבשתא היא, והר״י סבר ״הא דאמר ר׳ יהודה בירושלמי דמביא וקורא דוקא גר מבני קיני חותן משה דמצי אמר לתת לנו שנטלו חלק בארץ כדכתיב והיה הטוב ההוא אשר ייטיב וגו׳ והטבנו לך (במדבר י) שנתנו להן דושנה דיריחו כדאמר בספרי.״

אבל הרמב״ם (ביכורים ד:ג) פסק כסתם דעת הירושלמי, שכל גר מביא וקורא, אלא שהוסיף קצת מדעתו וז״ל הגר מביא וקורא שנאמר לאברהם אב המון גוים נתתיך הרי הוא אב כל העולם כולו שנכנסין תחת כנפי שכינה, **ולאברהם היתה השבועה תחלה שיירשו בניו את הארץ** וכו׳ ע״כ. ומה כוונתו במילים אלו? ועוד, כבר הקשה המשנה למלך: ״תמיה לי דאף שיכולין לומר לאבותינו מ״מ כיון שלא נטלו חלק בארץ אינם יכולים לומר אשר נתת לי דומיא דאשה.״ ואע״ג שהירושלמי לא מתיחס לקושיא זו, האחריות הוא על הרמב״ם (וכמו שאר הראשונים שהקשו והסבירו היאך יכול הגר לומר ״אשר נתת לנו,״ עי׳ לקמן), וכ״ש ממה שהביא הרמב״ם הלכה זו מיד אחר שפסק (שם ד:ב) ״ואלו מביאין ולא קורין, אשה והטומטום והאנדרוגינוס לפי שהן ספק אשה ואינן יכולין לומר אשר נתת לי ה׳, וכן האפוטרופין והעבד והשליח לפי שאינן יכולין לומר אשר נתת לי ה׳.״ מאי שנא גר מאשה!?

ועי׳ הכסף משנה שם שפירש המילים הנוספים ברמב״ם וז״ל כלומר, אע״פ שאברהם אב לכל העולם לא נטלו הגרים חלק בארץ מפני שבתחילה קודם שנאמר לו כי אב המון גוים נתתיך היתה השבועה וכו׳ נמצא שלא זכו בה אלא בניו ממש ע״כ. ומשמע, שהכס״מ הבין שהאי מילים אינו קאי על הגרים אלא על בני ישראל. שבא הרמב״ם להדגיש ולבאר שאע״פ שגר מביא וקורא, מ״מ לא קיבלו הגרים חלק בארץ, ורק

"בניו", דהיינו בני ישראל, ירשו את הארץ. אבל עדיין אינו מובן: א"כ, מאי שנא גר מאשה? שניהם לא נטלו חלק בארץ.

מיהו, נלע"ד שדברי הרמב"ם עדיין קאי על הגרים, וכפשטות לשונו וריהטת דבריו.[4] ונראה שכוונתו הוא לבאר, באמת, למה מועיל מה שאברהם אבינו אב לכל הבא תחת כנפי השכינה, הא הגרים לא קיבלו חלק בארץ ולמה הם יכולים לקרות ולומר "אשר נשבע ה' לאבותינו לתת לנו?" וכן הקשה הרמב"ן והרשב"א והריטב"א (בבא בתרא דף פא ע"א): "ותימה הוא היאך יקרא והלא אינו יכול לומר לתת לנו?"

ותירץ הריטב"א וז"ל שיכול לומר אלקי אבותינו מפני שאברהם היה אבי כל הגרים וכן יצחק ויעקב אבותיהם, ומה שלא נטלו חלק בארץ מפני שלא נתחלקה הארץ אלא ליוצאי מצרים והוו להו כטפלים ע"כ. וכן תירוץ הרשב"א, וז"ל י"ל דכיון שהן כבני האבות ראויין היו ליטול חלק בארץ אלא שליוצאי מצרים נתחלקה הארץ והגרים הרי הם כטפלים שלא נטלו חלק בארץ ע"כ.

וביאור דבריהם, שאע"פ שהגרים לא קיבלו חלק בארץ למעשה, מ"מ קיבלו חלק בארץ בכח, שגרים ראויים לקבל חלק בארץ. ולקריאת ביכורים, כדי לומר "לתת לנו," זה סגי, ולא צריך שנתחלקה להם הארץ למעשה, וכמו קטנים שהיו שם שלא נטלו חלק בארץ ואעפ"כ הרי הם כשאר כל ישראל. ויש להעיר, שמשמע מסתימת דבריהם, דגרים יכולים לומר "אשר נשבע ה' לאבותינו לתת לנו" מדין בני ישראל. שכל גר שהתגייר ליכנס תחת כנפי השכינה בא נמי לתוך כלל ישראל ונחשב כבני האבות כשאר בני ישראל. וארץ ישראל היא חלקת ונחלת בני ישראל וכמו

---

[4] וע' בשאגת אריה (סימן מט) שכתב שאין לדברי הכס"מ "טעם וריח." ועיי"ש שהבין שכוונת הרמב"ם הוא "ליתן טעם למה גר מביא וקורא מפני שאברהם נקרא אב לכל העם כולו, דמנלן דאשר נשבע לאבותינו אאברהם קאי, דילמא איצחק ויעקב קאי, וגבי דידהו לא מצינו שנקראו אבות כה"ג? לפיכך כתב ולאברהם היתה השבועה תחלה קודם לשאר אבות העולם, ומסתמא עיקר קרא דאשר נשבע לאבותינו עליה קאי. הילכך גר נמי יכול לומר אשר נשבע לאבותינו בשבילו, אע"ג שאין יצחק ויעקב נקראים אבות להן." מיהו, קושיית המל"מ עדיין במקומו עומדת: איך יכול הרמב"ם למנוע מלהסביר, ולהשמיט טעם היאך יכול הגר לומר "אשר נתת לי ה'?" מאי שנא גר מאשה?

שהשביע ה׳ להאבות לתת להם. וממילא כל גר בכלל פרשה זה וראויים ליטול חלק בארץ כשאר בני ישראל, אלא שנתחלקה הארץ ליוצאי מצרים.

אולם, נלע״ד שהרמב״ן והרמב״ם תירצו בסגנון קצת אחרת. דאה״נ, מודה הרמב״ם והרמב״ן לעצם תירוצם של הריטב״א והרשב״א, והוא, שמה שיש להגרים חלק בארץ רק בכח סגי למקרא ביכורים. מיהו, הרמב״ם והרמב״ן הבינו שמה שיש לגרים הכח ליירש וליטול חלק בארץ, וממילא מה שהגרים יכולים לומר ״אשר נשבע ה׳ לאבותינו לתת לנו,״ אינו מדין בני ישראל, אלא מדין אחר. שביאר הרמב״ן: ״ובירושלמי לא משמע כי הך סברא כלל אלא בכל גרים קאמר ר׳ יהודה קורין מפני שהן **בני אברהם** וראויין היו לירושה **שלו** אלא שנתחלקה הארץ ליוצאי מצרים והרי הן כטפלים שראוין לירש ואין להם ואעפ״כ הרי הם כשאר כל האדם.״ כלומר, שמה שיש לגר כח ליטול חלק בארץ, אינו מדין **בני ישראל**, אלא מדין **בני אברהם** וירושה שלו.

ולזה כיוון הרמב״ם כשהוסיף: ״ולאברהם היתה השבועה תחלה שיירשו בניו את הארץ״. פי׳, שהשביע ה׳ לאברהם תחלה, קודם ומלבד השבועה שהשביע לבני ישראל. שהשביע ה׳ לאברהם שיירשו בניו, בני אברהם, ולא רק בני ישראל, את הארץ. דהיינו, שארץ ישראל באמת אינו רק ״ארץ ישראל״ אלא גם ״ארץ אברהם!״ שבכלל הברית של בני ישראל הוא שה׳ יתן להם את ארץ כנען, את ארץ זבת חלב ודבש. ובכלל הברית של אברהם, שהוא ברית בפנ״ע וברית אחרת לגמרי, הוא שה׳ יתן לבניו את ארץ כנען, את ארץ זבת חלב ודבש.[5] [6]

---

[5] ויוצא חידוש גבי מקרא ביכורים, דנמצא, שכדי לומר ״אשר נשבע לאבותינו לתת לנו״ אין דרישה ליטול חלק בארץ ישראל מדין בני ישראל, דסגי במה שיש לו ליטול חלק בארץ ישראל מדין בני אברהם. וסמוכין למושג זה, דלא בעינן נחלה וחלק בארץ ישראל ברמה גבוהה, הוא מה שכהנים ולוים קוראים מפני שיש להם ערי מגרש. דהנה, איתא במסכת מעשר שני (ה:יד): ״מכאן אמרו ישראל וממזרים מתודים אבל לא גרים ולא עבדים משוחררים שאין להם חלק בארץ ר׳ מאיר אומר אף לא כהנים ולוים שלא נטלו חלק בארץ ר׳ יוסי אומר יש להם ערי מגרש.״ והרמב״ם פסק כר׳ יוסי גבי וידוי מעשר(מעשר שני יא:יז) וכן גבי מקרא ביכורים (ביכורים ד:ג). ועי׳ הרע״ב (מעשר שני שם) שכתב וז״ל ויכולים להתודות על המעשרות שמביאין ממגרש הערים שלהן ע״כ. והקשה המלאכת שלמה בשם הר״ס: ״למה לא יתודו אפילו על מה שמביאים מערים אחרים שקנו כמו ישראל שמכר אחוזתו וקנה קרקע אחר שמתודה?״

ויש לתרץ, דהירושלמי שם תלה המחלוקת בין ר״מ ור״י בהשאלה אי ערי מגרש למחלוקת (נחלה) ניתנו או לבית דירה ניתנו. ובאופן דומה, תלה הירושלמי (מכות ב:ח) את המחלוקת תנאים, גבי רוצח שברח לעיר מקלט אי מעלים היו שכר ללוים דרבי יהודה סבר מעלים להן שכר ורבי מאיר פליג דלא היו מעלים להן שכר, ג״כ בהשאלה אי ערי מגרש/מקלט למחלוקת (נחלה) ניתנו או לבית דירה ניתנו. אולם, יש גרסאות (עי׳ למשל הפני משה במכות שם) שלר׳ יוסי ערי מגרש/מקלט ניתנו רק לבית דירה, ולמרות זה ס״ל בהמשנה במעשר שני הנ״ל שכהנים ולוים מתודים משום שיש להם ערי מגרש! וא״כ, דברי הרע״ב אתי שפיר. דאי אמרינן שס״ל לר׳ יוסי שערי מגרש ניתנו ללוים לנחלה וכמו שיש לישראל נחלה, א״כ כמו שישראל כשקונה קרקע אחר מתודה, ומשום דבעיקרון הוא בר נחלה וממילא, בעצם, כל ארץ ישראל שייכת לו. ה״ה שלוי יכול להתודות על המעשרות שמביאין מערים אחרים, שבעיקרון הוא בר נחלה ממה שניתנו לו ערי מגרש בתורת נחלה. אבל אי ס״ל לר׳ יוסי שערי מגרש ניתנו ללוים רק לבית דירה, נמצא שלוי אינו בר נחלה כלל, וא״כ אין לו שייכות לשאר ערים וחלקים בארץ ישראל כלל. ורק מערי מגרש, שיש לו שום שייכות, יכול להתוודות, דעכ״פ הדרגה של בית דירה סגי לוידוי מעשר.

ויוצא איפוא, שגבי וידוי מעשר ומקרא ביכורים לא בעינן חלק בארץ ישראל ממש, מתורת נחלה, אלא גם מה שקיבלו הכהנים ולוים ערי מגרש רק לבית דירה סגי. וא״כ, יש לומר נמי דגבי מקרא ביכורים לא בעינן נחלה וחלק בארץ ישראל מדין בני ישראל, אלא סגי במה שיש לגר נחלה וחלק בארץ ישראל מדין בני אברהם. ועולה יפה לשון הרמב״ם (ביכורים ד:ג): ״הגר מביא וקורא שנאמר לאברהם אב המון גוים נתתיך הרי הוא אב כל העולם כולו שנכנסין תחת כנפי שכינה, ולאברהם היתה השבועה תחלה שיירשו בניו את הארץ, וכן כהנים ולוים מביאין וקורין מפני שיש להן ערי מגרש.״ (ופסק הרמב״ם גבי עליית שכר ללוים בערי מקלט אינו מאיר על נידון דידן, דהבבלי (מכות יג ע״א) ס״ל שכולי עלמא מודים שבשש ערי מקלט העיקרים לא היו מעלים להן שכר, ורק בארבעים ושתים פליגי. והרמב״ם (רוצח ושמירת הנפש ח:י) פסק כר׳ יהודה ד״רוצח הדר בערי מקלט אינו נותן שכר ביתו והדר בשאר ערי הלוים נותן שכר לבעל הבית.״ ונמצא, דקשה לדעת אי ערי מקלט הן לחלוקה או לבית דירה, דמה הוא החריג, השש או הארבעים ושתים?)

[6] ועי׳ ברמב״ם (מעשר שני ונטע רבעי יא:יז) שפסק שגרים אינם מתודים ״מפני שאין להם חלק בארץ והרי הוא אומר ואת האדמה אשר נתת לנו.״ והקשו האחרונים שזה סתירה לדברי הרמב״ם לכאן בהל׳ ביכורים שפסק שגר מביא וקורא!? ויש ליישב, שהיה משמע להרמב״ם שמקרא ביכורים ווידוי מעשר שונים בדיניהם. דאע״ג דלענין מקרא ביכורים, סגי במה שיש לגרים חלק בארץ ישראל רק בכח ולא במעשה, וסגי שנטלו חלק בארץ ישראל מדין בני אברהם ולא מדין בני ישראל. מ״מ לענין וידוי מעשר דריש ירושת ונטילת הארץ למעשה ולא רק בכח. ומשום, דגבי ביכורים כתיב רק ״אשר נשבע לאבותינו לתת לנו״, דהיינו שמדברים רק על אותה הארץ שנשבע לאבותינו לתת לנו. אבל גבי וידוי מעשר כתיב ״אשר נתתה לנו כאשר נשבעת לאבותינו״. דהיינו, שמדברים על קיום אותה שבועה, שבאמת קבלנו הארץ שנשבע ה׳ לאבותינו, וכמו שכתב הרמב״ם (מעשר שני ונטע רבעי יא:יז): ״ישראל וממזרים מתודים, אבל לא גרים ועבדים משוחררים מפני שאין להם חלק בארץ והרי הוא אומר כאשר נשבעת לאבותינו,״ ולכן דרשינן ירושת ונטילת הארץ למעשה. ועי׳ במהר״י קורקס (מעשר שני שם) שמשמע שהבין החילוק בין וידוי מעשר וביכורים בדרך זה.

והנה, איתא בספרי (במדבר פיסקא קלב): "וידבר ה' אל משה לאמר לאלה תחלק הארץ בנחלה במספר שמות, הכל במשמע כהנים לוים וישראלים גרים נשים ועבדים טומטום ואנדרוגינוס במשמע. כשאמר ויאמר ה' אל אהרן בארצם לא תנחל (במדבר יח:כ) יצאו כהנים. בתוך בני ישראל לא ינחלו נחלה (במדבר י"ח:כג) יצאו לוים. לשמות מטות אבותם ינחלו יצאו גרים ועבדים." ומבואר, דס"ל להספרי שבעיקרון גרים אינם בני נחלה נינו, וכמו כהנים לוים ונשים שהם מופקעים מנחלת ארץ ישראל. (וכמו שמצינו שנשים מביאין ביכורים אבל אינן קוראין שאינן יכולין לומר "אשר נתת לנו." וכן כהנים ולוים אינם קוראים לפי חד דעה מטעם זה, ולפי דעה אחרת קוראים רק משום שיש להם ערי מגרש, ועיין לקמן עוד בזה.) וקשה, דהא אנן פסקינן שגר מביא וקורא משום שהם בעיקרון ראויים ליטול חלק בארץ, שיש להם כח להנחיל, אלא שליוצאי מצרים נתחלקה הארץ!?

מיהו, לפי מה שביארנו בשיטת הרמב"ם והרמב"ן אינו קושיא כלל! שכבר ביארנו שיש ב' דינים לירושת ארץ ישראל: (א) מדין בני ישראל, (ב) מדין בני אברהם. והספרי בא למעט רק דיני נחלת ארץ ישראל מדין **בני ישראל**. אבל לא מיירי התם כלל בענין נחלת וירושת ארץ ישראל מדין **בני אברהם**. וא"כ, נהי שגרים אינם בני נחלה דארץ ישראל מדין בני ישראל. מ"מ, גרים עדיין בני נחלה דארץ ישראל מדין בני אברהם.[7] [8] [9]

---

[7] שוב מצאתי שכעין זה ביאר בס' גבורת יצחק (מס' ביכורים עמ' כב-כג). ועוד עי' במהר"י קורקס (ביכורים שם) שהציע כעין מהלך זה במה שכתב בריהטת דבריו לתרץ מה בין ביכורים ווידוי מעשר: "עוד יש לתרץ דגר מכח אברהם אבינו הוא שזוכה כיון שנתגייר הרי נקרא זרעו..."

[8] ואליבא דהריטב"א והרשב"א, יש לומר, דאה"נ, ס"ל שפליגי הספרי והאי דעה בירושלמי. שהספרי סבר כסתם משנה הנ"ל שגר מביא ואינו קורא משום שאינו יכול לומר אשר נשבע ה' לאבותינו לתת לנו. והספרי (לפחות לענין הגרים) אינו להלכה. ומה שלא ביארו הריטב"א והרשב"א כהרמב"ם והרמב"ן, שהכח ליירש וליטול חלק בארץ הוא מדין בני אברהם, אלא ביארו שהוא מכח ירושת בני ישראל, יש לפרש בד' דרכים: (א) שאינם סוברים שיש לא"א ברית בפנ"ע, ולכן אין שום מקום לגישה זו. (ב) דנהי שיש לא"א ברית בפנ"ע ונפרדת מברית של בני ישראל, מ"מ נחלת א"י ניתנה לא"א רק מדין בני ישראל, שעתידין לצאת ממנו, ובריתם. (ג) דס"ל שכדי לומר "אשר נשבע לאבותינו לתת לנו" בענין ליטול חלק בארץ ישראל מדין בני

ישראל, ולא סגי במה שיש לו ליטול חלק בארץ ישראל מדין בני אברהם. (ד) שבאמת מודים להרמב"ם לגמרי, אלא שכיון שאינם נקטינן כהספרי, ביארו בפשיטות שהגרים ראויים ליטול חלק בא"י כשאר בני ישראל. ואולי מה שהכריחו הרמב"ם והרמב"ן לבאר כמו שהם ביארו, היה הספרי!

ויש לפרש הסתם משנה בביכורים הנ"ל שס"ל שגר מביא ואינו קורא משום שאינו יכול לומר אשר נשבע ה' לאבותינו לתת לנו, בד' אופנים: (א) דאין להם הדרשה שאברהם חשוב כאב לכל גרים, לכל הבאים תחת כנפי השכינה, דס"ל שאברהם אינו אב אלא לזרעו ממש, ועי' לקמן הערה 14 עוד בענין זה. (ב) דס"ל שברית של אברהם אבינו הוא מקרה-קודם והתחלה לברית שבה עתידין בני ישראל ליכנס, ואינה ברית נפרדת ובפנ"ע. וא"כ, אין לא"א ובריתו שום שייכות להנחלת וירושת ארץ ישראל מחוץ למסגרת בני ישראל ובריתם. וגם ס"ל כהספרי שגרים אינם בני נחלה נינהו גם מדין בני ישראל. ונמצא, שגרים אינם בני נחלה כלל, ואינם ראויים ליטול חלק בארץ בשום אופן. (ג) דס"ל שמקרא ביכורים דריש ירושת ונטילת א"י למעשה ולא רק בכח. ולכן, אפילו אי ס"ל דלא כהספרי, דלא נתמעטו גרים מירושת א"י, מ"מ לא מהני. (ד) אפילו אי מודה הסתם משנה להרמב"ם והרמב"ן שיש לאברהם אבינו ברית מיוחדת ונפרדת מברית של בני ישראל, וראויים הם ליטול ולירש חלק בארץ ישראל מדין בני אברהם, מ"מ לא מהני, דס"ל שכדי לומר "אשר נשבע לאבותינו לתת לנו" בענין ליטול חלק בארץ ישראל מדין בני ישראל, ולא סגי במה שיש לו ליטול חלק בארץ ישראל מדין בני אברהם, והסתם משנה ס"ל כהספרי שגרים אינם בני נחלה נינהו מדין בני ישראל.

[9] הנה הרשב"ם (ב"ב שם ד"ה למעוטי אדמת עכו"ם) כתב וז"ל ונראה בעיני דהכי גרסינן והכתיב אדמתך אדמתך שני פעמים... וקמשני חד למעוטי אדמת עכו"ם וחד למעוטי אדמת גר, שהרי הגר עצמו מן המביאין ולא קוראין... ואתא האי קרא למעוטי דהקונה מפירות קרקע שלו לא מביא ולא קורא ע"כ. והקשו בתוס' (שם ד"ה למעוטי) ד"לית לן למעוטי לוקח מגר כיון דגר עצמו בר הבאה הוא?" ובס' גבורת יצחק (מס' ביכורים עמ' כב) תירץ על פי המכילתא פרשת משפטים: "דישנו לשתי פרשיות של הבאת ביכורים, פרשת כי תבוא הוי פרשה של הבאה עם קריאה ופרשת משפטים הוי פרשה של הבאה בלי קריאה, ואשה וגר נתמעטו והופקעו רק מפרשת ביכורים דכי תבוא, אבל הויין בכלל פרשת ביכורים דפרשת משפטים. ולפי זה הרי אתי שפיר דברי הרשב"ם... דלפי המבואר גר מופקע מפרשת הבאת ביכורים עם קריאה הנאמר לישראל, ורק נתרבה לפרשה בפ"ע של הבאת ביכורים בלי דין קריאה, וכיון שהגר מופקע מפרשת הבאת ביכורים הנאמר לישראל, ילפינן מקרא דאדמתך דגם קרקעו מופקע וישראל הקונה ממנו פטור."

אבל לענ"ד קשה טובא, דא"כ גם הקונה פירות מקרקע של אשה לא מביא ולא קורא!? ולכן, אולי יש לתרץ באופן אחר, על פי מהלכינו: כיון שגר יש לו חלק בארץ מדין בני אברהם ויש לישראל חלק בארץ (גם) מדין בני ישראל, יש קצת ניגוד ביניהם, ולפיכך אין ישראל מביאין ביכורים מקרקע שלו!

ד. בני קטורה

איתא בסנהדרין דף נט ע"ב: "אמר ר' יוסי בר אבין ואיתימא ר' יוסי בר חנינא 'את בריתי הפר' לרבות בני קטורה (למילה)."[10] ונחלקו הראשונים בהסבר ריבוי זה, ועולה שיש ד' שיטות בראשונים:

(א) רש"י שם (ד"ה לרבות בני קטורה) ס"ל שרק אותם ששה לבדם מלו ולא זרעם. מיהו, משמע מפירושו (ד"ה בני קטורה) שס"ל לרש"י שבני קטורה לא היו חייבים למול את עצמם, אלא שהחיוב חל על אברהם אבינו למול כל בניו שהיו לו בחייו, וכן הבין הר"ן שם בשיטת רש"י.

(ב) היד רמ"ה שם (ד"ה והדרינן) ג"כ ס"ל שדוקא אותם ששה מלו ולא זרעם, אלא שס"ל שנתחייבו "אינהו גופייהו למהל נפשייהו" מלבד מה שאברהם היה חייב למול אותם מדין כל יליד ביתו.[11]

(ג) תוס' הרא"ש שם (ד"ה אלא מעתה) סבר דכל בני קטורה (ובני ישמעאל), הם וזרעם, חייבים למול את עצמם. מיהו, חיוב זה נמשך רק עד מתן תורה.

(ד) הרמב"ם (מלכים י:ז-ח) ס"ל דכל בני קטורה הם וזרעם חייבים למול את עצמם עד היום הזה, וז"ל המילה נצטוה בה אברהם וזרעו בלבד, שנאמר אתה וזרעך אחריך, יצא זרעו של ישמעאל שנאמר כי ביצחק יקרא לך זרע, ויצא עשו שהרי יצחק אמר ליעקב ויתן לך את ברכת אברהם לך ולזרעך, מכלל שהוא לבדו זרעו של אברהם המחזיק בדתו ובדרכו הישרה, והם המחוייבין במילה. אמרו חכמים שבני קטורה שהם זרעו של

---

[10] ועי' בתורת שלמה (בראשית יז:כה:קס) שהביא בשם האור האפלה: "בהמלו את בשר ערלתו' את לרבות בני קטורה שהן חייבין במילה מפני השמועה."

[11] וכן משמע מדברי הרמב"ן (יבמות דף מו ע"א): "ואם תשיבני בני קטורה, לא נתחייבו אלא הם הא זרעם לא נתחייבו וכו'". אלא שסיים "וכן פרש"י בפרק ד' מיתות (נ"ט)", ומשמע שפליגי עם הר"ן בהבנת שיטת רש"י.

אברהם שבא אחר ישמעאל ויצחק חייבין במילה וכו׳ ע״כ. וכן הוא שיטת הר״ן סנהדרין שם: ״וע״כ אנו צריכין לומר שבני קטורה כולן נתחייבו במילה, וכן יוצאי ירכיהן, מפני שנולדו לאחר שנצטוה אברהם במילה, שאע״פ שעשו לא נצטוה, היינו משום דמיעטיה קרא, כדכתיב כי ביצחק יקרא לך זרע - ולא כל יצחק.״

והנה, אי הברית של אברהם אבינו היה מקרה-קודם והתחלה לאותה הברית של בני ישראל, דהיינו שאין לה שום שייכות וחשיבות בחוץ למסגרת בני ישראל ובריתם. א״כ, אפילו אם מצינן אומות אחרים שמיקרי על פי דין ״זרע ובני אברהם,״ מ״מ אין להם שייכות לבריתו של אברהם אבינו ולאות של מילה, שהברית ודיניה אינם שייכים אלא לבני ישראל. אבל, אי אמרינן שאברהם אבינו כרת ברית לעצמו ולזרעו בינו ובין ה׳ בחוץ למסגרת בריתם של בני ישראל, והמילה הוי אות הברית, א״כ יש מקום לומר שכל זרע אברהם, ולא רק בני ישראל, יתחייבו בברית מילה.

והנה יש לחקור בשיטת הרמב״ם והר״ן שבני קטורה וזרעם חייבים במילה. האם הם חייבים מדין בני נח, דהיינו שמילתם אינה שייכת כלל למילת ברית של אברהם אבינו, אלא נובעת מפאת מעמדם של בני נח, הגם ששאר בני נח אינם מצווים בה.[12] או האם הם חייבים מדין בני אברהם, דאע״פ שישמעאל וזרעו נתמעטו ולא מיקרי על פי דין ״זרע ובני

---

[12] עי׳ לקמן באות ה׳, שס״ל לר׳ יונה ותוס׳ הרא״ש, שלחד לישנא בגמ׳ סנהדרין נט ע״ב, כל בני נח היו חייב במילה עד מתן תורה, אלא שהציווי רק נתגלה ע״י אברהם אבינו! ועולה מדבריהם, דשייכת מצות מילה לבני נח כמו ששייכת ז׳ מצוות לבני נח. וא״כ, י״ל דאע״פ שחזינן דלאחר מתן תורה רק בני קטורה חייבים במצוות מילה, מ״מ י״ל שבעיקרון הם מצווים מדין בני נח, הגם שרק אומה אחד מחייב בה. וכן משמע קצת מדברי התוס׳ הרא״ש שם (ד״ה אלא מעתה), כשביאר הלישנא בתרא שם שסבר דרק בני אברהם היו חייב במילה עד מתן תורה ולא כל בני נח, שכתב וז״ל ואל תתמה אמאי מוקמינן האי קרא טפי אבני קטורה משאר אומות משום שהם בני אברהם ע״כ. ומדהוצרכו לכך, משמע דס״ל שבעיקרון החיוב מילה של בני קטורה הוא מדין בני נח, ולכן היה אפשר לשאול ולתמוה למה דוקא אותם ולא שאר בני נח או אומה אחרת מבני נח נתחייבו במילה. וא״כ, י״ל דס״ל להרמב״ם והר״ן שהברית של א״א היה רק מקרה-קודם והתחלה לאותה הברית של בני ישראל, ולא ברית בפנ״ע, ואפ״ה פסק שבני קטורה וזרעם חייבים במילה.

אברהם," מ"מ בני קטורה "שבא אחר ישמעאל" ו"נולדו לאחר שנצטוה אברהם במילה" לא נכללו בהאי מיעוט. ורק עשו וזרעו נתמעטו מקרא כי "ביצחק ולא כל יצחק." נמצא, שבני קטורה עדיין מיקרי "זרע ובני אברהם" על פי דין.[13] [14] ולכן, הם וזרעם חייבים בברית מילה מדין בני אברהם ובריתו.

---

[13] ותמה השאג"א (סימן מט) על הרמב"ם שס"ל שבני קטורה בכלל זרע אברהם וז"ל שק"ל עוד על דעת הרמב"ם מהא דתנן בפ"ד דנדרים (דף לא ע"א) שאיני נהנה לזרע אברהם אסור בישראל ומותר באו"ה ובגמ' פריך והאיכא ישמעאל ומשני ביצחק יקרא לך זרע כתיב והאיכא עשו ביצחק ולא כל יצחק. והרי אכתי תקשה והא איכא בני קטורה שקרויין זרע אברהם ולא נתמעטו מביצחק יקרא לך זרע הואיל ולא נולדו עדיין באותו שעה שנא' מקרא זה אמאי תנן סתמא דמותר בב"נ דמשמע דאפי' בב"ק מותר. אבל לפירש"י א"ש ע"כ. ואולי יש ליישב על פי המאירי שם (ד"ה אמר המאירי), שכתב דבנדרים הולכים אחר לשון בני אדם, עיי"ש. ומה שהגמ' הביא פסוקים, אין כוונת הגמ' לומר שכיון שעל פי דין אינן קרויים זרע אברהם, אין הנדר כולל אותם, הגם שהם היו בדעתו של הנודר. אלא, שכוונת הגמ' לומר שסתם בני ישראל יודעים שאין בני ישמעאל ועשו בכלל זרע אברהם, וסתם דעתם, כשנדר, היה רק על בני ישראל.

והא דפריך מבני ישמעאל ועשו ולא פריך מבני קטורה, הוא משום שהיה פשוט להגמ' שבדעת בני אדם בני קטורה אינם מיקרי זרע אברהם. ואע"פ, שעל פי דין הוא להפך, אין זה בעיא כלל. ולמשל, עי' השטמ"ק (כתובות דף ד ע"ב ד"ה קילא ליה מנדה) וז"ל דיש כמה עבירות אע"ג דידעי אינשי דקילי ומכל מקום קשה עליהם לעבור עליה טפי מעבירה חמורה יותר, דאין לך אדם מישראל שיאכל נבלה דאין כאן כי אם איסור לאו, ובעונותינו כמה וכמה נשבעין לשוא ולשקר שהוא מן החמורות ע"כ. והכא נמי, אע"ג שרק בני קטורה מיקרי זרע אברהם ולא בני ישמעאל ועשו על פי דין. מ"מ, בדעת בני אדם הוא להיפך, שבדעתם יש יותר יחוס בין אברהם וישמעאל ועשו מאברהם ובני קטורה. אבל, מ"מ, למסקנא, כ"ע יודעים שאין ישמעאל ועשו בכלל זרע אברהם, ואף בלשון בני אדם אין ישמעאל ועשו קרויים זרע אברהם.

[14] הקשה השאג"א (סי' מט) על הרמב"ם שס"ל שבני קטורה בכלל זרע אברהם ממשנה ביכורים (א:ד) הנ"ל. דאיתא שם שאע"פ שגר אינו מביא וקורא, מ"מ אם אמו מישראל מביא וקורא. ואיתא בירושלמי שם: "אילו מביאין ולא קורין רבי יונה ורבי יסא תרויהון בשם רבי שמואל בר רב יצחק בבני קיני חותן משה היא מתניתא ובני קיני חותן משה מביאין וקורין דכתיב לכה אתנו והטבנו לך." פי' דס"ל להני אמוראים שהגר שמביא וקורא אם אמו מישראל אינו אלא בני קיני, שהרי נטלו חלק בארץ דכתיב והיטבנו לך, ואם אמו מישראל יכול לומר אשר נשבע לאבותינו. אבל גר דעלמא אינו מביא וקורא אפילו אם אמו מישראל. והקשה השאג"א וז"ל והשתא אס"ד דבני קיני בכלל זרע אברהם הן, א"כ כיון דמתני' בבני קיני חותן משה דוקא מיירי, אמו מישראל ל"ל, הא חותן משה מזרע מדין היה שהוא אחד מששה בני קטורה שנולדו לאברהם כדכתיב בפ' חיי שרה, וה"ל זרע אברהם, ואע"פ שאין אמו מישראל נמי יכול לומר אשר נשבעת לאבותינו ע"כ. מיהו, יש להעיר, שהשאג"א הבין שהמשך הגמ' שם "ובני קיני חותן

ויש להביא ראיה מדברי הרמב"ם שס"ל שבני קטורה חייבים מדין בני אברהם ולא מדין בני נח. דאחר שכתב הרמב"ם שבני קטורה וזרעם חייבים במילה סיים שם וז"ל והואיל ונתערבו היום בני ישמעאל בבני קטורה יתחייבו הכל במילה בשמיני, ואין נהרגין עליה ע"כ. ועי' הכסף משנה שם שפירש שאינם נהרגין מעיקר הדין "משום דאשבע מצוות אשכחן שנהרגין אשמונה לא אשכחן" (וכן הסבר הרדב"ז שם). אולם, המשנה למלך שם פליג עליו והקשה וז"ל ודבריו תמוהים הם בעיני דמאחר דאיכא ציווי מפורש גבי מילה למה לא יהיה נהרג עליה כו' הרי דעל מצות עשה נמי נהרג (כמו אנשי שכם שביטל מצוות דינים) וכו' והרבעת בהמה והרכבת אילן ס"ל דקרא את חוקותי תשמורו אסמכתא היא ואין איסורו כי אם מפי קבלה וכו' אבל במילה שהיא מצוה מפורשת מנא לן שלא יתחייב עליה מיתה ע"כ, ועיי"ש באריכות. ולפיכך, ביאר המל"מ את דברי הרמב"ם באופן אחר, שבעיקרון בני קטורה חייבים מיתה ונהרגין אם לא מלו את עצמם, אלא שכיון שנתערבו היום עם בני ישמעאל, מספק אין להרוג אותם.

מיהו, נלע"ד שיש לפרש כמו הכס"מ, שמעיקר הדין בני קטורה אינם נהרגין אם לא מלו את עצמם. וליישב קושיית המל"מ י"ל, שבני נח נהרגין רק כשעוברים על מצוות שהם מצווים מדין **בני נח**. אבל בני נח שמצווים מדין אחר, וכגון בני קטורה שמצווין על המילה מדין **בני אברהם**, אינם נהרגין כשעוברים ואינם מקיימים את הציווי. וכיון שפסק

משה מביאין וקורין דכתיב לכה אתנו והטבנו לך," שהוא מהתוספתא, הוא המשך דברי רבי יונה ורבי יסא שביארו שהמשנה מיירי בבני קיני, והביאו ראיה מהתוספתא.

אולם, הגר"א, פני משה ורידב"ז שם כולם פי' שהאי מילים הן מדברי הסתם גמ'. שהירושלמי מקשה על רבי יונה ורבי יסא בשם רבי שמואל בר רב יצחק מהתוספתא. וז"ל הגר"א ומקשה לאוקימתא דר' יונה מברייתא דתני בפירוש בני קיני חותן משה מביאין וקורין ואע"ג דאין אמו מישראל ע"כ. ולפי זה, י"ל דאה"נ רבי יונה ורבי יסא בשם רבי שמואל בר רב יצחק פליגי על הרמב"ם וס"ל שבני קטורה אינם מיקרי זרע אברהם. אבל דעה השנייה, שהוא הסתם ירושלמי, ס"ל כהרמב"ם שבני קטורה הם בכלל זרע אברהם, ולכן בני קיני שהם מבני קטורה, אפילו אין אמם מישראל, מביאים וקוראים משום שיכולים לומר אשר נשבע לאבותינו. אבל, עדיין ס"ל להסתם משנה שגר בעלמא אינו מביא וקורא. או משום דס"ל שאברהם אינו מיקרי אב אלא לזרעו ממש וכנ"ל הערה 10. או משום דס"ל שאינו סגי במה שנטלו חלק בארץ ישראל רק בכח ולא למעשה. ורק בני קיני נטלו חלק בארץ ישראל למעשה וכדכתיב והיטבנו לך.

הרמב״ם שבני קטורה אינם נהרגין, יוצא שס״ל שאינם חייבים למול את עצמם מדין בני נח, אלא מדין בני אברהם ובריתו השייכת לכל מי שקרוי ״זרעו״.[15] [16]

ורש״י והיד רמ״ה שנחלקו על הרמב״ם והר״ן וס״ל שרק אותם ששה מלו ולא זרעם, יש לפרש שיטתם בב׳ דרכים:

א. שמודים להרמב״ם והר״ן שבני קטורה לא נתמעטו מ״זרע אברהם,״ אלא שפליגי עליהם וס״ל שברית א״א היתה רק מקרה-קודם לברית שעתיד בני ישראל לכרות עם ה׳. וא״כ אין שום שייכות במילה ובריתו של אברהם אבינו לשאר בני אברהם וזרעם (מלבד אותם ששה שדרו בביתו של א״א).

ב. שמודים עם הרמב״ם והר״ן שבריתו של אברהם אבינו היתה ברית בפנ״ע, ובעקרון ברית מילה שייכת לכל זרע ובני אברהם. אלא, שפליגי דאין לאברהם אבינו, על פי דין, שום ״זרע ובנים״ מלבד בני ישראל (וגרים), שאף בני קטורה נתמעטו מהאי פסוקים.

ה. מצות מילה שנצטוו בני ישראל

הנה, עד כאן טרחנו להראות שיש ברית מיוחד בין ה׳ ואברהם אבינו וזרעו מלבד הברית בין ה׳ ובני ישראל. ומושג זה התבטא בעניני התהליך של גרות. וכן עלה ממה דחזינן דגרים עצמם יש להם דינים, דהיינו ירושה ונחלה בארץ ישראל, מפאת שהם מיקרי בני אברהם. וכן התבטא במה דמצינן דבני קטורה וזרעם מחוייבים במילה לעולם משום

---

[15] ושוב מצאתי בספר תורת המלך שם ובספר שארית יוסף (חלק ה סימן ה) שהעלו כן.

[16] וסמוכין לזה הוא מה שהוצרך הרמב״ם להקדים הדין של מילת בני קטורה בהיסטוריה של מילת אברהם וזרעו: ״המילה נצטוה בה אברהם וזרעו בלבד, שנאמר אתה וזרעך אחריך, יצא זרעו של ישמעאל שנאמר כי ביצחק יקרא לך זרע, ויצא עשו שהרי יצחק אמר ליעקב ויתן לך את ברכת אברהם לך ולזרעך, מכלל שהוא לבדו זרעו של אברהם המחזיק בדתו ובדרכו הישרה, והם המחוייבין במילה.״ ורק אח״כ העלה ש״אמרו חכמים שבני קטורה שהם זרעו של אברהם שבא אחר ישמעאל ויצחק חייבין במילה.״ ונראה, שרצה הרמב״ם ליתן מסגרת למילת בני קטורה, דהיינו מילת אברהם וזרעו, להדגיש שבני קטורה מצווים במילה מדין בני אברהם ולא מדין בני נח.

שהם בני אברהם. ומעתה, יש להעיר שבני ישראל נמי בני אברהם! ויוצא, שיש לבני ישראל שני מיני ברית, הברית מדין בני ישראל וברית מדין בני אברהם, שבנ״י גם מזרע אברהם.[17] ונמצא, שכמו שבני קטורה מחוייבים במילה מדין בני אברהם, גם בני ישראל מחוייבים במילה מדין בני אברהם.

וי״ל, דמה שבני ישראל מחוייבים במילה אינו מדין בני ישראל כלל אלא מדין בני אברהם.[18] דהנה, איתא בסנהדרין דף נט ע״א-ע״ב:

> ״כל מצוה שנאמרה לבני נח ונישנית בסיני לזה ולזה נאמרה, והרי מילה שנאמרה לבני נח, דכתיב ואתה את בריתי תשמר, ונשנית בסיני וביום השמיני ימול, לישראל נאמרה ולא לבני נח! - ההוא למישרי שבת

---

[17] וכעין זה מצינו גבי ברית של בני נח. דיש שאלה, האם עם ישראל נשארת בכלל ברית בני נח, דהיינו שיש לבני ישראל שני מיני ברית, חד הברית דב״נ, ועוד, הברית של התורה והמצוות. או, שמשעה שנכניסו לברית חדשה של תורה ותרי״ג מצוות פקעה הברית הקדום של בן נח, ואכמ״ל.

[18] אולם, איתא ביבמות דף עא ע״ב: ״אמר רבה בר יצחק אמר רב: לא ניתנה פריעת מילה לאברהם אבינו, שנאמר: בעת ההיא אמר ה׳ אל יהושע עשה לך חרבות צורים וגו׳. ודלמא הנך דלא מהול, דכתיב: כי מולים היו כל העם היוצאים וכל העם הילודים וגו׳! א״כ, מאי שוב? אלא לאו לפריעה.״ ועוד עי׳ המאירי יבמות שם (ד״ה המילה) שהוסיף ״למדת שבני קטורה מיהא לא נתחייבו בפריעה.״ וא״כ, א״א לומר שבני ישראל מחוייבים במילה מדין בני אברהם, וכמו בני קטורה, דהא בני ישראל מחוייבים במילה ופריעה ואברהם אבינו וזרעו לא נצטוו אלא במילה לחוד!?

מיהו, עי׳ בבראשית רבה מ״ז:ח וז״ל הכא כתיב בשר ערלתו ולהלן את אמר את בשר ערלתו אלא אברהם אבינו ע״י שנתמעך ע״י אשה בשר ערלתו אבל ישמעאל שלא נתמעך ע״י אשה את בשר ערלתו ע״כ. ופרש״י (בראשית פרק יז:כה) וז״ל באברהם לא נאמר את, לפי שלא היה חסר אלא חתוך בשר, שכבר נתמעך על ידי תשמיש, אבל ישמעאל שהיה ילד הוזקק לחתוך ערלה ולפרוע המילה, לכך נאמר בו את ע״כ. (והראשונים ביבמות הנ״ל, כגון הרמב״ן, רשב״א, תוס׳ והמאירי פירשו די״ל שאע״פ שלא נצטוה קיים כענין שאמרו קיים אברהם את כל התורה כולה.) וכן איתא בירושלמי (שבת יט:ב): ״המול ימול׳ (בראשית יז:יג) מיכן לשני מילות אחת למילה ואחת לפריעה.״ וכתב האשכול (הל׳ מילה) דדעת הירושלמי וב״ר דאברהם אבינו נצטוה על הפריעה. ונמצא, שיש שיטות בחז״ל ובראשונים שסוברים שאברהם אבינו וזרעו נצטוו בפריעה!

ועוד, עי׳ לקמן באות ו׳ שהצענו שנצטוו בני ישראל למול מב׳ טעמים, חד מדין בני אברהם וחד מדין בני ישראל. וא״כ, אפילו להגמ׳ ביבמות והראשונים הנ״ל שס״ל שלא ניתנה פריעה לאברהם אבינו, יש לקיים מושג זה. שאה״נ, רק מצות מילה מדין בני ישראל מחייב פריעה, ולא מצות מילה מדין בני אברהם.

הוא דאתא: ביום - ואפילו בשבת וכו'... אי בעית אימא: מילה מעיקרא לאברהם הוא דקא מזהר ליה רחמנא ואתה את בריתי תשמר אתה וזרעך אחריך לדרתם, אתה וזרעך - אין, איניש אחרינא - לא. - אלא מעתה בני ישמעאל לחייבו! - כי ביצחק יקרא לך זרע. - בני עשו לחייבו! - ביצחק - ולא כל יצחק. - מתקיף לה רב אושעיא: אלא מעתה בני קטורה לא לחייבו? - האמר רבי יוסי בר אבין ואיתימא רבי יוסי בר חנינא: את בריתי הפר - לרבות בני קטורה."

וצריך להבין, מאי בין לישנא קמא ללישנא בתרא? ועוד, מאי קאמר אלא מעתה רק על לישנא בתרא, לעולם יש להקשות זה, וכי סבר הלישנא קמא שמילה ניתנה לכל בני נח ולא רק לאברהם ולזרעו!?

אמנם, עי' תוס' הרא"ש (שם ד"ה אלא מעתה) שביאר שבאמת זהו מה שבין הלישנא קמא ללישנה בתרא, שלישנא קמא סבר שעד מתן תורה כל בני נח נצטוו במילה ולא רק אברהם אבינו וביתו! אבל ללישנא בתרא אף עד מתן תורה לא נצטוו במילה אלא אברהם אבינו וזרעו, ולכן הקשה רק ללישנא בתרא אלא מעתה בני ישמעאל לחייבו. דעי' בתוס' הרא"ש שהקשה בשם רבינו מאיר מאי קאמר אלא מעתה לעולם תקשי לך האי, וכמו שהקשנו. ותירץ לפרש את דברי הגמ' וז"ל אי אמרת בשלמא דבני נח נצטוו עד מתן תורה ניחא דהאי דקא"ל קודשא בריך הוא אתה וזרעך אחריך ע"כ זרעך אחריך אזרע ישראל המיוחס אחריך שקבלו התורה בסיני קאמר אבל בני ישמעאל מסיני ואילך לא, מיהו עד סיני נימולו כמו שאר בני נח. אלא כיון דאמרת דשאר בני נח לא נימולו דלא נצטוו אלא אברהם וזרעו ותו לא כמו שכתוב בפרשה ואשכחן שמל אברהם את ישמעאל א"כ מסתמא זה היה בשביל שהוא בכלל זרעו א"כ בני ישמעאל נמי ליחייבו לדורות ע"כ. ומשמע, שכך הבין רבינו יונה סנהדרין דף נט ע"א (ד"ה אין לנו) מדכתב שם: "דהא גבי מילה שאמר לאברהם אמרינן דאי לא כתיב לך ולזרעך וכו' הו"א דאע"ג דנאמר לאברהם הו"א אף בני נח בכלל, ואפילו אי כתיב אתה משמע דאי אמר הכי אי לא כתיב וזרעך אמרינן לאברהם נאמר וה"ה לשאר בני נח."

ונראה, שהפירוש של הגמ׳ לפי תוס׳ הרא״ש ור׳ יונה הוא: שלשנא קמא, כיון שמעיקרא מילה נאמרה לכל בני נח האי כללא של ״כל מצוה שנאמרה לבני נח ונישנית בסיני לזה ולזה נאמרה״ שייך בה. ולכן הוצרך הגמ׳ לתרץ שבאמת לא נשנית בסיני, שרק למשרי שבת לגבי מילה הוא דאתא. אבל לשנא בתרא שאף עד מתן תורה רק אברהם אבינו וזרעו היו חייבים במילה, קושיא מעיקרא ליתא דכיון דלא נצטוו כל בני נח במילה לא שייך האי כללא כלל.

מיהו, נלע״ד שמה שפירש הני ראשונים הנ״ל דלשנא קמא מילה ניתנה לכל בני נח עד מתן תורה הוא חידוש גדול מאד. ופשוט שאין זה מוסכם לכל הראשונים. ומעתה, עלינו לחפש ולעיין בשאר ראשונים בסוגיא למצוא פתרון אחר האיך להבין ההבדל בין לשנא קמא ולשנא בתרא.

והנה, כבר בארנו שלפי המהלך של תוס׳ הרא״ש אם מילה ניתנה רק לא״א ולא לשאר בני נח, אין הכלל של ״כל מצוה שנאמרה לבני נח ונישנית בסיני לזה ולזה נאמרה״ שייך, דהא לא ניתנה לכל ב״נ. אולם, נראה שלא הבין כך היד רמה שם (ד״ה ובתר דאקשינן). שפירש היד רמ״ה את קושית הגמ׳ וז״ל ומקשינן והרי מילה שנאמר לאברהם שהיה מבני נח, ונשנית בסיני ואפ״ה לישראל נאמרה ולא לבני נח ע״כ. ועולה מדבריו שני דברים. חד, שמילה רק ניתנה לא״א וזרעו ולא כל בני נח. ועוד, שאעפ״כ האי כללא שייך גבי מילה, דמילה נאמרה לבני נח משום שניתנה לא״א ״שהיה מבני נח.״ דהיינו, שהכלל הוא שכל מצוה שנאמרה לבני נח, לכולם או למקצתם, ונשנית בסיני לזה ולזה נאמרה. ומשו״ה הוצרך הגמ׳ לתרץ שבאמת לא נשנית בסיני. וא״כ, הדרא קושיותינו לדוכתם, מאי קאמר אלא מעתה רק על לישנא בתרא? ועוד, מאי שנא לישנא קמא מלישנא בתרא? ואה״נ, י״ל, דבהא פליגי, אי האי כללא שייך למצוה שנאמרה רק למקצת בני נח ולא לכל ב״נ. אבל מבואר מהמשך דברי היד רמ״ה שלא הבין כן.

דעי׳ ביד רמ״ה (ד״ה והדרינן) כשביאר את הלישנא בתרא וז״ל שאפילו תימא דאיתני בסיני לשום אזהרה (ולא רק למשרי שבת לגבי מילה) לא יכלת לחיובי בה שאר בני נח לבד מישראל דהא מעיקרא נמי לאברהם הוא דקא מזהר ליה רחמנא ולבסוף נמי לזרע אברהם קא מזהר

עלה **בסיני** ע״כ. ונראה לפרש, שהיד רמ״ה הבין שס״ל ללישנא קמא דמילה מעיקרא ניתנה לאברהם אבינו וזרעו, ולבסוף כשניתנה עוד פעם בהר סיני הוא ניתנה לכלל אחר וחבורה אחרת, לבני ישראל. וזה כמו **ע״ז**, שהוא הבנין אב להאי כללא של כל מצוה שנשנית וכו׳, דמעיקרא ניתנה ע״ז לבני נח, ולבסוף נשנית וניתנה לכלל וחבורה אחרת, לבני ישראל.

מיהו, לישנא בתרא ס״ל, דמעיקרא ניתנה מילה לאברהם אבינו וזרעו, ולבסוף כשניתנה עוד פעם בהר סיני הוא ניתנה נמי לבני אברהם. ולכן, אינו דומה לע״ז וממילא הכלל לא שייך בה. וכן משמע מפרש״י (ד״ה ואיבעית אימא מילה) וז״ל ודאי מסיני נאמרה לעיקר מצותיה, ודקשיא לך: הא אמר ר׳ יוסי כל שנאמרה לבני נח ונשנית בסיני לזה ולזה נאמרה - הא דלא חשיב ליה לגבי מצות בני נח, משום דמילה לאו לבני נח נאמרה אפילו מקודם סיני - אלא **לזרע אברהם** לחודיה, והשתא נמי **זרע אברהם** דהיינו ישראל, הוא דנהיגי בה ע״כ.

ונמצא, שלפי היד רמ״ה ורש״י פליגי הב׳ לשונות אי מצוות מילה שנאמרה בהר סיני נצטוו לבני ישראל בתורת **בני ישראל** או בתורת **בני אברהם**! וזהו הפירוש של אלא מעתה: שלפי הלישנא קמא, שבני ישראל מחוייבין במילה מדין בני ישראל, אין מקום לחייב בני ישמעאל, שאינם מבני ישראל. אבל (אלא מעתה) ללישנא בתרא, שבני ישראל מחוייבים במילה מדין בני אברהם ולא מדין בני ישראל, א״כ בני ישמעאל גם כן יתחייבו במילה מדין בני אברהם. ולזה תירץ הגמ׳ שעל פי דין בני ישמעאל אינם קרויים ״זרע אברהם.״ ויש לבאר הב׳ לשונות על פי חקירתינו:

הלישנא קמא ס״ל שברית של א״א היתה רק מקרה-קודם והתחלה לברית של בני ישראל. וא״כ כשכרת בני ישראל ברית עם ה׳, בריתם באה תחת ובמקום הברית של א״א. וא״כ, אין עוד שום ברית מלבד הברית בתורת בני ישראל. ולכן, בני ישראל מחוייבים במצות מילה מדין בני ישראל.

אבל, הלישנא בתרא ס״ל שהברית של א״א הוא ברית בפנ״ע, וקיימם לעולם מחוץ לברית של בני ישראל. וא״כ זרעו של א״א מחוייבים בברית מילה, וכמו שמצינו גבי בני קטורה אליבא דהרמב״ם והר״ן. ולכן,

יש לחייב בני יעקב דהיינו בני ישראל במילה מדין זרעו של א״א. ואפילו להאי ראשונים הנ״ל, וכגון היד רמ״ה ורש״י עצמם, שפליגי וס״ל שבני קטורה וזרעם אינם מחוייבים במילה, מ״מ כבר ביארנו לעיל די״ל שזה משום דס״ל שבני קטורה אינם, על פי דין, ״זרע אברהם״ כמו בני ישמעאל ועשו. אבל, בעיקרון, היד רמ״ה ורש״י מודים שיש לאברהם אבינו וזרעו ברית מיוחד מלבד הברית של בני ישראל. וא״כ זרע אברהם לעולם מחוייב בברית מילה, ולכן יש לחייב בני יעקב, דהיינו בני ישראל, במילה מדין בני אברהם.

ו. ב׳ דינים במצות מילה

מיהו, יש להציע, שבאמת יש ב׳ דינים במצות מילה, שלמעשה נקטינן כב׳ הלשונות הנ״ל ביחד:

א. שבני ישראל מחוייבים במצות מילה מדין **בני אברהם**.

ב. שבני ישראל מחוייבים במצות מילה מדין **בני ישראל**.

שהנה, יש ב׳ מקורות למצות מילה, חד בפרשת לך לך וחד בפרשת תזריע. והב׳ דינים נובעים מהב׳ מקורות אלו. הדין הא׳, שבני ישראל מצווים למול מדין בני אברהם, נובע מפרשת מילה הנמצאת בפרשת לך לך שנאמרה לאברהם אבינו. והדין הב׳, שבני ישראל מצווים למול מדין בני ישראל, נובע מפרשת מילה הנמצאת בפרשת תזריע שנאמרה לבני ישראל.[19] ושוב מצאתי שכן הציע ר׳ חיים (מילה א:י), וב״ה שכיוונתי.

---

[19] עי׳ בערוך השלחן (יו״ד רסה:ה) שהביא את הפסוקים בפ׳ לך לך (יז:ט-יב): ״ויאמר אלקים אל אברהם ואתה את בריתי תשמר אתה וזרעך אחריך לדרתם זאת בריתי אשר תשמרו ביני וביניכם ובין זרעך אחריך המול לכם כל זכר ונמלתם את בשר ערלתכם והיה לאות ברית ביני וביניכם ובן שמנת ימים ימול לכם כל זכר לדרתיכם וגו׳.״ והעיר ש״הפסוקים כפולים וצריכים ביאור״. ותירץ (שם סעיף ז) וז״ל וה״פ דקראי, ויאמר אלקים ואתה וגו׳ אתה וזרעך אחריך לדרתם כלומר הנני כורת ברית עמך ועם זרעך לדרתם, ומהו הברית זאת בריתי וגו׳ המול לכם כל זכר כלומר במילה תכנסו לברית, ואח״כ מפרש שאינו דומה ברית שלו וזרעו ההוה וכל בני ביתו להברית שלדורות ליצחק ולזרעו, ואומר ונמלתם את בשר ערלתכם והיה לאות ברית ביני וביניכם כלומר הברית

דהנה, איתא בשבת דף קלה ע"א-ע"ב:

אמר רבי אסי: כל שאמו טמאה לידה - נימול לשמונה, וכל שאין אמו טמאה לידה - אין נימול לשמנה, שנאמר (ויקרא יב) אשה כי תזריע וילדה זכר וטמאה וגו' וביום השמיני ימול בשר ערלתו. אמר ליה אביי: דורות הראשונים יוכיחו, שאין אמו טמאה לידה - ונימול לשמנה! - אמר ליה: נתנה תורה ונתחדשה הלכה...

וכתב ר' חיים:

ויש לפרש בזה ב' פירושים, או דאביי מוכיח מדורות הראשונים דש"מ דאין מילת שמיני תלוי בטומאת לידה ולא דרשינן הסמוכין דוטמאה שבעת ימים וגו' וביום השמיני ימול, או דבאמת גם אביי לא פליגי אהך סמוכין... והא דפריך דורות ראשונות יוכיחו, הוא משום דאזהרת מילה בשמיני הרי נאמרה ונשנית, נאמרה לאברהם, ונשנית למשה בקרא דאשה כי תזריע וגו', ואזהרת אברהם לכל נאמרה גם לבני קטורה, משא"כ אזהרת משה נאמרה רק לבני ישראל לבד, ודין שמנה נאמר בשניהם וכדכתיב בקרא ובן שמנת ימים ימול וגו' וכן גם בני קטורה מילתן בשמיני.

שאני כורת עמך ועם בני ביתך הוא שעתה תמהלו עצמיכם ובזה תכנסו לברית וזהו ביני וביניכם אבל לדרתיכם בן שמנת ימים ימול רצוני שיכנסו לברית קדש משמיני להוולדם ונמצא דמצוה זו מוטלת על התינוק אלא שאין בו דעת לכך נצטוה האב וכל ישראל ע"כ. ועל פי גישתו ביאר את טיבו של ברכת להכניסו וז"ל (שם סעיף ח) ולפ"ז אני אומר דברכת להכניסו היא ברכה אחרת לגמרי וזהו כאלו התינוק היה מברכה והיינו שמקודם מברך על המילה כמו על כל המצות ואח"כ מברכין על מה שצוה הקב"ה להכניס ילד ישראל מיום שנולד תחת כנפי השכינה ולא ככל המצות שלא נצטוה האדם בה עד שנעשה גדול ולא על עצם המילה מברכין ברכה זו אלא שע"י מצוה זו נכנס נפש זה תחת כנפי השכינה ונכנס בברית כלל ישראל שזהו בריתו של אברהם אבינו שהקב"ה כרת עמו ברית זה וכו' ע"כ.

ולפי גישתנו, אולי י"ל, דכפל הלשון מרמז להב' מיני מילה. המילה שניתנה לא"א וכל זרעו. ועוד, המילה שניתנה רק לזרעו המיוחד, דהיינו בני ישראל.

ובמילים אחרות, רב אסי ס"ל שבני ישראל נימולים מדין בני ישראל, וכמו הדעה הראשונה בסנהדרין הנ"ל לפי הידש רמ"ה. דמה שמל אברהם אבינו היה מקרה-קודם והתחלת מצוות מילה שעתידין בני ישראל לקיים. וכשניתנה תורה נשלמה התהליך וגם נתחדשה ההלכה ונשלמה מהות מצוות מילה, דהיינו, ששמיני וטומאת לידה תלויים זה בזה.

אבל אביי ס"ל, או שבני ישראל נימולים רק מדין בני אברהם, וכמו הדעה השנית בסנהדרין הנ"ל לפי היד רמ"ה. ולכן, דורות ראשונות יוכיחו, אי אברהם מל בשמיני אע"פ שלא היה טואמת לידה, א"כ בני ישראל נמי מצווים למול בשמיני אפילו בגוונא שאין טומאת לידה. או, דס"ל לאביי דבני ישראל מצווים למול מב' דינים: (א) מדין בני אברהם (ב) מדין בני ישראל.

ור' חיים הסביר שב' מהלכים אלו הם הב' דעות באמוראים הנמצא בההו"א של הגמ' שם כשהקשה לרב אסי: "איני? והא איתמר: יוצא דופן ומי שיש לו שתי ערלות, רב הונא ורב חייא בר רב. חד אמר: מחללין עליו את השבת; וחד אמר: אין מחללין. עד כאן לא פליגי - אלא לחלל עליו את השבת, אבל לשמנה - ודאי מהלינן ליה!? - הא בהא תליא." דהדעה שס"ל שמחללין עליו את השבת, מובן, דס"ל שלא דרשינן סמוכין, שדורות ראשונים מוכיחים דמצות מילה הוא מדין בני אברהם. אבל הדעה שס"ל שמלין בשמיני אבל אין מחללין עליו את השבת, אינו מובן, "דאיך נוכל לחלק בין דחית שבת לדין שמיני והא תרוייהו מחד קרא דוביום השמיני נפקי ושניהם חד טעמא להו אם דרשינן סמוכין לקראי דוטמאה שבעת ימים וגו' וביום השמיני וגו' או לא, א"כ מה"ת נחלק ביניהם?"

ותירץ ר' חיים: "אכן לפי המבואר הרי ניחא, דנראה דהא דמילה בשמיני דוחה שבת הוא דוקא באזהרת שמיני שבקרא דוביום השמיני ימול שנאמרה רק לישראל, משא"כ בדין מילה בשמיני שנאמרה לאברהם בקרא דובן שמונת ימים וגו' ההיא לא דחיא שבת, ובני קטורה יוכיחו דאיכללו באזהרה זו ואין מילתן דוחה את השבת." דהיינו, שס"ל להאי דעה שמצות מילה הוא מב' דינים: מדין בני אברהם ומדין בני ישראל. והסביר ר' חיים שזהו שיטת הרמב"ם.

דהנה, פסק הרמב"ם (מילה א:י) וז"ל כשם שמילת הבנים דוחה את השבת כך מילת העבדים שהן נימולים לשמנה דוחה את השבת אם חל שמיני שלהן בשבת, חוץ מיליד בית שלא טבלה אמו עד שילדה שאע"פ שנימול לשמנה אינו דוחה את השבת ע"כ. והשיג עליו הראב"ד שם דהא איתא בגמ' הנ"ל שהא בהא תליא. והציע הראב"ד שאולי הסתפק הרמב"ם אם הלכה כרבי חמא דמפליג בטבילה – וס"ל שילדה ואח"כ טבלה נימול לאחד – וא"כ פסק לחומרא מב' צדדים, שצריך למול בשמיני אבל אין לדחות את השבת.[20]

אבל ר' חיים תירץ על פי הבנתו, שאין פסק הרמב"ם מבוסס על ספק פסק, אלא שהוא מעיקר הדין:

> ולפ"ז הרי מיושב היטב דעת הרמב"ם שפסק ביוצא דופן וביליד בית שלא טבלה אמו שנימולין לשמנה ואינן דוחין את השבת, משום דפוסק כאביי דלא אמרינן ניתנה תורה ונתחדשה הלכה, והדרשא דכל שאינה בכלל וטמאה אינה בכלל וביום השמיני ימול, הוא רק לאפקועי מיניה דין שמיני האמור לישראל, אבל אה"נ דנוהג ביה דין שמיני מקרא דובן שמנת ימים וגו' שנאמר לאברהם. וע"כ לא דחי שבת, וכש"נ דדחית שבת תלוי רק באזהרת שמיני שנאמרה לישראל בקרא דוביום השמיני וגו'.

---

[20] עי' בגמ' שבת שם: "כתנאי (אי שמיני תלוי בטומאת לידה): יש יליד בית שנימול לאחד ויש יליד בית שנימול לשמנה, יש מקנת כסף שנימול לאחד, ויש מקנת כסף שנימול לשמונה. יש מקנת כסף שנימול לאחד, ויש מקנת כסף שנימול לשמונה כיצד? לקח שפחה מעוברת ואחר כך ילדה - זהו מקנת כסף הנימול לשמונה, לקח שפחה וולדה עמה - זו היא מקנת כסף שנימול לאחד. ויש יליד בית שנימול לשמנה, כיצד? לקח שפחה ונתעברה אצלו וילדה - זהו יליד בית שנימול לשמנה. רבי חמא אומר: ילדה ואחר כך הטבילה - זהו יליד בית שנימול לאחד, הטבילה ואחר כך ילדה - זהו יליד בית שנימול לשמנה. ותנא קמא לא שני ליה בין הטבילה ואחר כך ילדה, בין ילדה ואחר כך הטבילה, דאף על גב דאין אמו טמאה לידה - נימול לשמנה. "

ז. שיטת הרמב"ם בענין ניתנה תורה ונתחדשה הלכה

ומבואר בגישת ר' חיים, שהרמב"ם פוסק כאביי דלא אמרינן "ניתנה תורה ונתחדשה הלכה." אולם, עי' בספר סדר משנה (הל' מילה פרק א עמוד קמה) שהקשה ממה שכתב הרמב"ם (אבל א:א) בענין מצוות אבילות:

מצות עשה להתאבל על הקרובים, שנאמר ואכלתי חטאת היום הייטב בעיני ה', ואין אבילות מן התורה אלא ביום ראשון בלבד שהוא יום המיתה ויום הקבורה, אבל שאר השבעה ימים אינו דין תורה, אף על פי שנאמר בתורה ויעש לאביו אבל שבעת ימים ניתנה תורה ונתחדשה הלכה.

ולהדיא חזינן דס"ל להרמב"ם דאמרינן "ניתנה תורה ונתחדשה הלכה!?" וכן מצינו בבבא בתרא דף קי ע"ב שזהו דעת סתמא דגמ', דהגמ' שם שואלת איך אנו יודעים שבן קודם לבת, והציעו בשם רב אחא בר יעקב אמר, מהכא: "(במדבר כ"ז) למה יגרע שם אבינו מתוך משפחתו כי אין לו בן, טעמא דאין לו בן, הא יש לו בן - בן קודם. ודלמא בנות צלפחד הוא דקאמרן הכי, ניתנה תורה ונתחדשה הלכה! אלא, מחוורתא כדשנין מעיקרא." ואיך יכול הרמב"ם לפסוק בהלכות מילה כנגד סתם דעת הגמ'?[21]

ועוד קשה, ממה שכתב הרמב"ם בפירוש המשנה בחולין ז:ו, דאיתא במשנה שם:

> "[דגיד הנשה] נוהג בטהורה ואינו נוהג בטמאה, רבי יהודה אומר אף בטמאה. אמר רבי יהודה והלא מבני

---

[21] והסדר משנה תירץ: "לא שכיוון רבינו בזה אל מה שאמר ר' אסי כאן, אלא שנקט לשון הגמרא אבל כוונתו הוא שאף קודם מתן תורה לא היה כך עיקר הדין, אלא שאז היה כל אדם עושה כרצונו וסיפרה לנו התורה מה שעשה יוסף הצדיק מדעתו ורצונו לכבוד אביו להתאבל עליו זיי"ן ימים." וכן הסביר הרשב"ם את דברי הגמ' ב"ב הנ"ל: דבנות צלפחד לא כיוונו לדין שהיה בזמנם, קודם מתן תורה, מפורסם ומקובל, אלא "שהיו סבורות שיהיה הדין כן." ובא הקרא להתחדש מה הוא הדין באמת "ולא כשהיו סבורות."

> יעקב נאסר גיד הנשה ועדיין בהמה טמאה מותרת להן אמרו לו בסיני נאמר אלא שנכתב במקומו".

ורש"י ביאר את תשובת החכמים וז"ל פסוק זה שהזהירו עליו בסיני נאמר ועד סיני לא הוזהרו אלא שנכתב במקומו לאחר שנאמר בסיני ע"כ. כלומר, דס"ל לרש"י דלפי החכמים בני יעקב לא נאסרו כלל בגיד הנשה. אולם, הרמב"ם בפי' המשניות שם לא הבין כן, אלא הבין שאף החכמים מודים שבני יעקב נאסרו בגיד הנשה,[22] ומחלוקתם הוא בנקודה אחרת:

> ושים לבך לכלל הגדול הזה המובא במשנה זו והוא אמרם מסיני נאסר, והוא, שאתה צריך לדעת שכל מה שאנו נזהרים ממנו או עושים אותו היום אין אנו עושים זאת אלא מפני צווי ה' על ידי משה, לא מפני שה' צוה בכך לנביאים שקדמוהו, דוגמא לכך, אין אנו אוכלים אבר מן החי לא מפני שה' אסר על בני נח אבר מן החי, אלא מפני שמשה אסר עלינו אבר מן החי במה שנצטווה בסיני שישאר אבר מן החי אסור. וכן אין אנו מלים בגלל שאברהם מל את עצמו ואנשי ביתו, אלא מפני שה' צונו על ידי משה להמול כמו שמל אברהם עליו השלום, וכן גיד הנשה אין אנו נמשכים בו אחרי אסור יעקב אבינו אלא צווי משה רבינו, הלא תראה אמרם שש מאות ושלש עשרה מצות נאמרו לו למשה בסיני, וכל אלה מכלל המצות.

---

[22] וכן כתב בהלכות מלכים (ט:א): "על ששה דברים נצטווה אדם הראשון: על ע"ז, ועל ברכת השם, ועל שפיכות דמים, ועל גילוי עריות, ועל הגזל, ועל הדינים, אע"פ שכולן הן קבלה בידינו ממשה רבינו, והדעת נוטה להן, מכלל דברי תורה יראה שעל אלו נצטוה, הוסיף לנח אבר מן החי שנאמר אך בשר בנפשו דמו לא תאכלו, נמצאו שבע מצות, וכן היה הדבר בכל העולם עד אברהם, בא אברהם ונצטוה יתר על אלו במילה, והוא התפלל שחרית, ויצחק הפריש מעשר והוסיף תפלה אחרת לפנות היום, ויעקב הוסיף גיד הנשה והתפלל ערבית, ובמצרים נצטוה עמרם במצות יתירות, עד שבא משה רבינו ונשלמה תורה על ידו."

פי׳, דס״ל להרמב״ם שרבי יהודה ס״ל כאביי שאמרינן דורות ראשונות יוכיחו – בני יעקב נאסרו בגיד הנשה אף בבהמות טמאות – ולא אמרינן ״ניתנה תורה ונתחדשה הלכה.״ וחכמים ס״ל כרב אסי, שאע״פ שבני יעקב נאסרו בגיד הנשה של בהמה טמאה, מ״מ ״בסיני נאמר״ ו״ניתנה תורה ונתחדשה הלכה.״ ופסק הרמב״ם (מאכ״א ח:א) שגיד הנשה אינו נוהג אלא בבהמה טהורה כחכמים – דניתנה תורה ונתחדשה הלכה. והא ס״ל לר׳ חיים, בהל׳ מילה הנ״ל, דשיטת הרמב״ם הוא כאביי, דלא אמרינן ״ניתנה תורה ונתחדשה הלכה!?״

ונלע״ד שיש ליישב ולומר דס״ל להרמב״ם שיש חילוק בין אברהם אבינו לשאר האבות והשבטים קודם מתן תורה. ששאר האבות והשבטים הם רק מקרה-קודם לבני ישראל ובריתם שנכרתו בהר סיני. ויוצא, איפוא, ששאר האבות והשבטים היו בהתחלת התהליך שנשלמה בהר סיני בכריתת ברית של עם בני ישראל. ולכן, גבי גיד הנשה ודיני אבילות וירושה שנהגו אצלם לא אמרינן ״דורות ראשונות יוכיחו,״ אלא ״ניתנה תורה ונתחדשה הלכה״ – שהתהליך שהם רק התחילו, נשתנה ונשלמה במתן תורה במעמד הר סיני. ומשו״ה, שפיר פסק הרמב״ם שדיני גיד הנשה ואבילות של בני ישראל הוו שונים ממה שנצטוו בני יעקב.

משא״כ באברהם אבינו. שבריתו אינה רק מקרה-קודם והתחלת הברית שעתידה להיות בין ה׳ ובני ישראל, והוי הברית של בני ישראל הוא השלמת הברית במקום הברית של א״א. אלא, דמלבד הברית שכרת ה׳ בינו ובין בני ישראל, יש ברית אחרת לגמרי שכרת ה׳ בינו ובין אברהם אבינו, ויש לאותה ברית חשיבות עצמאית שאינה תלויה כלל בבני ישראל ובריתם – אינו כלל חלק של תהליך העתידה להשתנות ולהשתלם – אלא ברית מושלמת ועומדת. ולכן אמרינן גבי ברית מילה – מצות מילה של פרשת לך לך – ״דורות ראשונים יוכיחו,״ ולא אמרינן ״ניתנה תורה ונתחדשה הלכה,״ דברית אברהם אבינו היא סוג בפני עצמו שקיימת בשלימות חוץ ממסגרת של מתן תורה בהר סיני שמהווה השלמת תהליך שהתחילו כבר מקודם בשאר ענינים שמצינו באבות. ולפיכך, שפיר פסק הרמב״ם שיוצא דופן ויליד בית שלא טבלה אמו נימולין בשמיני אע״ג שאינו אמו טמאה לידה, דזה נובע ממצות מילה מדין בני אברהם. ומיהו,

עדיין מילתן אינן דוחין את השבת דזה רק נאמר במצות מילה מדין בני ישראל דפרשת תזריע, וכנ״ל.[23]

ח. ברכת להכניסו בבריתו של אברהם אבינו

איתא בגמ׳ שבת דף קלז ע״ב: ״תנו רבנן, המל אומר: אשר קדשנו במצותיו וצונו על המילה. אבי הבן אומר: אשר קדשנו במצותיו וצונו להכניסו בבריתו של אברהם אבינו.״

ויש מהקדמונים ששאלו ברכה זו השניה מה טיבה והיכן מצינו שתי ברכות על מצוה אחת, עי׳ למשל בהגהות מיימוניות (מילה ג:ג) שהקשה בשם רבינו שמחה: ״לא ידעתי מה טיב ברכת להכניסו וכי לא סגי בהאי ששלוחו מברך על המילה?״ וכן תמה הלבוש (סי׳ רס״ה) שהרי ״המילה היא בריתו של אברהם אבינו?״

ולייישב זה, חידש ה״ר דוד אבודרהם (הובא בבית יוסף יו״ד סי׳ רס״ה) שברכה זו נתקנה מפני שהאב מצווה על בנו למולו ולפדותו וללמדו תורה ולהשיאו אשה וברכה זו רומזת שמהיום ואילך מוטלות עליו מצוות אלו. ופשוט הוא, שאין זה ברכת המצוה רגילה, אלא הוא כעין ברכת שבח והודאה.

וכעין זה סבר ר״ת (הובא בתוס׳ פסחים דף ז ע״א ד״ה שלעבר) שכתב וז״ל דלא על זאת הנעשה עכשיו מברך אלא משבח ומודה להקב״ה

---

[23] ומה שכתב הרמב״ם בפי׳ משניות: ״וכן אין אנו מלים בגלל שאברהם מל את עצמו ואנשי ביתו, אלא מפני שה׳ צונו על ידי משה להמול כמו שמל אברהם עליו השלום.״ צ״ל דכוונתו למצות מילה מדין בני ישראל, דהיינו מה שבני ישראל מלים מדין בני ישראל אינו מפאת מה שמל אברהם אבינו, וכמו שמה שבני ישראל אסורים בגיד הנשה (מדין בני ישראל) אינו מפאת מה שבני יעקב נאסרו בה כלל: ״וכן גיד הנשה אין אנו נמשכים בו אחרי אסור יעקב אבינו אלא צווי משה רבינו.״ אבל כלל זה אינו משפיע על מה שבני ישראל עושים מדין בני אברהם. או י״ל, דחזר הרמב״ם בפרט זה ממה שכתב בפי׳ משניות. דהיינו, דמעצם היסוד – שר׳ יהודה וחכמים חולקים אי אמרינן ״נתנה תורה ונתחדשה הלכה״ – לא חזר מזה כלל. אלא, חזר בהפרט של מצות מילה: דבפי׳ המשניות ס״ל להרמב״ם דאין לבני ישראל אלא דין אחד של מצות מילה, והיינו, מילה מדין בני ישראל. ובמשנה תורה חזר מזה ונקט שיש ב׳ דינים במצוות מילה, אחד מדין בני ישראל ואחד מדין בני אברהם.

שצונו על המילה כשתבא לידו ותיקנוה כאן לגלות ולהודיע שזו המילה נעשה לשם יוצרנו ולא לשם ע״ג ולא לשם מורנא ולא לשם הר גרזים ע״כ. ומשמע, דס״ל שאין זה ברכת המצוה על עצם מעשה המילה, אלא ברכת שבח והודאה להקב״ה על שצוונו על המילה.

אולם, הקשה הערוך השלחן (יו״ד סי׳ רסה:ד) ד״זה אינו מספיק וכי היכן מצינו ברכת מצוה וברכת הודאה על דבר אחד.״ ועוד, שיש ראשונים שסוברים להדיא שברכת להכניסו קאי על מעשה המילה והוי ברכת המצוה רגילה על עצם המילה. עי׳ תוס׳ פסחים הנ״ל וז״ל מכאן היה מצריך רשב״א לברך לפני המילה להכניסו דאי לאחר המילה ישקר בברכתו דלהכניסו להבא משמע ועוד שצריך לברך עובר לעשייתו דכל המצות מברך עליהן עובר לעשייתן ע״כ. וגם הרא״ש הביא את שיטת הר״ש משאנ״ץ הנ״ל, וסיים וז״ל ועוד שמעתי כשאבי הבן מברך מיד אחר ברכת המוהל מיקרי שפיר עובר לעשייתו וגם להבא לפי שעדיין לא פרע ותנן מל ולא פרע כאילו לא מל ע״כ.

ונראה מדבריהם שברכת להכניסו הוי ברכת המצוה רגילה שקאי על עצם מעשה המילה ולא ברכת שבח והודאה על המילה. וא״כ, הדרא קושיא לדוכתא מה טיבה והיכן מצינו שתי ברכות על מצוה אחת? שהרי ״המילה היא בריתו של אברהם אבינו.״

אבל לפי הבנה שלנו, יש ליישב קושית הקדמונים ששאלו ברכה של ׳להכניסו׳ מה טיבה? ועוד, היכן מצינו שתי ברכות על מצוה אחת? דההנחה של קושייתם היא שהרי ״המילה היא בריתו של אברהם אבינו,״ ובריתו של א״א אינו אלא מקרה-קודם והתחלה לברית שעתיד בני ישראל לכרות. מיהו, מעתה, יש ליישב ולהסביר שיש ב׳ דינים במילה, הא׳ הוא שמילה היא בריתו של א״א, המילה שנצטוו בני ישראל מדין בני אברהם, שנובעת מהברית של א״א שהיא ברית בפנ״ע מלבד הברית של בני ישראל. והב׳ הוא המילה שאינה מבריתו של א״א, שאינו מדין **בני אברהם**, אלא

מדין **בני ישראל**, שנובעת מהברית של בני ישראל. וב׳ הברכות מתייחסים לב׳ דינים אלו. [24]

---

[24] הנה, הרמב״ם (מילה ג:א) פסק וז״ל ואבי הבן מברך ברכה אחרת וכו׳ שמצוה על האב למול את בנו יתר על המצוה שמצווין כל ישראל שימולו כל ערל שביניהן. לפיכך אם אין שם אביו אין מברכין אחרים ברכה זו. ויש מי שהורה שיברכו אותה בית דין או אחד מן העם, ואין ראוי לעשות כך ע״כ. ומשמע, דס״ל שברכת להכניסו הוא באמת ברכת המצוה על מעשה המילה, אלא מטעם אחר, והוא שיש מצוה על האב למול את בנו יתר מכל ישראל שמצווין למול כל שביניהן. ומשו״ה יש ב׳ ברכות על מצוה אחת.

ואי ס״ל להרמב״ם שיש ב׳ דינים במצות מילה, וכנ״ל בכמה דוכתא, א״כ למה לא נקט הרמב״ם בפשיטות שב׳ ברכות מתייחסים לב׳ דינים אלו? ועוד, לפי המהלך שלנו בדברי הרמב״ם הנ״ל היה לו לפסוק שאף אם אין האב שם יש לברך להכניסו בבריתו של אברהם אבינו, דהא עדיין אנו מקיימים מילה מדין בני אברהם? ואפשר לתרץ בב׳ אופנים: (א) עי׳ בכס״מ שם שדייק מדברי הרמב״ם: ״משמע דס״ל כר״ת דלאחר המילה הוא מברך להכניסו בבריתו של אברהם אבינו, ואע״ג דכל הברכות מברך עליהם עובר לעשייתן שאני ברכה זו דאינה אלא שבח והודאה.״ (ומבואר ברמב״ם (ברכות יא:ה-ו) שאין לברך ברכת המצוה לאחר עשייתה, אפילו בדיעבד, וברכה לבטלה היא.) ויוצא, דס״ל להרמב״ם דברכה זו אינה אלא ברכת שבח והודאה ואינה מתייחסת למעשה המילה כלל. ואף דס״ל להרמב״ם שיש ב׳ דינים למצות מילה, מ״מ ס״ל לרמב״ם דאין זה מספיק לתקן ב׳ ברכות המצוה על מעשה אחת. (ב) די״ל דבר חדש: דמה דנקטינן שמלבד מצות מילה מדין בני ישראל, יש עוד מצות מילה מדין בני אברהם, י״ל דמילה מדין בני אברהם אינה שייכת אלא כשהאב מל את בנו בעצמו או ע״י שליח (או כשאדון מל את עבדו), וכמו שאברהם אבינו מל את יצחק בנו! וא״כ, כשאין שם האב אין אנו מברכין ברכת להכניסו דבכה״ג אין שום קיום כלל במילה מדין בני אברהם. (וצ״ל דגבי יוצא דופן ומילת בני קטורה, כשאין שם האב, אה״נ שאין מצוה כלל למול אותם מדין בני אברהם. וא״כ יוצא דופן, כשאין שם האב, אין צריכותא למול אותו דוקא ביום השמיני, ובני קטורה, אם אין שם האב, אין מצווה למול אותם כלל, וצ״ע.) והנה, עי׳ בר׳ מנוח (הובא בב״י יו״ד רסה) שנקט בשיטת הרמב״ם דכשהאב עצמו מל את בנו אינו מברך להכניסו שלא מצינו שתי ברכות על מצוה אחת. אולם, אין זה פשוט פשט כלל מדברי הרמב״ם שכתב סתם שכשיש שם אב הוא יברך ברכת להכניסו, ולא חילק אם האב הוא המוהל אם לאו. והנה, אי אמרינן שהאב מברך ברכת להכניסו רק משום שיש מצוה עליו יותר משאר בני ישראל, א״כ מסתבר כמו שכתב ר׳ מנוח, דכשהאב מל בעצמו ובירך ברכת המצווה של מילה, אין לברך עוד ברכה דהא הוא – ולא אחד משאר ישראל – עשה את המילה לקיים את המצווה דרמי עליו יותר משאר בני ישראל. אבל אי אמרינן שמה שהאב מברך ברכת להכניסו הוא מדין מצוות מילה מדין בני אברהם, א״כ אפילו כשהאב מל את בנו יש קיום לב׳ דינים של מצוות מילה ושפיר יברך ב׳ הברכות!

הרב רפאל רוזנבלום
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

בעניני קבורה וטומאת מת

איתא בגמרא ב"ב (קטז ע"א) וז"ל, אשר אין חליפות למו ולא יראו אלקים (תהלים נ"ה) רבי יוחנן ורבי יהושע בן לוי, חד אמר כל שאינו מניח בן וחד אמר כל שאינו מניח תלמיד. תסתיים דרבי יוחנן הוא דאמר תלמיד דאמר רבי יוחנן דין גרמיה דעשיראה ביר תסתיים דרבי יוחנן הוא דאמר תלמיד, עכ"ל. עיין ברשב"ם (שם) וז"ל, נשאר אצלו שן אחד מבניו ובו היה מנחם למרי נפש האבלים שהשן של מת אינו טמא דתנן באהלות (פ"ג:מ"ג) כל שבמת טמא חוץ מן השיניים והשיער והצפורן ובשעת חיבורן הכל טמא וכו', עכ"ל. וכמו כן איתא בשיטה מקובצת לברכות (ה ע"ב) ששן היה שנתלשה ממנו מחיים. וכ"כ הריטב"א (ב"ב שם) בשם יש מפרשים. עוד הביא הריטב"א פירוש אחר שהיה עצם מבשר ההבראה שעשו לו.

אכן, עיין מש"כ רש"י (ברכות ה ע"ב) שהיה לר' יוחנן עצם של בן העשירי שמת לו.[1] וצ"ע לפי רש"י (ואולי גם לפי שאר הראשונים), איך ביטל ר' יוחנן החיוב קבורת המת.[2] ועוד צ"ע איך הראה את העצם

---

[1] לפי רש"י לא היה שם טומאה משום שהיה עצם פחות מכשעורה, ועצם פחות מכשעורה אינו מטמא.

[2] לכאורה קבורת המת הויא מצות עשה מדאורייתא. וכן מנה הרמב"ם קבורת מת בספר המצוות (מ"ע רל"א) וכ"כ בהלכות אבל (פרק י"ב הלכה א'), וכך נפסק בשו"ע יו"ד סימן שס"ב סע' א', שאם לא קבר מתו עבר בלאו. וע"ע מש"כ הרמב"ם (הל' אבל פרק י"ד הלכה א') שקבורת המת מצות עשה של דבריהם, ויש כמה ישובים לזה, ואכמ"ל. ע"ע שדה חמד (מערכת הקו"ף כלל ל"ט) שמביא הרבה שיטות בענין זה.

לאחרים, הרי אסור להנות מן המת?[3] ולכאורה יש לתרץ שיטת רש״י בכמה אופנים על ידי אוקימתא בציורו של מעשה בר׳ יוחנן.

קבורת אבר מן החי

הנה, יש לעיין אם איכא חיוב קבורת אבר מן החי. עיין גמרא כתובות (כ ע״ב) דמוכי שחין היו קוברין את זרעותיהן, ומשמע שהיו עושים זה משום חיוב, שיש חיוב לקבור אברים שנפלו מחיים. אולם, עיין מש״כ בשו״ת נודע ביהודה (מהדורא תנינא יו״ד סימן רט) דליכא חיוב, וקברו זרעותיהן מטעם אחר. שם נשאל מכהן שנחתכו רגליו, אם מותר לו לילך ולישא איתו את רגליו הנחתכות כדי לעורר רחמים עליו, והשיב לו לחומרא מצד איסור טומאת כהנים. ושם נקט דאין להתיר משום שמותר לכהן ליטמא למתים במקום שיש חיוב קבורה, שהרי אין חיוב קבורה באבר מן החי. ומה שאנו קוברים אברים הוא רק משום טומאה כדי שלא יכשל בהם אחרים. ולכן מה דהיו קוברים את זרועותיהם, אין זה אלא משום איסור טומאה. וכן דעת הגרא״ב וואסרמאן הי״ד בקובץ הוספות (סימן נא אות יג), שחייב לקבור אברים מן החי רק משום טומאה.

וכן עיין בשו״ת יביע אומר (חלק ג׳ יו״ד סימן כ״ב ד״ה אכן) שהביא ראיה שאברים מן החי אינם חייבים בקבורה ע״פ גמרא ב״ק (פה ע״א) שדנה לענין כמה חייב לשלם בעבור תשלומי צער. וקס״ד לגמרא שחייב לשלם כמה שאדם רוצה ליטול לקטוע ידו. והקשה הגמרא, הרי ע״י קטיעת ידו איכא ג״כ צער ובושת, דכסיפא ליה מילתא למשקל מבשרו למשדייה לכלבים, ולכאורה מוכח דמותר לשלוח אברו לכלבים ואינו חייב לקוברו. ועפ״ז כתב עוד להסביר שיטת תוס׳ (תענית דף טו ע״ב) שכתבו שכשהיו מתענים היו נוהגים לשים אפר עצמות על ראשיהם. והקשו בהגהות יעב״ץ והקרן אורה, איך עשו כך, הרי האפר טעון קבורה וגם

---

[3] עיין בגמרא עבודה זרה (כט ע״ב) וז״ל, מת אסור בהנאה מנלן אתיא שם שם מעגלה ערופה, כתיב הכא ותמת שם מרים וכתיב התם וערפו שם את העגלה בנחל, מה להלן אסור בהנאה אף כאן נמי אסור בהנאה, עכ״ל. וכ״כ הרמב״ם בהל׳ (אבל י״ד הלכה כ״א) ושו״ע יו״ד שמ״ט א׳.

אסור בהנאה? ועל זה תי׳ הגר״ע יוסף שליט״א ב׳ תירוצים, או שהיו עצמות נכרי, א״נ מיירי באבר מן החי, דלפי הנ״ל פטור מקבורה. והוסיף דגם מצד טומאה ליכא חיוב כה״ג, משום שאפר אינו מטמא. ולכן י״ל דזהו מש״כ רש״י דהמעשה בר׳ יוחנן מיירי באבר מן החי פחות מכשעורה, ובזה אין חיוב קבורה כלל משום שאינו מטמא. וכמו שכתב בשיטה מקובצת הנ״ל שהיה שן שנתלשה ממנו מחיים, ה״ה לפי רש״י י״ל דמיירי בעצם שנתלשה ממנו מחיים.

אולם, י״א שבאמת אבר מן החי טעון קבורה. עיין בשו״ת אגרות משה (יו״ד חלק ג׳ סימן קמא) שהביא ראיה לכך ע״פ הגמרא נזיר (מג ע״ב). שם דרשו מקרא ד״לה יטמא,״ לה הוא מטמא, ואינו מטמא לאבריה לפי שאין כהן מטמא לאבר מן החי. ודייק הגרמ״פ זצ״ל, דמהא דהצטריך דרשה ללמד שאינו מטמא לאבר מן החי, בע״כ צ״ל שיש חיוב קבורה. שהרי אם כה״ג פטור מקבורה, ממילא פשוט הוא שאינו מטמא לאבר מן החי, דכהן מותר לטמא לקרוביו לצורך קבורה דוקא ולא במקום אחר, וכן קי״ל בשו״ע (יו״ד סימן שעג סעיף ה׳).[4] אמנם, אפשר לתרץ דברי רש״י גם אליבא דמש״כ בשו״ת אגר״מ, שהרי בסוף דבריו כתב הגרמ״פ זצ״ל שרק חייב לקבור אבר במקום דאיכא בשר וגידים ועצמות, אבל בפחות מזה לא.[5] ולכן לפי הנ״ל יש ליישב דמעשה דר׳ יוחנן היה באבר שנתלשה מחיים, והיה פטור מקבורה כיון שלא היה אבר שלם.[6]

---

[4] ויש להעיר דבאמת אין מזה ראייה כ״כ, שהמחבר מביא ב׳ דעות בענין זה וסתם שיכול לטמא לקרוביו בכל מקום. ואפילו הרמ״א כתב רק שנכון הוא להחמיר, ומשמע שמעיקר הדין יכול ליטמא לכל קרוב אפילו שלא לצורך קבורה. וכ״כ בשו״ת בנין ציון (סימן קיג) בנוגע לענין אחר, עיין מזה לקמן. וע״ע בשו״ת יביע אומר (חלק ג׳ יו״ד סימן כב).

[5] ועפ״ז פסק הגרמ״פ זצ״ל שבני מעיים, כליות, וטחול אין בהם משום חיוב קבורה. אכן, ע״ע בשו״ת אגר״מ (יו״ד חלק א׳ סימן רלא) שפסק, ״שיש לחייב לקבור גם בשר מן החי,״ וצ״ע בדעתו.

[6] ע״ע בענין קבורת אבר מן החי בפתחי תשובה יו״ד סימן שס״ב סעיף א׳.

קבורת נפל

עיין מש"כ בהגהות מיימוניות (הל' הלכות מילה פרק א' ס"ק י') דהגם שאנו מתירין מילה שלא בזמנה ביו"ט שני של גליות,[7] מ"מ אין לקיים המנהג לעשות מילה לנפלים ביו"ט שני של גליות משום שאין להם חיוב קבורה, כדמשמע מכמה מקומות בש"ס שמטילין אותן לבור,[8] ולכן אין יו"ט נדחה על עסקי קבורתם. וכן קי"ל בשו"ע (או"ח סימן תקכ"ו סעיף י'), שאסור לכרות ערלת נפל ביו"ט שני. וגם הרמ"א (יו"ד סימן רס"ג סעיף ה') כתב שלא מלין נפל ביו"ט שני של גליות משום שאסור לקבור נפלים ביו"ט.

אולם, המג"א (סימן תקכ"ו ס"ק כ') חלק עליהם וכתב שיש חיוב קבורת נפלים, והביא כמה ראיות לזה. חדא, עיין גמרא נדה (נז ע"א) דדרשו הכותים שאין חיוב קבורת נפלים מקרא ד"לא תסיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים בנחלתך," שמי שיש לו נחלה יש לו גבול (קבורה), ומי שאין לו נחלה אין לו גבול. ולפי הפשטות, אין זה אלא דרשת הכותים, ואנן לא ס"ל כן. עוד הביא מתורת כהנים (פרשת אמור) שאין הכהן מטמא לבנו ובתו הנפלים, וש"מ שמצוה לקבור נפלים, שהרי אין הכהן מטמא אלא לצורך קבורה, כנ"ל. ולכן, מסקנת המג"א היא שחייב לקבור נפלים.[9]

---

[7] היינו דעת הרמב"ם (הלכות מילה פרק א' הלכה ט"ו), ע"פ מתני' דשבת (קלז ע"א) שקטן הנולד בין השמשות של ערב ר"ה אינו נימול אלא לאחר שני ימי ר"ה. ויש לדייק שם דדוקא ביום שני של ר"ה אינו נימול, אבל ביו"ט שני של שאר ימים טובים נימול, הגם שאינו זמנו. מאידך, דעת הרא"ש דמילה שלא בזמנה אינה דוחה יו"ט שני של גליות, והך דיו"ט שני של ר"ה אינו אלא מפני שנשנית מתני בא"י. וכן הסביר הגר"א (ביו"ד סימן רס"ו ס"ק י"ד). וע"ש בשו"ע (סעיף ח') שפסק כהרא"ש.

[8] עיין מסכת אלהות (פרק ט"ז משנה ה').

[9] וכן פסק בשו"ת חת"ס (או"ח סימן קמד) שמותר לקבור נפל ביו"ט שני של גליות, וכ"כ בשו"ת אבני נזר (ביו"ד סימן תעב). ועיין בגליון מהרש"א (יו"ד ריש סימן שמא) שאפילו לפי המג"א שחייב לקבור נפלים, מ"מ אין אנינות נוהגת בהם. וזהו לפי השיטות דס"ל שחיוב אנינות הוא משום כבוד המת, כדאיתא בשו"ע שם. וא"כ, י"ל שאינה נוהגת בנפלים כיון שאין להם דין כבוד המת כדמשמע בשו"ת נודע ביהודה (יו"ד קמא סימן צ').

אכן, עיין בשו"ת בנין ציון (סימן קיג) שמתרץ כל ראיותיו של המג"א. הנה עיין ר"ש (אהלות פרק ט"ז משנה ה') שהביא מן התוספתא דדרש רשב"ג שהנפלים אינן קונין את הקבר משום דכתיב לא תסיג גבול רעך וכו'. והוכיח מזה שגם התנאים דרשו פסוק זה, וגם הוכיח שיש מח' התנאים בזה, ואנן קי"ל כרשב"ג. והא דכתב המג"א שרק מטמאין כהנים לצורך קבורה, באמת זה הוא ב' דיעות בשו"ע בסימן שע"ג סעיף ה', וסתם המחבר כדיעה ראשונה שכהן יכול ליטמא לז' קרובים אפילו שלא לצורך קבורה. ואפילו הרמ"א כתב רק שנכון הוא להחמיר, ומשמע שמעיקר הדין יכול הכהן ליטמא שלא לצורך קבורה.[10]

אולם, עיין בשו"ת נודע ביהודה (מהדורא קמא יו"ד סימן צ') דנקט דמ"מ חייב לקבור נפלים משום דין טומאה, אבל ע"ע בשו"ת בנין ציון (סימן קי"ט) שגם דחה סברא זו, ע"פ יסוד שהאיסור הנאה במת נובע מהחיוב לקבור את המת, וכיון שאין כאן חיוב לקבור נפלים כנ"ל, גם איסור הנאה ליכא. הוא כתב שבאמת זה תלוי במחלוקת הראשונים אם מתי עכו"ם מותרים בהנאה או אסורים בהנאה, הובא במשנה למלך (סוף הלכות אבל). למ"ד מותרים בהנאה, היינו כמש"כ הרמב"ן דכיון דילפינן איסור הנאה ממרים ומת עכו"ם אינו דומה למרים, ה"ה בנפל י"ל שאינו טעון קבורה וכיון דלא הוי דומיא דמרים. ולמ"ד מתי עכו"ם אסורים בהנאה, ה"ה נפל, כיון דלא בעינן דומיא דמרים. [ומביא המשנה למלך ראיה מהירושלמי שמתי עכו"ם הם מותרים בהנאה, וא"כ יש לומר שגם נפל מותר בהנאה.][11] ומ"מ כתב הבנין ציון שבדרך כלל יש חיוב קבורת נפל משום שיש חשש טומאה. וכל זה במקום שיש טומאת מת. אבל הכא,

---

[10] ע"ע בשו"ת נודע ביהודה (או"ח סי' ט"ז) שג"כ דחה דברי המג"א.

[11] ובמח' ראשונים זה בענין מתי עכו"ם עיין בהרחבה בשו"ע יו"ד סימן שמ"ט סעיף א', ובגר"א, נקודת הכסף, פתחי תשובה, וגליון מהרש"א שם. גם עיין בשו"ת חת"ס יו"ד סימן של"ו, ובשו"ת יביע אומר ח"א יו"ד סי' כ"ד אות י"א ואילך.

שלא היה בעצם או שן זו שום טומאה, ואם היה נפל לא היה חיוב קבורה, א"כ מובן למה לא קבר ר' יוחנן עצם בנו.[12]

השיעור שחייב לקבור

הנה נחלקו האחרונים בשיעור מת הטעון קבורה. עיין תוס' יו"ט שבת (פרק י' משנה ה') דכזית מן מת חייב בקבורה, ומסתפק לענין פחות מכזית. וכ"כ במנ"ח (מצוה תקל"ז), דחיוב ודאי אינו אלא מכזית ולמעלה. מאידך, דעת המשנה למלך (הלכות אבל פרק י"ד הלכה כ"א) היא דפחות מכזית אין בו חיוב קבורה כלל, ואפילו ביותר מכזית אין חיוב לקוברו. ומקורו מן הירושלמי, שכהן חייב לקבור מת מצוה רק כשמצא ראשו ורובו של מת ולא פחות מזה, גם במקום שיש בו כזית.[13] וס"ל דה"ה לשאר מתים, אין כהן מטמא לקבורת מת מצוה אלא בנמצא ראשו ורובו, דעל פחות מזה ליכא חיוב קבורה. ולפי זה, אפשר לומר שלא היה חיוב קבורה על עצם בנו של ר' יוחנן כיון שהיה פחות מכזית.

וכ"כ בשו"ת חלק לוי (יו"ד סימן קכה) כדי לתרץ דברי התוס' לתענית (טו ע"ב) שהבאנו לעיל, ויסוד דבריו הוא דכל זמן שנקבר ראשו ורובו של המת קיים המצוה של קבור תקברנו, ואין עליו חיוב לקבור שאר המת. אכן חלק עליו הגר"ע יוסף שליט"א (שו"ת יביע אומר ח"ג יו"ד סי' כ"ב), דכל הדיון הוא כשיש רק כזית או פחות מכזית מן מת לפנינו, דאז נחלקו כמה צריך להיות כדי לחייב בקבורה. משא"כ כשיש לפנינו מת שלם שכבר חל עליו חיוב קבורה, בודאי חייב לחזור אחר כל כזית וכזית ולקבור את כל גוף המת, וכ"כ בשו"ת ציץ אליעזר (חלק י"א סימן ע"ד אות ה').

---

[12] ועוד בענין קבורת נפל יש לעיין בתוס' ב"ב דף כ ע"א ד"ה אתיא, בגליון מהרש"א יו"ד סימן שס"ב סעיף א', בשדה חמד מערכת קו"ף כלל מ', ובחזו"א יו"ד ר"ח אות ט'.

[13] עיין במנחת חינוך הנ"ל שהקשה על עצמו מן הירושלמי, וכתב ליישב שזה הוא גזירת הכתוב לגבי מת מצוה.

ובאמת, זהו דין מפורש בירושלמי נזיר (פרק ז׳ הלכה א׳), וז״ל, תני רבי יוסי קומי ר׳ יוחנן כשם שאדם מיטמא למת מצוה כך אדם מיטמא על אבר מצוה וכו׳ בחוזר תיפתר, עכ״ל. ופירשו הק״ע ופ״מ בחוזר תיפתר, שנטמא כבר למת מצוה זה ועדיין נשאר אבר ממנו, חוזר ומיטמא גם לאבר זה מכיון שכבר היה עליו דין מת מצוה. וכן קי״ל בשו״ע (יו״ד סימן שע״ד סעיף ב׳) שאם נמצא ראשו ורובו, אז מטמא אפילו לאבר אחד.

וכן עיין בשו״ת קול מבשר (ח״א סימן ע׳ ד״ה ובאמת צל״ע), שכשיש מת לפנינו, צריך לקבור כל גופו. שוב הקשה מהא דאיתא בגמרא מו״ק (ח ע״ב) שגוזזין שערו של מת בחול המועד, הרי אם יש חיוב לקבור כל המת, צ״ע איך חותכין את שערו. ותי׳, דבפרשת כי תצא (דברים כ״א:כ״ג) איתא דקבור תקברנו ביום ההוא וכו׳ ולא תטמא את אדמתך. ומסיפא דקרא מוכח שחיוב קבורה הוא רק בדבר המטמא. וכיון דקי״ל בגמרא נדה (נה ע״ב) ששער, שיניים, וצפרנים אין מטמאים, ממילא ה״ה דמותר לגזוז שערו של מת קודם קבורה. ולפי זה ביאר בעל שו״ת קול מבשר מה דלא קבר ר׳ יוחנן את עצם בנו, שהרי כתב רש״י שהיה פחות מכשעורה ועצם פחות מכשעורה אינו מטמא ולכן י״ל דג״כ לא עליו חיוב קבורה. ולפ״ז עוד מובן מה שהקשו במה דהוצרך רש״י לפרש שהיה פחות מכשעורה, דלפום ריהטא ליכא נ״מ בזה.[14] אולם, לפי מה שנתבאר ניחא, שדוקא משום שאין בו טומאה, לא היה בו חיוב קבורה ולכן היה מותר להראותו לאחרים.[15]

מצות קבורה: לקבור או להיות נקבר

הנה אין מברכים על מצות קבורת המת, וכמה טעמים לזה כבר נישנו. השדי חמד (אסיפת דינים מערכת ברכות אות ט״ז ד״ה ועל קבורת

---

[14] ואפשר לתרץ שגברא רבה כר׳ יוחנן לא יכשיל אחרים בדבר המטמא כמש״כ בהגהות יעב״ץ שלא יטמא טהרות שבא״י.

[15] ע״ע בקבורת כזית מן המת בשדי חמד הנ״ל כלל ל״ז.

מתים) מביא שיטה אחת שאין מברכים מפני שאינו אלא מדרבנן. והקשה השדה חמד על שיטה זו ממה שיש הרבה מצוות דרבנן שמברכים עליהן. ועוד דחה דבריו מפני שרוב הראשונים ס"ל שמצות קבורה מדאורייתא היא. ויש מתרצים שאין מברכים על הפורענות, א"נ משום שאין מברכים על מצוות שיש בהן עשה ולא תעשה.[16] עוד י"ל שאין מברכים על דברים שגם הגויים עושים, כדאיתא בשו"ת בנימין זאב.

וע"ע בגשר החיים (חלק א' פרק טז) שהביא עוד תירוץ המורה על מהות מצות קבורה בכלל, שקבורה היא מצוה הנמשכת לעולם. ולכן, אין האדם יוצא מצוותו כשקובר את המת אלא דכל זמן שהמת נקבר איכא קיום המצוה. מבואר מדבריו שיסוד מצות קבורה הוא שהמת יהא נקבר ולכן אם קבר את המת ושוב נתגלה חייב לקוברו שנית. אולם, עוד אפשר לומר שמצות קבורה הוא רק עצם מעשה הקבורה, והוא מצוה חד פעמית. ולפ"ז י"ל שר' יוחנן קבר את בנו בתחילה ולאחר זמן נתגלה, ושוב לא היה חיוב עליו לקוברו, והיה מותר לו לילך עם עצם בנו.

עיין מתני' דתמורה (לד ע"א) שכל איסורי הנאה שטעונים קבורה לא ישרפו, וכל שיש בו חיוב שריפה לא יקברו. ובגמרא איתא דטעמא דמתני' הוא משום שכל נקברין אפרן אסור וכל הנשרפין אפרן מותר. והקשה הגמרא מברייתא דדם הנדה ובשר המת שנפרכו דטהורין, ומשמע שהם טהורין ומותרין בהנאה, אע"פ שבשר המת מן הנקברין הוא. ומסקנת הגמרא היא שבשר המת שנפרך טהור אבל מ"מ אסור, וא"כ ה"ה אפרו אסור. ועיין מנחת חינוך (מצוה קמ"ו אות ט"ז) שהביא מתוס' תמורה (לג ע"ב ד"ה השורפין וכו') שכתבו לחלק בין הנשפרין והנקברין, דדוקא אחר שריפת הנקברין דנעשית מצותן, ממילא נתסלק איסורן. ולפ"ז הקשה, אמאי לא נימא דכיון דנקבר המת ונעשית מצותו ממילא אפרו יהא מותר בהנאה, וכן בשר המת שנפרך הוא טהור וג"כ מותר בהנאה, ונשאר בצע"ג.[17]

---

[16] עיין אנציקלופדיה תלמודית (כרך רביעי עמוד תקכב).

[17] עיין בשו"ת נודע ביהודה יו"ד מהדורא קמא (סימן צ') שתירץ קושית המנחת חינוך, וע"ע בחי' רבינו חיים הלוי (הלכות חמץ ומצה) בענין גדר דין נעשית מצותו.

אולם, עיין מש"כ בספר אבי עזרי (הל' חמץ ומצה ג:יא) שתירץ קושיית המנחת חינוך, דלא אמרינן נעשית מצותו גבי קבורה, כיון דהויא מצוה הנמשכת ואינה נגמרת לאחר שנקבר, אלא יש דין שיהא המת נקבר כל הזמן. ומשמע שנחלקו המנחת חינוך והגראמ"מ שך זצ"ל ביסוד מצות קבורה, אם הוא מצוה לקבור את המת, או דהוי דין על המת שיהא נקבר לעולם, ודוקא לפי צד הראשון יתכן לומר דנעשית מצותו.

וע"ע בקובץ שיעורים ביצה (סימן כ"ה) שנקט כפי דרכו של האבי עזרי. שם הקשה הגרא"ב וואסרמאן הי"ד, איך קוברים מתים ביו"ט ראשון על ידי עממין, הלא יש בו ביטול מצות קבורה. ותירץ, דאין המצוה במעשה הקבורה אלא שיהיה נקבר, וכיון שאין מצוה בהמעשה אלא בהתוצאה, מותר לעשותו על ידי נכרי.[18] לפיכך, אם נקבר המת ושוב נתגלה יש חיוב לקוברו פעם שנית, משא"כ במצות כיסוי הדם שאם לאחר שנתכסה נתגלה, אין שוב חיוב לכסותו כיון שמצותו בהמעשה ולא בהתוצאה.

---

[18] מצינו כעין זה בכמה מקומות. עיין במסכת תמיד (כה ע"ב) שהרובים היו שומרים בבית המקדש. ומי היו הרובים? הם היו כהנים שלא הגיעו לעשות עבודה. יש שפירשו שהיו מגיל י"ג עד עשרים, אבל המפרש כתב שהיו פחותים מי"ג שנים. הקשה המשנה למלך (פרק ח' מהלכות בית הבחירה הלכה ה'), איך תתקיים מצות עשה של שמירת המקדש על ידי קטנים שאינם בני מצוות? ותי' המנחת חינוך (מצוה שפ"ח) שאין מצוה במעשה השמירה, אלא יש מצוה שהמקדש יהיה נשמר. וכיון שהוא מצוה בתוצאה, אפשר לקיימו על ידי קטן. וכ"כ שהוא הדין לגבי אכילת קדשים, שאע"פ שיש מצוה באכילת קדשים, מ"מ קטן יכול לאוכלם מפני שאין המצוה במעשה האכילה אלא שכל הקדשים יהיו נאכלים. ועיין במשמרת חיים (עניני פסח אות ה') שביאר מחלוקת אחרונים עם סברא זו. המג"א בהלכות פסח (סי' תמ"ו ס"ק ב') פסק שמי שמצא חמץ ביו"ט מותר לומר לנכרי להטילו לים, משום שהוא שבות דשבות במקום מצוה. הקשה רע"א, איך הוא מקיים המצוה ע"י הנכרי כיון שאין שליחות לנכרי? וביאר הגרח"פ שיינברג שליט"א, שהמג"א סבר כיסוד הנ"ל, דרק צריך שליחות היכא שצריך לעשות מעשה. אבל הכא, מצות תשביתו הויא חיוב לראות שהחמץ אינו בעולם. ולכן, כיון שהנכרי זרק את החמץ לים על פי דיבורו קיים את המצוה. וגם בעניני מילה (אות ג') ביאר הגרח"פ שיינברג שליט"א את מה שקטן יכול למול אע"פ שאינו בר שליחות על פי יסוד זה, דמצות מילה אינו המעשה מילה אלא שהאב צריך לראות שהוא מהול. וכיון שכן, מותר על ידי קטן לכתחילה. וע"ע בברכת שמואל יבמות (סי' ב' א') שמביא כעין זה בשם הגר"ח.

מ״מ, המעיין בספר מקור ברוך (סימן ל״ד) יראה שיש ראשונים שסוברים שקבורה הויא רק מצוה לקבור, ולאו דין שיהא המת נקבר. רבינו גרשום בתמורה (לד ע״א) כתב לענין הסוגיא שם דמיירי בדם הנדה ובשר המת שדרכן ליקבר, שאם לא נקברו וכבר הופרכו ונעשו אפר מותרין. למה הוסיף שהם לא נקברו? המקור ברוך הסביר שהיה קשה לרבינו גרשום למה מדברים במת, כיון שיש מצות קבורה כיון דנקבר, ממילא שייך גביה דין נעשית מצותו ובודאי אפרן מותר. לכן הוסיף הגרמ״ה שמיירי במת שלא נקבר ולא נעשה מצותו. ומוכח מדבריו שאם היה נקבר, נמצא שהיתה נעשית מצותו, והיינו דגדר המצוה הוא לקבור.

וכן עיין בספר תמים דעים (סימן ק״כ ס״ק ה׳) בענין מילה שלא בזמנה ביו״ט שני של גליות.[19] ושם מביא ק״ו שמילה דוחה יו״ט שני של גליות מפני שקבורה, שהוא מותר על ידי עממין מ״מ דוחה יו״ט שני ומותר ע״י ישראל, ק״ו שמילה שהוא א״א ע״י עממין, דוחה יו״ט שני. ואין לומר ששאני מילה משום שהוא אפשר למחר משום שקבורת מת נמי אפשר למחר. מזה הוכיח המקור ברוך שגם התמים דעים סבר שהוא מצוה לקבור. שאם היה מצוה להיות המת נקבר, איך אפשר להציע לעשותו למחר, הרי אם קוברו למחר מ״מ נחסר המצוה מהיום. רק יתכן לעשותו למחר במקום שהוא מצוה חד פעמי שאז אין חילוק בעשיית המצוה היום או למחר.[20]

---

[19] עיין מה שבאנו לעיל במח׳ בין הרמב״ם להרא״ש בענין זה.

[20] מבואר בדברי התמים דעים דס״ל שמילה היא ג״כ מצוה חד פעמית, משום שהוא מדמה מילה לקבורה במה דאפשר לעשותו למחר. ועיין בשו״ת בית הלוי (חלק ב׳ סימן מ״ז) דנחלקו בזה הרמב״ם והטור, אם מילה הויא מצוה חד פעמית או מצוה הנמשכת. ונ״מ במי שמל בשבת ונשאר ציצין שאינן מעכבין בקיום המצוה, האם חוזר עליהם, או לא? דעת הטור שכן חוזר, והרמב״ם ס״ל שאינו חוזר. וביאר הבית הלוי, דלפי הטור, הרי עדיין הוא מקיים את המצוה ומותר לחזור, והרמב״ם ס״ל שכבר קיים המצוה שהרי מצות מילה הוא המעשה מילה ולא דין שיהא הבן מהול. עוד העלה נ״מ ביניהם, אם יש בו משום ביטול מצוה במקום שלא קיים המצוה ביום השמיני. לפי הרמב״ם, מפני שהיא מצוה חד פעמית, ממילא אין בו משום ביטול. אכן, לפי הטור שכל רגע ורגע הוא עצם המצוה ממילא איכא ביטול מצוה, וכן מוכח בתוס׳ בשבת (דף קלא ע״א ד״ה ושוין וכו׳). וכ״כ יש מח׳ ראשונים במצות בנין בית המקדש אם המצוה הוא לבנות הבית או שיהא הבית בנוי, שתוס׳ הנ״ל במסכת שבת

נמצאנו למדים שכמה ראשונים ואחרונים נקטו שמצות קבורה היא מצוה לקבור, וכיון שקבר את המת, קיים מצותו. א"כ, אפשר לומר שר' יוחנן קבר בנו ונתגלה לאחר זמן, ורק אז לקח עצם בנו מפני שלא היה חיוב קבורה שנית.

ואולי י"ל שבאמת זהו שיטת רש"י כמדבואר לקמן. הנה הקשה הגשר החיים (חלק ב' פרק כ"ב) ממש"כ הטור יו"ד (סימן ת"ג) שקבורת עצמות הנלקטים אין להם דיני קבורה. וצ"ע, שהרי איתא בהגמרא מו"ק (כה ע"א) שארון העובר ממקום למקום אם שלדו קיימת יש בו דיני קבורה, מפני שחייב לעמוד עליו בשורה וחייב בברכת אבלים ותנחומי אבלים, וכך נפסק בשו"ע יו"ד (סימן שמ"ה). ולפ"ז, נימא דגם בעצמות הנלקטים יש לחלק בין שלדו קיימת ושלדו אינו קיימת, וצ"ע. ותי' הגשר החיים שי"ל שאם לא היתה קבורה מעולם, או שהיתה קבורה ועכשיו נשאר רק הבשר, אז עדיין יש חיוב קבורה. אבל עצמות הנלקטים מיירי כשהיתה קבורה ועכשיו רק נשאר עצמות, ובזה אין שוב חיוב קבורה. ואע"פ שהוא נמנע מלפסוק כזה משום שלא מצא שום אחרון שסבר כמותו, מ"מ הניח עכ"פ שאפשר לומר פירוש זה בשיטת רש"י. דהנה פירש במו"ק (שם) ונדה (כז ע"ב) דשלדו קיימת היינו שגופו קיימת ועדיין נראה כשלם. וכן בפירוש המיוחס לרש"י על מו"ק כתב ששלדו קיימת, היינו גופו קיים זמן מועט אחר שמת. ולכן, לגבי ארון העובר ממקום למקום יש עדיין חיוב קבורה כששלדו קיימת, דהיינו שגופו קיים. אבל עצמות הנלקטים, שהם רק עצמות שכבר נקברו, אין בהם חיוב קבורה.[21] וא"כ, אפשר שכך היה המעשה עם ר'יוחנן, שקבר בנו ואח"כ נתגלה עצם שלו, דבכה"ג לא היה חיוב קבורה שנית.

סבר שהוא חייב תמיד במצות בנין הבית ולא מקרי אפשר לקיימו למחר. אבל הרמב"ן והרשב"א בשבת דף כד אמרו שכן אפשר לקיימו למחר, ומוכח שהם סברו שהוא מצוה לבנותו. וע"ע בקובץ שיעורים ח"א ב"ב אות כ"א.

[21] עיין מש"כ ר' נסים גאון ברכות (ה ע"ב) שמביא מר' שרירא גאון ור' האי גאון שבנו העשירי של ר' יוחנן נפל ליורה רותחת ריתוח קשה וחזק ונמס בשרו. נמצא שמיד לאחר שנקבר לא היה שלדו קיימת ורק היה עצמות. וא"כ אם נתגלה, אולי לא היה חיוב קבורה שנית.

איסור הנאה במת

עד כאן חקרנו בענין חיוב קבורה לגבי עצם של בנו של ר׳ יוחנן. אמנם, אפילו אם לא היה חיוב קבורה, מ״מ יש איסור הנאה ממת הנלמד בהגמרא ע״ז (כט ע״ב) מגזירה שוה של שם שם מעגלה ערופה, וא״כ צ״ע איך נהנה מעצם בנו.[22] ואפשר לומר שאין בו איסור הנאה להסתכל במת. עיין בשו״ת נודע ביהודה יו״ד תנינא (סימן ר״י) שכתב שהאיסור ניתוח במת ישראל הוא משום ניוול המת והלנת המת.[23] ותמה בשו״ת חתם סופר יו״ד (סימן של״ו) על מה שלא הביא מה דמת ג״כ אסור בהנאה.

ועיין בשו״ת הר צבי יו״ד (סימן רע״ח) שתירץ שאין בו איסור הנאה כה״ג שאינו נהנה מן המת עצמו אלא מהידיעות שאנו לומדים ע״י ניתוח המת. וע״ש בהערות ומלואים שכתב שגם הריטב״א בסוכה (לא ע״ב) כתב כן. הרי איתא בהגמרא שם שלולב של ע״ז לא יטול ואם נטל כשר. וביאר הריטב״א דזהו משום שמצוות לאו ליהנות ניתנו. והוסיף, דאע״ג דע״י עשיית מצוות הוא מקבל שכר בעוה״ז ובעוה״ב, אין זה בכלל באיסור הנאה מפני שאינו נהנה מגופו של איסור, רק שגוף האיסור גורם לו הנאה וריוח במקום אחר, ודבר זה מותר. ולכן עפ״ז יש ליישב מש״כ בשו״ת נודע ביהודה הנ״ל.[24] וכל זה לענין להסתכל במת כדי ללמוד חכמת הרפואה, מפני שאינו מקבל הנאה מגוף המת. אולם, י״ל שמי שרואה דבר האסור בהנאה ונהנה בראייתו שפיר עובר מפני שנהנה מגופו של

---

[22] עיין מאמרו של הרב דניאל שטיין בבית יצחק ל״ט.

[23] ע״ע בעניני ניתוח המת בשו״ת בנין ציון סימנים ק״ע- קע״ב, בשו״ת נודע ביהודה מהדורא תנינא חיו״ד סימן ר״י, שו״ת חת״ס יו״ד סי׳ של״ו, שו״ת מהר״ם שיק יו״ד סי׳ שמ״ז ושמ״ח, פתחי תשובה יו״ד סי׳ שס״ג ס״ק ה׳, שו״ת ציץ אליעזר ח״ד סי׳ י״ד וח״ט סי׳ מ״ו, שו״ת באר משה ח״ח סי׳ ר״מ-רמ״א, שו״ת אגרות משה יו״ד ח״ב סי׳ קנ״א, שו״ת יביע אומר ח״ג יו״ד סי׳ כ״ג, ושו״ת משנה הלכות ח״ו סי׳ ר״ג. ובענין הדבקת אבר ובשר, ועצם דמת בחי אם אסור משום איסור הנאה במת, וגם אם אסור לכהן, עיין באריכות באגרות משה יו״ד ח״א סי׳ רכ״ט-ר״ל.

[24] ודעת החת״ס שכל הנאה אסורה, אע״פ שאינו נהנה מגוף האיסור, דלא כהריטב״א. ובדעת שאר ראשונים, עיין חי׳ הריטב״א ליבמות (קג ע״ב, עמודים תתתרמ״ו- תתתרמ״ט).

האיסור.[25] ולכן יש לדון אם באמת נימא שעצם או שן של בנו של ר׳ יוחנן היה אסור בהנאה.

הנה איתא בהגמרא חולין (קכב ע״א), דמדאורייתא עור האדם טהור, אבל טמאו חכמים שמא יעשה אדם עורות אביו ואמו שטיחין. וקשה, הרי בעור המת יש בו משום אסור בהנאה. ואפשר לתרץ על פי התוס׳ זבחים (עא ע״ב ד״ה ובטרפה) שכתבו שאין איסור הנאה בעור המת.[26] ע״ע מש״כ הר״ן בחולין (שם) ב׳ תירוצים. בתירוץ ראשון נקט דמיירי ברשיעי שלא חששו להאיסור הנאה, ולכן גזרו חכמים. ואח״כ מביא בשם יש אומרים, שכל דבר שגזעו מחליף ולא מטמא אינו אסור בהנאה כדאיתא בברכות אצל ר׳ יוחנן, שהיה שן שגזעו מחליף, ולא מטמא, ולכן לא היה איסור הנאה. והר״ן אמר שאין משם ראיה, מפני שלא היה הנאה אצל ר׳ יוחנן.[27] ובפשטות היש אומרים מתירים רק בדבר שגזעו מחליף משום שלא נחשב לחלק מהמת. וא״כ, לפי שיטת רש״י שהיה עצם ממש, צ״ל כמש״כ הר״ן שלא נחשב כהנאה בראייה לבד, א״ד י״ל כחד מהאוקימתאות דלעיל. אם היה אבר מן החי אין בו איסור הנאה משום שאינו מת. ואם נקבר פעם אחת ונתגלה, אולי הלך האיסור הנאה לאחר שנקבר. ועוד, מבואר בשו״ת בנין ציון הנ״ל שהאיסור הנאה נובע מהחיוב קבורה, וא״כ אם היה נפל או פחות מכשיעור שאינם חייבים בקבורה, גם כן ליכא אסור בהנאה.[28]

---

[25] עין באור שמח הלכות שבת פרק א׳ הלכה ח׳ שבראיה לבד אין איסור להסתכל באיסורי הנאה.

[26] דבר זה מחלוקת בין הראשונים, עיין ריטב״א ותוס׳ נדה (נה ע״א), והרמב״ם הלכות אבל (י״ד:כ״א ומשנה למלך שם).

[27] אפשר לומר שהר״ן סבר כהריטב״א הנ״ל שראייה לבד לא נחשבת כהנאה.

[28] ובענין איסור הנאה משער המת, עיין ערכין ז ע״א – ז ע״ב ובחשק שלמה שם ובב״ק י ע״א ברש״י ותוס׳ שם, ונמצא שיש מח׳ ראשונים. ועיין שו״ע יו״ד שמ״ט ב׳ שפסק להחמיר. וע״ע שו״ת מהר״ם שיק יו״ד סי׳ שמ״ט, וגם בשו״ת בנין ציון סי׳ קי״ד.

הרב יונתן לוין
חבר המכון הגבוה לתלמוד ע"ש ברן

איסור נחלה ללויים

מבואר בקראי דפרשת שופטים (דברים יח:א-ב) איסור נחלה ללויים בארץ ישראל.[1] נחלקו הראשונים בבבא בתרא (קכב ע"א) אם איסור זה נוהג ג"כ לעתיד לבא או לאו, הרשב"ם (ד"ה ועוד) כתב דיש חלק לשבט לוי לעתיד לבא ולכן ליכא איסור לעתיד לבא , אבל הר"ן (שם) חולק עליו דיש איסור אפילו לעתיד לבא. כדי להבין מחלוקת זו, צל"ע באיסור זו באופן כללי.

א. טעם האיסור

מה הטעם של איסור זה? כתוב בפרשת עקב (י:ח-ט), "בעת ההיא הבדיל ה' את שבט הלוי לשאת את ארון ברית ה' לעמוד לפני ה' לשרתו ולברך בשמו עד היום הזה; על כן לא היה ללוי חלק ונחלה עם אחיו, ה' היא נחלתו כאשר דבר ה' אלקיך לו." נראה פירוש הפסוקים דכיון שהלויים צריכים להיות פנוי לשרת ה' אין לו זמן להיות עוסקים בנחלה. והרמב"ם (הל' שמיטה ויובל יג:יב) כתב הטעם על פי פסוק זו, "ולמה לא זכה לוי בנחלת ארץ ישראל ובביזתה עם אחיו מפני שהובדל לעבוד את ה' ולשרתו ולהורות דרכיו הישרים ומשפטיו הצדיקים לרבים

[1] וכן מצינו איסור זה בפרשת קרח (פרק יח), חד פסוק לגבי כהנים (פסוק כ') וחד פסוק לגבי לויים (פסוק כ"ד). כתב הריפ"פ בפירושו על הרס"ג (מצות ל"ת רלב) דיש ב' לאוים נפרדים, אע"פ שאין אחד מממוני המצוות מונה ב' לאוים לכהנים ולויים. ובענין חילוק בין כהנים ללויים, עיין בתוספתא (ביכורים א:ד) שר' מאיר סבר כהנים מביאין בכורים אבל אין קורין, אבל לויים מביאין וקורין דערי מקלט חשיב נחלה לגבי לויים אבל לא לגבי כהנים. וכן ע"ע מש"כ בצפנת פענח, דכהן חלל אין לו חלק בערי מקלט אבל ממזר לוי יש לו חלק בערי מקלט. אפשר שכל אלו תלויים בחילוק בין בקדושת הגוף של כהן לקדושת הגוף של לוי. וע"ע מש"כ הר"א ליכטנשטיין בענין זה בקובץ זבד טוב.

שנ׳ יורו משפטיך ליעקב ותורתך לישראל, לפיכך הובדלו מדרכי העולם,״ ולכאורה משמע כמו שפירשתי דכיון שיש חיוב על שבט לוי לשרת ה׳ אין לו זמן להיות עסוק בקרקע ודרכי העולם. אבל יש קושיא בולטת על הרמב״ם על מה שמחדש שם (הלכה יא), שהאיסור נחלה רק בארץ שנכרתה עליה ברית אבות אבל בארצות הכבושות אין איסור ללויים[2] — למה אין איסור בארצות הכבושות הלא הטעם של האיסור משום דלויים צריכים להיות פנויים לעבודה, ואם הם עוסקים בקרקע בין בארץ שנכרתה הברית ובין בארצות הכבושות לא הרי לא יהיו פנויים. וכבר הקשה כן הנצי״ב (ספרי פר׳ קרח פיסקא ד׳ ד״ה אע״פ שלא), ומתרץ דהתורה לא חיישא על המיעוט של הלויים שיצאו מארץ ישראל לגור בארצות הכבושות. לפענ״ד אפשר לתרץ דברי הרמב״ם באופן אחר. י״ל דהאיסור נחלה אינו משום שצריך להיות פנויים לעבודה, אלא שיש לשבט לוי

---

[2] הראב״ד (שם) חולק על הרמב״ם בב׳ נקודות. בהשגתו הראשונה, הקשה הראב״ד על הרמב״ם, ״אם כן לא יטלו בהם תרומות ומעשרות כי הם היו תחת חלק הארץ,״ והרמב״ם עצמו סבר דיש לשבט לוי תרומות ומעשרות אפילו בארצות הכבושות. נמצא דהראב״ד סבר תרומות ומעשרות הוי במקום נחלת שבט לוי וכיון שיש ללויים חלק בארצות הכבושות, לפי הרמב״ם אין להם תרומות ומעשרות. ועיין במל״מ (שם) שמדייק מהראב״ד דרק אין מצות נתינה לשבט לוי אבל עדיין יש מצות הפרשה. אפשר לפרש שהרמב״ם סבר שתרומות ומעשרות אינם משום שאין להם נחלה אלא משום חלף העבודה ואין חילוק בין ארץ ישראל לארצות הכבושות. עיין הערה הבאה שתירצתי באופן אחר.

בהשגה השניה, הביא הראב״ד ראיה ממעשה מדין נגד שיטת הרמב״ם, ״והכי בביזת מדין לא נטלו חלק בישראל אלא בתרומה ובמצוות יוצר הכל יתברך.״ כלומר, בביזת מדין, דהוי ארצות הכבושות, הלויים לא נטלו חלק אלא בתורת תרומה והיינו דלויים נטלו פחות משאר שבטים, ולא כמש״כ הרמב״ם שיש חלק שוה ללויים בארצות הכבושות. אבל הכסף משנה מפרש מעשה מדין באופן אחר, דנמצא ראיה לשיטת הרמב״ם, דהלויים נטלו חלק בביזת מדין כמו שאר השבטים שנטלו ומה שנטלו פחות משאר שבטים היתה הוראת שעה. ואפשר שמחלוקת זו שייכת ג״כ למעשר, שאברהם אבינו נתן למלכי צדק מביזת מלחמת הד׳ מלכים עם הה׳ מלכים (בראשית יד:כ). וכתב רש״י (שם), ״מעשר מכל אשר לו לפי שהיה כהן,״ דמשמע דהוא נתן מעשר. אבל הרמב״ם (מלכים ט:א) כתב שיצחק היה הראשון להפריש מעשר ולא אברהם, ונמצא דאברהם לא נתן למלכי צדק בתורת מעשר. ואזיל הרמב״ם לשיטתו דחלק הלויים בביזת ארצות הכבושות לאו בתורת מעשר הוא. אבל הראב״ד (הל׳ מלכים שם) חולק עליו דסבר שאברהם הפריש מעשר בראשונה, וזה אזיל שפיר לשיטתו שביזת ארצות הכבושות נתן ללויים בתורת תרומה. עיין מש״כ הרדב״ז דהרמב״ם מיירי לענין מעשר כספים.

עבודה לשרת את ה׳ ולהורות משפטיו ואי אפשר להיות לשבט לוי חלות שם ועבודה אחרת. ולהיות יורש נחלת ארץ ישראל זהו חלות שם אחרת, ולכן אין שבט לוי נחלה בארץ ישראל. אבל דוקא בארץ שנכרתו הברית לאבות הוי חלות שם יורש נחלת ארץ ישראל אבל בארצות הכבושות ליכא משום תורת יורש נחלת ארץ ישראל, ושפיר יש לשבט לוי נחלה בארצות הכבושות.[3]

ב. מלקות

ע״פ הבנה זו בשיטת הרמב״ם אפשר לתרץ כמה קושיות על הרמב״ם. עיין ספר החינוך (מצוה תקה) שכתב דאין מלקות באיסור נחלה ללויים משום דאפשר לעבור בלי מעשה, ועוד דניתן לתשלומין. אבל הרמב״ם (הל׳ שמיטה ויובל יג:י) חולק עליו וכתב, ״ובן לוי או כהן שנטל חלק בביזה לוקה.״ הרדב״ז הביא ב׳ פירושים בשיטת הרמב״ם. בראשונה הוא מפרש שהרמב״ם מיירי באופן שהביזה אינו בעין, אבל אם הביזה עדיין בעין יש חיוב תשלומין. אולם, אוקימתא זו נראה דחוקה. הרדב״ז מפרש בפירוש שני דלאו זה אינו ניתן לתשלומין ומשום הכי אין לוקין עליו, וצ״ב. ואפשר לפרש דאיסור זה אינו מדין ממונות שלקח ממון של אחרים שלא כדין, אלא האיסור חל על הלוי שעשה דבר שסותר העבודה שלו ולכן שפיר יש להבין מה דאינו ניתן לתשלומין.

ג. עורכי מלחמה

מלבד איסור נחלה ללויים שנובע מהעבודה שלהם, הרמב״ם (הלכה י״ב) מוסיף דאין לויים עורכין במלחמה מכח עבודה שלהם.

---

[3] עיין מה שכתבתי בהערה הקודמת לגבי השגה ראשונה של הראב״ד, ואפשר לתרץ באופן אחר על פי מה שתירצתי הכא כהרמב״ם. הרמב״ם מודה לראב״ד שתרומות ומעשרות הוי משום דאין ללויים נחלה ואפילו בארצות הכבושות יש ללויים תרומות ומעשרות דמה שיש להם חלק בארצות הכבושים לא בתורת נחלת ארץ ישראל, ואז עדיין נחשב דאין להם נחלה אפילו בארצות הכבושות ושפיר יש להם תרומות ומעשרות. עיין כסף משנה וצפנת פענח (הל׳ מתנות עניים ז:ה).

הוספה זו מובנת אם נניח דעורכי מלחמה הוי חלות שם בפנ״ע וסתירה לחלות שם לויים שם משרתי ה׳ והמורים משפטיו. כלומר, הם חיל ה׳ (כמש״כ הרמב״ם בעצמו בסוף הלכה זו) ולא חיל המלך.

אכן הלכה זו דאין עורכין במלחמה, סותרת מתני׳ דסוטה (מג ע״א), וגם מש״כ הרמב״ם (הל׳ מלכים ז:ח) דכהן גדול שנשא אלמנה או כהן הדיוט שנשא גרושה אין עורכין במלחמה. ומשמע דכהנים הנושאים בהיתר שפיר הויין בכלל העורכין המלחמה. עיין מש״כ במשנת יעב״ץ (הל׳ שמיטה ויובל יג:יא) לחלק בין מלחמת מצוה ומלחמת רשות, דשבט לוי פטור ממלחמה בעצם, אבל במלחמת רשות יש כח למלך לכוף אותם להלחם.[4] חילוק זה מובן לפי הבנת הרמב״ם הנ״ל, שעורכי מלחמה היינו חלות שם שסותרת חלות שם של שבט לוי שהם חיל ה׳ ולא חיל המלך, אבל כשהמלך כופה אותם להלחם אינם עורכי מלחמה מדין חיוב וחלות שם אלא בתורת כפייה, ואין בזה משום חלות שם.

ד. לעתיד לבא

וכעת נחזור לקושיא ראשונה, מה הסבר המחלוקת אי איסור נחלה ללויים שייך גם לעתיד לבא או לא? לפי הבנה הנ״ל בדברי הרמב״ם, מובן דגם יש איסור לעתיד לבא דנחלה הויא סתירה לחלות שם שבט לוי שהם משרתי ה׳ והמורים משפטיו, ואיסור זה יהיה נוהג בין בזמן הזה ובין לעתיד לבא. והרמב״ם אזיל לשיטתו דהאיסור נוהג גם לעתיד לבא דהרמב״ם כתב בהקדמה (שורש שלישי) דאין ראוי למנות מצוה שאינה נוהגת לדורות, ובכל זאת מונה הרמב״ם את איסור זה בתרי״ג

---

[4] יש ראיה לחילוק זה בגמ׳ קדושין (כא ע״ב) דאיבעיא להו אי כהן מותר באשת יפת תואר או לא. ורש״י בכמה מקומות (דברים כא:י, סוטה לה ע״ב ד״ה ה״ג) וגם התוס׳ (סוטה לו ע״א ד״ה כמאן) כתבו דדוקא יש היתר במלחמת רשות. ולכן צ״ל דהגמ׳ קאי לענין כהן בעורכי מלחמת רשות. המנ״ח (מצוה תקלב) כתב דהרמב״ם סבר דהיתר יפת תואר נוהג במלחמת רשות וגם במלחמת מצוה מפני שהרמב״ם לא הזכיר חילוק זה, וכ״כ הפנ״י (שבת סד ע״א על תוס׳). ע״ע במרדכי גיטין (סוף פ׳ מי שאחזו).

מצוות (ל"ת קסט–קע), ועיין מנחת חינוך (תקה) שהביא ראיה אחרת שזהו שיטת הרמב"ם.

אמנם, עדיין צ"ע מהו סברת הרשב"ם שכתב שאיסור זה אינו נוהג לעתיד לבא. אפשר שהרשב"ם סבר דהאיסור נובע מקדושת הגוף של כהנים ולויים, וכיון שיש להם קדושת הגוף, אי אפשר להם להיות בעל הקרקע שהוא דבר של חול. אולם, לעתיד לבא שארץ ישראל תהיה נצחי (עיין מהרש"א ב"ב קכב ע"א ח"א) וזה תהיה קדושה גמורה, ושפיר יש להם חלק.

ה. ערי מקלט

מצינו בפר' מסעי (פרק לה) מצוה לתת ללויים ארבעים ושמונה עיירות, וצ"ב אמאי עיירות אלו ניתנים ללויים, למרות איסור נחלה ללויים. עיין אור החיים (שם פסוק ב') שמתרץ "הגם שצוה ה' שלא יהיה ללויים חלק ונחלה בארץ, אבל בתורת חסד יתנו להם מתנת חנם ממה שהגיעם." כלומר, אין זה דין נחלה אלא מתנה. ובטעם המתנה, הוסיף האור החיים דשבט לוי צריכים מקום לשבת, וכן כתב הספר החינוך (מצוה תח). אולם, תירוץ זה אינו כ"כ פשוט, דיש כמה מקורות דמשמע שערי הלויים חשיבי נחלת לויים, והדרא קושתא לדוכתא, אמאי ליכא בזה משום איכסור נחלה ללויים.

הנה לקמן הבאנו כמה מקורות המוכיחות שערי הלויים חשיבי נחלה ללויים. איתא במתני' דמעשר שני (ה:יד) מח' תנאים אי לויים מתוודין במעשר שני, או לא. ר' מאיר סבר לא מתודין, "שלא נטלו חלה בארץ," ור' יוסי סבר מתוודין מפני יש להם חלק בערי מגרש. ומצינו אותה מח' לגבי מקרא ביכורים בתוספתא ביכורים (א:ד) ופסקינן כר' יוסי דלויים מתודין במעשר שני וקורין בביכורים (עיין רמב"ם מע"ש יא:יז, ביכורים ד:ג).

והנה צ"ב מה בטעמו של ר' יוסי שערי מגרש מחייבות את הלויים לקרות ביכורים ולהתודות במע"ש. ואפשר דערי מגרש לא חשיבי נחלה וכמש"כ האור החיים, אבל כיון שיש מקום לשבת זה סגי להתחייב אותם לקרות ולהתוודות. או דלמא, יש לפרש שערי מגרש חשיב נחלה

כשאר השבטים ומשום הכי קורין ומתוודין. עיין בירושלמי מעשר שני (ה:ה) שמפרשים מח׳ התנאים הנ״ל באופן אחר דר׳ מאיר סבר, ״לבית דירה ניתנו״ ולכן לא קורין ולא מתוודין, ור׳ יוסי סבר, ״למחלוקת ניתנו.״ כלומר, בחלוקת ארץ ישראל ניתנו ערי מגרש ללויים ולכן קונין ומתוודין, ונמצא שהירושלמי מפרש כצד השני שערי מגרש נחשבים כנחלת לויים, נגד מש״כ האור החיים.

עוד נחלקו התנאים במס׳ מכות (סוף פרק ב׳) לגבי בני אדם הדרים בערי מגרש, שר׳ יהודה סבר מעלין היו שכר ללויים, אבל ר׳ מאיר סבר לא היו מעלין. באיזה שכר מיירי? כתבו התוס׳ (ד״ה מעלים) דמיירי במס וארנוניא, ״דלא תימא גזירת המלך על הלויים לעכב אותם בעירן.״ נמצא דרק מדין חשש צריכים להעלות שכר ללויים. אבל רש״י חולק ומפרש שרוצחים מעלין שכר בשביל בית דירה, ונמצא לפי רש״י פירושו שנחלקו התנאים אם הלויים מקבלים שכר לבתי דירה, או לאו. ועיין בירושלמי מכות (סוף פרק ב׳, ובמע״ש שם) שמקשרת מח׳ זו למח׳ התנאים לגבי מעשר שני, ונמצא שר׳ מאיר אזיל לשיטתו דערי מגרש ניתנו ללויים לבית דירה אבל לא לחלוקה ולכן אין מתוודין וגם כן אין מקבלין שכר. אבל ר׳ יהודה סבר כר׳ יוסי דערי מגרש ניתנו ללויים בתורת חלוקה ולכן מתוודין וגם כן מעלין שכר. הרמב״ם (הל׳ רוצח ח:י) כתב כשיטת רש״י וקי״ל כר׳ יהודה שמעלין שכר ללויים .

גם נחלקו במקום אחר בגדר ערי מגרש. הגמ׳ ברכות (כ ע״ב) מסתפקת אי נשים חייבות מדאורייתא בברכת המזון, או לאו ובצד שנשים פטורות, כתב רש״י (ד״ה או דרבנן), ״דכתיב על הארץ הטובה אשר נתן לך (דברים ח), והארץ לא נתנה לנקבות להתחלק.״ והקשו התוס׳ (ד״ה נשים) על שיטת רש״י ממה דכהנים ולויים גם כן לא נטלו חלק בארץ ולפ״ז יצא שלא יוציאו אחרים ידי חובתן. ולכן מפרשים התוס׳ שנשים פטורות מברכת המזון דליתנהו לא בברית ולא בתורה, וצ״ע לשיטת רש״י. וכתב השלטי גבורים (יא ע״א בדפי הרי״ף אות ח׳) דלפי שיטת רש״י כהנים ולויים פטורים מברכת המזון. בתוס׳ הרא״ש איתא דקושית התוס׳ אינו אלא אליבא דר׳ מאיר דמעשר שני דסבר דלא מתוודין. אבל לדידן דפסקינן כר׳ יוסי דמתוודין שפיר יש נחלה ללויים, וכ״כ המגן אברהם (או״ח ס׳ קפו ס״ק א).

נמצא ד׳ מקומות שערי מגרש חשיבי הנחלת לויים – וידוי מעשר, מקרא ביכורים, מעלים שכר, וברכת המזון, וצ״ע שוב, דזהו סתירה לאיסור נחלה ללויים. עוד קשה על מש״כ הרמב״ם בכותרת להל׳ שמיטה ויובל (אות יט), ״שלא ינחל כל שבט לוי בארץ ישראל אלא נותין להם ערים מתנה לשבת בהם,״ ולמה הרמב״ם מוסיף שנותנין ערי מגרש, והלא זה מצוה אחרת (אות כא). ונלענ״ד שדין ערי מגרש הוי אותו יסוד של איסור נחלה לויים. כלומר, הטעם שאין נחלה ללויים הוא מפני שהלויים הם משרתי ה׳ והמורים משפטיו, ודוקא משום הכי יש להם חלק בערי מגרש, דדין זה באמת הוי קיום בשרותם לה׳. כלומר, כדי שהלווים יוכלו להורות משפטי ה׳ ולשרתו, צריכים להיות מפוזרים בכל ארץ ישראל ולכן ניתנו ללוים ערי מגרש שהם מפוזרים בכל ארץ ישראל. ולכן מובן למה הרמב״ם כולל דין ערי מגרש במצוות איסור נחלה בכותרת של הרמב״ם, וגם כן מובן למה דין ערי מגרש אינו סתירה לאיסור נחלה, משום דשניהם מקיימים אותו היסוד, דהיינו שהלויים יהיו משרתי ה׳ והמורים משפטיו.

הרב יהודה טורצקי
חבר המכון הגבוה לתלמוד ע"ש ברן

בענין מכירי כהונה

הקדמה

הגמ' (ב"ב קכג: ועוד) מביאה את הדין של מכירי כהונה, שמלמד שאם ישראל רגיל לתת המתנות כהונה שלו לכהן מסוים, הכהן נחשב כמוחזק במתנות אלו אף קודם שתבואו המתנות לידו.[1] בגמ' ב"ב (שם) מבואר שבגלל דין זה המתנות כהונה נחשבות למוחזקות ביד היורש, ולכן בכור יכול לירש פי שנים בהם ואין זה בעיה של "אין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק" (שם). ובגמ' גיטין (ל.) מבואר שזה הוי של הכהן עד כדי כך שהבעל יוצא ידי נתינה לכהן. עיי"ש.

והנה, אינו ברור בגמ' איך הדין של מכירי כהונה מועיל. בדרך כלל צריכים מעשה קנין כדי להעביר בעלות לאיש אחר, וכאן לכאורה אין שום מעשה קנין ואעפ"כ המתנות נחשבות לממונו של כהן. לפי הקושי הזה, יש ראשונים שסוברים שכל הדין של מכירי כהונה הוא רק מדרבנן.[2]

---

[1] לכאורה עצם הדין של מכירי כהונה צ"ע. כתוב בגמ' עירובין (סג.) שכל הנותן מתנותיו לכהן אחד מביא רעב לעולם. וכן מובא ברמב"ם בפהמ"ש (חולין ס"פ י). וא"כ, איך יש דין של מכירי כהונה. הרש"ש (עירובין שם) הסביר שבגלל הדין של מכירי כהונה, הרמב"ם לא מביא דברי הגמ' בעירובין במשנה תורה. ונראה שי"ל עוד תירוץ בזה. הנה, רש"י (גיטין ל. ד"ה במכרי כהונה) מסביר הדין של מכירי כהונה שהישראל רגיל לתת המתנות שלו לכהן מסוים. יש ראשונים שסוברים שהוא תמיד נותן המתנות כהונה שלו לכהן מסוים. ע' מאירי (ב"ב קכג: ד"ה הבכור וחולין קלג. ד"ה לא באו). ונראה שיש עוד שיטה בראשונים. התוס' ישנים (ב"ב קכג:) ביאר שדרך כהני העיר להתנות שכל א' מהם יטול שבוע. לפי דבריו אין סתירה בין הדין של מכירי כהונה והדין של הגמ' בעירובין. הוא לא נותן מתנותיו לכהן א' כל הזמן, אלא שזה תלוי בהשבוע. בענין גמ' זו ויחסו למכירי כהונה, ע' מהרש"א (עירובין שם) ודרך אמונה (ביכורים ט:יז בביאור הלכה).

[2] ע' ריטב"א (גיטין שם ד"ה עולא אמר) ורבינו יונה (ב"ב שם ד"ה במכירי כהונה).

אבל נראה שיש ג׳ גישות עיקריות בראשונים ואחרונים בהבנת דין זה אפילו אם דין זה הוי מן התורה.

1. חידוש בהגדרת מוחזק: יש סוברים שאין קנין גמור לכהן אפ׳ כאשר יש דין של מכירי כהונה. א״כ, יש חידוש בגמ׳ (ב״ב שם) בענין הגדרת מוחזק בדין ירושה, שלא צריכים קנין גמור כדי להיות מוחזק. לפי מהלך זו, יש לעיין בהגדרת מוחזק בענין ירושה ויחסו לדין מוחזק בשאר דיני התורה. 2. חידוש בקנינים: יש סוברים שהחידוש של מכירי כהונה הוא חידוש בקנינים, שלא תמיד צריכים מעשה קנין, ולפעמים יש העברת בעלות עם דעת קנין בלבד. לפי מהלך זו, יש לעיין אם כול״ע מודו לחידוש זו, ומתי באמת רק צריכים דעת קנין. 3. חידוש במתנות כהונה: יש סוברים שהחידוש של מכירי כהונה הוא חידוש במתנות כהונה. דווקא כאן לא צריכים מעשה קנין כדי להיות נחשב לממונו של כהן. לפי מהלך זו, יש לעיין בגדר נתינת מתנות כהונה ובבעלות הישראל על המתנות כהונה לפני נתינתם.

נעיין בשיטות רשב״ם, תוס׳, ורש״י. כפי שכבר הערנו, דבריהם שייכים לא רק לגבי דין זה של מכירי כהונה, אלא ג״כ לדיונים יותר כללים בהבנת ראוי ומוחזק בירושה, בענין דיני קנינים, ובגדר החיוב לתת מתנות כהונה.

שיטת רשב״ם

הרשב״ם (ב״ב שם ד״ה ה״ג) כותב בהסבר הדין של מכירי כהונה ״שאנשי העיר קרוביו ומכיריו של כהן זה, ומזכין לו זיכוי גמור במתנות בהמותיהן מיד כשנשחטו...״ ובפשטות הרשב״ם סובר שיש כאן קנין גמור, ושהקנין נעשית ע״י זה שהבעל מזכה לו זיכוי גמור. אבל לשונו אינו כל כך ברור, ובפרט ע״פ המשך לשונו שם, וכמו שהעיר האור זרוע (ב״ב ס׳ עט), וז״ל ״וקצת לבי מגמגם בלשונו שבתחילה פירש שמזכיו לו זיכוי גמור, משמע שאינו נוטל פי שנים אא״כ זיכו לו לאביו זיכוי גמור. ושוב פירש כיון שהן אוהביו וריעיו ויודעיו ומכיריו גמרו ומקנו ליה, משמע מסתמא הקנו לו אע״פ שלא עשו זיכוי גמור.״ ועוד יש להעיר שאם

סוברים שהבעל באמת מזכה לו זיכוי גמור, קשה להבין מה החידוש של מכירי כהונה – הלא אין ספק שהכהן מוחזק אם יש זיכוי גמור.

ובאמת, נראה שיש כמה הבנות בשיטת הרשב"ם בזה.[3]

1. דעת הרש"ש: הרש"ש (ב"ב שם) ביאר שהקנין כאן נעשית "בלבן," כל' שאין שום מעשה קנין כאן, ויש רק דעת קנין בלב הבעל. לכאורה מבואר מהבנתו שמכירי כהונה הוי חידוש בדיני קנינים, דהיינו שאפשר לקנות בלי מעשה קנין. הגר"י ענגיל (ציונים לתורה כלל לט, עמ' 111) מסביר דברי הרשב"ם באופן דומה. הוא סובר שיש כאן קנין ברצון ע"פ אנן סהדי, אבל הוא מרחיק לכת וסובר שאפשר להביא ראיה מכאן לדיון יותר כללי בענין היחס בין מעשה קנין ודעת קנין בכל קנינים. הרבה חקרו אם הדעת או המעשה גורמת לחלות הקנין. הגרי"ע סובר שבאמת הכל נעשית ע"י רצון הבעלים, ורק צריכים מעשה קנין כדי להראות שיש דעת קנין.

אבל לכאורה יש להעיר על דברי הגרי"ע. י"ל שאפ' אם מקבלים הבנת הרש"ש בדעת הרשב"ם, אולי זה רק הוי הוכחה שיש קנינים שמועילים בלי מעשה קנין, אבל עדיין ייתכן שכאשר יש מעשה קנין, הקנין באמת נעשית ע"י המעשה, או לכל הפחות ע"י צירוף של המעשה והדעת. לכן, לכאורה י"ל שאפ' לפי הבנת הרש"ש, אין להביא ראיה מדעת הרשב"ם שכל קנינים נעשים ע"י דעת קנין ולא ע"י המעשה קנין.[4] ואולי

---

[3] נראה שיש להציע עוד מהלך בהבנת הרשב"ם ע"פ דברי האבני נזר (הובא למטה) בפירוש דברי רש"י. בדרך כלל צריכים זכיה ע"י אחר. אבל כאן אין שום משמעות ברשב"ם שהיה אחר שמזכה את זה. ועוד, בגמ' גיטין (ל.) משמע שמכירי כהונה וזכיה ע"י אחר הוי ב' דברים שונים. עיי"ש. לכן נראה לומר שדווקא כאן במתנות כהונה א"צ זכיה ע"י אחר מאחר שאין לו אפ' טובת הנאה, וא"כ הוא יכול לזכות את זה לכהן בלי אחר. לפי זה, אף שיטת הרשב"ם בנויה על חידוש בענין מתנות כהונה. ובאמת, יש אחרונים שסוברים שדברי הרשב"ם בנויים על חידוש אחר בענין מתנות כהונה. ע', למשל, מנחת אשר (ב"ב ס' מז). אבל יש להעיר שלכאורה אין שום רמז בדברי הרשב"ם כאן שיש כאן חידוש בענין מתנות כהונה.

[4] חדוש זו של הגרי"ע מובא בעוד מקומות בספריו. ע' מנחת אשר (בגדרי קנינים והלכותיהם, ס' ב). והנה, אפ' לפי הסוברים שרק בעינן דעת קנין, עדיין יש לדון אם הפשט הוא שצריכים מעשה קנין כדי להראות שיש דעת קנין, או אולי המעשה קנין גורם לזה שיש דעת. ע' חזו"א (חו"מ ס' כב) ומנחת אשר (שם) בזה.

יש להעיר על עצם הבנת הרש״ש, שלפי דעתו נראה שהעיקר חסר מן הספר. אם החידוש של הרשב״ם הוא שזה נעשית ״בלבן״ אז הרשב״ם בעצמו היה צריך לכתוב את זה. באמת, יש עוד הבנות בדעת הרשב״ם, וא״כ אפשר שאפילו הקנין כאן אינו פועל ע״י דעת קנין בלבד.

2. דעת המאירי: לכאורה פשטות לשון הרשב״ם משמע שהבעל מזכה לו זיכוי גמור, ולכן יש קנין רגיל. ונראה שכן הבין בדבריו המאירי (ב״ב כאן ד״ה הבכור). אבל אם סוברים שיש כאן מעשה קנין רגיל, לכאורה צ״ע מה החידוש של מכירי כהונה. ובאמת, אולי היה אפשר להבין בגמ׳ ב״ב שהחידוש הוא במתנות שלא הורמו לחוד ולא במכירי כהונה. עיי״ש בדברי הרשב״ם. אבל א״כ, לכאורה צ״ע איך יש לפרש הגמ׳ בגיטין (שם), שנראה שם שיש באמת חידוש של מכירי כהונה. יתכן שלפי הבנה זו, יש לחלק בין הגמ׳ בב״ב והגמ׳ בגיטין, ואע״פ שאין החידוש של מכירי כהונה בגמ׳ ב״ב, החידוש עדיין קיים בגמ׳ גיטין.[5]

הראשונים ואחרונים האריכו בענין שאלה זו של היחס בין מעשה קנין ודעת קנין. בענין זה, ע׳ תוס׳ (בכורות יח: ד״ה אקנויי וכתובות קב. ד״ה אליבא), רשב״א (ב״ק קב: ד״ה הא דאמר), חזו״א (חו״מ ס׳ כב), שו״ת נוב״י (מהדו״ק חו״מ ס׳ כח), חידושי הגרש״ש (מערכת הקנינים ס׳ יא), ומה שכתבנו למטה בשם הקוב״ש (ב״ב כאן). ואכמ״ל.

[5] בענין היחס בין הגמ׳ בב״ב והגמ׳ בגיטין, ע׳ מה שכתבנו בדעת הרמב״ם (המאמר שלי להלן) שנראה שיש כמה חילוקים בין הסוגיות. שם העלינו שיש לחלק בין תרומה ומתנות בהמה לפי הרמב״ם, שי״ל שיש ב׳ סוגי מכירי כהונה והמכירי כהונה של המתנות בהמה (גמ׳ ב״ב קכג:) יותר חזק מהמכירי כהונה של תרומה. עיי״ש. אבל כדי לפרש דעת הרשב״ם לפי הבנת המאירי, נראה שיש לפרש החילוק בכיוון הפוך, וכן באמת הציע הגר״ש וואהרמאן שליט״א (שארית יוסף ח״ה ס׳ נ). הוא מסביר שיש דין ממון השבט דווקא לגבי תרומה ולכן הכהן יותר מוחזק ואפשר לפרש שמכירי כהונה מועיל אם יש היסח הדעת ויאוש משאר הכהנים. לעומת זה, המתנות בהמה אינם נעשים לממון הכהנים עד שעת הנתינה לכהן מסוים, ולכן יש לפרש דין מכירי כהונה באופן אחר. עיי״ש מה שהוא פירש ע״פ זה. נראה שע״פ דבריו יש להבין ג״כ דעת הרשב״ם לפי הבנת המאירי. יש חידוש של מכירי כהונה דווקא בתרומה ששם יש דין של ממון השבט, אבל כאן בגמ׳ ב״ב אנו דנים במתנות בהמה, וא״א לומר שיש באמת דין של מכירי כהונה שמועיל מדין ממון השבט, ולכן הרשב״ם סובר שהבעל מזכה לו זיכוי גמור והחידוש בגמ׳ ב״ב הוי חידוש במתנות שלא הורמו.

שיטת תוס׳

תוס׳ (ב״ב שם ד״ה הכא) מסבירים שמכירי כהונה מועיל מדין מתנה מועטת שאסור לחזור בו, ״ואע״פ שאם רצה יכול לחזור בו, מ״מ כל כמה דלא הדר, הוי כמוחזק.״ וכן הסביר המרדכי (גיטין שם ס׳ שסג).[6] מקור הדין של מתנה מועטת נמצאת בגמ׳ ב״מ (מט.), שר״י סובר שמתנה מועטת מועיל מפני שיש סמיכת דעת. במבט ראשון היה נראה לומר בדעת תוס׳ שהחידוש של מכירי כהונה הוא שלא תמיד צריכים מעשה קנין ולפעמים דעת קנין בלבד מועילה. אבל, נראה שיש לדון אם במקום מתנה מועטת יש באמת קנין גמור, או שיש רק איסור לחזור בו. ונראה שהראשונים חולקים בזה.[7]

1. אין קנין גמור: רבינו יונה (ב״ב שם ד״ה במכירי כהונה) סובר שאין קנין גמור לפי שיטת תוס׳. הוא כותב שמאחר שאפשר לחזור בו (אע״פ שזה אסור), ברור שזה אינו ממונו של הכהן. ע״פ זה הוא שואל על דעת תוס׳, איך בכור יכול ליטול פי שנים – הרי אין קנין גמור ולכן זה הוי ראוי ולא מוחזק. הקצוה״ח (רעח:טו) ג״כ סובר שאין קנין גמור לפי תוס׳, אבל הוא חידש הבנה חדשה בענין הגדרת ראוי ומוחזק. לגבי הל׳ ירושה, זה נחשב מוחזק אפ׳ אם אין קנין גמור. ע״פ זה הוא סובר שמי שנשבע ליתן מתנה לחבירו, ומת המקבל קודם שהגיע לידו, ג״כ נקרא מוחזק אע״פ שלא היה קנין.[8]

והנה, דברי הקצוה״ח לכאורה הוי חידוש בהגדרת מוחזק, ויש לדון לפי דבריו עד כמה זה הוי חידוש בהגדרת מוחזק בכל התורה כולה,

---

[6] החכם צבי (ס׳ ע) דן ע״פ תוס׳ אם יש מכירי כהונה היכא שהנותן מת מאחר שהיורשים אינם צריכים לקיים דבריו. ע״ש.

[7] בענין הדין של מתנה מועטת ואיך זה מועיל, ע׳ שטמ״ק (ב״מ שם ד״ה רשאי) בשם הרא״ש וראשונים לב״ב כאן.

[8] הקצוה״ח סובר שיש דין ירושה במי שנשבע לתת מתנה לחברו והמקבל מת. הוא כותב דין זה במקו״א (רז:ט), אבל ע׳ בית שמואל (קיד:ט) שיש מח׳ בזה.

או אם יש הגדרה חדשה בענין מוחזק לגבי ירושת בכור.[9] וכן לכאורה י״ל חידוש לגבי מצות נתינת תרומה, שהרי אם סוברים שהכהן לא קנה המתנות כהונה, איך הבעל יוצא ידי חיובו בנתינה ע״י מכירי כהונה.[10] ע״פ זה יש שפירשו אחרת בדעת התוס׳.

2. יש קנין גמור: יש סוברים שלפי שיטת תוס׳, יש כאן קנין גמור. הקוב״ש (ב״ב ס׳ שעד) חולק על הקצוה״ח בהבנת דברי תוס׳ ע״פ דברי הגמ׳ בגיטין הנ״ל, ששם מבואר שהכהן יכול למכור חלקו, ואם הוא עדיין לא קנה את זה, איך הוא יכול למכור אותו. וכן העיר על דברי הקצוה״ח שאם הכהן לא זכה, איך הוא מוריש את זה לבניו. לכן הוא סובר שיש קנין גמור לפי תוס׳. הוא העיר שבתוס׳ (כתובות קב. ד״ה אליבא) מבואר שיש קנין גמור במקרה של מתנה מועטת.[11] ונראה שמונח בדברי הקוב״ש חידוש בדיני קנינים, שאפ׳ אם אין מעשה קנין, ייתכן חלות הקנין אם יש סמיכת דעת ודעת קנין.[12]

עוד אפשר לומר שיש קנין גמור לפי דעת תוס׳ בגלל חידוש במתנות כהונה, אע״פ שאין רמז לזה בדברי תוס׳ עצמן. כמה אחרונים (ע׳ דבר אברהם (א:א:ו בהגה״ה) וקה״י (ב״ב ס׳ לח)) סוברים שאפ׳ לפי שיטת תוס׳, הדין של מכירי כהונה בנויה על חידוש במתנות כהונה. הם מסבירים דעת התוס׳ כמו שיטת רש״י (לפי הבנתם, וע׳ למטה בזה), שמתנות אלו כבר נחשבות לממון השבט קודם ניתנתם, ולכן כאשר יש איסור לחזור בו, הכהנים האחרים מתייאשים, וממילא נהפך לממון של כהן זה בלי מעשה קנין.

---

[9] האחרונים האריכו בדעת הקצוה״ח בזה. ע׳, למשל, נתיבות (שם:יא) וקה״י (ב״ב ס׳ לח). ובענין הגדרת ראוי ומוחזק בירושת בכור, ע׳ מאמרו של מו״ר הג״ר מיכאל רוזנצוייג שליט״א בקול צבי י׳ בזה.

[10] ע׳, למשל, דברי המילואי חושן (שם, הערה 30) על הקצוה״ח. וע׳ שארית יוסף (ח״א ס׳ כז) בדעת הקצוה״ח.

[11] עיי״ש שהוא צריך לפרש איך יש זכות חזרה אם יש קנין גמור.

[12] ע׳ למעלה מה שכתבנו לגבי הרש״ש והגרי״ע בהבנת דברי הרשב״ם.

3. מקצת קנין ובעלות: נראה שיש להציע עוד הבנה בדעת התוס׳, ואולי לזה נתכוון הקצוה״ח. לפי הראשונים שסוברים שיש קנין גמור, יש שהקשו איך יש אפשרות לחזור. ולפי הראשונים שסוברים שאין קנין, יש שהקשו איך הכהן נחשב למוחזק.

לכן נראה שיש לפרש דעת התוס׳ ע״פ יסוד בהגדרת בעלות. האחרונים חוקרים אם בעלות הוי דין פורמלי או דין בזכות ואפשרות של השתמשות. נראה שי״ל שאם קנינים תלויים בזכויות והשתמשות, יתכן שיש דרגות שונות של בעלות ע״פ הזכויות של הקונה.[13] לפעמים א״א להשתמש בחפצא ע״פ דין כמו באיסורי הנאה, ובזה אולי אין לו שום בעלות.[14] אבל לפעמים אפשר להשתמש בחפצא ע״פ דין אלא שהוא לא רוצה את זה כמו ביאוש או הפקר, ולכן אולי יש לו בעלות וזה נחשב לרשותו אבל אפשר לאחר לקחת את זה ממנו[15]. ולפעמים מותר לו

---

[13] יסוד זו שמעתי ממו״ר הג״ר מיכאל רוזנצוייג שליט״א.

[14] יש כמה שיטות בראשונים ואחרונים אם יש בעלות באיסורי הנאה, ויש אפ׳ אחרונים המחלקים בין סוגים שונים של איסורי הנאה, דאיסור הנאה רגיל שונה מאיסור הנאה של ע״ז ועיר הנדחת. ע׳ גמ׳ סוכה לה., ריטב״א שם, שו״ת רשב״א (א:תרב), שו״ת ריב״ש (תא), קצוה״ח (תו:ב), רשימות שיעורים (ב״ק עא:) ואכמ״ל.

[15] נראה שיש באמת ג׳ גישות בענין גדר הבעלות במקום יאוש והפקר ושיטות אלו שייכות למח׳ הראשונים בענין היחס בין התחומים האלו. תוס׳ (ב״ק סו. ד״ה כיון) חילקו בין יאוש והפקר, אבל אפשר שרש״י (גיטין לח. ד״ה יאוש, לט: ד״ה נתייאשתי) סובר שיאוש הוי הפקר. ע׳ פנ״י (גיטין שם), קצוה״ח (שסב:א) ותוס׳ רבינו פרץ (ב״ק סו.) בענין זה. והנה, בענין מעמדו של הפקר, ע׳ מח׳ תנאים בין ר׳ יוסי ורבנן (נדרים מג.) אם הפקר כמתנה שאינו מועיל עד דאתי לרשות זוכה או שהפקר יוצא מרשות בעלים אפ׳ קודם שבא לרשות זוכה. לכאורה י״ל שאם סוברים בדעת רש״י שיאוש הוי הפקר, אז א״א לחלק ביניהם, ואם סוברים שהפקר יוצא מרשות בעלים קודם שיבוא לרשות זוכה, אז ה״ה שיאוש יוצא מרשות בעלים קודם שיבוא לרשות זוכה. אבל לפי תוס׳, אפשר שיש חילוק ביניהם לענין שאלה זו. הנתיבות (רסב:ג) סובר לפי תוס׳ (ב״ק הנ״ל) שיאוש שונה מהפקר שאע״ג שאנו סוברים כרבנן שהפקר יוצא מרשות בעלים אע״ג שעדיין לא בא לרשות זוכה, יאוש שאני ואינו יוצא מרשות בעלים עד שבא לרשות זוכה. חילוק זו נמצא ג״כ בקצוה״ח (תו:ב) ועוד אחרונים. ועיי״ש בנתיבות (שם) שנ״מ לענין מקרה שכלה היאוש, שא״צ לחזור ולזכות בו אלא שזה שלו ממילא אפ׳ בלי מעשה קנין מאחר שזה עדיין ברשותו כל זמן שאחר לא זכה בזה. (אבל באמת דנו האחרונים אם צריכים לסבור כמותו לקבל נ״מ זו. ע׳ מלואי משפט על הנתיבות שם, הערה 21). יש שחולקים על אחרונים אלו. החזו״א (ב״ק יח:א,ג) ביאר אחרת בדעת תוס׳, ולדעתו יוצא שאולי

להשתמש בחפצא ע״פ דין והוא רוצה להשתמש בו, אלא שיש בעיה טכני שמונע ההשתמשות שלו, כמו בזוטו של ים שהוא אינו יכול להגיע לחפץ זו. לכן אולי זה הוי שלו אבל אין לו בעלות גמורה – יש לו זכויות בזה אבל למעשה הוא אינו יכול להשתמש בחפצא זו.

ע״פ זה י״ל שבמקרה של מתנה מועטת, יש לכהן מקצת בעלות בגלל שיש לו זכויות בזה – הרי הנותן רוצה לתת את זה לו ויש לו איסור לחזור בו. אבל הנותן ג״כ הוי בעלים על זה, שהוא יכול לחזור בו ולכן עדיין יש לו זכויות בחפצא. לכן י״ל שיש מעין שותפות כאן, שלשתיהם יש מקצת בעלות. לפ״ז, אפשר להבין איך זה מוגדר כקנין לענין מוחזק והפרשת תרומות אע״פ שאפשר לחזור בו. אולי בתחומים האלו לא צריכים בעלות גמורה. דווקא במקרה כזה, שיש לשניהם זכות השתשמות, יתכן ששניהם הוי בעלים (אבל לא באותו מדרגה).[16]

שיטת רש״י

רש״י (גיטין ל. ד״ה במכרי כהונה) כותב בהסבר הדין של מכירי כהונה, ״כמו איש מאת מכרו (מ״ב יב) שהם מכיריו ואוהביו דאינו רגיל לתת תרומות ומעשרות אלא לכהן זה הלכך כיון דמלתא דפשיטא היא דלדידהו יהיב להו אסחי להו שאר כהני דעתייהו והוה כמאן דמטו לידייהו דהני.״ מבואר מדבריו שמכירי כהונה מועיל בגלל ששאר הכהנים מתייאשים מקבלת מתנות כהונה אלו. וכן היא בתוס׳ הרי״ד (שם). אבל עדיין אינו ברור ברש״י איך זה באמת מועיל.

והנה, השטמ״ק (כתובות קב. ד״ה אי אכי אמאי) הבין שרש״י סובר שאין קנין גמור לכהנים. ובאמת, רש״י לא מסביר איך קנין זה מועיל והוא לא כתב במפורש שיש העברת בעלות, שאע״פ שהכהנים יודעים

דווקא ע״י יאוש יוצא מרשותו לכו״ע בעידנא דמייאש, ואפ׳ ר׳ יוסי החולק בהפקר מודה שיאוש יוצא מרשותו קודם שיבוא לרשות זוכה.

[16] הג״ר יונה רייס שליט״א העיר שלפי מהלך זו אפשר להבין דברי הערוך השלחן (רעח:יג) שסובר שבכור יכול לירוש פי שנים בשטרות של מלוכה. עיי״ש.

שהוא רגיל לתת מתנות כהונה לכהן זו, מה בכך. הרי עדיין אין כאן קנין מהישראל להכהן.

אבל מפשטות לשון רש״י בגיטין נראה שיש קנין גמור לכהנים, שזה ״כמאן דמטו לידייהו דהני.״ וכן הבינו בדבריו האחרונים. וא״כ, יש לעיין איך זה מועיל.[17] ונראה שיש כמה גישות בהבנת שיטת רש״י,[18] שלפיהם שיטת רש״י כאן בנויה על חידוש בענין מתנות כהונה.

1. הרבה אחרונים סוברים[19] ששיטת רש״י בנויה על חידוש בענין יחסם של הכהנים למתנות כהונה שלהם. הם מסבירים שבאמת המתנות כהונה שייכים לכל הכהנים, דהוו ממון השבט, אלא שיש זכות לישראל לבחור למי הוא רוצה לתת המתנות כהונה שלו. לכן, כאשר שאר הכהנים מתייאשים מקבלת מתנות כהונה אלו, זה נהפך ממילא להיות של הכהן שהוא מכיר. א״כ, רש״י סובר שיש כאן קנין גמור לכהן, אבל הישראל באמת לא עשה שום דבר. ממון זה כבר שייך לכהנים.[20]

2. האחיעזר (ב:מז) ג״כ הבין שיטת רש״י ע״פ חידוש בענין הגדרת מתנות כהונה, אלא שחידושו קצת שונה. הוא סובר שהמתנות כהונה באים חלף עובדת הכהנים במקדש, ולכן הכהנים מוגדרים כפועלים, ומתנותם הוי בגדר שכירות פועלים. לכן, כשם ששכירות

---

[17] האחרונים העירו שיש עוד קושיות על דעת רש״י. למשל, אינו ברור לפי רש״י איך ה״אסחי דעתייהו״ מהני, שאם מניחים שהם באמת מתייאשים מזה, הרי קטנים אינם בני יאוש ומחילה. ע׳ שארית יוסף (א:כז). המנחת אשר (ב״ב ס׳ מז) הקשה שקשה לומר שלפי רש״י כל הכהנים באמת יודעים שזה מכירו והיה להם יאוש. עיי״ש שהוא מסביר שיטת רש״י בצורה אחרת.

[18] חוץ מהגישות הנמצאות למעלה, יש עוד אחרונים שהתייחסו לשיטת רש״י. ע׳ פרי יצחק (א:מט). האבני נזר (שו״ת חו״מ מט:ז:ג) מסביר שאע״פ שבדרך כלל א״א לזכות עבור חבירו, כאן מאחר שזה באמת לא הוי שלו, שאין כאן טובת הנאה, הוא זכה עבור הכהן המכירו. אבל לכאורה יש לדון אם באמת משמע כן בדעת רש״י, שאין שום משמעות ברש״י שהוא באמת זכה עבורם בזה. ונראה שיותר פשוט לומר מהלך כזה בתוך הרשב״ם. וע׳ למעלה בהערה בזה.

[19] ע׳ קה״י (גיטין ס׳ כא), פרי יצחק (א:מט) ועוד.

[20] ע׳ שארית יוסף (א:כז) שהעיר שבירושלמי (פ״ק דדמאי) מבואר שיש מצות השבת אבידה לאחר הפרשה. ולכאורה מבואר מזה דהוי של הכהנים אפ׳ לפני הנתינה.

פועלים א״צ קנין, ה״ה שמתנות כהונה א״צ קנין, וממילא מובן איך זה יכול להיות קנין גמור לרש״י אפ׳ אם אין כאן קנין. הוא מסביר דברי רש״י שהכהנים אסחי דעתייהו, ״ואלו הי׳ כהן אחד בעלים הי׳ זוכה מדין שכירות פועלים שא״צ קנין וע״כ גם במכירי כהונה דשארי כהנים אסחי דעתייהו וממילא זכו מכירי כהונה.״[21]

סיכום ונ״מ

ע״פ הנ״ל נראה שיש ג׳ גישות עיקריות בהבנת דין מכירי כהונה. 1. יש סוברים שהחידוש הוא שלא תמיד צריכים קנין גמור כדי להיות מוחזק. רבינו יונה והקצוה״ח סוברים שזה שיטת תוס׳ ולכאורה השטמ״ק הבין שרש״י ג״כ סובר ככה. הערנו שאפשר לפרש תוס׳ שאע״פ שאין קנין גמור, יש עדיין מקצת בעלות, ולכן מובן למה הוא מוגדר כמוחזק. 2. יש סוברים שהחידוש הוא שאפשר להעביר בעלות בלי מעשה קנין. כן היא הבנת הרש״ש ועוד אחרונים בדעת הרשב״ם והבנת הקוב״ש בשיטת התוס׳. הערנו שלפי מהלך זו, יש לעיין עד כמה זה מעיד על הבנה יותר כללי בדיני קנינים. 3. יש סוברים שהחידוש הוא בהבנת המתנות כהונה. הרבה אחרונים סוברים שהחידוש הוא שזה נחשב לממון השבט, ולכן מאחר ששאר הכהנים מתייאשים ממתנות אלו, זה ממילא נהפך להיות של

---

[21] יש כמה הנחות בדבריו בענין שכירות פועלים ואכמ״ל.

שיטת רש״י בענין נתינת מתנות כהונה:

נראה שאחרונים אלו חולקים בדעת רש״י בענין המתנות כהונה, אם יש דין של ממון השבט ולכן א״צ קנין או שזה מוגדר כשכירות פועלים. ולכאורה זה שייך לדיון יותר כללי בגדר נתינת המתנות כהונה. ע׳ מה שכתבנו בזה ברמב״ם (המאמר שלי להלן). ובדעת רש״י, נראה שיש משמעויות שונות. רש״י בקידושין (נג. ד״ה אפי׳) פירש שבעלי מומין זוכין בבשר קדשים מאחר שהם ״מתליעים בעצים ומפשיטים ומנתחים ושוחטים.״ ונראה להסביר שרש״י סובר שהמתנות כהונה באים חלף עבודתם, ולכן הוא צריך להסביר מה העבודה של הבעלי מומין. אבל מרש״י בערכין (לד. ד״ה הכא) נראה אחרת, שהוא כותב ״ולא משלחן גבוה בשכר עבודה.״ א״כ, נראה שהם מתנות משמים, וא״כ מסתבר לומר שזה נחשב לממון השבט והנתינה אינו מהישראל אל הכהן, אלא מהקב״ה להכהן, שהם באמת עובדים, ולכן הם זוכים למתנות כהונה שלהם. בענין דעתו, ע׳ גמ׳ ב״ק קט: ורש״י שם (ד״ה שעובדתה), מנחת אשר (במדבר ס׳ לז), ושיעורי ר׳ משולם דוד הלוי (ערכין שם).

הכהן. האחיעזר סובר שלפי רש״י לא צריכים מעשה קנין שהמתנות כהונה הוי כשכירות פועלים.

לכאורה יש נ״מ ע״פ דעות אלו, שי״ל שאם זה חידוש בהגדרת מוחזק, לכאורה רק אפשר לומר הדין של מכירי כהונה במקום שלא צריכים קנין גמור. אם סוברים שזה חידוש במתנות כהונה, אז י״ל שדין זה מוגבל להמתנות כהונה שבו יש ממון השבט או שבו הם מוגדרים כשכירות פועלים. ואם סוברים שזה חידוש בקנינים, לכאורה אפשר לומר דין זה בעוד מקומות אם יש דעת קנין.[22]

[22] הבאנו הנ״מ בדיון בענין שיטת הרמב״ם. ע׳ בזה.

הרב יהודה טורצקי
חבר המכון הגבוה לתלמוד ע"ש ברן

שיטת הרמב"ם בענין מכירי כהונה: היחס בין מתנות בהמה לתרומה

הקדמה

איתא בגמ' ב"ב (קכג:), "ת"ר הבכור נוטל פי שנים בזרוע, ובלחיים, ובקיבה ... האי הזרוע, הלחיים, והקיבה היכי דמי, אי דאתי לידי אבוהון פשיטא, ואי דלא אתי לידי אבוהון, ראוי הוא, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק. הכא במכירי כהונה עסקינן, ודאשתחיט בחיי דאבוהון וקסבר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו." מבואר בגמ' שיש חידוש של מכירי כהונה, ולכן בכור נחשב למוחזק במתנות כהונה אפילו לפני שהישראל נתן לו אותם.

הדין של מכירי כהונה מובא ג"כ בגמ' גיטין (ל.). כתוב במשנה שם "המלוה מעות את הכהן ואת הלוי ואת העני להיות מפריש עליהן מחלקן, מפריש עליהן בחזקת שהן קיימין ואינו חושש שמא מת הכהן או הלוי או העשיר העני..." והגמ' (שם) מסביר שדין זה קיים אפילו לפני שמתנות אלו הגיע לידיהם, ויש ג' דעות שם איך זה מועיל. רב סובר שזה מועיל מדין מכירי כהונה ולויה, שמואל סובר שהוא מזכה להם ע"י אחרים, ועולא סובר שזה דין דרבנן שעשו את שאינה זוכה כזוכה.

הראשונים ואחרונים חולקים איך הדין של מכירי כהונה מועיל ואם ע"י הדין של מכירי כהונה יש קנין גמור לכהנים.[1] נראה לומר שיש שיטה חדשה ברמב"ם בהבנת הדין של מכירי כהונה.

---

[1] ע' מה שכתבתי במאמרי "בענין מכירי כהונה" בקובץ זה. שם הערנו שלכאורה יש ג' גישות עיקריות בהבנת הדין של מכירי כהונה. י"א שמכירי כהונה אינו עושה קנין גמור, ולכן החידוש הוא שלא צריכים קנין גמור במקום שמכירי כהונה מהני. למשל,

שיטת הרמב"ם וקושיות האחרונים עליו

הרמב"ם פוסק כב' גמרות אלו, אבל נראה שפסקי הרמב"ם בזה צ"ע, ויש כמה שאלות על דבריו וכמו שכבר העירו האחרונים.

1. הרמב"ם (נחלות ג:ג) מביא להלכה דברי הגמ' בב"ב שיש דין מוחזק במקום מכירי כהונה לגבי המתנות בהמה – זרוע, לחיים, וקיבה. בגמ', דין זה מובא רק לגבי המתנות בהמה ולא לגבי תרו"מ. תוס' (שם) מסביר שהגמ' רק מביא דין זה לגבי המתנות בהמה בגלל שדברי הגמ' בנויים על ב' הנחות, שיש דין של מכירי כהונה, ושיש דין של מתנות שלא הורמו כמי שורמו דמי. דווקא במתנות בהמה יש את הדין השני שמתנות שלא הורמו כמי שהורמו, ולכן א"א לומר חידוש זה בתרו"מ. ע"פ זה, המנ"ח (ת:ט) הקשה על הרמב"ם – הרי הרמב"ם פוסק (אישות ה:ו) שיש דין של מתנות שלא הורמו כמי שהורמו אפ' בתרומות ומעשרות, ולכן למה הוא רק מביא את דברי הגמ' ביחס להמתנות בהמה, "הוה ליה לכתוב דבכל מתנות כהונה במכירי כהונה נוטל הבכור פי שנים."

2. הרמב"ם (מעשר ז:ו) מביא את דברי המשנה בגיטין, שדין זה שייך לכהנים, לויים, ועניים. המשל"מ (שם) העיר שבירושלמי מבואר שא"א לומר שיש דין של מכירי כהונה בעניים. הוא מסביר שדין מכירי כהונה לכאורה שייך רק במקום שיש טובת הנאה לבעלים, שהבעל יכול לבחור למי ליתן מתנות אלו, (ולכן שאר הכהנים מסיחים דעתם מזה כאשר כהן זה הוי מכירו). אבל במתנות עניים, הם נוטלים הימנו בעל כרחו,

---

בכור יכול להיות מוחזק ולירש פי שנים אע"פ שאין לו קנין גמור. כן לכאורה הבין הקצות החושן (רעח:טו) בתוך שיטת תוס' (ב"ב שם ד"ה הכא). י"א שהחידוש הוא שאפשר להעביר בעלות אפ' בלי מעשה קנין, שלפעמים יש קנין אם דעת קנין לחוד. כן למד הרש"ש (שם) בתוך הרשב"ם (שם), והקוב"ש (ב"ב ס' שעד) בתוך שיטת תוס' (שם). וי"א שיש חידוש במתנות כהונה שאני, שאע"פ שבדרך כלל צריכים מעשה קנין כדי להעביד בעלות, ל"צ מעשה קנין כאן. הרבה אחרונים הבינו שזה הפשט בשיטת רש"י (גיטין שם ד"ה במכרי כהונה).

"א"כ אינו מעלה ומוריד אם העני הוא מכרו של המלוה דהא שאר עניים לא אסחו דעתייהו ממעשר עני זה."[2]

אבל נראה ברור מדברי הרמב"ם שהוא חולק על הירושלמי וסובר שיש דין של מכירי כהונה אפ' בעני. ודין זה לכאורה צ"ע. איך יכול להיות שיש דין של מכירי כהונה בעני? המשל"מ מסביר שהמשנה בגיטין (וכן לכאורה הרמב"ם) מיירי במעשר עני המתחלק בבית, שדווקא שם יש טובת הנאה לבעלים, וכמו שפסק הרמב"ם (מתנות עניים ו:י) בעצמו. אבל לכאורה קשה לפרש רמב"ם ככה, שהרי אין שום משמעות ברמב"ם שדין זה מוגבל למעשר עני המתחלק בבית. משמע מדבריו שדין זה שייך בכל מעשר עני.[3] א"כ, הקושיא במקומה עומדת. איך יש דין של מכירי כהונה בעני לפי דעת הרמב"ם?[4]

---

[2] הנחה זו כדעת רש"י (גיטין ל. ד"ה במכרי כהונה) שמכירי כהונה מועיל בגלל ששאר הכהנים אסחי דעתייהו מלקבל מתנות אלו ולכן זה הוי של הכהן המכירו. ע' מה שכתבתי במאמרי הנ"ל בענין דעת רש"י.

[3] בענין דעת המשל"מ, ע' מאמרו של הג"ר יוסף ליב ארנסט זצ"ל (בית יצחק ו, עמ' 13-32) וס' בינה בספרים (ב:עמ' ריא) בענין מכירי כהונה.

והנה, אולי היה נראה לומר שהרמב"ם סובר שאפ' מתנות עניים נחשבות לממון קודם נתינה, ולכן מאחר שלמעשה עני זה תמיד מקבל מתנות אלו, הרי הן כבר שלו, וזה מעין מה שפירשו האחרונים בדעת רש"י (הנ"ל). ע' מאמרי הנ"ל בקובץ זה. אבל נראה שא"א לפרש הרמב"ם ככה, שנראה שהוא סובר שהן לא נחשבות לממון עניים עד שיגיעו לידם. בענין אי מתנות עניים נחשבות לממון עניים קודם שעת נתינה, ובפרט בשיטת הרמב"ם בזה, ע' רמב"ם (מתנות עניים א:י, ב:כ), משנה פאה (ח:א), רמב"ם (פרהמ"ש שם), תורת זרעים (שם), קצות החושן (רמג:ד), קוב"ש (ח"ב:יז:ג), וחזון יחזקאל (בכורות ו:ה). וע' באריכות במאמרו הנ"ל של הג"ר ארנסט זצ"ל ואכמ"ל.

[4] ונראה שאולי יש להוסיף עוד קושיא על דעת הרמב"ם. המשנה בגיטין, וכן הרמב"ם, סובר שדין זה שייך בשבט לוי ג"כ. והנה, הרבה אחרונים סוברים שיש לחלק בין המתנות כהונה להמתנות לויה. האור החיים (במדבר יח:כד) כבר העיר שממשמעות הפסוקים נראה שיש חילוק יסודי ביניהם, שהמתנות כהונה הוי מתנה מאת ה' והמתנות לויה באים חלף עבודתם. וע' מה שכתב בזה המנחת אשר (במדבר ס' לז). מו"ר הג"ר מיכאל רוזנצוייג שליט"א (ס' זבד טוב) חילק בין כהנים ולויים בדעת הרמב"ם ג"כ. הוא הציע שיש חילוק יסודי בין מעמדם של הכהנים ומעמדם של הלויים. וז"ל "לפי הרמב"ם זכיית לוי במעשר ואולי גם מעמדו המיוחד בשרות המקדש אינו נובע מקדושת גברא, כעין קדושת כהונה, אלא דינים אלו נובעים

ונראה שיש לפרש דעת הרמב"ם ע"פ הבנה ביחס בין הסוגיות בגמ' גיטין וגמ' ב"ב, שבו יש את הדין של מכירי כהונה, וע"פ הבנה כללית בדעתו בענין יסוד חיוב נתינת מתנות כהונה.

היחס בין הסוגיות – גמ' ב"ב לעומת גמ' גיטין

הרבה ראשונים ואחרונים סוברים שהגמ' בב"ב ובגיטין עוסקים באותו דין של מכירי כהונה.[5] אבל יש כמה חילוקים בין הסוגיות. הגמ' בב"ב התייחס לדין מוחזק בהל' ירושה, לעומת הגמ' בגיטין שמתייחס למצות נתינת תרו"מ והאפשרות למכור אותם. עוד חילוק הוא שהגמ' בב"ב רק מביא את הדין של מכירי כהונה ביחס להמתנות בהמה, לעומת הגמ' בגיטין שמביא דין זה ביחס לתרומות, מעשרות, ומתנות עניים. וע' רש"ש (ב"ב שם) שהתייחס לזה. ויש להוסיף שהתוספתא (תרומות א:יד) מביא מקרה מקביל להמשנה בגיטין, ושם מביאים את זה ג"כ ביחס להמתנות בהמה.[6] וצ"ב למה הבבלי השמיט את זה, וע' במפרשי התוספתא שם. וכן יש להעיר שהגמ' בב"ב לכאורה מניח כדבר פשוט שכול"ע מודו שיש דין של מכירי כהונה, אבל בגמ' גיטין נראה שיש מח' אם המשנה שם בנויה על דין מכירי כהונה.

ממינוי ומעמד ושם לוי גרידא...עיקר המוקד במצות הבדלת הלויים הוא בהכנת הלויים עצמם לשם תכלית שרותם." עיי"ש באריכות. ויתכן שחילוק זו משפיע ג"כ על גדר המתנות שלהם. (וכן ע' מאמרו של הגר"א ליכטנשטיין שליט"א (בספר הנ"ל) שג"כ התייחס להיחס בין קדושת הכהנים והלויים).

א"כ, אולי י"ל שאפ' אם י"ל שהמתנות כהונה נחשבות לממון השבט עד כדי כך שאפשר לומר ששאר הכהנים אסחי דעתייהו מהן ולכן ממילא הן של הכהן, אינו ברור שאפשר לומר את זה במתנות לויים, בפרט אם סוברים שזה חלף עבודתם ואולי יותר דומה לשכירות פועלים. וא"כ, לכאורה יש לעיין איך יש דין של מכירי כהונה במתנות לויה. ואולי יש לדחות, אבל נראה שלפי המהלך שלנו בדעת הרמב"ם הכל מובן היטב.

[5] ע' למשל, תוס' (ב"ב שם ד"ה הכא) ורבינו יונה (שם ד"ה במכירי).

[6] המאירי (גיטין שם עמ' 126) סובר שדין הגמ' בגיטין שייך למתנות בהמה ג"כ ע"פ התוספתא. אבל באמת לא מובא כן בגמ' שלנו. לכן יש לע' למה בגמ' גיטין יש רק תרו"מ.

לפי הראשונים שסוברים שיש רק דין א׳ של מכירי כהונה, נראה ברור שחילוקים אלו הוי רק טכניים או תלויים בדינים אחרים. אבל אולי י״ל שיש הבדל יסודי בין הסוגיות, ואינו דומה המכירי כהונה של הגמ׳ בב״ב להמכירי כהונה של הגמ׳ בגיטין.[7] ואולי יש דין מוחזק במקום מכירי כהונה רק במתנות בהמה, ודין המשנה בגיטין שייך בתרו״מ ומתנות עניים.

כדי להבין את זה, יש לעיין ביסוד הדין של נתינת מתנות כהונה – מה גדרם ומה תפקידם, ואם יש לחלק בין תרומה מצד א׳, להמתנות בהמה (זרוע, לחיים, וקיבה) מצד שני. נראה בפרט בשיטת הרמב״ם שיש הבדל ביניהם, וע״פ זה אפשר להבין דבריו בהל׳ נחלות והל׳ מעשר לגבי מכירי כהונה.

יסוד דין מתנות כהונה

יש כד׳ סוגי מתנות כהונה.[8] ונראה שיש לחקור לגבי מתנות אלו אם הם באים כמתנה מאת ה׳, ולכן הבעל רק צריך לתת לכהן מה שבאמת כבר שייך לו, או שהמתנות כהונה באים מאת בני ישראל, וא״כ י״ל שהוא קיבל את זה בגלל עבודתו במקדש, וזה יותר דומה לשכירות פועלים.[9] ולכאורה ב׳ הצדדים אלו כבר נמצאים בפסוקים בתורה. מצד אחד, כתוב (בדמבר יח:ח) ״ואני הנה נתתי לך״, שמשמע שזה מתנה ישירה מאת ה׳ והוא באמת נתן אותם לכהנים (וע״ע שם:יב). אבל לעומת זה, כתוב (שם:כא) לגבי המתנות שקבלו שבט לוי ש״הנה נתתי כל מעשה בישראל

---

[7] ושו״מ שיש אחרונים שכבר העירו שיש לחלק בין הסוגיות. ע׳ למטה בזה.

[8] ע׳ גמ׳ ב״ק (קי:) ורמב״ם (הל׳ ביכורים א:א).

[9] לכאורה אפ׳ אם זה מתנה מאת הבעלים, לא צריכים לפרש שזה מדין שכירות פועלים. ובאמת, היה אפש״ל עוד ב׳ גישות, שזה מתנה מאת ה׳ בגלל העבודה שלהם במקדש. וע׳ מה שכתבתי במאמרי הנ״ל בענין שיטת רש״י. וכן אולי י״ל שהם באים מאת ישראל אבל לא בגלל עבודתם אלא בגלל מעמדם וקדושתם. וע׳ למטה בזה. ואכמ״ל.

לנחלה, חלף עבודתם אשר הם עובדים,״ ומשמע שהם מקבלים מתנות אלו בגלל עבודתם במקדש, ואולי הם דומים לפועלים (וע״ע שם:לא).

ונראה שהראשונים ואחרונים חולקים בזה. הרשב״א (שו״ת א:יח) סובר שאין מברכין על נתינת מתנות כהונה כיון שהישראל לא נתן שום דבר, שהכהנים באמת זכו להם מן השמים.[10] וכן סובר היד רמה (סנהדרין קיב. ד״ה ותרומות) לגבי תרומה. לעומת זה, הרשב״ץ (זהר הרקיע מצוה נו) כתב ש״המתנות הם בשכר העבודות״,[11] וכן כתוב בס׳ אור זרוע (שו״ת בסוף הל׳ תפילה, ס׳ קיג), ובשו״ת רדב״ז (ב:תרצ). וכן כתוב (רשימות הגרצ״ש שליט״א ממס׳ גיטין ל. עמ׳ 170) שהגרי״ד זצ״ל סובר שהמתנות כהונה הוי כפרעון החוב, וזה ג״כ שיטת הקצות החושן (רמג:ד), וע״ש שהוא מוסיף שלפי זה המתנות כהונה הוי כעין שכירות פועלים.[12]

ונראה שיש נ״מ מב׳ צדדים אלו לגבי השאלה עד כמה המתנות כהונה נחשבו לממון השבט קודם הנתינה. אם סוברים שזה מתנה מאת בני ישראל, אז בפשטות זה רק הוי של הכהנים אחרי הנתינה, אבל אם סוברים שזה מתנה מאת ה׳, אז י״ל שזה כבר נחשב של הכהנים אפ׳ קודם שעת הנתינה, שזה באמת של הכהנים כל הזמן, אלא שיש חיוב על הגברא לתת את זה להכהנים.[13]

---

[10] סברה זו שאין מברכין על נתינת מתנות כהונה בגלל שזה מתנה מאת ה׳ והישראל לא נתן שום דבר נמצאת בעוד ראשונים ג״כ. ע׳ רבינו מנוח על הרמב״ם (ברכות יא:ב) ואבודרהם (עמ׳ יז-כא). ע׳ מאמרו של הרב נתנאל ווידרבלנק (קול צבי י׳, עמ׳ 193) שהעיר שיש חילוקים ביניהם. ואכמ״ל.

[11] עיי״ש בהמשך לשונו אם דבריו אמורים ביחס לכל המתנות כהונה.

[12] יתכן שיש חילוקים בין הקצו״ח והגרי״ד בזה. ע׳ מה שכתב על דעת הקצו״ח במילואי חושן שם, ומה שכתב היד אפרים (יו״ד ס׳ סא:) והבית יצחק (יו״ד ב:עא) (מובא במלואי חושן 36 שם).

[13] באמת נראה שיש עוד כמה נ״מ מחקירה זו בענין יסוד מתנות כהונה. 1) ברכת המצוה – דעת הרשב״א (מובא למעלה) שאין מברכין על נתינת מתנות כהונה שהישראל לא נתן שום דבר, שזה מתנה מאת שמים. אבל הרוקח (ס׳ שסו) חולק עליו. ולכאורה יש לחלוק על דעת הרשב״א אם סוברים שהנתינה בא באופן ישיר מהבעלים אל הכהנים. לגבי ברכה על ההפרשה, ע׳ דרכי תשובה (יו״ד סא:א)

אבל נראה שאפשר לחלק בין המתנות כהונה, בפרט בתוך שיטת הרמב"ם. ע"פ זה נראה שיש להציע הבנה חדשה בגדר נתינת מתנות כהונה.

שיטת הרמב"ם בענין היחס בין תרומה להמתנות בהמה (זרוע, לחיים, וקיבה)

נראה מכמה מקומות ברמב"ם שיש הבדל יסודי בין המתנות בהמה ותרומה, ולפעמים תרומה שונה אפ' משאר מתנות כהונה.[14] י"ל

שמביא הפרי תואר שכותב בשם הדמשק אליעזר שיש חיוב לברך על הפרשת מתנות כהונה כשם שמברכין על הפרשת תרומות ומעשרות. הפרי תואר השיג עליו "דמבואר מדברי הפוסקים וגדולי המורים דמתנות כהונה לא דמי לתרומות ומעשרות בזה". בענין ברכה על נתינה והפרשה, ע"ע במפרשים על הרמב"ם בספה"מ (שרש יב). 2) נתינת מתנות כהונה לקטן – ע' קצות החושן (רמג:ד) שמביא בשם הפר"ח שנתינת מתנות כהונה לקטן מועיל מדין דעת אחרת מקנה אבל הוא חולק עליו ופירש ע"פ הבנתו שזה יותר דומה לשכירות פועלים. בשו"ת חתם סופר (יו"ד רצב) פירש שנתינה לקטן מהני בגלל דלא בעינן קנין כדי לצאת ידי מצות נתינת מתנות כהונה. אולי זה ג"כ תלוי בהנ"ל, שאם סוברים שזה מתנה מאת ה', אולי ל"צ קנין. ע' ס' ראשית כח על מס' בכורות (עמ' מז-מח). 3. מזיק מתנות כהונה - הגמ' (חולין קל:) מביא דעת ר' חסדא שהמזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור, ולומדים דין זה או מגזה"כ מהמלה "זה", או שזה ממון שאין לו תובעין. (וע' רש"י שמסביר שהוא מזיק אותם קודם שהוא נתן מתנות אלו לכהן, ונראה ברור שאם הכהן כבר קיבל את המתנות שהוא חייב.) תוס' (שם, ד"ה ואב"א) סוברים שיש נ"מ בין הטעמים, שאם הוא פטור מפני שזה ממון שאין לה תובעין, המזיק עדיין חייב בדיני שמים, אבל אם לומדים את זה מהגזה"כ, המזיק פטור אפ' בדיני שמים. הר"ן (שם מד: בדפי הרי"ף) חולק על תוס' וסובר שכול"ע מודו שהוא פטור אפ' בידי שמים. עיי"ש. יש אחרונים (ע' למשל הקה"י (נדרים ס' ד)) שמסבירים שהם נחלקו בגדר המתנות כהונה לפני נתינתם. ונראה שמח' זו תלויה בהנ"ל, שאם זה מתנה מאת ה', אז י"ל שזה ממון השבט ולכן יש חיוב בידי שמים. ע' למטה בענין מזיק מכירי כהונה שג"כ קשור לזה.

[14] חלקנו בין תרומה ומתנות בהמה. נראה שיש עוד מתנות כהונה שיחסם לתרומה יותר קשה להגדיר. מעמדו של חלה בפרט מאד חשוב לענינינו. האחרונים דנו במפורש ביסוד מצות הפרשת תרומה והפרשת חלה – האם יש מצוה דווקא אם רוצה לאכול, או אפ' אם אינו רוצה לאכול מן התבואה. (ע' ט"ז (יו"ד א:יז), הגהות רעק"א (שם), מג"א (או"ח ח:ב), וביאור הגר"א (שם)). ויש שהציעו שהראשונים כבר חולקים בזה (ע' רש"י (גיטין מז: ד"ה מדאורייתא לא), רמב"ם (תרומות ב:א), עמק ברכה (ברכת המצות ס' א), ומנחת אשר (במדבר ס' כד)). יש שמחלקים בין תרומה

שבמתנות בהמה יש נתינה ישירה מהבעל אל הכהן, אבל באמת המתנות כבר הוי של הכהן קודם נתינתם ואפ׳ קודם הפרשתם. הם מובדלים ועומדים להיות של הכהן. לעומת זה, בתרומה יש רק טבל קודם ההפרשה, והישראל לא צריך לתת את זה באופן ישיר אל הכהן, אלא הישראל נתן את זה לה׳, וה׳ זיכה את התרומה להכהנים.

נראה שיש להוכיח חילוק זו בכמה מקומות ברמב״ם ושע״פ חילוק זו יש להסביר כמה הבדלים ברמב״ם בין תרומה להמתנות בהמה.[15]

1. מקומו ברמב״ם: הרמב״ם בהל׳ ביכורים (פרק א׳) נותן הקדמה להמתנות כהונה, ושם בהל׳ ביכורים הוא מביא ההלכות של הרבה מהמתנות כהונה, כולל המתנות בהמה. אבל הוא כבר כותב לפני הל׳ ביכורים את הל׳ תרומות ומעשרות. ולכאורה זה צ״ע – הרי תרומה הוי א׳ מהמתנות כהונה, ולכן היה לו לכתוב את ההקדמה להמתנות כהונה או לפני הל׳ תרומות או להשאיר ההקדמה למתנות כהונה בתחילת הל׳ ביכורים ולשים הל׳ ביכורים לפני הל׳ תרומות. אבל הרמב״ם כותב את הל׳ תרומות לפני שהוא כותב ההקדמה למתנות כהונה בהל׳ ביכורים. ובאמת, בספה״מ (ע׳ מצות עשה קכה-קכו שם) הרמב״ם מביא המצוה של ביכורים קודם מצות תרומה. ונראה שיש סברה בזה, שממבט קרונולגי, עוסקים בביכורים לפני תרומה.

ועוד יש להעיר ששם הל׳ ביכורים הוי ״הל׳ ביכורים ושאר מתנות כהונה שבגבולין״ (ע׳ רמב״ם מהד׳ פרנקל) – ומאד מעניין שתרומות הוי א׳ מהמתנות כהונה, ואינו נכלל בהל׳ אלו אע״פ שהם מתנות כהונה שבגבולין.[16] וכן מעניין שהרמב״ם מכניס הל׳ תרומות בין

לחלה לגבי שאלה זו, ויש שהרחיקו לכת וסוברים שיש עוד חילוקים בין תרומה וחלה ע״פ חילוק יסודי בין מתנות כהונה אלו. ע׳ מאמרו של מו״ר הג״ר מיכאל רוזנצוייג שליט״א (קול צבי ג׳), ומאמרו של הרב יעקב ששון (קול צבי יא׳).

[15] שו״מ שמו״ר הג״ר מיכאל רוזנצוייג שליט״א כבר העיר כמה מדיוקים אלו. ע׳ מאמרו הנ״ל (קול צבי ג׳).

[16] אולי זה מסיבה טכנית, שיש הרבה הל׳ תרומות ומעשרות, ולכן אין מקום לשים את כולם בהל׳ ביכורים.

הל׳ מתנות עניים והל׳ מעשר, ולא על יד הל׳ ביכורים. ע״פ זה, נראה ברור שהרמב״ם רוצה לחלק בין תרומות ושאר המתנות כהונה.[17]

2. מעמדו של הכהן: בספה״מ (ע׳ מ״ע קכו, קכז, קמג), הרמב״ם כותב שיש לתת את המתנות בהמה לכהן, אבל ביחס לתרומות ומעשרות הוא רק כותב שיש להפריש תרומות ומעשרות ואין שום רמז לנתינה לכהן. וכן ע׳ הכותרות להל׳ ביכורים והכותרת להל׳ תרומות. חילוק זו ג״כ מופיע בתחילת ההלכות שלהם. הרמב״ם (תרומות א:א) לא כותב שיש לתת את התרומה לכהן בתחילת הל׳ אלו, אלא הוא מתחיל בדיון איפה יש חיוב של מצוה זו. לעומת זה, בתחילת דיונו בהמתנות בהמה (ביכורים ט:א), הרמב״ם מתחיל שצריכים לתת את זה לכהן, ורק אחרי זה כותב איפה יש חיוב של מצוה זו. ונראה שלעומת שאר המתנות כהונה, דווקא לגבי הל׳ תרומות ההגדשה הוי על הבעלים, ואולי היחס בין הבעל והכהן הוי פחות חזק.[18] [19]

3. איסור טבל: הגמ׳ (חולין קלב:) מביא מח׳ אם יש איסור טבל לאוכל בהמה קודם שהורמה מתנותיה. למסקנא, הגמ׳ סובר שאין איסור טבל בזה. תוס׳ (שם קלא.) מביא דעה שאעפ״כ יש עדיין איסור קודם ההפרשה. לעומת זה, יש ראשונים שסוברים שאין איסור בכלל. הרי״ף (שם מה: בדפי הרי״ף) ביאר ש״מתנות אין בהם משום קדושה, אלא חובת

---

[17] ע׳ רמב״ם (א:א) ומהר״י קורקוס שם.

[18] ע׳ כותרת להל׳ מעשר. שם הוא מדגיש שצריכים לתת את זה לכהן, ויש ליישב.

[19] חילוק זו ברמב״ם מאד קשור לדבריו בספה״מ (שרש יב). הוא כותב שאין ראוי למנות חלקי המצוה. לכן הוא כותב שקבלת המתנות כהונה ע״י הכהן הוי חלק מחלקי המצוה, ואין ראוי למנות הנתינה לכהן כמצוה בפנ״ע. הרמב״ן (שם) חולק עליו, וסובר שכאשר יש איסור טבל, יש למנות ההפרשה והנתינה כמצוות. אינו ברור ברמב״ם מה היחס בין ההפרשה והנתינה במצוות אלו. והיה נראה שכל המתנות כהונה שווה לדעת הרמב״ם. וא״כ, יש לדון אם הנתינה הוי העיקר, ורק צריכים הפרשה מפני שזה תחילת הנתינה, או שבאמת ההפרשה הוא העיקר אלא שהנתינה הוי גמר ההפרשה. ע׳ הרמב״ן (שם), מרגניתא טבא, מגילת אסתר, וקנאת סופרים (שם). ע״פ הנ״ל נראה שאפ׳ לפי דעת הרמב״ם יש חילוק ביניהם אע״פ שכולם רק נמנו למצוה א׳. בתרומות זה הוי דין בפרשה, אבל במתנות בהמה ועוד מתנות כהונה זה דין בנתינה. ועיי״ש בדבריהם.

הטבח הן, ואי לא יהיב להו, הוא ניהו דקאים באיסורא, אבל בישרא שרי.״ הרמב״ם (ביכורים ט:יד) ג״כ פוסק שזה מותר, והוא מסבר ש״אינה דומה לטבל, שמתנות כהונה מובדלין.״ ונראה לפרש דין זה באופן יסודי, שבתרומות ומעשרות יש חיוב על הבעל לשנות את החפצא, לעומת המתנות בהמה, שיש רק חיוב על הבעל לתת את זה לכהן. הבעל לא צריך לעשות שום דבר ביחס להחפצא – יש לו רק חיוב על הגברא לתת מה שכבר מופרש ועומד לכהן. ולכאורה האפיקי ים (ב:יא:בהגה) חילק באופן דומה. הוא כותב שרואים מזה שאין איסור טבל במתנות בהמה שנתינת המתנות בהמה אינו חיוב על גוף בהמה אלא מצות נתינה על הגברא.[20]

4. לחטוף המתנות/דרך כבוד: נראה שיש לדייק עוד הבדל ביניהם מלשון הרמב״ם אע״פ שיש להם אותו הלכה. הרמב״ם (תרומות יב:יט) כותב שאסור לכהנים לחטוף תרומות ומעשרות, ואפ׳ לשאול חלקן, אלא יש לו לקבל את זה דרך כבוד ״שעל שלחן המקום הם אוכלים, ועל שלחנו הם שותים, ומתנות אלו לה׳ הם, והוא ברוך הוא זיכה להן...״[21] לעומת זה, כאשר הרמב״ם מביא הל׳ זו לגבי המתנות בהמה, הוא כותב (ביכורים ט:כב) שאין לחטוף המתנות אלא לקבל אותם דרך כבוד. שם הוא לא כותב שזה אכילה על שלחן המקום ולא שהקב״ה זיכה להן, וכן דייק הציץ אליעזר (א:י), עיי״ש בזה.

ונראה לפרש שבתרומות ומעשרות אין נתינה ישירה מהישראל אל הכהן, אלא שהישראל נותן את זה לה׳, והקב״ה זיכה אותם לכהן, וכמו שלכאורה יוצא במפורש מלשון הרמב״ם. לעומת זה, במתנות בהמה,

---

[20] והנה, לכאורה הבנה זו בדעת הרמב״ם תלויה בהבנת איסור טבל, שיותר סביר להבין ככה בדעת הרמב״ם אם סוברים שהאיסור טבל הוי איסור בפנ״ע ולא רק משום התרומה המעורבת בו. ונראה שהראשונים חולקים בזה. ע׳ רש״י ותוס׳ (יבמות פו.), אתוון דאורייתא (כלל ב׳) ואכמ״ל. בענין דעת הרמב״ם בשאלה זו, ע׳ מאמרו של הרב יעקב ששון (קול צבי י״א, עמ׳ 546).

[21] לכאורה דברי הרמב״ם קשה מדברי הגמ׳ יבמות פז. ע׳ ציץ אליעזר שם ליישוב לזה. וע״ע בגליוני הש״ס שם.

אע"פ שיש לקבלם דרך כבוד, זה בא באופן ישיר מהבעל אל הכהן, שזה כבר שייך לכהנים, ולכן זה לא נחשב כמתנה מאת ה'.[22]

5. אכילת נשים: הרמב"ם (ביכורים א:יא) כותב "הנה למדת שהמתנות שניתנין לנקבות כזכרים חמש מתנות, תרומה, תרומת מעשר, וחלה, ומתנות בהמה, וראשית הגז..." והנה, למרות שהמתנות בהמה והתרומות נאכלים לנקבות, נראה שיש הבדל יסודי ביניהם. הרמב"ם (שם ט:כ) כותב לגבי המתנות בהמה, ש"הכהנת אוכלת המתנות מפני שאין בהם קדושה...ואם רצה הכהן למכור המתנות או ליתנן במתנה אפ' לגוי או להאכילם לכלבים מאכיל, שאין בהם קדושה כלל". מבואר שהכהנת אוכלת אותם דווקא מפני שאין להם קדושה. (וע' רמב"ם (שם,א:ז)). לעומת זה, הרמב"ם (תרומות ו:א) כותב שתרומה ותרומת מעשר נאכלת לנקבות בגלל גזה"כ של "קנין כספו." וחילוק זה פשוט, שדווקא לגבי תרומה יש קדושה מאחר שזה בא להם מאת ה'. לכן צריכים גזה"כ מיוחד לזה. לעומת זה, המתנות בהמה כבר שייך להם בגלל שזה מופרש ועומד, ואין להם קדושה. הישראל רק נתן להם מה שכבר שייך להם כל הזמן.[23]

---

[22] ע"ע בציץ אליעזר שם, וכן בדבריו בספרו דבר אליעזר (ס' יג, נדפס עם השו"ת שלו בחלקים טז-יז).

[23] היה נראה להביא עוד ראיה לחילוק זו בין תרומה ומתנות בהמה ע"פ שיטת הרמב"ם בענין שאלה בתרומה. הרמב"ם (הל' תרומות ד:יז) פוסק שאפשר לשאול על תרומה, וז"ל "הרי זה נשאל עליהן לחכם ומתיר לו כדרך שמתירין שאר הנדרים ותחזור לחולין כמות שהיתה..." ולכאורה היה אפשר לומר שדין זה מעיד על זה שיש בעלות לישראל עד שעת נתינה לכהן. אבל נראה שאין זה ראיה מוכרחת. קודם כל, יש מח' אם לפי הרמב"ם אפשר לשאול על תרומה אפ' לאחר שהגיע התרומה לכהן. מסתימת דבריו נראה שאפשר לשאול גם לאחר שהתרומה ניתן לכהן,וכן סובר הכסף משנה (שם) בפירושו הראשון והמהר"י קורקוס (שם). (אבל ע' כסף משנה (שם) שמביא עוד פירוש שהרמב"ם סובר שא"א לשאול לאחר שבא ליד כהן.) אם סוברים שאפשר לשאול אפ' לאחר שהגיע ליד הכהן, נראה ברור שא"א להביא ראיה מדין שאלה בתרומה לחילוק שלנו, שאין זה מעיד על הבעלות של הישראל קודם נתינה, שהרי דין זה קיים אפ' לאחר נתינה כאשר לכאורה אין בו דין בעלות. בענין הבנת דין זה, ע' שו"ת בית הלוי (א:כז:ד-ה), אבי עזרי (הל' תרומות ד:יז) וכלי חמדה (פר' מטות עמ' 252).

ועוד י"ל שאין להביא ראיה מדין שאלה בתרומה ע"פ שאלה יסודית בגדר דין שאלה, שיש לחקור אם דין שאלה בתרומה נחשב לביטול חלות תרומה או אם זה הוי

יישוב שיטת הרמב"ם

נראה שע"פ כל הנ"ל אפשר לפרש דעת הרמב"ם בענין מכירי כהונה. העלינו שיש לחלק באופן יסודי בין תרומה להמתנות בהמה. תרומה הוי של הבעלים, ויש עליהם חיוב לשנות החפצא וליקח ממנה את התרומה. לאחר ההפרשה, הנתינה אינה לכהן באופן ישיר, אלא לשמים, והקב"ה זיכה לכהנים את זה. א"כ מובן למה יש קדושה בתרומה (שזה מתנה מאת ה'), למה יש איסור טבל (שהבעל צריך לשנות את החפצא), ולמה צריכים פסוק מיוחד ללמד שנשים יכולות לאכול תרומה (שיש בזה קדושה). וכן נראה לפרש למה הרמב"ם כותב הל' תרומות לפני הל' ביכורים ושאר מתנות כהונה, שלמרות שסוף כל סוף הכהנים מקבלים את התרומה במתנה, ההדגשה במצות תרומה הוי על הבעלים, ואין עליהם חיוב באופן יסודי לתת את זה לכהנים באופן ישיר.

לעומת זה, המתנות בהמה באים באופן ישיר מהבעלים אל הכהנים, ומתנות אלו כבר מופרשים ושייכים אל הכהנים אפ' קודם הפרשתם וקודם נתינתם. וא"כ מובן למה אין בהם קדושה (שהקב"ה לא זכה להם את זה) ונשים יכולות לאכול אותם (אפ' בלי גזה"כ). הבעלים אינם עושים שום דבר להחפצא – יש להם רק חיוב נתינה על הגברא, וזה לא נחשב למתנה מאת ה'.[24]

כאילו אגלאי מילתא למפרע שלא היתה תרומה מעולם ויש עקירת המעשה הפלאה. ונראה שיש כמה נ"מ בזה. למשל, האבני מילואים (שו"ת ס' יח) סובר שכול"ע מודו שיש דין של אין מבטלין איסור לכתחילה מה"ת בתרומה בגלל הדין של "משמרת תרומתי," שיש איסור להפסיד תרומה. האתוון דאורייתא (כלל טו) סובר שכמו כן יש איסור לישאל על התרומה (אע"פ שזה מהני), משום שע"י זה הוא מפקיע קדושתו. אבל נראה שאם שאלה מועיל שאגלאי מילתא למפרע שלא היתה תרומה מעולם, אז היה נראה לומר שאין שום איסור בזה, עיי"ש באתוון דאורייתא. אם סוברים שדין שאלה בתרומה מועיל בגלל שזה איגלאי מילתא למפרע שלא היתה תרומה מעולם ויש עקירת המעשה הפלאה, אז י"ל שדין שאלה בתרומה אינו מעיד על הבעלות של הישראל, אלא על הכח שלו לעקור המעשה הפלאה שעשה בשעת ההפרשה.

[24] הגר"ש וואהרמאן שליט"א (שארית יוסף ח"ה, ס' נ) ג"כ חילק בין תרומה ומתנות בהמה ואפ' ביאר ע"פ זה שיש לחלק בין הסוגיות לענין איך הדין של מכירי כהונה מועיל, אבל בכיוון ההפוך. בתחילת דבריו, הוא סובר כמו שבארנו, שבמתנות בהמה חשיב הכהן ליותר מוחזק מתרומה שצריך הפרשה. אבל הוא דוחה את זה ע"פ דברי

א"כ, אולי י"ל שיהיה חילוק ביניהם לגבי הדין של מכירי כהונה ג"כ. כמו שכתוב למעלה, הרמב"ם מביא ב' הסוגיות להלכה. בהל' מעשר (ז:ה-ו) הוא מביא את דברי הגמ' בגיטין, וסובר שאפ' במתנות עניים יש דין של מכירי כהונה. בהל' נחלות (ג:ג) הוא מביא את דברי הגמ' בב"ב, אבל רק לגבי המתנות בהמה. ע"פ כל הנ"ל, נראה לפרש שהרמב"ם סובר שיש ב' דינים במכירי כהונה, א' לגבי המתנות בהמה, וא' לגבי תרומות, מעשרות, ומתנות עניים, וכל זה נובע מהחילוק היסודי שיש ביניהם. ואולי יש לדייק כן מדברי הרמב"ם עצמו. לגבי המתנות בהמה, הרמב"ם (נחלות שם) כותב שהוא שחט ל"מכרי אביו", אבל בהל' מעשר (שם) הוא רק כותב שהוא "רגיל שלא יתן אלא להן".

סוג אחד של מכירי כהונה הוי חידוש במתנות כהונה ובנויה על זה שהמתנות כהונה הוי ממון השבט. הם כבר הוי של הבעלים, ולכן מאחר שהבעל רגיל לתת מתנות אלו לכהן מסוים, שאר הכהנים מסיחים

הרמב"ם (תרומות יב:טו) שכהן שלקח תרומה שלא מדעת הבעלים זוכה הבן שאין לבעלים אלא טובת הנאה, וטובת הנאה אינה ממון. ע"פ זה הוא ביאר שאין בעלות לישראל אפ' קודם הנתינה, שהפרשת תרומה פועלת להטיל חלות של תרומה על הפירות וע"י הפרשה זו הפירות נעשים כממון השבט. (וע' אמרי בינה (דיני תרומות סו"ס ד).)

אבל נראה שאפשר לדחות דבריו ע"פ מה שדנו הראשונים והאחרונים בהבנת מ"ד טובת הנאה אינה ממון. ע' קוב"ש (קובץ שמועות, חולין ס' ס) שביאר בדעת תוס' שמ"ד טובת הנאה אינה ממון סובר שיש לבעל בהם קנין ע"מ להקנות, שזה נחשב לשלו לענין זכות הקנאה ולא לשום תשמיש אחר. עיי"ש. ואולי י"ל מעין זה בדעת הרמב"ם, שיש לישראל בעלות אפ' לפי מ"ד טובת הנאה אינה ממון (אע"פ שאין זה בעלות גמורה). ונראה שרואים את זה מכמה מקומות. הרמב"ם (מעשר שני יא:יא) סובר שמתנות כהונה נקנות באגב (ודלא כדעת הקצות החושן (ער"ה:א) הסובר שמ"ד טובת הנאה אינה ממון סובר שאין הבעל יכול להקנותם.) ולכן נראה שלמרות שטובת הנאה אינה ממון, מ"מ דהוי של הבעלים לענין שהוא יכול להקנותם. וכן ע' בים של שלמה (ב"ק ט:סא) שפירש בדעת הרמב"ם וז"ל "דאינו ממון לקדש בו את האשה או להוציאו בדיינים. אבל מ"מ הוא ממון לגבי בעלים, שלא ליטלו בעל כרחו מאחר שיש לו בו טובת הנאה..." ויתכן שיש עוד נ"מ בזה לגבי השאלה אם יש דין ירושה בטובת הנאה לפי מ"ד טובת הנאה אינה ממון. ע' רמ"א (חו"מ רעו:ו), ש"ך (שם:ד), וקצות החושן (שם:ב). [ובאמת יש להעיר שכבר דנו בדעת הרמב"ם אם הוא באמת פסק שטובת הנאה אינה ממון. ע' רמב"ם (נדרים ז:יא ואישות ה:ו), כסף משנה (הל' נדרים שם), יש"ש (הנ"ל) ועוד אחרונים שדנו בזה.]

דעתם מזה, וממילא זה הוו של הכהן (וזה כדעת רש״י במס׳ גיטין)[25]. ולכאורה סוג זה של מכירי כהונה רק שייך במתנות בהמה, שדווקא שם הוי כבר מופרש ועומד לכהנים, ויש רק חיוב על הבעל לתת מה שבאמת כבר שייך אל הכהן. הרמב״ם דורש סוג מכירי כהונה זה דווקא לגבי הגדרת מוחזק לענין ירושה שלפי הרמב״ם צריכים קנין גמור להיות מוחזק[26] .

אבל א״א לומר כן במתנות עניים, וכן בתרומות ומעשרות, שהם עדיין שייכים אל הבעלים עד שיש נתינה, שהם אינם מופרשים ועומדים (אלא שבתרומה הנתינה היא לה׳, והקב״ה זיכה להן, וכדבריו בהל׳ תרומות שם). וא״כ י״ל שיש עוד סוג של מכירי כהונה שמופיע דווקא בגמ׳ במס׳ גיטין ומועיל מטעם אחר. רק מופיע שם בגמרא שיוצאין ידי נתינה על ידי מכירי כהונה, ולכן י״ל שאין שם קנין גמור[27]. א״כ י״ל שמכירי כהונה זו אינו מועיל מדין ממון השבט, אלא י״ל שזה מועיל מדין אחר, וי״ל שזה מועיל ע״פ הדין מתנה מועטת, וכמו שסוברים תוס׳ (ב״ב

---

[25] ע׳ מה שכתבנו במאמר הנ״ל בענין שיטת רש״י.

[26] הנחנו שלפי הרמב״ם יש דין מוחזק לענין ירושה דווקא אם יש קנין גמור. אבל לכאורה הראשונים ואחרונים חולקים בזה. יש מח׳ בין רבי וחכמים (ב״ב קכד.) בענין שבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן. רבי סובר שהבכור יכול לירש פי שנים בזה, שזה נחשב למוחזק, והחכמים חולקים עליו וסוברים שזה לא נחשב למוחזק. הראשונים חולקים אם הגמ׳ שלנו (ב״ב שם) בענין מכירי כהונה הוי אליבא דרבי או החכמים. הרי״ף והרא״ש (שם) השמיטו דברי הגמ׳ שם, ובפשטות זה מפני שהם סוברים שבכור אינו נחשב למוחזק בזה לפי החכמים. א״כ י״ל שבגמ׳ שלנו הוי אליבא דרבי, ולכן יתכן שלא צריכים קנין ממש כדי להיות מוחזק. וכן לכאורה סובר הקצות החושן (רעח:טו), שיש דין מוחזק לירושה אפ׳ אם אין קנין גמור. אבל הר״י מיגש (ב״ב שם) סובר שאפ׳ החכמים מודו שבמקום של מכירי כהונה זה נחשב למוחזק. ונראה שכן היא שיטת הרמב״ם, שהרי הוא פוסק כדעת החכמים (הל׳ נחלות ג:ד) וכדעת הגמ׳ שם בענין מכירי כהונה. א״כ נראה שי״ל שהרמב״ם צריך קנין גמור במקום של מכירי כהונה. ע׳ רמב״ם (הל׳ נחלות ג:א) וחזון יחזקאל (בכורות ו:ה).

[27] בענין אם צריכים קנין כדי לצאת ידי נתינה במתנות כהונה, עיין לעיל בהערה בענין נתינה מתנות כהונה לכהן קטן.

שם).[28] בזה אין קנין גמור, ולכן לכאורה א"א להיות מוחזק לענין ירושה ע"פ מכירי כהונה זו.[29]

וא"כ, מובן למה הרמב"ם פוסק כמשנה בגיטין שדין זה שייך אפ' במתנות עניים, שדין זה אינו מבוסס על ממון השבט, אלא על דין אחר, שכאן רק צריכים לצאת ידי נתינה לכהן ואפשר לעשות את זה אפ' אם אין קנין גמור.[30] וכן מובן למה הרמב"ם רק מביא המתנות בהמה לגבי הדין של מוחזק בבכור למרות שהרמב"ם סובר שאומרים מתנות שלא הורמו אפ' בתרו"מ, ששם בענין קנין גמור, ודווקא במתנות בהמה אפשר שיהיה קנין גמור ע"י הדין של מכירי כהונה כדי להיות נחשב לממון השבט.

מכירי כהונה בעוד מקומות

נראה שע"פ הנ"ל יש לדון בעוד כמה מקומות שבו דנו הראשונים והאחרונים אם יש דין של מכירי כהונה. דיונים אלו שייכים לגדר מכירי כהונה בכלל, ונראה לומר שאם דין מכירי כהונה בנוי על זה

---

[28] וע' מה שכתבתי בדעת התוס' במאמרי הנ"ל.

[29] שו"מ מה שכתוב בספר שו"ת עטרת משה (יו"ד ס' רכט), שמובא בספר בינה בספרים (הנ"ל), וז"ל "וכבר כתבנו במקו"א דמבין כל הכ"ד המתנ"כ, מתנות הזרוע לחיים וקיבה מיחוד שהנם כמפורשים דמיוחדים האברים הללו, ואפ' תרומ"ע אין דומים להן דהרי יכול להחליט בדעתו מה שיפריש ושייך בהם לשאול עליהן אפ' אחר ההפרשה ולתת אחרת תחתיה. ולפי"ז כח מכירי כהונה עדיף בהן בהך דזרוע וכו'..." ועיי"ש בהמשך דבריו, שהוא סובר שיש לחלק בין המכירי כהונה של המתנות בהמה ותרומ"ע.

[30] לכאורה ע"פ זה יש לפרש איך יש דין של מכירי כהונה במתנות לשבט לוי ג"כ שמופיע ברמב"ם (הל' מעשר שם) עם תרומה ומתנות עניים. כבר הערנו שאפשר לפרש שמתנות אלו הוו יותר דומים לשכירות פועלים ובאים חלף עבודתם במקדש. ואם סוברים ככה, נראה ג"כ שיותר קשה לפרש שיש דין של ממון השבט, שאולי דווקא אם זה מתנה מאת ה' יש לומר שיש דין של ממון השבט. ולכן אולי היה קשה להבין איך יש דין של מכירי כהונה במתנות לויה. אבל לפי מה שפירשנו שיש עוד דין של מכירי כהונה שמועיל מדין מתנה מועטת, י"ל שה"ה במתנות לויה שזה מועיל מדין מתנה מועטת, ולכן אתי שפיר המשנה בגיטין שמביא דין של מכירי כהונה לגבי כהן, לוי, ועני.

שיש ממון השבט, ברור שרק אומרים דין זה היכא שיש ממון השבט. אבל נראה שאם סוברים שדין זה בנוי על דין מתנה מועטת, אז לכאורה אפשר לומר הדין של מכירי כהונה בעוד מקומות אפ׳ אם אין שם ממון השבט. נראה לומר ע״פ מה שהעלינו בדעת הרמב״ם שיש לחלק בין סוגי מכירי כהונה, שיש קנין גמור רק היכא שיש מכירי כהונה מדין ממון השבט. וכן נראה לומר ע״פ מה שהעלינו בדעת הרמב״ם שיתכן שיש לחלק בין המתנות כהונה, שאפ׳ אם יש דין של מכירי כהונה באיזה מקום, עדיין צריכים לעיין בטיב המצוה או המתנה שבו אומרים דין זה כדי לדעת איך סוג זה של מכירי כהונה מועיל ואם יש קנין גמור.[31]

1. צדקה:

הספר התרומות (שער סה, ח״ג) סובר שהדין של מכירי כהונה שייך בענין צדקה ג״כ. וכן מובא בשמו בש״ך (יו״ד רנז:יא).[32] האו״ז (ב״ב ס׳ פא) מוסיף ע״פ הגמ׳ ב״ב שמי שמפריש צדקה, ורגיל ליתן לאותו עני ומת, שהבכור נוטל פי שנים בזה. ולכאורה י״ל ע״פ מה שהעלינו בדעת הרמב״ם, שאפ׳ אם סוברים שיש דין של מכירי כהונה במצות צדקה, זה עדיין חידוש לומר שבכור נוטל פי שנים בזה. הרי אפש״ל שמפני הדין של מכירי כהונה הישראל חייב לתת את זה לעני, אבל אולי אין כאן קנין, ולכן יתכן שבכור לא נוטל פי שנים.

2. פדיון הבן:

תוס׳ (כתובות קב. ד״ה לברור) סוברים שיש דין של מכירי כהונה בפדיון הבן.[33] אבל רעק״א (שו״ת רעק״א א:רג) חולק שדווקא במתנות דהוה בעין שייך לומר שזה כבאו לידו דמי, אבל בפדיון הבן, דזה אינו דבר שבעין אין דין של מכירי כהונה. ונראה לומר שאם סוברים שזה חידוש

---

[31] ע׳ מאמרי הנ״ל שהעלינו שיש ג׳ גישות עיקריות בהבנת דין מכירי כהונה. והבנות אלו בדואי חשובים כדי להבין נ״מ אלו.

[32] ע׳ שו״ת אמרי יושר (א:ד) שסובר שדין זה אינו שייך כי אם בדבר קצוב, כגון תרומות, ומעשרות וכדומה. אבל לצדקה אין דבר קצוב. ע׳ שו״ת מהרש״ג (ב:ס׳ רב), ס׳ צדקה ומשפט (פרק ג׳, עמ׳ סב), ובינה בספרים (ח״ב, עמ׳ ריב) בזה.

[33] וע׳ יו״ד (שה:ד) בזה. ובינה בספרים (שם).

במתנות כהונה, שזה כבר נחשב לממון השבט, אז אולי י"ל שפדיון הבן שאני, דזה אינו בעין להחשיבו לממון השבט.[34]

הריטב"א (קידושין כט.) ג"כ סובר שיש דין של מכירי כהונה לגבי פדיון הבן, ומבואר מדבריו שיש אפ' שעבוד נכסים בגלל זה. ולכאורה זה צ"ע, שהרי הריטב"א עצמו כותב במקו"א (מכות ב.) שאין שעבוד נכסים במקום מכירי כהונה, ויש רק מצות נתינה מיד הבעל. ואולי י"ל שיש לחלק בין המתנות כהונה, ומעין מה שפירשו למעלה בדעת הרמב"ם. בדרך כלל, אין שעבוד נכסים שאין קנין גמור, ודווקא במקום פדיון הבן יש שעבוד נכסים. ויש לפרש שזה בגלל שפדיון הבן הוי בגדר חוב, ולא רק מצוה. ולכן מסתבר לומר שיש לכהן שעבוד על הממון, שהוא בגדר בעל חוב בזה.[35] [36]

3. מזיק מכירי כהונה:

כתוב בגמ' (חולין קל:) שמי שמזיק מתנות כהונה אינו חייב, או מפני גזה"כ, או מפני שזה ממון שאין לו תובעין, והראשונים חולקים אם לפי המ"ד שזה ממון שאין לו תובעין, יש חיוב לצאת ידי שמים.[37] המהרי"ט אלגאזי (בכורות ח:ע) כותב שאע"פ שאין חיוב במזיק מתנות כהונה, יש חיוב במזיק במקום מכירי כהונה, שמבואר בגמ' ב"ב (שם) שהוא אפ' נחשב למוחזק גמור, שהוא יורש פי שנים.[38] וע' גמ' מכות (כד.)

---

[34] וכן העיר הגר"צ סובולופסקי בראשית כח (עמ' מו) שתוס' הוי לשיטתם שסוברים שמכירי כהונה מהני מדין מתנה מועטת, שזה הוי דין בקנינים.

[35] באמת, שיטת הריטב"א בגדר מכירי כהונה צ"ע רב. הוא התייחס לזה בכמה מקומות בחידושיו אבל נראה שיש כמה סתירות בדבריו. ע' חידושיו לב"ב (קכג:), מכות (ב.), גיטין (ל.), קידושין (כט.) וחולין (קלג.). ואכמ"ל.

[36] זה שאלה יסודית בהבנת מצות פדיון הבן, שיש לחקור אם הפדיון הבן נחשב למצוה או כפרעון החוב. ונ"מ לענין טעם מצוה זו, היחס בין הפרשה ונתינה, עשיית שליח, נתינה בע"כ ועוד, ואכמ"ל.

[37] ע' למעלה שהבאנו מח' ראשונים זו.

[38] עיי"ש מה שכתב לפי דעת תוס', וע' בינה בספרים (שם, עמ' רי) בשם השו"ת עטרת משה (רלה:א) ושו"ת אחיעזר (ג:ס' מב).

ורש״י (שם ד״ה בבצע) שזה ״דמי כאילו עושקו לכהן שהיה רגיל לתת זה ליתן לו מתנותיו.״ ולכאורה מבואר שלפי רש״י זה לא גזל ממש אע״פ שיש דין של מכירי כהונה שם.[39] ואולי ע״פ הנ״ל היה נראה לומר שיש לחלק בין המתנות כהונה. במתנות בהמה יתכן שיש חיוב גמור שדווקא שם יש קנין גמור, אבל בתרומה יתכן שאין חיוב גמור וזה רק ״דמי כאילו עושקו״ שקודם שיש נתינה זה לא הוי של הבעלים ממש.

[39] וע׳ מה שכתבנו בדעת רש״י בזה ע״פ דברי רש״י אלו.

הרב אליהו בליזון
חבר הכולל העליון ע"ש ווקסנר

בענין מתנות שלא הורמו

הגמ' בב"ב (קכג:) אומרת: "תנו רבנן: הבכור נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה, ובמוקדשין, ובשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן. כיצד? הניח להן אביהן פרה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים, או שהיתה רועה באפר, וילדה – בכור נוטל פי שנים, אבל בנו בתים ונטעו כרמים - אין בכור נוטל פי שנים. האי הזרוע והלחיים והקיבה היכי דמי? אי דאתי לידי אבוהון, פשיטא! ואי דלא אתי לידי אבוהון, ראוי הוא, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק! הכא במכירי כהונה עסקינן, ודאשתחיט בחיי דאבוהון, וקסבר: מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו."

הרשב"ם (שם ד"ה ודאשתחיט בחיי אבוהון) מסביר "כיון דאשתחיט בחיי אבוהון והן מכירין של כהן זה ומרעיו ואוהביו אע"פ שעדיין לא הופרשו הרי הם כאילו באו לידו שאלו אוהביו גמרו ומקנו לו המתנות כשהן עדיין בתוך הבהמה ודמי כמי שהוחזק בהן בחייו."

התוס' (שם ד"ה וקסבר) שואלים סתירה בין הסוגיא כאן לסוגיא דקידושין (נח:) שכאן סוגיין אליבא דרבי ובקידושין רבי סבר לאו כמי שהורמו והוי סתירת הסוגיות. ובתירוץ הראשון סברי התוס' שתנא דידן סובר כרבי רק בפרט אחד. ובתירוץ השני תוס' מחלק וכותב שדוקא במתנות דתרומות ומעשר אית ליה לרבי דלאו כמי שהורמו דמי אבל מתנות דהכא דזרוע ולחיים שהן ניכרות אית ליה כמי שהורמו. הרמב"ם בהל' נחלות (ג:ג) פוסק שבכור נוטל פי שניים בזרוע לחיים וקיבה, והפלא הא' שהרמב"ם סובר בהל' אישות (ה:ו) שגם בתרומות ומעשר כמי שהורמו דמי, ולכן מקשה המנחת חינוך (תס, ט) למה הרמב"ם רק מביא דין הסוגיא כלפי זרוע ולחיים. הרי אליבא דהרמב"ם כיון שפסקינן כמי שהורמו גם בתרומות ומעשר צריך לפסוק שבכור נוטל גם בהני? הרע"א קידושין (נח:) מקשה על תוס' דידן שאם נעיין בסוגית קידושין (נח:) מבואר שרבי סברי מתנות שלא הורמו כמי שהורמו? וצ"ע.

ועיין ברבינו יונה שמקשה מה שייך ענין זרוע לחיים וקיבה לכלל של מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו כיון שנכרים במקומם וכמפורשים ועומדים דמי ודוקא בתרומות ומעשר שייך יסוד זה דכל זמן שלא קרא שם אין חלק הכהן ניכר ואין שם תרומה עליו אלא טבל. וביאר הרבינו יונה שהחידוש של מתנות שלא הורמו הוא שיש שם מתנה עליהם ולכן אי אתא לידא דכהן בטבלייהו זכה בהם ואין מוציאין מידו. והרבינו יונה ממשיך ומסביר שבאמת היה שייך להסביר שהסוגיא הוי אפילו בהורם כבר ומדובר במכירי כהונה. אלא דלא רצה לדחוק כולי האי. (ועיין רש"ש שהקשה כן.) ואז חידש הרבינו יונה שאולי סוגיין הוי בדוקא איירי בזרוע ולחיים שניכרים וידועים ושייך למימר דכמי שהורמו דמיין אבל בתרומות ומעשרות לכולי עלמא לא שייך למימר בהו כמי שהורמו דמיין לעניין זה שיהיה נחשב במכירי כהונה כמו שבאו לידי כהן דודאי אין לומר דהוה כמי שבאו כל התבואה לידו שהרי אין כל התבואה סופו לבא ליד כהן ורק איכא למימר דתרומות ומעשרות הוי כמי שהורמו במקום שבאו ממש לידו בטבלייהו דאמרינן שזכה בחלק התרומה ומעשר שבתבואה שכמי שהורמו דמיין לענין זה, הואיל שכל התבואה בידו. וזה כדאיתא בקידושין (נח:) דירש כל הטבל מאבי אמו כהן. וזה תמוה שאם פסקינן שני הדינים של מכירי כהונה וגם מתנות כמי שהורמו למה אי אפשר לצרף אותם לחדש גם בתרומות ומעשרות כמי שהורמו.

ראה פסחים (לח.) וכן סוכה (לה.) תוס' (ד"ה אתיא לחם לחם) מקשים שבמצה של טבל לא תצא י"ח כיון דלא הוי שלכם? ותירצו דאיירי שגם אחר שישנו חלק הכהן ישאר שיעור שיצא בה. ורק באתרוג דבעי כולו לכם אינו יוצא באתרוג של טבל מטעם לכם. ותוס' בסוכה מוסיפין שאתרוג של טבל הוי כמו אתרוג השותפין שיש לכהן וללוי חלק בו. ודמי לאחין שקנו אתרוג בתפוסת הבית. והר"ן (שם בסוכה) מביא רמב"ן שחולק שטבל הוי לכם כיון שיכול לסלק הכהן והלוי באתרוג דעלמא שיפריש על זה. ומבואר דסברי התוס' שקודם הפרשה יש לכהן וללוי חלק בטבל והרמב"ן רק חולק שאפשר באתרוג אחר. אבל מודה שיש תערובת ממון כהן. ובפשוטו ההסבר הוא שכל מה שעתיד ליתן לכהן כבר חשיב של כהן על פי מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו ואינו של בעלים. וכן

הבין הקובץ שיעורים ב"ב קכג[1] פשט בתוס'. ולפי תוס' כבר משעת טבל יש חלק כהונה בו רק בלי בירור אבל השם תרומה כבר איתא שם. ולכן הסוגיא בקידושין בירש מאבי אמו כהן הפשט הוא שהסבא הכהן כבר זכה בתרומה ולכן זיכה בכל הממון. וכן הגמ' במכות (כ.) בפירות שנגמרו מלאכתן שעברו בירושלים אי איכא פדיון למעשר שני שיפריש אחר כך מטבל זה או דכבר קלטוהו מחיצות וליכא פדיון שתלה הגמ' הדין במתנות שלא הורמו ולשיטת תוס' הנ"ל הפשט הוא שקלטוהו מחיצות לא חייל על הטבל אלא על חלק המעשר שני שכבר איתא שם כיון שהיא כמי שהורמו. וכן היא שיטת רש"י במכות (כ.) ד"ה וקסבר "ודמי כמאן דעייל מעשר שני בעיניה דהוה ליה ראה פני החומה" וכן מצאתי כביאור דידן בשיטת הריטב"א קידושין (נח:) שמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין וחשיב כאלו הפרישן הכהן בחייו ונטלן לעצמו כדינו.

מבואר מהני ראשונים שהחידוש של מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין הוא שרואים שהפירות תרומה כבר נמצאים ושייך זכייה ודינים אחרים כאלו גוף הפירות כאן. ולכן תוס' סברי בסוגיין לשיטתם שאפילו בתרומה ומעשר בתוך הטבל רואים כאלו כבר הופרש ולכן על ידי מכירי כהונה שייך לזכותו להיות מוחזק ביד הכהן לעניין ירושת הבכור. ולפי תוס' הגמ' בקידושין (נח:) דביאר מח' רבי ור' יוסי אם גזל טבלו של חבירו אי חייב לשלם דמי כל טבלו או רק דמי חולין שבו וממשיך הגמ' דאיירי במקרה דירש מאבי אמו כהן ונחלקו אי מתנות שלא הורמו כמי שהורמו או לאו כמי שהורמו. ואי כמי שהורמו אז כבר ירש התרומה מאבי אמו והוא הבעלים גם על חלק התרומה שבו. ולפי תוס' ההבנה פשוטה כאן כדביאר הריטב"א שהוי כאלו כבר הופרשו הפירות בחיי אבי אמו הכהן וזכה בהם ועכשיו הישראל יורש הממנות הזו דכבר זכה בו הסבא. מכיון שכבר רואים הפירות תרומה בתוך הכרי הירושה פשוטה. והאבי אמו כהן פטור מכיון שהוא עושה זכייה בעצמו בפירות התרומה ולכן פטור לתת לכהן אחר. ושפיר נתקיים בעצמו דין נתינה בפירות תרומה אלו. והפשט הוא שבכהן עצמו נתקיים דין נתינה בתרומה כאן.

---

[1] ואף אם נבאר תוס' למ"ד לאו כמי שהורמו הוי ממון השבט והוי אתרוג השבט כללי, ורק שלמ"ד כמי שהורמו דמיין אפשר לזכות לכהן פרטי.

אבל הרמב״ם לומד אחרת בהלכות מעשר (טו:ד) דאף שהרמב״ם פסק שמעשר ראשון אינו ניתן אלא ללויים ולא לכהנים אף על פי כן פסק דאין מוציאין המעשר מיד הכהנים שנאמר ״כי תקחו מאת בני ישראל.״ ועיין רש״י קידושין (נח:) ד״ה דכולי עלמא דחולק דלמ״ד לא ניתן מעשר ראשון לכהנים אלא ללויים אף הכהן חייב לתת ללוי מפירות שלו מעשר ראשון. אבל הרמב״ם חולק (עיין מנח״ח שצה) ושיטת הריטב״א (בקידושין) גם כן כרש״י שם נגד הרמב״ם שמוציאין מעשר ראשון מכהן ללוי מן התורה. וצ״ע בדברי הרמב״ם (בהל׳ מעשר טו:ד) שכותב ״אין מוציאין המעשר מיד הכהנים שנאמר כי תקחו מאת בני ישראל וכן כל מתנות כהונה אין מוציאין מכהן לכהן,״ דהיינו שהרמב״ם מדמה פטור תרומה לכל כהן לפטור מעשר ראשון ללוי. אבל זה תמוה דאי אפשר להסביר דנתקיים נתינה לעצמו במעשר ראשון מכיון דפסק שמעשר ראשון ניתן ללוים ולא לכהנים מן התורה. אלא הפשט ברמב״ם שלומד מהפסוק שמביא שנאמר ״כי תקחו מאת בני ישראל״ שחיוב תרומה ומעשר ראשון נוצר רק בכרי של ישראל ולכן יש פטור בכרי של הכהן. ואפשר דהתוס׳ והריטב״א ורש״י הוי כולם לשיטתם שבתוך הכרי כבר נמצא פירות תרומה ומעשר ששייך כבר לשבט ולכן אפשר לקיים דין נתינה לכהנים. והכל מבוסס על זה שרש״י וריטב״א ותוס׳ סברי שמתנות שלא הורמו הפשט הוא שרואים כאלו התרומה והמעשר כבר קיים ולכן אפשר לומר רק בתרומה שהכהן בעצמו קיים דין נתינה על תרומה אלו. מה שאין כן שיטת הרמב״ם היא שלא נוצר כאן חיוב כי אין תרומה ומעשר בתוך הכרי כלל ולכן הפטור של כהן לתת תרומה מוכרח להיות אחרת דהוי פטור מעיקרא על הכרי והטבל ואין כאן תרומה כלל. והכל מבוסס על זה שהרמב״ם חולק ביסוד מתנות שלא הורמו. ועיין אפיקי ים חלק ב׳ סימן יב׳ בנפקא מינא אם הפשט דפטור מעיקרא או דנתקיים דין נתינה בעצמו. הגמ׳ אומרת בקידושין (נח:) שחטה אחת פוטרת את הכרי והתוס׳ רי״ד וכן הנו״ב (תניינא י״ד ר״א) והמהר״ם חלאווה (פסחים לב:) סוברים שחטה אחת רק מהני לענין להפקיע האיסור טבל אבל לקיים דין נתינה צריך לפחות שיעור נתינה וזה מובן על פי שיטת הרמב״ן בספר המצוות דיש שתי מצוות בתרומה ומעשר, הפרשה ונתינה ויש שכתבו דלפי זה מחוייב לכתחילה להפריש כשיעור נתינה דאם לא יפריש רק חטה אחת שוב לא יוכל לקיים אחר כך מצוות נתינה בחולין שישלים. אם כן אם נאמר דאין

בכהנים מצוות נתינה כלל וכמו שיטת הרמב״ם דנתמעט מפסוק שפטור לכן אפשר להפריש לכתחילה חטה אחת. אבל אם נאמר דגם בכהנים איכא מצות נתינה רק דנותן לעצמו וכשיטת התוס׳ ורש״י והריטב״א ואם אינו חפץ לתת לעצמו צריך לתת לכהן אחר. אם כן מסתבר דגם הכהן צריך להפריש לכתחילה כדי נתינה אם לו ואם לאחר. משל למה הדבר דומה: הגמ׳ בבכורות (מז:) אומר כהן שמת והניח בן חלל רב חסדא אמר הבן חייב לפדות את עצמו ורבה בר רב הונא אמר אין הבן חייב לפדות את עצמו כי פליגי היכא דמת האב בתוך ל׳ יום רב חסדא אמר הבן חייב לפדות את עצמו כיון דלא זכה אביו לפדיונו רבה בר רב הונא חולק ואינו חייב לפדות את עצמו דאמר ליה אתינא מכח גברא דלא מצית לאשתעויי דינא בהדיה. וצריך לפרש בשיטת רבה בר רב הונא בפדיון הבן דהאב מחוייב אבל אם האב כהן יש לו פטור והיכא דהבן חלל החיוב של הבן נובע מחיוב אביו וכיון דלא היה חיוב על אביו גם הוא פטור. ולכן שיטת הרמב״ם בסוגיא דקידושין בירש מאבי אמו כהן שלמ״ד מתנות שלא הורמו כמי שהורמו אז הישראל זוכה בממון התרומה – זה לא הפשט שבתוך הכרי יש כאן תרומה שכבר זכה בהם אבי אמו ולכן יורש. אלא מסביר האבי עזרי (בהלכות מעשר א:ה) שיש כאן זכות ממון בכרי והוא יורש זכות זה להפריש ויהיה שלו. הוא ממשיך ומוכיח כך מסוגיא דבכורות (יא.) שהגמ׳ אומרת בישראל שירש מבית אבי אמו כהן פטרי חמור שמפריש עליו שה והוי שלו ובשלמא בתרומות ומעשר שייך לומר שכבר פתיכי בה בתבואה חלק התרומה והמעשר אבל בפטרי חמור הפדיון של שה מעלמא קאתי ויכול היה שלא לפדותו ורק לעורפו ואיך נקרא שכבר זכה הסבא הכהן בשה זה. ומה שייך לומר מתנות שלא הורמו בזה? אבל לפי פירושו מובן שהפשט במתנות שלא הורמו הוא שזה זכות בכרי שאם יפריש יהיה שלו אבל לא שכבר זכה בגוף הדברים. וכמו שהיה אותו זכות בכרי לסבא הכהן גם ליורש יש אותו זכות.

וכדי לסלק הקושיא של האבי עזרי מהגמ׳ בכורות (יא.) על שיטת תוס׳ והריטב״א בקידושין ורש״י שבמתנות שלא הורמו הפירות כבר כאן: אם נעיין בסוגיא דבכורות הגמ׳ לא אומרת מתנות שלא הורמו בצד של פטרי חמור רק עשה הגמ׳ צריכותא אבל הגמ׳ רק אמרה הכלל הזה לגבי תרומה ולכן לא קשה כלל מהסוגיא הזאת משה שמעלמא קאתי.

והרב ש"ך מייצג הדין הזה ברמב"ם כזכות ממון. וכבר מצאנו באחיעזר חלק ג',סג שחידש שהריטב"א במכות סובר שרק אמרינן מתנות שלא הורמו לחומרא אבל לא לקולא. והקשה השיבת ציון סימן ט"ז הלא יש כמה סוגיות שאומרים כלל זה גם לקולא? הרי כל הסוגיא בקידושין שהיורש זוכה בממון התרומה זה קולא? וביאר האחיעזר כוונת הריטב"א שהכלל הזה של מתנות שלא הורמו הוי רק דין וזכות ממון ולא שייך כלל לעניני איסור והיתר. והאמת היא שכך היא משמעות הגמ' בחולין (קל:) "משפט" מלמד שהמתנות דין והגמ' ביאר שאי אתו לידייהו בטבלייהו מוציאין בדיינים למ"ד מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו. הרי משמעות הגמ' היא שזה דין ממון וכן מצטט הרשב"ם לשון זה בסוגיין ב"ב (קכג:) ד"ה ודאשתחיט בחיי אבוהון. אבל לענ"ד הגמ' מכות (כ.) כמעט מפורש שדין זה שייך גם לאיסור והיתר לעניין מעשר שני שלא ראה פני החומה דלמ"ד כמי שהורמו לוקה על אכילתו חוץ לירושלים וגם אי אפשר לפדות כיון שקלטוהו מחיצות. לכן צריך להסביר שחל דין בתוך טבל זה גם לעניין איסור והיתר שקלטוה, מחיצות ושהיורש הישראל יורש זכות שלא צריך לתת לכהן אחר. אבל עיקר הנקודה שהדינים האלו חלים על הטבל ולא על הפירות תרומה שיש בתוכו ודלא כשיטת רש"י במכות (כ.).

בדרך הזה מיישב האבי עזרי וכן הארץ הצבי תמיה עצומה בשיטת הרמב"ם. הגמ' בקידושין (נד:) אומרת שלשיטת ר"מ שמעשר שני הוי ממון גובה ואינו ניתן במתנה בדיהיב ניהליה בטיבלה שפיר נקנה במתנה למ"ד לאו כמי שהורמו והרמב"ם פוסק בהל' אישות (ה:ו) כמ"ד כמי שהורמו דמיין ואף על פי כן פסק (הל' מעשר שני ג:יז) דטבל נקנה כולו במתנה ואף שיעור המעשר שני שבו ולכאורה דבריו סותרים דברי הגמ'. והכסף משנה (שם) מביא מהמהר"י קורקוס שכתב שהגמ' לא התכוון לומר שדין זה תלוי במח' התנאים במתנות שלא הורמו אלא שבמעשר שני ממון גבוה כל התנאים מודו דהוי לאו כמי שהורמו דע"כ לא קאמר ר"מ דמעשר שני ממון גבוה אלא דוקא כשהורם ונקרא שם מעשר ויש פרי של מעשר כאן. וזה מבוסס על שיטת הרמב"ם שהדין מתנות שלא הורמו זה לא שרואים הפרי וכשיטת תוס' והריטב"א אלא שחל פטור על טבל אבל הדין של מעשר שני ממון גבוה רק חל אחר דהוברר ויש כאן פרי של מעשר שני. וכן איתא במנחת חינוך מצוה תמ"ב דהא דאפשר לפדות מעשר שני אינו אלא לאחר שכבר קרא שם המעשר

שני והפרישו אבל אם הפירות עדיין בטבלן אף לפי מאי דקיימא לן דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין מכל מקום אין יכולין לפדות המעשר שני. וזה מובן על פי הנ"ל שלפי הרמב"ם אין כאן פירות מעשר שני בתוך הכרי למ"ד מתנות שלא הורמו כמי שהורמו ופדיון שייך דוקא על מעשר שני ממש. וכן כותב האבי עזרי שהרמב"ם פוסק בהל' מעשר שני (ב:י): "פירות שנגמרה מלאכתן ועברו בתוך ירושלים ויצאו אינו יכול להוציא עליהן מעשר שני מפירות אחרות שלא נכנסו לירושלים אלא יחזור מעשר שני שלהן ויאכל בירושלים ואינו נפדה בחוץ אפילו עשה כל הפירות האלו מעשר שני אחר שיצאו על פירות אחרות שלא נכנסו יחזרו ויאכלו בירושלים חומר הוא במחיצות ירושלים הואיל וקלטו קלטו." ולכאורה פסק זה מוזר מה שייך דין לאכול כל הפירות בירושלים הלא רק שייך במעשר ממנו? אבל לפי הבנת הרמב"ם שהדין מתנות שלא הורמו לא חל דוקא על אחד מעשרה שבו אלא אין פירות מעשר כאן אלא יש דין קליטת מחיצות על הטבל לכן כל מעשר שני אפילו כל הכרי שיצא מטבל זה לא יהיה בו דין פדיון. כיון שקלטו מחיצות על הטבל. ולא רק על אחד מעשרה שבו אלא אפילו בעשאו כולו מעשר שני על פירות אחר. ולכן דייק רב שך שהרמב"ם כותב שזה חומר במחיצות ולא כתב שזה חומר במתנות אף שלא הורמו ושזה חידוש שיש כאן פרי כבר. דהרמב"ם לשיטתו זה לא חומר בפרי אלא דין חדש של קליטת מחיצות שכבר חל ולכן הוי חומר במחיצות. והארץ הצבי הוסיף דהרמב"ם ותוס' לשיטתם אזלי בסוגיא דנדרים (יג:) כחלת אהרן ותרומתו מותר ולא הוי דבר הנדור להתפיס לדבר אחר. והקשו הראשונים הלא תרומה כן הוי על ידי קריאת שם הבעלים אז למה לא הוי דבר הנדור ומאי שנא מקרבן? ותירץ תוס' (יב.) ד"ה כחלת אהרן וכתרומתו מותר דאין איסור של תרומה בא ע"י ההפרשה שהרי קודם לכן נמי אסור משום טבל (ועיין אתוון דאורייתא). אבל בפשטות מה שייך טבל לתרומה ועל פי הנ"ל תוס' לשיטתם אזלי דכבר בטבל הוי מתנות תרומה נמצאים שם ולכן לא הוי ממש דבר הנדור כיון שכבר איתא לתרומה שם. והרמב"ם (הל' נדרים א:י-יא) לשיטתו היה מוכרח לתרץ אחרת למה לא הוי דבר הנדור, דהיינו שצריך דבר שזה דרך להביא בנדר ונדבה ועיין שם שכבר השיג עליו הראב"ד.

נמצינו למדים מכאן שיש שתי מהלכים בראשונים בסוגיא דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו: תוס' והריטב"א ורש"י מצד אחד

נגד שיטת הרמב״ם. ולע״ד הרמב״ם לא לבד בשיטתו. בסוגיא דחולין (קל:) הגמ׳ דנה בסוגיא דמזיק מתנות כהונה האם הוא פטור. והגמ׳ שואלת מברייתא איך אפשר לומר דהמזיק מתנות כהונה פטור ״תא שמע מניין לבעל הבית שאכל פירותיו טבלין וכן לוי שאכל מעשרותיו טבלין מנין שפטור מן התשלומין ת״ל ולא יחללו את קדשי בני ישראל אשר ירימו אין לך בהן אלא משעת הרמה ואילך הא משעת הרמה ואילך מיהא משלם אמאי ליהוי כמזיק מתנות כהונה או שאכלן? והגמ׳ מתרצת ״הכא נמי דאתו לידיה בטבלייהו וקסבר האי תנא מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין.״ והגמ׳ מתרצת שיש איזה זכייה כאן לכהן ולכן חייב נזק לכהן משעת הרמה ואילך. והקושיא הוא מה זה שעת הרמה? תוס׳ (קלא.) ד״ה דאתו מסבירים ״ומשעת הרמה ואילך היינו מכי אתא לידיה אפילו בטבלייהו.״ הם נדחקו ופירשו הגמ׳ שמשעת הרמה לא מדובר בתרומה ממש אלא בדאתא ליד כהן משעת טבל אף דזה קצת לאו דוקא בלשון של הרמה בברייתא. ולפי עניות דעתי התוס׳ כאן הוכרחו לפרש כן לפי שיטתם במתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין דנחשב כאלו הפירות כבר קיים (כמו שיטת רש״י והריטב״א לעיל) ולכן מספיק אפילו שם תרומה שהכהן יזכה להיות בעלים עליו לזכות בדמי הנזק אף קדם ההפרשה ממש. ולכן לשיטתם ביארו אף משעת טבל. אבל הרא״ש הובא בשיטה מקובצת חולק בביאור הגמ׳: ״הלכך אם אכלן אחר הרמה חייב שכבר זכה בהן הכהן ואם קדם הרמה פטור דגזירת הכתוב דאין לו כהן אלא משעת הרמה ואילך עד שהוברר חלק של כהן ומיהו אחר הרמה אהניא הא דאתא לידיה שזכה בהן הכהן וממונו הוא.״ והמנחת ברוך סימן צ״ח כתב דפשטות שיטת הרא״ש היא שאחר שיעשה מעשה הפרשה יקנה למפרע משעת הזכייה (כי אם לא כן יהיה חסרון של כלתה קניינו וכן מצאתי במשנת ר׳ אהרן סימן טו) ושיטת הרא״ש היא דלא כתוס׳ וצריך להבין דברי הברייתא כפשוטם דאיירי בהפרשה ממש. ועוד שייך מ״ד מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין דקנה בא הכהן רק אחר שיברר היכן התרומה והמעשר. ולע״ד שיטת הרא״ש לשיטתו בסוגיא ב״ב קכג שביאר כמו שיטת רבינו יונה דהסוגיא של בכור של מכירי כהונה ומתנות שלא הורמו רק שייך בזרוע לחיים דהוי מבוררין אבל תרומה ומעשר דאינם מבוררים כלל לא שייך שהכהן יזכה בו כיון שהתרומה אינו מבורר. ודלא כתוס׳ והריטב״א ורש״י שעל ידי מתנות שלא הורמו הפירות כאלו הם בעין. ולכן כאן שרק

מזכים חלק תרומה ולא כל הכרי צריך מעשה הפרשה לברר היכן התרומה ולכן הזכייה של מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין רק שייכת אחר מעשה הפרשה. ובסוגיא דב״ב שהיה קודם הרמה הוי ממון בעלים גמורים לשיטת הרא״ש וע״כ לא שייך זכיית מכירי כהונה דהוי נתינה קלישתא או מטעם 1) מתנה מועטת או 2) מטעם יאוש, עיין בנתיבות סימן רעח שביאר הסיבה שמהני כיון שהוי ממון השבט ויש לבעלים רק טובת הנאה לכן לא שייך בדבר שאינו מבורר כלל. ושיטת הרא״ש הוי נגד תוס׳ בכל הסוגיא דמתנות שלא הורמו וכעין שיטת הרמב״ם דביארנו לעיל ולכן קדם בירור לא שייך פירות תרומה בתוך הכרי אלא הוי חלות דין או זכות דחל על הטבל וכעין שביארנו לעיל בשיטת הרמב״ם. רק בסוגיא כמו חולין וב״ב דאין חלות דין על כל הטבל רק שעל חלק התרומה יש זכייה יש צורך לבירור ולא סגי בחלות על הטבל כמו בקידושין.

לעיל הבאנו הרע״א בקידושין דהקשה על תוס׳ בסוגיין שהקשה סתירה בין סוגיין שרבי סובר מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין והסוגיא בקידושין שרבי סובר לאו כמי שהורמו דמיין, ורע״א מקשה אם נעיין בסוגיא בקידושין רבי סובר הפוך שמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין שרבי סובר שמשלם לו דמי טבלו ולכן בירש מאבי אמו כהן כבר זכה בממון הזה ומשלם אף לדמי הטבל שבו ואין סתירה כלל בשיטת רבי. והטעם המלך (אישות ה:ו) תירץ שלכאורה תוס׳ ב״ב גירסו כעין התוס׳ רי״ד דלא גורסים בקידושין שירש מאבי אמו כהן אלא מדובר בגנב טבלים מישראל אם כמי שהורמו אז הגנב לא חייב לשלם הדמי טבל כי כבר אבד הבעלים הזכותים על פירות אלו ואי לאו כמי שהורמו הוי בעלים על הכל גם על דמי התרומה. והפשט בגירסא זו הוא שעל ידי מתנות שלא הורמו רואים הפירות בעין וכבר זכה בה שבט כהונה ולכן אבד הבעלים בעלות עליהם. ותירץ זה הוי תוס׳ לשיטתם בהבנת הסוגיא של מתנות שלא הורמו שהפירות הוי כאלו הם קיימים. והאמת היא דהסוגיא בנדרים פה מעמיד המח׳ כך והרא״ש שם בנדרים פה כותב שכל הסוגיא תמוה ואין לו פירוש וצריך להסביר כעין שאיתא בקידושין בירש מאבי אמו כהן. כי שיטת הרא״ש הוי כשיטת חכמים שאין גוף הפירות קיימים ולכן צריך מעשה הפרשה כדי לזכות בסוגיא דחולין ולכן הסוגיא דב״ב איירי רק במוחזק ע״י מכירי כהונה בדבר מבורר שאבד הבעלים בעלות עליו אבל פירוש

שלא הופרשו אף למ״ד כמי שהורמו זה לא הפשט שכבר זכה בהן הכהנים וכעין תוס׳ בחולין ולכן אין לו פשט בסוגיא בנדרים כלל. ותוס׳ ב״ב הוי לשיטתם בחולין וכן על ידי גרסת התוס׳ רי״ד מובן כפי שיטתם בסוגיא. והרא״ש הולך בעקבות הרמב״ם בסוגיא ולכן אין הבנה בגירסא זו.

ומה שנשאר קשה הוא שאיך שיטת הרא״ש בחולין שהוי לשיטתו בב״ב שסוגיין איירי רק בזרוע ולחיים דבר שכבר הופרש מועיל להסביר שיטת הרמב״ם שפסק בסוגיין דוקא בזרוע ולחיים מהיכא תיתי ששיטת הרמב״ם בחולין חולק בפירוש הגמ׳ על תוס׳ וסובר כמו הרא״ש? המנחת ברוך וכן האבי עזרי (מעשר א:ה) מסבירים שהרמב״ם כותב ״האוכל פירותיו טבלים וכן לוי שאכל המעשר בטבלו אף על פי שהם חייבין מיתה לשמים אין משלמין המתנות לבעליהן שנאמר אשר ירימו לה׳ אין לך כהן כלום עד שירימו אותן.״ ותמוה כי דין הזה הוא דין מזיק מתנות כהונה או שאכלן דפטור מלשלם והרמב״ם כתב בפרק ט׳ מהלכות ביכורים הלכה יד׳ ״עבר ואכלן או הזיקן או מכרן אין חייבין לשלם מפני שהוא ממון שאין לו תובעים.״ והקשו כל האחרונים למה כתב כאן טעם אחר מהקרא משום שאין להם אלא משעת הרמה הרי גם לפי הסברא של ממון שאין לו תובעים פטור? ותירצו באחרונים שהרמב״ם מביא הפסוק הנ״ל בגמ׳ חולין (קל:) להסביר הדין כמו הרא״ש בשיטה מקובצת שם שהכהן זוכה בו רק משעת בירור הפירות ולא לפני כן והפסוק הזאת מגלה לנו איך זוכים התרומה לכהן. אין הכי נמי היה פטור מחמת הסברא ממה נפשך. ולפי ענייות דעתי מסתבר כן ששיטת הרמב״ם היא כמו הרא״ש דלא רואים הפירות תרומה בעין כדי לזכות וכמו שהוכחנו לעיל בסוגיא דכהן אינו חייב לתת תרומה ולא שהוא זוכה בעצמו וכן מדוייק ברמב״ם בקליטת מחיצות וכן ברמב״ם של מעשר שני ממון גבוה, וכן שהוא חולק על תוס׳ בענין דבר הנדור בתרומה, ולכן ע״כ הוא חולק על תוס׳ בחולין (קלא) שהמתנות שלא הורמו שמזכה לכהן דמי התרומה לענין כזה ע״כ איירי בדהופרשו וכעין שיטת הרא״ש. והרמב״ם למד שהסוגיות האחרות שהוי דין בכל הכרי הוי חלות על הטבל ודלא כתוס׳.

ועיין משנת ר׳ אהרן סימן ט״ו שמסביר עוד מח׳ רמב״ם וראב״ד שלפי הגדרתנו בשיטת הרמב״ם מובן היטב. הרמב״ם פרק ו׳ הלכות מעשר הלכה ט״ו: כהן או לוי שלקחו פירות מישראל אחר שנגמרה

מלאכתן מוציאין את התרומה והמעשרות מידיהן ונותנים אותם לכהנים ולויים אחרים קנס הוא להם כדי שלא יקפצו לגרנות ולגתות ויקנו טבלים כדי להפקיע מתנות אחיהן הכהנים.״ ובהשגות הראב״ד: ״אני אומר שאינו קנס אבל מפני שאמר להם מנתא דכהן לא זבני לך.״ ור׳ אהרן ביאר השגת הראב״ד אף דביאור של הרמב״ם הוי בירושלמי, שביאור של מנתא דכהן לא זבני לך רק שייך אם סוברים מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין שיש כאן חלק ישראל ומנתא דכהן. ולכן בא הטענה אני מכרתי רק החלק של הישראל ולא חלק הכהן. אבל אי סברי לאו כמי שהורמו דמיין לכן יש רק חלק ישראל כאן ולא חלק הכהן כלל. ולכן הירושלמי הנ״ל הוי בשיטת רבי יוחנן (עי׳ משנת ר׳ אהרן דאינו כן) שסובר שלאו כמי שהורמו דמיין. ולכן הוי מטעם קנס אבל לפי שיטת הרמב״ם הכא דמעשר כמי שהורמו דמיין על זה טוען הראב״ד שהטעם לא מפני קנס. וביאר רב אהרן שהרמב״ם סובר כמו הרא״ש בחולין כמו שהכריח האבי עזרי והמנחת ברוך לעיל ולכן רק הוי כמי שהורמו אחר ההפרשה וכל היכא דלא באו לידי הפרשה לא הוי כמי שהורמו ולכן יתיישב הרמב״ם מתמיהת הראב״ד. בכהן או לוי שלקחו פירות מישראל אחר גמר מלאכתן שמוציאין מידיהם משום קנס ולא ביאר משום מנתא דכהן לא זבנא לך. והרי קיימא לן מתנות שלא הורמו כמי שהורמו הרי כאן הוי לקוח אחר מירוח וזה פטור מצד לקוח ולכן התרומה מן התורה אף פעם יבא לידי הפרשה ולכן לא שייך שזה יעכב המכירה. והרי הרמב״ם לשיטתו כשיטת הרא״ש בחולין.

ולכן חשבתי מכיון ששיטת הרמב״ם בסוגיא דירש מאבי אמו כהן הוי דלא כתוס׳ דהוי פירות כאן שכבר זכה בו אבי אמו אלא פטור בכרי לכן הרמב״ם כל הזמן מביא החידוש של מתנות שלא הורמו דירש מאבי אמו כהן שירש מאבי אמו ישראל וכבר תמהו האחרונים מה החידוש בזה? מהיכן הגיעו מתחילה? ולפי שיטת התוס׳, רש״י, והריטב״א שהפירות בעין שכבר זכה הסבא כהן בהם האמת היא שלכאורה אין חידוש מהיכן הגיעו הפירות האלו הלא זכה הסבא כהן בפירות תרומה ומה משנה אם הגיעו מאבי אמו ישראל לפני כן, אבל לענ״ד לשיטת הרמב״ם שהוי פטור בתוך הטבל אז הוי חידוש יותר דפטור זה לא הוי אך ורק בפירות שהיה כל הזמן ברשות כהן דלפי שיטת הרמב״ם הוי פטור נתינה ולא נתחייבו כלל מהפסוק של כי תקחו מאת בני ישראל, אלא גם במי שהיה אצלו חיוב – דהיינו אבי אמו ישראל – כיון דנוצר פטור הוי פטור והוי חידוש יותר גדול

ואף אחרי שנתחייב אפשר להיפטר ויחול בו פטור עוד כי הייתי דיכול לומר הפשט מיורש מאבי אמו כהן רק אם בא ממנו לחוד כיון דאתינא מכח גברא דלא מצי לאשתעויי דינא בהדיה אבל אם כבר היה חיוב לא שייך הפטור. אבל לתוס׳ והריטב״א ורש״י לא שייך כל החידוש הזה כי אף הכהן בעצמו זוכה בפירות ולא הוי פטור. ולכן וודאי הנכד הישראל יירש מהסבא.

וחשבתי עוד לומר שהריטב״א במכות (שדייק האחיעזר ממנו שהבאנו לעיל), שהקשה אם מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין אז לא יהיה איסור טבל כיון שהוי כאלו הופרש? לכאורה קושיא זו רק שייך לשיטתו שסובר כרש״י ותוס׳ ויש כאן כבר פרי של תרומה שתפקיע האיסור טבל אבל לפי הבנת הרמב״ם והרא״ש לא שייך הפקעת איסור טבל כי אין כאן תרומה.

ומיושב הקושיא מהסוגיא ב״ב (קכג:) על הרמב״ם שהמנחת חינוך שאל למה הרמב״ם מביא הדין של מוחזק על ידי מכירי כהונה ומתנות שלא הורמו רק בזרוע ולחיים הלא הוא פוסק מתנות שלא הורמו גם בתרומה? והתירוץ היא שהוכחנו שהרמב״ם סובר כהרא״ש ולא שייך זכייה לכהנים בחלק התרומה רק על ידי הפרשה ובירור התרומה וכמו שהוא לומד בחולין וגם כאן רק זרוע ולחיים יהני הזכייה הקלישתא הזאת רק במה שכבר מבורר ועומד. ובסוגיא דקידושין הוי חלות בכל הטבל ולא זכייה לכהן בחלק התרומה ששייך אך ורק בהופרשו והוברר. ולכן כל הראיות עולות ברורות.

הרב איתן שנאל
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

בענין יסוד דין איסור קודש וירושה במוקדשין*

איתא בגמ' ב"ב (קכג:) דבכור נוטל פ"ש במוקדשין. ומקשינן דמוקדשין לאו דידיה נינהו, ומתרצינן וז"ל, בקדשים קלים, ואליבא דרבי יוסי הגלילי דאמר ממון בעלים הוא דתניא ומעלה מעל בה' לרבות קדשים קלים שהן ממון בעלים, דברי רבי יוסי הגלילי, עכ"ל.

עיין רשב"ם (ד"ה מוקדשין) וז"ל, כגון חטאות ואשמות מחיים קדשי ה' נינהו ויש בהן מעילה כל זמן שלא נשחטו אבל שלמים אין בהן מעילה כדדרשינן קדשי ה' קדשים המיוחדים לשם יצאו קדשים קלים שאין מיוחדים לשם. ומיהו אינם ממונו דמיקדש מיהא קדשי ולא קרינא בהו בכל אשר ימצא לו ואפילו אם נשחטו שיכול לאכלן אינם שלו כדתנן בפ"ב דקדושין המקדש בחלקו בין בקדשי קדשים בין בקדשים קלים אינה מקודשת דמשלחן גבוה קא זכו. ומשני בקדשים קלים ומחיים דהוי ממונו לרבי יוסי הגלילי ומיהו לאחר שחיטה לא כדאמרינן בפרק ראשון דב"ק כי אמר ר' יוסי הגלילי מחיים אבל לאחר שחיטה דכי קא זכו משלחן גבוה קא זכו לא אמר, עכ"ל.

הנה העירו האחרונים בדברי הרשב"ם, דלמרות שהקשה הגמ' דמוקדשין לאו דידיה נינהו, נראה דבא הרשב"ם לפרש הגמ' דלא כפשוטה, דפשטות הגמ' היא דאין בעלות כלל בקדשים ואיך יתכן ירושה לגבייהו. אלא דס"ל דפירוש קוש' הגמ' באופן אחר, דבודאי יתכן ירושה במוקדשין, ורק דקשה איך יתכן ירושת בכור בפי שנים כה"ג. דאפי' את"ל דאיכא ירושה, חסרון בעלות בקדשים עכ"פ מפקיע אותם מדין כל אשר ימצא לו, דמה דעומד להקרבה אינו מצוי ואינו בכלל דין פ"ש דבכור.

---

* ע"ע מש"כ בהמסתעף לענין זה, בית יצחק מב (תש"ע).

וצ״ע בדברי הרשב״ם, דסו״ס לפי הפשטות באמת קדשים אינם שלו, כי הא דמצינו בגמ׳ ב״ק (לו:) דשור של הקדש אינו בכלל רעהו וכעי״ז בכמה דוכתי דהוי ממון גבוה, וא״כ נימא דאינם בכלל ירושה כלל, ולא רק דמופקעים הם מדין פי שנים, וצ״ע.[1]

ועיין ק״ש (אות שעג) שכתב לתרץ וז״ל, מיהו מצינו גבי מע״ש דקי״ל ממון גבוה הוא, מ״מ יורש מוסיף חומש, ושייכא ביה ירושה. והטעם לזה משום דגוף הדבר הוא שלו, אלא שדין ממון שבו הוא של גבוה, כדמוכח בסוכה (דף לה.) דלמ״ד דלא בעינן דין ממון, יוצא באתרוג של מעשר שני, אפי׳ למאן דאמר דממון גבוה הוא ומיקרי לכם. ויש להסתפק, אם גם בקדשי קדשים כן הוא, דאף דלכ״ע הוי ממון גבוה, מ״מ אפשר דגוף הדבר הוא שלו. ואפשר שזהו ביאור הגמ׳ בחולין (דף מ:) דכיון דקניא ליה לכפרה כדידיה דמי, והא דאין יכול למכור משום דאין לו בו דין ממון כמו במע״ש דמכירה לא שייכא אלא בדין ממון, עכ״ל. והך יסוד בדעת מ״ד מע״ש ממון גבוה הוא כבר נתבאר בדברי הגר״ח (עיין חי׳ הגרי״ז לזבחים ו.), וכ״ה באריכות בקובץ חי׳ תורה למרן הגרי״ד זצ״ל (עמ׳ פג ואילך). וחידש הגראב״ו הי״ד בדעת הרשב״ם דה״ה בקרבנות, ואפי׳ בקדשי קדשים. וכעי״ז איתא ג״כ בקובץ ביאורים להגרמש״ש ובברכת אברהם.

ובאמת נראה לומר דגם עצם חידושו שרשיו בהררי קודש, שהרי מבואר בדברי הגר״ח במקו״א כעין הך יסוד ג״כ לגבי קדשי מזבח. והנה עיין בחי׳ הגר״ח על הש״ס (ב״ק עו.), דהך דמצינו בגמ׳ (שם) שהגונב בהמה ומקדישה פטור מדו״ה דאין בה דין מכירה משום דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן. וכתבו התוס׳ (שם ד״ה והשתא) דהא דאיתא בסוגיא דלקמן דחייב דו״ה בגונב ומקדיש, היינו דוקא בקדו׳ בדה״ב דלא מקרי על שם הבעלים. משא״כ בהך סוגיא דמעיקרא תורא דראובן וכו׳, דמיירי בקדו׳ מזבח. וז״ל שם בשם הגר״ח, דגבי קדשי מזבח אין זה הקנאה לרשות אחר אלא התפסת קדו׳ וממילא **נעשה החפץ לממון**

---

[1] ע״ע אגרות הגרי״ד הלוי (עמ׳ קצ) מש״כ לתלות דברי הרשב״ם ופירוש הסוגיא ע״פ ביאור מסקנת הסוגיא דזבחים (ו:) לענין יורש קניא מקופיא, ואכמ״ל.

גבוה כמו במע"ש לר"מ, ולכן אין שייך דו"ה דהתם החיוב הוא משום הוצאה לרשות אחר, אבל בקדשי בדה"ב שפיר הוי כמכירה דהוי הקנאת ממון להקדש וחשיב הוצאה, דמי לי הוצאה לרשות הדיוט ומה לי הוצאה לרשות הקדש, דאם אך יש הוצאה אין נפ"מ, עכ"ל. ע"ע שם וז"ל, דבקדשי בדה"ב נעשה על החפץ הוצאה מרשות בעלים לרשות אחר דהא אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, והוי כמכירה ממש שהוא מקנה את החפץ להקדש כמו גבי מכירה, והממנות של הקדש נעשה ע"י הקנאתו, וכיון שהוא ממון הקדש יש ע"ז דין קדושה של הקדש, דכיון דהם שייכים להקדש יש בזה דין קדושה, משא"כ הקדש קדשי מזבח דבהא דמקדיש אין בזה הקנאה, רק דעושה חלות קדושה על החפץ והקדושה גורמת איסור הנאה שלו וקדושתו עושה אותו לממון גבוה וכו' דהקדושה שחלה על החפץ עושה אותו לממון גבוה אבל מ"מ לא נכנס החפץ לרשות אחר וכמו גבי מכירה, רק דהוי חפץ הקדש של בעלים זה, ובקדשי בדה"ב מה שנכנס החפץ לרשות זה הוא גורם לאיסור הנאה שלו וקדושתו, עכ"ל. וע"ע מש"כ בשם הגר"ח בברכ"ש לב"ק (סימן לד).

נמצא לפי הנ"ל דגם בקדשי מזבח איכא איזה דין בעלות להמקדיש כעין מע"ש ממון גבוה, ולכאו' סמוכין הוא לדברי הק"ש בסוגיין, וע"ע מש"כ הגראב"ו (שתפס כדברי הגר"ח בזה לגבי ענינים אחרים) בקובץ הערות (סימן נב, נו). אכן, עוד יש להעיר ממש"כ בק"ש ח"ב (סימן כ') ועוד שם (עמ' פ) במכתבו להגר"מ זעמבא, דמשמע שלא נקט כמו שהעלה בדעת הרשב"ם ע"פ כמה סוגיות בש"ס.

אכן, לענ"ד יש להעיר על מהלך הנ"ל ע"פ לשון הרשב"ם בסוגיין שהאריך בענין מעילה ומתי חלה בקדשי קדשים ובקדשים קלים. ולפי ביאור הגראב"ו לכאו' כל זה שפת יתר כאן, דכיון דנקט בדעת הרשב"ם דאף קדשי קדשים עדיין בעלות הדיוט עליהם (רק דאית בהו דין ממון גבוה), הרי ירושה איכא ורק פ"ש הוא דליכא, אבל דין מעילה לא מעלה או מוריד כלל ואין סיבה לחלק עפ"ז, ומה צורך איכא בהך אריכות.

אולם, מהלך אחר איתא בדברי האחרונים בביאור דין בעלות בקרבנות המועלת לדין ירושה בסוגיין. עיין בשיעורי ר' שמואל (אות מה) ודרך אמונה (ריש פ"ה מהל' מע"ש) שביארו בדעת הרשב"ם דהירושה חלה לענין זכות אכילה שבקרבן ולא אמרינן דבכור נוטל פ"ש בזכות זו

(וכעי״ז בשו״ת דבר אברהם [יד:ג] שדן לענין ירושה בטובת הנאה). וראיתי מי שהעיר על דבריהם דאין תירוצם משתייך להך דקדשי קדשים שהביא הרשב״ם. ולענ״ד פשוט דלא כיוונו לפרש רק הך דקדשים קלים, ואה״נ לגבי קדשי קדשים ס״ל להרשב״ם דלאו דידיה נינהו ממש ולא שייכא בהו ירושה כלל וכלל;[2] וכן יש לדקדק היטב בלשונו, שמתחילה שולל הפירוש של חטאת ואשם, ואח״כ חוזר לפרש בענין קדשים קלים, ורק בזה כתב דחסר משום דאינו מצוי לו. אכן, עדיין יש להקשות שפיר לפ״ז אמאי האריך הרשב״ם להדגיש ענין המעילה כאן, הרי עיקר הקביעות בדין ירושה תלוי אך ורק במה דאיכא זכות אכילה בקרבן וע״ז אנו דנים, ודוקא חילוק זה דאכילת הקרבן היה הרשב״ם להביא, וצ״ע.

ולענ״ד יש לפרש דברי הרשב״ם באופן אחר, ובהקדמת כמה ענינים. הנה עיין גמ׳ ר״ה (כח.) וז״ל, אמר רב יהודה בשופר של עולה לא יתקע, ואם תקע יצא. בשופר של שלמים לא יתקע, ואם תקע לא יצא. מאי טעמא, עולה בת מעילה היא כיון דמעל בה נפקא לה לחולין, שלמים דלאו בני מעילה נינהו איסורא הוא דרכיב בהו ולא נפקי לחולין, עכ״ל. עיין תוס׳ נדרים (י. ד״ה אדם) שהוכיחו מגמ׳ זו דאיכא איסור קודש מדאו׳ בשלמים עוד לפני שחל בהו דין מעילה בזריקת הדם. ע״ע מל״מ (ריש פ״ב מהל׳ מעילה) שציין לכמה ראשונים שכתבו דאיכא איסור הנאה בקדשים מלבד איסורא דמעילה, כמש״כ בתוס׳ הנ״ל.[3] ע״ע חי׳ הגר״ח על הש״ס החדש (עמ׳ תסו, מכתב להגרצ״ה וואלק) שהוכיח מכמה דוכתי דאיכא איסור בקדשים מלבד איסור מעילה, וע״פ הרמב״ם ריש הל׳ מעילה, כל דין קדשי ה׳ אינו אלא פרט בחיוב קרבן, אבל חפצא של איסור

---

[2] ע״ע בריטב״א שפירש סוגיין לגבי חלק כהנים בחטאת וכדו׳.

[3] ע״ע פירוש הרמב״ם לר״ה שם שתמה על הגמ׳ איזה איסור שייך בשלמים לפני זריקה, וצ״ע, ועיין מש״כ בזה בהשמטה בסוף המאמר לקמן. ע״ע ספר דגל ראובן ח״א סימן ד׳ (אות ו׳) בשם הגר״י מפונוביז׳ שכתב דבאמת כל איסור הנאה בקדשים קלים לפני זריקת הדם אינו אלא מדרבנן, וצ״ע. ע״ע שם מה דהשיג עליו הדגל ראובן והוכיח דלא כדבריו.

מעילה שייכת כל כמה דאיכא קדו׳, וקדשים קלים לפני זריקה בכלל, וכ״ה בחי׳ הגרי״ז לזבחים (עח.) וחי׳ הגר״מ עמ׳ קכו ד״ה ונראה.[4]

יסוד דין איסור קודש

הנה יש להבין גדר דין איסור קודש זה.[5] הנה ראיתי[6] שעוד הוכיח הגר״ח דהך איסור קודש דלפני זריקה וגם איסור מעילה מחלות שם א׳ הן (ודין קדשי ה׳ אינו אלא לענין חיוב קרבן וכנ״ל). וכן שמעתי מאת מו״ר הגרצ״ש שליט״א דכך הבין מרן הגרי״ד זצ״ל.[7] והוכיח כן הגר״ח מגמ׳ כריתות (כג.) דיליף מקרא דכל חלב לה׳ דיש מעילה באימורי שלמים. ולמ״ד אאחע״א, מוקמינן לקרא בולדות קדשים, דבזה חל איסור חלב דאימורים ואיסור שלמים בב״א משעת לידתן ובכה״ג אחע״א. ונמצא דצ״ל דאיכא המשך א׳ של איסור קודש ואיסור מעילה מלפני זריקה ועד אחר זריקה ואיסור אחד הוא, דאם לאו לא מהני מה דחל איסור אחרת של איסור קודש בשעת לידה, הרי שוב לא תחול איסור חדש דמעילה בזריקת הדם וכבר הוכיח הגר״ח בפ״ח מהל׳ מעילה ה״א דאיסור מעילה משום גזל הוא, ולכן דין איסור קודש בשלמים לפני זריקה גם הוי איסור גזל ביסוד דינו, רק דפטור מקרבן.

וכזה נקט מרן הגרי״ד זצ״ל בביאור דברי הרמב״ם בהל׳ שופר, עיין הררי קדם ח״א (מהדו״ב סימן יא). וז״ל, ועיין בתוס׳ ר״ה (שם)

---

[4] ע״ע ילקוט ביאורים בש״ס מהדורת מתיבתא ר״ה עמ׳ קפה (הע׳ כד) דגם יש להוכיח מגמ׳ סוכה (ט.) דעצי סוכה אסורים כל שבעה וילפינן מחגיגה דלית בה דין מעילה מפני שהיא קדשים קלים. אכן, עיין רשימות שיעורי מרן הגרי״ד זצ״ל (שם) דביאר דהך איסורא דחל שם שמים על הסוכה הוא דין בפנ״ע דעומד למצוותו, מלבד איסור קודש שעל הקרבן.

[5] ע״ע השמטות לשטמ״ק למנחות (ד.) שכתב דאיסור קודש מדין בל יחל הוא, וכבר דנים האחרונים בדבריו. עיין שו״ת אגר״מ או״ח ח״א, קדשים סימן יז שתמה בזה, דלכאו׳ לאו דבל יחל לא שייך אלא לדין הבאת הקרבן ולא לדיני איסור הנאה שבו, ואכמ״ל.

[6] קובץ קול צבי ב׳, עמ׳ 69 (מאמרו של הרב אהרן מאיר רייז שליט״א).

[7] וכ״כ בחי׳ ר׳ שמואל לנדרים (אות ע׳).

דהקשו לרב יהודה דסובר דבשופר של שלמים לא יצא כי מצוות ליהנות ניתנו, א"כ איך ס"ל דבשופר של ע"ז יצא, הא ס"ל דמצוות ליהנות ניתנו וה"ה בע"ז לא יצא. וע"פ מש"נ יש ליישב לשיטת הרמב"ם, והוא דנראה דגם רב יהודה מודה בכל התורה כולה דמצוות לאו ליהנות ניתנו, ולכן יצא בשופר של ע"ז, ושאני שופר של שלמים, משום דס"ל דגם איסור הנאה בקדשים יסודו הוא מצד האיסור גזל, ואשר ע"כ כשם שעל עצם האיסור גזל לא מהני הך דמצוות לאו ליהנות ניתנו, ה"ה דגם לגבי האיסור הנאה שבא מכח איסור גזל לא מהני ההיתר דמצוות ללה"נ. אולם אנן קי"ל דגם על איסור הנאה דקדשים, כיון דסו"ס איסה"נ הוא שייך ההיתר דמללה"נ ניתנו, אלא דכ"ז מהני רק לגבי הקול שופר, אבל עצם מעשה התקיעה אסורה לכתחילה משום שגוזל השופר עצמו, וכש"נ, עכ"ל. וכל זה מיירי עוד לפני זריקת הדם, וכדברי הגר"ח דלעולם איסה"נ במעילה משום גזל הוא ביסוד דינו.

ולכן צ"ע טובא בדברי הרשב"ם, דמאי הו"א לחלק בין קדשי ה' ללאו קדשי ה' (שיהיו קדשים קלים דידיה ממש), הרי אין ביניהם אלא דין עונשים וחיוב קרבן בלבד, ושוב לא נתפרש לנו אריכות דבריו.

והנראה לומר בזה, דהנה בגמ' תמורה (ג.) ילפינן דקדשי עכו"ם אין בהם חיוב מעילה, אבל איסור הנאה יש בהם מדרבנן. והקשו התוס', הרי בשאר מקומות מצינו איסור הנאה מדאו' גם בדליכא מעילה, ואמאי הוצרכו לתקן כאן איסור דרבנן ליהנות. ותי' וז"ל, וצ"ל כיון דאין בהן קדו' לענין פיגול נותר וטמא אין בו קדו' נמי לענין הנאה מדאו', עכ"ל. ומוכח מקוש' התוס' דפשיטא להו שיתקיים איסור קודש שלפני זריקה גם לאחר שנתמעטו קדשי עכו"ם ממעילה מקרא. ודייק מכאן הגרי"ד זצ"ל (ירושלים) דס"ל לתוס' שאין איסור קודש ואיסור מעילה תלויין אהדדי, אלא חלוקין הם בחלות איסורם, ודלא כמו שהוכיח הגר"ח מגמ' כריתות.[8]

---

[8] קובץ קול צבי שם. וסיים בביאור התוס', שהאיסור מעילה בקדשים תלוי בקדו', והשם הקדש הוא דמחייב מעילה. ולכן צריך מיעוט להורות שקדו' קדשי עכו"ם אינה מחייבת מעילה, דל"ש שם הקדש לגבייהו. מאידך, איסור קודש תלוי בשם קרבן של קדשים ובקדשי עכו"ם דאין עליהם כל דיני קרבן, חסר בעצם שם קרבן ולפיכך אינם אסורים בהנאה. אמנם, לענ"ד יש להעיר, דלפי הבנה זו בתוס' שם,

[ומה דאין להוכיח מן הגמ׳ עצמה כלום, עיין שיעורי הגרמ״ד לתמורה (עמ׳ יז) דיש לפרש דלא נהנין מדרבנן היינו דאיכא איסור מעילה דרבנן, אבל אה״נ איסור קודש נשאר מדאו׳, דלא כהנחת התוס׳. ע״ע שם שדייק ברש״י שם (ב: ד״ה לא) דלמד הסוגיא כך, דלא נהנין מדרבנן היינו איסור מעילה מדרבנן אבל איסור קודש בודאי איכא מדאו׳.]

והנה הגר״ח (פ״ח מהל׳ מעילה ה״א) הביא ראיה דיסוד דין מעילה משום גזל הוא מהא דשיעורו לחיוב קרבן הוי שוה פרוטה, ומוכח דאינו איסור הנאה מהקדש בעלמא, אלא תלוי בגדרי ממון דוקא.[9] והנה במקום דליכא חיוב קרבן אלא אזהרה לחוד, יש לעיין מהו שיעורו. והעלה בשיעוריו לב״מ (עמ׳ נז) דתלוי במקור הך אזהרה דמעילה. דלפי רש״י ותוס׳ בסנהדרין (פד.), מקורו בג״ש חטא חטא מתרומה, ולכן שיעורו בכזית כבתרומה. וז״ל הגר״ח, א״כ נראה דכי היכי דבתרומה לא הוי רק איסורא בעלמא ואין בה משום גזל הכי נמי דכוותה. ולפ״ז הא איכא במעילה איסורא בעלמא בלאו גזל, עכ״ל.

ע״ע חי׳ הגר״מ (עמ׳ קכו) שתפס גם בדעת רש״י קידושין (נז.; עיין מש״כ לעיל בזה) וז״ל, ונראה דגם חלוקין הם בעצם איסורן דאיסור מעילה ואיסור קודש עצם איסורן הויין איסורין נפרדין. דדין איסור מעילה יסוד איסורו לא הוי איסור אכילה והנאה כמו כל איסורין שבתורה, דהרי גם הוצאה מרשות הקדש וגזילת הקדש אסורה, ובדבר שיש בו פגם ההנאה בעי דוקא פגם והשיעור הוא פרוטה. משא״כ איסור קודש דאיסורו הוא רק איסור אכילה והנאה כמו כל איסורין שבתורה מהדין דכל מקום שנאמר לא יאכל גם הנאה בכלל ושיעורו בכזית, עכ״ל. ותפס דכ״ה בין

נמצא דג״ש חטא חטא מתרומה ממעט ממעילה בקדשי עכו״ם כדאיתא בגמ׳. אכן, לפי מה שביאר הגר״ח עכ״פ בדעת התוס׳ בסנהדרין, ג״ש שייכת לעיקר אזהרה דאיסור קודש ולא לענין חיוב מעילה, שהוא ע״פ קרא דומעלה ואין מעילה אלא שינוי, עיין בדברי הגר״ח בפ״ח מהל׳ מעילה ה״א. ולכן צ״ע בעיקר קוש׳ התוס׳, דנימא דכיון דאיכא ג״ש זו, פשוט דליכא איסור הנאה דאו׳ דקודש. וצ״ל לפי תוס׳ תמורה דילפינן איסור קודש ממקו״א (עיין לקמן), ואולי לתוס׳ סנהדרין לק״מ בסוגיא דתמורה.

[9] ע״ע מש״כ האחרונים בשיעורי איסור הנאה, שו״ת הגרע״א מהדו״ק סימן קצ, צל״ח לפסחים (כב: ד״ה והרי), ומנ״ח קיג:א (ד״ה ובהנאה), ואכמ״ל.

בקדשים שמתו ובין בקדשים קלים לפני היתר זריקה, ונמצא דאזיל רש״י לשיטתו בסנהדרין, וכמו שנתבאר.

מאידך, עוד הוכיח הגר״ח דדעת הרמב״ם (פ״א מהל׳ מעילה ה״ג) אינה כן, אלא שהמועל בהקדש גם שלא במקום חיובי מעילה שיעורו בפרוטה וז״ל, וא״כ שפיר הוי כל איסור מעילה רק משום גזל הקדש, עכ״ל.[10] ונימוקו עמו, דכתב הגר״ח בביאור דעת הרמב״ם (שם) דמקור לאזהרת מעילה מקרא דלא תוכל לאכול בשעריך מעשר דגנך וגו׳ ונדריך – וז״ל במכתב להגרצה״ו הנ״ל, א״כ הויא עיקר האזהרה על כל מה שנתפס בנדר הקדש, ושפיר איתא לאיסורא כל זמן שלא פקע הקדשו מיניה, וגם שארי קדשים כל זמן שלא נזרק דמן ג״כ אסורין מדין נדרי הקדש, וכ״ז הוא פשוט, עכ״ל. ונמצא דהחקירה הנ״ל אם איסור קודש באינו קדשי ה׳ הוי איסור מעילה בחלות שם או איסור בפנ״ע תלויה במקור אזהרת מעילה, ועפ״ז נקבע אם יסודו משום גזל או איסורא בעלמא.

וכן נמצא דאזלי לשיטתייהו ג״כ, לפי מה שהבאנו לעיל בשם מרן הגרי״ד זצ״ל דלפי הרמב״ם לק״מ מה דס״ל ר׳ יהודה דתוקע בשופר של ע״ז יצא ושל שלמים יצא, דליכא מתיר לאיסור גזל דהקדש, הגם דלמצוות לאו ליהנות ניתנו. והיינו דס״ל דלעולם יסוד איסור מעילה משום גזל הוא ושיעורו בפרוטה, ולא שנא לפני או אחרי זריקת הדם, שהרי ״עיקר האזהרה על כל מה שנתפס בנדר הקדש.״ מאידך, התוס׳ ר״ה הניחו הדבר בצ״ע, שהרי דעת בעלי התוס׳ היא (כדמבואר בסנהדרין לפי הגר״ח) דמקור האיסור משום ג״ש דחטא חטא, וממילא חלוק איסור קודש מדין גזל, ולפני זריקת הדם ליכא משום גזל וא״א לתרץ שיטת ר׳ יהודה כנ״ל.

ולפי הנ״ל יש לפרש דברי הרשב״ם במה דהאריך בעניני מעילה. הרי לדבריו פשוט להגמ׳ דאיכא ירושה בקדשים, ורק דנים לענין פ״ש דבכור. ונראה דדעת הרשב״ם דלא כהרמב״ם אלא כדעת רש״י ובעלי התוס׳, דחלוק איסור קודש לפני זריקת הדם מאיסור מעילה דאחר זריקת

---

[10] ע״ע מה שכתבתי בהשמטה לסוף המאמר.

הדם בעצם יסוד דינו, ולפני זריקה אינו מדין גזל אלא משום איסור הנאה בעלמא דקודש. ולפ״ז, מובן המשך פירושו כאן. שהתחיל הרשב״ם בענין חטאות ואשמות, וביאר דלאו דידיה כיון דיש להם מעילה עוד לפני שחיטה, ליתנהו בירושת פ״ש, שהרי מפאת דין גזל שבקרבן, לא חשיב בכלל אשר ימצא לו. ואח״כ האריך לבאר אמאי לא תימא דשלמים באמת היינו דידיה – דוקא מצד מה דאין להם מעילה לפני זריקה – דלפי משנ״ת, היינו דיסוד איסורם חלוק אז, ודוקא באותה שעה אין בהם משום דין גזל אלא איסור בעלמא. ומכיון דאין באיסורם משום גזל, שפיר איכא הו״א דטפי חשבינן להו כדידיה, דלא חסרים בכל אשר ימצא לו משום גזל, היינו דחסר במצוי לו מצד קנינים, רק דאיסורא הוא דרביעא עלייהו ואין בזה מניעה בדין פי שנים. ולזה תי׳ הרשב״ם דאה״נ, אבל מ״מ ״דמיקדש מיהא קדשי ולא קרינא בהו בכל אשר ימצא לו.״

אגב, יש להוסיף דאיכא עוד נ״מ בזה, עיין מה שהבאנו לעיל מסוגיא דכריתות (כג.), בהיכ״ת להך דמעילה באימורי שלמים למ״ד אאחע״א, שהרי כבר נאסר משום חלב. עיין חי׳ הגרז״ס לקדשים במכתבים (סימן ה׳) מאת הגר״ח (נדפס שוב בחי׳ הגר״ח החדש עמ׳ תקכח), שהעלה הגר״ח דנימא פשוט דחל איסור מעילה על שיעור פרוטה ע״י צירוף לזמן מרובה, דאין איסור חלב חל אלא על כזית בכדא״פ, עע״ש. ותי׳ דכיון דילפינן אזהרת קודש מתרומה, בחלות דינו איסור מעילה חל דוקא על כזית כתרומה. ולכן, הגם דחיוב קרבן איכא גם על שו״פ, אאחע״א כה״ג. ויש להעיר לפי הנתבאר בדברי הגר״ח, אין זה שייך אלא בדעת רש״י ותוס׳ לסנהדרין, ולפי דבריו בדעת הרמב״ם דלא ילפינן איסור קודש מג״ש דחטא חטא מתרומה, לא נתיישב עדיין.

השמטה: חילוק ביסוד דין קדשי קדשים וקדשים קלים

עיין לעיל בהערות שהבאנו דברי הרמב״ם בפירושו למסכת ר״ה, שתמה על הגמ׳ (כח.) באיזה איסור מיירי הסוגיא לגבי שופר של שלמים לפני זריקת הדם, הרי אינם במעילה. ואולי י״ל דשופר שנתלש מן הבהמה לפני זריקה, ולעולם לא יבא למזבח להקרב עם הבהמה, פקע איסורו. שהרי העלנו דגם לפני זריקת הדם יסוד איסור קודש לדעת הרמב״ם הוא

מפאת אזהרת מעילה, רק דאינו בכלל קדשי ה׳ עדיין ולכן ליכא חיוב קרבן. אמנם, נמצא דכל איסורו גם לפני זריקה הוא ע״ש עתיד שיהיה בכלל קדשי ה׳, רק דנתמעט מחיוב קרבן. וא״כ, י״ל דשופר שנתלש שלעולם לא יבא לכלל קדשי ה׳ ג״כ אינו בכלל איסור קודש גם השתא. וסמוכין קצת, עיין מש״כ המאירי בסוגיא שם דשאני שופר בהמה שנתלש לענין מה דיוצא לחולין ע״י מעילה אע״ג דהוא קדו׳ הגוף, כיון דאינו מחובר עדיין לבהמה, ועדיין צריך תלמוד.

ומה דשאני שופר של עולה דלא פקעה קדו׳ ע״י תלישה, לענ״ד נראה לומר ע״פ מה דחלוק דין קדו׳ קדשי קדשים וקדשים קלים ביסוד דינם, כדמבואר בספר יהגה האריה (עמ׳ קכח), וכ״כ בספר שערי טהר ח״ג (עמ׳ 282) וז״ל, והחילוק בין ק״ק לקק״ל נראה לומר, שבק״ק מאחר שחל הדין מעילה תיכף מוכח שתורת מעילתם קשורה עם החלות שם שלהם. וכ״ז שנשאר מהם להקטיר עדיין לא נפקי מהחלות שם הקודם, ושפיר יש בהם דין מעילה. אבל בקק״ל שאין בהם מעילה, מוכח שאין שמם גורם לדין מעילה, אלא ע״י מה ״שנתקדשו״ ע״י הזריקה. ובזה י״ל שאע״פ שהזריקה קידשם, מ״מ לא קידשם אלא מחמת ״העבודה״ שיש בהו, ולכן אין בהו מעילה אלא כ״ז שיש בהו ענין עבודה, ושוב יש לומר כמ״ש למעלה. ומוכרחים אנו לומר כן, דאל״כ אמאי לא אמרי׳ גם באימורי ק״ק כה״ג, שאם העלן על המזבח ולא משלה בהם האור פטורים ממעילה א״ו כמ״ש לחלק בין ק״ק לקק״ל, עכ״ל. ולפ״ז י״ל דתלישת השופר מקרבן של קדשי קדשים כעולה לא מעלה ולא מורידה, דליכא שייכות כלל בין האיסור שבה ומה דסופו להקרב, וצ״ע.

הרב חיים פעקער
שואל ומשיב
ישיבת רבינו יצחק אלחנן

בענין נכסים שבאו בירושה

כשאר נכסים בפריעת חובת המוריש

איתא בב"ב קכד. "תניא אין בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן, רבי אומר אומר אני בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן אבל לא בשבח שהשביחו יתומים לאחר מיתת אביהן, ירשו שטר חוב בכור נוטל פי שנים, יצא עליהם שטר חוב בכור נותן פי שנים, ואם אמר איני יוטל ואיני נותן רשאי. ולרבי ילפי' מ"לתת לו פי שנים," דבכור יכול לומר איני נוטל ואיני נותן.[1] וחפשו הראשונים למצוא נ"מ בהא דיכול לומר איני נוטל ואיני נותן, דהלא סוכ"ס הבע"ח גובה החוב מ"מ.

ולזה כת' הרשב"ם ד"היכא דאמ' איני נוטל הוי כמחל על חלק בכורה ואטול כחלק כפשוט. **וא"כ אין ב"ד יכול לכופו לשלם לפרוע אלא כנגד חלק פשיטותו." לכאו' חזינן דלדעתו אין זה מחמת שעבוד נכסים בלבד, דלכאו' א"כ ליכא כפייה כלל** (כפי שיבואר בראשונים בהמשך) - אם לא נאמר דס"ל לרשב"ם דשייך כפייה אף אשעבוד נכסים - ונראה דצ"ל כן כפי שיבואר בדב' הרשב"ם בהמשך דליכא אלא שעבוד נכסים בלבד.

---

[1] ופי' הרשב"ם - הא דיצא עליהם שט"ח, הוי ענין בפנ"ע - ולא קאי אהא דלפני כן דאם ירשו שט"ח.

ושם - ד"בכור נותן פי שנים כי היכי דנוטל פי שנים דאותם נכסים נשתעבדו כולם למלוה," עכת"ד. וד"ז הוי חידוש דבכור צריך לשלם פ"ש, ולא אמרי' דצריך לשלם דוקא כחובת גברא, שוה עם כל אחיו, אלא חזינן דתלוי בנכסים, אם לא נאמר דהכוונה דרק הבכור נשתעבדו נכסיו כשיעור פ"ש (אף דלמעשה א"צ לשלם פ"ש). וג"כ צ"ע אי מיירי אף שירשו מטלטלין, דבדרך כלל לא נשתעבדי.

ובהמשך דב׳ – ״ונ״מ שצריך זה המלוה לתבוע את שאחיו של זה לדין. ואם אין יכול לכפם מפסיד, או אם הלכו למד״ה. אין מורידין לבע״ח בקרקע עד ששמעו ב״ד טענת האחין דמה ידעי׳ איזה טענה יש להם דשמא יטענו פרענו או שטר פרוע״ - **ומהא דלא כת׳ דנ״מ דחייב ליטפל בדבר וכדו׳ [כהר״י מגא״ש ויד רמה שיבואר בסמוך], נראה דלרשב״ם הכל נובע משעבוד נכסים בלבד.**

וממשיך דב׳ ״... דס״ד דכיון דבכור הוא זכי ליה רחמנא פי שנים, וא״א לומר שאיני חפץ שיהיו שלי, דבע״כ הן שלו דמשעת מיתת אביו ירש פי שנים עד שיפקרם או ימכרם או יתנם לאחרים. וצריך להגבות לזה המלוה כנגד פי שנים. קמ״ל דבע״כ לא זכי ליה רחמנא דכת׳ ״לתת לו.״ כעין מתנה אם ירצה לקבל. ואם ימחה לא יקבל. דאין מזכין לאדם בע״כ. אבל מחלק פשיטותו א״א לומר כן דיורש בע״כ.״

ומוסיף ״יש מפרשין דאם אמ׳ איני נוטל בשט״ח שיש לאבי על אחרים פ״ש, וגם איני נותן בשט״ח היוצא עלינו פ״ש - והרשב״ם מק׳ עליו דהלא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ורק מקרקעי? ומהא דרשב״ם אינו מביא הא דמ״מ מצוה עליהם לפרוע חובת אביהן [כדאי׳ לק׳ קנז.] - משמע דס״ל **דליכא בזה דין מיוחד דמה שיורשים הוי בכלל השעבוד לבע״ח, אף דמטלטלי. והא דצריכים לשלם חובת אביהם, הוי רק בקרקעות דמשועבדים לבע״ח.** וכן מבואר בהמשך דב׳ הרשב״ם - ״והא דכת׳ איני נוטל ואיני נותן הוי רק אורחא דמילתא. אבל יכול לעשות כן אף בלי חוב נגדם.״ אף מכאן, משמע דדעתו דאין לגבי יורשים אלא שעבוד נכסים בלבד. דאי הוה מוטל עליו לפרוע חובת אביו, לכה״פ הוי חידוש דהגמ׳ מלמדנו שיכול הבכור לומר איני נוטל, אף דאיכא חובות לאביו, והוא אינו פורע אותם. ואי ד״ז הוה חידוש, הו״ל לגמ׳ לנקוט כה״ג בדוקא, ולא רק מאורחא דמילתא. וכן ע׳ בנוב״י חו״מ לד - דמוכיח דלרשב״ם ליכא על היתומים שעבוד הגוף כלל.

ואף התוס׳ שם הלך בשיטה זו בעקבות הרשב״ם דליכא שייכות בין הא דבכור נוטל טפי להא דחייב לשלם טפי - דתוס׳ הביא נ״מ דאם היתומים קטנים. דיכול לומר הבכור איני נוטל, והנכסים ישארו אצל קטנים ולא יטול הבע״ח מהם. דאין נזקקין לנכסי יתומים. ואף מחלק פשיטות יכול לסלק עצמו ע״י קנין. ושוב מביא **דעת ר״ת דמיירי בכגון שיצא עליו**

שט"ח על הבכור עצמו. איני נוטל ואיני נותן רשאי והבע"ח מפסיד... ולכאו' ביאור זו הוי דלא כפשטות הסוגיא, דאיכא יחס בין הא דנוטל פ"ש, להא דנותן פ"ש מהירושה בשביל אביו. וכבר הוכחנו דאף הרשב"ם ג"כ ס"ל כן מהא דכת' דסוגיין לאו דוקא בדאית ליה חוב, אלא דדיבר הכתוב בהוה.[2]

ור' יונה מניח כהנ"ל בפשיטות דליכא חובת גברא על היורשין, ומק' אסוגיין ד**פשיטא דיכול לומר איני נוטל ואיני נותן. דהלא כלום**

---

[2] אבל ג"כ לא כת' דמחדש דיכול לעושת כן אף נגד בע"ח דעמצו. ואולי ד"ז תלוי אי יכול להפסיד בע"ח דידיה בכה"ג, וביחס שעבוד המוטל על גופו לפרוע, לשעבוד דוקא על נכסיו, היכא דאית ליה. וכת' הרשב"א בסוגיין - דנ"מ להיכא דהלכו אחים למד"ה. דאף שהבכור כאן, אין לבע"ח בקרקע עד דשמעי ב"ד טענת האחין: משמע דאי לא הוה יכול להסתלק, היו גובין ממנו בלי טענת האחין - וא"כ אמאי לא עושים כן בחלק פשיטותו - אם לא נימא דחלק פשיטותו עדיין בתוך תפוסת הבית, וא"א לדון זה בלי זה.

ואפשר דאפי' לרבא בכתוב' פח. דאף בבע"ח דעלמא נפרעין ממנו שלא בפניו כדי שלא שלא יהא כאו"א נוטל מעותיו של חברו והולך לו ויושב במד"ה - לכן עוד נ"מ דאילו לא היה הבכור יכול לסלק מחלק בכורתו אומרים לו או פרע או נורידנו לבע"ח בקרקע כדינו בשומת ב"ד מיד. אבל עכשיו כל שהאחים קרובים כדי שנשלח לבע"ח ונודיעם. אין יורדין לנכסים עד שנשלח להם תלת אגרין חדא גו תלתין וחדא גו תלתין.

ומק' אר"י מגאש ד"מאין זה וכי כופין בשוטי למי שאינו רוצה להטפל בנכסים לפרוע. אלא אם רצה או' לב"ד איני רוצה להטפל. שומו לו והורידוהו לו כל זמן שתרצו, לדידן דקיי"ל דשעודא דאור' - ואפשר דלר' הונא ב' דר' יהושע דפריעת בע"ח מצוה שכופין אותו - אלא דלא קיי"ל הכי." אבל ע' קעד. ביד רמה - כיון שמת המוריש הערב הוי ערב דיתמי כיון דרמי חיובא גבייהו - ואף דשמעי' לר"פ דשעבודא דאור' . זהו רק משום דס"ל דפריעת בע"ח מצוה. ויתמי לאו בני מיעבד מצוה עד דגדלי - ולר' הונא איכא שעבוד מלבד המצוה. אלא ממילא משתעבד נכסי - כלומר להיד רמה השעבודים נובעים מהמצוה לפרוע, היפך דב' הרשב"א. וע' קנז. בדיון אי דאיקני משתעבד. דלמאירי - מדמה הא דקנה הלוה אחר ההלואה למלוה על פה דמיניה אפי' מגלימא דעל כתפיה. וכן אם מת לגבי יורשיו - אבל אם כת' דאיקני מהני. ואף דאין אדם מקנה דבשלב"ל. בזו תיכף כשקנאה נשתעבדה לכל הקפותיו מאליו. כמו מיניה מגלימא דעל כתפיה. ונשתעבדו מן הסתם, ר"ל אף בלא כת' דאקנה. למה נפקע כשמכרו. משום שחסו על הלקוחות. אלא לכי כת' חזר הענין לדינו. ונשתעבדו משעת מקח מן הדין - דלא כיד רמה, וקצות קיב,א - דמדרבנן בלבד (וליד רמה - משמע דרק מסתמא מיניה דאקנה מהני). ואכמ"ל בסוגיא ארוכה דשעבודים.

יתומים חייבים לפרוע חובת אביהם אלא מנכסי אביהם? ות׳ דהחידוש דמסתלק מחלק בכורה בדיבורא בעלמא, וא״א לחזור בו, משא״כ בחלק פשיטות דצריך להקנות לאחיו הקנאה גמורה. דאל״כ יכול לחזור בו - אבל מק׳ בלש׳ דרשאי עכ״ד. **ומבואר בדב׳ ג״כ דליכא חידוש כלל בהא דיכול לסלק את עצמו מלפרוע חובות אביו.** וכן משמע מהמשך דב׳ דשוב הק׳ בהא דבכור נותן פ״ש בלבד - **״הלא הבע״ח יכול לגבות הכל ממנו, וא״א לדחותו אצל שאר אחים ועל הבכור לחזור ולגבות משאר האחים -** כדאי׳ קז. בב׳ אחים שחלקו ובא בע״ח וטרף חלקו של א׳ מהם - ודן דאולי שאנ״ה דלא עיכב עליו, אף דהיה יכול... **לפי ששעבודו מוטל על כל האחים.״** עכ״ל. ומסתמא דד״ז תלוי דהשעבוד לגמרי על הנכסים, או דג״כ איכא חובת גברא על היתומים. דאי מוטל על היתומים, א״כ לכאו׳ אין כל או״א מהאחים צריכים לשלם אלא כפי חלקו. אם לא נאמר דאף הצד דמשלם רק כפי חלקו, הוי משום דאיכא חלוקת קרקעות המשועבדים בין היורשים. ומסיק **״דנראין דיכול לגבות הכל מיורש א׳ אם יש בחלקו כדי כל החוב. וא״א לדחותו אצל האחים לומר לו לאו בע״ד דידי את אלא בשליש. לפי שכל שדה ושדה משועבדת לו לכל חובו.** כיון ששדות שוות בזיבורית בינונית או עידית, ודינו על זה כמו על זה.[3] ואף שהלוה היה יכול לפרוע לו חובו במפוזר בכמה שדות מקצת חובו. אבל א״א לדחותו לשדות שאינן שלו. כל שלא נתרצו שאר האחים לפרוע או כשאין אחיו שם.״ עכ״ל - וגם בזה י״ל דר׳ יונה לשיטתו דהשעבוד מוטלת על הנכסים בלבד, ולא כה״א דידיה דעל האחים.[4]

ואף דעת הראב״ד, ריטב״א, נמוק״י ס״ל דליכא על היתומים אלא שעבוד נכסים:

הרשב״א מביא מהראב״ד - **דאף מחלק פשיטתו אם אמ׳ איני**

---

[3] כל זה דלא כתוס׳ ורוב ראשונים בהיא סוגיא דמיירי דוקא באפותיקי וכדו׳.

[4] אבל ק״ק לומר כן בדעת תוס׳, דבסוגיין משמע דליכא שום חידוש בהא דהיורשים יכולים שלא ליטול וממילא שלא לפרוע חובת אביהם. אם לא נימא דרק מאחר שכבר נטלו חל עליהם חובת אביהם מחמת נכסיו, א״נ כדמצינו בסוגיא דאין ספק מוציא מידי ודאי דכיון דהוי יורש, ממילא נחשב כיורש על הכל, אף דלמעשה אינו נוטל אלא חלק מן הנכסים.

רוצה בירושת אבי, ולא אפרע חובותיו אין מעשין אותו. אלא הכא לענין חזרה קאמ׳ - דלפשיטות כי אמ׳ פשוט לא יריתנא ולא פרענא וכי פרעי אחוה בזוזי הדר אמ׳ הבו לי מנתאי ואפרע לכו זוזי מצי הדר ביה. דכי מית אבוה כבר זכה בחלק פשיטות. אבל חלק בכורה לא זכה ביה דרק כמתנה. ובמתנה כל דאמ׳ אי אפשי דב׳ קיימין ועוד דבחלק בכורה אשכחן דמחילה קלילה מהני ביה. דאם ויתר אפי׳ במקצת ויתר בכולן. והריטב״א מוסיף על דבריו ״**דאפי׳ הלוה עצמו איני רוצה ליטפל.** אלא כפיה שלו היינו שנרד לנכסיו ונפרע לזה אחר שיקבל חרם שאין לו מעות וכ״ש יורש.״ ולכאו׳ יש לצדד נגד סברת הכ״ש, דאולי שאני משום מצות כבאו״א - אבל מ״מ י״ל לדעתו דאין זה שעבוד נכסים בלבד, אלא אף בכלל שעבוד הגוף, אלא דלא כדרגת הלוה עצמו. וכעין דב׳ הריטב״א כת׳ בנמוק״י - דהחידוש דלא תימא דבכור דאף דיש לו קודם חלוקה למכור או למחול, לא תימא דזכות גדול כירושה דעלמא דאף שאמ׳ אי אפשי בו דיכול לחזור בו, ואפי׳ פרעו אחיו מעות. לפי״ד שאר יורשים א״א להסתלק משום דזכות גדול, ולא כשא״ר משום דכבר זכו.

מכל ראשונים אלו **נראה שליכא ענין מיוחד על היתומין לפרוע חובת אביהן, והוי שעבוד נכסים בלבד. וכ״ז נראה ג״כ כפשטות סוגיא ר״פ הגוזל בתרא - ב״ק קיא: - דחייב להחזיר גזלת אביהם דוקא בדהניח להם אביהם אחריות נכסים.**

שאני ירושה דצריך לפרוע ממנו טפי: יורש נכנס תחת מורישיו בנכסיו

א. חיוב לקבל הנכסים, ולטפל בם בפרעון

קכד. כבר הבאנו כל הראשונים החולקים, אבל שיטת הר״י מגאש היא ד״מהא דכת׳ כן רק לגבי בכור משום ד״לתת לו פ״ש״. שמעי׳ דיורש פשוט אינו יכול לסלק ידו מאותו ירושה לומר לאותן בע״ח הרי הנכסים לפניכם איני רוצה לירש אותן ולא ליתן לכם כלום. אלא כופין אותו להטפל בדבר ולמכור אותן ולהגבותן או לשומן עליהם. **וטעמא דירושה ממילא קאתיא ומההיא שעתא דמית מורישו הו״ל הני נכסים ממילא נכסים**

דיליה והו"ל במקום מורישו. מה מורישו לא מצי לסלוקי נפשיה אף הוא לא מצי לסלוקי נפשיה. אבל בכור דהוי מתנה דירתי לא מטא לידיה דמצי למימר לא ניח"ל. אבל ירושה דממילא כמאן דכבר קיבל מתנה." **משמע דלגבי אותן נכסים שקיבל מאביו הו"ל ג"כ שעבוד הגוף. דאיהו גופה צריך לטפל בדבר**, ולא רק להניח אנכסים המשועבדים. ואף בכור הוי כן אי הוה מקבלו - ולכאו' הא דצריך לטפל בדבר הוי משעבוד הגוף, ואינו משעבוד נכסים בלבד... לפי"ז **נראה לבאר דהיורש צריך ליחס לנכסים שבאו בירושה כמו שעדיין שייך למורישיו.**

וכעי"ז ביד רמה - ד"דוקא הבכור דקרייה מתנה, אבל חלק פשוט. אם אמר איני נוטל ואיני נותן אינו רשאי. **אלא היכא דירית מידי דמשתעבד לבע"ח דאבוה מחייב לאיטפולי ביה ולשיימיה נהליה משום דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם דשבק להון אבוהון.** וכיון דמצוה לאו כל כמינייהו לסלוקי נפשייהו מנכסיה דאביהון, אלא מחייב למשיימינהו לבע"ח או למפקינהו מיניה."

אי"ה בהמשך נביא כמה דיונים הבנויים על דב' חידושם של הר"י מגאש והיד רמה דיורשים צריכים לשלם חובות מורישם טפי מסתם לקוחות:

ב. נכסים שבאו לאחר ההלואה

ואי' בב"ב קנז. דיון בדאיקני (היכא דשיעביד את עצמו אף אנכסים שיקנה לאחר ההלואה) קנה ומכר, דאיקני קנה והוריש - אי משתעבד. ודן בהא דנפל הבית עליו ועל מורישו. והיתה עליו כתובה ובע"ח, דמשמע דאיקני נשתעבד - והגמ' דוחה **דאף לדעה דלא משתעבד, מ"מ מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם** - ולכאו' יש לבאר דהוי כעין חובת גברא בלבד **מדין כיבוד אב ואם**, ולא מדיני ממונות, וכן משמע מדב' הריטב"א שיובאו בסמוך, אבל הוסיף הרשב"ם "... אלא גבי יורשים משום מצוה, ואפי' לא כתב לו דאיקני **משתעבד יורש למלוה** משום מצוה על היתומים," מבואר בדב' דאיכא שעבוד, וכלפי המלוה, ולא רק מצות כיבוד אב. ובהמשך הגמ' דדעת רב ושמואל דמלוה בע"פ אינו גובה מיורשים ומלקוחות. ולכאו' הביאור בזה, דהא דיתומים צריכים לפרוע

חובות אביהם, אין זה חובת גברא בלבד מחמת כאו"א אלא דנכסי הירושה משתעבדין טפי, אבל רק היכא דשייך שעבודים.

ג. כפייה – מצוה

ובתוס' שם ד"ה מצוה - מוכיח מסוגיין דכופין, ולכאו' ראייתו מהא דבע"ח יכול לגבות ממנו, ומ"מ דעתו **דכופין דוקא היכא דהניח להם אחריות נכסים. דנזקקין ליתומים במלוה בשטר - ובכתוב' צא: - בקטינא דארעא,** [ההוא גברא דהוו מסקי ביה מסקי ביה מאה זוזי שכיב שבק קטינא דארעא דהוה שויא חמשין זוזי אתא בע"י וקטריף ליה אזול יתמי יהבו ליה חמשין זוזי הדר קטריף לה אתא לקמיה דאביי א"ל מצוה לפרוע חובת אביהן. הני קמאי מצוה עבדיתו השתא כי טריף בדין קטריף.] דמיירי דלא הניח להם אביהם אחריות נכסים, ולכן אין כופין. **אבל כאן אף למ"ד דדאיקני לא קנה ומשתעבד. בדין בעי למימר דכופין. כיון דמנכסי דידיה מיפרע. כופין היתומים למ"ד מלוה בע"פ גובה מן היורשים,** עכת"ד. מבואר דחייב לפרוע חוב אביהם כשיעור מה שהניח להם אביהם, וכופין עליו, ולכן לכאו' חזינן דאינו משום כבאו"א. ובסמ"ע קיא,לא - משום דרשות יורש כרשות לוה, דבנא כרעא אבוה.[5] ותוס' מסיים "אבל כי שבק אחריות נכסים. אף דפריעת בע"ח מצוה. כופין דכופין על המצוות."

הריטב"א שם הביא דב' תוס' דמחלק ד"אף דאין כופין על מה שלא ירשו מאביהם [כתוב' צא:], **מ"מ כופין אמה שירשו. אף דאינו משתעבד כגון דאיקני, או מטלטלין.**" עכ"ל, לפי"ז משמע דאיכא מצוה אף ממה דלא ירשו. אבל שוב מביא דעה דלא אמרו מצוה איתומים **אלא ממה שירשו דאיכא לזות שפתים** וכעין לוה רשע ולא ישלם ויש בפרעון כבוד אביהם. אבל כשלא ירשו אין כאן מצוה כלל. וכעי"ז בריטב"א קיד' יג: - "מ"ע דפריעת בע"ח נלמד מהא "יוציא אליך את העבוט". וכיון דאיכא מ"ע. כופין אותו לקיימו, כשם שכופין אשאר מ"ע. וכדי שלא תהא לוה רשע ולא ישלם" צ"ע אמאי הוצרך לכך? - אבל לגבי יורשים ליכא

[5] ע"פ ב"ק ר"פ הגוזל בתרא דרשות יורש לאו כרשות לוקח - ולא רק משום דהוי דממילא, אלא משום דלא נתחלף רשויות כלל.

מצוה דאור׳ ממש בעשה. דקרא ד״יוציא אליך״ בלוה כת׳ - ותדע דקרא במטלטלי כת׳. ואפי״ה מטלטלי דיתמי לא משתעבדי. ומצוה דעלמא על היורשין כדי שלא תהא אביהם לוה רשע ולא ישלם - ואם לא רצו אין כופין. דלאו אינהו רמו עלייהו ההיא מצוה״ עכ״ל. **לפי״ז הוי כעין חובת גברא על היורשים, ורק במה שירשו, משום לזות שפתים.**

אבל רע״א ב״מ עב - מביא משו״ת הרשב״א המובא בב״י ס׳ קז דס״ל כדעת תוס׳ הנ״ל, מובא בריטב״א - **דכופין יתומים לפרוע חובת אביהם כל היכא דירשו ממנו, אפי׳ מטלטלין, דמצוה לפרוע חובת אביהם**, ורק לגדולים וכשהם לפנינו דבני עביד מצוה. אבל מ״מ היכא דאית להם חוב דידהו. צריכם לשלם זה תחלה, דמצוה לפרוע חובת עצמם תחלה. ורע״א מק׳ עליו מב״ק ר״פ הגוזל בתרא דחייבין היתומין רק בהניח להם אביהם אחריות נכסים? ומסתמא צריך לת׳ דמיירי דוקא היכא דהיתומים אינם לפנינו, או דא״א לכופם לשלם.[6]

ד. אף ממטלטלין?

וע׳ בשו״ת רש״י ס׳ רי - דן בלש׳ הכתובה ״קבילת עלי ועל ירתי בתראי לאיתפרעא ואפי׳ מגלימא דעל כתפאי״ - והוא מביא דעה דגובה אף ממטלטלי דיתמי. ורש״י דוחה דלא חייבתו תורה לגבות ממטלטלין בשום חוב. אבל שוב מספק״ל דאולי דוקא מיורשים שירשו ממונו בתר מותו, ולא ממתנה גמורה דמחיים.

ה. דוקא מאביו או אף משאר מורישים

וכת׳ היד רמה בב״ב שם דמצוה איתומים לפרוע חובת אביהם משום כבודו, מנכסיו, אף דלא אשתעביד, **דוקא מבניו, ולא ממכר, מתנה ושאר יורשים.** ובלי להביא דעת היד רמה, כת׳ התומים קיא,י דלא מסתבר לחלק בין בנים לשאר יורשים, חדא דלא מצינו הבדל [אבל ע׳ בשיטמ״ק

---

[6] נוכיח בהמשך דלדעת הרשב״א הוי חובת גברא בלבד, וכופין משום מצוה דכבאו״א.

מהראב"ד ג"כ מחלק כך - והמאירי מביא ד"ז כיש אומרים] ומוכיח ג"כ מהמשנה[7] דנפל הבית עליו ועל אביו ועל מורישיו. דמשמע דאותו מצוה לפרוע אף אשאר יורשים. אבל כמובן דיש לחלק דמ"מ אין כופין אלא מהבנים.[8] ועצם הדיון תלוי אי הוי הלכה בכיבוד אב ואם בלבד, או"ד דכל יורש נכנס תחת מורישו לגבי נכסים שירש.[9]

ו. שעבוד נכסים או אף שעבוד הגוף

איתא בכתוב' פה:, ובב"ב קמז: - אמ' שמואל המוכר שט"ח לחברו וחזר ומחול מחול, ורוב ראשונים[10] ביארו משום דמכירת שטרות הוי מדרבנן בלבד. אבל שיטת ר"ת[11] לחלק דיכול למכור השעבוד נכסים בלבד, אבל השעבוד הגוף נשאר אצל המלוה. ולכן כשמוחל השעבוד הגוף דנשאר אצלו, ממילא פקע ג"כ השעבוד נכסים. **הר"ן כתוב' פו. והרשב"א ב"ב קמז: - ס"ל דא"א לומר דכל דפקע שעבוד הגוף, ממילא פקע שעבוד נכסים, דהלא שעבוד נכסים חל אף אחר מיתתו כמו ערבות.** דנכסי דבר איניש אינון ערבין ביה, אף דלא שייך שעבוד הגוף עכשיו, **דאל"כ אמאי חייבין היתומין לפרוע חובת אביהם?** ולא רצו לדחוק דהוי כאילו הלכו הלוה למד"ה כשמתו, ולא פקע השעבוד הגוף כלל במיתתו, אלא ע"י מחילת החוב.[12] והתומים סו,מג **- מק' עליהם דהלא מי שיורש נכסיו איכא שעבוד על גופו כמו על המוריש - ומוכיח כן מהא דעדיין**

---

[7] ב"ב קנז.

[8] ומסתמא ראית התומים ע"פ שיטתו בסמוך דשעבוד נכסים תלוי בשעבוד הגוף.

[9] לכאו' ג"כ היה אפשר לחלק בין בנים לשאר יורשים מטעם אחר, דרק בנו נחשב כקם תחתיו - כלש' הגמ' קח: - דבנו קם תחתיו ליעוד ושדה אחוזה [אבל לא מצינו מי שחילק כך לענין זה].

[10] ע"ש בתוס'.

[11] המובא שם בכל הראשונים.

[12] אבל שמעתי מהגר"צ שכטר בשם הגרי"ד דזהו הפשט הנכון בדעת ר"ת, דעדיין איכא שעבוד הגוף, כל דלא נמחל החוב.

שייך שעבוד נכסין אנכסים שירשו, ושייך שעבוד נכסים דוקא היכא דעדיין איכא שעבוד הגוף[13] - לפי ביאור ר"ת הנ"ל בסוגיא דמוכר שט"ח וחזר ומחלו.[14] והוא חוזר על יסודו בתומים לט,ב - לת' קוש' הש"ך ר"ס לט - דמק' אדב' הרי"ף, רא"ש בהא דמצד א' **קיי"ל דשעבודא דאור'**,[15] **וכן שיטת ר' פפא. ומאידך דעת ר' פפא דאין גובין מיתומין קטנים משום דהוי מצוה. ויתמי לאו בני מצוה.**[16] ואמאי לא נגבה מקרקעי דירתי הקטנים, הלא שעבודא דאור'? - ומת' **דשאני קטנים דלית בהו שעבוד הגוף, ולכן ג"כ לית בהו שעבוד נכסים - דהשעבוד נכסים הוי כפייה על נכסיו לעשות מצוה המוטלת עליו.** וכעי"ז כת' בתוס' הרא"ש כתוב' פו. "כיון דנכסיו נפלו קמי יתמי דלאו בני מצוה. אף לנכסיהון לא נחתינן."[17]

הקצות ס"ק כו דחה את דב' מהא דערב צריך לשלם אחר מיתת הלוה. אלמא דהערב צריך לשלם אף דכבר מת הלוה ופקע שעבודו.[18] ומאידך הנתיבות לג,ב - בענין אי בירושה נחשבים כנוגע בדבר לעדות. היכא דמורישיו קרובים לו,[19] ולא היורשים - והקצות פסל מחמת שעבוד נכסים דערבים ביה. ולנתיבות היורשים עצמם אית להו שעבוד הגוף משום

---

[13] וע"ש במה שחולק אדב' הריטב"א - במקרה שראובן חייב ללאה אשתו, ולאה מכרה חובה לאחר. ומתו שניהם. ועכשיו השעבוד הגוף לגמרי אצל היורש בין מצד המלוה ובין מצד הלוה - ולכן לדעתו בטל כל החוב ושעבוד לגמרי - אבל לריטב"א כל דלא הוה מחילה, השעבוד עדיין קיים לכל דאתי מחמת המלוה.

[14] אבל לכאו' א"כ צ"ע בהא דעדיין שייך שעבוד ללקוחות - וע"ש שדן בזה, ואי"ה נדון בזה בהמשך. וג"כ צ"ע בהא דמק' אראשונים אלו שחולקים אר"ת, משיטת ר"ת.

[15] קיד' יג:

[16] ב"ב קעד.

[17] וצ"ע לגבי לקוחות דהוו קטנים, או דנשתטו וכדו'.

[18] כמובן דד"ז תלוי אי ערב ג"כ אית ליה שעבוד הגוף כאילו הוא עצמו לוה. וע"ש בקצות שמביא עוד ראיה מהא דצריך לשלם הענקת ע"ע אחר מיתת האדון - הלא לא נשתעבד נכסיו מקודם, דהענקה חל רק במיתתו?

[19] ע"פ רא"ש סנהד' מובא חו"מ לג, יד - ב' דעות אי שכי"מ שצוה בפני עדים הקרובים לו ורחוקים מבניו אי הצואה כלום, או"ד דפסול כיון דנמסר העדות כשהיו פסולים, אף דכשרים אצל היורשים דכל העדות שייך גבייהו.

דכרעא דאבוה, ולא רק סתם ערבות. משום דהלא נכסי היורשים קודמין לשאר לקוחות. משום דהנכסים ערבין עכשיו בעד היורשים, ולא בעד המת.״ עכ״ל, ומשמע דלנתיבות, לא רק דאיכא ליורשים שעבוד הגוף בעצמם, אלא דאינו אפי׳ לטובת אביהם. דא״כ נימא דנוגע מחמת שלא תהא לוה רשע ולא ישלם.[20] וכן בנתיבות קיב,ה דהיכא דירשו קרקעות, ג״כ אית ליתומים שעבוד הגוף. ולכן המלוה יכול אף לתפוס מטלטלי כנגד החוב, אף דמטלטלי לא משתעבדי - ומוכיח דכן מהא דרבא בר שרשום בב״ב לג. דתפס פירות נגד חוב אביהם.[21] משמע א״כ לפי״ד דאין זה דין בנכסים שבאו בירושה (לכה״פ בלבד), אלא דכיון דקם תחתיו בקרקעות, ממילא ג״כ אית ליה שעבוד הגוף. אבל צ״ע מכתוב׳ צא: - בהא דקטינא דארעא, דהוצרכו להחזיר לו הקרקע כדי לגבות ממנו - ואמאי לא גבה ממטלטלין, וצע״ג בדב׳.

והשיב נגדו המשובב נתיבות לג,ב והביא ראיה דלאו מדין שעבוד הגוף ליורש, מהא **דא״כ אף היכא דלא ירש כלום. כיון דבנו כרעא דאבוה? - וג״כ מביא ראיה מהא דהדין כן אף בהמבזבז מנכסי גר שמת** [שו״ע ערה,כח -ע״פ תוספת׳ כתוב׳ י,ו - גר שמת ובזבזו ישראל את נכסיו ויצתה עליו כתובת אשה ובע״ח. גובין מן האחרון שלהם. אין להן גובה מן שלפניו.אין להם גובה משלפני פניו]**? - ועוד מק׳ מהא דמטלטלי דיתמי לא נשתעבדי מדינא?** ומסתמא הביאור הנכון בדעת התומים, דג״כ נראה דהוי דעת הר״י מגאש, ואולי היד רמה הנ״ל, **דהוי רק הרחבה מהשעבוד הגוף של המוריש - וא״א ליצור שעבוד הגוף ממש, דשל עצמו, בלי**

---

[20] כמובן י״ל דיורשים שייך רק היכא דלית בהו שאר שעבודים. וכהנ״ל, א״נ דהוי כאילו של המת, ונחשב כבנ״ח - כדיבואר בהמשך.

[21] ומסתמא ג״כ יש לדחות הראיה מרבא בר שרשום דשאנ״ה דתפס הקרקע לגבי פירותיו [וע׳ רמ׳ טו״נ ט,ו] - וע׳ בתומים קי,ד - שדן בסוגיא זו באריכות, ודעתו דשאני תפיסה כדי לזכות בממון שכנגדו ע״י מגו מממון לממון, ולא בתורת גביית מטלטלין. [וע׳ בסוגיא שם המח׳ רמ׳, ר״י מגאש - נגד רמב״ן, ר׳ יונה - אי היה יכול להשתמש במגו לתפוס בפירות לכתחלה.]

הלואה.[22]

וע׳ בס׳ התרומות שער ד, ח״ד (מובא בשו״ע קז,ד) שדן אי היורשים יכולים לסלק המלוה מקרקע אביהם, בקרקע שלו. מי אמרי כיון דהאי ארעא לא אשתעבד, או״ד אנא במקום לוה קיימא. ומסיק דא״א **ודקאמרת דיתמי במקום לוה. נכסים דידהו אינם במקום לוה -** ועוד דהוי כלוקח. מבואר דלפי דעה ראשונה, **דלגבי מה שירש, נכנס במקום הלוה.**

ז. בזבזו מנכסי הגר שמת

כת׳ הנתיבות לז,יג - דבע״ח אינו גובה מנכסים שנתייאש ממנו הלוה וזכה בהם אחר. דהרי אינו ברשותו [ודלא כהתומים לז,יח]. והא דבע״ח גובה אף ממה שהפקיר הלוה ומלקוחות, ולא אמרי׳ דכיון דנתיאש ממנו, ופקע ממנו שעבוד הגוף, פקע ממנו השעבוד נכסים — זהו משום דמחמת השעבוד הוי כאילו מכר דבר שאינו ברשותו, ולא הוי מכירה או הפקר, משא״כ ע״י יאוש דמהני דוקא משום דאינו ברשותו. [ע״פ רש״י פסח׳ ל: - דכיון דאיכא שעבוד על הדבר כשמכרו הוה דבר שאינו ברשותו, ולא הוי מכירה - אבל יאוש חל בדוקא היכא דאינו ברשותו (כרמב״ן הידוע פ׳ אלו מציאות)]. ומק׳ ממי שבזבז מנכסי הגר, דבע״ח גובה ממנו. ות׳ לחלק דשאני ההיא דגר שמת דמיד זכה המלוה בה, דעד שמת הלוה הוה מעכב על המלוה מלהוי דידיה, משא״כ ביאוש דאינו ברשותו אף נגד המלוה, עכ״ד של הנתיבות.

---

[22] וע׳ באו״ש מכירה ו,יב - דרצה להוכיח כהתומים, דעדיין איכא שעבוד הגוף אף איורשים, מהא דהמלוה יכול למחול אף ליורשים, וממילא פקע השעבוד נכסים ג״כ, ואם נימא דהיורשים פורעין רק מטעם שעבוד נכסים בלבד. הלא מחל רק אשעבוד הגוף. אבל מביא מהא דמשמע להיפך מדב׳ רש״י כתוב׳ צב - בראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות. ושמעון מכרה לראובן באחריות. ואתא בע״ח דראובן וקטרף מיניה. דאמ׳ רבא דאחריות דנפשיה לא קביל עליה, ומ״מ מודה רבא בראובן שירש שדה מיעקב ומכרה לשמעון שלא באחריות. ושמעון מכרה לראובן באחריות. ואתא בע״ח דיעקב וקטריף. דדינא דשמעון מפצי. דבע״ח דיעקב כבע״ח דאחר, וברש״י - ולא אמרי׳ דראובן כרעיה דאבוה. ואחריות דראובן לא קיבל עליו שמעון. [וע׳ אבנ״מ לח,י - דמהני מחילה ליורשים, היכא דאמ׳ דנותן גט ע״מ שתפטרנה מכתובתה, ולא הספיקה עד שמת הבעל - ודעתו דמהני משום דבנים במקום המת לפרוע חובת מורישם.]

ואולי י״ל באופן אחר ע״פ תוס׳ עירובין ע: - דדן שם אי המחזיק בדירת הגר (באמצע השבת) אוסר מחמת דיורין בחצר, **ובתוס׳ שם - דכל הדיון שייך רק אי ס״ל דהבא מכח הגר חשיב כיורש להוי כרעיה דאבוה.** [ע׳ צ״פ ערכין ו,יח, עמ׳ 90 - ובשו״ת צ״פ ס׳ מה - לחלק דאף דנחשב כרעיה דגר דנשאר ברשות הגר עד שעת זכיית המבזבז, מ״מ נחשב דפסק כח הגר מהנכסים לגבי מצוה לקיים דברי המת וכדו׳ - וע׳ הא דב״ק קי: - ה״א דכהנים בגזל הגר יורשים ולא מקבלי מתנות - לגבי החזרת חמץ שעבר עליו הפסח, ולגבי חיוב מעשר בהמה. אלמא דשייך לכאו׳ לומר דהמבזבז בנכסי הגר הוי כאילו נכנס תחתיו]. אבל כמובן דדחוק לומר כן.[23]

ח. גובין מיורשים בתורת עצמן, ולא כלקוחות כלל

הרשב״ם קלח. בביאור הא דשכי״מ שאמ׳ תנו מאתיים זוז לפלוני וג׳ מאות לפלוני וד׳ מאות לפלוני. אין אומרים כל הקודם זכה. לפי׳ יצא עליהם שט״ח גובה מכולם - והרשב״ם פ׳ או דמיירי דהזוזי עדיין לא הגיעו לרשות היורשים, א״נ דהני זוזי הוו שדות דשוות כו״כ. הל׳ **אף דכבר גבו גובה בע״ח מהם דמקבל מתנת שכי״מ כיורש. ומקרקעי דיתמי משתעבדי לבע״ח. והק׳ הרע״א הלא אף במתנת בריא גובה ממשעבדי, ואמאי הוצרך להוסיף דמתנת שכי״מ כיורש, וקרקעי דיתמי משתעבדי?**

---

[23] וע׳ במחנ״א זכי׳ מהפקר ס״ה — דן אי הזוכה מהפקר בנכסי הגר שמת, אי בע״ח דגר עדיין יכול לזכות באותם נכסים - ומביא ראיה מתוספת׳ כתוב׳ הנ״ל דהוי כיורש - אבל שוב מחלק דאפשר דהתוספת רק במקרקעי. דכתובה אינה נגבית, מדינא דגמ׳, אלא ממקרקעי - ומביא מהעיטור בטור ערה, וכן רשב״א הנ״ל -דאף ממטלטלי. ומביא מהרי״ף פ׳ הכותב - דאף דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע״ח, טעמא דר״ט משום דכיון דעדיין לא אתו לרשות יורשים. משתעבדי לבע״ח משעבודא דר׳ נתן - וא״כ בנכסי הגר שמת, דהוו הפקר משעת מיתתו. טעמא דר״נ לא שייך - ואפי׳ לתקנת הגאונים לא שייך אלא ביורשים דבאים מכח מורישם. כמו שכת׳ הרא״ש דאין אלו שבזבזו מנכסיו חייבים בקבורתו. ואינו דומה דהאומר ״אל תקברני מנכסי״. אבל (מן ה)גר אינו זוכה אלא מן ההפקר, ונסתלק רשות הגר [ומביא מהמרדכי - דתקנת הגאונים הוה רק מן היורשים - וכן מנתיבות דף רעח (לא מצאתי) ושוב מסתפק דאולי תקנת הגאונים רק בבע״ח דאדעתא דהכי קסמך, משא״כ דנתחייב הגר לזה].

ואולי **שאני מתנת בריא דבא מכח הנותן בחייו, ולכן נשתעבדו אותם נכסים. אבל זו אי לאו כירושה, לא הוה בע"ח יכול לגבות ממנו, דכבר פקע השעבוד במיתת הלוה.** [כנתיבות, ותומים הנ"ל] אולי ע"פ סברא הנ"ל יכול לבאר חילוק אפי' בדרגא דאור', אבל לכה"פ בדרגא דרבנן יכול לבאר ע"פ תוס' ב"ב שם קעה: ד"ה "לא מן היורשים" - ומת' דלקוחות גרועים היכא דאיכא קלא - דהוי חוצפא לקנות דבר דאיכא קול דמשועבד לאחרים, וד"ז לא שייך ביורשים - ויש לבאר דעת הרשב"ם ע"פ תוס'.

ואולי ע"פ הנ"ל נוכל ליישב סתירה במשמעות הסוגיות: דע' ב"ב קעו. הל' **מלוה על פה גובה מן היורשים. משום שלא תנעול דלת בפני לוין, ואין גובה מן הלקוחות משום דלית ליה קלא. משמע דבעי סיבה מיוחדת לגבות מיורשים, אף דלא שייך חסרון דקלא,** וצ"ב.[24] ולכאו' הביאור כהנ"ל דמעיקרא ניתן לגבות מלקוחות, כל דאיכא קלא, משום דלקחו בחיי הלוה, **אבל יתומים דירשו רק לאחר מיתתו, אי לאו דמשום שלא תנעול דלת בפני לוין, לא הוה גובין מהם.**

וע' רשב"א קמז: - בכלל קושיותיו אשיטת ר"ת הנ"ל לחלק במכירת שטרות דמדאור', אבל רק השעבוד נכסים, והשעבוד הגוף נשאר אצל המלוה - והיכא דמחל החוב ובטל שעבוד הגוף. ממילא בטל אף שעבוד נכסים - ומק' וז"ל, "... **ועוד שאם אתה אומר שכל שפקע חיוב הגוף פקע השעבוד, א"כ אף אנו נאמר דאפי' מלוה בשטר אינו גובה מן היורשים. דשעבוד גוף הלוה פקע עם גמר מיתתו. וכל שאין גוף אין שעבוד.** וכ"ת שאנ"ה דלא פקע לגמרי, אלא משום דליתא, הא איתא אכתי מחוייב הוא, והרי"ז כמי שהלך למד"ה דיורדין לנכסין ונפרעין מן הנכסים של ערבים. כל שידענו שלא התפיסו צררי, ושלא פרעו." מבואר מדב' דלא הוי כעין שעבוד הגוף בכלל איורשים [דלא כתומים סו,מג הנ"ל - דהוכיח דעדיין איכא שעבוד הגוף איורשים מההיא טעמא לר"ת], דכבר פקע שעבוד הגוף, ומ"מ איכא שעבוד נכסים - דעדיין הוו כבני חורין. אבל

---

[24] תוס' קעו. ד"ה "גובה" - מק' מסוגיא קיד' יג: דגובה מן היורשים משום דשעבודא דאור', ובסוגיין משום כדי שלא תנעול דלת בפני לווין. ומת' דסוגיין לדעה דשעבודא דרבנן, ולכן תקנו מיתומים כדי שלא תנעול דלת., וסוגיא דקיד' לדעה דשעבודא דאור'. ובנמוק"י - דאוקמה אדאור' משום שלא תנעול דלת.

לכאו׳ צ״ע **דאמאי הק׳ הרשב״א דוקא מיורשים, דלכאו׳ שייך קצת גבי דידהו שעבוד הגוף - ואמאי לא מק׳ אף מלקוחות דגובין מהם לאחר מיתת הלוה, אף בלי שעבוד הגוף כלל?** - ולכאו׳ הביאור **דשאני לקוחות דכבר נשתעבדו הם לגבי אותם נכסים מחיים, משא״כ כאן דרוצים לחול שעבוד נכסים איורשים, לאחר מיתתו.** ולכאו׳ צ״ל כעי״ז אף לת׳ דעת התומים - דאיך ית׳ הא דלקוחות - מי שייך אף לדידהו שעבוד הגוף - אם לא נימא דכיון דיורשים חייבין, ממילא ג״כ איכא שעבוד נכסים. [אמרי׳ בינה גב״ח ס׳ טו, וכן משמעות הנתיבות] (ובס׳ נחל יצחק ס׳ קח ענף ג - דשאני מה דמכר על מה דמשועבד לבע״ח, משום דמכר בעת דהוה עליו שעבוד הגוף הוי כמוכר דבר שאינו ברשותו [ע״פ רש״י פסח׳ לא: בסוגיא דבע״ח מכאן ולהבא או למפרע הוא גובה].) וד״ז לא הוה שייך לירושה דממילא, אי לאו דאיכא שעבוד מיוחד איורשין.

ט. כיבוד אב מן האב: כל דלצורך המת נשאר אצלו

אף דעד כאן היינו נוקטים, דאי כהראשונים דרק בניו צריכים לשלם בדאיקני, מחמת כיבוד אב האם, דליכא ענין מיוחד בנכסים שקבלו בירושה, לפי הנראה עדיין צריכים לדון בזה. **דע׳ בשו״ת רע״א סח - דיון לגבי ממון שקבל הבן דרך ירושה אי אמרי׳ ביה כיבוד אב רק משל אב** [קיד׳ לב.], כגון היכא דהאב צוה לבנים לתת מירושתם לאחר. **והוא דן אי הא דחייב לפרוע חובות אביהם משום כבודם, ואמרי׳ דכיון דבא מכח אביהם, לא מקרי כ״כ של בן.** ומ״מ דעתו לדחות קצת די״ל דשאנ״ה דבצירוף טעם דנעילת דלת בפני לוין. וג״כ שאני היכא דאיכא זילותא דאביהם (כגון דבר מסויים של גזל או רבית).[25]

עוד מצינו דממונו משועבד לצרכיו דלאחר מיתתו, בכתוב׳ מח. האומר אם מת הוא לא תקברוהו מנכסיו אין שומעין לו. לאו כל הימנו שיעשיר את בניו ויפיל עצמו על הצבור. מבואר דנתחייבו נכסי המת בקבורתו.

---

[25] וע״ש באריכות לגבי כאבו״א לאחר מותם.

ואי׳ בטור חו״מ ס׳ קז - ״מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם. וכופין כמו את . בד״א דהניח אחריות נכסים שנשתעבדו הנכסים מחיי אביהם - אבל בלא״ה מצוה משום כבוד אביהם. אבל אין כופין ממטלטלי, דלא משתעבדי מטלטלי דיתמי. ואפי׳ מופקדים ביד מלוה. משום דממצות כיבוד (או״א) שמתן שכרה בצדה. ואם לא ירש כלל מאביהם ליכא אפי׳ מצוה על היתומים לפרוע.״ משמע דמה שירשו מאביהם נחשב ככבאו״א משל אב, דאל״כ ממילא ליכא חיוב לכבד משל בן.[26] **אבל ע׳ ב׳ דעות בהג״א כתוב׳ שם אי איכא מצוה אף דלא הניח המוריש** כלום והק׳ הקוב״ש כתוב׳ שם ס׳ שיד **- דהלא אף דהניחו להם אביהם. הלא כבר זכו בהם, ואינו של אביהם?** ודן ע״פ שו״ת רע״א ס׳ סח הנ״ל - ות׳ **דכיון דצורך המת לפרוע חובותיו. וכל שצורך המת קודם ליורשים. ומקרי עדיין שלו לענין דבר הצריך לו.** ומוסיף על דבה״ק מדב׳ המחנ״א זכי׳ ומתנה ס׳ לא משו״ת הרשב״א ס׳ שעה - **דמי שזיכה למת מעות לצורך מצבה זכה בהן המת. כדאמרי׳ מותר המת ליורשים, ומסנהד׳ מח. כיון דגבאום לצורך המת זכה בהן המת** - ומק׳ המחנ״א **דהלא אינו משום ירושה, דאין קנין למת. אלא דנתבזה המת כשגבו על שמו.** ומסביר דעת הרשב״א משום מצוה. [כיד רמה סנהד׳ מח] אבל הקוב״ש מבאר דב׳ ע״פ שיטמ״ק ב״ב ח: - **דמותר המת ממש מדין ירושה. דכבר זכה המת כדי להורישו. ושייך קנינים למת לצורכו.** וע׳ בשו״ת מהר״ח או״ז ס׳ קס - שדן אי שייך **שהנותן מתנה למת שיורשיו יזכו בו.**

וכנגדם אי׳ בראש״ש מוע״ק ג,עט - דהיכא דכת׳ הגמ׳ סנהד׳ **דכל מה שזרקו על המת זכה המת, לאו דוקא לש׳ זכה, אלא אסור בהנאה, מלמד** דשייך לתכריכין שנקבר בהם. אבל לכאו׳ **פשטות הגמ׳ דאית ביה צד קנין ממש.** [וע׳ בחי׳ הגרש״ש ב״מ כו,ו - **דלא שייך למימר הרי שלך לפניך במה שזרק ע״ג מת** (רמ״א יו״ד שמט,ג), ולא אמרי׳ דנחשב כהיזק שאינו ניכר, דפליגי הראשונים (ע׳ תוס׳ ר״פ הכונס) אי שומר יכול לומר באיסוה״נ הרי שלך לפניך - ותי׳ הגרש״ש **דכל דלצורך המת נחשב כקנוי לו, ולא רק כסתם איסור הנאה.**] וע׳ בעוד כמה לש׳ בש״ס דאיכא צד קנין

---

[26] אבל ע׳ טור יו״ד ס׳ רמ. דאם אין לאב, ויש לבן כופין אותו וזן את אביו כפי מה שיכול - ובב״י מהרי״ף דמדין צדקה - ובדרכי משה - דהוי טפי מסתם צדקה.

למת לצורך כבודו וקבורתו. כהא דב"ק פא: דמת מצוה קונה מקומו, ובב"ב קיב. דאיכא חסרון להוי צדיק קבור בקבר שאינו שלו, ובשו"ת חת"ס יו"ד שלא - בהא דמיישב מנהג כל תפוצות ישראל ליקח אחוזת קבר אף בשביל עניים - כדמצינו אצל אברהם אבינו במערת המכפלה, ובתוס' ב"ב מד: - דאין לך אדם שאין לו ד"א של קרקע לצורך קבורה, ומתוס' מוע"ק יג. מהירוש' - דאין מפנין את המת מקברו. דנוח לו לאדם לדור בשלו.[27] וע' במה שמביא המחנ"א שם ממח' רש"י - שא"ר בגיט' יד: **במי ששלח מעות לאחר וכשהגיע שליח ליד המקבל. כבר מת המקבל - דלרש"י אין נותנים ליורשים דהוי קנין בטעות** - ולשא"ר כפשוטו דאין קנין למת. **משמע מרש"י דשייך קנין למת אף בתר מותו, אי לאו דהוה קנין בטעות.**

לפי כל הנ"ל יובן טפי הא דכת' רע"א דשייך כאו"א לפרוע חובת אביהם, דהנכסים עדיין של אביו לענין כבודו.[28] ועפי"ז טעם זה דמשום כבאו"א, לכאו' לא שייך אלא בבנים, ולא בשאר יורשים. אבל א"כ צ"ע מדב' הרא"ש כתוב' צא: דאין כופין אמצות כבאו"א דממצוות שמתן שכרה בצדה. וכן ברמ' מלוה יא,ז - הבא להפרע מהיורש בין גדול ובין קטן. לא יפרע מן המטלטלין. אפי' מופקדין או מלוה אצל אחרים. שאינן תחת השעבוד ד"ת.[29] ומצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן מן המטלטלין שהניח. ואם לא רצה היורש אין כופין. ואם תפס בע"ח מחיים גובה מהם אבל הר"ן מביא מהר"ח דכופין אף אמטלטלין שירשו משום דמצוה לפרוע חובת אביהם - והר"ן חולק עליו - ומק' מכתוב' צא: - דכופין רק היכא דהדר קנאו הקרקע, וכן בשו"ת הרשב"א הנ"ל. לכאו' חזינן דלר"ח דאין זה מדין כאו"א, דאל"כ אמאי כופין, הלא מתן שכרה בצדה, אלא מסתמא דהוי כמו הוי חובת עצמם, דמצוה עליהם לפרוע חובת אביהם ממה שירשו ממנו - ואולי דבנו כרעא דאבוה. ואית להו שעבוד הגוף

---

[27] וע' בס' חבצלת השרון פ' פנחס עמ' תתנו.

[28] ואף דכך הבין הקוב"ש ע"פ ראיותיו, יש להבין דב' רע"א דהוי כעין שעבוד בעלמא, ולא דהנכסים עדיין של אב.

[29] ע' חי' ר' ארי' לייב ס' סב.

כשיעור שירשו. אבל עוי"ל ע"פ הנ"ל דהוי דין מיוחד של כבאו"א ממה שירשו.

ואף הר"מ פיינשטיין זצ"ל ס"ל כן, דע' בדב' הדבר"מ ר"פ ח, ס"א ענף ב - אחר שהביא כמה מראיות הנ"ל דנשאר זכותים למת, לגבי מה שנצרך לצורכו, דאפשר דגם דין ירושה הוא מצורכי המת שהוא צורך ורצון גדול להמת להנחיל לבניו - ועפי"ז מבאר דין משמוש נחלה, דהמת יורש זכות שבניו יירושו אותו. [ואף אם נימא דלא כמהר"ח או"ז הנ"ל, דיכול לזכות למת כדי ליתן ליורשיו, י"ל דיכול שהמת יזכה ע"י ירושה דממילא - כדמצינו קמא]. ומצינו ג"כ בב"מ לח: וחרה אפי והרגתי אתכם. איני יודע שנשותיהם אלמנות ובניהם יתומים. אלא מה ת"ל והיו בניכם יתומים. ובניהן רוצין לירד לנכסי אביהן ואין מניחין - וד"ז הוי קללה ועונש לאב. [ועפי"ז יבואר ג"כ דב' הרמ' נחלות ד,א - "האו' זה בני או זה אחי או זה אחי אבי או שאר היורשין אותו. **אף שהודה באנשים שהן קרוביו הרי"ז נאמן ויירשנו.**"[30] דמשמע דשייך הודאת בע"ד אף אממון יורשיו, והמת נחשב כבע"ד.]

י. מצוה לקיים דברי המת

לגבי עוד ענין מצינו דנכסים שבאו בירושה עדיין שייכים למוריש, מהא דאי' בכמה מקומות[31] דמצוה לקיים דברי המת. דלכאו' אי הנכסים לגמרי של היורשים, אמאי צריכים לצייתי ליה.

---

[30] וע' תשב"ץ א,נח - ה"א דשייך נאמנות על אלא דהוו קרוביו, רק בשעה שלא היו קרובים טפי, דאו' עליהם שאלו ראויים ליורשו - אבל לא בשיש לו בנים ראוים ליורשו. דאפשר דלא היה כוונתו על דעת שיירשנו. ומילי בכדי. דלא סליק אדעתיה. ומילתא דלא רמיא אאיניש לאו אדעתיה. ודוחה דלא מפני ההודאה זוכים היורשים בירושה. דירושה ממילא וממון הקנו לו מן השמים. ודב' אלו א"צ להם להקנות לו הנכסים. ורק להחזיקו בקרוב. ולא בעי עדות, אלא חזקה בעלמא - דאל"כ לא היו אחרים נאמנים ע"פ חזקה זו, דהלא אין בידם לחלק הנכסים - ועוד דא"כ היה רק באו' כן במתכוין להנחילו - ומוכיח דז"א מהא דבר בוכרא. דמסי רוקא [ע' ריב"ש מו, מז].

[31] כתוב' סט:, סופ"ק דגיט'.

וכדי להבין גדר דין זה, יש לע׳ בראשונים שדנו בזה. דאי׳ בגיט׳ יג. תנו מנה לפלוני יתנו לאחר מיתה - ובגמ׳ - והא לא משך. אי בבריא כי צבורין מאי מהני. אלא בשכי״מ - אמאי בעי צבורין - אלא במעמד שלשתן.

וכת׳ רש״י - דצ״ל דמיירי לדעה דלית ליה מצוה לקיים דברי המת - וכן הק׳ בתוס׳ דאמאי לא נימא דמצוה לקיים דברי המת מ״מ? ות׳:

1) דלא רצה לאוקמי לדעת יחיד כר״מ, אף דקיי״ל כמותו.

2) דא״כ דזהו ביאור בסוגיא שם, אמאי בעי צבורין.

3) מר״ת דלא אמרי׳ מצוה לקיים דברי המת אא״כ בדבר שהושלש מתחלה לכך. ואף דצ״ע אמאי ד״ז מהני (ואי״ה נדון בזה בהמשך), מ״מ הוא מביא כמה ראיות לשיטה זו מהא דכתוב׳ סט: - במשליש מעות לבתו, תנו שקל לבני - וג״כ מהא דעפי״ז מבאר הא דאיסור גיורא [ב״ב קמט.] - דלא הוה מהני מלקד״ה משום דלא הושלשו מתחלה לכך.

ופליגי הראשונים בהבנת שיטת ר״ת, בטעם דבעי הושלש מתחלה לכך. והרמב״ן כת׳ - **דדוקא כשאינו תחת ידיהם של יתומים**, ומסר לשליח. שמסר נכסיו לאפוטרופוס ונוכל לומר כך וכך עשה בהן.[32] וכעי״ז ברשב״א - ״אלא בדבר שהוא מוציא מידו ומיד היורשים ונותנו ביד שליש או ביד שליח, ולא במה שאינו מניח ביד אחרים.״ וכעי״ז **במרדכי ב״ב**

---

[32] והק׳ הראשונים מגיט׳ מ. שפחתי עשה לי קורת רוח. עשה לה קורת רוח. ות׳ דכיון דאמ׳ כך כבר זכו בה שמים וכמוסר מתנתו לשליח דמי [וכן ברשב״א - דזכו בהן מן השמים - בשינוי קצת דזכה מן השמים, ולא דשמים זכה בהן] - ושם מהבה״ג, ורה״ג - דקורת רוח הוי לא מצינא למיעבד הך עבידתא דקשיא לא כייפינן. דדומה לאו׳ תן מנה לפלוני, ונתן שליח, שאין היורשים יכולים להוציא מידו מאחר שזכה, אף היא זכתה בעצמה ע״פ. וברשב״א - דלרי״ף (בה״ג, רה״ג) לא אתי שפיר :גירס׳ דאתי שפיר - וזהו כרמב״ן - אבל לגירס׳ י״ל - דלא זכתה בעצמה כלל במה שא״צ לעשות מלאכות כבדות, וליכא כעין קנין בזה עכשיו. ובריטב״א - דבזו א״א לומר דכבר זכה בה שמים. ובר׳ קרשקש - דזו עדיפא מביד אחרים דזכו בה מן השמים. ובס׳ הישר ס׳ קו, קח - דכבאה ליד שליש כדאמרי׳ גר שמת בין קטנין בין גדולים קנו את עצמן בנ״ח דזכו בעצמן. וגם זאת זוכה בעצמה והויא כשליש.

תרל - דלא זכה בה משום מלקד"ה אלא הושלש מתחלה לכך כר"ת. משום דבזה לא זכו בה היורשים בשעת ירושה. אבל הריטב"א מביא ר"ת הנ"ל, ומסביר דב' דדוקא במוציא מידו ומיד יורשיו ונותנו לשליש. אדעתא למיעבד ביה כו"כ. **אבל מה שאינו מניח ביד אחרים לא אמרי' מלקד"ה משום דאיכא למימר משטה אני בך או דהוי פטומי מילי בעלמא** - ושוב מק' בהא דלא אמרי' כן באיסור גיורא. וא"כ יוצא דלרמב"ן, רשב"א ומרדכי בעי הושלש לכך כדי שלא תהא ממילא לגמרי ליורשים, אבל לריטב"א הוי מחמת גמירת דעת בשלמות. וכעין דב' הריטב"א הנ"ל, מינו ג"כ ביד רמ"ה, דאי התם בדב' הרמ"ה - **דבשכי"מ המצוה מחמת מיתה לתת אמרי' ביה מלקד"ה אף דאינו ביד שליש** - ומבאר עפי"ז הא דקורת רוח בשפחתי. ומסתמא יש לבאר דב' דמטעם הנ"ל **דבעי שליש משום משטה. ואין אדם משטה בשעת מיתה, דדעתו שלמה בהיא שעתא.** וכעי"ז בהמשך, דבאו' מנה של פלוני בידי תנו לו, אמרי' ביה דשלא להשביע את בניו אמ' כן. משמע דבלא"ה, אי הוה ביה דעת גמורה. חייב לקיים דב' מ"מ.

היוצא לדברינו דלריטב"א דבעי הושלש מתחלה לכך דוקא כדי שלא לומר דמשטה, שיהא נחשב כצווי גמור, אבל לרמב"ן, רשב"א, ומרדכי הענין כדי שהיורשים לא יזכו בנכסים. ומסתמא הביאור דשייך מלקד"ה דוקא כשהנכסים עדיין שייכים למוריש, ולא הגיעו עדיין ליד יורשים.

אבל עדיין עלינו לבאר הא דשליש מהני לזה, דהלא היורשים כבר זכו בירושה, אף דביד שליש, דע' בשו"ת רע"א ח"ד ס' כט (עמ' תפא) - מביא מהרמ"א חו"מ רנב,ב - דדבר שלא ניתן במתנת שכי"מ, ורק מצוה לקיים דב' המת. אם קדמו היורשים ומכרו. מה שעשו עשוי. ומדייק רע"א דמשמע דקאי אף אדב' המחבר דמצוה לקיים דב' המת שייך רק בהושלש מתחלה לכך - וא"כ לכאו' אין הנכסים ביד יורשים, וא"י להוציא בדיינים. ואמאי מהני מכירתם? וכן מק' מהר"ן סופ"ו דכתוב'[33] - דבאפוטרופוס לבנו הגדול וצוה שלא ליתן לבנו עד שיהא בן כ'. דאם מכר הבן ותפס

[33] וכ"כ הריטב"א שם, וכן השי' לר"ן מהרשב"א, וכן בשו"ת ריב"ש תסח.

הלוקח מיד האפוטרופוס דמהני תפיסתו - ואף דאין האפוטרופוס רשאי לתת ללוקח מחמת מצוה לקיים דב׳ המת [ורע״א נשאר בצע״ג אדב׳ הרמ״א - דאמאי כת׳ דיכול לתת ללוקח נגד הר״ן] ומ״מ איך מהני מכירת היורשים, הא הוי אינו יכול להוציא בדיינים? וכמובן דד״ז תלוי בגדר אינו ברשותו, דאולי דוקא ע״י קניני גזלה - אבל מ״מ חזינן דאף דביד שליש עדיין הוי של יורשים, ובכלל ״שלו״[34] - ואמאי אמרי׳ מצוה לקיים דברי המת - בפרט לביאור של המרדכי?[35]

ואולי יש לבאר ע״פ הא דכת׳ הרשב״א קכט: ״כל מי שהחזיק בתחלה מחמת ירושה, אף דאמ׳ אחריך לפלוני שג״כ ראוי ליורשו. **דכיון מחזיק בהן מכח ירושתו, אף שבא להפסיקה אינו רשאי שהרי לאחר חזקה כמצוה על נכסים שאינן שלו.** ואף באמ׳ דלשני מעכשיו. דכל שמחמת ירושה אין לה הפסק.״[36] אבל צ״ע דכת׳ כן רק היכא דכבר עשה חזקה בהם. ואולי כיון שהחזיק בהם כבר נתברר דהוא היורש, וא״א לאחר לזכות בהם. וכעי״ז בר׳ יונה שם - דכיון דראוי ליורשו והחל רש באותו שדה ירושה אין לה הפסק. ושאני היכא דירש גוף השדה לי׳ שנים. דהרי כיורשה לעולם, דירושה אין לה הפסק. ומשמע מדב׳ הרשב״א **דנחשב כשל מוריש רק עד שבא ליד יורשים, ומאז הוי כמצוה על נכסים שאינן שלו, ונחשב טפי כאינו שלו ממה דניתן במתנה או מה שנמכר.** דהלא התם יכול לומר אחריך- וי״ל **משום דבא כדבר דלאחר מיתתו, והא כבר נסתלק. ומשו״ה**

---

[34] ואף דלכאו׳ יש לחלק בין אפוטרופוס לשליש, מסתמא זהו רק לגבי אי נחשב כברשותו (דשאני אפוטרופוס דהוי כשומר דיורשין, כפי שיבואר בהמשך) - אבל מ״מ הוי של יורשין מ״מ. נוב״י תנינא חו״מ מה - דקים לי כדעת יחיד לא שייך היכא דהנכסים ביד שליש, דאף דהירושה בחזקת היורש, מ״מ אינו בידו.

[35] וע׳ בסוגיא דתפוסת הבית, אי עדיין נחשב קצת כשל אביהם קודם שחלקו - ע׳ חי׳ ר׳ שמואל ס׳ יב,ה שמסתפק אי אפי׳ כל האחין ביחד יכולים למכור הנכסים קודם חלוקה, דפשטות אמאי לא - ומאידך מביא דעת המהר״ח או״ז ס׳ קכא - דבעוד שהנכסים בתפוסת הבית לא זכו היורשים. אלא בחזקת המת הן עומדין - מרש״י חול׳ כה: - קודם חלוקה הם חייבים במעשר בהמה. דהנכסים בחזקת מיתנא קיימא.

[36] ומוכיח שכן מהא דאל״כ הדעה שאחריך כמעכשיו פליג על זה, ויכול לת׳ המשניות אליביה. צ״ע בהא דלא מהני אף באמ׳ מעכשיו, דהלא לא חל הירושה כלל? ומסתמא הביאור דכבר נחשב כדידיה משום דעומד ליורשו.

י״ל דהיכא דביד שליש, אף דהוי כירשוה, עדיין שייך למוריש כדי לומר מלקד״ה. אבל היכא דהיורשין כבר זכו בירושתן, כבר פקע מהנכסים שם המוריש, והוי כמצוה על ממון שאינו שלו. **והרשב״א הולך לשיטתו במה שכת׳ לגבי שעת הירושה ולגבי מודר הנאה,** דע׳ ברשב״א ב״ק קח: - דהאומר לבנו קונם אי אתה נהנה משלי. אם מת יירשנו דעכשיו אינו נהנה ממנו, אלא יורש ממילא נכסים מכח ירושתו שהורישו רחמנא. ואינו דומה לככרי עליך ונתנה לו במתנה [נדר׳ לה.] שאסורה אא״כ יד אחר באמצע. **והכא שאני דמשל שמים. שהוריש עם מיתת האב.** מבואר מדב׳ **דשיטת הרשב״א דאחר שכבר חל הירושה, פקע שם המוריש מנכסים.** צריך להקביל דב׳ הרשב״א לדב׳ הנמוק״י קכט. במי שראוי יורשו לא מהני אחריך אף לאחר שראוי ליורשו, ואף בלש׳ מתנה ממש. דכיון דראשון ראוי ליורשו לאו מתנה דעלמא, אף דאמ׳ לש׳ מתנה, אלא כירושה גמורה. וירושה אין לה הפסק דבמקום המוריש עומד. ופליגי הרשב״א והנמוק״י אי היכא דהחזיק בנכסי ירושה, ואמרי׳ ביה ירושה אין לה הפסק, אי משוהו כנכסים שאינו של מוריש, או אדרבה כהנמוק״י דהיורש במקום המוריש. ואי״ה נרחיב הדיבור לק׳ בענין ירושה אין לה הפסק.[37]

ומצינו עוד דחסר בירושת היורש עד שהגיע לידו, בקצות רמח,א - מביא דעת הב״י בדעת הרמ׳ **דהיכא דהנכסים ביד שליש, אף דאמ׳ בלש׳ ירושה לבניו. לא אמרי׳ ביה ירושה אין לה הפסק, ואחריך מהני.** והק׳ עליו המהרי״ט חו״מ ס׳ עד - דהלא ברשות יורש בכל מקום שהוא, ושאני לש׳ מתנה דמעקרא מירושה לגמרי. והקצות מסביר דעת הב״י - דמשום מלקד״ה אין המקבל זוכה, דאינו עושה קנין, אלא שהיורשים צריכים לקיים דב׳ המת [ודעת הרי״ו בש״ך רנב,ו - דאם קדמו ומכרו אין המקבל יכול להוציא מן הלוקח] ולכן אינו מגרע האחריך, ועדיין הוי בכלל ירושה אין לה הפסק, עם חובת גברא על היתומים. ולכאו׳ הביאור במהרי״ט דשייך מלקד״ה רק היכא דלא פקע זכותו בממונו, דעדיין ביד שליש, ולא היכא דכבר ירשו היורשים. ופליגי הקצות והמהרי״ט במח׳ הריטב״א נגד

---

[37] וע׳ בקצות ריב,ג -היכא דהיה חייב לקיים דיבורו מחמת ״כל היוצא מפיו יעשה,״ אמרי׳ מלקד״ה אף דלא הושלש מתחלה לכך. וי״ל דבעי כן רק לייצור חיוב על המצווה אבל ע׳ באגר״מ יו״ד קמז,א - דמדייק בדב׳ דלא כת׳ כן אלא בשכי״מ.

הרמב"ן, רשב"א, מרדכי.[38] וכן פליגי בזה במפו' במהרי"ט חו"מ ס' ו - דלא אמרי' מלקד"ה כל דכבר זכו בו היורשים דירושה אין לה הפסק. ולקצות שם רמח ס"ק ה - דמלקד"ה אינו מגרע מהא דירושה אין לה הפסק, משום דלא מסלקינן להו מירושתם, אלא שאנו אומרים דעליהם מוטל לקיים דבריו. ולנתיבות שם ס"ק ו - דלא שייך מלקד"ה כל היכא דאינו זוכה השני, אלא מחמת הראשון, כגון באחריך, דכבר פקע ממונו מהמוריש.

4) עוד ת' התוס' דלא אמרי' מלקד"ה היכא דלא נתרצה השליש לקיים. וכן בר' קרשקש - דבעי ג' דב' כדי לומר מלקד"ה שמצוה לאחרים לעשות, כלומר שאינו רוצה לעשות בעצמו - ושקבלו אחרים לעשות או ששתקו דשתיקה כהודאה - וכן דסיפק בידם לעשות דהוי בידם.

5) ועוד הוסיף התוס' מר"ת ד"בגר לא אמרי' מלקד"ה, **דכל דאיתיה בירושה מצוה לקיים דבריו הואיל ולא פסק כחו מאותו ממון דמכחו יורשים, אבל גר דליתיה בירושה ופסק כחו מממונו. אין מצוה לקיים דבריו**. וכה"ג אמרי' במתנת שכי"מ" [ב"ב שם קמט. ותוס' שם]. וכן בדב' הרמב"ן - ד"דוקא ליורשיו או למקבלים מתנתו שיש להם לעשות בשלו כמו שמצוה להם. כענין עשו להם קורת רוח. אבל באיסור גיורא דזכה מן ההפקר. מאי מלקד"ה שייך בנכסים אחרים." וברשב"א - "דוקא למי שבירושה. דממוניה בחזקתיה. ומחמתיה הוא דירתי ליה ירתיה. הלכך בממוניה מצוה לקיים דבריו."

לפי דעות אלו הא דנכסים באו בירושה גורם טפי לומר דמצוה לקיים דברי המת, משום דעדיין אית למוריש כח, או דממוניה עדיין בחזקת המוריש. להיפך מדב' המרדכי גיט' - דלדב' הוה אמרי' כן אף באיסור גיורא, דהוי גר שמת אי לאו דלא הושלש מתחלה לכך. דלמרדכי היכא דקבלו היורשים ירושתן כבר פקע זכות המוריש, וא"א שוב לומר

---

[38] וע' בחבצלת השרון פ' ויחי - ומת' עפי"ז הא דהק' הריב"ש ס' רז - בהא דהאשה א"א להפקיע ירושתה מבעלה ע"י מלקד"ה - דלא שייך למימר כן אלא בירושה דמכח מוריש, ולא מכח אישות (ע' תוס' קיג. דמחמת שארות, ולא מחמת קורבא), וע"ע בטבעת החושן שם.

מלקד"ה, ואולי דליכא חילוק כ"כ מיורש למבזבז מנכסי גר שמת, דבשניהם פקע מנכסים שם המת.[39]

6) הרמב"ן שם בגיט' מוסיף לת' ולהגדיר מלקד"ה טפי - דוקא היכא ששכי"מ (לכאו' אף בריא) מנה שליח או צוה ליורשיו עשו כו"כ מנכסי, ומת. מלקד"ה. בין במוסר בין במצוה. אבל האו' נותן מנה לפלוני אין או' מלקד"ה משום דלא צוה לנו ליתן, אלא דנותן מתנה ואם קנה מן הדין קנה, ואם לא קנה אין מלקד"ה - וכן דעה בתוס' ב"ב קמט. לפי"ז החילוקים אי אמרי' מלקד"ה אינו תלוי למי שייך הנכסים, אלא ביחס המצוה והמצווה, ואינו נוגע כ"כ לענינינו.

7) ה"א לת' **דאין כופין** משום מלקד"ה. ודוחה מההיא דגיט' מ. דכופין את היורשים. לעשות לה קורת רוח, לשחרר שפחתו. אבל מר"ת דאין כופין, ושאני הא דשפחה. דכשאמ' דעשתה קורת רוח. נעשה כמפקיר שפחתו ויצאה לחירות. ואי לאו מלקד"ה הוה אמרי' דנחשב כמשטה בה. אבל כיון דמלקד"ה אמרי' דמדעת גמורה הוה.

וע' דעה בתוס' קמט: דבשפחה שייך הא דמלקד"ה טפי, ואף דלא הושלש מתחלה לכך. אולי י"ל דכבר נחשב כהושלש, או דהוי שיעור בגמ"ד בלבד. ולכאו' עצם הדיון אי כופין אמלקד"ה תלוי אי הוי דין בדיני ממונות, או דהוי מצוה בעלמא מכבוד המת, כדיבואר בהמשך.

8) **ר"ן גיט' - נ"מ בין מלקד"ה למתנת שכי"מ אי הוי קנין מיד, או רק מצוה. ונ"מ ליתומים קטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו. לפי"ד הר"ן מלקד"ה הוי מצוה בעלמא.** ושם - דלא אמרי' כן אלא במי שאי' בירושה דלא פסק כחו מאותו ממון, משא"כ בגר - ומביא מהרמב"ן דאמרי' כן ביורשיו, או ממי שקבל ממנו במתנה. שכיון שמחמת מתנתו זכה בהן אסור לעבור על מצותו. וכת' המרדכי ב"ב תרל - כל מתנה שאדם זוכה מכח מצוה לקיים דברי המת או מתנת שכי"מ או מצוה מחמת מיתה. אשה גובה פורנא מהן - ומביא שכן מגמ' קלג. דמתנה לא כ"ש. דלא זכה במקבל מדין מלקד"ה עד שבא לידו. ונ"מ היכא אם היה הנותן כהן.

---

[39] וע' תוס' באריכות בסוגיא קמט.

דעבדים אוכלים בתרומה עד שבא ליד המקבל. משמע ג"כ דמלקד"ה אינו עושה קנין, וחל רק כשמגיע ליד מקבל.

וע' במחנ"א זכי' ומתנה ס' כט - דדעתו דמלקד"ה עושה קנין מרש"י גיט' יד: - דזכה מקבל בשעת מיתה. אבל מביא מהר"ן גיט' שם דהוי מצוה בלבד ונ"מ לקטנים דלאו בני מיעבד מצוה נינהו. ומביא מתוס' גיט' לח. (אבל לענ"ד אין הדיוק מוכרח). עי"ש ס' ל שדן אי מלקד"ה מהני כדי לחייב היורש להניח לפלוני לדור בביתו. דהוי דבר שאין בו ממש דלא ניתן לקנינים.

וכדאי להשלים להביא שאר התי':

9) עוד דעה מצינו בתוס' קמט: מר"ת - דלא אמרי' מלקד"ה אלא בדבר שלא הוה יכול ליתנם מחיים.

10) דעה בתוס' קמט: מהר"י - דדוקא כשצוה פה אל פה. לפי דעות אלא ג"כ תלוי עד כמה המצווה צריך לקיים מצות המת, ובאיכות הצווי.

מצינו עוד קשר בין הירושה והאי דין דמלקד"ה במה דכת' התשב"ץ ג,קל - "מי שמת וצוה שבתו תינשא לפלוני, ובנו ישא לבת פלוני - דמשום מצוה לקיים דב' המת. **צריך לקיים דב' אם רוצים לירש נכסיו," עכ"ל. משמע מדב' דמלקד"ה הוי כמו תנאי בירושה, ואף בדברים אחרים חוץ מעצם הנכסים.**[40] **ואף התוס' כתוב' סט: מקשר מלקד"ה לירושה** בהא דדן **אי מלקד"ה אף בשדה שקנה השליש ממעות אביו, או"ד דדוקא באותם מעות בלבד** - דשיטת ר' יוסי נגד ר"מ דהלא אמאי נימא מלקד"ה במה שביד השליש, הא מ"מ אם קנו שדה יכול לתתה לבעלה. מבואר משיטתו דשייך מלקד"ה דוקא באותם נכסים שבאו בירושה, או לכה"פ מה שנקנה בהם. וכן בנוב"ית אבהע"ז מה - **דיון אי שייך מלקד"ה במי שמצוה לבתו שלא לישא את פלוני, ודעתו דהוי רק תקנה מדרבנן - ולא שייך אלא**

---

[40] ע' ראשונים ביצה כ.

בממונו[41] - וכן מבואר מתוס׳ כתוב׳ פו. דחולק ארש״י דכופין אף אמצוה דרבנן כדחזינן דכופין אף אמצוה לקיים דברי המת. וכדי לת׳ לרש״י ע׳ בחבצלת השרון פ׳ ויחי דכת׳ דכופין רק אמצוה דאור׳ דלשיטתו גיט׳ יד: **דמלקד״ה עושה קנין, וממילא כופין אממון, ולא אמצוה.** [וכ״כ הקוב״ש שם בכתוב׳] אבל צ״ע דלא משמע כן מרש״י תענית כא. דמלקד״ה כר״מ בכתוב׳ סט: דאי לאו מצוה מן הדין נותנין להם כל הראוי להן שהרי כל הממון שלהן הוא ואין בו לאותן אחרים כלום אלא לאחר מיתתן אם יש מותר יש להן ואם לאו לא יטלו. **ומתוך שאנו רוצין לקיים דב׳ שירשו אחרים תחתיהם אנו מקמצין את הממון כדי שיהא שם מותר.** וכעי״ז ברשב״ם ב״ב קלז: דעה דדברי שכי״מ ככתובים ומסורין שלא תטרף דעתו. קודם שיהא יכול לעשות קנין, ולא נמצאת צוואתו בטלה.[42]

יא. אפוטרופוס

ע׳ בסוגיות גיט׳ נב, ב״ב קכט, קלא: **דמשמע דאב יכול לעשות אפוטרופוס על יתומיו.** ולכאו׳ צ״ע **דהלא מיד כשמת פקע זכותו בממון ונפל ליורשים - והאיך שייך למנות אפוטרופוס אממון דלאו דיליה?** וי״ל דכבר ביאר הראב״ד הל׳ נחלות י,ה - על הא דכת׳ הרמ׳ שם ד״מי שמת והניח יורשים גדולים וקטנים צריך למנות אפוטרופוס שיהיה בחלק הקטן עד שיגדיל. ואם לא מנה חייב ב״ד להעמיד להן אפוטרופוס עד שיגדלו שב״ד אביהן של יתומים והשיג עליו הראב״ד - ״והוא שחלק להם בחייו שאם לא חלק יניח הכל ביד הגדולים ואם ישביחו ישביחו לאמצע״. וביאר בערוה״ש רס׳ רצ - **דס״ל לראב״ד דא״א להעמיד אפוטרופוס לגדולים**

---

[41] ודן ביחס כיבוד אמו מחיים, לכיבוד אביה אחר מותו - ושיטתו דלא כהבנת התשב״ץ הנ״ל דהוי כתנאי בירושה.

[42] ושאל אותי ת״ח א׳ אי שייך מלקד״ה היכא דצוהו לתת כל הירושה לאחר - או״ד רק עד חומש או שליש וכדו׳. ותלוי אי כאילו לא ירשו או״ד הוי רק מצוה המוטלת עליו. ואם זה תלוי רק בחלק בירושה או ביחס לכל ממונו, ואי איכא בזה משום עבורי אחסנתא. וצ״ע. ושוב מצאתי במהרי״ט חו״מ ס״ו דלא אמרי׳ כן היכא דאיכא אעבורי אחסנתא לגמרי אבל אולי המהרי״ט לשיטתו כדלק׳ דמלקד״ה הוי נגד ירושה - ועדיין צ״ע לדעת הקצות דהוי מצוה בעלמא.

משום דכבר פקע ממנו ממונו במיתתו - וכעי״ז כת׳ הרא״ה מובא בריטב״א כתוב׳ ע.,, ובריב״ש תסח - דגדול אפי׳ יש לו אפוטרופוס. כגון שמינה אותו להם אביהם לזמן ידוע. אפי״ה מיד שהוא גדול מקחו מקח וממכרו ממכר כאילו אין לו אפוטרופוס. אלא שאין מוציאין הנכסים מיד האפוטרופוס ומוסרן ליורש כל אותו זמן שצוה המוריש. **לפי״ז פשוט דאפוטרופוס לא מחייב כלל נגד גדולים.**

ודעת המ״מ דאף דעת הרמ׳ דכן, דמיירי רק לאחר חלוקה. אבל בפשטות הרמ׳ דז״א, והאב יכול למנות אפוטרופוס אף לבנו הגדול, דכת׳ באבן האזל שם דכן **משמע בלש׳ הרמ׳ שם הל׳ ח - ״דאין מונעין ממון גדולים מהם. אא״כ צוה אביו או מורישו שלא יתנו לו** אא״כ היה איש כשר ומצליח או שלא יתנו לו עד זמן פלוני״ - וכן מובא בשו״ע רצ,כו - דמשמע דשייך למנות כעין אפוטרופוס אף לגדולים, אבל כת׳ שם הרמ״א דגדולים יכולים לומר אין אנו צריכים אפוטרופוס, אא״כ שייך מצוה לקיים דברי המת.[43] ואולי יש לבאר דעת הרמ׳ **דעדיין איכא למוריש קצת זכות על הממון שמוריש - ויכול להתנות ולהעמיד אפוטרופוס עליה, בפרט כשהוא עדיין בתוך תפוסת הבית** - ואולי רק לריב״ב דאית ליה כל אב להנחיל לבניו, או אולי אף לחכמ׳. - וע׳ בעה״מ קלא:. דסוגיא דאפוטרופוס מיירי דוקא בקטנים דצריכי לאפוטרופוס, אבל לגדולים דאין דרך לאפוטרופוס הוי מתנה גמורה. וקצת תוספת ביאור לד״ז אי׳ בגמ׳ כתוב׳ ע. דה״א לחלק דאין דין פעוטות, דוקא היכא דנכסים ביד שליש, אבל באפוטרטפוס איכא אף דאינו ביד שליש, כיון דליכא שינוי בזה. דעושין לטובת היורשים. ומסתמא מההיא טעמא שאני העמדת אפוטרופוס, דנראה דלא בעי תנאי מלקד״ה, לדעת הרמ׳, משום דשאני אפוטרופוס דלטובת היורשים.

---

[43] אבל ע׳ באגר״מ אבהע״ז א,קי - באריכות, דמחלק דכו״ע מודי דיכול לעשות אפוטרופוס לטובת האפוטרופוס ולכבודו, ולא לצורך היורשים - והוי כעין קנין לאפוטרופוס - ע׳ לש׳ הרשב״ם קל.

יב. עוד ראיות דשאני פריעת חוב ע"י יורשים

בטור שם ס' קז - דיכול להשביע ליתומים שבועת היסת דאביהם לא הניח להם כלום. מד"ז משמע דהיורשים עצמם נחשבים כבע"ד, ולא רק מכאו"א, דצ"ע אי יכול להשביעם על מטלטלין משום כבאו"א - ולכאו' הוי מילתא דפשיטא דא"א להשביע לסתם לקוחות אף אקרקעות, ומסתמא דרק ביתומים דבמקום המוריש. ומ"מ אי' התם דלא תקנו שבועת הגאונים, דרק על הלוה, ולא היורשים.

בדף קעד. כת' היד רמה - ד"כיון שמת המוריש הערב הוי ערב דיתמי כיון דרמי חיובא גבייהו." והוסיף שם ד"אף דשמעי' לר"פ דשעבודא דאור' .זהו רק משום דס"ל דפריעת בע"ח מצוה. ויתמי לאו בני מיעבד מצוה עד דגדלי - ולר' הונא איכא שעבוד מלבד המצוה. אלא ממילא משתעבד נכסי."[44] מבואר בדב' **דס"ל דעכשיו המצוה מוטלת על היורשים, והערב הוי דידהו דיתמי - ומסתמא דהיד רמה לשיטתו דנכנסו היורשים תחת המוריש בנכסיו.**

וע' בחו"מ ס' קג,ד - בב"ד ששמו כדי לטרוף בנכסי לוקח וטעו בכ"ש מכרן בטל. אבל אם היו הנכסים בנ"ח וטעו בשומא, דינם כב"ד שמכרו נכסי יתומים וטעו. אם דקדקו כדבעי לא בטל אפי' שוה ר' בק' - ובסמ"ע ס"ק ו - דמלקוחות. עושין כשלוחין. והשליח שטעה אפי' בכ"ש בטל דלתקוני שדרתיך. אבל כשגובין מבנ"ח דלוה, לא הוו כשלוחין, אלא

---

[44] רמב"ן שם - היכא דערב פרע בלי להודיע היורשים. סב' דמצוה עבד. והיורשים א"צ לפרוע לעולם. סוגיין מיירי ביתומים קטנים, אבל בגדולים. אף דאיכא מצוה אין כופין אלא היכא דירשו, ואין כופין דלאו מן הדין. ובבעה"מ, נמוק"י - כיון דעכשיו היתומין פטורין דלאו בני מיעבד מצוה, א"כ אף הערב באמת הוה פטור בההיא שעתא - ולבעה"מ - הה"א דהוו רק כמו דאריא רביע עלייהו, דפטורים דוקא כשהם קטנים, וחייבין כשיגדלו, הוי בני חיובא. וכמלוה דתבעו ללוה ונתחייב בדין ואין לו שיפרע. שגובה מן הערב מיד. וע' בסוגיא ב"ב לב: וברמב"ן שם - דרבא בר שרשום - אי הוה יכול להשתמש במגו נגד היתימין בעודם קטנים. וע' בתוס' דמשמע דתלוי אי הוו רוצים לפרוע בההיא שעתא. :כמובן דיש לחלק בגדר השעבוד הנצרך כדי לגבות מן הערב, והגדר דבעי לגבות משעבוד נכסים וכדו' - דהלא אף לאחר מיתה - כת' הרשב"א בדעת ר"ת דהוי כאילו הלך למד"ה (מסתמא כיון דעדיין לא נמחל השעבוד).

כב״ד. דעל הלוה לטרוח ולזבן את שלו כדי לשלם, וכן **אם גובין מהיתומים לשלם חוב אביהם דגם עליהן היה מוטל לזבן ולשלם חוב אביהן מנכסים שירשו.** וכעי״ז כת׳ הסמ״ע קז,א **בהא דגובין מהיורשים מה שקנה אביהם אחר ההלואה, אף אם דאיקני לא נתחייב. דבמקום אביהם קיימי**, אבל דוקא ממקרקעי, דעיקר סמיכת דעת המלוה עליהן.

ויש להוסיף דהרמ׳ מביא דיני גבייה מיורשים בפ״יז מהל׳ מלוה, קודם שמביא דיני טירוף מלקוחות בפ׳ יח. דמשמע דפשוט טפי לגבות מיורשים ממלקוחות, וד״ז מתבאר אם נאמר דירושה שייך טפי למוריש משאר לקוחות, בפרט אם נאמר דאיכא אף שעבוד הגוף על היורשים.

בהוספות למשפט יהונתן[45] על האו״ת סו,מג, עמ׳ תשה - הביא עוד נ״מ בין גבייה מן היורשים, לבין גבייה מלקוחות - מהטור ס׳ קט - דבגבייה מן היורשים אמרי ביה שומא הדר כמו מן הלוה עצמן, משא״כ מלקוחות - וביאר הברית יעקב ס׳ צו - דשאני יורש ולוה עצמו. דענין שומא הדר כדי לקיים דין פרעון, ולא רק גביית החוב מנכסים. וההיא טעמא לא בעי קנין חדש, רק כחזרה מהגבייה לקיים פרעון במקומו. וד״ז שייך רק ללוה עצמו או ליורשים שאף עליהם לפרוע החוב.[46]

וע׳ באריכות באבי עזרי מלוה פ׳ יא דמביא הא דשו״ע לט,ג - דאמרי׳ סתם קנין לכתיבה עומד אף היכא דכבר מת הלוה - ומק׳ רע״א - דהלא לדעה דשייך למונעו עכשיו (ורק סתם קנין לכתיבה, ולא נגד רצונו). הלא כאן דמיירי ביתומים נימא דהוי כבלי דעת המתחייב? ות׳ דהוי דעת המתחייב מצד היתומים, ולא בטל שליחות המוריש - דבנו כרעא דאבוה לפרוע חובת אביהם ע״פ רא״ש ב״ק ס״ו - לבאר הא דבאחין שחלקו ובא בע״ח ונטל חלקו של א׳ שבטלה המח׳, אף אם נימא דאחין שחלקו לקוחות. דיתמי כרעא דאבוה לפרוע חובת אביהם. ואי״ה נדון באותו סוגיא בהמשך.

---

[45] מאת הר׳ יעקב זריהן.

[46] אבל לרמ׳ מלוה כב,טז - אף בגבייה מלקוחות אמרי׳ דשומא הדר.

סוגיא דאחין שחלקו ובא בע"ח וטרף מא' מהם

אי' בב"ק ט. ובב"ב קז. הגמ' דנה בענין ב' אחין שחלקו ונטל א' קרקע וא' כספים. ובא בע"ח ונטל קרקע. דאזיל האי ושקיל פלגא מכספים. פשיטא האי ברא והאי לאו ברא.[47] **וברש"י "דהאי לאו ברא לפרוע חוב אביהם" ומשמע מדב' דפורע החוב מחמת דהוה אביו, ומיחסו אליו, ולא משום שעבוד נכסים בלבד.** והגמ' תולה **אי אחין שחלקו יורשים או לקוחות, דאי כיורשים בטלה חלוקה, משא"כ אי כלקוחות.** ויש לדייק מכל משמעות הסוגיא דהיכא דאיכא רק אח' א', ודאי עדיין נחשב כיורש, והדיון רק לגבי תפוסת הבית. ולזה ביאר הפס' רי"ד בשיטות קמאי ב"ב קז - **דהא דיורשים הוי כמו שעדיין תפוסת הבית קיימת.**[48] רב אמ' בטלה

---

[47] מלש' זה משמע דירושה משוהו ברא, דאי מפסיד ירושתו חסר ממנו השם ברא - וע"ע ביחס יכיר והכרת שאר הבנים ע"י ירושה.

[48] עוד ראיות דנשאר כנכסי ירושה, אף ביד היורשים: בכורות נו: - יהיה לך מכאן ששותפין פטורין ממעשר בהמה. יכול אף בקנו מתפוסת הבית. ת"ל יהיה - וע' רש"י על המשנה - דכל שלא חלקו ועדיין תפוסת בית ירושת אביהם קיימת דלא הוו כשותפות. דכאביהן דמו. ושם - היכא דחלקו גדיים נגד גדיים ותיישים נגד תיישים. לר' ענן. אמרי' דזהו חלק המגיעו לו מתחלה - וברש"י - דאמרי' ברירה וזה חלק המגיע לכל א' ממיתת אביו ועדיין ירושה היא ושם ירושה עליהן. וכי חזרו ונשתתפו הדרא לה תפוסת הבית כמרישא ולא שותפות הוא, משמע דהיכא דאיכא רק יורש א', ודאי נחשב דשם אביו עליו.

וע' סוגיא קלד: - באח שהודה לספק - ומת הספק דנכסים חוזרין למקומן - ומבואר בגמ' דחוזר כמות שהיא עם מה שגדל עליו, ולא רק שהאחין מחלקין מחדש, ומשמע דעדיין נחשב כקרקע שירש מאביו, אפי' לאח"ז - וע' ביד רמה - דמחלק אי עדיין קיים אותו דבר שהאחין ירשו מאביהם או לכה"פ ממונא דאתי מחמתיה - אז חוזרין ממון הספק למקומן, אבל היכא דאיתניס הממון ביד האחין. פלגי כל האחין לכולי ממונא, דלא נחשב כגזל בידם להתחייב באונסין, וד"ז הוי חידוש דתלוי אם אותו ממון עדיין קיים - ועוד דאיכא חלות אף לממון דאתי מחמתיה [ע' שע"י ה,יא - בהא דלא אמרי' קם דינא - וכך העיר לי האברך מרדכי נויברגר]. אבל עוי"ל דנחשב דחלוקה ראשונה הוה בטעות, ולכן הוי כאילו לוקחים ממון אביהם רק עכשיו. וג"כ משמע דלא כהרשב"ם דכת' דזה שהודה. יכול לומר להם הרי החזקתם בנחלה הראויה לו לספק מאבינו אותה טלו לכם שהרי לא מחל לכם חלקו ואכתי עד השתא בתורת גזל ישנה בידכם. ועכשיו תירשו אותו חלק מן הדין.

וע' בב' לש' לעיל ביד רמה בהא דחוזרין הנכסים למקומן: א. משום שהשתא נמי לא קא שקיל טפי ממאי דשקלי שאר אחים מעיקרא. ב. ועוד דממ"נ אי אחוהון הוא

מחלוקת ושמואל אמ׳ ויתר, ולר׳ אסי נוטל רביע בקרקע ורביע במעות - ותולה אי כיורשים או כלקוחות, ושלא באחריות. ובביאור סוגיא סתומה זו פליגי הראשונים כמו שיבואר בהמשך:

א. מוטל על היורשין לפרוע בשוה

כ׳ רש״י דאי כיורשים על שניהם לפרוע הלכך מחצית חלקו יחזיר לו - או כלקוחות ואין לו עליו כלום.

וכעי״ז בראב״ש - דאף דקיי״ל דבדאור׳ אין ברירה, והול״ל דלקוחות הן. **אלא דסברא מוחלטת דיתמי כרעא דאבוהון אינון לפרוע חובת אביהן בשוה בין נטלו שניהם קרקע, ובין נטלו שניהם כספים.**[49]

ובהמשך דב׳ דאף דע״פ סוגיין דבע״ח נוטל בשוה מכל האחים, אין נותנים לו חלק קטן מכל האחים דא״כ נעלת דלת בפני לווין דאין זו פרעון יפה. אלא ב״ד מגבין לו חובו משדה אח׳, ויתמי נמי אף שחלקו לא הורע שעבודו בשביל זה וגובה שדה אח׳ מאיזה שירצה - והא דבכור נותן פ״ש דינא קמ״ל דמחוייב לפרוע פ״ש בחובת אביו כפי מה שנטל, דלא תימא מתנה דיהיב ליה רחמנא ולענין פרעון חובת אביהם לא יהא אלא כא׳ מן האחין, ולא לענין זה שיצטרך בע״ח לגבות ממנו ב׳ חלקים, עכ״ד. מבואר דלדעת הרא״ש, הא דהוי יורש מחייבו לפרוע חובות אביהם, משא״כ במתנה - אם לא נאמר דשאני מתנה של פ״ש.

אשתכח דהו״ל זכותא בחולקא דכל חד מינייהו כשיעור מאי דשקל בחולקיה דהאי. והשתא נמי כי מיית אשתכח דקא ירית לה כל חד מינייהו לההוא זכותא דהו״ל למיתנא בנכסיה וסו״ס לא קא מטי מנכסיה להאי אחא דמודי ליה טפי מאי דמטי לכל חד מהנך אחי דלא אודי ליה, ואי לאו אחוהון לית להו זכותא בנכסי אחיו כלל, משמע דב׳ לש׳ אי אזלי׳ בתר הא דנקטו מעיקרא, או״ד דנחשב כאילו יורשים אותו חלק עכשיו או במה שכבר שקלי מעיקרא.

[49] וי״ל דהוי כאילו א׳ פרע החוב בשביל כולם, ולכן צריך לבטל מה שכבר חלק, וכאו״א צריך לפרוע. ואי״ה יתבאר טפי בהמשך.

ב. חלוקה בטעות

והנמוק״י ב״ק שם מסביר הא דבטלה חלוקה באופנ״א וז״ל - ״אף דבסוגיין ב״ב קכד דא״א לגבות טפי מחבריה. דכאו״א חייב לפרוע חובת אביהם, ואי יורשים הוו דלא כאו״א לא זכי בחלקו אלא מכח ירושה, וכח ירושה לא הוי אלא היכי דמטי ליה לאחוי מאי דחזי ליה לפום ממונא דשבק אבוהון. **וכיון דבא בע״ח ונטל חלקו של א׳ אגלא מלתא למפרע דמה שחלקו תחלה לאו חלוקה דכחלוקה בטעות ובטלה.**

יוצא דלרש״י, ותוס׳ - הא דבטלה החלוקה משום דכל האחים צריכים לפרוע חובת אביהם עכשיו - אבל לנמוק״י בטלה משום דכיון דצריך לפרוע. ממילא הוי חלוקה בטעות למפרע.

וכעין דב׳ הנמוק״י, מצינו ג״כ **ברמ׳ נחלות י,א וז״ל ״כשם שבטלו מחלוקת כשבא אח אחר, כן בג׳ אחים ובא בע״ח ונטל חלק של א׳ מהם.״** וע׳ בגרי״ז בכורות מז - שדן בדמיון זה, ואי שייך לומר דממש בטל למפרע בבא בע״ח כמו שהיכא דבא אח אחר - והגרי״ז מבאר ע״פ הרמב׳ן דכאילו התנה דאם יטול בע״ח משל א׳ מהם. יחזרו לחלוק. ואולי כהנ״ל **דהוי כאילו אותו חלק לא הוה ראוי לירושה.**

וכעי״ז ביד רמה - דאחין שחלקו יורשים הן כלומר דכל א׳ מינייהו חולקא דמטי ליה בתר ירושה. קאי גביה מחמת אבוה, ודיהא דלא לזכי ביה אלא האיך דאתברא דמטי ליה לאחוה מירושה דאבוהון כי האי שיעורא דמטי ליה לדיליה, א״נ בציר מהכי. אם ידעי ומחלי. ואמטול להכי **כי אתי בע״ח דאבוהון ונטל חלקו של א׳. כמאן דלא מטא ליה חולקא מעיקרא. והו״ל הנך ב׳ אחי אחרינא כב׳ אחים שחלקו ובאו אח ממד״ה. דלרב בטלה מחלוקת.** אף דהתם לא נחית אדעתא דהא מילתא מעיקרא. דכסברי דשפיר פליג. דאכתי לא שקיל בע״ח מידי. כבא להן אח ממד״ה דמי. משמע לפי״ז דאין הביאור דכאו״א חייבין בפרעון חוב אביהם, וג״כ דלא כרמב״ן הנ״ל דהו״ל כאילו התנה, אלא דנחשב כאילו אותו יורש לא נטל ירושתו. כיון דבא בע״ח ונטלו ממנו. ולכן כל האחים צריכים להשלים. ולכן צריך עוד חלוקה. וצ״ע מהא דכת׳ היד רמה בסוגיא קכד. דוקא הבכור דקרייה מתנה, אבל חלק פשוט. אם אמר איני נוטל ואיני נותן אינו רשאי. אלא היכא דירית מידי דמשתעבד לבע״ח דאבוה מחייב

לאיטפולי ביה ולשיימיה נהליה משום דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם דשבק להון אבוהון. וכיון דמצוה לאו כל כמינייהו לסלוקי נפשייהו מנכסיה דאביהון, אלא מחייב למשיימינהו לבע"ח או למפקינהו מיניה." עכ"ל. משמע דס"ל כרש"י והרא"ש. ואולי יש לת' דליד רמה, באמת חל המצוה לא כאו"א כפי חלקו, אלא לגמרי. דמצוה לפרוע חובת אביהם. אבל ג"כ איכא ענין אחר דהחלוקה צ"ל **באופן דכל א' מינייהו חולקא דמטי ליה בתר ירושה. קאי גביה מחמת אבוה, ודיהא דלא לזכי ביה אלא האיך דאתברא דמטי ליה לאחוה מירושה דאבוהון כי האי שיעורא דמטי ליה לדיליה**, א"נ בציר מהכי. אם ידעי ומחלי. **ואמטול להכי כי אתי בע"ח דאבוהון ונטל חלקו של א'. כמאן דלא מטא ליה חולקא מעיקרא,** עכ'ל. ויש להוסיף דד"ז מאד מסתבר **דהשעבוד הגוף נובע, לא רק מהנכסים שירש, אלא מהא דחייב בכבוד אביו, מכבאו"א** [כדכת' בדף קנז.] - דמצוה איתומים לפרוע חובת אביהם משום כבודו מנכסיו, אף דלא אשתעביד, דוקא מבניו, ולא ממכר, מתנה ושאר יורשים.[50] [ע' קצות לז,ג - אי אמרי' דאף בשותפין שחלקו, וגבו בע"ח מא' מהם. אי ג"כ בטלה החלוקה מחמת

---

[50] ומצינו עוד לכמה ראשונים דמשום דהוו יורשים,צריכים לפרוע טפי (ולא רק ממה שירשו). יש להעיר בהא דהתורה קורא יורש לגואל של מורישו - כדמצינו "ואם אין לאיש גואל. ". וע' בכמה פעמים במאירי - דעה דכופין אותו היורשין אף אנכסים שלא ירשו כלל - ע"פ כתוב' צא: דשבק חוב של ק', וקטיני דארעא שוה מ' - דגבה והם פדאו, והוא חזר וגבה בטענה דמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם (ע"ש בלש' המאירי) - ולרש"י - כיון דמדרבנן בלבד אין כופין עליו - וכן מסתבר מהמשך הגמ'. דאם אמ' כשפדה דאין דעתו על מצוה לפרוע חובת אביהם. א"א לגבות מהיתומים טפי. והמאירי מק' עליו דאפי' מטלטלי דיתמי לא משתעבדי אלא מתקנת הגאונים. ומסתמא הת' דאין זה מדין שעבוד, אלא דכופין אמצוה לפרוע חובת אביהם.

וכן במאירי כתוב' פו. דאיכא מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם, אף דלא ירשו כלל, ולא ירשו אלא מטלטלין. מ"מ אין כופין דאינו אלא מחמת כבוד.

וכן במאירי ב"ק ח. דגובין מיורש נזקין אף מן העדית, אף דמן הלקוחות הוה גובה מן הזיבורית בלבד. שהיתומין יורשין הם ויורש כרעא דאבוה וראוי לפרוע חוב אביו מן הדין.

וכן בספק הג"א כתוב' פו. אי מצוה לפרוע חובת אביהם אף היכא דלא ירשו כלל.

וכן בנתיבות קיב,ה הנ"ל - דהיכא דירשו קרקעות, ג"כ אית ליתומים שעבוד הגוף. ולכן המלוה יכול אף לתפוס מטלטלי כנגד החוב, אף דמטלטלי לא משתעבדי.

טעות, או"ד דשאני יורשים דמשום דכרעא דאבוה. ואולי יש לבאר אחרת **הא דבירושה בטלה החלוקה טפי, דהוי כאילו אינו ראוי לירושה** ע"פ שיטת הרשב"א בכמה מקומות**, דירושה שייך דוקא ממה שלא נשתעבד לאחרים מחייו.]**

דוקא ממה שאינו משועבד

וכעין הא דביארנו דמה שמשועבד לאחרים הוי כאילו דלא שייך כלל לירושה, מצינו עוד סמוכים בראשונים:

דע' בשו"ת הרשב"א ח"ה ס' פה - "אף דצוותה תורה לתת פ"ש לבכור בכל אשר ימצא לאב, ואעפ"כ פורע פ"ש בחובות, נראה מדבריהם שאף שאין למלוה כלום בגוף הממון עד שעת גוביינא. מ"מ די בשעבוד לבדו שיש למלוה על ממון הלוה שיתואר שנמצא לבעליו. שאל"כ האיך מתקיים הכת' שהוא עומד וצווח לתת לו פ"ש בכל אשר ימצא לו. **אלא ודאי דאין הממון מתואר כנמצא לבעליו (להוי בכלל לתת לו פ"ש מכל אשר ימצא לו) אלא מה שהוא ממונו בן חורין לגמרי ומופקע מכל מיני שעבוד.**" וד"ז דלא כדב' היד רמה שם בסוגיא דקתני יצא עליהם שט"ח בכור נותן בו פ"ש הלכתא היא דכיון דשקיל פ"ש במאי דשבק אבוה דינא הוא דיהיב פ"ש במאי דמחייב ביה מחמתיה דאבוה, ואם אמ' איני נוטל ואיני נותן רשאי.

וכן בתוס' גיט' נ:, ורשב"א שם - דאי' שם - שכי"מ שאמ' תנו מאתיים זוז לפלוני וג' מאות לפלוני וד' מאות לפלוני. אין אומרים כל הקודם בשטר זכה. לפי' יצא עליהם שט"ח גובה מכולם - וברש"י - כפי חשבון חלקו - והרשב"א מביא ראיה לדב' מסוגיין דבכור שנוטל פ"ש ג"כ נותן פ"ש. **והרשב"א - דוחה הראיה דדלמא שאני יורש דאין להן בנכסים כלום אלא במה ששייר בע"ח של אביהם,עכ"ד.** ואינו דין בבכור בלבד,משום דכמתנה, אלא אף בכל יורשים.[51] **וא"כ להרשב"א י"ל דאינו**

[51] וע' ב' דעות בר' קרשקש גיט' שם - אי חוזרין וחולקין בשוה אם לקח בע"ח מא' מהם - או"ד שאני יורשים ממש. וע' ביד רמה ב"ב קלח. דודאי מקבלי מתנה חוזרין וחולקין כיון דאינם יורשים, אלא לקוחות ולית להו אלא מעות.

בטל למפרע משום דמוטל על כאו"א מהם לפרוע חובת אביהם, אלא משום דמה דמשועבד לאחרים אינו ניתן לירושה - וי"ל דשאני משותפין שחלקו דאינו בטל למפרע היכא דבע"ח גבו מהם - דבע"ח גובה רק מכאן ולהבא.[5352] [אבל ע' רשב"א קז. דאי "כיורשים בטלה מחלוקת משום דלא על דעת כן חלקו" - ולא משום דאגמ"ל דלא הוי ראוי לירושה - אם לא נאמר דהוי חסרון בחלוקה, ולא בעצם הקנין - משום דעיקרו של ירושה הוי לישאר אצל האחים כיורשים.]

ואולי ע"פ יסוד הנ"ל יבואר הא דדף קכד. דבדב' הרשב"ם - דהא דכת' איני נוטל ואיני נותן הוי רק אורחא דמילתא. אבל יכול לעשות כן אף בלי חוב נגדם. ולולא דברי הראשונים היה אפשר לומר להיפך דיכול לעשות כן דוקא היכא דהנכסים משועבדים כבר, ואינו זוכה בנכסים ממילא. דלכאו' עדיף לומר ד"ז, דמגמ' התם משמע דאיכא זיקה בין הא אמ' אינו נוטל להא דאמ' אינו נותן, ולהא דכבר יצא עליו שט"ח. (אבל כמובן דכ"ז הוי דלא כהבנת כל הראשונים באותו סוגיא.)

---

[52] וכן ע' ב"מ יד: וברש"י שם - דודאי הלוקח אית ליה שבח ממה ששבח כל זמן שלא נטרפה ממנו, דהוי מכירה מעליתא. שאם פרע המוכר מעותיו לבע"ח. הרי מסולק מן הלקוחות - וע"ע בשיטת הרמ' מלוה פ' כא - דמשמע דבע"ח גובה אף השבח דממילא - ואולי דהוי כעין טעות. וע' שם טו: ברש"י - דלדעה דאף היכא דאית ללוקח זוזי לא מצי לסלק ליה לבע"ח. היכא דיש קרקע מותר על החוב עם השבח. מסלק ללוקח בזוזי ע"כ דלוקח ולא מצי לוקח למימר הב לי מן ארעא שיעור שבחי. דאמ' כוליה דידיה ואת ירדת בה שלא ברשות. אבל בנמוק"י ועו"ר דהוי משום דכאילו כת' דאיקני, ואחריות טעות סופר - ודן שם אי יכול לילף מקבלי מתנה מיורשים, מהא דבבכורות נב. דבע"ח גובה אף שבחא דממילא, ומביא מהרא"ש לחלק וטעמו משום דשאני יורשים דכרעא דאבוה הם. ומסתמא הביאור דצריכים לשלם מהשתא, ולא רק כנכסים כשהיתה של הנותן (לוה) - וכן נראה דפליגי בזה הרמ' - ראב"ד מלוה כא,ד - דלרמ' מקבלי מתנה כיורשים, והראב"ד חולק. וע' נמוק"י ב"מ קי. דמשמע דאי גובה שבח דממילא ביורשין. כ"ש במתנה. דכיון דממילא יכול למימר ארעא דמשתעבדא לדידי אשבחא - דהא במתנה שיפה כחו ממכר. כת' הרי"ף דגבי. וע' ברא"ש - דאין להם על מי לחזור. אבל הרא"ש דוחה - משום דשאני יורשים דכרעא דאבוה ועליו מוטל יותר לפרוע . הלכך גבי מיניה שבח אף דאין עליהם למי לחזור - וכ"כ התוס' בכורות שם. ושוב דעה שם דדוקא מזון הבנות דעיקר חיובו על יתומים. בע"ח הוה גובה מהם אף משבח, אי לאו דמקולי כתובה (בכורות שם), אבל שאר בע"ח כשם שאינו גובה משבח דמקבלי מתנה. כך אינו גובה משבח דיורשין (וכן מר' יונה).

[53] א"נ די"ל דשאני ירושה דשייך רק להא דאין לו הפסק.

שאני ירושה דהוי דידיה טפי

איתא בגמ׳ קלג. בשכי״מ שכת׳ כל נכסיו לא׳, רואין אותו דאם ראוי לירושה. לירושה, ואי לאו למתנה - דאמ׳ נכסיה לפלן. ולמאי הלכתא. אי דאם ראוי ליורשו אלמנתו ניזונת מנכסיו, ואם לאו אין ניזונת מנכסיו - והגמ׳ דוחה מיגרע גרעא השתא בירושה דאור׳ אמרת דאלמנה ניזונת. במתנה דרבנן לא כ״ש. משמע דירושה הוי גורם טפי שלא לגבות ממנו. ופי׳ הרשב״ם - דאף דאלימא כח יורש. דהתורה זיכתה לו ד״והיה ביום הנחילו את בניו״ - ושאני מתנה גמורה מקנין דרבנן. וג״כ משמע מדב׳ דירושה ממש אינו בחשבון הגמ׳ - דאל״כ אמאי מוקים ליה הרשב״ם דוקא בשיטת ריב״ב. וי״ל משום דלית ביה שום צד מתנה, וכל הה״א דר׳ אדא משום דאף מתנת שכי״מ ליורש הוי כעין מתנה, ומ״מ כיון שג״כ הוי יורש ניזונת ממנו, והדחיה דאי ניזונת מיורש דקיבל במתנה מדאור׳, כיון דליכא קנין או מכר, כ״ש דניזונת ממתנת שכי״מ דליכא קנין גמור. וטעם הדבר דאין ירושה גמורה בכלל כ״ש דגמ׳, אולי דירושה גמורה כיון דהוי המשך דמורישו נתחייב טפי לזון. א״נ דלא נחשב כשעבודים כלל כיון דלא עשה כלל כדי לקנותו, והמוריש ג״כ לא שעבדיה כלל מחיים, ולכן פשוט דגובה ממנו.

ושיטת הר״ג דלא כרשב״ם, דמבואר מדב׳ דהגמ׳ מיירי בירושה ממש. דאף דכבר ביאר דלא מיירי בסוגיין במי שיש לו בן ליורשו, בלש׳ ״ודלא כריב״ב דאיהו אמ׳ אף במקום בן או בת,״[54] שוב ביאר הכ״ש ״דאף היכא דהבנים יורשים אביהם שקלה מזוני. מתנה דרבנן לא כ״ש.״ ודב׳ צ״ע דלכאו׳ הגמ׳ כבר ידע דאלמנה ניזונת מיורש ממש דזהו עצם התקנה. וג״כ ידע דאינו גובה ממתנה ממש, מהמשנה דגיט׳ דאין מוציאין למזון אשה ממשועבדים - וא״כ אמאי פשיטא ליה מירושה למתנה דרבנן, דאדרבה מתנה דרבנן הוי טפי כמתנה דאור׳ מכירושה? - אם לא נאמר דאף מתנת שכי״מ הוי כירושה דרבנן. וכ״כ **הר״י מגאש - בע״ח אף במלוה בע״פ גובה ממתנת שכי״מ, כמו מן היורשים - וכן ממטלטין. כי היכי דמן היורשים. דמתנת שכי״מ כירושה שוויה רבנן** - ולא עוד אלא

[54] לשיטתו קכח: - דלא כפשטות הסוגיא קל.

דירושה אלימא, דמתנת שכי״מ הוי מדרבנן בלבד. לדידיה דמיון הגמ׳ הוי מירושה ממש דאור׳ (דלא הזכיר דמיירי רק לריב״ב) למתנת שכי״מ דהוי כירושה מדרבנן. וכן ביד רמה - דשאני מתנת שכי״מ דמדרבנן וכירושה [ע״פ הא דאיסור גיורא - ודלא כהרמ׳ דרק למי שראוי ליורשו].[55]

הרי״ף שם מביא ב׳ גירס׳ אי כ״ש מתנה דרבנן מירושה דאור׳, וגירס׳ ב׳ וכי יורש מגרעא גרע. ולב׳ לש׳ אלו מוציאין למזונות מירושה, וממתנת שכי״מ בין ממי שראוי ליורשו ובין ממי שאינו ראוי ליורשו. ומק׳ מגיט׳ מח: - דאין מוציאין ממשועבדים למזון אשה. מפני תיקון עולם? ות׳ **דשאני היכי דשעבדי מחיים כגון מתנת בריא ומכירה, משא״כ מתנת שכי״מ דאינו חל אלא לאחר מיתה.**[56] **דמזונות אשה והבנות ג״כ מדרבנן. ובהדי הדדי קאתו לאחר גמר מיתה הלכך לא דחיא חד לחברו ותרוייהו קנו.**[57] ושוב מביא מקצת רבואתא. אטו יורש מגרעא גרע. אלא ודאי תרוייהו בין משום ירושה ובין משום מתנה אין האלמנה ניזונת מנכסיו.[58] ולכאו׳ יש ראיה לד״ז מההיא דגיט׳ הנ״ל. ודוחה דשאני מתנה מדרבנן. **ולפי״ז הא דשאני ירושה לגבי הא דאלמנה ניזונית מנכסיו** (לכה׳פ מתנת שכי׳מ כריב׳ב, או מדרבנן) **דלא שעבדיה מחיים**. כלומר דסוגיא זו שאני מכל סוגיות דלעי׳ דלכמה ראשונים הוה שעבוד הגוף איורשים, ומצוה על היתומין טפי מאחרים לפרוע חובת אביהם, דכאן למזונות אלמנה לא נשתעבד מחיים. ולא אמרי׳ דכיון דהוי חוב מחמת אביו, דג״כ מוטל טפי איורשים. וכן ברמב״ן - אלמנה ניזונת דוקא ממתנה דרבנן, אבל לא ממתנה דאור׳. דאין מוציאין. אבל מתנה דרבנן דכירושה. דלא חיילא אלא לאחר מיתה וכבר קדמו מזון האשה והבנות... ושאר קנינים דרבנן הוי

---

[55] כמובן חלק מהדיון כאן בגדר מתנת שכי״מ כירושה, או עדיין כמתנה [ע׳ ראשונים כאן, ובסוגיא דאיסור גיורא, קמט.].

[56] קלז: - דיון אי עם גמר מיתה או לאחר גמר מיתה - והל׳ כרבא דלאחר גמר מיתה.

[57] אבל א״כ צ״ע אמאי הוה חל מזונות אשה אף אמשועבדים, אי לאו משום תיקון עולם - הלא לא חל השעבוד אלא לאחר מותו?

[58] דרך אגב חזינן לכה״פ דלמקצת רבואתא דהכ״ש ממתנת שכי״מ ליורש כריב״ב, דאי מירושה ממש הלא זהו עצם הדין דאלמנה ניזונת מנכסי יתומים - ומסתמא דאף הרי״ף אינו חולק בנקודה זו.

כמתנה, וכמשועבדים דאין ניזונת מהם. משמע מדב׳ דאי הוה חל המתנה מקודם לא הוה ניזונת מהם, ואף אי הוה כירושה דחל קודם. אבל כיון דחל רק לאחר מיתה. כבר קדמו ואין זה משום חשיבות הירושה, או דירושה הוי כהמשך המוריש, אלא דהכל תלוי אי הנכסים כבר נשתעבדו לאחרים בשעת ירושה או מתנת שכי״מ.[59] וכן רבנו אשר מלוניל בשיטות קמאי - דאף במתנת שכי״מ לא איקרי משעבדי לגבי מזונות אלמנה, אבל מ״מ גבי שאר מילי מקרי משעבדי. כגון לבע״ח. דכיון דאינו אלא לאחר מיתה הרי היא כירושה דממילא - ומחלק בין שעבדי דאחים לשעבדי הבא לאחר מיתה.

ר׳ יונה שם דן **אם בע״ח עדיף להפרע מיורשים ממש או משאר מקבלי מתנות.** כדאמרי׳ הכ״ש מירושה דאור׳ למתנה דרבנן. ולא חשבי׳ נכסי היורשים כבני חורין במקום מקבלי מתנות, ודעתו דלכאו׳ צריך להוי להיפך, וז״ל **״ואני תמה כי היה נראה שנפרעין תחלה מן היורשים במקום מקבלי מתנות,״** ע׳ בהערה שם מאת הר׳ משה הרשלר זצ״ל דביאר סברתו דעדיף להפרע מיורשים משום דבנו כרעא דאבוה (ולכאו׳ ד״ז יהא חידוש דאמרי׳ כן אף בשאר יורשים, דלא מיירי כאן דוקא בבנים). וג״כ ד״ז יהא נגד כל ראשונים הנ״ל, דא״כ יוצא מדב׳ דאמרי׳ דמצוה טפי על היורשים לפרוע חובות מורישם, אף במה שלא השתעבד מחייו.

אבל משמע מהמשך דב׳ הר׳ יונה דז״א - דהביאור הנכון בדב׳

---

[59] ומק׳ מכתוב׳ סט. אחין שמכרו. אין מוציאין למזונות - אף דמשועבדים לאחר מיתה, אף דכבר קדמו האשה והבנות - ומחלק דשאני מתנת שכי״מ דמדאור׳ אינו קונה כלל ולא דחי מזון אשה והבנות . וכיון דרק מדרבנן ולאחר מיתה. לא עדיף - דן בדב׳ הרי״ף והר״י מגאש דמתנת שכי״מ כבני חורין, ואינו כמשועבדים כלל - ומק׳ עליו מגיט׳ נב - באחריו לפלוני ואחריו לפלוני דגובה מן האחרון. משום דאין גובין ממשועבדים במקום דאיכא בנ״ח. אלמא מתנת שכי״מ כמשועבדים - ומת׳ דאולי מיירי רק במתנת שכי״מ במקצת, או מתנת בריא - ולראב״ד - שאני מזון האשה דכאילו תפסה מחיים.

ריטב״א - סבר ר׳ אדא דמתנת שכי״מ כמשועבדים כמתנת בריא - ודוחה דהלא מתנת שכי״מ רק כירושה מדרבנן, כדי שלא תטרף דעתו - מביא הב׳ דעות שברי״ף - ומסביר דעה ב׳ משום דמתנת שכי״מ חשובה כנכסים משועבדים כמתנת בריא לכל דבר. ומביא ראיה מגיט׳ נ: - תנו מנה לפלוני. אין ניזונת ממנו - ומביא דחית הרמב״ן - דאולי מיירי התם במתנה במקצת ובקנין דמחיים - ולריטב״א אין זה מספיק - ולכן מחלק בין היכא דהמלוה פסיד לגמרי בלא״ה.

דשאני ירושה ממש דנחשב כבני חורין, דלא שעבדום כלל מחיים ובא ליורש ממילא. ולכן בהמשך, דמסביר אף דעה ראשונה ד"שאני היכא דג"כ כותב לבניו מסתמא משום דעבד ליה נייח נפשיה. ולכן נתן לו יתר מחלקו, ומ"מ חשבי' ליה כמשעבדי. מתנת שכי"מ דרבנן דלא אלימי לא כ"ש. דלא חשבי' משעבדי. כיון דכל מה דיהיב שכי"מ כירושה חשבי', ואף מלוה בע"פ גובה ממנו." ולכאו' כוונתו דאי בירושה ממש פשיטא דגובין מהם תחלה - ומסתמא כהנ"ל משום דממילא, ולא שעבדום ליה כלל. אף דיש לדחות דהוי מחמת חיוב היורשים. מהא דכת' דעיקר הירושה א"א ליחשב כמתנה כלל. דמשמע אף דרצה לייפות כחו להוי כמתנה. אבל אף בזה י"ל דליכא משמעות לזה כיון דמ"מ מגיע לו, אף בלי המתנה. אבל ג"כ ע' בשיטתו קכד. דמק' אר"י מגא"ש **דפשיטא דאין ליורשים חיוב כלל אלא בנכסים שכבר ירשו. א"כ מסתבר טפי דהדיון אי נחשב כשעבד טפי כשנותן ליורשיו מתנת שכי"מ.**

היוצא מסוגיין לכמה ראשונים, דכיון דיורשים, דאלימי כחם בממון, צריכים לשלם מזונוות האלמנה, כ"ש מקבלי מתנת שכי"מ מדרבנן. י"ל דהוי רק ענין דאלים דאור' מדרבנן, אבל אולי י"ל טפי דכיון דזכו ביה יורשים בתורת ירושה אין להפקיע מהם בקלות. דע' לש' הרשב"ם קל. בלש' מתנה שייך אף כאפוטרופוס דיש מתנה גמורה, ויש מתנת אפוטרופוס. אבל לש' ירושה משמע שקם תחת המוריש לקנות נכסיו לגמרי ולהיות מוחזק בהן להיות שלו כמורישו. אבל אפוטרופוס לא הוריש כלום.[60]

עוד ראיות דנכסים שבאו לו בירושה הוי דידיה טפי

וע' גמ' קנה. דא"א ליתומים למכור במה שקבלו בירושה עד כ',

---

[60] אבל ע' ברמב"ן קלא: - דמק' בהא דהכותב כל נכסיו לבנו. עשאו אפוטרופוס - הלא לריב"ב קנה בנו אף בלש' ירושה, וכ"ש בלש' מתנה דאפי' רבנן מודי בזה? ות' דשאני ע"י שטר דכיון דאיכא קלא כדי לאשתמע מילי :לפי הרמב"ן נעשית של בנו טפי ע"י מתנה, משא"כ ע"י ירושה לריב"ב - אבל לרשב"ם ירושה נעשית לבנו לגמרי, משא"כ ע"י מתנה.

וכת׳ הרא״ש - משום דמקרבא דעתיה לגבי זוזי ומזבין לנכסי דאבוה, משא״כ במה דקנאה בעצמו. דכבר גילה דלא מקרבא דעתיה לגבי זוזי. ובראשונים [יד רמה] דמשום דלא טרחי ליה, ממילא יכול למוכרו בקלות. אבל אולי י״ל אחרת דהא דקרקע של ירושה הוי של מתנה וכדו׳. הוי כמו קרקעות ביחס למטלטלין. וע׳ בדב׳ הריב״ש תסח - מסו״פ כט הל׳ מכירה - בקרקע שירש מאבותיו או משאר מורישיו אין ממכרו ממכר עד שיהא בן כ׳ שנה - והריב״ש מדייק מכאן דזהו דוקא במקרקעי, אבל במטלטלי יכול למכור אף מנכסי אביו כפעוטות - ומוכיח כן מסוגיא סופ״ו דכתוב׳ - דרק קטנים א״א למכור היכא דביד אפוטרופוס. והא דא״א למכור קרקעות עד כ׳. זהו דוקא במה שנפלו לו בירושה מאביו, או משאר מורישיו. אבל קרקעות שלו שקנאם לו האפוטרופוס או שנתנו לו במתנת בריא, יכול למכור כשיודע בטיב מו״מ. משמע דקרקעות שבאו בירושה לא הוי כשלו. אבל בהמשך דב׳ מביא טעם היד רמה. וע׳ ברשב״א מובא בר״ן גיט׳ פ״ו ס׳ תקיט - דדוקא בנכסי אביו (ולא בשאר מורישיו) א״א למכור עד כ׳. דתקנו כן דוקא בדבר המצוי.[61]

אבל ראיה לדבר זה מצינו בתוס׳ סנהד׳ כ: ״מלך מותר״ - בדעה א׳ לת׳ הא דאחאב ונבות היזרעאלי, דלא הוה יכול ליקח כרם דנבות מדין פ׳ **מלך למ״ד מלך מותר בו - משום דדוקא שדה מקנה אבל שדה אחוזה שירש מאבותיו לא כמ״ש נבות חלילה לי מתת נחלת אבותי לך.**[62] ובזה יובן לש׳ הכת׳ שם ויבא אחאב אל ביתו סר וזעף על הדבר אשר דבר אליו נבות היזרעאלי ויאמר לו אתן לך את נחלת אבותי.[63]

וכן בגמ׳ קנט. לשיטת הראב״ן -דאיתמר בן שמכר בנכסי אביו

---

[61] ועי״ש בריטב״א בדעת הרשב״א - דאף דדוקא בירושה מאביו, מ״מ כל ירושה שהיתה בנכסי אביו אפי׳ באה לו ע״י האח דינה כנכסי אביו ממש. חזינן דאף דביד אחרים, נשארים הנכסים על שם המוריש.

[62] אבל ע׳ שמואל ב,ט,ט - ובראשונים שם [ברש״י נגד הרד״ק, וע״ש בנחלת שבמעון כה,לה] - דמלך יכול להעביר נחלה - דדוד העביר נחלת שאול למפיבשת משאר יורשיו.

[63] וע״ש במרגליות הים - מס׳ שדה יצחק - דמק׳ אדב׳ מהא דב״ב קכז: - דאמאי בעי יכיר אי בעי למיתב ליה במתנה. הלא איכא נ״מ בין בדרך ירושה לדרך מתנה. אבל לכאו׳ צ״ל כן דהלא ודאי איכא דינים מפורשים בתורה, לגבי שדה אחוזה.

בחיי אביו ומת בנו מוציא מיד הלקוחות. וזו שקשה בדיני ממונות ולימרו ליה אבוך מזבין ואת מפיק - מאי קושיא דלמא מצי אמ׳ מכח אבוה דאבא קאתינא.תדע, דכת׳ תחת אבותיך יהיו בניך: ועיקר הסוגיא צע״ג דלכאו׳ כל זמן דבחיי אביו, ליכא מכירה כלל, ואמאי משמע דהבן שמכר א״א להוציאו? וכן משמע מהרשב״ם - דחנוך יכול להוציאו משום דלא בא ליד ראובן לעולם, והוי ראוי - דמשמע דאי הוה הגיע ליד ראובן בחייו, ונעשית מוחזק בה, אף לאחר המכירה, היו הלקוחות יכולים לזכות בו מכחו. וכבר הק׳ כן כל הראשונים - ורובם דחקו לאוקמיה בענין אחר - ע׳ דעות בתוס׳ דמיירי לענין החזרה בלי דמים, ודן בעניני שעבוד [וכן ברשב״א, יד רמה ועוד] - או דהאב כבר נתן לו מהיום ולאחר מיתה - דהק׳ התוס׳ דהלא אפי׳ לר״מ דאדם מקנה דשלב״ל, מ״מ בעי להוי ראוי להקנות בשעה דהוה בעולם - כדכת׳ הגמ׳ קכז: לגבי גוסס, וכ״ש מת עצמו? ועוד הק׳ הראשונים מב״מ טז. דהאו׳ מה שאירש מאבא מכור לך אינו מכור, ורק מה שאירש היום מכור מתקנ״ח מחמת צרכי קבורה? - אבל פשטות הסוגיא דהמכירה חל לגבי עצמו, אבל לא לגבי בנו - וצ״ע. וכת׳ הראש׳ בשיטמ״ק - דמיירי באמ׳ מה שאיירש היום מכור לך. ופ׳ בראב״ן ס׳ שבועות בשם הר׳ אפרים - ״**דאף דדינא דאינו מכירה, הנ״מ היכא דחזר בו. אבל כ״ז שלא חזר בו הבן מכירתו מכירה, מסברא היה לו ללוקח להיות במקומו. ואעפ״כ הבן מוציא והוא יורש מכח אבי אביו, ואביו לא חזר בו, והוא חזר בו**״ עכ״ל ואף דצ״ב דין זה דיכול לחזור בו, מ״מ מבואר בדב׳ **דיש ליורש שייכות בירושתו כדי שתהא יכול למוכרו, לכה״פ אם לא חזר בו - אבל מ״מ יכול למכרו רק בחלקו, ולא במה שמגיע לבנו שבא אחריו - דכל ירושה שייך עכשיו לו וכל הדורות, ויכול למכור חלקו בלבד**. וממשיך דב׳ בחידוש טפי דמשמע לפ׳ דאף במת האב ואח״כ מת הבן ובאו ליד הבן ולא חזר בו. ואפי״ה הבן חוזר בו. וזה קשה. וכמובן הראב״ן חולק עליו, דודאי ליכא מכירה, והדיון רק לענין דמים.[64] וכדי להבין קצת ענין הנ״ל,

---

[64] וע׳ בס׳ העיטור מאמר ב׳ - בשם הרי״ף -דכי אמרי׳ אין אדם מקנה דשלב״ל ושלא ברשותו, היכא דלא תפיס לההוא מידי דאיקני ליה וקתבע ליה, אבל אי תפיס תפיס. והאי נמי כיון דזבין ליה וכת׳ ליה שטרא ומסר ליה שטרא כמאן דתפיס דמי. ואף בזה קשה לומר דשייך אף בדבר שביד אחר לגמרי, ומסתמא דדוקא בירושה, דעומד להוי דידיה, ואף עכשיו נחשב כיורש גביה. ואולי עפי״ז יבואר לש׳ רה״ג בס׳ מקח וממכר שער ב׳ -

צריכים לע׳ בסוגיא חשובה דירושה אין לה הפסק.

אחריך: ירושה אין לה הפסק

איתא בגמ׳ קכט., קלג. דהאו׳ למי שראוי ליורשו נכסי לך, ואחריך לפלוני. אין לשני במקום ראשון כלום. שירושה אין לה הפסק. ובגדר הדבר ובטעמו פליגי הראשונים:

מחמת המוריש או היורשין: כת׳ הרשב״א שם קכט: - **כל מי שהחזיק בתחלה מחמת ירושה, אף דאמ׳ אחריך לפלוני שג״כ ראוי ליורשו. דכיון מחזיק בהן מכח ירושתו, אף שבא להפסיקה אינו רשאי שהרי לאחר חזקה כמצוה על נכסים שאינן שלו. ואף באמ׳ דלשני מעכשיו. דכל שמחמת ירושה אין לה הפסק.** ומוכיח שכן מהא דאל״כ הדעה שאחריך כמעכשיו פליג על זה, ויכול לת׳ המשניות אליביה.״

אבל צ״ע בהא דלא מהני אף באמ׳ מעכשיו, דהלא לא חל הירושה כלל? ומסתמא הביאור דכבר נחשב כדידיה משום דעומד ליורשו. אבל צ״ע דכת׳ כן רק היכא דכבר עשה חזקה בהם. ואולי **כיון שהחזיק בהם כבר נתברר דהוא היורש, וא״א לאחר לזכות בהם.** וכעי״ז בר׳ יונה,

---

ברשימה של דברים שמחמתם לא תתקיים בו המקח - ודבר ה׳ - מי שמוכר מה שראוי לו לירש מאביו ואביו עדיין בעולם לא קנה לוקח אא״כ אמ׳ לו היום. מחמת כבוד אביו [ע״פ ב״מ טז.] - ודבר הז׳ - מי שמכר בנכסי אביו ואביו חי ומת הבן שמכר הנכסים בחיי אביו ואח״כ מת האב דיבא בן המוכר ויוציא מיד לקוחות [ע׳ ב״ב קנט.]. וצ״ע מ״ש דב׳ ה׳ מדב׳ ז׳ - ואולי החילוק דבה׳ מכר ״מה שאירש,״ משא״כ בדב׳ זה מכר נכסי אביו - ואולי עי״ז הוי כמו שתקפו, וחל אילולי הא דבנו יכול להוציאו מיד לקוחות.

ובהמשך הגמ׳ דיכול לומר כן בבן בכור שמכר בחלק בכורה בחיי אביו ומת בחיי אביו. בנו מוציא מיד הלקוחות. וזו שקשה בדיני ממונות דאבוה מזבין ואת מפיק. מאי קושיא דלמא מצי אמ׳ מכח אבוה דאבא ובמקום אב קאימנא. כמובן דכל הנ״ל מורה דאין הביאור במשמוש (לכה״פ לגבי בני בנים) ממש כירושה בקבר. וע׳ בס׳ התרומות ס׳ מח - אי ד״ז בכל משמוש או רק בבני בנים מחמת קרא דתחת אבותיך יהיו בניך [וכן הסתפק בס׳ השלמה - וע׳ בשו״ת רע״א קלב,קלח].

ועוד הסתפק הס׳ התרומות שם - אי אמרי׳ כן דוקא במכר משום דלא חל המכר כלל, או״ד אף בבן שלוה מאביו דבנו יכול להוציא השעבודים מלקוחות.

וז"ל – "דכיון דראוי ליורשו והחל רש באותו שדה, או באותו חפ...[65] ירושה אין לה הפסק. ושאני היכא דירש גוף השדה לי' שנים. דהרי כיורשה לעולם, דירושה אין לה הפסק."

אולם כת' הנמוק"י - ד"במי שראוי ליורשו לא מהני אחריך אף לאחר שראוי ליורשו, ואף בלש' מתנה ממש. **דכיון דראשון ראוי ליורשו לאו מתנה דעלמא, אף דאמ' לש' מתנה, אלא כירושה גמורה. וירושה אין לה הפסק דבמקום המוריש עומד." כבר ביראנו לעיל דזהו היפך מדב' הרשב"א, דירושה אין לה הפסק משום דהוי כמצוה על נכסים שאינו שלו. ולנמוק"י דהיורשים במקום מורישם.**

וג"כ משמע מדב' הרשב"א דנחשב כשל מוריש רק עד שבא ליד יורשים, ומאז הוי כמצוה על נכסים שאינן שלו, ונחשב טפי כאינו שלו ממה דניתן במתנה או מה שנמכר. דהלא התם יכול לומר אחריך - וי"ל משום דבא כדבר דלאחר מיתתו, והא כבר נסתלק. וע' בשיטת הרשב"א לגבי שעת הירושה ולגבי מודר הנאה. ע' ברשב"א ב"ק קח: - דהאומר לבנו קונם אי אתה נהנה משלי. אם מת יירשנו דעכשיו אינו נהנה ממנו, אלא יורש ממילא נכסים מכח ירושתו שהורישו רחמנא. ואינו דומה לכרי עליך ונתנה לו במתנה [נדר' לה.] שאסורה אא"כ יד אחר באמצע. והכא שאני דמשל שמים. שהוריש עם מיתת האב. מ"מ חזינן **דפליגי הרשב"א והנמוק"י אי היכא דהחזיק בנכסי ירושה, ואמרי' ביה ירושה אין לה הפסק, אי משוהו כנכסים שאינו של מוריש, כהרשב"א, או אדרבה כהנמוק"י דהיורש במקום המוריש.**

לגבי עוד ענין פליגי הראשונים אי ירושה אין לה הפסק מצד המוריש, או מצד היורשין: כת' החי' הר"ן - דכל שזכה מכח ירושה, א"א להפסיקה ולתתה לבנו האחר. שהרי הוא כמצוה על נכסים שאינו שלו, וא"כ אפי' היכא דהשני ג"כ הוי ראוי ליורשו. וכן דעת רוב ראשונים. אבל איכא דעה בשיטמ"ק **משיטה לא נודע למי - דס"ל דשאני היכא דהשני ג"כ ראוי ליורשו.** לפי"ד לכאו' הביאור דכיון דנשאר אצל יורשיו אחרים לא

---

[65] חסרון בכת"י.

נחשב כהפסק לירושה, ועדיין קיים ירושה אין לה הפסק, מצד המוריש, אף דנפסק מיורש זו. וכמובן דשפיר יש להבין הא דירושה אין לה הפסק, ומ״מ לחלוק על פסק השיטה לא נודע למי. די״ל דכיון דיורש א׳ כבר נכנס תחת המוריש, הוא כבר קם תחתיו באותם נכסים, ולא יורש אחר. וי״ל דמההיא טעמא פליג החי׳ הר״ן ע״פ לש׳, כעין הרשב״א הנ״ל ״כל שזכה מכח ירושה, א״א להפסיקה ולתתה לבנו האחר. **שהרי הוא כמצוה על נכסים שאינו שלו, וא״כ אפי׳ היכא דהשני ג״כ הוי ראוי ליורשו**״. כלומר משום דנעשית של יורשין, ולא של מוריש, א״כ לא מהני הא דהשני שבא אחריך ג״כ הוי א׳ מיורשי המוריש, כיון דמצד היורש הוי הפסק. וא״כ מח׳ זו בין החי׳ הר״ן והשיטה לא נודע למי, י״ל דתלוי במח׳ הרשב״א והנמוק״י בטעם הא דירושה אין לה הפסק.

ירושה אין לה הפסק ומתנת שכיב מרע

הרמב״ן, ורשב״א שם - מק׳ בהא דירושה אין לה הפסק, אמאי במתנת שכי״מ שקונה היכי משכח״ל. דהלא אינה קונה אלא לאחר מיתה. וכבר קדמו ירושה דאור׳?[66] וכן מק׳ בהא, דאיך מהני מתנת שכי״מ ע״י תנאי, דהלא חל מ״מ כיון דראוי ליורשו - אבל הלא בביצה כ. תנו ד׳ מאה זוזי לפלוני ולינסוב ברתי? ובקיד׳ במי שמחלק נכסיו. דפלוני יתן מאתיים זוז וירש שדה פלוני? וכן מגמ׳ קמב. מתנת שכי״מ לכשתלד? **ות׳ הרמב״ן ״דזהו בכל הא דנתנה התורה רשות לאב להנחיל לכל מי שרוצה, וכן להנחיל לאחר זמן וירושה עוברת ונפסקת מן היורש. ושאני ״נכסי לך״ כיון דאתחיל בירושה דאור׳ והנחילו בה שוב אינה נפסקת ממנו, משא״כ בשותק ואו׳ סתם אם מתו בני יירש פלוני זכה״** ולכאו׳ ביאור דב׳ דשאני היכא דנחשב כמוריש בפועל, ולא רק ממילא. כלומר דאמרי׳ ירושה אין לה הפסק, טפי היכא דמורישם בפועל. וע׳ בחי׳ הר״ד פוברסקי שם דמבאר הראשונים דאמרי׳ ירושה אין לה הפסק דוקא בירושה ע״י הנחלה

---

[66] ע׳ לק׳ קלז. נכסי לך ואחריך לפלוני. דאם הראשון במתנת שכי״מ לא עשה ולא כלום. דאינו אלא לאחר המיתה. וכבר קדמו אחריך - לפי״ד לכאו׳ צ״ל דירושה ממש חל עם גמר מיתה, קודם מתנת שכי״מ דאחר מיתתו.

כריב״ב, דשאני ירושה ע״י הנחלה דריב״ב דכיון שהנחילם אינם שלו, משא״כ סתם ירושה עדיין הוי כאילו הוי דידיה דמוריש ויכול לומר בה אחריך. לפי״ז סתם ירושה עדיין הוי דידיה, משא״כ ע״י הנחלה דריב״ב.

אולם הנמוק״י מביא דעה שחולק דאף דלא הורידם בפירוש בנכסים, כיון שמדעתו יורדין לנחלה, זוכין בכל הנכסים מדין ירושה, ושוב אין לה הפסק. ושאני אחריך משאר תנאים. דכל תנאים בשכי״מ הוו כמעכשיו. כיון דבתנאי בעלמא תלה ליה למילתיה, משמע דמעכשיו. ואחריך שאני דקיי״ל דלאו כמעכשיו, דהראשון יכול למוכרה. אבל הנמוק״י ס״ל כהרמב״ן - דתק״ח דרק היכא דהמוריש מחזיקו בנכסים כאו׳ נכסי לך, אבל כל שאינו בא (אלא) מכח ירושה, תק״ח דמהני מתנת שכי״מ. ושאינה ירושה ממש. אלא שזוכה מיד. לפי״ז א״א דהוי ממש ירושה למקבל מתנת שכי״מ, לאחר שהראשון כבר זכה בה מתורת ירושה, אבל מתנת שכי״מ הוי מתנה דזוכה בה מיד. וע׳ בשו״ת הרשב״א ג,קכה - דהק׳ אמאי לא אמרי׳ בתנו מנה לפלוני לאחר שישא פלונית או לאחר שנה. נימא דכבר זכו בה יורשים ושוב אין לה הפסק? ומת׳ ״דז״א דא״כ בטלת כל מתנת שכי״מ. דירושת היורשים חלה עם גמר מיתה. ומתנת שכי״מ אינה אלא לאחר מיתה. וכבר קדמה ירושה ואין לה הפסק.״ לפי״ז אף דעת הרשב״א דעצם תקנת מתנת שכי״מ הוי דחל במקום ירושה דאין לה הפסק.

הבעה״מ מק׳ אהא דירושה אין לה הפסק מהא דדף קכט: דתנו שקל לבני בשבת.אם מתו יירשו אחרים תחתיהם - אלמא דאף דהראשונים ראוים ליורשו. אפי״ה אם מתו יירשו אחרים תחתיהם? ות׳ דשאני לש׳ נכסי לך דאינו לש׳ מתנה ממש. והראב״ד[67] ת׳ א. שאני הא דתנו שקל. דהוי שיור, ובאמת לא נתן לו הכל מתחלה. ב. שאני היכא כשבאה המתנה לידו מיד, שאינה יוצאה עוד, אבל הכא אין הממון מסור בידם. אלא או ביד שליש או ביד ב״ד. הלכך אפי׳ השקל שנתן להם ממש, לאחרים

---

[67] דהמשנה קכו: מעמדת את מקומה - ודן בלש׳ הבעה״מ דלש׳ ״מתנה״ מהני - הלא אדרבה מפסיד, דאילו הוה ירושה שמא אין לה הפסק. צ״ע בכונתו דהלא כוונת המוריש להוי מתנה. ולזה שייך לש׳ דמהני, להגיע לשני. וג״כ צ״ע בלש׳ שמא אין לה הפסק.

כשימותו. ד"ז הוי חידוש דלכאו' אף דמ"מ הוי ירושה למפרע, ואולי ע"י ברירה, מ"מ שאני היכא דע"י שליש, ולא בא ליד היורש מיד. ובמאירי - דשאני היכא דהוריד את הראשונים בנכסים, מהיכא דלא השליט את הראשונים בנכסים.

הקצות רמח,א - מביא דעת הב"י בדעת הרמ' דהיכא דהנכסים ביד שליש, אף דאמ' בלש' ירושה לבניו. לא אמרי' ביה ירושה אין לה הפסק, ואחריך מהני. והק' עליו המהרי"ט חו"מ ס' עד - דהלא ברשות יורש בכל מקום שהוא, ושאני לש' מתנה דמעקרא מירושה לגמרי. והקצות מסביר דעת הב"י - דמשום מלקד"ה אין המקבל זוכה, דאינו עושה קנין, אלא שהיורשים צריכים לקיים דב' המת. ודעת הרי"ו בש"ך רנב,ו - דאם קדמו ומכרו אין המקבל יכול להוציא מן הלוקח - ולכן אינו מגרע האחריך, ועדיין הוי בכלל ירושה אין לה הפסק, עם חובת גברא על היתומים. ולכאו' הביאור במהרי"ט דשייך מלקד"ה רק היכא דלא פקע זכותו בממונו, דעדיין ביד שליש, ולא היכא דכבר ירשו היורשים. וכן פליגי בזה במפו' במהרי"ט חו"מ ס' ו - דלא אמרי' מלקד"ה כל דכבר זכו בו היורשים דירושה אין לה הפסק. ולקצות שם רמח ס"ק ה - דמלקד"ה אינו מגרע מהא דירושה אין לה הפסק, משום דלא מסלקינן להו מירושתם, אלא שאנו אומרים דעליהם מוטל לקיים דבריו.[68]

ובמלחמות - ומת' קוש' הבעה"מ ממשנה קכו: - "דרק היכא דבא הירושה לידו וחוזר ומפסיק מהם. **שכיון שבאת ירושת תורה שנתנו לו רשות להנחיל, אין לה הפסק כשם שנחלה הבאה מאליה אין לה הפסק משעה שחלקו.** כך אין נחלה הבאה מעצמו הפסק. שזה וזה תורה." **וביאור זו הוי כעין מה שהבאנו לעיל מהרשב"א, ור' יונה דנחלה הבאה מאליה אין לה הפסק דוקא משעה שהחזיק בנחלתו - ולרמב"ן דתלוי בהא דחלקו.**[69]

ליד רמה - שייך הא דירושה אין לה הפסק היכא דאמ' נכסי לך.

---

[68] ולנתיבות שם ס"ק ו - דלא שייך מלקד"ה כל היכא דאינו זוכה השני, אלא מחמת הראשון. וע' לעיל לגבי מלקד"ה.

[69] וצ"ע לגבי דינא היכא דהוי ביד שליש, אבל איכא רק בן א', דא"צ לחלק הירושה כלל.

דמשמע כל נכסי וקננהו לנכסי בירושה דאור' דאין לה הפסק. וכשאמ' אחריך לפלוני הוי כמתנה ע"מ שכת' בתורה.[70] אבל בתנו שקל לפלוני. לא נתן לפלוני אלא אותו שקל לשבת.

החי' הר"ן שם כדי לת' קוש' הרמב"ן ממתנת שכי"מ על התנאי - כת' "דמי שנתן אותו כח ירושה שכבר הו"ל, בין בירושה ובין במתנה, הוי כירושה דאין לה הפסק. דנעשה כיורש של תורה וכאילו שתק ולא אמר כלום, שהרי לא חידש בירושתו שום דבר. וכשמתנה, הוי כמתנה על נכסים של אחרים - **אבל שכי"מ דנותן כל נכסיו לבניו, ואמ' דרק אם יעשה דבר זה, ובתנאי. כבר הוציאם מירושה של תורה שהיורש יכול למכור בשלו, ואלו אינם יכולים למכור. שאם ישלים האחר תנאו יזכה בה... ואם צריך לעשות בממון כך וכך. אינו כירושה דיש אחרים זכות בה," עכ"ל. לפי"ד הא דירושה אין להפסק משום דירושה שייך דוקא בממון דאין לאחרים זכות בה, וכל דאיכא אחרים רשות בה, אינה ירושה - ויש להוסיף דהיא גופה משום דא"א להיות להם לחלוטין, ובלי הפסק.**[71]

התורי"ד שם מסביר הא ד"**ירושה אין לה הפסק. שהרי לא יכלו היורשים לעולם עד ראובן.** א"כ זה שאמ' ואחריו לפלוני אינו אלא כמפליגו בדב'. שלעולם לא תהיה אחרית לאותו ראשון," עכ"ד. ודב' צ"ב **דלכאו' אף במכירה ובמתנה ג"כ נימא דאחריך לא מהני** משום דליכא אחרית לאותו ראשון. ומסתמא הביאור **דשאני מה שזוכה בו ע"י ירושה, דהוי לא רק לדידיה, אלא אף לדורות.** ולכאו' ראיה לדבר הוי מה **דאין רוח חכמים נוחה במי שמעביר אחסנתא, אף מברא בישא לברא טבא. [קלג:] ובכתוב' נב: ביארו ד"ז משום ד"לא ידיעא מאי זרעא נפיק מיניה.". ולכאו' אמאי מסתכלין אזרעא דנפיק מיניה,** ולא אמרי' דאין דנין אלא לפי אותו שעה, ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות באשר הוא שם? **וי"ל דשאני ירושה, דאף עכשיו, לא הוי רק לדידיה, אלא אף לדורות הבאים.** וע"פ

---

[70] וכן מפו' בגמ' קלג.

[71] וע' בזה שיטות הקצות והנתיבות רמח,יא לגבי קנין פירות (ולכה"פ גוף לפירות) דמ"מ אמרי' ביה ירושה אין לה הפסק. וי"ל דתלוי אי אמרי' להיפך, דכיון דאיכא שום זכות ליורשים, אף לקנין פירות בלבד, אמרי' דמשו"ה א"א לשום שעבוד אחר לחול עליו, אף קנין הגוף.

סברא זו יש לדון באימה במה שחידש כדבר פשוט האגר"מ חו"מ ח"ב ס' נ - דכת' שם, דאף דאסור להעביר אחסנתא מברא בישא, זהו רק ממי שאינו נזהר כ"כ במצוות, אבל ממחלל שבת בפרהסיא יכול להעבירו ממנו. וטעמו ע"פ הש"ך שפח,ב - דמותר לאבד ממון המסור ע"י גרמא וגרמי, לכן כ"ש להעברת נחלה דאינו מזיק ככל, אלא מונעו. ואולי יש לצדד לומר דשאני נכסיו הבאים ע"י ירושה דהוי אף לבניו אחריו, וא"א לקונסם.[72] אבל למעשה כבר פסקו הראשונים דיכול לקנוס את המומר בירושתו [ע' רמ' נחלות ו,יב - ותרומה"ד ס' שמט, חו"מ ס' רפב,ב].

וע"פ יסוד הנ"ל, יש להבין שיטת **המהרי"ט חו"מ ס"ו - דלא מתקיימת נחלה דאור' אלא בקרקעות.** ומביא ראיה מהא דכתוב' פ"י דלא תקנו חכמ' כתובת בנין דכרין היכא דליכא מותר דינר בקרקעות. דמעקרא נחלה דאור'.[73] והביאור משום דרק קרקע עומדת לעולם, ושייך להנתן לדורות, ולא רק כמטלטלי דכליא בהו קרנא. ואף דלא נראה כמהרי"ט דירושה דאור' הוי דוקא בקרקעות, עדיין יש לחלק בין ירושת קרקעות לירושת מטלטלין. דע' בדב' הרי"ף ב"ק ט. דהלכה כרב דבטלה מחלוקת. הלכך בב' אחין שחלקו וא' נטל קרקע וא' נטל כספים ובא בע"ח. דינא דאזיל האי ושקיל כספים . וא"א למימר להכי נטל כספים, עכ"ל. ומסתמא הביאור כהנ"ל דאף דכבר חלקו, א"א לא' מן האחין לקבל כסף במקום קרקעות משום דעיקר ירושה הוי בקרקעות דקיימי לעד. ודלא כהבעה"מ - דכת' אלא לדידן דתקנו רבנן לגבות אף ממטלטלי אף מיתמי. הו"ל כזה נטל קרקע וזה נטל קרקע. והמלחמות חולק עליו בתקיפות **דכיון דיורשים הם ואמרי' דהאי הוא דאורית להון אבוהון. בכל מילי נמי בטלה מחלוקת.** אף בזה, הביאור היא דאין עיקר היורשים על שוויות, אלא אעיקר הנכסים, ובפרט לגבי קרקעות. וע' ב"ב קכב. דאטו בשופטני עסקי' דנוטלים ממון

---

[72] ובסברתו הראשונה דאין להסתפק בזרעא מעליא, דאין מחנכין את בניהם לתורה ומצוות. ויש לדון בדבריו.

[73] ואף דהק' עליו האחרונים מהא דב"ב קלג: - דמבואר דשייך אעבורי אחסנתא אף במטלטלין בעיליתא דדינרי - וי"ל דמ"מ עיקר נחלה הוי בקרקעות - ואינו רצון חז"ל לתקן נגד עיקר נחלה. [וע' נחלת שבעה כא,ד - דאית בהו עגמת נפש טפי, כשניתנים לבנות ולא בנים - ולכן אין נוהגין ליתן קרקעות בכלל השטר חצי זכר.]

ומסתלקין מנחלתם (בא״י).[74] ומוכיח כן מסוגיין דאף דמיירי בלקוחות באחריות, מ״מ אמרי׳ דהאי ברא והאי לאו ברא. (כלומר דכולם צריכים לפרוע מקרקע שירשו, ולא רק לקבל מעות כנגדו) ואטו בשופטני עסקי׳ דשקיל קרקע דקאי באפי בע״ח, ולא לשקול נגדו כספים. והרמב״ן מוסיף דאף דתקנו לגבות ממטלטלין. אפ״ה לא הוי מטלטלין כקרקעות לגבי יורשים.

הרשב״ם ב״ב קז. מוסיף ביאור בהא דצריכים כולם לפרוע חובת אביהם גורם להא דבטלה חלוקה, וז״ל - ״אי יורשים. תורת יורשים הוו לפרוע כולן חובת אביהן, **ומשום חלוקה לא אסתלק מקרקעי בע״ח דאבוהון**. דס״ל יש ברירה - וכן לענין חזרה ביובל - וכיון דיורשים הם הלכך מחצית חלקו יחזיר לו,״ עכ״ד. ויש לבאר דב׳ דה״א דכיון דכבר חלקו נימא דאסתלק שעבוד הבע״ח, וי״ל משום דכבר הגיעו לכאו״א חלקם שא״א להסתלק מהם, קמ״ל דמ״מ צריכים לפרוע. ובטלה חלוקה כזה דבלא״ה היה ראוי להתקיים לעולם.

וע׳ רמב״ן שם - אף לדעה דאחין שחלקו לקוחות, מ״מ אין מחזירין ביובל. משום דירושה לא אמ׳ דתהדר.[75] כלומר דהוו כלקוחות בתורת ירושה שאין לה הפסק.

וכן בדב׳ הרמב״ן בהשמטה האחרונה לסה״מ - בהא דהרמ׳ לא מנה מצ׳ אל תצר את מואב ואל תתגר בם מלחמה, וכן בעמון, ובשעיר. דהרמ׳ לא מנאם משום דהן מצוות לשעה, ולא לדורות. והק׳ עליו הרמב״ן דהא התורה כת׳ טעם מצוות אלו משום דירושה נתתי לבני לוט ולעשו. ״והדבר ידוע **שלא תקרא ירושה אלא הדבר הניתן לדורות** כמו שנא׳ בארצנו ״כאשר עשה ישראל לארץ ירושתו. וכן הרב עצמו [ר׳ שורש ג - ד״מצוה שאינה לדורות אינה מורשה. שאמנם ייקרא ירושה מה שיתמיד לדורות כמו שנא׳ כימי השמים על הארץ״] הביא מלש׳ מורשה קהלת יעקב שהוא לדורות. ולש׳ חכמ׳ ירושה אין לה הפסק. וכן בזבח׳ קיט:

---

[74] כמובן דיש לחלק בין א״י לשאר מקומות.

[75] דעה דאף למ״ד דיש ברירה. מ״מ אם בא בע״ח בטלה מחלוקת. ותלוי דמ״ס דע״מ כן חלקו ומ״ס משום דלא ע״מ כן חלקו.

מנוחה זו שילה ונחלה זו ירושלים שהיא בית עולמים. ובר"ה יב: לענין מעשר דהקישן הכת' לנחלה דאין לה הפסק. וא"כ טעם המניעה ממלחמות אלה האומות מפני שנתן להם הארץ ירושה. א"כ המניעה גם לדורות שלא נגזול נחלתן ואת אשר הוריש ה' אותם יירשו לעולם."[76]

ועוד בדב' המהר"ל בגור ארי' ר"פ בראשית על דב' רש"י דאמ' ר' יצחק דלא היתה התורה צריכה להתחיל אלא מהחודש הזה לכם שהיא מצוה ראשונה שנצטוו ישראל, אלא מבראשית משום כח מעשיו הגיד לעמו לתת להם נחלת גוים. שאם יאמרו אומה"ע לישראל לסטים אתם שכבשתם ארצות ז' גוים. הם אומרים להם כל הארץ של הקב"ה היא, הוא בראה ונתנה לאשר ישר בעיניו ברצונו נתנה להם וברצונו נטלה מהם ונתנה לנו - והק' עליו המהר"ל בהא דהוצרך לזה, ואמאי לא אמרי' דכיון דהוה אצל כנען דהוה עבד עבדים. נימא ביה מה שקנה עבד קנה רבו?[77] ות' בא' **מת' דאצל מצות התלויות בארץ כת' וירשתה וישבתה. ולא נקרא ד"ז מה שבא להם ע"י עבד שלהם ירושה, כי לש' ירושה משמע שהוא שלך מאבותיך.** ומה שאמ' לסטים אתם, אינו ר"ל לסטים ממש, רק ר"ל דרך לסטים לקחתם הארץ, ואינו דרך ירושה.

וכן לגבי תורתינו הקדושה, **מורשת קהלת יעקב - ולכן הובטח לנו שלא תשתכח תורה מישראל - "כי לא תשכח מפי זרעו."**[78] והלואי דנחזיק בה בכל כחנו בירושתנו היפה, המעביר מעלינו כל שעבוד

---

[76] וע' בדב' הנוב"י מהדו"ת יו"ד ס' קסא - בביאור החילוק בהא דסנהד' ק. אביי היה מתקשה בהא דהקב"ה עתיד ליתן לצדיקין מלא עומסו - ומביא מימרא דרבא ב"מ דעתיד הקב"ה ליתן לכל צדיק שי עולמות - והק' הנוב"י דאמאי הביא ממימרא דרבא ב"מ, ולא ממשנה שלמה מס' עוקצין? ות' דבאמת איכא חילוק בין הא דאי' במימרא דעתיד ליתן לכל צדיק שי עולמות, להא דאי' במשנה דעתיד להנחיל. דאביי היה ס"ל דאף דא"א לקבל יותר ממה דאי' בחללו של כל העולם, ולכן א"א ליתן לו. אבל מ"מ שייל בלש' הנחלה דנתינה דוקא במה שבידו, והנחלה שייך אף במה דלא בא בידו כלל [ע"פ ב"ב קיד: - להוי יורש בקבר להנחיל לקרוביו] - ולכן שייך להנחיל לו שי עולמות. דאם יש לצדיק בנים ובני בנים שאינם צדיקים שיזכו מצד עצמם, יקחו חלק אביהם. ונ"ל בביאור דב' דהנחלה אינו שייך לא' בלבד, אלא לו ולדורותיו.

[77] כמו שכת' הרמב"ן בראשית ט,כו: י,טו.

[78] שבת קלח:

מאחרים,[79] ויתקיים בדורותנו "ונהיה אנחנו וצאצאינו ואצאצי עמך בית ישראל כולנו יודעי שמך ולומדי תורתך לשמה."

[79] כדאי' באבות דכל המקבל עליו עול תורה מעבירין הימנו עול מלכות ועול ד"א.

הרב יונתן יעקב כהן
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

בענין זכות בכור ופשוט בנכסי הירושה קודם חלוקה: סוגיית איני נותן ואינו נוטל

איתא בגמ' ב"ב קכד. דנחלקו רבי ורבנן לגבי זכות בכור ופשוט בשבח ששבחו נכסים קודם חלוקה וז"ל הגמ' דתניא אין בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן; רבי אומר, אומר אני: בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן, אבל לא בשבח שהשביחו יתומים לאחר מיתת אביהן. ירשו שטר חוב - בכור נוטל פי שנים, יצא עליהן שטר חוב - בכור נותן פי שנים, ואם אמר: איני נותן ואיני נוטל – רשאי עכ"ל הגמ'. וביארו בגמ' בהמשך דה"ה לרבנן רשאי לומר איני נותן ואיני נוטל.

גדר החיוב לשלם חובות האב: פשוט

משמע בגמ' דשאני בכור דיכול לומר איני נותן ואיני נוטל אבל פשוט אינו יכול לומר איני נותן ואיני נוטל וכ"כ הר"י מיגש בסוגיין. אמנם שיטת הראב"ד הו"ד ברשב"א בסוגיין ובשאר ראשונים דאף פשוט יכול לומר איני נותן ואיני נוטל ורק שאני בכור דאינו יכול לחזור בו. ובתוס' בסוגיין ד"ה ואם כ' כעין פשרה בזה דגם פשוט יכול לומר אנו"נ רק דלא מהני סילוק פשוט אלא בקנין משא"כ בבכור דמסתלק בדבור בעלמא. ועתה יש לחקור בגדר החיוב על היורשים לשלם חובות האב מחלק הפשיטות.[1]

[1] ויש להעיר דלכ"ע אין חיוב לשלם חובות האב יתר על מה שירשו כדמבואר בגמ' קנז., ומשמע שם דאפ' מדת חסידות ליכא בכה"ג ע' תוס' שם. אך ע' ברשב"א שם דחולק וס"ל דאיכא מידת חסידות אפ' לא ירשו כלום. וע"ש בתוס', רשב"ם ובר' גרשום באי זה ענין מחויבין היורשים לפרוע מדינא ובאי זה ענין ממדת חסידות.

שיטת הראב"ד דגם פשוט יכול לומר אנו"נ כנ"ל. ובפשטות היינו דהפשוט חייב לפרוע החוב רק באותה מדה שנזקק לנכסים ומשום דהוי **שעבוד נכסים בלבד** דהנוטל חייב ליתן, ומי שאינו נוטל אינו נותן. ומ"מ יש לחקור אי ס"ל דהחיוב **נובע מבעלותו על הנכסים** וע"י הסילוק אינו חשיב עוד בעלים, או י"ל דס"ל דהחיוב **נובע ממה שנזקק לנכסים בפועל** וסגי בזה שאינו נוטל בפועל. וכביאור זה נראה מדוייק ממה שכ' הראב"ד דיכול לחזור בו עד שיקנו מידו, דמבואר דיש לו עדיין זכות בנכסים משא"כ בבכור דמה שעשה עשוי. וכן יש לחקור בשיטת תוס' דנראה דס"ל דהחיוב נובע **מבעלותו על הנכסים** ולכן רק ע"י קנין מועיל הסילוק וס"ל דע"י הקנין מפקיע בעלותו ונפטר מלשלם. ועי"ל דס"ל לתוס' דסגי במה **שאינו נזקק לנכסים**, ורק דחייב להכריז ע"ז באופן שאינו יכול לחזור ובלי זה לא סגי ודלא כהראב"ד וצ"ע. ומהמאירי בסוגיין נראה דהבין כצד א' בשיטת התוס' דז"ל ומ"מ גדולי הצרפתים כתבו שבחלק פשיטות אין יכול להפקיע עצמו מן הירושה להפקיע עצמו מן החובות שמשעת מיתה נעשה לו יורש ונכנס בעל חוב אא"כ יפקיר או ימכור או יתן עכ"ל וכ' שם דבזה נחלקו עם הראב"ד דס"ל דמה שאינו נזקק מהני.[2]

אך ע' בר"י מיגש דכ' דאין הפשוט יכול להסתלק כלל אלא חייב לטפל בנכסים למכרן ולפרוע החוב וכן נראה ממה שכ' הרשב"ם לגבי בכור וז"ל וכשתובעו זה המלוה לדין אין בית דין יכולין לכופו לפרוע אלא כנגד חלק פשיטותו עכ"ל ומשמע דפשוט שייך לכופו לטפל בנכסים ולפרוע החוב וכ"כ היד רמ"ה בסוגיין. ובטעם הדבר ע' בר"י מיגש וז"ל וטעמא דהאי מילתא משום דירושה ממילא קא אתיא ומההיא שעתא דמית מורישו הוה להו הני נכסים ממילא נכסים דיליה והוי ליה במקום מורישו מה מורישו לא מצי לסלוקי נפשיה אף הוא נמי לא מצי לסלוקי נפשיה דמתנה הוא דמצי למימר לא ניחא לי בהאי מתנה משום דאכתי לא מטי

ומ"מ איך שיהיה בגמ' דידן איירי בענין שבלי סילוק חייב לשלם ורק ע"י סילוק מהירושה פטור מלשלם.

[2] וברור מהמאירי דלתוס' ע"י שמסתלק בקנין אינו צריך לפרוע החוב אך ע' בב"ח סי' רע"ח דכ' דלתוס' מה שמסתלק בקנין הוא רק לענין הנכסים אבל צריך לפרוע החוב, ולפ"ז ס"ל כהרשב"א הו"ד לקמן.

לידיה אבל ירושה דמכי מית ליה מורישו הא נפלה ליה ממילא לידיה והוו להו הנהו נכסים דיליה כמאן דקביל מתנה ומטת לידיה דלא מצי בתר הכי לסלוקי נפשיה מינה עכ״ל. הרי מבואר דלא מהני שום סילוק דנעשה **בעלים על הנכסים בע״כ דקם תחת אביו**. וכן מבואר דלא מהני להקנות הנכסים לאחר, דמה אביו אינו יכול להסתלק דבעל חוב משועבד שעבוד הגוף לשלם החוב, אף הוא אינו נפטר מלשלם ע״י שמקנה הנכסים לאחר. והיינו דהוי ג״כ **שעבוד הגברא** דומיא דאב אך נובע **מבעלותו על הנכסים בשעת מיתת האב**. וע״ע בהשלמה בסוגיין שכ׳ ביותר תוקף וז״ל ועוד יש הפרש בין פשוט לבכור דגבי פשוט על כרחו הוא יורש את אביו ובמקומו הוא ויש לו להטפל ולטרוח במכירת הקרקעות לפריעת הבעל חוב. ויש לומר עוד שאם היו לו מעות יפרע מעות ולא קרקע דבמקום אביו הוא עומד מה שאין כן בבכור והיינו דאמר נמי לעיל שאם אמר איני נווטל ואיני נותן רשאי עכ״ל וכבר תמה עליו המאירי דהא אינו חייב לשלם אלא כשיעור נכסים שירש ואפ׳ בזה אינו נראה שישלם מעות וז״ל ואף בזו יש לתמוה והיאך ישתעבדו נכסיו של זה אף לאותו שיעור והרי אף המטלטלין שירשו לא נשתעבדו אלא מכח תקנה עכ״ל. ונראה דס״ל להשלמה ג״כ דהוי **שעבוד הגברא** על היורשים, אלא דנראה דזה אינו נובע מבעלותו על הנכסים דא״כ לא ישלם אלא מאותן נכסים, אלא נראה דס״ל דמשועבד מיד משום **דקם תחת אביו** וכן מדוייק דלא הזכיר מה שבע״כ הוי בעלים על הנכסים אלא מה שבע״כ הוי יורש. ולפ״ז מבואר דנעשה כאביו ממש ולכן חייב לפרוע מעות. ומ״מ ק׳ דסו״ס פורע רק כנגד מה שירש וכנ״ל וצ״ע. ואפשר לחדש דהוי **קם תחת אביו לענין דבר זה כשיעור ירושתו**, כלומר דהוא **במקום אביו בבחינת אביו בשעת מיתתו וכאילו אביו עודו לפנינו**. ונחזור לענין זה בהמשך בס״ד. וע׳ ביד רמ״ה דכ׳ דחייבין לטפל בנכסים ולפרוע החוב משום דמצוה על היתומים לפרוע חובות אביהם ומשמע דאין זה מדין קם תחתיו אלא דין חדש אך אולי הוי מדין קם תחתיו וצ״ע. וכ׳ שם דלפיכך לאו כל כמיניהו להסתלק מהנכסים דהרי מצוה עליהם לפרוע מהנכסים. ומבואר דחולק על הר״י מיגש דומיא דהשלמה הנ״ל דאין טעם החיוב משום בעלותו על הנכסים בשעת מיתת האב אלא משום **מצוה לפרוע חובות האב** אבל גם חולק על ההשלמה דהרי משמע מדבריו דאילו היה מסתלק מהנכסים לא היה חייב עוד והיינו

משום דפשיטא דמצוה לפרוע חובות האב היינו רק מהנכסים שהשאיר האב ולכן הוצרך לומר דלאו כל כמיניה להסתלק.

ונראה דלא פליגי הראב"ד ותוס' על הנקודה הראשונה דהר"י מיגש דהיורש נעשה בעלים על הנכסים משעת מיתת האב ובע"כ, רק דס"ל דאין כאן שעבוד הגברא – לא שעבוד הגברא הנקבע משום בעלותו על הנכסים משעת מיתת האב כשיטת הר"י מיגש ולא שעבוד הגברא מצד שקם תחת אביו כשיטת ההשלמה, אלא החיוב לשלם תלוי ועומד ונובע או **מבעלותו על הנכסים בכל רגע ורגע** וכן מסתבר דהוי שיטת תוס' או משום **הזדקקותו לנכסים בפועל** כדכ' לשיטת הראב"ד וכנ"ל. וע' בר"ן שהשיג על הר"י מיגש וז"ל ואין זה מחוור, וכי ב"ד כופין בשוטי ליורש שאינו רוצה לקבל ירושתו וכו' לפיכך נראין דברי הראב"ד וכו' עכ"ל ומבואר דס"ל כדכ' לראב"ד והשגתו מצד שאע"פ שע"כ יש בעלות ליורש על הנכסים משעת מיתה דאטו בר קשא דמתא לירות וכמבואר לקמן בדברי הר"ן דיכול למכור חלקו, ומ"מ ס"ל דאינו חייב להזדקק לנכסים, **ומהזדקקותו בפועל בלבד נובע החיוב לשלם דהוי שעבוד נכסים בלבד.** ומ"מ אפשר דמודה לר"י מיגש דללוה עצמו כופין, וכן העיר בשיעורי ר' דוד פוברסקי קכד. סי' תנב וביאר דס"ל דליורש הוי שעבוד נכסים בלבד כדכ'.

אך ע' ברשב"א בסוגיין שהשיג רק מצד דלדידן דקיי"ל שעבודא דאורייתא אין כופין ללוה לטפל בנכסים כדי לפרוע החוב אלא ב"ד יורדין לנכסים וה"ה הכא ליורש. ומבואר דס"ל בעצם כהר"י מיגש אלא דס"ל דאה"נ **איכא שעבוד הגברא מצד דהוי בעלים על הנכסים בשעת מיתת האב**, רק דאין כופין בכה"ג וכן העיר בשיעורי רד"פ שם אלא דכ' די"ל דס"ל לרשב"א דהוי שעבוד הגברא על היתומין הנובע מהא דמצוה עליהם לפרוע חובות האב, אמנם לפי משכ' לעיל לדייק בדברי הר"י מיגש ז"א אלא נובע שעבוד הגוף מהא דהוי בעלים על הנכסים בשעת מיתת האב ומ"מ יותר כדבריו משמע ביד רמ"ה הנ"ל דא"א להסתלק מהנכסים משום

מצוה לפרוע וכו׳.[3] וכן נלע״ד בשיטת הרשב״ם בסוגיין ד״ה ואם וז״ל קא משמע לן דבעל כרחו לא זכי ליה רחמנא דכתב לתת לו כעין מתנה אם ירצה לקבלה ואם ימחה שלא לקבל אין מזכין לו לאדם בעל כרחו דלא קרייה רחמנא ירושה אלא מתנה אבל מחלק פשיטותו אינו יכול לומר כן שהרי יורש הוא בעל כרחו עכ״ל. והיינו דזוכה בנכסים בע״כ ולכן חייב לפרוע החוב, ומ״מ לא כ׳ דכופין אותו לטפל בנכסים. ודלא כהדרישה סי׳ רע״ח ס״ק י״ב דכ׳ שם דלרשב״ם אין לפשוט שום בעלות קודם חלוקה (ע׳ לקמן) ולפ״ז הוקשה לו איך בע״ח טורף מהפשוט קודם חלוקה. ותירץ דזה כוונת הרשב״ם דפורע החוב מפני **שיורש הוא בע״כ** דהיינו מפני **שקם תחת אביו**. ולקמן אבאר דיותר נראה דכוונת הרשב״ם דיש בעלות על הנכסים מיד קודם חלוקה ולפ״ז א״ש דהרשב״ם ס״ל כהרשב״א הנ״ל דבע״כ יורש הוא ולפיכך זוכה בנכסים ולכן משתעבד לפרוע החוב מהנכסים.

ושיטת הריטב״א נראה כהר״ן דהשיג בסוגיין כדברי הרשב״א דאין כופין בכה״ג אפ׳ ללוה עצמו וסיים דכל שכן ליורש. והיינו דחולק על שני היסודות דהר״י מיגש דס״ל דאין כופין אפ׳ ללוה בכה״ג וכן ס״ל דביורש אין החיוב לשלם בתורת שעבוד הגברא ואינו נובע מבעלותו על הנכסים בשעת מיתה אלא הוי **שעבוד נכסים בלבד ונובע מהזדקקותו לנכסים** וכנ״ל.

נמצא דיש ה׳ שיטות בגדר חובת הפשוט לשלם חובת אביו: א׳ שיטת ההשלמה דהוי שעבוד הגברא משום דקם תחת אביו וכן ביאר הדרישה לשיטת הרשב״ם, ב׳ שיטת היד רמ״ה דהוי מצוה לפרוע חובת האב בלבד, ג׳ שיטת הר״י מיגש והרשב״א דהוי שעבוד הגברא משום דנעשה בעלים על הנכסים בשעת מיתה בע״כ וכן נ״ל דהוי שיטת הרשב״ם, ד׳ שיטת התוס׳ דהוי שעבוד נכסים ומתחייב בכל רגע ורגע

---

[3] ע׳ בסמ״ע סי׳ רע״ח ס״ק כ״ט דכ׳ דפסק הש״ע כר״י מיגש ובחי׳ רע״א שם דהעיר דאפשר דפסק כהרשב״א.

משום בעלותו על הנכסים, ה׳ שיטת הראב״ד, הר״ן והריטב״א דהוי שעבוד נכסים ואינו מתחייב לשלם אלא כשנזקק לנכסים בפועל.[4]

גדר החיוב לשלם חובת האב: בכור

נראה פשוט מהסוגיא דבכור אין לו שעבוד הגברא כלל כנגד חלק הבכורה, אלא **דהנכסים משועבדים לחוב**, ולכן אם אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי. ואכן הקשו הראשונים דמשנסתלק מהנכסים פשיטא דאינו משלם החוב דאינו אלא שעבוד על הנכסים, ע׳ בר׳ יונה והמאירי בסוגיין. ותירצו דחידוש הסוגיא הוא באופן הסתלקותו מהנכסים או בזה שיכול להסתלק מהנכסים כלל אבל אין חידוש כלל בזה שמשנסתלק פטור מלשלם דס״ל **דחיוב הבכור לשלם חוב אביו נובע מבעלותו או זכותו** (ע׳ לקמן) **על הנכסים בכל רגע ורגע** ולכן עי״ז שמסתלק מהנכסים אינו צריך לשלם. וע״ע בתוס׳ קכו: ד״ה והלכתא דכ׳ דאינו צריך להסתלק מהחלק בכורה כלל כדי להיות פטור מלשלם החוב ע״ש דהביאו ראיה לזה מהא

---

[4] ואפשר דיש עוד נ״מ בזה ע׳ בגמ׳ ב״ב קז. וז״ל אחין שחלקו, ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן וכו׳ עכ״ל ומשמע דבע״ח יכול לטרוף כל החוב מאחד מן האחין והאח צריך לחזור ולטרוף משאר האחין. אך בסוגיין אמרו שהבכור משלם פי שנים ולפי פשוטו משמע דלכתחילה דינו הכי ואין בע״ח יכול לטרוף יותר ממה שעל כל יורש לשלם. וכן הקשו בתוס׳ קז. ד״ה ובא ותירצו דבגמ׳ קז. איירי כשעשאו אפותיקי והיינו דבלא״ה א״א לפרוע מהיורשין יותר מחלקם. ובעליות דר׳ יונה קכד. הביא שיטה כזאת וז״ל ויש אומרים התם כגון שלא עכב על בעל חוב והניח לו לטרוף כל חובו מחלקו, אבל מן הדין היה יכול לעכב עליו שלא לטרוף ממנו אלא לפי חלקו בנכסים לפי ששעבודו מוטל על כל היורשין עכ״ל. וזה כשיטת התוס׳ והנה ביאר ר׳ יונה דס״ל דהוי בעיקר שעבוד הגברא דנקבע שיעור החוב על כל יורש מפני שהוא יורש ולא מצד הנכסים בלבד. אך ר׳ יונה חלק ע״ז וז״ל ונראין הדברים שהבעל חוב יכול לתבוע כל חובו לאחד מן היורשין אם יש בחלקו בנכסים כדי כל החוב, ואינו יכול לדחותו אצל אחין ולומר לו לאו בעל דברים דידי את אלא בשליש החוב או ברביע אם הם שלשה או ארבעה אחים לפי שכל שדה ושדה משועבדת לו לכל חובו וכו׳ עכ״ל. וע״ש שתירץ בביאור סוגיין דהיינו שאין הבכור יכול לדחות הבע״ח מחלק הבכורה באמרו שלא זכה בה עדיין אלא יכול הבע״ח לטרוף גם חלק הפשיטות כולו וגם חלק הבכורה כולו. עכ״פ ביאר דכיון דהשעבוד חל בעיקר על הנכסים וכל שדה ושדה משועבדת לבע״ח י״ל דיכול לטרוף כל החוב מיורש אחד. ומ״מ יש לדחות ע׳ לקמן בשיטת הנו״ב.

דאיכא מ"ד דאין בכור יכול למחול על החלק בכורה ומ"מ איתא בגמ' דיכול לומר אנו"נ (וע' לקמן שאר שיטות בזה), אלא ביארו דכוונת הגמ' דאפ' בזה שאינו נוטל הנכסים עתה שוב אינו צריך לשלם החוב עד שיטול. ומשמע דס"ל **דחיוב הבכור לשלם נובע מהזדקקותו לנכסים** ולכן כל שאינו נזקק להם אינו צריך לשלם אע"ג דיש לו זכות ליטלם בכל עת שירצה.

וע' ברשב"ם בסוגיין ד"ה שאם וז"ל האי איני נותן לאו דוקא נקט ליה הכא דהא מקרא לא ילפינן ליה אלא מסברא דכיון דאין נוטל ודאי לא יתן עכ"ל והיינו כנ"ל דאין שום חידוש במה שאינו נותן הואיל והסתלק מהנכסים שעליהם בלבד חל השעבוד. ואדרבא ע' בר' יונה בסוגיין דהעיר דמה שבכור נותן פי שנים בחוב הוי חידוש וז"ל והא דקתני הכא יצא עליהן שטר חוב בכור נותן פי שנים, פירוש הדבר, שאם אין אחיו בעיר והוא תובע חובו מן הבכור ואין בחלק פשיטותו כשיעור החוב, אין הבכור יכול לטעון לאו בעל דברים דידי את אלא על חלק פשיטותו, אבל על חלק בכורה אינו זוכה בו עד שעת חלוקה דמתנה קריה רחמנא, אלא הרי זה דן עמו וכו' עכ"ל. והיינו דה"א דהואיל ואין לבכור בעלות רגילה על הנכסים עד שעת חלוקה (כדיבואר לקמן) יוכל לומר לאו בעל דברים דידי את דהוי שעבוד נכסים בלבד קמ"ל דדן על חלקו אפ' קודם שבא לידו לגמרי ומ"מ נראה דגם למסקנא הוי שעבוד נכסים בלבד. וכן ביאר בשו"ת חת"ס חו"מ ס' קמט דחידש שם דלרבי יש לבכור בעלות גמורה על הנכסים קודם חלוקה ולרבנן הוי רק שם בכור (ע' לקמן בזה), ולפ"ז כ' וז"ל תו אמרי' יצא עליהן שט"ח בכור נותן פ"ש הא לרבנן איצטריך טפי דסד"א כיון דהנכסי' רק ערבאי' וכיון שמת הלוה פוקע עיקור שיעבודי' רק מ"ע אקרקפתא דגברי מונח לפרוע חובת אביהם מירושתם **והאי בכור אין עליו מ"ע טפי מלשאר אחי** ומ"ע נמי עליהו דאחי רמי למיהב לי' מתנה פ"ש וה"א לא מונח אקרקפתי' דבכורה טפי מלאחי קמ"ל דמ"מ נכסי' נמי משתעבדי עכ"ל הרי דפשיטא ליה לחת"ס דאין כאן שעבוד הגברא כפול אלא דרק לרבי דס"ל דהוי בעלים גמורים משעת מיתת האב פשיטא דצריך לשלם ורק לרבנן צריכא דלא הוי בעלים מיד דס"ד דהוי מתנה לגמרי קמ"ל דאיכא ג"כ שעבוד נכסים. וע' ביד רמ"ה דמשמע מדבריו דהא דבכור משלם פ"ש בחוב הוי אליבא דרבי ורק דבזה הלכה כרבי והייני כשיטת החת"ס ואפ' למסקנא הוי מתנה לגמרי בלי שעבוד לרבנן אלא

דלפ״ז צ״ע איך הלכה כרבי בזה. וע״פ הנ״ל שפיר הקשה הרש״ש בסוגיין קכד. על מאן דגריס איני נותן ואיני נוטל דהרי הדברים הפוכים דע״י שאינו נוטל ממילא אינו נותן ולא איפכא, אלא צריך לגרוס כגרסת הרשב״ם ושאר ראשונים איני נוטל ואיני נותן.

אמנם ע׳ במאירי דאחר שהביא שיטת הראב״ד הנ״ל כ׳ וז״ל ומ״מ לענין פירוש כתבו קצת מפרשים שאין אנו צריכין לכך שהפשוט לא הוצרך להשמיענו בו דין זה כלל ואם אינו רוצה לזכות בחלקו לא יפרע ואם יטול אין לו פסידא שהרי לא יפרע אלא כשיעור חלקו אבל הבכור אפשר שתגיע לו פסידא אם יפרע כשנים מצד הראוי והשבח שאין לו בהם בכורה כיצד הגע עצמך שהירושה שוה שש מאות ויש בה שלש מאות שבח ואינם אלא שני אחים הרי שאין כאן בכורה אלא בשלש מאות ונמצא חלקו מאתים ואח״כ חולקים בשוה השלוש מאות ונמצא לחלק הבכור שלש מאות וחמשים ויצא עליהם חוב בארבע מאות וחמשים אם יהא פשוט יכול לומר טול חלק בכורה ופרע פי שנים לא ישארו לו מכל ירושתו אלא חמשים דינרין ונוח לו שלא יטול ויחלקו בשוה ויפרעו בשוה עכ״ל. הרי שלפי קצת מפרשים אלו יש כאן שעבוד מוטל על הבכור לשלם פי שנים בחוב אפ׳ אינו נוטל פי שנים בנכסים מחמת שאינו נוטל פ״ש בראוי. וזה תמוה לפי הנ״ל דהוי שעבוד נכסים ואמאי ישלם כנגד מה שלא נטל. אמנם יש לבאר ע״פ דברי המאירי בסוגיין לגבי חיוב הבכור לפרוע חובת אביו וז״ל חלק זה שנתנה תורה לבכור לא מחלתו אצלו מכל וכל עד שאם יצא עליהם חוב שהיה אביהם חייב לא יהא פורע בו מצד הבכורה כלום אלא עשאו כשני יורשים ואם יצאו עליהם חובות אביהם אף הוא פורע בהם כשנים ואם אמר איני נוטל חלק בכורה ואיני פורע כשנים רשאי עכ״ל הרי דכ׳ דה״א דחלק הבכורה הוי מתנה ומשתלם מתפיסת הבית בלי שעבודים, והו״ל לבאר דקמ״ל דנשתעבדו הנכסים, אבל במקום זה כ׳ דהוי כשני יורשים. ואפשר דכוונתו דהוי **שעבוד הגברא כפול**. ומ״מ צ״ע דס״ל כשיטת הראב״ד דגם פשוט יכול לומר אנו״נ דביארנו לעיל דהוי שעבוד על הנכסים ומתחייב בה רק כשנזקק לנכסים וצ״ע. ומתוך הדוחק י״ל דס״ל **דע״י שמסתלק מהנכסים מפקיע השם בכור לענין החיוב לפרוע את החוב**. ולפ״ז אין כ״כ חידוש לומר דבבכור איכא שעבוד הגברא כפול דאינו שעבוד חזק כ״כ וצ״ע.

ועוד שיטה ג׳ בזה ע׳ בר׳ גרשום בסוגיין וז״ל והואיל דנוטל פי שנים בשטר חוב. פורע נמי פי שנים בחוב שמתחייב אביו בשטר (כולו). ואם אמר וכו׳ עכ״ל. ומשמע דס״ל דהשעבוד של הבכור לשלם החוב נובע ממה שנוטל חובות אביו. ואפשר דזה שיטת הי״מ ברשב״ם (המובא לקמן וע׳ במה שהבאנו שם בשם הנו״ב והחת״ס בביאור שיטה זו באופן אחר). ומ״מ צ״ע מה ענין מה שנוטל החובות לחיוב לשלם החובות.[5]

איני נוטל בחלק מהנכסים – שיטת הנו״ב

ע׳ ברשב״ם ד״ה ואם שהביא פירוש אחר לסוגיין וז״ל ויש מפרשין ואם אמר איני נוטל בשטר חוב שיש לאבי על אחרים פי שנים וגם איני נותן בשטר חוב היוצא עליו פי שנים רשאי ושיבוש גמור הוא שהרי השטר היוצא על אביהן אינו דינו לגבות משטר שיש לאביהן על אחרים דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב אלא ממקרקעי הוא דקגבי הלכך אע״ג שמחל חלק בכורה מן השטרות של אביו כיון דבקרקעות הוא נוטל פי שנים חייב להחזיר למלוה פי שנים עכ״ל. והעיר בשו״ת נו״ב מהדו״ק חו״מ סי׳ לד הו״ד בפ״ת סי׳ רע״ח ס״ק ח׳ דמלבד החידוש דמהני מחילה בשטרות לפטרו מהחוב יש גם חידוש אחר וז״ל והנה הרי מוכח מיש מפרשים הללו אם אין הבכור נוטל פי שנים בכל הנכסים אף שנוטל ממקצת הנכסים פי שנים כי הכא שרק מהחוב שירשו אינו נוטל פי שנים ובכל יתר הנכסים נוטל פי שנים אפ״ה אין צריך לשלם פי שנים וכו׳ ואף שרשב״ם דחה פירוש זה וכו׳ מ״מ נשארה הוכחה שהוכחתי דעד כאן לא דחה רשב״ם סברתם אלא מטעם מטלטלי לא משתעבדי וכו׳ עכ״ל והיינו דאילו היה מסתלק אפ׳ מחלק מהנכסים המגיעים לו כחלק בכורתו כנגד חלקו בחוב הרי עי״ז ג״כ אינו נותן כשיעור הזה בחוב. וצ״ב דבשלמא א״ת דצריך להסתלק מכל הנכסים א״ש דעי״ז אינו נוטל כלל מהנכסים המשועבדים אך בכה״ג דנסתלק מחלק מהנכסים מ״מ לא פקע השעבוד משאר הנכסים. וע״ע שם דהציע דה״ה מה שאין הבכור נוטל בראוי יחשב כאילו אמר אנו״נ (בכה״ג דהראוי משועבד לבע״ח) וע״כ יוכל הבכור

[5] ע׳ במאמר הר׳ חיים פעקער בקובץ זה דמציע דהוי שיעור בקם תחתיו ע״ש.

להכריח האחין שישלמו החוב מן הראוי, אע״פ שאין דין הבכור ליטול בראוי כלל. ודחה זה דאינו דומה לציור הרשב״ם דמגרע לבע״ח והכא מגרע לאחין ולאו כל כמיניה לגרע חלקם. והה״א צע״ג דמה יועיל לו שאינו נוטל בראוי דאי תלוי בהסתלקותו מהבכורה הרי בודאי לא מהני. וצ״ל דס״ל דאנו״נ מחדש דבעצם נקבע שיעור התחייבות הבכור לפי שיעור ירושתו וכדמשמע פשטות לשונו דאינו משלם פ״ש אא״כ נוטל פ״ש. והיינו דהחיוב לשלם נובע **מבעלותו על הנכסים באותו שיעור שנוטל בירושה דמחלקין החוב ליורשים לפי החלק שהם נוטלים** וע׳ בהערה 4 לעיל לגבי אי יכול בע״ח לטרוף הכל מא׳ מן האחין ואפ׳ א״ת כשיטת ר׳ יונה דיכול לטרוף הכל מאח א׳ דמשמע דכל הנכסים נשתעבדו בשוה, מ״מ י״ל **דהשיעור של התחייבות שעל הגברא תלוי דוקא באותו חלק שנוטל בנכסים לעומת שאר היורשים**. והיינו דומיא דלקוחות שטורפין מהם מחמת השעבוד אע״פ שאין להם שעבוד הגוף כלל וכשלקחו באחריות יכולין לחזור לטרוף מהמוכר, ה״ה בנידון דידן נחלקו תוס׳ ור׳ יונה לגבי גדר השעבוד שעל הנכסים אי תלוי בחובת הגברא אבל לכ״ע חובת הגברא תלוי במה שנוטל.

ומ״מ יש בזה חידוש דלכאורה היה נראה לומר דז״א **דשיעור ההתחייבות תלוי בשם יורש בין מנין היורשים** ולכן יחלקו החיוב לפי מנין היורשים ולא במה שנוטל בפועל, ואפ׳ למ״ד דהחיוב לשלם נובע מהזדקקותו לנכסים בפועל דהוי שעבוד על הנכסים בלבד, מ״מ שיעור ההתחייבות אם נוטל י״ל דתלוי בשם יורש בין היורשים. ועי״ל באופן אחר כדכ׳ הרשב״א גיטין נ: דביאר שם דאין ראיה לדין דיצא עליהן שטר חוב במקבלי מתנת שכיב מרע מהא דביורשין חייבין לחלוק לפי מה שנוטלין כדחזינן דבכור נותן פ״ש וז״ל דדלמא שאני ירושה לפי שאין להן בנכסים כלום אלא מה ששייר בע״ח של אביהם עכ״ל והיינו דלפני שמחשבין זכות כל יורש וזכות הבכור בנכסים מוציאין מה שעתיד בע״ח לטרוף. ולפ״ז אנו״נ אינו מגלה דההתחייבות רק לפי מה שזוכה בו אלא מגלה דשעבוד הבכור הוא שעבוד נכסים בלבד ואם לא נטל כל הנכסים אז אינו נותן, אבל משנטל אפ׳ חלק מהנכסים חייב לפרוע מהם החוב כשיעור ההתחייבות הנקבע לפי מנין היורשים דהא באמת נחסר מנכסי הירושה לפני שיחשבו כמה יטול כל יורש וכמה יטול הפשוט.

ולמסקנא דחה הנו"ב שיטה זו דמגרע חלק האחין ומעתה צ"ע בסברתו דאמאי איכפת לן דמגרע חלק האחין הלא אינו חייב לשלם פ"ש הואיל ולא נטל פ"ש בכל הנכסים דלא נטל בראוי. וי"ל דס"ל כדכ' לעיל דנקבע שיעור ההתחייבות לפי השם יורש בין היורשים, אך ס"ל דאין החידוש של אנו"נ בזה שמסתלק מהנכסים בלבד אלא החידוש הוא דיוכל לפרוע השעבוד נכסים שעל החלק בכורה ע"י סילוק בלבד ואינו צריך לקבל הנכסים ולטפל בהם ולפרוע מהם החוב דמתנה קרייה רחמנא ובקל יוכל לפטור עצמו מהשעבוד דומיא דה"א של המאירי הנ"ל דאין שעבוד נכסים על חלק הבכורה כלל.

גדרי בעלות היורשים קודם חלוקה: פשוט

יורש פשוט נוטל כל השבח ומ"מ חלקו אינו מבורר עד החלוקה עצמה. ונחלקו הראשונים בזכותו קודם שהוברר חלקו ויש בזה כמה נ"מ ונדון עתה בב' נ"מ היוצאות מסוגיין והם זכות הפשוט למחול או למכור חלקו קודם חלוקה.

מחילה:

הובא לעיל הא דכ' הראב"ד דגם פשוט יכול לומר אנו"נ. וכ' דהיינו דאפ' ע"י דבור יכול להסתלק מהנכסים ואינו צריך לפרוע החוב. וכ' דהנ"מ בין פשוט לבכור הוא דפשוט יכול לחזור בו ואפ' אחר שפרעו האחים לבע"ח, ונותן דמי חלקו בחוב לאחין ונוטל השאר. וכ"כ בעליות דר"י בסוגיין (גרסא דהכת"י והמובא בר"י קרקושא) וכן הסכימו הרשב"א, הריטב"א והר"ן וכן הובא במאירי. ויש לחקור בכוונתו אי היינו דע"י דבור יכול להקנות חלקו לאחים או דע"י דבור מכריז שאינו נזקק לנכסים וסגי בזה שאינו חייב לפרוע החוב וכדחקרנו לעיל. וכתבנו לעיל דנראה מהמאירי והר"ן דס"ל לראב"ד דע"י דבור אינו נזקק לנכסים אבל עדיין הוי בעלים. ויש להביא עוד ראיה לזה ע' ברשב"א בשם הראב"ד וז"ל אלא הכא לענין חזרה קאמר דאילו לפשיטות כי אמר פשוט לא יריתנא ולא פרענא וכי פרעי אחוה בזוזי הדר אמר הבו לי מנתאי ואפרע לכו זוזי מצי הדר ביה דמכי מית אבוה זכה ליה בחלק פשיטות וכי אמר לא פרענא לא זביני הוה ולא מתנה הות ולא הפקר עכ"ל הא מבואר דכ' דדבור זה לא הוי

קנין כלל ולכן מצי הדר ביה. ומ״מ מבואר בלשון הראב״ד דע״י שאינו פורע החוב שאר האחין רשאין לחלוק הנכסים בלעדיו עד שיחזור בו וק׳ דאיך עבדינן הכי הא לא הקנה להם חלקו והוי כמו מי שנמצא במדינת הים שאין רשאין ליטול חלקו עד שיבוא. וי״ל דקודם החלוקה לא הוו שותפין בנכסים אלא דס״ל לראב״ד דאיכא חלות דתפיסת הבית דהוי בעלים על הנכסים ולורשין יש **זכות גבייה בעלמא**, ולכן עי״ז שהפשוט ממאן מלהשתמש בזכות גבייה דידיה בשעת חלוקה הרי ממילא מחלקין שאר האחין את הנכסים והוו בעלים גמורים. ומ״מ לא מחל על הזכות גבייה דהרי לא הקנה כלום ולכן יכול לחזור ולחלוק מחדש אפ׳ אחר שפרעו שאר האחין. ולפ״ז צ״ל דלגבי הבעלות על הנכסים עצמן ס״ל כשיטת הרשב״ם כדיבואר להלן. ויש לדייק עוד דכ׳ דכי אמר לא פרענא לא זביני הוי וכו׳ ואכתי צ״ב דפשיטא דאמירת לא פרענא דהיינו איני נותן אינו קנין. וי״ל דס״ל לראב״ד דפשיטא דאמירת איני נוטל לאו כלום הוא דאינו מקנה הנכסים לאחין כלל עי״ז וזה שאומר שלא יזדקק לנכסים אין שום חלות ולא שום נ״מ עי״ז והוי כאומר שלא יזדקק לנכסי עצמו ורק דממילא אינו משתמש בזכות גבייה בשעת חלוקה וכנ״ל. ולכן נקט מה שאמר ואיני נותן דעי״ז הוא בעצם ממאן לפרוע החוב עם שאר האחין ע״י שאינו מזדקק לנכסים ושפיר יש בזה נ״מ דמעתה יצטרכו לפרוע הם ולכן ס״ד דלא יוכל לחזור בו קמ״ל דאין בזה קנין ג״כ. ומ״מ יש לדחות דאין כוונתו אלא לקצר כל מה שאמר דהיינו לא פרענא ולא שקילנא.

וע׳ בתוס׳ בסוגיין ד״ה ואם שחולקין ע״ז וכ׳ דפשוט צריך קנין כדי שלא ישלם החוב וכתבנו לעיל לדייק מדברי המאירי דהבין דשיטתם הוא דלא מהני מה שאינו נזקק לנכסים אלא צריך שלא יהיה בעלים, והיינו דנחלקו לגבי המחייב לשלם כנ״ל. ומ״מ יש לחקור לפי תוס׳ לגבי בעלות הפשוט אי יכול להסתלק מהנכסים בדבור בעלמא רק שאינו מועיל לגבי החוב או לא דאין סילוק בדבור מועיל גם לגבי הבעלות. ומשמע מהמאירי הנ״ל דס״ל דלתוס׳ אין זה מועיל כלל וכן משמע בשט״מ בסוגיין בשם ר׳ יונה וז״ל ואם תאמר פשיטא כלום יתומים חייבים לפרוע חובת אביהם אלא מנכסי אביהם. יש לומר הא קמשמע לן דבדיבורא בעלמא מסתלק מחלק בכורה וכיון שנסתלק ואמר איני נוטל שוב אינו יכול לחזור בו מה שאין כן בחלק פשיטות אם אמר איני נוטל אין בדבריו כלום אלא צריך

להקנות לאחיו הקנאה גמורה עכ״ל. הרי דכ׳ דאין בדבריו כלום. ויש לבאר דס״ל דלא סגי באמירה בעלמא דמ״מ עדיין בעלים הוי ואיך יחלקו האחין בנכסיו וכקושיא הנ״ל. ולפ״ז משמע דס״ל לתוס׳ **דקודם חלוקה הוו שותפין** בנכסים ולכן צריך קנין להסתלק.

וע״ע בתוס׳ רי״ד בסוגיין שכ׳ בזה שיטה ג׳ וז״ל כ׳ רבי׳ יצחק זצוק״ל דאלו בחל׳ פשיטות אם אמר אינו נוטל ואינו נותן רשאי דמשעת מיתה זכה והרי הוא כאלו אמר לו אין לי עסק בה וידי מסולקות ממנה ואינו נר׳ לי דזה הלשון אינו מועיל אלא כשיש לו דבר עם אחר ומסתלק ממנו ונותנו כולו לחבירו אבל זה אין לו שיתוף עמו בחלק פשיטותו וגם האחין אינן רוצין לקנות חלקו ולזכות בו ולפרוע חובו הילכך אינו יכול להסתלק עכ״ל. ומשמע דאפ׳ ע״י קנין אינו יכול להסתלק אלא ברצון האחים דלאו כל כמיניה להקנות להם בע״כ דאינן שותפין. והיינו דלכל יורש **יש בעלות על חלקו בנפרד** אע״פ דאינו מבורר עדיין, ומעשה החלוקה הוא רק לברר איזה חלק למי.[6]

ובשיטת הרשב״ם ע׳ בד״ה ואם וז״ל דסלקא דעתך כיון דבכור הוא זכי ליה רחמנא פי שנים ואינו יכול לומר איני חפץ שיהיו שלי דבעל כרחו הרי הן שלו דמשעה שמת אביו ירש פי שנים עד שיפקירם או עד שימכרם או יתנם לאחרים וצריך להגבות לזה המלוה כנגד פי שנים קא משמע לן דבעל כרחו לא זכי ליה רחמנא דכתב לתת לו כעין מתנה אם ירצה לקבלה ואם ימחה שלא לקבל אין מזכין לו לאדם בעל כרחו דלא קרייה רחמנא ירושה אלא מתנה אבל מחלק פשיטותו אינו יכול לומר כן שהרי יורש הוא בעל כרחו עכ״ל הרי כ׳ לגבי הה״א דבכור דמ״מ יוכל להסתלק ע״י שימכור או יפקיר הנכסים ומשמע אפ׳ קודם חלוקה. ומשמע דה״ה למסקנא בפשוט דיוכל להסתלק ע״י שימכור או יפקיר הנכסים קודם חלוקה וכ״כ בשה״ג (בדפי הרי״ף נה:) דלדעת הרשב״ם פשוט יכול להסתלק ע״י לשון מתנה או הפקר ע״ש ולפ״ז ס״ל כתוס׳ דהוו **שותפין קודם חלוקה**. וע״ע לקמן בשיטת הרשב״ם.

---

[6] ומ״מ אפשר דברצון האחין ס״ל דיכול להקנות להם ע״י דבור בעלמא אבל יותר נ״ל כדכ׳.

מכירה:

איתא בגמ׳ קכו. דנחלקו האמוראים אי בכור יכול למכור חלקו. וע׳ רשב״ם שם ד״ה קסבר וז״ל וכ״ש בחלק פשיטות דלא זכי קודם חלוקה שלא הוברר חלקו עכ״ל. וכ״כ ר׳ גרשום קכו: לגבי בכור שמכר חלק בכורתו וחלק פשיטותו וז״ל שלא עשה ולא כלום בהיא פלגא שלו דמגיע בפשוטו משום דאכתי לא פליג עכ״ל. וק׳ דהא ביארנו לעיל דיכול להסתלק בלשון מתנה או הפקר וכדמשמע מדברי הרשב״ם קכד. וכדכ׳ בשה״ג בהדיא, וע׳ לקמן.

ובתוס׳ ושאר ראשונים שם חלקו ע״ז וס״ל דפשוט יכול למכור חלקו. וע׳ בתוס׳ קכו: ד״ה לא עשה דהקשו דהא מבואר לעיל מה חלק פשוט אע״ג דלא אתי לידיה, וכוונתם להקשות דהא פשוט נוטל בשבח אע״ג דלא בא עדיין לידו ומוכח דהוי בעלים גמורים אע״ג דלא בא לידו ממש. וע״ע בשו״ת מהר״ם (בתשובות מיי׳ לס׳ משפטים סי׳ מב ובשו״ת מהר״ם ד״ק ח״ג סי׳ כה) דהביא מר׳ יהודה מפרי״ש דמוכח מהא דפשוט נוטל בראוי כבמוחזק דעדיף מבכור וכן הובא במרדכי סי׳ תקפ ונראה דכוונתם כנ״ל וכן הקשה ביד רמ״ה שם דפשוט לא קרייה רחמנא מתנה ונוטל בראוי כבמוחזק וכ״ש בשבח. וע״ע בר״ן שם דהקשה דשותף יכול למכור חלקו וכ״כ הרשב״א. וברור דשיטת כל הני רבוותא דפשוט הוי **בעלים גמורים** או דהוו **שותפין** קודם חלוקה וראיה לזה דנוטל בראוי כבמוחזק.[7] ולראב״ד לעיל צ״ל דס״ל **דיכול למכור עכ״פ הזכות גבייה** וע״ז הוי בעלים.

ומשמע דס״ל לרשב״ם דאין לפשוט שום בעלות על הנכסים קודם חלוקה ולכן לא שייך להקשות משותפין, וצ״ל דמה שנוטל בראוי כבמוחזק הכי דינו דאטו בר קשא דמתא לירות, ומ״מ אין שום בעלות קודם החלוקה. אך ק׳ דמבואר לעיל לגבי מחילה דס״ל לרשב״ם דפשוט הוי בעלים בע״כ ולכן אינו יכול להסתלק בדבור בעלמא, וכן הקשה הדרישה בסי׳ רע״ח ס״ק י״ב. ותירץ שם דלא ק׳ דמה שאינו יכול להסתלק

---

[7] אך ע׳ לקמן דביאר הברכת אברהם שיטת הרשב״א באופן שיתאים לרשב״ם.

היינו גופא משום **שאינו בעלים כלל** וגם אינו עומד לקבל דהיינו שאין לו שום זכות בנכסים ואין סילוק אלא בדבר שכבר עומד לזכות בו דומיא דמסתלק מנכסי אשתו דמהני רק בין אירוסין לנשואין דאז עומד לזכות ולא זכה אבל קודם אירוסין לא שייך סילוק. ומה שכ׳ הרשב״ם דפשוט הוי יורש בע״כ ע״ש בדרישה דביאר דקאי על שם יורש דלכן טורף ממנו בע״ח וע׳ לעיל מה שכתבנו בזה. וכן משמע כדבריו ברש״י חולין כה: ד״ה וכשחייבין דביאר הא דאיתא במתני׳ שם ובבכורות נו: דלגבי קלבון דשקלים שאני תפיסת הבית מחלקו וחזרו ונשתתפו דתפיסת הבית לא חשיב כשותפות לחייב בקלבון, וז״ל רש״י שממון אביהם בחזקתו עומד ואביהם השוקל על בניו או על אחד מבני עירו ופוטרו בשלו פטור מן הקלבון עכ״ל. ומשמע דהממון אינו של היורשים אלא עומד בחזקת האב. ואפ׳ אי לא תימא הכי דהוי ממון האב מ״מ אינו ממון דידהו.

אך ק׳ דמוכח מכמה סוגיות דיש בעלות ליורשין קודם חלוקה ע׳ בגמ׳ קלז: וז״ל הגמ׳ אמר רבה בר רב הונא: האחין שקנו אתרוג בתפוסת הבית, נטלו אחד מהן ויצא בו, אם יכול לאוכלו - יצא, ואם לאו - לא יצא; ודוקא דאיכא אתרוג לכל חד וחד, אבל פריש או רמון – לא עכ״ל הגמ׳ וז״ל רשב״ם שם בד״ה שקנו ירשו מאביהן או לקחו במעות ירושת אביהן בתפוסת הבית כל זמן שלא חלקו ונטלו אחד מן האחין בלא דעת חבירו עכ״ל ומוכח דלכל הפחות כשהסכימו כולם יחד יכולין לישא וליתן בנכסים אפ׳ קודם חלוקה, ומה שלקחו בנכסי הירושה נעשה כנכסי הירושה עצמו.[8] ולפ״ז א״ש הא דאינו יכול להסתלק משום דהוי בעלים וג״כ א״ש הא דנוטל השבח, וק׳ אמאי אינו יכול למכור דהא לא גרע משותפות כדהקשה הרשב״א.

וע׳ בשו״ת מהר״ח או״ז ס׳ קכא שכ׳ סברא לדברי הרשב״ם ודחאו וז״ל ואעפ״י שיש לומר דוקא שותפין שנשתתפו בכסף וקנו שדה בשותפות התם הוא דמצי למכור משום הואיל דבכספים קנה אלים כוחיה.

---

[8] וכן הניח בפשיטות בקוב״ש סי׳ תד אך ע׳ בשיעורי ר׳ שמואל סי׳ מו דנסתפק בזה אי יכולין למכור בהסכימו כולן ובמח״כ נלענ״ד דאשתמיטיה דברי הרשב״ם הכא. דמהסוגיא הוי מצי למימר דכשקנו הנכסים הוי מעשה חלוקה ונעשה אז לשותפות ואכמ״ל.

אבל יורשים שירשו מאביהן ולא היה מעולם חלק מבורר לעצמו לא קרקע זו ולא בכסף שנקנה בו. הכי נמי שאינו יכול למכור עד שיחלוקו ויתברר חלקו. לא מיסתבר לי למימר הכי דמאי מהני שהיה לו חלק בכסף. הא משעה שקנו השדה בשותפת לא הוברר חלקו בהאי שדה ואפילו הכי מוכר. יורש נמי אע"ג דלא חלקו מוכר מה שיש לו בזו הקרקע עכ"ל. והיינו דשאני יורשין דלא נשתתפו בכסף דהיינו שלא היה להם לעולם חלק מבורר ולכן לא אלים כוחייהו כשותפין שהיה להם חלק מבורר קודם לשותפות וכ' דז"א דמאי שנא סו"ס נעשה חלק השותפין לאינו מבורר ועדיין יכולין למכור. ושפיר הקשה לפי ביאורו, אך ע' בסוף התשובה דהוקשה לו סוגיא דבכורות הנ"ל דלגבי מעשר בהמה וקלבון דשקלים שאני תפיסת הבית מחלקו וחזרו ונשתתפו דתפיסת הבית לא חשיב כשותפות לפטור ממעשר בהמה ולחייב בקלבון וכן הוקשה לו פרש"י בחולין הנ"ל דקודם חלוקה הוי כממון האב (וע' ברמב"ם פ"ו דהל' בכורות הל' י' וי"א ופ"ג דהל' שקלים הל' ד' וה' שפ' באופן אחר ואכמ"ל). ומשמע דקודם חלוקה אינו כ"כ של היורשים או אינו של היורשים כלל והשאיר בצ"ע. ועפ"ז כ' בקוב"ש סי' תד דס"ל לרשב"ם דשאני תפיסת הבית משותפות וז"ל דבשותפין, כל אחד מהשותפין הוי בעלים על חלק, ותפוסת הבית הוי בעלים אחד, כמו בדברים השייכים לציבור וכו' וה"נ בתפוסת הבית, **הנכסים שייכים לכלל היורשין ביחד ולא לכל אחד בפני עצמו**, ומשו"ה אין כל אחד יכול למכור חלקו אלא א"כ ימכרו כולן ביחד עכ"ל.[9] ולפ"ז א"ש דנוטלין בשבח ובראוי וכן הא דכ' הרשב"ם דהוי בעלים משעת מיתת האב ולכן אינו יכול להסתלק בדבור,

[9] יש להעיר דגם לשאר ראשונים צ"ל דאיכא חלות מיוחד בנכסי ירושה קודם חלוקה דבגמ' איכא הני נ"מ, אלא דהרמב"ם פירש באופן אחר וע' לקמן בשם הגר"ח. ומ"מ ס"ל לקוב"ש בשיטת הרשב"ם דזה הוי יסוד בגדר הבעלות דתפיסת הבית הוי כצבור של האחין יחד והוי בעלים על הנכסים. ולשאר ראשונים אין צורך לומר כן ואדרבא הבאנו לעיל דיותר מדוייק מלשונם דס"ל דהוי שותפות עם כמה דינים מיוחדים, כן נלענ"ד ודלא כדכ' בברכת אברהם קכד. עמ' רלז דאפ' לרשב"א תפיסת הבית הוי בעלים ומוכר רק חלקו בתפיסת הבית משום דהוי זכות ממון.

דבאמת הוו בעלים, רק לא בנפרד אלא יחד. וכן א״ש דאינו יכול למכור חלקו דאין לו בעלות בנפרד.[10]

ורק אכתי ק׳ מהא דהקשינו לעיל דיכול להסתלק בלשון מתנה או הפקר, וי״ל דשאני מכירה לאחר מסילוק דהיינו שמקנה חלקו לשאר האחין או מפקיר חלקו וזכו הם ממילא. וע׳ בשיעורי ר׳ שמואל סי׳ עא דהעיר כן וכ׳ דהוי כמכרו כל האחים. ולפי הנ״ל א״ש דיש לבאר בכוונתו דענין תפיסת הבית הרי הוא נובע ממצות ירושה והשותפין נקבעו ע״פ הל׳ ירושה ולכן א״א לא׳ מהיורשין למכור חלקו להכניס אחר לתוך תפיסת הבית כאילו הוא יורש דדין תפיסת הבית שייך דוקא ליורשין יחד ואין לכל או״א בעלות פרטי לעצמו דזה סותר לדין תפיסת הבית. ולכן כשכולן יחד מוכרין איזה חפץ מתפיסת הבית או קונין איזה חפץ במעות תפיסת הבית הרי הפקיעו ממנו דין תפיסת הבית וחל דין תפיסת הבית על המעות או על החפץ שקנו וכדמוכח בסוגית אחין שקנו אתרוג כדכ׳ לעיל (אא״כ רצו בחלוקה ע׳ ברמב״ם ובמאירי ואכמ״ל). וה״ה כשא׳ מהיורשין מכר או מחל חלקו לאחר שהוא ג״כ יורש אין בזה סתירה לדין תפיסת הבית דסו״ס הוא עדיין שייך לכללות היורשין.

אמנם אחרי כ״ז נראה לענ״ד דרך אחרת ברשב״ם דק׳ לשיטת הקוב״ש מהא דכ׳ הרשב״ם בסוגית אחין שקנו אתרוג דביאר בד״ה ואם לאו אמאי אין יוצאין כששאר האחין מקפידין וז״ל דכתיב ולקחתם לכם משלכם שיהא כולו שלו ולא שמקצתו שלו דאע״ג ددרשינן בשחיטת חולין בפ׳ ראשית הגז בגדיכם עריסותיכם תרומותיכם לרבות טלית של שותפין ועיסת השותפין ותבואת השותפין שחייבין בציצית ובחלה ובתרומה ה״ה נמי אי הוה כתיב הכא פרי עץ הדרכם אפי׳ של שותפות אבל כיון דכתיב לכם צריך שיהא כולו שלו עכ״ל. ומה שכ׳ דהוי מקצתו שלו יש ליישב ע״פ שיטת הקוב״ש בדוחק קצת דכוונתו דבעינן כולו שלו ולא שיהיה אחד מכמה בעלים יחד. אבל המשך דבריו צע״ג דהקשה מהא

---

[10] וע״ע בקונטרסי שיעורים ק״ד ש״ג אות י׳ דביאר קצת באופן אחר דכ׳ דהוי שותפות אלא דס״ל לרשב״ם דא״א למכור חלקו בשותפות דאינו בעלים לבדו על כלום אלא הוי שותף בכולה, וכדכ׳ בקוב״ש בענין תפיסת הבית לבד ס״ל דה״ה בכל שותפות ע״ש ובמה שכ׳ ק״ח ש״א אות ט׳.

דשייך ציצית וכו׳ בחפץ של שותפין, והא לשיטת הקוב״ש פשיטא דשאני התם דאיכא סו״ס בעלות פרטי ולכן שייך החיוב. וממה שתירץ משמע בבירור דס״ל דתפיסת הבית הוי שותפות ממש ואילו היה יוצא באתרוג של שותפין היה יוצא נמי באתרוג של תפיסת הבית וזה א״א לשיטת הקוב״ש דשאני תפיסת הבית דאינו בעצם שלו בבעלות פרטי כלל.

ולכן נלענ״ד להציע די״ל דס״ל לרשב״ם דהוי **שותפות והאחין הוו בעלים גמורים על חלקם, ורק דבעלותם מוגבלת ע״פ דין תפיסת הבית** כדביארנו לעיל דדין תפיסת הבית קובע דא״א למכור לאחר דבזה עשאו כא׳ מן היורשין. ולא דמי כלל לבעלות של צבור ודלא כהקוב״ש אלא דיש לו בעלות גמורה חוץ מאלו הדברים המתנגדים לדין תפיסת הבית.[11]

ויוצא לפי הנ״ל דיש לנו ד׳ שיטות בבעלות היורשים הפשוטים קודם חלוקה: א׳ שיטת הרשב״ם ולו ג׳ ביאורים - לדרישה ס״ל דאין לפשוט שום בעלות על הנכסים כלל ואולי נחשבין בחזקת האב כדמשמע מרש״י, לקוב״ש ס״ל דהנכסים שייכים לכלל היורשים יחד, ולפי דברינו לעיל שיטת הרשב״ם דהוו בעלים גמורים והוי שותפות לפי תנאי תפיסת הבית, ב׳ שיטת הראב״ד דהוי זכות גבייה בעלמא הניתן למכור (ואפשר דס״ל דהנכסים עצמן שייכים לתפיסת הבית וכנ״ל), ג׳ שיטת תוס׳ דהוו שותפין רגילים, ד׳ שיטת התוס׳ רי״ד דלכל א׳ בעלות על חלקו בנפרד ולא הוו שותפין כלל.

גדרי בעלות היורשים קודם חלוקה: בכור

יש לדון בגדר זכות הבכור בנכסי החלק בכורה קודם חלוקה לגבי ד׳ נ״מ: שבח, מכירה, מחילה ומחאה.

לגבי שבח איתא בגמ׳ דנחלקו רבי ורבנן דלרבי נוטל הבכור פ״ש בשבח, אבל לא בשבח שהשביחו יתומין, ולרבנן אינו נוטל פ״ש בשבח. וביארו בגמ׳ קכד. בברייתא דרבנן ילפו מדכתיב לתת לו מתנה קרייה

[11] וע״ע במאמר הר׳ דוד הלמן בקובץ זה בגדר תפוסת הבית קודם חלוקה דשם כ׳ כעין דברינו כאן אבל יותר בהרחבה.

רחמנא, מה מתנה עד דמטיא לידיה, אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה ורבי יליף מדכתיב פי שנים מקיש חלק בכורה לחלק פשוט, מה חלק פשוט אע״ג דלא מטא לידיה, אף חלק בכורה אע״ג דלא מטא לידיה. ובסיום הגמ׳ איתא בשם רב פפא דנחלקו דוקא לגבי שבח שבו נשתנה החפץ כגון שלופפי והוו תמרי אבל כשלא נשתנה כגון דיקלא ואלים לכ״ע נוטל בשבח. ובגמ׳ קכד: הובא משאר ספרי דבי רב דילפו גם רבי וגם רבנן מדכתיב בכל אשר ימצא לו דלרבי הוי פרט לשבח שהשביחו יתומין ולרבנן פרט לכל השבח, וע׳ בראשונים קכד. דביארו למאי אצטריך עוד ילפותא. אך ע׳ בעליות דר׳ יונה קכד. דהביא י״מ דס״ל דפליגי הב׳ לשונות דלשאר ספרי דבי רב נחלקו רבי ורבנן בגדר אשר ימצא לו ולברייתא נחלקו ביסוד אי מתנה קרייה רחמנא לענין דבר זה או לא. וכ׳ הי״מ בר׳ יונה דנ״מ למה שאמר רב פפא, די״ל דרב פפא ס״ל דוקא כילפותא דשאר ספרי דבי רב ולכן ביאר דמודו רבנן בשבח דלא אשתני דהוי שפיר מצוי אבל לפי הברייתא דילפו רבנן מלתת לו דהוי מתנה י״ל דס״ל דאפ׳ בלא אשתני אין הבכור נוטל. והוסיף דעוד דאפשר דיש עוד נ״מ לענין מלוה דלא הוי מצוי לרבנן אבל מ״מ הוי בכלל לתת לו ואכמ״ל. וכי״מ זה מרומז גם ברי״ף שכ׳ לדחות י״מ זה ע׳ בדף נד. דהוסיף דלא פליגי שאר ספרי דבי רב ארב פפא ומשמע דבא לאפוקי מפירוש אחר דפליגי. נמצא דבענין שבח לרוב ראשונים איכא ב׳ שיטות דלרבי נוטל השבח חוץ משבח דשבחו יתומין ולרבנן נוטל רק שבח דלא אשתני, וכן לי״מ בר׳ יונה לפי שאר ספרי דבי רב, אבל לפי הברייתא יש עוד שיטה דלרבנן ילפו מלתת לו ואינו נוטל שבח כלל אלא הגוף בלבד. ופסקו רוב ראשונים דהלכתא כרבנן דבגמ׳ קכה: פסק רב פפא דאין הבכור נוטל פ״ש במלוה וע״פ הגמ׳ קכד: משמע דאצטריך רק לרבנן ע״ש.

ויש להקשות בפשיטות אמאי אין הבכור נוטל כל השבח – דאי אמרינן דהוי בעלים פשיטא דנוטל דברשותו אשבח וכן הקשה בנתה״מ סי׳ רע״ח ס״ק א׳, ואי אמרינן דלא הוי בעלים מ״מ דינו ליטול פ״ש בשעת חלוקה ואמאי לא יטול גם בשבח וכן הקשה בשיעורי רד״פ קכו. סי׳ ג-ה ע״ש. ובפשטות י״ל דחזינן מהא דאינו בעלים גמורים אלא נוטל בשעת חלוקה, ומ״מ חלקו נקבע בשעת מיתת האב ואינו נוטל במה שהשביח אח״כ. וכעין זה תירץ בנתה״מ שם דמדכ׳ לתת לו ילפינן דהוי בתנאי נתינה דהוי שיור בבעלות שלא יהיה בעלים גמורים עד שיגיע לידו כמו גוף

מהיום ופירות לאחר זמן ע"ש דדייק כן מלשון הר"ן וע' לקמן בשיטת הר"ן. ויותר קרוב לדברינו תירץ בשיעורי רד"פ שם ע"ש דאתי עלה מכמה צדדים ונלענ"ד דהענין אחד וכדכ'.

ולגבי מכירה איתא בגמ' קכו. דנחלקו רב פפי ורב פפא אי יכול למכור חלקו קודם חלוקה דלרב פפא אמרינן דאין לבכור קודם חלוקה ואינו יכול למכור חלקו, ולרב פפי יש לבכור קודם חלוקה ויכול למכור חלקו (וי"ג להיפך) והסיקו דהלכתא דיש לבכור קודם חלוקה ויכול למכור.

לגבי מחילה איתא בגמ' דלכ"ע אי אמר איני נותן ואיני נוטל רשאי ואפ' לרבי דיליף לה מלתת לו. ובגמ' קכו. איתא דהנוטל חלק כפשוט במקצת הנכסים נחלקו אי חשיב כויתר על כל החלק בכורה דלמ"ד יש לבכור קודם חלוקה ויכול למכור כנ"ל הרי חשיב כויתר על הכל ולמ"ד אין לבכור קודם חלוקה לא ויתר אלא על הנכסים שנטל בהם כפשוט. וע' לקמן דנחלקו הראשונים אי למ"ד אין לבכור קודם חלוקה ולא ויתר על הכל היינו דוקא בסתמא, אבל מחל בפירוש על הכל מהני או אפ' מחל בפירוש לא מהני.

ובענין מחאה ע' בגמ' קכו. דבכור יכול למחות וע' ברשב"ם דנחלקו הראשונים בפירוש דברי הגמ' די"א דכוונת הגמ' דיכול למחות שלא ישביחו יתומין עוד בלי חלוקה ואם ישביחו יטול השבח או דכוונת הגמ' דלמ"ד דויתר במקצת הנכסים ויתר בכולן מ"מ יכול למחות שלא יהא מה שנוטל בחלק מהנכסים כפשוט נחשב למחילה על כל החלק בכורה.

ונחלקו הראשונים בביאור הני סוגיות ובגדר בעלות הבכור בנכסי חלק הבכורה קודם חלוקה.

שיטת ר' נחשון גאון – בעלות גמורה

ע' ברי"ף נה: דהביא י"א דפסקו כשיטת רבי מכח הא דאמרינן הלכתא יש לבכור קודם חלוקה וכ"כ בהלכות פסוקות הל' הלואה מג: (דף נט במהד' ששון). וכן הובא בתוס' רי"ד קכו: וז"ל וראיתי שכתב רבי'

נחשון גאון זצוק״ל וכיון דקי״ל הילכתא יש לו לבכור קודם חלוקה משעתא דשכיב יעקב קמו להו תרי חולקין ברשותא דראובן וכל שבח דאשבחו בין מיתה לחלוקה ברשותא דראובן אשבחו ושקיל ראובן פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהם וכן במלוה וכן ברבית וליתא לדרבנן דעבד לי׳ עובדא ר׳ אשי כר׳ הילכך שקיל בכור פי שנים בין במלוה בין ברבית בין שטרות דאית לי׳ על אחרים עכ״ל.[12] ומבואר מזה דס״ל לרנ״ג דמ״ד **יש לבכור קודם חלוקה אתי כרבי וס״ל דיש בעלות גמורה** על חלק הבכורה משעת מיתת האב ולכן נוטל פ״ש בשבח ויכול למכרו ועוד מבואר **דלרבנן ס״ל דאין שום בעלות כלל** קודם חלוקה ולכן אינו נוטל בשבח. וק׳ דא״כ לרבי יטול נמי בשבח ששבחו יתומין אי הוי יתר על ההוצאות כדין יורדין לשדה חבירו וכן הקשה בשיעורי ר׳ שמואל סי׳ עב והניח בצ״ע וקשה לומר דס״ל דנוטלין הוצאות בלבד. וכן ק׳ דלרבנן איך נוטל בשבחא דממילא דלא אשתני הא אינו בעלים כלל. ועוד ק׳ דאי לרבי הוי בעלים גמורים אמאי יכול למחול ולומר אנו״נ וכן הקשה בשיעורי רד״פ קכו. סי׳ תקיג למ״ד דהוי בעלים קודם חלוקה.

ויש לתרץ דס״ל כי״מ דהובאו בר׳ יונה הנ״ל דפליגי הברייתא והספרי דבי רב באופן מחלוקת רבי ורבנן. דר׳ יונה כ׳ לעיל דנ״מ לשיטת רבנן דלברייתא דתלוי בלתת לו אינו נוטל אפ׳ שבח דלא אשתני דהא הוי מתנה בלבד ואין שום בעלות קודם חלוקה. וי״ל דנ״מ גם לרבי דאי יליף מפי שנים י״ל דהוי כפשוט ממש ויטול פ״ש בכל השבח דהוי בעלים גמורים וברשותו השביח. ומ״מ ק׳ דהא גרסינן בגמ׳ דתניא אין בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן; רבי אומר, אומר אני בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן, אבל לא בשבח שהשביחו יתומים לאחר מיתת אביהן וכו׳ עכ״ל הגמ׳ הא חזינן דאפ׳ לברייתא לרבי הבכור אינו נוטל פ״ש בשבח ששבחו יתומין. וע׳ ביד רמ״ה קכד. כשהביא הברייתא לא גרס לה להאי פסקא אלא גרס רבי אומר, אומר אני: בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן ותו לא. וכן ע׳ בראש״ש שם דהאי פסקא הובא בסוגריים מרובעים ואפשר

---

[12] וע׳ בשו״ת הגאונים שערי צדק ח״ד ש״ג סי׳ כז דכ׳ כן בשם ר׳ האי גאון וצ״ע דלקמן כ׳ הרי״ף דרה״ג ס״ל להיפך ואפשר דחזר בו וא״א לדעת אי זה שיטה עיקר.

דלא ברירא לן דגרסינן הכי וכן מוכח ברשב"ם דלא גרס לה וז"ל בשבח ששבחו - ממילא אבל כשהשביחו יורשין הכל מודים דאינו נוטל פי שנים עכ"ל ואי גרס בברייתא דאין שבח ששבחו יתומין בכלל לא היה מוסיף לפרש כן ודו"ק וע"ע בדק"ס שם. ולפ"ז י"ל דהכי גרס נמי רנ"ג וס"ל כי"מ דר' יונה, ולפ"ז יצא לנו ג"כ שיטה ד' לגבי שבח.[13] ואח"כ מצאתי בשו"ת הגאונים שערי צדק ח"ד ש"ג סי' כז דפסק כרנ"ג וכשהביא דברי הברייתא ג"כ לא גרס ליה להאי פסקא וכדברינו.

ולענין **מחילה** י"ל דס"ל דלזה מהני **דרשה דלתת לו כדאיתא בגמ' דהוי מתנה מן האב** וכן תירץ בשיעורי רד"פ שם דלענין זה הוי מתנה וכשמסתלק איגלאי מילתא למפרע דלא זכה דהא אינו רוצה במתנה. ומ"מ ע' בשו"ת חת"ס הנ"ל (חו"מ סי' קמט) דכ' דלרבי הוי בעלים גמורים ולפ"ז לא הוי מתנה כלל ולא מסתבר דיוכל למחול על הנכסים דכבר זכה בהם. וע"ש דביאר דזה כוונת הי"מ דהביא הרשב"ם הנ"ל דעי"ז דהבכור מוחל חלקו בשטרי חוב דוקא שוב אינו חייב לפרוע השטרי חוב שיצאו על היתומין. וביאר החת"ס דכוונת הי"מ דלרבי אינו מוחל אלא על המלוה דהוי שבח השטרות ולא על גוף השטר דהמלוה הוי ראוי ואפ' לרבי אינו בעלים עליו עדיין ולכן יכול למחול על חלקו, אבל על שאר החלק בכורה אינו יכול למחול דכבר הוי בעלים. וע"ש דביאר דיש בזה נ"מ ג"כ לרבנן ואפ' לחולקין על הי"מ. ומשמע דס"ל דלרבי הוי **בעלים גמורים** ואפ' יותר מרנ"ג דסו"ס לרנ"ג הא יכול למחול דחשיב מן האב ולחת"ס אפ' זה לא הוי.[14]

ג"כ א"ש לפ"ז הא דהקשינו לעיל לשיטת רבנן דלרנ"ג **לרבנן ס"ל דאין שום בעלות כלל** קודם חלוקה ולכן אינו נוטל בשבח וע' בר'

---

[13] ואין להקשות מהא דבגמ' קכג: הובא ברייתא ושם איתא בהדיא אבל בנו בתים בתים ונטעו כרמים אין בכור נוטל פי שנים ואמרו בגמ' מני רבי ביא והביאו ברייתא דידן לראיה די"ל דסו"ס שיטת רבי היא וזה נכון אפ' נחלקו בפרטי שיטתו וקצת דוחק.

[14] וכל זה דלא כברכת אברהם קכו: עמ' רמו דכ' דאפ' לרנ"ג לא הוי אלא זכות בחלוקה ורק דחשיב גובה למפרע. ולענ"ד מדוייק בלשון להיפך דהוי בעלים גמורים וכדמבואר.

יונה דהביא י״מ הא דאיתא בגמ׳ מה מתנה עד דמטיא לידיה, אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה דקאי אמקבל מתנה דהיינו שאין למקבל מתנה שום בעלות בה עד שמקבלה ה״ה אין לבכור שום בעלות עד שעת חלוקה כשבאים הנכסים לידו וכן פי׳ הרש״ש. ולפ״ז ק׳ אמאי נוטלין בשבח דלא אשתני וי״ל דס״ל כי״מ דר׳ יונה דלברייתא לרבנן אינו נוטל אלא הגוף בלבד. ואף די״ל ג״כ כדכ׳ לעיל דנקבע בשעת מיתה ושבחא דממילא בכלל מ״מ נראה יותר כדכ׳.

ולפ״ז י״ל דס״ל דהלכה כברייתא אבל לשאר ספרי דבי רב באמת נחלקו בגדר אשר ימצא לו. ולפ״ז מבואר היטב כדכ׳ לעיל דלספרי ס״ל דבאמת **אינו בעלים עד שעת חלוקה אבל חלק הבכורה הוי רק הנכסים המצויים לאב בשעת מיתה** ונחלקו אי **רק שבח דממילא דלא אשתני הוא בכלל** דהיינו אותו דקל עצמו רק שגדל או דג״כ **שבח דממילא דאשתני הוא בכלל** כגון פירות שגדלו וכדומה.

וג״כ חזינן דס״ל לרנ״ג **דהכח למכור נובע אך ורק מבעלות** דלרבנן צ״ל דאין לבכור קודם חלוקה דלכן הוכיח דלמ״ד יש לבכור ויכול למכור ס״ל רק כרבי דלרבנן אין שום בעלות כלל. וע״ע לקמן בענין זה.

שיטת הרי״ף, הר״י מיגש, תוס׳, הרשב״א והרא״ש — בעלות גמורה בתורת בכור

ע״ע ברי״ף שם דדחה שיטת רנ״ג וכ׳ דאע״פ דיש לבכור קודם חלוקה ויכול למכור מ״מ אינו נוטל בשבח וז״ל והאי סברא לאו דסמכא הוא דלא איפסיקא הילכתא דיש לו לבכור קודם חלוקה אלא במאי דאתא לידי אבוה ואיתיה השתא ברשותיה אבל מלוה דליתיה ברשותיה לא שייכא בהא מילתא כלל וכן כתב רבינו האי גאון זצ״ל כי האי סברא עכ״ל ונראה דה״ה לשבח כמלוה דהלכה כרבנן.[15] ומשמע דס״ל **דבכור הוי בעלים גמורים על הנכסים**. וכן פירש ג״כ הר״י מיגש קכו: וז״ל אבל לענין שבח שנולד בו אין אנו רואין אותו כאלו ממונו הוא וברשותו השביח

[15] ע׳ לעיל דצ״ע בשיטת רה״ג.

עכ"ל וכ"כ המאירי קכו. וז"ל שאע"פ שלא חלק נעשה חלק בכורה ממונו משעה שמת אביו כחלק פשיטות וכו' אבל מ"מ לענין שבח אין רואין אותו כממונו עכ"ל וכן משמע בתוס' קכו: ד"ה והלכתא וז"ל אע"ג דקיימא לן כרבנן כדפסק רב פפא דאין בכור נוטל פי שנים במלוה כרבנן דאמרי חלק בכורה עד דאתי לידיה מודו רבנן דיש לו לבכור קודם חלוקה כפ"ה דהוי שפיר ראוי לתת לו שמשעה שמת האב היה ראוי לתת לו ומיהו מכל מקום אין נוטל פי שנים בשבח דלא מלתת לו ממעטינן לה אלא מימצא לו ממעטינן דבעי מצוי ומוחזק למעוטי ראוי מלוה ושבח עכ"ל וכ' עוד דאילו לא היה כ' ימצא לו ה"א דאינו ממעט אלא ראוי וכ"כ הרא"ש פ"ח סי' י"ד. ומשמע מדהקשו כן דס"ל דהוי בעלים משעת מיתת האב ורק תירצו דמ"מ אינו נוטל השבח וכן משמע ברשב"א קכו: דהקשה ג"כ הכי ותירץ דמ"מ מתנה קרייה רחמנא.[16]

ויש לבאר כוונתם דכ' דילפינן להא דאינו נוטל השבח מאשר ימצא לו דבכור הוי **בעלים גמורים אבל רק במה שבא לידי האב** וכן נראה כוונת הרי"ף דכ' דרק במה דאתא לידי אבוה הוי בעלים. וכן מבואר ברא"ש שם דכ' דכן כוונת הרי"ף כדכ' תוס' והוסיף עוד לבאר וז"ל דלענין דבר שאינו מצוי קרייה רחמנא מתנה אבל דבר המצוי לא ממעטינן דשפיר הוי ברשותו קודם חלוקה עכ"ל וכוונתו דהמיעוט דמתנה היינו רק בדבר דאינו מצוי וכ"כ בקצה"ח סי' רע"ח ס"ק י"ד ומ"מ ע' לקמן דמצד אחר גם מה שמצוי נקרא מתנה אלא שלא נתמעט עי"ז מלטלו אלא דנ"מ רק למחילה. וכ' הרא"ש עוד דראיה לדבר הא דרב פפא דבכור נוטל שבח דממילא דלא אשתני כגון דיקלא ואלים ומוכח בהדיא דהוי בעלים ולכן נוטל בשבח ולא רק מפני דהוי בגדר מצוי.

---

[16] וע' בשיעורי רד"פ סי' ז דהעיר דלפי משכ' בחדושי הגר"ח על הרמב"ם הל' בכורות דס"ל לרמב"ם דאין חלות שם דתפיסת הבית אלא כל יורש זוכה לעצמו בחלקו (ונ"מ למעשר בהמה ע"ש) א"ש לנידון דידן דס"ל כרבותיו הרי"ף והר"י מיגש דהבכור הוי בעלים גמורים למ"ד יש לבכור והכי הלכתא, דאל"כ אין מי שיהיה בעלים על אותן נכסים דהא כל יורש זוכה רק בחלקו הואיל ואין תפיסת הבית. ומ"מ נלענ"ד די"ל דהוי חוב כנגד חלק מירושת כל אח וע' נתה"מ סי' רע"ח ס"ק ט' דכ' דהבכורה הוי חוב על האחין ואכמ"ל.

וכל זה א"ש כפשט לשון הגמ' קכד. מה מתנה עד דמטיא לידיה, אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה כדפרשב"ם שם וז"ל עד דמטיא לידיה - דנותן ואינו יכול ליתנה לאחרים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עכ"ל וכ"כ הר"י מיגש שם. ובביאור הדבר ע' בר' יונה שם וז"ל פירוש עד דאתיא לידיה דנותן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אף חלק בכורה אינו אלא במה שבא לידי האב ולא בשבח ששבחו נכסים אחר מיתתו ואף על פי שאדם יכול להקנות שדה לשבח העתיד לבא כמו דקל לפירותיו מכל מקום השבח עצמו שלא בא לעולם בלא זכוי בגוף השדה שהוא בעולם אינו יכול להקנות עכ"ל והיינו דאע"פ שיכול להקנות גוף לפירותיו אין כוונת הגמ' לומר דכל דבר שהיה יכול לעשות מעשה כדי שיגיע לידי הבכור הבכור נוטל, אלא כל דבר דהיה ביד האב בשעת מיתה הבכור נוטל, הא כיצד, חזינן אי היה יכול להקנות הדבר בעצמו חשיב בידו. אך ע' ברש"ש שם דהקשה דסו"ס משעת מיתה הוי בעלים ואמאי לא אמרינן דברשותיה אשבח. ומכח האי קושיא דחה פי' רשב"ם ונקט הפירוש כי"מ דר' יונה הנ"ל דקאי אמקבל דלא הוי בעלים עד שעת חלוקה.[17] לכן צ"ל דס"ל לכל הני רבוותא דהוי **בעלים גמורים בתורת בכור** דהיינו דהוי **בעלים על הנכסים בתורת מתנה מן האב** ולכן עד שעת חלוקה דאז כבר לא הוי מתנה, הנכסים הם בגדר מתנה מן האב ורק מה שביד האב זוכה בהם. וע' בראב"ד הו"ד בשט"מ קכד. דהביא י"א ע"פ רב פפא דלרבנן בנשתנה החפץ אין הבכור נוטל כלל ולא רק שאינו נוטל השבח אלא אינו נוטל גם הקרן. ומשמע דג"כ ס"ל דהוי בגדר **מן האב דרק אותן נכסים דהיו בידי האב ממש נוטל** ומ"מ נראה דלשיטות הנ"ל יש לחלק דמ"מ החפץ בנמצא אלא דנשתנה ורק שבח לא היה בכלל החפץ כשהיה בידי האב.

וכן צ"ל לגבי מחילה דיש להקשות דאי הוי בעלים גמורים איך אמרינן דאם אמר אנו"נ רשאי הא בעינן קנין וכדהקשינו לעיל לשיטת רנ"ג וז"ל הרא"ש פ"ח סי' יד והא דויתר בדבור בעלמא בלא קנין משום דמתנה קרייה רחמנא עכ"ל. ונראה דכוונתו **דסו"ס אע"פ דהוי בעלים גמורים יכול**

---

[17] והעיר בשיעורי רד"פ קכד. סי' תלד דלרשב"ם עצמו לא ק' דס"ל דאפ' למ"ד יש לבכור מ"מ אין לו שום בעלות עד שעת חלוקה או שעת מחאה דאז אמרינן דברשותיה אשבח ע' לקמן.

להסתלק בדבור בלבד דהוי בעלים בתורת בכור וזה ענין מתנה דבעלותו נובעת ממה דהוי בכור דהוא מקבל מתנה, ועד דבא לידו ממש יכול להסתלק מהמתנה וכדכ׳ לעיל. וכן שיטת הרשב״א **דאפ׳ כשיש בעלות גמורה יכול להסתלק דהוי מתנה** דהא איתא בגמ׳ קכו. דלמ״ד יש לבכור קודם חלוקה אם ויתר במקצת נכסים דנטל כפשוט אמרינן דויתר בכל החלק בכורה ולמ״ד אין לבכור קודם חלוקה ויתר במקצת נכסים לא ויתר בכל אלא באותה שדה וכ׳ הרשב״א שם להקשות דאדרבא איפכא מסתברא דלמ״ד אין לו הרי לא זכה עדיין ושפיר יכול לוותר שלא יקבל ולמ״ד יש לו הרי כבר זכה בנכסים והוי כחלק פשיטותו ולכן מסתבר טפי דאינו מוותר אלא על מה שבא לידו. הרי מבואר **דס״ל דיש לו בעלות ממש** וע״ש בתירוצו דכ׳ דמ״מ אי מחל בפירוש מהני דמתנה קרייה רחמנא (וע״ע לקמן) ומוכח דס״ל דיכול למחול אע״פ דהוי בעלים גמורים למ״ד יש לבכור קודם חלוקה. וע״ע לעיל בשיטת החת״ס לדברי רבי אבל לרבנן כ׳ דלא הוי אלא שם יורש בלבד, וע׳ להלן.

אמנם ע׳ לעיל דהביא הרשב״א קכד. דברי הראב״ד בחילוק שבין בכור לפשוט לגבי מחילה דס״ל לראב״ד דפשוט ג״כ אומר אנו״נ אלא דפשוט יכול לחזור ובכור אינו יכול לחזור. וז״ל הרשב״א בשם הראב״ד אבל חלק בכורה אכתי לא זכה ביה דמתנה קריה רחמנא ובמתנה כל דאמר אי אפשי בה דבריו קיימין, ועוד דבחלק בכורה מחילה קלילא מהניא ביה וכדאמרינן לקמן דאם ויתר אפי׳ במקצת ויתר בכולן הילכך מכי אמר איני נוטל לא מצי הדר ביה, וזה נכון עכ״ל הרי דכ׳ דלא זכה בחלק בכורה אבל הוי מתנה ולכן כשנסתלק אינו יכול לחזור והוסיף עוד טעם דמהני מחילה קלילא. ומשמע דכוונתו בב׳ הלשונות אליבא דהלכתא דהיינו למ״ד דיש לבכור קודם חלוקה ואעפ״כ הביא בלשון א׳ דמהני משום דאינו חוזר משום דלא זכה ביה. וי״ל **דנסתפק הראב״ד** בנקודה זו אי אמרינן **דלא חשיב ככבר זכה בחלק בכורה למ״ד יש לבכור** ולכן מסתלק ואינו חוזר, או דלא סגי בהכי **דלמ״ד יש לבכור חשיב ככבר זכה** ולכן צריך עוד טעם דמ״מ מהני מחילה קלילא. ומ״מ אין זה סותר לשיטת הרשב״א לעיל דחשיב ככבר זכה דאפשר דמה שכ׳ הרשב״א וזה נכון קאי דוקא אסיפא דהיינו בין ב׳ הטעמים הא דמחילה קלילא עדיפא ליה ולפ״ז אע״ג דלראב״ד מספקא ליה מ״מ הרשב״א הוי לשיטתו דס״ל דלמ״ד יש לבכור

ס״ל דיש בעלות גמורה קודם חלוקה וכן המאירי כשהביא דברי הראב״ד כ׳ דהוי משום דסגי במחילה קלה לשיטתו לעיל.[18]

ובענין מחאה צ״ע דפ׳ הר״י מיגש דהוי לענין שבח דמשמיחה שרוצה לחלוק ואין להם להשביח עוד נוטל בשבח אפ׳ ששבחו יתומין, וק׳ הרי לפני המחאה הוי בעלים גמורים ומ״מ אינו נוטל השבח דהוי מתנה ומאי שנא אחר המחאה. וע׳ בשיעורי רד״פ קכו. סי׳ יב דהעיר בהא דהשמיט הרי״ף הא דבכור שמיחה וביאר דס״ל לרי״ף דאתי רק למ״ד אין לבכור דמפרש כר״י מיגש דהוי כעין חלוקה להוי בעלים אלא דס״ל דלא מהני לענין שבח אלא רק לענין דיהיה בעלים וזה שייך רק למ״ד אין לבכור דלמ״ד יש לבכור כבר הוי בעלים, ולכן השמיטו דהלכתא יש לבכור קודם חלוקה. ולפי הנ״ל א״ש די״ל דמכח קושייתינו דמה מהני חלוקה הא כבר הוי בעלים ואעפ״כ אינו זוכה בשבח עד חלוקה ס״ל לרי״ף דלא איירי לענין שבח אלא רק לענין בעלות ורק למ״ד אין לו. וע׳ בר״י מיגש קכו. דס״ל דאפ׳ למ״ד יש לו איירי וביאר הדבר וז״ל דאהניא ליה הך מחאה כאילו סיים פי שנים שיש לו בקרקע ובירר אותו לעצמו על דעת אחין וכשהשביח ברשותו השביח ולא ברשות האחין עכ״ל. דהיינו **דהמחאה הוי כעין חלוקה ומעתה הוי קרקע דידיה ולא בתורת בכור אלא מצד עצמו** וכ״כ המאירי שם וז״ל שבמחאתו נעשו חלקיו מסויימות והרי זה כיורד לשדה חברו והשביחה שלא ברשות שאין לו אלא הוצאה עכ״ל והוי לשיטתייהו לעיל.[19]

---

[18] ע״ע לקמן בשיטת הראב״ד אליבא דהר״ן.

[19] וע׳ שיעורי ר׳ שמואל סי׳ מג דכ׳ דלרי״ף אינו נוטל בשבח משום דקודם החלוקה אין בעלות לכל או״א אלא לתפיסת הבית דהיינו כללות היורשים יחד וכדכ׳ בקוב״ש לשיטת הרשב״ם לעיל, ולכן השבח שייך לתפיסת הבית ולא לבכור. ועפ״ז כ׳ לחדש דמחאה הוי שמהפך התפיסת הבית לשותפות דיש לכל או״א חלק דידיה בנכסים ע״ש מה שהוקשה לו מחידוש זה. וזה כדכתבנו לעיל בביאור אמאי אינו נוטל השבח דאין לבכור בעלות גמורה אלא נקבע חלקו בשעת מיתה וזוכה בשעת חלוקה. ומלבד מה שיש להקשות דנראה דאין חלק הבכורה בכלל תפיסת הבית וכדכ׳ בהערה לקמן וכן האריך להוכיח כן בברכת אברהם ע״ש, ג״כ נלענ״ד דלשיטת הרי״ף לא שייך לומר כן דפשטות דבריו היינו דהוי בעלים גמורים לבדו דלכן יכול למכור ולכן הוקשה לו מהא דאינו נוטל השבח וכנ״ל ואי הוי רק כא׳ מהיורשים מה קשיא ליה דהכי דיניה דיכול למכור אבל השבח לתפיסת הבית ומצד תירוצו היה לו לכתוב

ועוד חזינן מהנ"ל דס"ל כשיטת רנ"ג **דהכח למכור נובע אך ורק מבעלות** דלכן הוקשה להו איך אינו נוטל בשבח.

ולמ"ד **אין לבכור קודם חלוקה מבואר מהנ"ל דאין לבכור שום בעלות כלל אלא שם בכור בעלמא וזה א"א למכור** וכ"כ בקוב"ש סי' תג דלמ"ד אין לבכור אינו מסתלק דאין זה אלא דין בכור דכבר חל וא"א לסלקו. ולכן לא ק' הא דאינו נוטל בשבח. ולפ"ז צ"ל כדכ' לעיל דשבחא דממילא דלא אשתני הוי בכלל מצוי ולא פליג בהא אמ"ד יש לבכור קודם חלוקה וק"ל. ולגבי מחילה ג"כ לא ק' דיכול למחול ואדרבא ע' ברשב"א הנ"ל דכ' להקשות על דברי הגמ' דלמ"ד אין לבכור קודם חלוקה ויתר במקצת לא ויתר בכל וכ' דמסתבר טפי דיכול להסתלק מהנכסים קודם שבאו לידו דהוי מתנה קודם שבא לידו. וכ' עוד להקשות מהא דאמרינן דאם אמר אנו"נ רשאי דמשמע דיכול למחול אם ירצה. וסיים שם דנראה דלכ"ע יכול למחול אם מחל על הכל בפירוש כדאמרו בגמ' איני נותן ואיני נוטל רשאי, אלא דכוונת הגמ' דאין אדם עשוי למחול על מה שלא בא לידו ולכן מסתמא לא מחל על הכל למ"ד אין לבכור קודם חלוקה אבל למ"ד יש לבכור אמרינן דהואיל והוי בעלים מסתמא מחל על הכל. ומשמע דס"ל **דאפ' למ"ד אין לו לבכור קודם חלוקה הוי מתנה וזכות לירש קודם שבא לידו ולכן יכול להסתלק.** וע' בקצה"ח סי' רע"ח ס"ק י"ב דכ' מסברא דנפשיה דאפ' למ"ד אין לו יכול להסתלק אך ע"ש דביאר באופן אחר דכ' דהוי משום **דמהני סילוק אפ' בדבר שלא בא לעולם.**[20] אך ע' בתוס' קכו:

דאינו בעלים כלל באמת ולכן אין השבח שלו. אלא די"ל כדפרישית דאיכא מיעוט דהוי בעלים בתורת בכור וכנ"ל ולכן אינו נוטל בשבח. ולפ"ז מחאה הוי כדכתב הר"י מיגש דבזה מסיים ומברר חלקו בבירור וכדפרשנו וכדמבואר במאירי דעי"ז הוי ברשותו או כדכ' הרד"פ דהשמיטו הרי"ף. ומ"מ מש"כ הר"י מיגש דברשותו השביח ולא ברשות האחין הוי קצת סיוע לדברי השיעורי ר"ש ומ"מ י"ל דהיינו דהואיל והוי בעלים בתורת בכור לאפוקי שבחא דאשתני ע"כ האחין הוו ג"כ מקצת בעלים לגבי השיור דנתמעט ולזה נתכוין הר"י מיגש דשוב לא הוי ברשות אחין וצע"ק.

[20] וע' בקצה"ח שם ס"ק י"ג דהוי לשיטתו דכ' דיכול הבכור להסתלק אפ' קודם מיתת האב, אך לרשב"א נראה דז"א דז"ל הרשב"א ועוד דאדרבה איפכא מסתברא פלוגתייהו דלמ"ד אין לבכור קודם חלוקה הוה לן למימר דאם ויתר במקצת ויתר בכולן דכל שלא זכה ואין לו יכול להסתלק במתנה דלא אתיא לידיה ואם אמר אי אפשי בה דבריו קיימים עכ"ל ולפי לשונו נלענ"ד מדוייק כדכ' לעיל ודלא כקצה"ח

ד"ה והלכתא דכ' ג"כ להקשות על הא דלמ"ד אין לבכור לא ויתר בכל מהא דיכול לומר אנו"נ ולא תירצו כדברי הרשב"א אלא כ' דאין כוונת אנו"נ דמוחל על החלק בכורה דלמ"ד אין לו לבכור א"א למחול על החלק בכורה עד שעת חלוקה אלא כוונת הגמ' דאינו נזקק לנכסים עתה וכל שאינו נזקק לנכסים אינו צריך לפרוע החוב וע' לעיל בענין חיוב דבכור לשלם. ומ"מ חזינן דס"ל דלמ"ד אין לבכור קודם חלוקה אין בידו למחול. וי"ל דס"ל **דלא רק דאין לבכור בעלות כלל אלא ג"כ דאין לו שום זכות כלל דלפני חלוקה לא מקרי שעת מתנה אלא שם בכור בלבד ומזה אינו יכול להסתלק** ודלא כקצה"ח וע' לקמן בשיטת הרשב"ם.

ולגבי מחאה למ"ד אין לבכור קודם חלוקה ע' ברשב"ם ובר"ן קכו. דכ' דדוקא למ"ד יש לבכור קודם חלוקה שייך מחאה. וע"ע לקמן בשיטתייהו. ומ"מ הר"י מיגש והמאירי שם לא כ' שום חילוק לגבי מחאה בין מ"ד יש לבכור למ"ד אין לבכור ומשמע דלא תלוי הא בהא. ונלענ"ד דלשיטתייהו קאזלו דס"ל דמחאה הוי כעין חלוקה וזה שייך אפ' למ"ד אין לבכור. וכן א"ש לשיטת הרשב"א דהוי מתנה אפ' קודם חלוקה דיכול לזכות בה ע"י חלוקה כשירצה, ושיטת הרי"ף כביאור רד"פ ג"כ א"ש לפ"ז.

אלא הטעם דוקא משום דהוי שעת מתנה וע"פ פשטות זה לא שייך קודם מיתת האב (אך ע' במאמר מו"ר הר' רוזנצוייג שליט"א בקול צבי חוברת י' בענין ירושת בכור כמתנה מחיים). ומ"מ בקצה"ח כ' מסברא דנפשיה דמהני בזה סילוק אפ' אינו שעת מתנה ולפ"ז אה"נ יהני גם מחיים. וכעין זה הקשה בנתה"מ ס"ק ט' אלא דהקשה רק מדברי הרשב"ם ע"ש וכן ע' בשיעורי ר' שמואל סי' סח דג"כ עמד בזה וג"כ הקשה מהבנת הר"ן ברשב"ם וכן הוא בברכת אברהם קכד. עמ' רלו, ולא העירו בלשון הרשב"א דקודם חלוקה הוי שעת מתנה אפ' למ"ד אין לבכור קודם חלוקה, אלא הניחו דהרשב"א ס"ל משום סילוק ומ"מ נלענ"ד כדכ' ודו"ק. וע' בברכת אברהם שם דכ' דשיטת הקצה"ח א"ש לשיטת תוס' והרי"ף דהוי בעלים דלשיטתם צ"ל דאיכא גזה"כ דמהני מחילת בכור אע"פ דהוי בעלים וזה שייך גם מחיים משא"כ לרשב"ם דס"ל דלא הוי בעלים כדיבואר לקמן י"ל דגזה"כ דלתת לו אינו אלא דלא הוי בעלים ולכן יכול להסתלק דעדיין לא זכה וזה לא שייך מחיים. ולענ"ד אין דבריו מוכרחים דאע"פ דאפשר דיהיה גזה"כ דמהני סילוק מחיים לשיטת תוס' והרי"ף וכדכתב, מ"מ אין שום ראיה דיהיה כן אלא אדרבא מדוייק יותר בראש הו"ד לעיל דהוי רק בשעת מתנה וכדכתבנו דסילוק אינו אלא בשעת מתנה דהיינו דוקא לאחר מיתה.

שיטת רשב״ם, רמב״ן, נ״י, ור״ן – כח לזכות בבעלות גמורה

ע׳ ברשב״ם קכו. ד״ה אמר רב הונא דביאר דמחאה הוי לענין שבח וז״ל הרי מיחה בהן ויטול פי שנים דהא פסקינן לקמן יש לו לבכור פי שנים קודם חלוקה משעה שחפץ לזכות בבכורתו והרי חפץ ליטול חלקו לאלתר וזוכה בחלק בכורתו מיד כל מקום שהוא הלכך נכסין דידיה אשבח עכ״ל. וחזינן מינה כמה הלכתא גבירתא דביאר דלמ״ד יש לבכור **אין לו שום בעלות אלא דיש לו כח לזכות בנכסים** בכל עת שירצה דקודם למחאה לא הוי בעלים כלל ורק אחר המחאה הוי בעלים גמורים ודלא כשיטות הנ״ל דהוי בעלים גמורים משעת מיתה למ״ד יש לו. וכן לפ״ז מבואר **דמחאה הוי כמעשה חלוקה וג״כ מעשה זכייה דזוכה בנכסים** וכדכ׳ הרשב״ם להלן בד״ה יש לו דבבכור תליא מילתא. ועוד למדנו דזה רק למ״ד יש לבכור **דלמ״ד אין לבכור אין לו אותו כח לזכות בנכסים ובעינן שיזכה בנכסים כדי ליטול השבח** ולא סגי בלאו הכי משא״כ לשיטות הנ״ל דלא חלקו כן ומשמע דס״ל דאפ׳ למ״ד אין לו יכול למחות דיכול לחלוק ולזכות בכל עת שירצה כנ״ל. וביאר דלמ״ד יש לו ילפינן לה מדכ׳ לתת לו דהוי מתנה משעה שבא לידי האב ובגמ׳ לתת לו הוי רק מיעוט דאינו נוטל בשבח משום דאינו בידי האב ולרשב״ם הוי ג״כ רבוי דאע״ג דס״ל דלפשוט אין בעלות גמורה עד שעת חלוקה, מ״מ בבכור הוי גזה״כ דמשעת מיתה נקבע חלקו ויכול לזכות בה בכל עת שירצה. וכן ביאר עוד להלן בד״ה קסבר ובד״ה יש לו דנחלקו בזה אי יש לבכור כח לזכות וביאר דלמ״ד אין לו ג״כ ילפינן מדכ׳ לתת לו עד דאתי לידיה דמקבל ומשמע דפלוגתא זה תלוי בפירוש דברי הגמ׳ לעיל דאמרו עד דאתיא לידיה, אי קאי אנותן ויש לבכור או דקאי אמקבל ואין לבכור וע׳ לעיל קושית הרש״ש דס״ל דאפ׳ למ״ד יש לבכור קאי אמקבל וס״ל דאין כאן בעלות כלל. וביאר הרשב״ם שם **דלמ״ד אין לו ס״ל דקודם חלוקה הוי כדבר שלא בא לעולם ואין בידו למחול כלל** וכפשטות הגמ׳ ודלא כדכ׳ הרשב״א הנ״ל. וכל זה מבואר באריכות להדיא בר״ן שם ע״ש דכ׳ דהוי ממש כזיכה לו מתנה ע״י אחר ואפ׳ הוציא נ״מ לזיכה לו מתנה דנוטל בשבחא דממילא

דלא אשתני אבל לא היכא דאשתני.[21] ולפ״ז ג״כ א״ש הא דכ׳ הר״ן בשם הראב״ד דהביא דבריו באופן שונה מהרשב״א וז״ל אבל חלק בכורה אכתי לא זכה ביה, דמתנה קרייה רחמנא, ובמתנה כל היכא דקאמר אי אפשי בה דבריו קיימין. דאע״ג דקי״ל יש לו לבכור קודם חלוקה ואם מכרו מכור, מחילה קלילא מהניא ביה, וכדאמרי׳ לקמן דאם ויתר במקצת ויתר בכל הנכסים כולן, הילכך מכי אמר איני נוטל תו לא מצי הדר ביה עכ״ל. וצ״ב בכוונתו דמשמע דס״ל **דלא חשיב ככבר זכה ביה לכ״ע** ואעפ״כ הקשה מהא דהלכתא יש לבכור ונראה דכוונתו בזה דא״ת דמשמעות יש לבכור קודם חלוקה היינו דהוי בעלים, י״ל דזה אינו דהרי מחילה קלילא מהניא ביה דאפ׳ למ״ד יש לבכור אינו בעלים. ולפ״ז נראה **דלא נסתפק הראב״ד בדבר זה אלא ס״ל דאפ׳ למ״ד יש לבכור אין בעלות גמורה קודם חלוקה** ובזה יהיה הר״ן לשיטתו.

וכל זה א״ש אלא דעדיין יש להקשות איך כ׳ הרשב״ם דלמ״ד אין לו א״א למחול הא ק׳ מהסוגיא דאמרינן דיכול לומר אנו״נ, וכן ק׳ מסברא כקושית הרשב״א דאמאי אינו יכול להסתלק קודם שבא לידו. וז״ל הרשב״ם בד״ה קסבר האי שדה שבא לידו חלקו ממנה והיה לו לזכות בו חלק בכורה דהא שעת חלוקה הוא וקרינן ביה לתת לו הלכך מצי מחיל אבל בשאר נכסים לא מצי מחיל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דעד שעת חלוקה לא זכי בהו עכ״ל ומבואר **דלמ״ד אין לו** ס״ל דלא קרינן ביה לתת לו עד שעת חלוקה דהיינו **דאינו נקרא מתנה עד שעת חלוקה.** והכח למחול הוי רק בשעת מתנה וכדכ׳ לעיל לשיטת הרשב״א ג״כ אלא דחולק בזה דס״ל דלמ״ד אין לו לא הוי מתנה עד דאתי לידיה דמקבל. ולפ״ז א״ש דבגמ׳ ילפינן דיכול לומר אנו״נ מדכתיב לתת לו דהיינו משום דהוי מתנה וקאי רק על שעת מתנה. ולכן למ״ד אין לו פשיטא דאינו יכול למחול עד

---

[21] וע׳ בנתה״מ סי׳ רע״ח ס״ק א׳ דהבין מדברי הר״ן דהוי גוף מהיום ופירות לאחר זמן ונראה בכוונתו דזוכה בשבח דלא אשתני מטעם דיש לו בעלות על גוף הנכסים משעת מיתה. אך לענ״ד נראה משאר דברי הר״ן דס״ל דאין בעלות כלל על הנכסים עד שיזכה בם או בשעת חלוקה או ע״י מכירה כדיבואר להלן וצ״ע. וכן ע׳ בשיעורי רד״פ קכו. סי׳ ד׳ דביאר דאע״פ דכ׳ הר״ן דאין לו בעלות כלל עד שעת מחאה מ״מ י״ל כנתה״מ דס״ל לר״ן דזוכה בגוף למפרע ע״ש דרצה להכריח כן ממה שחידש בסי׳ ג׳ ולענ״ד אינו מוכרח ומכלל דברינו יהיה מבואר ואכמ״ל.

שעת מתנה דהיינו שעת חלוקה ובזה איירי הא דאנו"נ וכן ביאר הר"ן ע"ש ודו"ק.

ועוד ק' דאמאי זה הכח לזכות בכל עת שירצה מהני כדי למכור דסו"ס אינו בעלים ואיך יכול למכור והאי קושיא לכאורה הביא כל הני רבוותא לעיל לחלוק ע"ז ולומר דהוי בעלים אפ' קודם חלוקה או מחאה. וע' ברשב"ם ד"ה יש לו וז"ל דהא כתיב לתת משעת שמת האב הוא ראוי ליתן לו הלכך בבכור תליא מילתא דבשעה שירצה יזכה בחלקו וכדאמרן לעיל בכור שמיחה מיחה והלכך יש כח בידו למחול כל שעה שירצה דהיינו דבר שבא לעולם ואנן סהדי דכי היכי דאחיל בהא שדה אחיל בכולהו וכיון דיש כח בידו לזכות יש כח נמי בידו ליתן ולמחול והויא מחילה עכ"ל וזה ק' להבין דבתחלה כ' דהוי ראוי ליתן לו הלכך בבכור תליא מילתא אבל בפשטות היינו רק שכשירצה יכול לזכות דזה עיקר החידוש דיש לבכור לרשב"ם דיכול לזכות בכל עת שירצה ואח"כ כ' דהלכך יכול למחול וזה ביארנו לעיל דמסתבר מאד לפי ביאורו אבל אז כ' דהיינו דבר שבא לעולם וזה אינו פשוט דמשמע דכוונתו דהוי כאילו ברשותו אבל באמת אין זה פשוט דיותר נראה לומר דהוי בא לעולם מצד דאיכא שם מתנה דיכול לזכות או למחול אבל דהוי בעולם לגבי שאר קנינים לא. אבל לפי פשטות מש"כ דהוי דבר שבא לעולם היה א"ש מה שכ' בסיפא דכיון דיש כח בידו לזכות יש כח נמי בידו ליתן ולמחול דהרי הוי ברשותו אבל חזינן דאין זה פשוט דהוי כבעולם ממש וכשם שמי שזיכה לו חבירו מתנה אינו יכול למכרה אלא צריך קודם לקבלה ואח"כ למכרה ה"א דה"ה הכא נמי ע' בר"ן דהשווה בכור למקבל מתנה וצ"ע. וע' ברמב"ן קכו: לגבי הא דהלכתא יש לבכור קודם חלוקה וז"ל ואי קשיא דאמרינן מתנה קרייה רחמנא וא"כ במתנה היכי מצי לזבוני עד דאתא לידיה, איכא למימר מתנה היא עד שיאמר רוצה אני בה לפיכך אמר איני נוטל רשאי עכ"ל והיינו דה"א דהרמב"ן דהא דיש לבכור משום דיש לו בעלות גמורה קודם חלוקה ולכן יכול למכור אך ק' דמתנה קרייה רחמנא דהיינו שאינו נוטל שבח וגם יכול לומר אנו"נ משמע דהוי משום שאין לו בעלות ולכן הסיק כדברי הרשב"ם דאין לו בעלות אבל יש לו כח לזכות וכו' כנ"ל אלא דמשמע מתוך דבריו דהקשה אמאי יכול למכור ותירץ דכבר לא הוי מתנה כיון שרוצה לזכות בה דכוונתו דלפיכך הוי מכירה כיון

דכבר זכה בה. וכן כ׳ הר״ן קכו: בהדיא וז״ל הילכך אם מכר מכרו קיים, **שכבר פירש שהוא רוצה לזכות בה** עכ״ל. ומבואר ג״כ דס״ל כרי״ף **דא״א למכור אא״כ הוי בעלים.**

אמנם הרשב״ם לא כ׳ כן ואפשר דס״ל דיש כאן שליטה כל שהוא דהיינו דלמ״ד יש לו חזינן מהא דיכול לזכות ולמחול **דבבכור תליא מילתא** בלשון הרשב״ם **והיינו דיש לו אי זה שליטה על הנכסים אע״פ דאין לו בעלות** ולכן אפשר דשייך שיוכל לייעד למי ילכו הנכסים אם לו אם לאחיו או אפ׳ לאחר. ואפשר דכן שיטת הנ״י נה. וז״ל יש לבכור קודם חלוקה דבשעה שמת האב זכה בחלק הבכורה הילכך אם מחלה או מכרה הויא מחילה ומכירה כיון שמת האב ואע״פ שעדיין אינה הבכורה בידו ומיהו לענין מחילה ומכירה שהוא כמי שאינו רוצה לקבל המתנה שייך למימר כן דיש כח בידו למחול ולמכור קודם שיקבלנה כמי שאינו רוצה לקבלה אבל לזכות בשבח שהשביח קודם שהגיע לידו כגון שלפופי והוו תמרי לא דעד דמטיא לידיה לא הויא מתנה עכ״ל וק׳ דפתח בזה דזכה בה הבכור וסיים דבאמת לא זכה בה עד דבא לידו. ולפי הסיפא ביאר דיש לו **שליטה על הנכסים בזה שיכול להסתלק** כדכ׳ הרשב״ם והר״ן לגבי מחילה אלא דביאר דה״ה למכירה דג״כ הוי בתורת סילוק ומשמע דזה העיקר ובזה הגדיר כוונתו בזה דזכה בה בכור. ולכאורה היה מקום להקשות לנ״י דאיך יכול להקנות בעלות בתורת סילוק הא לא היה בעלים מעולם ולפי הנ״ל י״ל דכוונתו **דיש לו שליטה על הנכסים למי ילכו אם לא לעצמו.** ורק יש לברר אי זכה בהן הלוקח מיד או דאינו זוכה עד שעת חלוקה ומשמע מסתימת לשון הנ״י והרשב״ם דזוכה מיד וצ״ע, וע׳ שיטת היד רמ״ה לקמן.

שיטת היד רמ״ה – זכות בלבד

ע׳ ביד רמ״ה קכו. דכ׳ בפשיטות דלא נחלקו מ״ד יש לבכור ומ״ד אין לבכור לגבי בעלות דלכ״ע אין כאן בעלות כלל. וכ׳ דבאמת למ״ד יש לבכור הוי **זכות בעלמא למכור ולמחול.** ומשמע דלמ״ד אין לבכור הוי שם בכור בלבד ולכן א״א למחול וכדכתבנו לשיטת הרשב״ם והר״ן. ולפ״ז א״ש דאינו נוטל בשבח אלא בדלא נשתנה דביאר היד רמ״ה דלא נשתנה

הוי בגדר מצוי לאב וכדכ׳ לעיל וכ״כ היד רמ״ה אפ׳ לשיטת רבי דחולק בזה דס״ל דכל שבחא דממילא הוי בגדר מצוי וכדכ׳ לעיל לפי הספרי דבי רב וא״ש לשיטתו.[22] אך ק׳ איך יכול למכור הא לית ליה שום בעלות ומחמת האי קושיא נ״ל דלא כ׳ כן שאר ראשונים. ותירץ בזה היד רמ״ה דבאמת **לא מכר אלא זכותו בלבד ואין ללוקח אלא זכותו ונוטל רק בשעת חלוקה וכן אין לו שום שבח**. ומבואר דס״ל דלא ככל הני רבוותא דכ׳ דהמכירה הוי מעשה זכייה בעצמה. וע״ע משכ׳ היד רמ״ה לגבי מחאה דפ׳ דאיירי בענין שבח אבל נזהר מלומר דזוכה בנכסים אלא כ׳ דיכול למחות שאינו רוצה שישביחו אלא על מנת שיטול פ״ש ואם השביחו נוטל בשבח ולא ביאר טעם הדבר, ומשמע דאין זה מצד בעלות כלל וצ״ע בטעם הדבר ומ״מ מבואר כדפרישית.

סיכום בענין בעלות על חלק הבכורה

ויוצא לפי כל הנ״ל דיש כמה שיטות בענין בעלות על חלק הבכורה קודם חלוקה. למ״ד יש לבכור איכא ו׳ שיטות: א׳ ביאור החת״ס לי״מ ברשב״ם דהוי בעלות גמורה כפשוט ואינו מוחל אלא על השטרות. ב׳ שיטת רנ״ג דהוי בעלות גמורה מן האב. ג׳ שיטת הרי״ף, הר״י מיגש,

---

[22] וע׳ בשיעורי ר׳ שמואל סי׳ נו דהקשה דליד רמ״ה דאין לבכור אלא זכות בעלמא אמאי צריך קרא דלתת לו למעט שבח תיפוק ליה דהאחין יכולין לומר דארעאי אשבח ותירץ דגם ליד רמ״ה ס״ל כדכ׳ הקוב״ש בשיטת הרשב״ם לעיל דהנכסים הם בבעלות תפיסת הבית דהיינו כללות היורשים יחד ולכן סד״א דבשעת חלוקה יטול הבכור בשבח דשייך לתפיסת הבית קמ״ל דאינו נוטל ע״ש מה שפלפל בדעת הרמ״ה. ולענ״ד יש להוסיף דהיינו דקמ״ל דאין הבכור בכלל תפיסת הבית וחלקו בנפרד ע׳ לעיל. ומ״מ נלענ״ד דאין שום צורך לזה די״ל בפשיטות דהא גופא קמ״ל גדר זכות הבכור דסד״א דיטול בשבח משום דהוי בעלים גמורים משעת מיתה ודידיה אשבח קמ״ל דאין לו אלא זכות וכן הציע ר׳ שמואל שם. אך מה שהקשה דז״א דהרי כ׳ הרמ״ה דגזה״כ דלתת לו היינו עד דמטיא לידיה דנותן ואינו קובע אי הוי בעלים משעת מיתה או לא לענ״ד אינו מוכרח דאע״פ שנראה לכמה ראשונים דתלוי זב״ז מ״מ י״ל דילפינן מינה דאינו נוטל אלא בדבר שבא לידי האב ולא השבח וס״ל לרמ״ה דע״כ משום דהוי זכות בעלמא. ועי״ל דסד״א דיטול בשבח משום דנקבע חלקו רק בשעת חלוקה ולפי ערך הנכסים בשעת חלוקה קמ״ל דהוי זכות הנקבע משעת מיתה וק״ל.

תוס׳, הרשב״א והרא״ש דהוי בעלות גמורה בתורת מתנה מן האב ובזה נחלקו דלי״א דהראב״ד רק אותן נכסים עצמן בכלל ולשאר ראשונים אפ׳ כשנשתנו הם בכלל רק לא השבח ואפשר דנסתפק בזה הראב״ד עצמו לפי הלשון המובא ברשב״א. ד׳ שיטת הרשב״ם, הרמב״ן והר״ן דאין בעלות כלל אבל יש כח לזכות בבעלות גמורה בכל עת שירצה וכן נראה דהוא שיטת הראב״ד לפי הלשון שהביא הר״ן. ה׳ שיטת הנ״י דאין לו בעלות וגם א״א לזכות כלל עד שעת חלוקה אבל יש לו שליטה על הנכסים מצד שיכול להסתלק. ו׳ שיטת היד רמ״ה דהוי זכות בעלמא. ולמ״ד אין לבכור דלכ״ע אין בעלות כלל איכא ב׳ שיטות: א׳ שיטת הרשב״א דמקרי שעת מתנה והוי זכות לגבות כשיגיע זמן חלוקה. ב׳ שיטת הרשב״ם, תוס׳ והר״ן דאינה שעת מתנה ואין לו אפ׳ זכות לגבות כלל עד שעת חלוקה דהיינו דהוי שם בכור בעלמא וכן משמע ביד רמ״ה.

סיכום הסברות לגבי מכירה ומחילה

לגבי מכירה יצאו לנו ד׳ שיטות: א׳ לרוב ראשונים והם רנ״ג, רה״ג, הרי״ף, הרא״ש, תוס׳, הר״י מיגש, הרשב״א, וכן הרמב״ן והר״ן הכח למכור למ״ד יש לבכור נובע מבעלות גמורה לכל הפחות בשעת מכירה. ב׳ שיטת היד רמ״ה דהוי מכירת זכות לקבל רק בשעת חלוקה. ג׳ שיטת הנ״י דהוי סילוק מזכותו וביארנו דהיינו דיש לו כח לייעד למי ילכו הנכסים ואפשר דזוכה רק בשעת חלוקה. ד׳ שיטת הרשב״ם דיש לו שליטה על הנכסים ע״י הא דיכול לזכות בכל עת שירצה ולכן יכול ג״כ למכור ואפשר דהוי דומה לשיטת הנ״י דיכול לייעד למי ילכו הנכסים עי״ז אלא דנראה דזוכה הלוקח מיד.

לגבי מחילה וסילוק יצאו כמה שיטות. למ״ד יש לו איכא ד׳ שיטות: א׳ ביאור החת״ס לי״מ ברשב״ם דא״א למחול אלא על השטרות דהוו מלוה. ב׳ שיטת רנ״ג, רה״ג, הרי״ף, הר״י מיגש, תוס׳, הרשב״א והרא״ש דהוי מתנה אע״ג דיש בעלות גמורה ולכן יכול למחול. ג׳ שיטת הרשב״ם, הרמב״ן והר״ן דהוי סילוק מהמתנה דעומד לקבל בכל עת שירצה. ד׳ שיטת היד רמ״ה דהוי סילוק מזכות לקבל בשעת חלוקה ובשיטת הנ״י צ״ע כנ״ל אי הוי כרשב״ם או כיד רמ״ה. ולמ״ד אין לו איכא

ג׳ שיטות: א׳ שיטת הרשב״א דהוי שעת מתנה ויכול להסתלק, ב׳ שיטת הקצה״ח דאע״פ שאינה שעת מתנה יכול להסתלק, ג׳ שיטת הרשב״ם, הר״ן ותוס׳ דאינה שעת מתנה ולכן אינו יכול למחול והא דאיתא בגמ׳ דיכול לומר אנו״נ קאי או אשעת חלוקה או היינו דאינו משלם ע״י שאינו נזקק לנכסים.

מחאה לגבי ויתור

ע׳ בר״י מיגש קכו. וברמב״ם פ״ג הל׳ נחלות הל׳ ו׳ שכ׳ דצריך למחות בפני האחין ועי״ז אין מה שנוטל חלק כפשוט במקצת הנכסים נחשב כויתור על כל חלק הבכורה וכ״כ ר״ח בפירושו שם דצריך למחות בפני האחין. אמנם בנ״י נה: שג״כ פירש דיכול למחות כן לא הזכיר דצריך למחות בפני האחין. וע״ע ברמב״ם שם דהזכיר דצריך למחות בפני שנים וכ״כ הנ״י והמאירי וזה לא הזכירו הר״י מיגש. ואפשר דיש צורך בעדים לראיה בעלמא או אפשר די״ל דלולי העדים לא תחול המחאה כלל.

וע׳ בס׳ יחוסי תנאים ואמוראים[23] ערך מר זוטרא דרישבא לגבי הא דויתור וז״ל מספקא לי אי משום דדינא דאומדנא הוא או לא, למימ׳ כי היכי דאחיל בהא וגלי דעתיה דמחל הכי נמי בכל הנכסים כיון דיש לו קודם חלוקה זכות בנכסים הללו, אבל מאן דלית ליה אומדנא לא סביר׳ ליה אלא מאי דאחיל אחיל ומאי דלא אחיל לא אחיל דמשום דגלי בהא לא מפסדינן ליה באידך עכ״ל. וכן נראה דיש לחקור גם לשאר ראשונים דהיינו אי הוי אומדנא דמסתמא כשמוחל על מקצת מוחל על הכל וכדכ׳ הרשב״א ושאר ראשונים ויש להוסיף דנ״מ להנ״ל אם יפרש שאינו מוותר על הכל בין בפני אחין בין שלא בפני אחין ואפ׳ שלא בפני עדים אי לא מכחישין האחין לא נימא דויתר על הכל וכ״כ בשל״ג נג: בשם ריא״ז ולא כ׳ דהוי מחאה ולא הזכיר דצריך להיות בפני שנים או בפני אחין. אמנם מצד השני י״ל דכשמוחל בע״כ מוחל על הכל ורק ע״י מחאה אינו נחשב כמוחל על הכל ואפשר דנ״מ בזה דבעינן מחאה חשובה וכ״כ הנ״י וז״ל אמר רב אסי

[23] לר׳ יהודה בר׳ קלונימוס רבו של הרוקח.

כיון שנוטל חלק כפשוט - ולא מיחה לפני שנים לומר זה שאני נוטל כפשוט לא מפני שמחלתי א״כ מחל וכי היכי שמחל בנכסים מועטים אלו כן הויא לכל הנכסים שאינו נוטל שוב חלק בכורה כלל בכל הנכסים הנשארים לחלוק דבכור מתנה קרייה רחמנא וכמי שמוחל במתנה הוא וכל הבכורה חדא מתנה היא וכיון שמחל במקצתה מחל בכולה עכ״ל וכדאמרן וכן דייק בברכת אברהם קכו. עמ׳ רמה וג״כ מבואר בנ״י דזה חלק מהגזה״כ דמתנה וכ״כ בקצה״ח ס״ק י״ב דלמ״ד יש לבכור מקבל כל המתנה בבת אחת ולמ״ד אין לבכור מקבל המתנה לחלקים בכל עת שחולקין.[24] וכן משמע בהמשך דברי היחוסי תנאים ואמוראים דהוסיף להקשות לצד דהוי אומדנא מסוגיא דהכותב נכסיו לבניו איבדה כתובתה דאיכא כמה גווני דלא חשיבא כמחלה ואמאי הכא אמרינן אומדנא דמחל. ותירץ וז״ל ולפי הדחק י״ל כיון שבשעת חלוקה ראשונה לא בירר דבריו אלא בסתם חלק אנן סהדי אם היה יכול לחלוק בשאר נכסים מיד היה מוחל ולא היה נוטל אלא כמו שחלק עכשיו וכיון שעשה מעשה בשעת חלוקה וקיימא לן דיש לו לבכור קודם חלוקה כאילו כל הנכסים כאן וכיון שגלה דעתו על ידי מעשה ויתר בכל הנכסים כיון שלא פירש ואין כאן אומדנא אלא מעשה גמור וכו׳ עכ״ל. הרי מבואר דביאר דהצד השני הוא דהוי מעשה מחילה על כל הנכסים באותה חלוקה כאילו כל הנכסים לפנינו. ולפ״ז י״ל דהמחאה הוי חלות במעשה המחילה דמחלק את המתנה ומוחל רק על חלק ממנה ולפ״ז אפשר דהא דבעינן עדים היינו לקיים ולחזק הדבר וא״ש הא דהזכיר הנ״י דבעינן עדים.

ויש לבאר הצד השני גם באופן אחר די״ל דע״י המעשה חלוקה שנטל כפשוט הרי נעשה כפשוט בע״כ דויתר על השם בכור אא״כ מיחה דהמחאה הוי חלות במעשה החלוקה המברר דאין זה ויתור על השם בכור. ולפ״ז אפשר דבעינן ג״כ בפני אחין וכדכ׳ הרמב״ם.[25]

---

[24] ע׳ בשיעורי ר׳ שמואל סי׳ סט דנסתפק לקצה״ח אי יכול להסתלק לחצאין דהיינו אי יכול למחות.

[25] ואפשר דיש בזה נ״מ לכמה פעמים צריך למחות בכל פעם ופעם או רק פעם א׳ וכו׳ ואכמ״ל.

הרב עקיבא הכהן קניגסברג
חבר המכון הגבוה לתלמוד ע"ש ברן

ראוי ומוחזק לענין בכור ובעל

איתא בגמרא (ב"ב קכה:) "אמר רב פפא הלכתא אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק."

ויש לדון מה הגדר דראוי ומוחזק לגבי בעל ובכור. וע' בגמ' (ב"ב קיג.) דהא דאין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק לומדים מפסוק בדה"י "ושגוב הולידו וגו'." ומלמד דאין הבעל יורש נחלה הראויה לבוא לאשתו לאחר שמתה. וע' במשנה (בבכורות נא:-נב.) דיש כמה בנ"א דאינם נוטלין בראוי כבמוחזק דהיינו בכור ליטול פי שנים ואשה בכתובתה, בנות במזונותיהן, והיבם. והיינו אומרים דגדר של ראוי הוא שוה לכולם (וכן משמע קצת בתחילת דברי תוס' שם (נא: ד"ה ולא בראוי)) אלא כיון דיש עניינים השייכים לירושה כגון בכור ויבם ויש עניינים שאינם שייכים לירושה, א"א לומר שהראוי היא נחלה הבאה לאחר מיתת המוריש. ולכן יש לחלק ביניהם. ובאמת, לגבי בכור מדוייק במשנה דהא דאין בכור נוטל בראוי כבמוחזק הוא דוקא לענין נחלה הבאה לאחר מיתת המוריש ואין כל דבר ראוי בכלל, כיון דיש דין נפרד דאינו נוטל בשבח (וכן פירש רש"י בד"ה בראוי). ועי' בתוספתא בכורות ו:ה (ובתוספתא ב"ב ז:ב) "כיצד אין נוטל בראוי כבמוחזק? מת אביו בחיי [אבי] אביו וכו'." וכן משמע בגמ' שם נב: דהדין דאין נוטל בראוי כבמוחזק הנכתב בסוף המשנה הוא "לאתויי נכסי דאבי אבא."

וע' שם בבכורות נב. דהדין דאין נוטל בראוי כבמוחזק לומדים מ"וכל אשר ימצא לו." וכן הוא בספרי (כי תצא רי"ז)[1] ובגמ' בב"ב (קכד.)

---

[1] וראיתי בפירוש ספרי דבי רב לר"ד פרדו שמחלק בין ראוי דדרשינן ביש נוחלין (ב"ב קכ"ד:) דהיינו שבח ובין ראוי דהמשנה. ומשמע מדבריו דמ"וכל אשר ימצא" לומדים דאינו נוטל שבח. ולכן הקשה על הרמב"ם נחלות ג:א. ונראה לפרש

יש מחלוקת רבי ורבנן לענין שבח. ומקשה הגמ׳ ״מאי טעמייהו דרבנן אמר קרא לתת לו פי שנים מתנה קרייה רחמנא.״ ויש ראשונים ואחרונים שמקשים מה הטעם דצריך קרא דלתת לו אם יש דרשה מ״וכל אשר ימצא וגו׳״ כמו שראינו בגמ׳ דבכורות וב״ב (קכ״ד:). וע׳ בתוספות ב״ב קכ״ו: ד״ה והלכתא דמתרץ דצריך שתי דרשות אלו, וזה לשונו, ״ומלתת לו גלי לן מדקרייה מתנה דרשינן מימצא לו מצוי ומוחזק ואי לא ימצא לו לא הוה דרשינן מלתת לו פרט לראוי.״ ומבואר מדבריו דעיקר דרשה הוא מימצא לו שממנה לומדים דאין נוטל ראוי ושבח. וע׳ במהרש״א קכ״ד: דמתרץ דמימצא לו ״לא הוה מפקינן למעט רק שבח שהשביחו יורשין״ ושבח ששבחו מאליהן לאחר מיתה הוא מלתת לו.

וע׳ בשטמ״ק ב״ב קכד. ד״ה וז״ל הראב״ד ז״ל, דמתרץ ד״מכל אשר ימצא לו״ — ״ה״א למעוטי ירושה דנפלה ליה לאביו לאחר מיתה שלא זכה אביו בגוף הנכסים אבל שבח ששבחו נכסים שזכה בגוף הנכסים אימא לישקול. כתב רחמנא לתת לו עד דמטיא ליה כוליה לידיה דאב.״ וזה מה שאמרנו לעיל דימצא לו ממעט ראוי בנכסים שנפלו בירושה לאחר מיתה.

והרשב״ם קכ״ה: ד״ה א״ר פפא מחלק לגבי בעל בין ״ראוי ממש כגון לירש את אשתו בקבר בנחלה שנפלה לה לאחר מיתה״ ובין ראוי דפליגי ביה רבי ורבנן ומפרש ״דהתם היינו טעמא כדאמרן לעיל לתת לו מתנה קרייה רחמנא אבל לגבי בעל ליכא למימר הכי.״ ומבואר מדבריו ד״ראוי ממש״ הוא דוקא נכסים שנפלו לאחר מיתה וזה אינו נלמד מלתת לו. וע׳ במהרי״ט אלגזי (פ״ח אות פ״ג) דמפרש ״דאי הוה כתיב קרא דלתת לו לבד היינו ממעטינן נמי אפילו נכסים שנמצאו לאביו משעת מיתה״ אבל אינו יכול ליתן כיון שהוא גוסס או חרש (דלאו בני הקנאה) או שיש תנאי שלא יתנם. ״כיון דקרא דלתת לו לא קפיד אלא שיהיה ראוי ליתנם במתנה. אבל השתא דכתיב קרא דאשר ימצא לו דגלי לן קרא דקפיד רחמנא לענין פ״ש שיהא דבר מצוי לאביו לאפוקי ראוי א״כ בקרא דלתת

דהרמב״ם אינו לומד מ״לתת לו״ אלא כל דין ראוי לומד מ״וכל אשר ימצא״ וכדמשמע בספרי.

לו נמי אמרינן דאין עיקר ההקפדה על ענין שיהא ראוי למתנה אלא עיקר ההקפדה שיהיה מצוי לאביו ושינה קרא דלתת לו לאשמעינן דאפילו דבר שאינו ראוי גמור כמו שבח ומלוה אינו נוטל.״ ולפי דבריו קרא דלתת לו בא למעט דברים שאינם ראויין גמורין כגון שבח ומלוה וזה קצת דומה למה שכתב הרשב״ם.

וע׳ בחת״ס (ב״ב קכד.) שכתב דגם הוקשה לרמב״ם קושיא זו (שבעמוד א׳ יש דרשה מלתת לו ובעמוד ב׳ יש דרשה מימצא לו) ״ולכך ס״ל דלפי ס״ד דהוה ס״ל מני רבי היא דהוה ס״ד אפילו ולד ושכירות פרה אע״ג דדמי לדיקלא ואלים נמי לא נטיל לרבנן מש״ה הוצרך לזה לתת לו אבל למסקנא דמודה רבנן בהא סגי בימצא לו לחוד.״ ולפי זה מתרץ קושיית התומים (ס׳ קט״ו ס״ק ג׳) ״שהקשה הא ולד ה״ל לכ״ע דשלב״ל ואיך קאמר רמב״ם דמודה ביה רבנן הא כתיב לתת לו וא״א ליתן במתנה דשלב״ל. ולפי הנ״ל ניחא דלמסקנא לאו מלתת לו נפיק אלא מימצא והאי הוי מצוי אע״ג דהוה דשלב״ל שקיל.״ וע״ע במ״מ (נחלות ג:ב) דמפרש דהא דפסק הרמב״ם דהניח אביהם פרה וכו׳ הבכור נוטל בה ובוולדה פ״ש היינו כרבנן ״דעד כאן לא אוקימנא ההיא ברייתא דפרה כרבי אלא מקמי דאמר ר׳ פפא וכו׳ אבל בתר דא״ר פפא דאפילו רבנן מודו בשבחא דממילא ולא אשתני ברייתא דפרה אפ׳ כרבנן אתיא״ וכעין זה כתב הרש״ש (קכד.) ״דר״פ בא לדחויי הא דאמר לעיל טעמייהו דרבנן מלתת לו דא״כ אפ׳ דיקלא ואלים נמי לא יטול אלא דממעטי הכל מימצא לו.״ וכן הביא ר׳ יונה מי״מ.[2]

ולכאורה יש לחלק דאי אמרינן דהגדר דמוחזק הוא ע״פ קרא דלתת לו בצירוף הפסוק דימצא לו הוה ממעטינן יותר דברים ממה דממעטינן אם המקור הוא רק מימצא לו לבד כיון דלא מגדיר המוחזק כמתנה אלא צריך שיהיה מצוי לו. וא״כ יש נפק״מ גדולה אם מבינים דר׳ פפא חולק על הגמ׳ לעיל מיניה.

ואם באנו לדון על גדר דראוי לגבי בעל לעומת גדר דראוי לגבי בכור לכאורה הם אינם שוים. דבענין שבח הבכור אינו נוטל שבח אבל

---

[2] וע׳ ברי״ף נ״ה: ותוספות רי״ד קכו:.

הבעל נוטל שבח כמש״כ הרשב״ם קכה: ותוס׳ ושאר ראשונים שם. ולגבי מלוה יש מחלוקת ראשונים. רוב ראשונים סוברים דאין הבעל נוטל במלוה.[3] אבל הר״י מיגש והרמ״ה סוברים דהבעל נוטל. (ויש מחלוקת בשני הצדדים: דהרא״ש סובר דאין הבעל נוטל במלוה אלא במה שהלוותה אשתו מנכסי מלוג ותוס׳ סובר דאפ׳ בזה אינו יורש. ובצד שני הר״י מיגש מחלק במלוה ע״פ בין הגיע זמן הפרעון בחיי האשה ללא הגיע ולהרמ״ה אין חילוק.) ולכאורה אם הגדר לגבי בכור הוא דמתנה קרייה רחמנא יש הרבה מקום לחלק בין בכור לבעל דאין ענין דמתנה שייך לגבי בעל. וע׳ בר״י מיגש והרמ״ה דשניהם מדייקים מהא דמתנה קרייה רחמנא דדוקא לגבי בכור אינו נוטל פ״ש במלוה אבל הבעל יורש מלות אשתו.[4]

והרמ״ה מוסיף דאע״ג דלגבי בכור ולגבי בעל אמרינן דלא שקלי בראוי כבמוחזק יש שינוי במלוה דלגבי בכור נחשב כראוי ולגבי בעל

---

[3] ורציתי להעיר בדברי התוס׳ קכד: ד״ה אין. דתוס׳ מפרש דמה שכתב בגמ׳ שם דאין הבכור נוטל פ״ש במלוה היינו כרבנן ובמלוה בשטר. ותוס׳ הביא מה שפירש רשב״ם לעיל (קכד.) גבי ירשו שטר חוב שהשטר הוי גוף ומלוה הוי שבח. וכתב התוס׳ ״אין נראה דא״כ אמאי אמרי רבנן דאין הבכור נוטל פ״ש דכיון שיחלקו שטרות ויטול בשטרות פ״ש שהן הגוף יטול גם השבח שיבא אח״כ שהיא המלוה דהא פשיטא דאחר שיחלקו כל השבח שיבוא מחלקו שהוא שלו.״ וידוע מה שתירץ הקצות החושן (ס׳ רע״ח ס״ק ו׳) דבאמת אין חולקין השטרות (ורק לאחר שגובה המלוה הם חולקין הממון). אמנם לכאורה קושיית התוס׳ מעיקרא ליתא דלכאורה הרשב״ם פירש דשט״ח הוי כגוף שהשביח רק לפי רבי שסובר דבכור נוטל פ״ש במלוה כמו שכתב בקכד. אבל לפי רבנן בקכד: הרשב״ם מפרש (ד״ה מלוה) דהשטר הוי ״ניירא בעלמא״ וכל המלוה נחשב כראוי. וכן מבואר מלשון הגמ׳ שם בקכ״ד: במאי דאמר ״השתא שבחא דאיתיה ברשותיה אמרי רבנן לא שקיל מלוה מבעיא?״ ולפי הגמרא יש כ״ש משבח דלא שקיל למלוה. ומבואר דמלוה אינו נחשב כשבח. ועוד לפי הבנת התוס׳ ברשב״ם יש קושיא לגבי בעל. שלפי הרשב״ם (קכ״ה: ד״ה אר׳ פפא) הבעל נוטל בשבח (וכן דעת התוס׳ שם ד״ה אמר) ואי אמרינן ששט״ח נחשב כגוף שהשביח הבעל יכול ליטול במלוה בשטר. ולכאורה הרשב״ם סובר דאין הבעל נוטל במלוה כמו שסובר התוס׳ שם (אף שלא כתב כן במפורש) אבל לא מצאנו שחילק בין מלוה בשטר ומלוה ע״פ לגבי בעל. וראיתי בפני שלמה לר׳ שלמה גאנצפריד (קכה: ד״ה רשב״ם) דכתב ״לשיטת הרשב״ם ז״ל דשטר הוי גוף והמלוה שבח נראה פשוט דהבעל נוטל במלוה דכיון דירש השטר ממילא השבח שלו.״ ולפי דברינו זה אינו ודו״ק.

[4] וכתבו שניהם שאין קושיא מב״ק מב: משום דבירושת הבעל כרבי ס״ל דלית ליה ראוי אלא במאי דלא הויא לאב זכותא מחיים כלל.

נחשב כמוחזק. וזה "משום דעיקר דינא דבעל דאינו נוטל בראוי כי אתיא לן באשה שמתה בחיי מורישיה הוא דאתיא לן דלא הוי לה לאיתתא זכותא בהני נכסי מחיים כלל הילכך ליכא למיגמר מינה אלא מידי דדמי ליה אבל בכור דכתיבי ביה מיעוטי דבכל אשר ימצא לו ולתת לו פ"ש איכא למיעוטי כל מידי דלא הוה שכיח ברשותא דאבוהון בשעת מיתה ואע"ג דהויא ליה זכותא בגויה כגון מלוה וכיוצא בה לא שקיל בה פ"ש."[5] ולפי דברי הרמ"ה (ולכאורה גם הר"י מיגש) הגדר דראוי לגבי בעל הוא יותר גרוע מגדר דראוי לגבי בכור דלגבי בעל אין גזה"כ בימצא לו ולתת לו. [6]

וע' ברמב"ם נחלות א:יא דהרמב"ם אינו פוסק דאין הבעל נוטל במלות אשתו כמו שכתב לגבי בכור. והמ"מ מפרש דהרמב"ם ס"ל כרבו הר"י מיגש. וע' בלח"מ שמפרש דמהגמ' בב"ק רואים "דודאי יש חילוק בין בעל לבכור דאל"כ למה לי קרא בכופר דאיש או אשה לומר דאשה נזקיה ליורשה נילף מבכור שאינו יורש את המלוה וכ"ש הכא בכופר שאינו משתלם אלא לאחר מיתתה שאינו יורש הבעל." ודוקא בכופר אינו יורש הבעל אבל מלוה יורש. ומוסיף דלכאורה אפילו במלוה אם לא הגיע זמנו עד אחר מיתה אינו יורש כמו כופר דאינו משתלם אלא לאחר מיתה, וכמו שחילק הר"י מיגש. אבל קשה דמדברי הרמב"ם אינו משמע שיש חילוק בין הגיע זמן הפרעון בחיי האשה לבין לא הגיע זמנו. ובמהד' ב' תירץ הלח"מ דהרמב"ם סובר קצת כרבו הר"י מיגש אבל הוא סובר שאין חילוק (כמו שסובר הרמ"ה) ולפי מה שכתבנו לעיל דהרמב"ם סובר דר' פפא חולק על הדרשה מלתת לו בקכד.[7] והוא סובר דהגדר של מוחזק לגבי בכור הוא דוקא ע"פ ימצא לו א"כ החילוק בין בכור לבעל הוא יותר דק.

---

[5] וקצת קשה ממה דכתב הרמ"ה לעיל קיג. בסוגיא דירושת הבעל שמדרשה בגמ' שמע מינה תלת: "ש"מ אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק וש"מ דכי האי גוונא דמתה האשה בחיי מורישיה ואחר כך מתו מורישיה ראוי הוי ולא ירית ליה בעל וכו'." ומדמונה הדין דאין הבעל נוטל ברכב"מ כדבר נפרד מדין דאינו יורש נכסים שנפלו לה בירושה לאחר מיתתה משמע שיש דין של ראוי שאינו דומה ליה. וצ"ע.

[6] וע' העמק שאלה לשאילתות קל"ה (פרשת פנחס) שמדייק בדברי הגאון דיש חילוק בגדר ראוי בין בעל לבכור ע"פ המקורות שלא נוטלים ראוי.

[7] ועי' בנחלות ב:א שהביא הרמב"ם דרשה אחרת מלתת לו.

וצריך לומר דלפי הרמב״ם לגבי בעל אין צריך אפילו מצוי לו. וכמו שכתב הרמ״ה דלגבי בעל אין שום גזה״כ אלא הגדר של ראוי בבעל הוא מידי דדמי לאשה שמתה בחיי מורישיה.

ויש להעיר במימרא דר׳ פפא שהתחלנו לעיל. ״אמר ר׳ פפא הלכתא אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק ואין הבכור נוטל פ״ש במלוה וכו׳״ ולפי מה שכתבנו הדין דאין הבעל נוטל ברכב״מ אינו שוה לדין דאין הבכור נוטל ברכב״מ. ולכן הרשב״ם מפרש דאין הבעל נוטל ברכב״מ ״בראוי ממש כגון לירש את אשתו בקבר בנחלה וכו׳.״ ומפרש הא דאין הבכור נוטל ברכב״מ הוא לענין שבח.

ויש להקשות אמאי צריך ר׳ פפא לפסוק דאין הבעל נוטל ברכב״מ הלא אין שום מחלוקת בדין זה. והתוס׳ רי״ד מתרץ דכיון שדין זה אינו במשנה או בברייתא אלא מימרא לעיל ״להכי אצטריך ליה למיפסק הלכתא דאין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק.״[8] ור׳ יונה מתרץ דאגב שפסק דאין הבכור נוטל פ״ש במלוה הוא פוסק לגבי בעל דאינו נוטל ברכב״מ (וע״ש דהביא שאר תירוצים). והרמב״ן מתרץ דר׳ פפא בא ללמד דאין הבעל נוטל במלוה.

ויש עוד קושיא אמאי צריך ר׳ פפא לפסוק דאין הבכור נוטל פ״ש ברכב״מ הלא היא משנה מפורשת? ולכאורה משום קושיא זאת הרשב״ם פירש שבא ללמד דאין הבכור נוטל בשבח (כרבנן) וכן מפורש במהרש״א שם. אבל יש הרבה ראשונים שהשמיטו שורה זאת.[9] והנה ראיתי בספר גידולי תרומה (שער מג חלק ד׳ אות טו) שהקשה על תוס׳ ד״ה אמר ר״פ דכתב ״וליכא לאקשויי דאמאי לא עריב ותני להו בהדי הדדי דאין הבעל ובכור נוטלין בראוי כבמוחזק ונוטלין במלוה משום דלגבי בכור משנה שלימה היא בבכורות דאין נוטל בראוי אבל בעל דאינו נוטל בראוי לא אשכח לא משנה ולא ברייתא אלא מימרא וכו׳.״ ומשמע מדבריו דהא דאין

---

[8] וקשה מתוספתא בכורות ו:ה שפסק דהיורש את אשתו אינו נוטל ברכב״מ. ואולי כוונת הרי״ד הוא דהדין אינו נמצא בגמרא כהלכתא אלא כמימרא.

[9] ע׳ בבה״ג ובשאלתות ובתוס׳ רי״ד. וכן משמע בר׳ יונה וברמ״ה (אות צד) וגם באו״ז, וע׳ ברי״ף.

הבכור נוטל בראוי היינו ראוי ממש כמו דנקט גבי בעל. והקשה דלפי מה שכתב התוס׳ בדיבור שלאחריו שיש כ״ש בשבח ממלוה לכאורה יש גם כ״ש בראוי משבח ואמאי צריך ר״פ לפסוק גבי בכור דאינו נוטל ברכב״מ. ועוד הלא הוא משנה שלימה. ועוד הקשה דמה שתירץ התוס׳ להא דהקשה אמאי לא ערבינהו הוא תירוץ רחוק. ונראה לענ״ד לתרץ דלא היה לתוס׳ שורה זאת דאין הבכור נוטל ברכב״מ. ולשונו משמע הכי מהא דכתב ״והאי דשביק בעל דאיירי בא ונקט בכור שאינו נוטל פ״ש במלוה וכו׳. ומה קשה ליה הלא פסק ג״כ דבכור אינו נוטל פ״ש ברכב״מ ורק אח״כ פסק דאינו נוטל במלוה. אלא נראה דבאמת לפי גירסת תוס׳ לא פסק ר׳ פפא דין זה ולכן הקשה שפיר. ומה שכתב דליכא לאקשויי דאמאי לא עריב ותני וכו׳ הכוונה היא שר׳ פפא היה יכול לפסוק שגם בעל וגם בכור אינם נוטלין ברכב״מ ואינם נוטלין במלוה בשורה אחת. כלומר שיכול להוסיף דין דבכור אינו נוטל בראוי בכמוחזק כדי לפסוק הכל בשורה אחת. ולזה תירץ שלא היה יכול להוסיף דין זה שכבר נשנה במשנה שלימה ולומר ״הלכתא״ עליה. ורק גבי בעל אומר הלכתא כיון שזה רק מימרא וכמו התירוץ דהרי״ד לעיל.

ולפי דברינו יש לומר דלגבי בכור צריך ״מוחזק״ או מדרשה דלתת לו או ימצא לו או שניהם אבל גבי בעל צריך רק שיהיה ״אינו ראוי״ וזה דרגה יותר נמוכה. ולכן יש דברים דהבכור אינו נוטל פ״ש אבל הבעל יורש.[10]

---

[10] וע׳ בתוס׳ יו״ט על המשנה בבכורות ח:ט שכתב ״ולא ידעתי טעמא למאי נפק״מ תנן ״כבמוחזק.״ והתפארת ישראל תירץ דאם לא כתב ״כבמוחזק״ ה״א דאם הראוי כבמוחזק כגון שהיה שטר מקויים שוודאי ישולם היה נוטל לכך כתב כבמוחזק כלומר דצריך מוחזק ממש. ולכאורה דבריו שייכים למשנה שם לגבי בכור. אבל לגבי בעל באמת אין צריך ״כבמוחזק״. וצריך לומר דהא דאמרינן ״בראוי כבמוחזק״ לגבי בעל הוא רק לישנא דרבנן. וע׳ בלשון הרמב״ם נחלות ג:א דלגבי בכור כתב ״שאין הבכור נוטל פ״ש בנכסים הראויין לבא לאחר מיתת אביו אלא בנכסים המוחזקין לאביו שבאו לרשותו.״ ואילו גבי בעל כתב (נחלות א:יא) ״שאין הבעל יורש נכסים הראויין לבא לאחר מכאן אלא הנכסים שכבר באו לרשותה קודם שתמות.״ ולא כתב ״המוחזקין״ לגבי בעל. ויש לפרש דהרמב״ם סובר דלגבי בעל צריך רק שיהיה ברשותו איך שיהיה אבל לגבי בכור צריך מוחזקין ברשותו.

ומצאתי דהמאירי (ב"ב קיג.) כתב בשם המהדרין מן המפרשים "שאע"פ שבעל ובכור נאמר לשון זה בשניהם אין המדה שוה בשניהם שהבכור אפ' בנכסים שהאב מוחזק בהם אינו נוטל בשבח ששבחו נכסים בשעת חלוקה ר"ל בשבח שיש בו שנוי וכו' ואלו בעל שמת חמיו ולא הפסיקה האשה להחזיק בנכסיו עד שמתה ותבע הוא את הנכסים והעמידן בדין ולא הספיק לגבותן עד ששבחו נוטל כל השבח שהבכור הופקע שבחו מדכתוב בכל אשר ימצא לו והשבח לא נמצא לו אבל בעל שלא הופקע לו ראוי אלא מאסמכתא רחוקה דכתוב בגבעת פנחס כמו שבא בסוגיא בגמרא דוקא ראוי לגמרי כגון שמתה האשה קודם מיתת מורישה כמו שביארנו אבל שבח נוטל בין שבח שמחמת עצמן בין שבח שהשביחו שאר היורשים הראויים לירש עמה כגון שאר אחיות."[11] ומוסיף המאירי "וזה שאמרו בבכורות פרק בכור לנחלה (נב.) הבכור והאשה וכו' כלם אין נוטלין בשבח ולא בראוי אלמא שבח וראוי שני דברים הם ובכור הוא שהופקע מלכל אשר ימצא לו הא בעל לא הופקע ומתוך שאינו שוה להם בשבח אע"פ שהוא שוה להם בראוי לא הוזכר באותה משנה." וממשיך המאירי "וכן כתבו בדומה לזה קצת גאוני ספרד[12] בענין מלוה." ודברי המאירי הן הן הדברים שכתבנו לעיל.

ולפי כל מה שנזכר לעיל יש להביא כמה דינים שהראשונים ואחרונים דנים עליהם בקשר להגדרת ראוי ומוחזק. ויש להעיר בכל הדינים אם יש חילוק בין בכור לבעל. ונתחיל בדין שנזכר בדברי המאירי לעיל והוא אם לא הספיקה לגבות ירושתה עד שמתה. והרי הר"ן כבר כתב דהבעל יורש השבח אפילו בנכסים שלא הספיקו לחלוק עד שמתה.[13] וע' בשו"ת מבי"ט (ח"ב ס' קמ"ו) דאיכא זימני דהבעל יורש את אשתו אפ' במה שלא הגיע לידו ולא לידה כגון נכסים שהניח לה אביה במדה"י כיון

---

[11] וע"ע העמק שאלה הנ"ל שמפרש דיש חילוק בירושת הבעל בין מלוה שהלותה אשתו ולא הספיקה לגבותה קודם שמתה למלוה שירשה אשתו מאביה ומתה קודם שגבתה דבמלוה שנפל לה בירושה ולא היה מוחזק בידה מעולם אין הבעל יורש דהוה דומיא לגבעת פנחס "והתם לא היה מעולם מוחזק אצלה."

[12] דהיינו הר"י מיגש והרמ"ה.

[13] וע' ברשב"א ור' יונה.

דהוי נכסי מלוג שלו והיתה יכולה היא ובעלה למכור אותם אחר שמת אביה והמכר קיים, כי משעה שמתה זכתה היא "וא"כ אין זה ראוי אלא מוחזק". והמבי"ט הוסיף שאפילו בחייה זכה הבעל מדין נכסי מלוג ולכאורה זה דין מיוחד לבעל שאינו שייך לבכור. ואולי זה אינו חידוש בירושה כלל.

וע' בשו"ת מהרשד"ם (אה"ע ס' צ"ח) שכתב לגבי יבם דהוא יורש הכל אפ' בנכסים שעדיין לא הגיעה ליד היבמה קודם שמתה. ומהרשד"ם הביא לשון דהבעל אינו יורש בראוי לאשתו "כגון ירושה שראויה לירש ומתה בחיי מורישיה." ומדייק מהרשד"ם "הא מת המוריש קודם האשה היורשת אעפ"י שמתה האשה קודם שיגיעו הנכסים לידה הוו הנכסים אלו מוחזקים מקרו לא ראויים."

והרמ"א (אה"ע ס' צ סע' א) כתב בשם המרדכי שאע"פ שהבת[14] לא גבתה ירושה ממורישיה עד שתמות נקראים מוחזקים.[15] והרמ"א לא הביא דין זה לגבי בכור. אולם לפי דברי מהרשד"ם שפסק דין זה לגבי יבם אולי יש לומר דהוא הדין לגבי בכור (ע"פ הגמ' ביבמות כד. המשווה הא דאין היבם נוטל בראוי כבמוחזק לבכור שאינו נוטל בראוי כבמוחזק[16]).

---

[14] וע' בשו"ת מהר"ם אלשקר ס' כ"ח שמחלק בין ירושה שנפל לאשה קודם שנשאת ובין לאחר שנשאת שאם נשאת אח"כ כיון דבשעת נשואין לא החזיק הבעל אלא במה שהכניסה לו אינו יורש נכסים אלו. וע' בנתיבות משפט נתיב כ"ג ח"ז שדן על תשובת מהר"ם אלשקר.

[15] וע' בחלקת מחוקק אה"ע סי' ק' ס"ק ט"ז שמחלק בין ראוי דירושת הבעל ובין ראוי דכתובה.

[16] ע' אבה"ע קסג:א ברמ"א דיש ב' דיעות אי יבם דומה לבכור וכל שמקרי ראוי גבי בכור מקרי גם כן ראוי אצל יבם, או שמא יבם נוטל במלוה ובשאר ראוי ורק שאינו נוטל בראוי של נכסי אבי אביהם. וע' במשנת רבי אהרן (יבמות סימן י"ז) שכותב שיש שני דינים דראוי לגבי יבם אחד דומה לראוי דבכור ואחד אינו דומה.

צוואת שכיב מרע

הבה"ג (סוף הל' נדוי) מחלק בין צוואת שכ"מ לבתו בהלואה ופקדון שיש לו אצל אחרים ובין סתם ירושה. שבסתם ירושה אם מתה הבת קודם שגבתה אינו יורש בעלה דמחסרי גוביינא[17] אבל בצוואת שכ"מ הבעל יורש דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו.[18]

וע' בתרומת הדשן (ס' ש"נ) שכתב דגם בצוואת שכ"מ כל זמן שלא בא הממון ליד אשתו מעולם ומחוסר גוביינא נחשב כראוי ואין הבעל יורש (ואע"פ שתה"ד סובר דלא חיישינן לאומדנא דשכ"מ [כלומר הכוונה במתנתו] כיון דאמרינן דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו.) ור"ב אשכנזי (בשו"ת ס' מ"ב) מדייק ממעשה באחד שאמר נכסי לאמי ואחריך ליורשי וכו' שאם אין שום יד באמצע בין השכ"מ לבת לא מקרי ראוי אפילו לא הספיקו לגבותו.

והשב יעקב (ח"ב סי' כ"ו) סובר דדעת תה"ד הוא עיקר[19] כיון שר"ב אשכנזי מדייק שיטתו ממעשה בי"נ והתם אמרי בקרקע וקרקע אינו מחוסר גוביינא משא"כ בממון דמחוסר גוביינא הוי ראוי. אבל הבית שמואל (אה"ע ס' צ סס"ק י"ג) הביא דעת רבצ"א. וע"ש בדג"מ שהביא דעת התה"ד שחולק ומוסיף הדג"מ בשם בנו דבחפץ מיוחד (מסויים) ודאי יורש הבעל.[20] וע"ע בשו"ת רעק"א (מהד' תליתא ס"ס) שגם פסק כתה"ד

---

[17] וע' דברי הבה"ג בהל' נחלות שמחלק בין מתה קודם אביה ובין מתה לאחר אביה ומשמע קצת דאפילו אם לא גבתה הבעל יורש אותה. והגהות בן אריה מתרץ שיש חילוק בין ממון ומטלטלין לקרקע. דרק בממון אמרינן דמחוסר גוביינא.

[18] ולכאורה יש כאן חידוש גדול דאפילו הלואה שיש לאב אצל אחרים נחשב כמוחזק ביד בתו ע"י צוואת שכ"מ. ואיך זה עדיף מהלואה שלה דלא מקרי מוחזק? ותירץ בהגהות בן אריה שאלמוה רבנן בצוואת שכ"מ אף דליתא בבריא וע"כ עשאוהו רבנן כאילו כבר גבה החוב ואינו מחוסר גוביינא. ולכאורה אין צריכין לכל זה אם הבה"ג סובר דבעל יורש מלות אשתו.

[19] וקצה"ח (רנ"ג ס"ק ד') הביא דעת התה"ד ומשמע שסובר כמותו.

[20] וכמ"כ כתב נתיבות משפט (נתיב כ"ג) בדעת התה"ד ומפרש דבחפץ ידוע או במעות מסויימים שברורים ומונחים במקום פלוני לאו מחוסר גוביינא שהם כפקדון וכל היכא דאיתנהו בחזקת הבת הם. וע"ש שמדייק כן משו"ת מהראנ"ח המחלק בין

ושב יעקב אבל בחפץ מיוחד כגון כוס של כסף כתב רעק"א "בזה בוודאי לא הוי ראוי וכמו שהעלה ש"ך חו"מ ס' רנ"א דאף במטלטלי דמתנת שכ"מ אם קדמו היורשים ומכרו מפקינן מהלקוחות." ותמוה שפסקו כל הני פוסקים נגד הבה"ג אלא מדלא הביאו דבריו לכאורה לא ראו דברי הבה"ג. וע' בשער משפט (ס' רנ"ג סע' כד) שכתב דאע"פ דס"ל לתה"ד ודברי ריבית שאפילו במתנת שכ"מ כל שלא גבתה חשיב ראוי אבל הבה"ג ס"ל כמו שכתבו רבצ"א והב"ש ולכן הדין הוא דבעל יורש.

ולגבי בכור אם יש צוואת שכ"מ מזקנו לאביו לפי התה"ד ושב יעקב אין הבכור נוטל פ"ש דהוי ראוי. אבל לפי הבה"ג ורבצ"א אולי יש לומר דהוי מוחזק לגבי בכור כיון דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמו אא"כ אמרינן שרק לגבי בעל הוי מוחזק כיון שאין דרשה דוכל אשר ימצא לו אבל לגבי בכור לא כיון שאין זה מוחזק ממש.

גניבה ואבדה

הנמוק"י (נג: בדה"ר) כותב דשמעינן ממשנה לגבי נכסי חפר (ב"ב קטז:) "דהא דאמרינן אין הבכור נוטל בראוי היינו כשהוא ראוי למוריש אבל אם הוא מוחזק למוריש אע"פ שהוא ראוי ליורש יש בו חלק בכורה." וכיון דארץ ישראל מוחזק לחפר "אע"פ שהיה ראוי בחייו לגבי צלפחד בנו ומת בחייו כשחזר ומת חפר נטלו בנותיו חלק בכורתו." ומוסיף הנמוק"י "ושמעינן נמי שאם היה לאביו קרקע שהוא ביד גזלן יש לו לבכור בה חלוקה דקרקע אינה נגזלת. וכן אם נתנו לאביהם קרקע מהיום ולאחר מיתת הנותן ומת אביהם בחיי הנותן בכור נוטל פי שנים דגופא דארעא דאבוהון הוה." וע' במרדכי (תקע"ד) שהביא מרבינו מאיר על ספר שגנבו כותי דלא אמרינן דהוה ראוי לגבי כתובה "דכל כה"ג אינו נקרא ראוי דכל היכי דאיתיה לספר ברשות בעליהם איתיה ובחזקתו." ומוסיף דלא גרע ממלוה דאע"ג דחשבינן ראוי לגבי בכור גבי כתובת אשה לא חשבינן ראוי. (ומשמע מדבריו שדין זה הוא רק לגבי כתובה אבל לא

דברי תה"ד ושו"ת הרא"ש שכתב במי שנתן קרקע אחד דשאני קרקע דכגבוי דמי ורק במעות דמחוסר גובייא לא חשיב מוחזק.

לגבי בעל ובכור.) ורק בהמשך דבריו כותב דהיכא דכתב מהיום ולאחר מיתה לא הוי ראוי לגבי בכור ובעל אלא מוחזק.

והדרכי משה (ס׳ רע״ח אות ב׳) הביא דברי המרדכי ונמוק״י וכתב ״ונראה לי דה״ה ספרים כדברי המרדכי דלא מתייאשים מספרים אבל שאר מטלטלים אע״ג דלא מתייאש מינייהו קרויין ראוי.״ וכן נפסק ברמ״א (ס׳ רע״ח סע׳ י׳).[21] וע׳ בביאור הגר״א (אות כ׳) שמפרש לגבי ספרים שלא דמי למלוה דלהוצאה ניתנה אלא ״בגזילה כה״ג שחוזרת בעיניה וברשותא דמרא קאי״ נחשב מוחזק. והקשה מהא דאמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו. ועוד דא״כ מאי קמ״ל בב״ב קכג: הניח להם וכו׳? וגם הקצות החושן (רע״ח ס״ק י״ד) הקשה על הדרכי משה שהביא ראיות לדבריו מהמרדכי ונמוק״י. והקשה הקצה״ח דמדברי המרדכי משמע שגזל אינו נחשב כראוי רק לענין כתובה. ומדברי הנמוק״י שדן על קרקע משמע שבמטלטלין לא הוי מוחזק לענין בכור.[22] והקצה״ח גם מקשה מ״ש ספרים דלא נתייאשו משאר מטלטלין דלא נתייאשו. ותירץ ע״פ דברי תוס׳ ב״ב קכ״ו: ד״ה לא עשה שכתב דהא דאמרינן בכור קרייה רחמנא היינו דוקא בדבר שאינו מצוי ולפ״ז שאר מטלטלין דסתמן עומדין ליאוש אע״ג דזה לא נתייאש אינו מצוי מיקרי אבל ספרים שסתמן אינן עומדין ליאוש ה״ל מצוי. והקצה״ח סובר שלולי דברי הרמ״א היה נראה שכל מטלטלין אפילו ספרים, כל שאינו ברשותו להקדישו ה״ל ראוי.[23] והביא ראיה מהגהות אשר״י (פ״ח ס׳ י״א) דבפרה מושכרת לא שקיל בלא שטר והקצה״ח מפרש דאע״ג דמשמע מדברי הפוסקים דנוטל מפרה מושכרת כמוחזק היינו משום דפרה מושכרת

---

[21] וע׳ בביאור הגר״א (אות יט) שמציין לרשב״ם קכ״ה: ד״ה כאומר לגבי קרקע דנחשב כמוחזק במתנת מהיום ולאחר מיתה.

[22] ולכאורה דיוק זה אינו מוכרח כיון שהנמוק״י הביא דינו מנחלת חפר ולכן הוא דן בקרקע אבל אולי הוא הדין במטלטלין.

[23] ויש לדון אם דברי קצה״ח שייכים רק לגבי בכור כיון דיש גזה״כ שצריך מוחזק אבל לגבי בעל אולי אינו נחשב כראוי אף דאינו ברשות האשה להקדישו.

ברשותו להקדישו ולמוכרו כמו פקדון אבל גזולין וגנובין נראה דהוי ראוי.[24]

וע׳ בנתה״מ (ס״ק י׳) שמפרש דהרמ״א מדייק מלשון המרדכי שכתב ״דכל כה״ג אינו נקרא ראוי״ והוסיף הנתה״מ דהטעם הוא ע״פ הגמ׳ קכה. דמלוה הוי ראוי משום דלא הני מעות שבק אבוהון ומשמע דבגניבה דהוי מה דשבק אבוהון לא הוי ראוי. ומוסיף הנתה״מ ״ודמי לאבידה הנמצא אחר מות אבוהון דנראה ג״כ דלא הוי ראוי אף דאבידה אינו ברשותו.״

וע׳ בשו״ת מהרי״ל (החדשות) ס׳ קס״ט שכתב דדוחק לומר דספר שגנבו גוי הוי מוחזק דוקא לענין כתובת אשה ״דלא מצינו חילוק לעניין ראוי בין בכור לכתובת אשה אלא מלוה כדכתיב ביה טעמא. אע״ג דלשון מהר״ם משמע קצת הכי וכו׳ מ״מ כיון דתלי בה כל היכא דאיתיה הספר ברשותיה ובחזקת בעלים קאיתיה כו׳ היינו שלא יצא מרשותו לעולם א״כ ה״ה גבי בכור.״ ומוסיף המהרי״ל ״ועוד דטעמא דבכור אין נוטל פ״ש במלוה וכו׳ משום דלאו הנך קרקע ולא הני מעות דשבק אבוהון אבל גבי הספר הוא הספר דשבק אבוהון.״[25] ולכאורה הרמ״א הלך אחר המהרי״ל בדעת מהר״ם אף שהביא שיטתו בשם מרדכי.[26] וא״כ אין מקום לויכוח בין הקצה״ח ונתה״מ שכבר כתב מהרי״ל גם הקושיא וגם התירוץ בתשובה. ולכאורה לא ראו הקצה״ח והנתה״מ תשובה זאת.

---

[24] וע׳ במשך חכמה לפ׳ כי תצא שמפרש שאם יש לו ממון אצל אחר שגנב וגזל ממנו ואין לו עדים כיון שאינו יכול להוציאו בדיינים דאף בקרקע אינו ברשותו להקדישו אין הבכור נוטל פ״ש. ודייק ר״י קופרמן שמשמע מדבריו דגדר פ״ש של בכור שונה מדין הקדש דלגבי הקדש כל זמן שאינו ברשותו א״י להקדישו משא״כ גבי בכור אם יכול להשיג באמצעות עדים נחשב כמוחזק שהוא ברשות משפטית.

[25] וע׳ ברמב״ם (נחלות ג:א) שכתב במלוה או שהיתה ספינה בים אין נוטל פ״ש. ובמהרי״ל פירש שזה משום שבספינה יש לחוש דלא יבואו לידו לעולם. וע״ש שסובר דגם במוחכרת צריך עדים או שטר.

[26] וכמו שרואים הרבה פעמים שהביא פסקי מהרי״ל.

פקדון אצל אחרים

השאילת יעבץ (ח"ב ס' ל"א) דן על ממון בבנק שהוא מלוה לרבים והוא כותב שאע"ג דאין הציבור עני נראה "דגרע אפ' משאר מלוה ליחיד בעלמא דניתנה בכל אופן". ומוסיף "וגדולה מזו אני אומר אפ' בפקדון לא מיבעיא היכא דכפריה דלא יטול פ"ש אלא אפ' היכא דלא כפריה." ואפילו "במפקיד אצל בע"ה דאסור להשתמש בהן מ"מ כיון דקיימי באחריותו לענין פשיעה ואי נמי בעי מצי שלח בהו יד (אע"ג דאיסורא הוא) ואי בעי מצי למכפריה אפ' הפקיד אצלו בעדים שהרי אין צריך להחזיר לו בעדים משו"ה ראוי מיקרי וכו' כללא דמילתא כל היכא דקיימי זוזי ברשות אחרת ואין למפקיד ראיה בעדים שלא החזירם הנפקד ושישנם בעין בידו וגם שלא השתמש בהם לעולם להתחייב באחריותם שהרי נעשו מלוה ביד הנפקד לא יקח בהם בכור פ"ש אלא דווקא בפקדון דאיכא עדים דאיתיה בעין ושלא שלח בו הנפקד יד כה"ג ל"ש זוזי או מטלטלי יירש בה פ"ש."

וזה חידוש גדול שאפילו פקדון אינו נחשב כמוחזק לענין פ"ש.[27] ואולי זה רק לגבי בכור שצריכין יותר רשות על הדבר אבל לגבי בעל שלא צריכין מוחזקין אלא שלא יהא ראוי ממש אולי אין זה נחשב כראוי ממש. איברא מביאור הגר"א (רע"ח אות י') משמע דאמרינן בפקדון שהוא ברשותא דמרא (אפ' לגבי בכור).

שותפות ועיסקא

המהרי"ק (שורש קמ"ה) כותב גבי "מה שהניח המת שהיו לו בשותפות ביד אחרים וכו' דבר פשוט הוא דחשיב מוחזק חלקו שהיה לו בשותפות כאילו היה לו תחת ידו דפשיטא דלא חשיב מלוה מה שחבירו מתעסק בשלו שהרי גוף הממון שלו." וכן נפסק ברמ"א (ס' רע"ח סע' ז'). וע' בפתחי תשובה (אות ד') שהביא דברי נתה"מ לגבי שטר עיסקא

---

[27] וע' שו"ת מהר"ח או"ז סימן פ"ז שהביא ספק בענין פקדון בלא שטר אי בכור נוטל בו פי שנים.

דמבואר בשו"ת דברי ריבות (ס' ע"ח) דאפ"ה הוי ראוי וכתב הנתה"מ "ומסתבר טעמיה דהא מחוסר גובייגא הוא וגם לאו הני מעות שבק אבוהון." ומוסיף הפ"ת דכן מבואר בשו"ת חוט שני (ס' א'). אכן בספר שער משפט (סק"ב) הביא בשם רדב"ז (ח"ג ס' תקס"ד) דפלגא פקדון מיקרי מוחזק אך פלגא דמלוה הוא ראוי. והשער משפט חולק עליו ודעתו דהבכור נוטל פ"ש בכל העיסקא כמו בשאר פקדון.[28] וכן פסק בשו"ת שבות יעקב (ח"א ס' קע"ב) דנוטל פ"ש אפ' בהאי פלגא דמלוה. אולם בשו"ת פני יהושע (ח"ב ס' קד) פסק כרדב"ז. ע"כ דברי פ"ת. אמנם כשתעיין בדברי ריבות נראה שכתב דפלגא דמלוה הוי ראוי ומשמע שהוא גם סובר כרדב"ז. ובפקדון סובר דמיקרי מוחזק. אבל בשו"ת חוט שני מחלק בין שותפות דהוי דבר דשבק אבוהון ובין עיסקא דאין הממון בעין ולא הני זוזי דשבק אבוהון והוא סובר דכל העיסקא נחשב כמלוה לענין ירושה. ומאידך גיסא השבו"י נקט בפשטות דהעיסקא דינו כקרקע. וע"ע בשער משפט דדברי רדב"ז הוא לענין ירושת הבעל אלא שהוא חולק עליו גם לענין ירושת הבעל וגם לענין פ"ש דבכור.

לסיכום: הגדר של ראוי לגבי בעל אינו שווה לגדר של ראוי לגבי בכור. בבכור יש גזה"כ דימצא לו ולתת לו ולכן צריך מוחזק כדי שיטול הבכור פ"ש. אבל לגבי בעל כיון שאין גזה"כ אלא דאינו יורש באופן שדומה למתה אשה בחיי מורישיה, אין צריך מוחזק אלא צריך רק שלא יהיה ראוי ממש. ולפיכך יש אופני ירושה שנחשבים כמוחזק לגבי בעל אף שנחשב כראוי לגבי בכור וכן יש דינים השייכים לבכור ולא לבעל.

---

[28] וכן מצאתי במאירי ב"ב קי"ג.

דוד אליהו הלוי הלמן
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

בגדר תפוסת הבית קודם חלוקה

שיטת רשב"ם והסבר הגרא"ו

הגמ' (קכו ע"א) מביאה מח' אם יש לבכור קודם חלוקה או לא, וחד מן הנ"מ היא אם בכור יכול למכור חלקו קודם החלוקה של תפוסת הבית. רשב"ם (ד"ה קסבר) פירש דכל המח' היא רק לגבי חלק בכור אבל חלק פשיטות של כל אח קודם חלוקה כעל"פ דאינו יכול למכור ד"חלק פשיטות דלא זכי קודם חלוקה שלא הוברר חלקו." וגם פירש רשב"ם (קכו ע"ב ד"ה והלכתא) דהטעם לחלק בין חלק פשיטות לחלק בכור היא דחלק בכור "מתנה קרייה רחמנא ומשמת האב נתונה לבכור." וכל הראשונים דחו דעת רשב"ם בשתי ידים. תוס' (שם ד"ה לא) כתבו וז"ל "דחלק פשיטותו פשיטא דמכר." וע' בר"ן וז"ל "אבל בחלק פשיטות כ"ע מודו דיכול למכור שהרי שותף יכול למכור חלקו וכדאמרינן בפרק המוכר את הבית (סד ע"ב) פלגא דאית לי בארעא פלגא." דהיינו, הר"ן הוכיח דפשוט יכול למכור חלקו בתפוסת הבית דאינו שונה מכל שותף דיכול למכור חלקו קודם חלוקת השותפות. וע"ע ברשב"א (ד"ה ומר), יד רמה (אות צז) ואו"ז (הובא בשו"ת מהר"ח או"ז סי' קכא) דגם הם הוכיחו דכמו שכל שותף יכול למכר חלקו קודם חלוקת השותפות גם בן פשוט יכול למכר חלקו קודם חלוקת התפוסת הבית.

וידוע דהגרא"ו (קו"ש תד) יישב דעת רשב"ם דס"ל דיש לחלק בין הבעלות של שותפים ליורשים בתפוסת הבית, דבשותפים "כל אחד מן השותפין הוא בעלים על חלק" אבל ביורשים התפוסת הבית "הוי בעלים אחד כמו בדברים השייכין לציבור." ולפ"ז מסביר הגרא"ו ד"בתפוסת הבית הנכסין שייכין לכלל היורשים ביחד ולא לכל אחד בפני עצמו ומשו"ה אין כל אחד יכול למכור אא"כ ימכרו כולן ביחד." אבל בשותפין כיון דכל אחד בעלים בפני עצמו על חלקו, בודאי מודה רשב"ם דכל אחד

יכול למכור חלקו קודם חלוקה. והגרא"ו מביא שו"ת מהר"ח או"ז (הנ"ל) דג"כ חילק בין שותפין ליורשים לתרץ שיטת רשב"ם והביא מקור ממשנה וגמ' מפורשות (בכורות נו ע"ב) דאע"פ דשותפין פטורין ממעשר בהמה וחייבין בקלבון כשנותנים חצי שקלם ביחד, אבל יורשים שעדיין לא חלקו התפוה"ב חייבין במע"ב ופטורין מקלבון. וביאר הגרא"ו דתפוסת הבית חשוב כבעלים אחד ודומה ליחיד ולא לשותפין.

ושמעתי דלפי דברי הגרא"ו יש להסביר עוד שיטה של הרשב"ם. עי' הגמ' (קיג:) דדורשת מן הקרא "והיתה לבנ"י לחוקת משפט" (במדבר כז:יא) ד"אורעה כל הפרשה כולה להיות דין." וכתב רשב"ם דכוונת הגמ' היא דאע"פ דחלוקת שותפין אינו טעון ב"ד, אבל חלוקת יורשין, אפילו אם אין שום מחלוקת בין הבעלי דין, צריך מעשה ב"ד. אבל תוס' גם שם חלקו על רשב"ם ופרשו הגמ' באו"א. גם הכא חילק הרשב"ם בין שותפין ליורשין. ומובן ע"פ דברי הגרא"ו, דבשותפין כל אחד יש חלק מסויים והחלוקה רק מברר או מחליף החלקים, אבל ביורשים החלוקה משנה כל מהות הבעלות, מבעלות כללי של תפוה"ב לבעלות פרטי של כל יורש ויורש, ולכן צריך ב"ד.[1]

קושיות על דברי הגרא"ו

אבל נ"ל דבאמת תירוץ הגרא"ו הוא טוב מדי, דצ"ע איך שאר ראשונים הבינו הסוגיא בבכורות, ואיך הביאו הראשונים ראיה משותפין לתפוסת הבית אם יש סוגיא מפורשת שמחלקת ביניהם. והיה אפשר לומר דהיה להם גירסא אחרת. דרש"י גורס שם "האחין השותפין שחייבין בקלבון פטורין ממע"ב," דהיינו רק האחין השותפין דהיינו יורשים, אבל הרמב"ם (בכורות ו:י, שקלים ג:ד) גרס "האחין והשותפין," דהיינו דין המשנה שייך לאחין דהיינו יורשים וגם לכל שותפין. ויוצא לפי גירסת הרמב"ם דאין חילוק בין תפוסת הבית לשאר שותפות לדינים אלו. אבל

[1] עי' חי הגרנ"ט (סי' קצב) דגם קישר שתי שיטות אלו של רשב"ם, וגם שיטתו בסוגיא של אסמ"ו שנעיין בה בעז"ה, ופירשם כעין הגרא"ו אבל קצת באו"א. וקושיתינו שנקשה על דברי הגרא"ו קשין גם על דברי הגרנ"ט.

באמת נראה דכל הראשונים היה להם גירסת רש״י: ע׳ רמב״ן (קמד ע״ב ד״ה מתנינן), רשב״א (קידושין כח ע״ב ד״ה הניחא), תוס׳ רי״ד (קידושין יז ע״ב), או״ז (הנ״ל) ושטמ״ק (בכורות שם). וא״כ שוב צ״ע איך הבינו הסוגיא בבכורות.

גם נראה דעצם הסבר הגרא״ו בדעת רשב״ם קשה. ע׳ בגמ׳ (קו ע״ב) דעוסקת בדין כששני אחין עושין חלוקה על ירושתם בלי דעת האח השלישי דנמצא במדינת הים, ורשב״ם (ד״ה אלא) מביא מקור לזה דאפשר לעשות חלוקה בלי דעת אחד מן היורשים, וז״ל ״אחין או שותפין... ופלוג בלא ידיעת השלישי בשלשה חלקים בפני שלשה בית דין הדיוטות כדאמרינן באלו מציאות (לא ע״ב).״ אבל קשה דהגמ׳ שם (בב״מ) עוסקת בשותפין ולא יורשים, ולפי הגרא״ו א״א להביא ראיה משותפין דיכולים לעשות חלוקה בלי דעת אחד מהם ליורשים. דיורשים הם בעלות אחת כציבור ויש טעם גדול דא״א לעשות חלוקה בלי כולם כמו דא״א למכור הנכסים בלי כולם. אבל הרשב״ם בפשטות השוה דין יורשים לכל שותפין. גם ע׳ ברשב״ם (קכו ע״א ד״ה קסבר) דכתב דהיכא דמת אחד מן האחין קודם חלוקה דבנו של האח המת ״יורש עם האחין ונוטל חלק אביו כשיבאו לחלוק דלא גרע היכא דמת האב ואח״כ מת הבן דבן הבן יורשו מהיכא דמת הבן בחיי האב דבן בנו יורשו כדכתיב ובן אין לו עיין עליו.״ כלומר, בן יורש חלק אביו בתפוסת הבית כמו שהוא יורש זקנו ע״י משמוש דרך אביו, ולכאורה היא תימה גדולה דמה ההשואה בין הדינים. דמשמוש הוי חידוש דמת יורש בקבר להנחיל ליורשו, אבל בתפוסת הבית דהאב כבר זכה בחלקו בבעלות הכללית לגרא״ו, דודאי הוא מוריש חלקו לבנו, ואינו שייך כלל למשמוש וירושה בקבר. ובאמת רשב״ם זו קשה בפני עצמו, אבל בודאי קשה ג״כ לדברי הגרא״ו.

גם הסוגיא בבכורות עצמה נראה דקשה לפרשה כיסוד של הגרא״ו. איתא במשנה שם דהיורשים חייבין במע״ב ופטורין מקלבון רק קודם שחלקו, אבל אם ״חלקו וחזרו ונשתתפו חייבין בקלבון ופטורין ממע״ב.״ ולפי הגרא״ו ההסבר היא דאם חלקו וחזרו ונשתתפו הם אינם עוד רשות אחת אלא הם כשאר שותפין, והוא מובן מאוד. וע׳ בגמ׳ שם דאם חלקו הבהמות ולא הכספים, א״כ הם כשותפין לגבי הבהמות והם פטורים ממע״ב, אבל הם עדיין כתפוה״ב לגבי הכספים ופטורין מקלבון.

ואיתא שם וז״ל ״דסד״א כיון דחלקו בבהמה גלו דעתייהו דלמיפלג קיימי וליחייב בקלבון קמ״ל.״ וצ״ע מה היה הה״א, דאפילו אם הם עומדים לחלק הכספים, אבל עד שיחלוקו הכספים הם ברשות הבעלות של תפוה״ב, ואיך אפשר להפקיע בעלות התפוה״ב וליצור בעלות של שותפות רגילה בלי קנין. וא״א לומר דגמירת דעת שלהם עושה הקנין, דהם לא גמרו לעשות שום קנין עכשיו, אלא דאנו אומרים דהם עומדים לעשות חלוקה בעתיד, וכלשון רש״י (ד״ה חלקו) ״דלמיפלג בכספים נמי קיימי,״ והיכא מצינו דעמידה לעשות קנין פועל חלות. ואינו נראה דמסקנת הגמ׳ דוחה עיקר היסוד, אלא דאין אומרים דהם עומדים לעשות חלוקה על הכספים, דאע״פ דחלקו הבהמות אולי הם רוצים להשאר כשופתין בתפוה״ב על הכספים לעולם.

ויתר מזה ע׳ בירושלמי (שקלים א:ד, ז) דהביא דעה דסבר להלכה דאם הבהמות הם רוב הנכסים ממילא ״הם עיקר הנכסים,״ ואם חלקו הבהמות ממילא חשוב כאילו חלקו הכספים וחייבין בקלבון. וע׳ במפרשי הירושלמי שם דנחלקו אם הגמ׳ דחתה דעה זו או לא, אבל ע׳ בהשגות הראב״ד (שקלים ג:ה) דפסק כן למעשה. וכל זה קשה, דאם גדר תפוה״ב היא קנין של כלל האחים, אם חלקו ועשו קנין על הבהמות, איך מהני על הכספים דלא עשו שום קנין עליהם. ולשון הירושלמי דבהמות ״הן עיקר הנכסים,״ משמע דהוא דין כעין רוב דחלות על הבהמות שייך ממילא גם לכספים, וכל זה צ״ע טובא.

גם עי׳ בסוגיא שם דרק למ״ד אין ברירה אם חלקו וחזרו ונשתתפו הם כשותפין ולא יורשין. אבל למ״ד יש ברירה אנו אומרים דכל אחד קבל חלקו בירושה המגיע לו מעיקרא, ואם חזרו ונשתתפו עדיין חשובים כתפוה״ב ולא כשאר שותפין, וחייבין במע״ב ופטורין מקלבון. אבל לגרא״ו צ״ע טובא איך אפשר ליצור הבעלות הכללי של תפוה״ב. לכאורה משעה שחלקו וכל אחד מחזיק בחלקו כשאר נכסיו, אם נשתתפו היה צריך להיות שותפות רגילה. דכמו דבשאר נכסיהם אין להם כח ליצור בעלות כעין תפוה״ב רק שותפות, כמו כן בירושתם לאחר חלוקה. תפוה״ב היא קנין מחודש דחל לאחר מיתת המוריש, אבל אין כח לבנ״א ליצור אותו קנין מעצמם ומהיכי תיתי דאם חזרו ונשתתפו דיהיה עוד דין של תפוה״ב. וא״כ צ״ע בכל עצם הסוגיא.

ומצאתי שהגרש"ר (שי' ר"ש ע', חי' ר"ש יב:ה) רצה לתת הסבר אחר בשיטת רשב"ם, ולא כש"כ גרא"ו דהנכסים הם ברשות האחין בכלל, אלא דהם עדיין ברשות האב המת. והביא לשון רש"י (חולין כה ע"ב ד"ה וכשחייבין), וז"ל "ממון אביהם בחזקתו עומד." והגרש"ר כתב דיש נ"מ, דאם הנכסים שייכים לאחין בכלל, הוא מסתבר דאע"פ דכל אחד א"י למכור חלקו, אבל ביחד כולם יכולים למכר, אבל אם הנכסים עדיין ברשות אביהם גם ביחד לא היו יכולים למכור דאינם שלהם. אבל גם על פירוש זה קשה רוב קושיתינו למעלה. וגם מש"כ דכל האחין ביחד א"א למכור הנכסים, נראה דזה אינו. ע' רשב"ם (קלז ע"ב ד"ה שקנו) בסוגיא של האחין שקנו אתרוג בתפוה"ב, דהסביר וז"ל "ירשו מאביהן או לקחו במעות ירושת אביהן בתפוה"ב כל זמן שלא חלקו." הלא מפורש דאפילו לרשב"ם כל האחין ביחד יכולים למכר ולהקנות הנכסים. גם עצם המשנה בבכורות דאחים יכולים להפריש מע"ב מתפוה"ב ויכולים לתת חצי שקל שלהם מתפוה"ב קשה לי איך הבין זה הגרש"ר. דאם אינם יכולים למכור הנכסים, איך יכולים להפריש מע"ב או לתת חצי שקל לחיובם. מכל זה נ"ל מוכרח דיש מהלך אחר בשיטת רשב"ם וגם בשיטת שאר הראשונים.

חלות ירושה ושם יורש

ונראה להקדים ולהוכיח יסוד, והוא דירושה אינה רק עוד סוג של קנין וזכייה בנכסים, אלא ירושה הוי חלות בפני עצמו שגורם זכיה כתוצאה, וחלות יורש וירושה הם מושגים לעצמם מעבר לזכייה בנכסים.[2] ויש להביא כמה ראיות לזה.

איתא (כתובות פג ע"א) דארוס יכול לסלק את עצמו מירושת אשתו שלא יירשנה כשישאנה, אבל משאר ירושות כמו בן באביו, היורש אינו יכול לסלק זכות ירושתו בחיי אביו. ופירש רמב"ן, וז"ל "אינו דומה לאומר לאביו לא אירשך, דהתם כיון דראוין ליורשו מעתה הוא זוכה וצריך ללשון מתנה, ואין אדם מקנה דבר שלא בא לרשותו." וגוף דבריו קשין,

[2] הגרא"ו משתמש במושג של חלות יורש הרבה, עי' קוה"ע סי' מ. וגם עי' בספר המדות לחקר ההלכה (ח"ב עמ' תיב-תכא) שמאריך ביסוד הנ"ל.

דכתב דבן כבר זכה בירושתו בחיי אביו, ולכן א״י לסלק את עצמו, וצריך קנין ולא סילוק בעלמא, ושוב כתב דא״א להקנות דהירושה עדיין לא בא לרשותו דלא זכה בהם. אבל נראה ביאורו, דודאי לא זכה בנכסים ולכן א״י להקנותם, אבל כבר בחיי אביו יש לבן חלות שם יורש. וכיון דיש לו שם יורש וזה נותן לו הכח לירש א״אילסלק עצמו מזה, דכבר זכה בשם יורש, ואינו דומה לארוס דאינו ראוי לירש את אשתו עד נישואין. ורואין מזה דיש חלות יורש קודם הזכייה בנכסים, אע״פ דבשאר קנינים אין שום חלות של קונה או מקנה עד הקנין אלא מוכרח דירושה הוא חלות עצמאי מעבר לזכייה בנכסים.[3]

ואפילו לאחר מיתת המוריש מצאנו חלות ירושה בלי כל זכייה בנכסים. ע׳ בחי׳ הגר״ח הלוי על הרמב״ם (תרומות ח:ד ד״ה והנראה) דאע״פ דאין זכייה לעובר, ואפילו בירושה אינו זוכה בנכסים עד שיולד, ״אבל בהלכות נחלות ודין ירושה ליכא שום דין דעובר לא יהא בר ירושה... ולא בטל עיקר כח ירושתו שיש לו על הנכסים... שיורש את הנכסים שיהיו שלו לאחר שיולד.״ דהיינו, אע״פ דאין חלות זכייה לעובר על הנכסים, אבל יש לו חלות ירושה עליהם. ועפ״ז מסביר הגר״ח דבעצם עובר כהן יכול להאכיל תרומה לעבדים (אלא דיש עוד דין דממעטם) דאע״פ דאינו קונה העבדים, אבל יש לו כח ירושה עליהם וזה חשוב קנין כספו. ועוד פעם רואין דיש חלות ירושה בלי זכייה או קנין.[4]

ונראה לפרש ע״פ יסוד הגר״ח עוד סוגיא. איתא (קכד ע״א) ״יצא עליהן שטר חוב, בכור נותן פי שנים ואם אמר איני נוטל ואיני נותן רשאי.״ דהיינו, בכור יכול למחול על חלק פי שנים שלו, וממילא לא יתחייב פי שנים בחובי אביו. ומביאה הגמ׳ מקור לזה דכתיב לתת לו פי שנים מתנה קרייה רחמנא, וכמו שיכול למחול במתנה, ה״ה בחלק בכור. רשב״ם (ד״ה ואם) לומד, דכל זה בחלק בכור אבל חלק פשוט ״אינו יכול לומר כן שהרי

---

[3] עי קה״ח (רעח:יג) דכנראה הבין שיטה זו בדרך אחרת דכיון דעומד לירש הוי כאילו ירש וכאילו בא לידו וכעין עומד ליקצץ כקצוץ דמי. אבל עי׳ שם דהביא רק לשון הר״ן, אבל מדברי הרמב״ן מוכרח דאל״כ. גם מסקנותיו תמוהים, עי׳ נה״מ (שם) וזכרו״״ש (סי׳ סג) דדחו דבריו.

[4] ועי׳ להלן דהארכנו בכל הסוגיא במאמרינו לגבי זכיית עובר בירושה.

יורש הוא בעל כרחו.״ אבל הראשונים הביאו שיטת הראב״ד, דגם פשוט יכול לומר איני נוטל ואיני נותן, והחילוק בין פשוט לבכור היא דפשוט יכול שוב לזכות בחלקו לאחר זמן, אבל בכור שאמר אנוא״נ אבד חלקו לעולם. והנה לשון הר״ן, וז״ל ״ואין זה מחוור [דעת רשב״ם], וכי ב״ד כופין בשוטי ליורש שאינו רוצה לקבל ירושתו... לפיכך נראין דברי הראב״ד שכתב דאפילו בחלק פשיטותו אם אמר איני רוצה בירושת אבי ולא אפרע חובותיו אין מעשין אותו והכא לענין חזרה קאמרינן, דאלו לפשיטות אי אמר פשוט לא יריתנא ולא פרענא... .מצי הדר ביה דמכי מאית אבוה זכה ליה בחלק פשיטות וכי אמר לא פרענא לא זבני הוו ולא מתנה הוו ולא הפקר.״ ודברי ר״ן קשין והם כעין דבר רמב״ן לגבי סילוק מירושה דהבאנו לעיל. דכתב הר״ן דגם פשוט לא זכה בחלקו בעל כרחו ויכול לומר שלא יירש חלקו ולא יפרע חובות אביו, אבל גם כתב דאפילו כשאמר הכי לא אבד זכותו, דהוא כבר זכה בחלקו כשמת אביו, והסילוק אינו מתנה או הפקר. וקשה דאם זכה בחלקו איך מהני סילוק ואם לא זכה בחלקו למה יכול לחזור ולזכותו. אלא נראה בהסבר הדברים ע״פ דברי הגר״ח, דאע״פ דאינו זוכה בחלקו בנכסים בע״כ, ולכן יכול לומר אנו״נ דאינו רוצה לקנותם, אעפ״כ כבר יש לו חלות יורש ויש לו כח ירושה על הנכסים ממילא משעת מיתה, ולכן הסילוק אינו מאבד כח ירושה שלו ויכול לחזור ולזכות בחלקו אחר כך. וכל זה שייך רק אם יש חלות ירושה בלי קנין וזכייה וכנ״ל.

הסבר שאר ראשונים

ועכשיו דבררנו דיש חלות ירושה חוץ מדיני זכייה וקנין, נראה דיש מקום להבנה חדשה בשיטת רשב״ם לגבי מכירת חלק פשוט קודם חלוקה וגם בשאר ראשונים.

הבאנו דשאר ראשונים לא חלקו בין תפוה״ב לשאר שותפות, וכמו שכל שותף יכול למכר חלקו קודם חלוקה, ג״כ יורש יכול למכר חלקו קודם חלוקה. אבל קשה דסוגיא דבכורות חילק ביניהם. ונראה דשאר ראשונים סוברים דיש חלות ירושה על הנכסים, דהיינו הם הנכסים שהאב הוריש ושבניו ירשו, אבל זה אינו שייך לדין זכייה שלהם בנכסים,

וכמו שבארנו דיש חלות ירושה חוץ מחלות זכייה של היורשים. לכן, החלות ירושה מאחד ומצטרף הנכסים להיות חשובים כחפצא אחת לדין מע״ב וקלבון, ואעפ״כ מצד זכותם וקנינם הם כשאר שותפים. ולכן שאר ראשונים לא התיחסו לסוגיא דבכורות, דסברו דזה אינו שייך לסוגיין, דדין מע״ב וקלבון מיוסד על החלות ירושה והוא נלמד מקרא מיותר דבתפוה״ב חייבין במע״ב, ואינו שייך לכח של היורשים למכור חלקם דתלוי על זכייתם וקנינם בנכסים ובזה הם שוים לשאר שותפין.

ונראה דזה הדרך להבין דברי רש״י הנ״ל שהביא הגרש״ר דקודם חלוקה הנכסים הם עדיין ברשות האב. דלכאורה א״א להבין את זה כפשוטו, אלא נראה דכוונת הדברים היא דקודם החלוקה עדיין יש חלות ירושה על הנכסים. הם עדיין ״ברשות האב,״ כלומר דאע״פ דודאי היורשים כבר זכו בנכסים והם הבעלים עליהם, אבל עדיין הם ״הירושה״ של האב, דהם הנכסים דהוריש לבניו.

ועפ״ז יש לישב קושיתנו על הסוגיא שם. דלמ״ד אין ברירה כיון שחלקו הנכסים אין עוד חלות ירושה על הנכסים, דהם אינם עוד הנכסים דירשו מאביהם, אלא הם קנו וחלפו חלקם עם אחיהם. ולכן היה ה״א בסוגיין, דאם חלקו הבהמות אין עוד דין תפוה״ב על הכספים. והקשינו דאם תפוה״ב קנין, איך מועיל קנין על חלק אחד לחלק אחר. אבל לדברינו דתפוה״ב אינו בגדר קנין, דיורשים הם שותפים כשאר שותפין לגבי קנינם, אלא דיש חלות ירושה על הנכסים, היה ה״א דאם חלקו מקצת הנכסים, וכבר שינו הנכסים ממה שהוריש אביהם, ממילא פקע השם ירושה ותפוה״ב משאר הנכסים ג״כ. והסיקה הגמ׳ דאינו כן ואע״פ דפקע חלות ירושה ותפוה״ב מחלק הנכסים, נשאר החלות ירושה על השאר. והירושלמי הביא דעה וכן פסק הראב״ד כנ״ל, דאם הבהמות הם רוב הנכסים, ״הם עיקר הנכסים,״ והם קובעים הדינים של כל הירושה. ולכן אם חלקו הבהמות ופקע שם ירושה ותפוה״ב מהם, ממילא פקע ג״כ מהכספים דהם הטפל, אע״פ דלא השתנה קנינם בכספים (דעדיין הם שותפין בהם) דחלות ירושה שלהם אינו תלוי על זכייתם בם.

ולפי הנ״ל מובן ג״כ, דלמ״ד דיש ברירה וגם אחר שחלקו אין דין לקוח על הנכסים, אם חזרו ונשתתפו, שוב יש דין תפוה״ב על הנכסים לגבי מע״ב וקלבון. והקשינו, דלגרא״ו, קשה איך הם יכולים להשתתף

וליצור מחדש הבעלות הכללי של כל האחין ביחד השונה משאר שותפין. והרבה יותר קשה על הגרש"ר איך אפשר שהם יכולים להקנות שוב לרשות אביהם המת. אבל לאור הנ"ל, דתפוה"ב אינו קנין שונה, אלא חלות ירושה על הנכסים, מובן דאפילו לאחר שחלקו יש חלות ירושה על הנכסים (למ"ד יש ברירה) דהם הנכסים דירשו מאביהם, ואם חזרו ונשתתפו, ממילא יש לכל חלות שם ירושה, וחשובין כחפצא אחת למע"ב וקלבון. ובאמת עי' בחי' הגר"ח עה"ש (בענין מכיר כלב) דכל המחלוקת אם יש ברירה או לא ואם אחין שחלקו יורשים הם או לקוחות הם אינה מחלוקת אם רואין דלמפרע כל יורש ירש רק חלק זו. וכן למ"ד אין ברירה ולקוחות הם, הוכיח הגר"ח דאינו מעשה מכירה ממש. דלכו"ע כל הנכסים היו שייכים לכל היורשים עד שעשו החלוקה, והמח' היא דלמ"ד יש ברירה "יש לו דין יורש עלה דעצם דין חלוקה הוא מדיני תורת ירושה," ולמ"ד אין ברירה המעשה חלוקה מפקיע החלות ירושה בנכסים.[5] ועי' ברש"י (ד"ה אבל), דגם כן משמע כמהלך הגר"ח, דכתב דלמ"ד יש ברירה, אחר החלוקה "עדיין ירושה היא ושם ירושה עליהם." ונראה להבין כל זה לפי מש"כ דמלבד הזכייה בנכסים וקנינם ע"י החלוקה יש עוד חלות של ירושה בנכסים.

מהלך חדש בשיטת רשב"ם

בררנו דשאר הראשונים סוברים דחלות ירושה גורם ויוצר הזכייה של היורשים, אבל הם ב' דינים נפרדים – החלות ירושה וחלות זכייה, וממילא הזכייה לעצמה אינה שונה משאר זכייה ע"י קנין אחר. נ"ל לומר דרשב"ם סובר דלא רק שיש ב' דינים – חלות ירושה וחלות זכייה, אלא דכיון דהזכייה נובע מדין ירושה ממילא עצם זכייה היא ג"כ בתורת ירושה ושונה משאר זכייה ע"י קנין אחר. דהיינו, רשב"ם מודה דכל יורש זוכה רק בחלק של הנכסים כמו שאר שותפים (ודלא כש"כ הגרא"ו), אבל הם זוכים בתורת יורש וזכייה של ירושה. לכן ס"ל לרשב"ם דלענין בעלות לעשות

[5] עי' גם בחי' הגר"ח הלוי על הרמב"ם (שכנים ב:יא), והבאנו רק יסוד הדברים בלי ליכנס למח' בין רבמ"ם ותוס', דאכמ"ל.

חלוקה יש לדמות חלוקת תפוה״ב לחלוקת שאר שותפות, וכמו דשאר שותפות דאפשר להתחלק אפילו אם אין כל היורשים לפנינו ה״ה בחלוקת תפוה״ב, דכל אחד יש חלק נפרד בנכסים, וכמו שהבאנו לעיל. אבל לאידך גיסא גם סבר רשב״ם דפשוט א״י למכור חלקו, דאע״פ דיש לו זכות גמור בחלקו של הנכסים, כיון דהם בתורת יורש א״א להעביר בעלות כזה לאחר, דאחר א״י לעמוד במקומו כאחד מן האחין. רק אחר חלוקה, וכל חלק וכל יורש עומד לעצמו, אז הם בעלים על חלקם כשאר בעלים, דהם מחזיקים בתורת יורשים רק כשהם ביחד, והתפוה״ב עדיין ביחד, וכמו שהיה קודם שמת האב. ולכן רק לאחר חלוקה כל פשוט יכול למכור חלקו.

ולמ״ד יש ברירה ואפילו לאחר החלוקה יש חלות ירושה על הנכסים, נראה דצריך לחלק בין החלות ירושה על החפצא של הנכסים, דהם מה שהוריש המת, לזכיית היורשים, דלאחר החלוקה זכייתם אינם עוד בתורת ירושה אלא כבעלותם על שאר נכסיהם. דרק כשהם מאוחדים בתפוה״ב יש לומר דהם עומדים במקום אביהם ומחזיקים את הנכסים בתורת ירושה, אבל לאחר החלוקה א״א לומר כן אפילו אם עדיין יש חלות ירושה בנכסים עצמם. ועפ״ז יש גם להבין שיטת רשב״ם דצריך ב״ד לחלוקת תפוה״ב, אע״פ דא״צ לחלוקת שותפים. דאע״פ דהסברנו דגם תפוה״ב היא כשותפות עם חלק לכל אחד, אעפ״כ כיון דחלוקת תפוה״ב משנה הבעלות משל בעלות בתורת ירושה לבעלות סתם, שייך לחלק ביניהם ולהיות דינים מחודשים בחלוקת תפוה״ב.

ועפ״ז יש להבין הרשב״ם הנ״ל דהשוה המקרה כשאח מת קודם החלוקה ובנו יורש חלקו לדין משמוש שבן בנו יורש זקנו. והקשינו דאיך שייך לדמות משמוש דהוא ירושה בקבר למקרה שמת האח קודם החלוקה דכבר זכה בחלקו בקניו גמור. אבל לפי הנ״ל, י״ל דכיון דקודם החלוקה, היורשים אינם זוכים כשאר קנינים, אלא בגדר זכייה של ירושה לשיטת רשב״ם, א״כ היה ה״א דבנו א״י ליירש זכות כזו דשונה משאר זכייה וקניו. ולכן כתב רשב״ם דלא גרע ממשמוש, דאם בן בנו יורש הירושה שירש הבן בקבר בלי זכייה כלל, בודאי הוא יכול ליירש חלק הבן בירושה שכבר זכה בו, אפילו אם היה בתורת זכייה של ירושה.

ולפ״ז נראה דגם יש להסביר לשיטת רשב״ם הדעה דיש לבכור קודם חלוקה, ובכור יכול למכור חלקו אע״פ דפשוט א״י. דכתב רשב״ם

(קכו ע"ב ד"ה והלכתא) דבכור יכול למכור קודם חלוקה "משום דמתנה קרייה רחמנא ומשמת אב נתונה לבכור." וצ"ע דמאי שנא אם מתנה קרייה רחמנא, אם הכל ברשות כללית של תפוה"ב וכש"כ הגרא"ו, גם הבכור א"י למכור חלקו. אלא נראה דלדברינו א"ש, דרק פשוט א"י למכור חלקו דהוא זוכה בתורת יורש וא"א להעביר זכות זה לאחר, אבל חלק פי שנים של הבכור, מסביר רשב"ם, אינו בתורת ירושה, דמתנה קרייה רחמנא, דהיינו הוא זכות וקנין כשאר קנינים, וממילא אפשר לימכר לאחר. ונראה דחילוק זה משמע ג"כ בעוד רשב"ם, דכתב דבכור יכול לומר איני נוטל ואיני נותן ולמחול חלקו, אבל פשוט א"י לסלק את עצמו מחלקו דהוא יורש ממילא. וז"ל (קכד ע"א ד"ה ואם) "[חלק בכור] דכתב לתת לו כעין מתנה אם ירצה לקבלה ואם ימחה שלא לקבל אין מזכין לו לאדם בעל כרחו דלא קרייה רחמנא ירושה אלא מתנה, אבל מחלק פשיטותו אינו יכול לומר כן שהרי יורש הוא בעל כרחו." ומשמע מדבריו דלתת לו מתנה קרייה רחמנא אינו רק דרשה על פרט זו שי"ל אנוא"נ, אלא הוא מגלה על עצם צורת חלק הבכור דשונה מזכיית הפשוט, ומשמע דחלק בכור אינו בגדר ירושה, אבל זה צ"ע. אלא נראה כש"כ דהבכור זוכה בחלק בכורתו לא בתורת זכייה של ירושה כמו בחלק פשיטותו, אלא הוא זכייה כשאר זכיות, וממילא כמו בשאר קנינים המקבל יכול לומר איני רוצה כמ"כ בחלק בכור, אבל בחלק פשיטות דהוא סוג אחר של זכייה, דהוא זכייה בתורת ירושה, הוא נעשה ממילא וא"י לומר איני רוצה.

ועפ"ז אפשר גם לתרץ קושיית הגרש"ר (שיעורים ע'), דהקשה דלרשב"ם למ"ד יש לבכור קודם חלוקה, דהיינו משעה שהוא מוחה הבכור מקבל השבח ויכול למכור חלקו, לפי דרך הגרא"ו צ"ל דמזמן מחאתו חלק בכורתו הובדל משאר תפוה"ב. וא"כ הקשה הגרש"ר, משעת מחאת הבכור, נכסי הירושה הם נעשים כשאר שותפות, דהוא שותפות בין תפוה"ב ובין חלק הבכור דהם חלקים נפרדים, וממילא משעת מחאת הבכור היה צ"ל דפטור ממע"ב וחייבין בקלבון, וזה לא שמענו לעולם. אבל כל זה רק להבנת הגרא"ו, דפשוט א"י למכור דאין לו חלק לעצמו אלא הכל ברשות כללית של תפוה"ב, ולכן צ"ל דאם בכור יכול למכור צ"ל דיש לו זכות בחלק שמובדל משאר תפוה"ב. אבל לדברינו, תמיד היה זכות בחלק מסוים לכל אחד מן היורשים, רק דיורש א"י למכור חלקו דהוא בגדר זכייה של ירושה, ובכור משעת מחאתו יכול למכור דאז הוא

זוכה בו כשאר זכויות. א"כ י"ל דאפילו אם גדר זכיית הבכור אינו בתורת ירושה לאחר מחאתו, י"ל דעדיין יש חלות ירושה על הנכסים כיון דעדיין לא עשו חלוקה (וכש"כ למ"ד יש ברירה לאחר חלוקה דיש לחלק בין חלות ירושה בנכסים לגדר זכייתם), וממילא עדיין חייבין במע"ה ופטורין מקלבון כשאר תפוה"ב.

ויש להסביר עוד שיטה קשה מאוד. דע' של"ג (נה ע"ב בדה"ר אות א') וז"ל "וכתב רשב"ם ובחלק פשיטות אין לו בו כח קודם החלוקה למכרו או ליתנו ומיהו אינו יכול להסתלק ממנו בדיבור כדרך שמסתלק מחלק בכורה אם לא בלשון מתנה או הפקר." ודבריו סותרים מרישא לסיפא, דאיך יכול להסתלק בלשון מתנה, כבר כתב דאין לו כח למכר או ליתן קודם חלוקה. וצ"ל דא"י ליתן לאחר, אבל אפילו פשוט יכול ליתן במתנה לשאר האחין. אבל צ"ע דמאי שנא אחר או אח, דלגרא"ו דאינו יכול למכור דאין לו חלק לעצמו שיש לו כח עליו, לכאורה ה"ה למכור או ליתן לשאר האחין. אבל לדברינו י"ל דבאמת יש לכל יורש זכות בחלק וכח בעלות למכור חלקו, אלא כיון דהוא זוכה בזכייה של ירושה עד חלוקה א"א להעביר בעלות כזו לאחר, אבל ליורש אחר י"ל דאפשר להעביר חלקו, דכיון דגם הוא יכול לזכות בתורת יורש, ויש כח בעלות לכל יורש למכור חלקו, אפשר ליתן חלקו ליורש אחר.

ביאורים בעוד סוגיות

יש להסביר עוד סוגיות ודיעות בראשונים ע"פ מח' הנ"ל, דהיינו אם החלות ירושה יוצר זכייה כשאר זכיות וכדסוברים שאר ראשונים, או דגם הזכייה אינו כשאר זכייה, אלא בתורת יורש כדסבר רשב"ם.

איתא (גיטין מז ע"א) "ישראל ועובד כוכבים שלקחו שדה בשותפות טבל וחולין מעורבין זה בזה." ופירש רש"י (שם מז ע"ב ד"ה טבל) "אין לך כל חטה וחטה שאין חציה טבל וחציה חולין." דהיינו, חצי כל חטה שייך לישראל וחצי לעכו"ם. והקשו עליו תוס' (שם ד"ה טבל) דאיתא לקמן שם דלמ"ד אין ברירה ויורשים שחלקו לקוחות הם, וממילא חוזר החלוקה ביובל, וכל קנינם רק קנין פירות, א"כ לא משכחת מי שמביא ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון. דאם היה ב' בנים אף

פעם יש לחשוש דכל אחר לקח חלק השני ואין לו קנין הגוף בשדהו. והקשו תוס׳ דלרש״י דכל אחד יש חצי בכל חלק של השדה, ממילא כל אחד ודאי יש קנין הגוף דחצי שדהו ודאי שייך לו ויש לו חיוב דאורייתא להביא ביכורים מאותו חצי. לכן דחו תוס׳ את רש״י ופירשו, דלכל אחד מב׳ יורשים או שותפין יש חצי השדה, אלא דאינו מבורר איזה חצי לאיזה שותף. לכן יש לחשוש דכל א׳ מן היורשים לקח החצי השדה של השני ואין לו קנין הגוף בשדהו בכלל.

מלבד הכרח הסוגיא עצמה, באמת גם רש״י עצמו משמע שם כדכתבו תוס׳ דפירש דיורשים שחלקו תפוה״ב חוששין ״דאין ברירה והוי כמו שהחליפו חלקיהן״ (מח ע״א ד״ה לקוחות). ובפשוטו משמע דיש לכל יורש חלק מסוים בכל השדה, ולא שיש חצי בכל חלק וחלק של השדה. ונראה ע״פ מש״כ לעיל, דרש״י סובר כרשב״ם דאין זכייה סתם ליורשים, אלא הם זוכים בתורת ירושה. וממילא רש״י סובר דיש לחלק בין יורשים לשאר שותפין, דבשותפין כל שותף זוכה בחצי כל חטה או כל חפץ, אבל בירושה כל יורש זוכה בחצי החפצים או חצי שדה שלימה. והביאור נראה דשותפין זוכים בדין ממון של החפצים וחולקים שיווי הנכסים, ולכן כל אחד זוכה בחצי כל פרט ופרט. אבל יורשים אינם זוכים בשיווי הנכסים, אלא הם זוכים בעצם הבעלות של המת דהם ממלאים מקומו. וכיון דבעלות המת היה חל על כל חפץ וחפץ דבעלות חל על החפץ, לכן הם חולקים החפצים דכל אחד זוכה בחצי התבואה או חצי השדה, וע״י זה הם זוכים בחצי בעלות המת. ולכן רש״י חילק בין גדר הזכייה של שותפין ליורשין.[6] אבל תוס׳ לשיטתם, דסוברים דחלות ירושה גורם ויוצר חלות זכייה כשאר קנינים, לא חלקו בין ירושה לשותפות, ולכן הקשו על רש״י.

גם ע׳ בבכורות (נו ע״ב) דאפילו למ״ד דיש ברירה ואחין שחלקו יורשין הן, זהו דוקא כשחלקו גדיים נגד גדיים ותיישים נגד תיישים, אבל אם חלקו גדיים נגד תיישים ותיישים נגד גדיים, כעל״פ דאין ברירה ולקוחות הן. ומזה יוצא הכלל דאין ברירה בשני מינים. וע׳ רשב״א

---

[6] עי׳ קה״י (גיטין סי׳ לד) דגם חילק בין שותפין ליורשין לתרץ רש״י, אבל נתן טעם אחר לגמרי לחלק, והבוחר יבחר.

(קידושין יז ע"ב ד"ה ואי) דבתוך דבריו הקשה דאיתא במשנה (תמורה ל ע"א) "שני שותפין שחלקו אחד נטל עשרה ואחד נטל תשעה וכלב אחד את שכנגד הכלב אסורים," דהיינו כל עשרה אסורים משום מחיר כלב. ואיתא בגמ' שם דזה רק משום דלא היה טלה דהיה שוה כמחיר הכלב, אבל אם היה שוה לכלב, היה אפשר לברר טלה אחד נגד הכלב, ושאר הטליים מותרים. והקשה הרשב"א הלא אין ברירה בשני מינים וכעל"פ דאין ברירה בטלה נגד כלב. והוא נדחק לומר דהסוגיא שם (והוא רב אשי לגירסתו, אבל לגירסן הוא סתמא דגמ') חולקת על הסוגיא דבכורות וסוברת דאין כלל של אין ברירה בשני מינים.

ומבורר דרשב"א סובר דהכלל של אין ברירה בב' מינים שייך לירושה וגם לשותפות, דסוגיא של מחיר כלב איירי בפירוש בשותפות ולא ירושה. אבל ע' בשע"י (ה:יא ד"ה אכן) דבתוך דבריו כתב דיש יסוד "דמשפט הירושה הוא שהיורשים יטלו כולם בשוה ומה"ט אמרינן דבחלקו גדיים נגד תיישים לכו"ע אין ברירה." ומשמע דס"ל לגרש"ש דדין של אין ברירה בשני מינים שייך דוקא לירושה, אבל לא בירר דבריו. אבל שמחתי מאד כשמצאתי מקור ברור לדברי הגרש"ש. ע' רש"י (ביצה לט ע"ב ד"ה אלא) דכתב וז"ל "בחלקו טלאים כנגד טלאים וגדיים כנגד גדיים דזהו משפט ירושה לכל אחד חלק בכל מין ומין אומרים זה חלקו המגיעו דיש ברירה ועדיין שם יורשים עליהם." הרי מפורש דדין אין ברירה בב' מינים שייך רק ליורשים, דזהו "משפט ירושה" (לשון רש"י וגם הגרש"ש) דכל יורש זוכה בכל מין. ונראה דזה רש"י לשיטתו, דזכייה של יורשים הוא זכייה בתורת ירושה, דהיורשים זוכים בבעלות המת למלא את מקומו, ולכן הם זוכים בכל מין ומין וגם זוכים בחצי החפצים, וכמו שהחזיק בהן האב, אבל בשותפין דזוכים בשווי הנכסים אינם שייכים דינים אלו. ונראה דרשב"א הוא ג"כ לשיטתו דאינו מחלק בין יורשים לשותפין, דגם יורשין זוכים כשאר זכייה. לכן הקשה רשב"א על רשב"ם בעיקר סוגיין דפשוט יכול למכור חלקו כשאר שותף, וגם הכא כתב דכמו שיש דין של אין ברירה בב' מינים בירושה, כמו כן אין ברירה בב' מינים בשותפין.

ובעז"ה נסביר דרש"י ורשב"ם הם לשיטתם גם בסוגיא של אין ספק מוציא מידי ודאי, וכדנבאר להלן במאמרינו לגבי אותה סוגיא.

הרב אלישע בצלאלי

מתנה על מה שכתוב בתורה

א. הקדמה

איתא במשנה (ב"ב קכו:) "האומר איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים, איש פלוני בני לא יירש עם אחיו – לא אמר כלום, שהתנה על מה שכתוב בתורה." ומקשה שם בגמ', "לימא מתניתין דלא כר' יהודה דאי ר' יהודה האמר בדבר של ממון תנאו קיים" ומתרץ "אפילו תימא ר' יהודה התם ידעה וקא מחלה הכא לא קא מחיל." ויש להקשות ב' קושיות בסיסיים לגבי שייכות דין זה של מעמש"כ בתורה לירושה.

א. כתבו התוס' בכתובות (עד. ד"ה תנאי) שרק דבר שהמתנה מספיק בעלים בחלותו לעשות שליח לקיומו – הוא מספיק בעלים לעשות תנאי. יוצא שעשיית תנאי תלוי באם יש בעלות על החלות. ולכאורה כל הדיון בגמ' קשה שהרי ירושה היא חלות ממילא ואין שום "בעלות" למוריש בחלות הירושה ויותר מזה הרי אינו עושה שום מעשה בכלל. ועיין באמרי משה (לח:כג) שהקשה כעין זה וז"ל: "ותמוה לכאורה מה שייך זה לפלוגתא דר"י [בענין מעמש"כ בתורה] דשם הוא רק תנאי לאיזה מעשה שעושה אבל איך שייך לומר להפקיע ירושה דהרי נפקע כחו."

ב. אפילו נניח שיש שום מעשה שהאב עושה איך שייך לדון על מעמש"כ בתורה אם אין תנאי ואינו מתנה על שום דבר. וז"ל האבי עזרי (אישות יב:ט) "וצ"ע ביאור הסוגיא מה שייך כאן לפלוגתא דר"י ור"מ במתנה בדבר של ממון, שהתם הקידושין נעשו על תנאי שלא יהא לה שאר כסות משא"כ הכא עם מי מתנה ואין זה ענין של תנאי והאיך יוכל לומר פלוני בני לא יירשני."

הרי, בדוגמא הקלאסית של מעמש"כ בתורה – הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה – יש מעשה שהוא הבעלים עליו –

דהיינו המעשה קידושין – והוא עושה תנאי בדבר, משא"כ כאן שלכאורה הוא אינו הבעלים על חלות הירושה וג"כ אינו עושה שום תנאי בדבר.

ב. מעמדו של המוריש

דעת הבעל המאור

הראשון שמדגיש ביותר את השאלה הראשונה הוא הבעה"מ (כתובות מב. בדפיה"ר). איתא במש' (כתובות פג.) שרשב"ג סבר שאין הבעל יכול לסלק עצמו מירושת אשתו משום שהוא מעמש"כ בתורה. ורב בגמ' (שם פג:-פד.) פסק כותיה אבל לאו מטעמיה שהרי רב סבר שירושת הבעל היא רק מדרבנן אבל עשו רבנן חיזוק לדבריהם כשל תורה. ופסק הרי"ף (שם בדפיה"ר) שהבעל כן יכול לסלק עצמו מירושת אשתו שהרי קיי"ל כל דבר שבממון תנאו קיים. והסיג עליו הבעה"מ "ואע"ג דקי"ל בעלמא תנאי ממון קיים שאני הכא דירושה ממילא קא הויא ולאו כל כמיניה דעקר לה." דהיינו שהבעה"מ היה קשה לו קושיתנו הראשונה (דכיון דירושה ממילא קא הויא אין לו בעלות לשנותו) ומשום כך הוציא ירושה מהמוסג של מעמש"כ בתורה. אבל קשה (וכן הקשה המלחמות שם בהשגותיו) א"כ למה תירצה הגמ' בסוגיתנו בב"ב "שאני הכא דלא קמחיל" ולא תירצה שאני הכא דירושה ממילא קא הויא. יש להציע ב' ישובים לקושיא זו:

א. יש לחלק בין ירושת הבעל ושאר ירושות ולהסביר שירושת הבעל הוי יותר "ממילא" משאר ירושות (ואע"פ שאפשר להתנות בשאר ירושות א"א להתנות בירושת הבעל). דהיינו, כשהאב מוריש לבניו אמרינן שהוא הבעלים על הירושה ונותנו לבניו – יש לו הזכות "להנחיל לכל מי שירצה." אבל לגבי ירושת הבעל, זכויות האשה כבר מוגבלות, והרי אפילו מחיים יש לבעל זכויות בנכסיה ואין לה כל כך יד להנחיל ולכן נחשב יותר ממילא ואין הבעל יכול לסלק עצמו ממנו לדעת הבעה"מ.

ב. יש לחלק בין סילוקו של היורש והשתדלותו של המוריש לסלק היורש מירושתו. סוגיתנו בב"ב איירי במוריש שרוצה לסלק היורש מירושתו ומצד המוריש שייך לדבר על תנאים, אבל

מצד היורש הוי דבר דממילא ולכן אין היורש יכול לסלק עצמו ממנו בשום תנאי.[1] נסביר לקמן הגדרת בעלותו של המוריש.

דעת שאר הראשונים

כל זה לדעת הבעה"מ שדן בפירוש בשאלה הראשונה, אבל יש לעיין ג"כ לפי דעת שאר הראשונים: איך אפשר לדון במעמש"כ בתורה אם הוא אינו הבעלים על חלות הירושה.[2] ובתירוץ הדבר עיין באמרי משה (שם) וז"ל: "לא נפקע כח המת לענין ירושה." דהיינו, אע"פ שהמוריש מת, עדיין נחשב כחי לגבי ירושה ורואים את הירושה כאילו היא באה ממנו אל היורש ולכן הוא נחשב כבעל החלות ויכול להתנות. אבל יש להציע ג"כ באופן קצת פחות קיצוני שאפילו נניח דהאב אינו נחשב כחי לגבי הירושה, עדיין יש לו זכויות מחיים לבחור מי מקבל הירושה כעין דברי ר' יוחנן בן ברוקה (ב"ב קל.) דיכול האב להנחיל לכל מי שירצה (ע"פ הפסוק "והיה ביום הנחילו את בניו") ולכן שייך לדון בתנאים בירושה.

יש לעיין בב' אפשריות האלו ע"פ דברי הראשונים בענין ירושה. עיין סה"ח (מצוה ת') שמנה מצות עשה של ירושה לא רק על הצבור אלא גם על היחיד. ולכן, אם התנה המוריש למעט מירושת א' מבניו אע"פ שהתנאי אינו מועיל הוא מבטל מצות עשה של ירושה "משום שעבר אהרמנא דמלכא." ומביא את דעת הרמב"ם (במנין המצוות הקצר מ"ע רמ"ח) שכתב ש"מצוה לדון בדין נחלה" ומדייק החינוך מדבריו שהמצוה היא רק על הב"ד ולא על היחיד. וכתב בספר מצות המלך (מ"ע רמ"ח) שהר"מ והחינוך נחלקו בשאלה זו – האם האב נחשב כ"מנחיל" או "כיון

---

[1] עיין ברשב"א בסוגיא דב"ב (קכו: ד"ה התם) שמסביר מסקנת הגמ' שמצד האב יכול לשנות את הירושה אבל הבעיה היא שהיורש אין לו זכות לשנות אותו. דהיינו שהה"א בגמ' היתה שמכיון שהסילוק בא מצד האב יכול לסלק הבן מירושתו. וקמ"ל שאזלינן ג"כ בתר היורש ומצד היורש א"א לסלק. (ומסביר שם הרשב"א שלשון הגמ' היא לאו דוקא ואפילו מחל הבן ג"כ אינו מועיל).

[2] באמת צריכים לתרץ אף לדברי הבעה"מ שהרי הבעה"מ רק כתב דבריו לגבי ירושת הבעל – אבל הוא עדיין לא הסביר איך אפשר לדון על מעמש"כ בתורה לגבי ירושת הבן.

דחל ממילא לאחר מותו, חשיבי כדבר ממילא ואין על האב תורת מנחיל.״ דלפי החינוך דהוי מצוה על היחיד נחשב כ״מנחיל״ אבל לפי הרמב״ם דהמצוה רק על הציבור אינו כן. והביא ראיה למוסג של ״מנחיל״ מסוגיתנו דמעמש״כ בתורה, דאילו אין האב ״מנחיל,״ יש בעיה יותר עקרוני ממעמש״כ בתורה, שהרי אין לאב שום שייכות להכריע מי הוא היורש. למעשה, כבר הסברנו שיש ב׳ אפשריות להסביר איך המוריש יכול להתנות: או שיש לו כח אפילו לאחר מיתה או שיש לו זכויות מחיים ואינו ברור לאיזה מהן התכוון ה״מצות המלך״ בדעת החינוך. אם כוונתו שיש בעלות על הירושה לאחר מיתה, עדיין אפשר להסביר בדעת הרמב״ם שיש זכויות מחיים ולכן אפשר לדבר על מעמש״כ בתורה. ואפילו נימא דכונתו היא שלפי החינוך יש זכויות מחיים עדיין יש לחלוק ולהסביר בדעת הרמב״ם שאע״פ שהוא אינו מונה מצוה על היחיד עדיין ס״ל שיש זכויות מחיים.

אפשרות כעין האמרי משה נמצאת בס׳ קוב״ש (קיד׳ אות קלז). ר׳ אלחנן דן שם בענין אין גט לאחר מיתה והביא שם שאע״פ שהאומר ה״ז גיטך לאחר מיתה אין זה גט אבל מובא בסוף פ׳ יש נוחלין שהאומר ה״ז גיטך עם גמר מיתה ה״ז גט – הרי מבואר דהיתר אשה לבעלה היא רק לאחר גמר מיתה. והשוה הקוב״ש דין זה לדין ירושה והביא שם בשם שו״ת הרשב״א שירושה חל ״עם גמר מיתה״ (לאפוקי לאחר גמר מיתה). ומשמע כעין דברי האמרי משה שהאב הוא המנחיל (ולכן צריך לאוקמי שהירושה חל עם גמר מיתה – כדי שהאב ישאר פועל בירושה).

יש עוד סוגיא נוגע לחקירתנו. איתא במשנה נדרים (מו.) ״האומר לחבירו: קונם לביתך שאני נכנס ושדך שאני לוקח מת או שמכרו לאחר – מותר״ דהיינו שהאיסור הוא רק כל זמן שהבית היא ברשות חבירו (אבל אם הבית יצאה מרשות חבירו או שחבירו יצא מלהיות הבעלים – מותר). עוד איתא בגמ׳ שם (לד:) שמתנה אסורה מפני שנחשב כנהנה כשהדבר עדיין ברשות הנותן (כיון שהמתנה באה ממנו). אבל איתא במשנה בב״ק (קח:) ש״האומר לבנו קונם אי אתה נהנה משלי אם מת ירשנו.״ ומבואר מהסוגיות שיש הבדל בין מתנה וירושה לענין העברה על איסור הנדר. והסביר הרשב״א (נדרים לד: ד״ה א״ל) ״משום דאין היורש יורשו אלא לאחר מיתה דכבר נפק מרשות המדיר ולא מן המוריש באה לו נחלה אלא

שהתורה זכתה לו.״ ומשמע מדבריו שאין האב מוריש בפועל אלא הוי דבר דממילא ולכן צריך להסביר שזכות תנאי היא רק זכות מחיים של האב וסותר קצת את דברי שו״ת הרשב״א שהובאו בקוב״ש שמשמע שם יותר שהמוריש מנחיל בפועל.[3] אבל אולי יש להסביר בדוחק דכוונת הרשב״א היא רק לגבי הל׳ נדרים. והיינו שסבר הרשב״א שלעבור על איסור הנדר בעינן שבעל השדה יְהַנֶּה את המודר הנאה מדעתו ומרצונו ולכן אפילו נניח שהמוריש נותן הירושה בפועל – כיון שאין לו ברירה בדבר אינו נחשב כמהנה חבירו ולכן אינו נחשב כהעברה על איסור הנדר. וזה כוונת הרשב״א שכתב ״ולא מן המוריש באה לו נחלה״ דלגבי הל׳ נדרים אינו נחשב כבאה מן המוריש אבל לגבי עשיית תנאי ודאי באה מן המוריש ויש לו בעלות.

ג. ענין התנאי

מחלוקת ר״י ור״ת

המח׳ בין ר׳ מאיר ור׳ יהודה לגבי הרי את מקודשת לי ע״מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה מובאת ג״כ בגמ׳ כתובות נו. ועיי״ש בתוס׳ (ד״ה הרי זו מקודשת ותנאו בטל) דכתבו דכיון דס״ל לר״מ דבעינן תנאי כפול ע״כ איירי בדאמר לה ג״כ שאם יש לך עלי שכ״ו אין את מקודשת לי. והקשו בתוס׳ דא״כ איך סבר ר״מ שהיא מקודשת ותנאו בטל, הרי אמר בפירוש שאינו רוצה שיהיו קדושין אם יהיה חייב בשכ״ו. ותירצו בשם הר״י:

> דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן ה״א דשום תנאי אינו מבטל את המעשה ואפילו לא יתקיים בסוף המעשה קיים והשתא דילפינן מהתם דמהני תנאי לבטל

---

[3] יש לתרץ בפשטות שהרשב״א שהובא בקוב״ש (שם) – כונתו רק על זמן הירושה ולא על אופי הירושה ולכן אינו סותר את דבריו בנדרים, ששם דן על אופי הירושה ולא על הזמן ומש״כ שם ״לאחר מיתה״ הוי לאו דוקא. אבל עיין לקמן לתירוץ יותר עקרוני.

המעשה אמרינן דדוקא כשאינו מעמש"כ בתורה דומיא דבני גד ובני ראובן שלא התנו על מה שכתוב בתורה.

ועיין בברכ"ש ב"מ סי' ל"ז שמסביר את תירוצו של התוס' ע"פ יסודו של הגר"ח מבריסק (ומקורו בשו"ת הרא"ש) שתנאי מילתא אחריתי היא, דהיינו שעשיית התנאי אינה שיור בחלות המעשה אלא דבר חיצוני שיכול לבוא לבטל את חלות המעשה. ולכן יש לומר שאע"פ שהתנה שאין קידושין אם יש שכ"ו – תנאי זה הוא חיצוני ממעשיו, ולכן כיון שהתנאי אינו ניכר ע"י התורה, אינו יכול לבוא לבטל את חלות המעשה. דהיינו שאנחנו מניחים שהיה לו דעת שלימה לקידושין על כל הצדדים אלא שיש אפשרות לתנאי לבוא לבטל את המעשה ותנאי כזה אינו מועיל. ועיי"ש בתוס' ישנים שמביא תירוץ אחר בשם ר"ת, שהתנאי בטל ומעשה קיים מפני שמעמש"כ בתורה הוי מפליגה בדברים – דהיינו דאמרינן שלא התכוון באמת לתנאי.

חקירתו של הגרי"ז ושייכותה למח' ר"י ור"ת

עיין חי' הגרי"ז (נזיר י"א.) שחוקר בהא דמעמש"כ בתורה תנאו בטל, האם הוא דין בהל' תנאים או "דהוא גזיה"כ שדבורו לבטל דין תורה אינו חל כלל" או במלים אחרות "זהו כלל בכל התורה דעל מה שכתוב בתורה א"א לשנות." אז הציע הגרי"ז שזוהי המח' בין הר"י ור"ת, דהר"י סבר שמעמש"כ בתורה הוא דין בהל' תנאים ור"ת סבר דהוא דין שאינו יכול לבטל דין תורה ע"י דיבורו. [יוצא ע"י זה פירוש מחודש בדברי ר"ת שמפליגה בדברים אין הכוונה שאינו רציני בעשיית התנאי לחוד ולכן אין התנאי כלום אלא ג"כ שהתנאי בעצמותו כלום מפני שבא לבטל דין תורה.]

הגרי"ז מביא ב' ראיות לצד השני של החקירה שהפשט במעמש"כ בתורה הוא שדבור לבטל דין תורה אינו נחשב ככלום. הראיה הראשונה היא מהגמ' ב"מ נא. בסוגיא דעושה מקח "ע"מ שאין בו אונאה" ומחלקה שם הגמ' בין דין זה לדין של מעמש"כ בתורה – דדין מעמש"כ בתורה שייך רק היכא דודאי קעקר אבל לגבי אונאה לאו ודאי קעקר (דמי יימר דיש שם אונאה). אז טוען הגרי"ז אם זה דין בתנאים דתנאי כזה אינו יכול לחול, א"כ מאי איכפת לן מה שאינו יודע אי עקר או לא עקר אבל אם זה דין בדבורו שאינו יכול לבטל דין תורה אז משערים ע"פ עשיית התנאי

ואם דבורו אינו מבטל דין תורה אין זה נחשב כמעמש"כ בתורה. עכת"ד. אבל אולי יש לדחות הראיה שכל משפטי התנאים הנלמדים מב"ג וב"ר (כמו הן קודם ללאו, ותנאי קודם למעשה) הם דינים בצורת התנאי – ולכן כאן אפילו נימא שזה דין במשפטי התנאים עדיין צריכים שיהא צורה מסויימת לקביעת התנאי וחלק מצורה זו היא שלא יהא מעמש"כ בתורה. אם כן, אפילו נניח שמעמש"כ בתורה הוא דין בהל' תנאים, דהיינו בצורת התנאי, עדיין מובן למה יהיה בעיה בצורת התנאי רק אם ודאי קעקר.

הגרי"ז מביא עוד ראיה ליסודו (וממילא לדעת ר"ת) מסוגיתנו דירושה. דאי נימא דמעמש"כ בתורה הוא דין בהל' תנאים – מה שייך סוגיתנו להל' תנאים – הרי לא עשה שום תנאי, אבל אם נגיד שמעמש"כ בתורה הוא דין שדיבורו אינו יכול לפעול דין נגד התורה מובן היטב למה האומר פלוני בני לא יירשני – התנאי בטל ומעשה קיים. אז, לפי"ז, מתורץ קושיתנו השניה שהתחלנו בה. אע"פ שאין מעשה התנאה, עדיין נקרא מעמש"כ בתורה מפני שיסוד מעמש"כ בתורה הוא שדיבורו לבטל דין תורה אינו חל כלל. אבל עדיין קשה לפי מהלכו של הגרי"ז: שחידוש זה שייך רק לשיטת ר"ת ואיך מסבירים את דעת הר"י שלכאורה מבין שמעמש"כ בתורה הוא דין בהל' תנאים.

יש להציע ב' אפשריות להסביר את דעת הר"י: א' בתוך דעת הגרי"ז וא' שונה מדברי הגרי"ז.

א. ידוע שחי' הגרי"ז הם חיבורים מתלמידים שונים, ואולי נלקטו משיעורים שנמסרו במחזורים שונים. לפ"ז ייתכן שב' הנקודות של הגרי"ז בענין זו – א. שמחלוקת ר"י ור"ת היא בעצם החקירה שלו בענין מעמש"כ בתורה וב. שסוגית מעמש"כ בתורה בב"ב היא ראיה לצד בחקירה שהבעיה של מעמש"כ בתורה היא שאין דבורו חל לבטל דין תורה – לא נאמרו בבת א', דהיינו או שחזר בו הגרי"ז מאחד מהם או שיש כאן שתי חקירות משונות זו מזו קצת, אחת תלויה במח' ר"י ור"ת ואחת לא. לפי זה חקירת הגרי"ז היא באמת בתוך דעת הר"י – דהיינו הא דלומדים מתנאי ב"ג וב"ר שתנאי לבטל דין תורה אינו תנאי – האם זה דין מסויים בהל' תנאים או שאפשר ללמוד מהל' תנאים לכל התורה כולה שאין דבור הבא לבטל דין תורה מועיל. ולפי זה מביא הגרי"ז

ראיה מסוגיתנו להבנה זו במעמש"כ בתורה, וזה שייך ג"כ בדעת הר"י.

ב. אפשרות שניה היא להסביר באופן קצת שונה מהגרי"ז. ונקדים הקדמה קצרה. באמת, יש ב' נקודות שצריך להסביר גבי מעמש"כ בתורה תנאי בטל ומעשה קיים.

א. למה המעשה עדיין קיים אם הוא התנה בפירוש שלא תתקיים המעשה אם לא יתקיים התנאי (לדוגמא למה האשה עדיין מקודשת אם הוא אמר בפירוש שהיא לא תהיה מקודשת אם חייב בשכ"ו).

ב. למה תנאי נגד התורה אינו פועל ליצור חלות נגד התורה (לדוגמא למה לפי ר"מ א"א ליצור קדושין בלי שכ"ו).

אם נעיין נראה שמח' ר"י ור"ת נוגע רק לשאלה הראשונה דהיינו שהר"י סובר שתנאי נגד התורה אינו תנאי לבטל מעשיו ור"ת סובר שמניחים שאינו רציני בתנאי זה לבטל מעשיו. אבל השאלה השניה – למה אינו יכול לפעול חלות נגד התורה – זהו דין כללי – בין לר"י בין לר"ת – שדיבור לבטל דין תורה אינו פועל כלום. אז סוגיתנו בב"ב היא לכו"ע. דהיינו גם הר"י וגם ר"ת מודים שדיבור לבטל דין תורה אינו פועל כלום – ולכן אין האב יכול להגיד פלוני בני לא יירשני – ורק בשאלה הראשונה – דאה"נ אינו יכול לפעול חלות נגד התורה אבל סו"ס אמר בפירוש שאינו רוצה חלות אם אין קיום התנאי – בזה נחלקו ר"י ור"ת אם זה דין שנלמד ממשפטי התנאים או אם זה דין שמפליג בדברים.

יוצא לפי זה ששאלתנו השניה לעיל (איך שייך לדון בסוגיתינו בגמ' ב"ב על מעמש"כ בתורה אם אין מעשה תנאי בכלל) מתורץ בין לר"י בין לר"ת. לשניהם יש דין עקרוני של מעמש"כ בתורה שדבור לבטל דין תורה אינו חל – ולכן אינו יכול לשנות הירושה אפילו בלי תנאי. ויש שהביאו ראיה ליסוד זה מהא דהקשו על דעת הר"י בהמשך התוס' (כתובות שם) מגמ' מנחות קט., "האומר הריני נזיר ע"מ שאגלח בבית חוניו יגלח בבית המקדש ואם גילח בבית חוניו יצא." ותוס' מביאים את הסברו של הגמ' שאם רוצה ללכת למקדש חלה עליו נזירות – אבל אם רק

רוצה ללכת לבית חוניו לא חלה עליו נזירות. ומקשים בתוס׳ אמאי לא חלה עליו נזירות, הלא הוי מעמש״כ בתורה והתנאי בטל ומעשה קיים ולכן הוא צריך להיות נזיר בלי שום תנאי. ומתרצים התוס׳ שכיון שלא התכוון לעקור דבר מן התורה, שהרי הוא חשב שיש מצוה בבית חוניו, הרי יש ללמוד מב״ג וב״ר שהתנאי חל ויכול לבטל המעשה. אבל צ״ע שהרי אי ילפינן מב״ג וב״ר שהתנאי קיים, למה אינו יכול ליצור נזירות עם גילוח בבית חוניו. אלא מוכרח דהא דאין יכולין ליצור חלות נגד התורה מוסכם אפילו לדעת הר״י ואינו שייך כלל לתנאי ב״ג וב״ר. וכל הדיון בתוס׳ אם לומדים מב״ג וב״ר הוא רק לגבי הא שהתנאי יכול לבטל המעשה אבל פשוט הוא שאינו יכול ליצור חלות נגד התורה.

מקור הדבר

אם יסוד זה אינו נלמד מתנאי ב״ג וב״ר צ״ע מה מקורו. עיין בספר שערי אמונה (מס׳ פאה ו:יא) להגר״ח קנייבסקי שליט״א (וכן נמצא בהגהות הגריפ״פ לסה״מ של רס״ג ח״ג פר׳ כו) שמסביר שהוא סברא דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ומביא מקור מגמ׳ תמורה כה. דבעיא בגמ׳ אמר על בכור עם יציאת רובו [יהא] עולה – עולה הוי או בכור הוי. ופשיט שם בגמ׳ דבכור הוי דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. דהיינו אם אדם רוצה לפעול חלות שסותר חלות של תורה בודאי החלות של התורה עדיף ולכן לגבי מעמש״כ בתורה אם אדם רוצה לפעול חלות נגד התורה ע״י דיבורו ודאי אינו מועיל דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין.

עוד דוגמאות של יסוד זו

א. איתא במש׳ סוף פ״ו דפאה: ״אם אמר הרי אני קוצר על מנת מה שאני שוכח אני אטול – יש לו שכחה״, ופירשו הרע״ב והרמב״ם והירושלמי (שם הל׳ ח׳) דהוא משום מעמש״כ בתורה. ועיין תוס׳ רע״א שם שהקשה על דעה זו, ״אבל הכא עם מי מתנה ומה שייך לתלות קצירה על תנאי״. ולפי יסודנו התירוץ מבואר שיש ב׳ דינים במעמש״כ בתורה: הראשון דין בהל׳ תנאים שתנאי נגד התורה אינו יכול לבטל מעשה, ואה״נ זה אינו שייך לגבי שכחה אבל הדין השני שדיבור נגד התורה אינו פועל

לבטל דיני התורה שייך שפיר למשנתינו בפאה ומובן היטב למה דבורו הוי בעיה של מעמש"כ בתורה.

ב. יש עוד ראיה ליסוד זה ממש' כתו' פג. "כתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייך ובמותך, אינו אוכל פירות בחייה ואם מתה אינו יורשה. רשב"ג אומר אם מתה יירשנה מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה", ומבואר שם בתוד"ה כדרב כהנא כו' שהמשנה איירי בלא תנאי אלא בלשון דו"ד אין לי בנכסיך. ומביא ראיה שאין תנאי ממה שהבעל הוא המתנה ובאמת היא אמורה להתנות אם התנאי הוא לזכותה. מבואר במש' זו שאע"פ שאין תנאי עדיין נקרא מעמש"כ בתורה. ולפי יסוד שלנו מובן היטב שנקרא מעמש"כ בתורה אע"פ שאין תנאי מפני שמשתדל לבטל דין מהתורה ע"י דיבורו.

ד. מעמש"כ בתורה רק היכא דאיכא איסור לאו

איתא במש' ב"מ (צד.) "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם". ואיתא בגמ' דמשנתינו אזלה אפילו לשיטת ר"מ דסבר שבדבר של ממון תנאו בטל "ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה". והתוס' בכתו' (נו: המשך תוס' ע"א ד"ה הרי) הסבירו בב' פנים: א. "כיון שריבתה תורה שומרים הרבה ... יכול נמי כל א' להיות לפי תנאו", ב. שכל החיובים של שומרים הם מחמת דעתם לשעבד עצמם "הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורין". אבל עיין ריטב"א (ב"מ שם ד"ה אפילו) שמסביר באופן שלישי, וז"ל "והפירוש הנכון בזה בעיני דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מעמש"כ בתורה דבכלהו אידך אזהר רחמנא בהדיא דבאונאה כתיב אל תונו ובשביעית כתיב לא יגוש ובשאר וכסות כתיב לא יגרע ובאלו רחמנא קפיד בהו הילכך כל שמתנה כנגד זה מתנה על מה שהקפידה תורה. אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא ולא אזהר עליה שלא יפטר מדיני שומרים אלא שגזר הכתוב על השומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהא דינם." מבואר בדברי הריטב"א דלא אמרינן מעמש"כ בתורה תנאו בטל אלא במקום שיש אזהרה, וצ"ע מהי האזהרה לגבי ירושה. לענין ירושת בכור יש להסביר ע"פ דעת הרמב"ן בסה"מ (שכחת הלאוין יב) שמונה את הפסוק "לא יוכל לבכר את

בן האהובה על פני בן השנואה הבכור" במנין הלאוין – שאסור להעביר הבכורה מן הבן הגדול. ולזה כיון הרמב"ן עצמו שכתב (שם) שזה הטעם שדנו בו משום מעמש"כ בתורה. אבל לגבי הפשוט עדיין צ"ע. ויש לתרץ את דעת הריטב"א בב' אופנים:

א. אולי הלשון "אזהרה" בדעת הריטב"א הוא לאו דוקא, ואפילו מצות עשה מספיק לחשבו כמעמש"כ בתורה. ונאמר דס"ל להריטב"א כדעת החינוך שהבאנו לעיל שיש מצות נחלות על כל או"א.[4] אבל לא משמע כן מדברי הריטב"א שמשמע מדבריו דבעינן דוקא לאו.

ב. יש שרצו להסביר שהריטב"א רק מצריך לאו בדוגמאות כמו אונאה שביעית ושכ"ו שהם מחמת הסכם בין שני הצדדים ולכן ה"א שאפשר להתנות תנאים נגד התורה, אבל לגבי ירושה שאינה מחמת הסכם בין הצדדים אלא תהליך שהתורה עצמה פועלת אין הצטרכות של לאו לחדש שאסור לשנות את הדין שדבר פשוט הוא.[5]

---

[4] עיין הגהות הגריפ"פ לסה"מ לרס"ג (ח"ג פרשה כ"ו) שמציע הסבר זו בדעת הרמב"ן (דס"ל כדעת החינוך) אבל דוחה אותו ומסביר שאפילו הרמב"ן אינו מצריך אזהרה, עיי"ש טעמו.

[5] כך הציע לי הרב דוד הלמן.

הרב יעקב ששון
חבר הכולל העליון ע״ש וקסנר

עניני ירושת עכו״ם

א. גוי יורש את אביו

בקידושין יז ע״ב דרשינן דגוי יורש את אביו דבר תורה, ונפקא לן מקרא ד״וחשב עם קונהו״ ולא עם יורשי קונהו, או מדכתיב ״כי לבני לוט נתתי את ער ירושה.״ אמנם נחלקו הראשונים בביאור הך דין דגוי יורש את אביו, אם יורש דוקא מאביו או דלמא יורש משאר מורישים ג״כ.[1] במאירי (שם) כתב ״גוי וכו׳ הרי הוא בכלל ירושה של תורה ויורש את אביו ושאר מורישיו.״ אולם, כתב הרמב״ם (נחלות פ״ו ה״ט) ״הגוי יורש את אביו מן התורה אבל שאר ירושתיהן מניחין אותן לפי מנהגם.״[2] וביארו האחרונים בדעת הרמב״ם דמצינו ב׳ אופני ירושה (בישראל) – הא׳ דבן יורש את אביו משום שקם תחת אביו (כדאיתא בריש פרק יש נוחלין) דברא כרעיה דאבוה, והב׳ בשאר יורשים דיורשים מדין קורבה. וכתבו דלדעת הרמב״ם רק הירושה מדין ברא כרעיה דאבוה שייכת לעכו״ם ולכן הבן יורש את

---

[1] ואפשר לומר דתלוי על הדרשות, דאי נפק״ל מ״לבני לוט נתתי את ער״ יתכן דדוקא בן יורש את אביו, משא״כ אי נפק״ל מ״וחשב עם קונהו״ ולא עם יורשי קונהו, יתכן דשאר יורשים ג״כ הוו בכלל, וכן מצאתי בשו״ת דברי מלכיאל ח״ג סי׳ קס״ט.

[2] בקוב״ש (ב״ב אות שנ״ח) רצה להוכיח כדעת הרמב״ם ממה שאמר אברהם אבינו להקב״ה דכיון דאין לו בן, שאליעזר עבדו יירשנו. והעיר הגראב״ו זצ״ל שהרי לוט היה בן אחיו של אברהם אבינו, ומ״מ כנר׳ שלא היה יורשו, וחשש אברהם אבינו שאם ימות בלי בנים שכל נכסיו יהיו הפקר ואליעזר יזכה בהם, ומוכח דרק הבן יורש בבני נח ולא שאר יורשים. ושוב דחה הגראב״ו, שי״ל שאברהם אבינו היה מתנה על ירושתו להוריש לאליעזר ולא ללוט, ויעויין לקמן אם התנאה מועיל בירושת בני נח. והעיר הרב יונתן כהן שיחי׳ שמרש״י (בראשית יג:ז), וכן בב״ר (מא:ה), מוכח כדעת המאירי, שכתב רש״י דרועי לוט היו מרעים בהמתם בשדות אחרים בטענה דנתנה הארץ לאברהם ולוט יורשו, אבל טעו דלא זכה בה אברהם עדיין, אבל משמע דצדקו בטענם דלוט יירש את אברהם, ולכאו׳ כדעת המאירי.

אביו דוקא ולא שאר מורישין. מכל מקום, המבואר מדברי הרמב״ם דירושת עכו״ם הוי פרשה אחרת לגמרי מירושת ישראל, אבל לדעת המאירי שוין ירושת עכו״ם וירושת ישראל, וכמו שכתב דהגוי בכלל ירושה של תורה.

אמנם צ״ע דעת המאירי בזה, דמהיכא תיתי לומר דהגוי בכלל ירושה של תורה, ועוד דפשטות הסוגיא מורה דרק יורש את אביו ולא שאר מורישין, ומהיכן נתחדש לן כל זה דיורש כל שאר מורישין. ואולי י״ל בזה ע״פ דברי הרמב״ן (פר׳ וישלח פרק ל״ד פסוק י״ג) דמצות דינים לבני נח פי׳ שנצטוו בדיני גניבה ואונאה ועושק וכו׳ כענין הדינין שנצטוו ישראל. ולפי״ז נר׳ לומר שדיני ירושה הרי הם בכלל דינין, ולכן דיני ירושת עכו״ם יהיו שוין לדיני ירושת ישראל.[3] אלא דאכתי קשה, דא״כ אמאי הוצרכו לידרשיה מקרא דאיכא דין ירושה בגוי, תיפוק ליה ממצות דינין דעלמא. וי״ל בזה ע״פ דברי הרמב״ן ביבמות צ״ח, דבגמ׳ איתא דגוי לית ליה יחוס דרחמנא אפקריה לזרעיה ע״פ הקרא דזרמת סוסים זרמתם. והק׳ הרמב״ן דגוי יורש את אביו ובהכרח דאית ליה יחוס, ותירץ הרמב״ן דשאני התם דגלי לן קרא דיורש, אבל דל מהך קרא לא היה יורש כלל משום הך דין דאפקריה לזרעיה. ולפי״ז מבואר דאפילו אי נימא דירושת עכו״ם בכלל דינין, מ״מ בעינן לקרא להך גילוי מילתא, דלא נימא בהו דלית ליה יחוס ואינו יורש, אבל השתא דנתחדש דאית להו ירושה, שפיר הו״ל בכלל דינין, ושוין לישראל וכדברי המאירי בזה.

ב. בת כבן

ביבמות סב ע״א איתא דעכו״ם לאו בני נחלה נינהו, ופרש״י דבת כבן ובכור כפשוט. אמנם בתוס׳ שם פירשו דאין להם דין בכורה ולא הזכירו דין הבת, ואפשר דס״ל דבת אינו כבן לגבי ירושת עכו״ם. ובאמת מוכח כן מדברי התוס׳ ב״ב קטו ע״ב ד״ה מלמד, שכתבו לחדש דענה

[3] וכן הרמב״ם לשיטתו דס״ל דירושת עכו״ם חלוק ביסודו מירושת ישראל, דלא ס״ל כדעת הרמב״ן במצות דינין, אלא ס״ל דמחוייבין להעמיד דיינים, ולא שדיני חושן משפט דישראל שייכים לעכו״ם.

אשה היתה, ולכן הק' דהיאך ירשה כלל, הרי היה לה אח, ומוכח דס"ל לתוס' דלגבי ירושת עכו"ם בן קודם לבת, ודלא כפרש"י שכתב דבן כבת. ויש לבאר מחלקותם בזה בכמה אופנים. בדברות משה (ב"ב ח"ג סי' י') כתב הגרמ"פ זצ"ל דרש"י ותוס' שניהם ס"ל דבן ובת שניהם יורשים את אביהם מדין קם תחתיו וכרעא דאבוה, אלא דנחלקו בדין כרעא דאבוה אם הבן קודם לבת בהך דין כרעא. אולם בשו"ת יד נתן (סי' ה') כתב לבאר באופן אחר ע"פ הנ"ל, דלמאירי דס"ל דכל סדר נחלות השייך לישראל שייך גם לעכו"ם, פשיטא דבן קודם לבת, אבל אם נתפוס דירושת עכו"ם הוי פרשה אחרת לגמרי, נר' טפי לומר דבן ובת שוין, דמהיכא תיתי לומר דבן קודם לבת. (ויעויין שם בשו"ת יד נתן סי' ה' שהביא עוד כמה נפק"מ להך שאלה, כגון אי אמרינן דגוי יורש בראוי, וירושת משמוש, ועוד.)

ג. תנאי בירושת עכו"ם

ונר' להוסיף בזה דאם גוי יוכל להתנות על ירושתו יתכן דג"כ יהא תלוי על השאלה הנ"ל. דהנה מפשטות הסוגיא דדף קכו ע"ב נראה דישראל אינו יכול להתנות על ירושתו כיון דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה. אבל הרמב"ם (נחלות ו:א) כתב דהא דאינו יכול להתנות בירושתו הוא משום גזה"כ דחוקת משפט. ואם נתפוס כפשטות הסוגיא, דהוא משום מתנה עמש"כ בתורה, נר' לומר דהתנאת גוי על ירושתו יהא תלוי בטעם הדין דמתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל. דבתוס' כתובות נו ע"א (ד"ה הרי זו) הובא דעת הר"י דהא דמתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל הוי פרט במשפטי התנאים הנלמדים מתנאי בני גד ובני ראובן. אבל בתוס' ישנים שם הובא דעת ר"ת דתנאו בטל כיון דהוא רק מפליגה בדברים. ונר' דאם נתפוס כדעת ר"ת, לכאו' גוי המתנה עמש"כ בתורה תנאו בטל ג"כ, דהך סברא דמפליגה בדברים בפשטות שייך לגבי גוי ג"כ. משא"כ לדעת הר"י דהא דתנאו בטל נלמד מתנאי בני גד ובני ראובן, לכאו' הך פרשה דמשפטי התנאים נאמרה רק לישראל, ואינה שייכת לגבי גוי כלל, ולכן לא

יהא חסרון בגוי המתנה עמש"כ בתורה.[4] אבל לדעת הרמב"ם דהא דישראל אינו יכול להתנות על ירושתו הוא משום חוקת משפט, יתכן לומר דהתנאת גוי בירושה תלוי על הנ"ל – דאי נימא דכל דיני ירושת ישראל שייכים לעכו"ם וכדעת המאירי, אפשר דחוקת משפט יהא שייך לגויים ג"כ, אבל אי נימא דירושת עכו"ם הוי פרשה בפנ"ע, נר' דחוקת משפט נאמר רק לישראל, ושפיר יוכל העכו"ם להתנות על ירושתו.

ד. דעת גוי בקנינים

ביד רמה (קכו ע"ב סוף אות ו') הק' דאם אי אפשר להתנות על ירושה, א"כ יעקב אבינו היאך עקר את הבכורה מראובן ליתנה ליוסף. ותירץ בזה"ל וכי תימא כי אפקעיה יעקב אבינו לבכורה מראובן וכו' ולשון מתנה הוא, דקיי"ל דאם אמר משום מתנה אפילו למי שאינו ראוי ליורשו דבריו קיימין וכ"ש למי שראוי ליורשו, מ"מ היכי מצי לאקנויי באמירה בעלמא הא קיי"ל דמתנת שכיב מרע באמירה בעלמא וכו' מדרבנן בעלמא הוא דאילו מדאורייתא חד מאנפי הקנאה בעי. אלא קודם מתן תורה שאני ונתנה תורה ונתחדשה הלכה, והכי נמי מסתברא דאי לא תימא הכי יעקב גופיה במאי קניה לבכורה דעשו דבר שלא בא לעולם הוא וכו' אלא מאי אית לך למימר קודם מתן תורה שאני ה"נ קודם מתן תורה שאני, עכ"ל. וצ"ב כוונתו במש"כ דקודם מתן תורה שאני, דיש שהבינו דקאי על מש"כ דמתנה בעי חד מאנפי ההקנאה ואמירה בעלמא לא סגי, ועל זה תירץ דקודם מתן תורה שאני דהיה אפשר לקנות אף בלא מעשה קנין. אלא דביאור זה קשה טובא, שהרי מצינו דילפינן קנינים מקודם מתן תורה, כגון קיחה קיחה משדה עפרון, וכנר' דהיו קנינים חלים קודם מתן תורה. ועוד דאטו נימא דהאידנא ליכא מעשה קנינים לבני נח.

---

[4] ועוד דנו האחרונים אם תנאי שייך בכלל לגבי עכו"ם, שלא נאמרו בהם משפטי התנאים, ועוד דקיי"ל דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי, והא קיי"ל דגוי לית ליה שליחות (קידושין מא ע"ב). אולם, יתכן דהך כלל דמילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי נאמר רק לגבי החלות הנפעלת ולא לגבי הבעלים.

אלא דנר׳ יותר דכוונת היד רמה לומר דקודם מתן תורה היה אפשר להעביר נחלה. ובביאור הדבר, כתב בקוב״ש (סוף אות שנ״ח) דהוא משום דאיסור דלא יוכל לבכר לא נאמר קודם מתן תורה. אלא דא״כ קשה מש״כ היד רמה לדמות לקנין דשלבל״ע קודם מתן תורה דלא קרב זה אל זה כלל. והנר׳ לומר בביאור הדבר, דיש לעיין ביסוד הך דין דהיה אפשר לקנות דשלבל״ע קודם מתן תורה. ויעויין במעודים וזמנים ח״ד סי׳ רע״ו שהק׳ לגבי מכירת חמץ לגוי קודם הפסח, דהיאך קונה הגוי, הרי אומדנא דמוכח שהגוי אינו מתכוון לקנות כלל, והכל בעיני הגוי כחוכא ואטלולא. ויצא הגר״מ שטרנבוך שליט״א לחדש דשאני גדרי קנינים דגוי מגדרי קנינים דישראל, דלקניני ישראל בעינן מעשה קנין ודעת קנין, משא״כ לגבי קניני גויים הכל תלוי במעשה קנין גרידא[5] ולא איכפת לן אם חסר מצד דעת הקנין.[6] והביא ראיה לדבר משו״ת ריב״ש סי׳ שכ״ח שכתב (וכדברי היד רמה) דיעקב קנה את הבכורה אף דהיה דשלבל״ע דקודם מתן תורה לא היה חסרון בקנין דשלבל״ע. וביאר הגר״מ שטרנבוך, דמוכח מב״מ טז ע״א, ונימוקי יוסף (ב״מ לז ע״ב בדפי הרי״ף) דהא דאין קונין דשלבל״ע הוא משום חסרון בסמיכות דעת, ובגויים לא מתחשבין בדעת קנין, וממילא היה אפשר לקנות דשלבל״ע קודם מתן תורה.

ובפירוש הראב״ד על הספרא (הו״ד בברכת יצחק עמ״ס סנהדרין סי׳ ל״ה) כתב דגויים לאו בני מחילה נינהו דכל קנינם רק בכסף ולא

---

[5] והק׳ ע״ז הגר״מ רוזנצוויג שליט״א דאטו נימא דקונה הגוי בכל מעשה קוף בעלמא בלי דעת כלל, אתמהה. ואולי י״ל בזה ע״פ מש״כ בקהלות יעקב (ב״ב סי׳ כ״ז) דבאמת איכא ב׳ גדרים בדעת קנין – א׳ מפאת דין דעת קנין הנצרכת לפעול את החלות, וב׳ שבלי דעת קנין חסר ג״כ מפאת מעשה הקנין גופא. דרוב מעשי קנין הרי הם מעשים שמראים השתלטות בחפץ כלו׳ הוראת בעלות או הכנסה לרשות, וכל שחסר בדעת הקנין חסר בעצם השתלטות בחפץ וליכא מעשה קנין כלל. ולפי״ז י״ל דלגבי גויים אין צורך לדעת קנין מדין דעת אבל מפאת מעשה הקנין באמת בעינן דעת, כלו׳, הוראת בעלות, אבל כל שחסר בדעת מצד אחר ליכא חסרון בזה לגויים.

[6] ובביאור הדבר נר׳ לומר על דרך המחשבה, דהנה הכלי חמדה (פר׳ נח אות ד׳) כתב דלגבי הקדש אמרינן דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט, ולא בעינן מעשה קנין כיון דהקדש כל מהותו בעולם הרוחני. ונר׳ להוסיף ולומר דלגבי גוי דכל מהותו בעולם הגשמי בעינן רק מעשה קנין, וישראל דהוו צירוף של עולם הגשמי ועולם הרוחני בעינן מעשה קינן עם דעת קנין.

בדעת. ולפי הנ״ל, דברי הראב״ד מובנין היטב, דמחילה הוי חלות קנין בדעת ואמירה גרידא בלא מעשה קנין, ולכן א״א לגוי ליצור חלות מחילה דכל קניניו רק במעשה, וכנ״ל.[7] וכן יש לבאר דעת הש״ך (חו״מ קכג:ל) דגוי לית ליה קנין חליפין, ודעת התוס׳ (קדושין יד ע״ב ד״ה הואיל) דגוי לית ליה קנין שטר ע״פ הנ״ל, ויעויין מש״כ באורך בבית יצחק ל״ח בענין זה.

ולפי״ז נר׳ לומר דלזה כיון היד רמה, דכוונתו דקודם מתן תורה לא היה חסרון במתנה עמש״כ בתורה, דלפי דעת ר״ת מתנה עמש״כ תנאו בטל כיון דמפליגה בדברים, כלו׳ דהיה כאן תנאי אלא דהיה ג״כ אומדנא דמוכח דלא כיון להתנות באמת. אבל לפי יסוד הנ״ל, דלא אזלינן בתר דעת הגוי כלל, דכל הזמן הדר ביה, וליכא פיו ולבו שוין, שפיר מובן דאע״פ שלא כיון באמת לתנאי, הרי שפיר התנה, ולא מתחשבין במה שהיה בדעתו, כיון דדעת גוי לא מעלה ולא מוריד, ובעלמא אזלינן רק בתר מעשיו. וכן מובן מה שדימה הך דין לקנין בדשלבל״ע, דחסרונו ג״כ מפאת סמיכות דעת, וכיון דלא מתחשבין בדעת הגוי, ממילא ליכא חסרון בדלשבל״ע או במתנה עמש״כ בתורה, ודו״ק. (ודלא כמו שהצענו לעיל ריש אות ג׳ דאם מתנה עמש״כ בתורה תנאו בטל משום דמפליגה בדברים דשייך הך דין בגוי ג״כ.)

ה. מתנה עמש״כ בתורה לדעת מרן הרי״ז

ברמב״ם (נחלות פ״ו ה״י) כתב ״והגר אינו יורש את אביו הגוי אלא מדבריהם תקנו לו שיירש כשהיה שמא יחזור למרדו. ויראה לי שהתנאי מועיל בירושה זו הואיל ואין הגוי מחוייב לעמוד בתקנת חכמים.״ וכתב בחי׳ מרן רי״ז הלוי ז״ל (בביאורו השני) ״והנה ביסוד הך מילתא דקיי״ל דמתנה עמש״כ בתורה תנאו בטל, נראה דאין זה רק דינא דלא יוכל לעשות ולשנות מדין התורה, רק יסוד דינו הוא דין ביטול, דכיון דהוא מתנה על מה שכתוב בתורה ע״כ דבורו והתנאתו בטלים והוי כלא התנה

[7] הערת הרב אליהו בליזון שיחי׳.

כלל, דזה שהוא עמש״כ בתורה מבטל להתנאתו״ והדברים סתומים. ונר׳ לומר בכוונתו, דמתנה עמש״כ בתורה אינו רק חסרון בחלות התנאי, שתנאי שהוא נגד מש״כ בתורה אי אפשר שיחול, אלא דהוי חסרון במעשה ההתנאה, דכל שהוא מתנה עמש״כ בתורה בטל מצד דיבורו במעשה, דדיבורו והתנאתו בטלים. ויסוד מרן הרי״ז ז״ל נר׳ מפורש בדברי הרשב״ם (ב״ב קכט ע״א ד״ה כתב בין בתחלה) וז״ל שאין אדם מתנה על מה שכתוב בתורה וכמו שלא אמר כלום דמי עכ״ל. וכן נראה מדברי התוס׳ (כתובות נו ע״א) והרמב״ן (ב״ב קכו ע״ב) שכתבו לחדש דלא אמרינן מתנה עמש״כ בתורה תנאו בטל בשאינו מתכוון לעקור דברי תורה. ובפשוטו תמוה, דמה איכפת לן דאינו מתכוון לעקור, הרי סוף סוף נעקרו דברי תורה במה שחל כנגד התורה, ואי הוי דין בחלות התנאי, לכאו׳ אי אפשר לחלק בין מתכוון או אינו מתכוון לעקור, שהרי מה שאינו מתכוון אינו נוגע כלל לחלות התנאי. אלא ע״כ צ״ל כנ״ל, דמתנה עמש״כ בתורה הוי דין במעשה ההתנאה, ומה שאינו מתכוון הוי פרט בעצם המעשה, ולכן ניתן לחלק בין מתכוון לאינו מתכוון, דבעינן הנך פרטים מסויימים כדי לבטל את המעשה. ועל דרך זה יש להבין גם את ראיית הגרי״ז מה דבעינן ודאי קא עקר, ע״ש. ולפי״ז יש להוסיף ולומר דהא דמתנה עמש״כ בתורה תנאו בטל אינו פרט במשפטי התנאים, אלא דין כללי הוא בכה״ת דמעשה הנפעלת כנגד התורה דבטל המעשה, וכ״ה בחי׳ הגרי״ז (סטנסיל נזיר יא ע״א). וא״כ יש לצדד ולומר דהך דין דתנאו בטל שייך גם לגבי גויים, כיון דהוי כלל בכה״ת (כנר׳ דנלמד מסברא, ויעויין בשערי אמונה לגר״ח קנייבסקי שליט״א פאה ו:יא שהציע דהוא משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין) ולא רק משום משפטי התנאים אלא דהוא דין מפאת דיני דיבור בכה״ת, ויתכן דשייך לגויים ג״כ. ובאמת, כן משמעות דברי הרמב״ם (נחלות פ״ו ה״י) שכתב לגבי ירושת גר את אביו הגוי ״ויראה לי שהתנאי מועיל בירושה זו הואיל ואין הגוי מחוייב לעמוד בתקנת חכמים,״ ומשמעות הדברים שהתנאי מועיל רק בירושה זו אבל לא בירושת גוי בעלמא, ואפשר כנ״ל.[8]

---

[8] וכן דייק בשערי טהר (לגר״ש וואלק ז״ל) ח״ו סי׳ כ״ה. אולם בזכרון שמואל סי׳ ס״ג כתב דתנאי מועיל בכל ירושת גוי, וכתב הרמב״ם כן רק לגבי ירושת הגר דהתם

(ויעויין עוד בס׳ משאת משה שצידד לומר דרק שייך תנאי לגבי ירושת ישראל, שהמת הוא באמת הבעלים על הירושה מכח דינא דרבי יוחנן בן ברוקה, ולכן קאתינן עלה מדין מתנה עמש״כ בתורה או חקת משפט לבטל התנאי. אבל לגבי גוי דלא שייך דינא דריב״ב, אין שום צד שתנאי יועיל בה כיון דאין הוא הבעלים על הירושה. ואפשר לדון בזה ע״פ דברי המאירי הנ״ל.)

ו. דין רוב בבני נח

בנודע ביהודה (אה״ע תנינא סי׳ מ״ב) כתב בן המחבר לחדש דדין אחרי רבים להטות נאמר לישראל דוקא, אבל לגבי גויים לא אזלינן בתר רוב. וכן דעת החת״ס (יו״ד סוף סי׳ י״ט) דלא אמרינן ביטול ברוב כדי להתיר מאכלות אסורות בתערובת לגויים. אמנם בפרי יצחק (ח״ב סי׳ ס׳) הביא ראיה להיפך, דאזלינן בתר רוב בבני נח, מהא דגוי יורש את אביו דבר תורה. דבחולין (יא ע״ב) אמרינן דרק מחזיקין את האב כאב כיון דרוב בעילות אחר הבעל, ומהא דגוי יורש את אביו מן ההכרח דאזלינן בתר רוב בבני נח להחזיקו כאביו.

ויעויין בקונטרוס ענף פרי (לגר״מ שאצקעס) שם שכתב לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן. דהנה בב״מ ו ע״ב לגבי קפץ א׳ מן המנויין, הק׳ בתוס׳ דליבטל ברובא, ובשטמ״ק תירץ בשם הרא״ש דבעינן עשירי ודאי ורוב לא משוי ליה לודאי. והק׳ האחרונים דבקדושין דף ע״ג איתא דממזר נאסר רק בקהל ודאי, ואם רוב לא משוי לודאי, לא מצינו קהל ודאי, דכל יוחסין תלויין בהך רוב דרוב בעילות אחר הבעל. ובשב שמעתתא (ב:טו) תירץ דיש לחלק בין רובא דליתא קמן לרובא דאיתא קמן, דרובא דליתא קמן הוי ודאי, ולכן מצינו קהל ודאי מכח רוב בעילות אחר הבעל, משא״כ רובא דאיתא קמן לא משוה לודאי ורק ברובא דאיתא קמן כתב הרא״ש דלא נחשב כודאי. ולפי״ז כתב הגר״מ שאצקעס, די״ל דרק לגבי רובא דאיתא קמן דאינו בודאי, לא אזלינן בתר רוב בבני נח, אבל ברובא דליתא קמן דדינו כודאי שפיר אזלינן בתר רוב אף בבני

חידוש הוא, אבל פשוט לגבי כל ירושת גוי דעלמא.

נח. אולם, לכאו׳ קשה לומר כן, דבחולין דף י׳ שקלינן וטרינן לגבי המקור מה״ת של רובא דליתא קמן, ואם רובא דליתא קמן פשוט כ״כ מסברא דנימא כן לגבי בני נח ג״כ, לכאו׳ כל הך סוגיא מיותר ואינו מתיישב אמאי בעינן קרא מיוחד להך דין.

ואולי יש ליישב ע״פ מש״כ הקהילות יעקב (חולין סי׳ ז׳) דשאני מה דמחזקינן ליה כאביו משאר דיני רוב, דאינו נחשב כרוב גרידא אלא כודאי, דלא ידעינן שזינתה, ואפילו אי ידעינן דזינתה עדיין מחזקינן ליה כאביו כיון דרוב בעילות אחר הבעל. והא דמוכיחין מרוב בעילות אחר הבעל לשאר דיני רובא דליתא קמן, כתב הקהילות יעקב דאין ההוכחה מדין הרוב אלא מפאת הליתא קמן, דשקו״ט שם אי אזלינן בתר הך סוג ידיעות דליתא קמן, ומוכיחין כן מדין רוב בעילות אחר הבעל דנחשב כודאי דליתא קמן. (וע״ש שתירץ עי״ז הקושיא המפורסמת בשם הגר״י הלברשטט בענין בת כהן שזינתה.) ולפי״ז י״ל דהא דמחזקינן לו כאביו אינו ע״י רוב גרידא אלא דין ודאי הוא, וי״ל דשייך לגבי גויים אפילו אי נימא דלא אזלינן בתר רוב בבני נח.

ובדרך נוספת י״ל ע״פ מש״כ לעיל, דיתכן דדיני ירושה שייכין לגויים כיון דהוו בכלל מצות דינין, וא״כ י״ל דהא דמחזיקין ליה כאביו ויורשו אינו משום דין רוב, אלא פרט הוא במצות דינין, דשוין דיני בני נח לדיני ישראל בעניני ממונות כדעת הרמב״ן. ולכן יתכן דאזלינן בתר רוב להחזיקו כאביו רק כאן, כיון דהוי דיני ממונות ובכלל מצות דינין אבל לא לגבי שאר דיני רוב דהוו בכלל איסור והיתר. (אלא דאם נאמר כן עדיין צ״ע דבן נח נהרג בבא על אשה אביו, כדאיתא בסנהדרין דף נ״ז, וע״ע בשערי חיים למס׳ קדושין.)

ז. דין בכור

בקול אליהו (ריש פר׳ כי תצא) הובא בשם הגר״א דשם בכור תלוי בסדר העיבור ולא בסדר לידה, כלו׳ דהראשון לעיבור הוא הבכור אפי׳ אם לא נולד ראשון. והבין כן מתוך לישנא דקרא ״וילדו לו בנים

האהובה והשנואה והיה הבן הבכור לשניאה" דאע"פ שלידת האהובה היתה קודמת, מ"מ הבן הבכור לשנואה כיון דנוצר קודם.[9] והק' על זה כמה מן האחרונים (ע' שו"ת חקרי הלכות סי' ט') מסוגיין קכז ע"א, דאיתא התם לגבי נולדו במחבא אם כותבין הרשאה זל"ז לגבות את הבכורה ופרשב"ם ד"ה במחבא "ואין ידוע איזה קדם להיות ראשית אונו." ולכאו' מוכח דקביעות שם בכור תלוי בשעת לידה, דלא ידעינן איזה מהם נולד קודם, וממילא מספקינן איזה מהם הוא הבכור. אמנם יש לדחות דאין זה מוכרח בפירוש הסוגיא, דבבכורות מז ע"ב פרש"י דאיירי לגבי ב' בנים מב' אנשים, ולא מאב א', שנולדו במחבא, וכל א' הוא בכור לאביו, אלא שנתערבו במחבא ולא ידעינן איזה מהם נולד לאיזה אב. ולפי הך פירוש, אין כלל שייכות לדברי הגר"א, וממילא אין ראיה מסוגיית הגמ' נגד דברי הגר"א.

אבל הביאו האחרונים עוד ראיה דלא כדברי הגר"א ממש"כ רש"י עה"ת (בראשית כה:כו) ע"פ המדרש וז"ל בדין היה אוחז בו לעכבו יעקב נוצר מטיפה ראשונה ועשו מן השנייה צא ולמד משפופרת שפיה קצרה תן בה שתי אבנים זו תחת זו הנכנסת ראשונה תצא אחרונה והנכנסת אחרונה תצא ראשונה נמצא עשו הנוצר באחרונה יצא ראשון ויעקב שנוצר בראשונה יצא אחרון וכו'. ומבואר מדברי המדרש דאע"פ שיעקב נוצר בראשונה, מ"מ היה לעשו דין בכור כיון שנולד ראשון, ומוכח דשם בכור תלוי בלידה ולכאו' דלא כדברי הגר"א.

ויעויין בהגהות לס' קול אליהו שהביא בשם הרב מרדכי פריעדמאן ממעזעריטש ליישב דטיפה ראשונה ושניה אינו בדוקא, דבאמת טיפה אחת היתה ונחלקה לשנים, דיצירתם בשוה. וכיון דא"א להכריע שם הבכור ע"י יצירה, אזלינן בתר סדר הלידה, אבל בעלמא אזלינן בתר יצירה, ורק בדאי אפשר לברר ע"פ היצירה אזלינן בתר לידה.

ויעויין בכלי חמדה ריש פר' תולדות שג"כ נקט דבדאי אפשר להכריע ע"פ היצירה דאזלינן בתר לידה. אלא שכתב לדחות את הראיה

---

[9] וכן הביא בחכמת שלמה (לגר"ש קלוגער) חו"מ סי' רע"ח בשם הגר"ח מוולאז'ין. אולם בהעמק דבר (ריש פר' כי תצא) כתב דדברים אלו לא יצאו מפי הגר"א מעולם.

באופן אחר, דאף אי נימא דטיפה ראשונה יצאה אחרון, מ״מ לא ידעינן בבירור שהיתה יצירתה קודם. ואף דהיה לנו לומר דהטיפה שנכנסה קודם נקלטה ג״כ קודם, דרוב טיפות נקלטין מיד, מ״מ לא אזלינן בתר רוב בבני נח, וכיון דקודם מתן תורה היה, לא היה אפשר להכריע ע״פ היצירה, וממילא הוכרחו ליזיל בתר לידה, ועשו נקבע כבכור כיון שנולד ראשון.

ויש להעיר על תירוץ זה ע״פ מש״כ לעיל, דהך תירוץ שייך אי נימא כחידוש הנוב״י דלא אזלינן בתר רוב בבני נח. אבל אי נימא כדברי הפרי יצחק דאזלינן בתר רוב בבני נח, או כדברי הגר״מ שאצקעס דאזלינן בתר רובא דליתא קמן בבני נח, א״א לתרץ כן ואכתי קשה לדברי הגר״א.

הרב רפאל ראובן סטוהל

נאמנות עד אחד בדבר שבערוה: בגילוי מילתא ובמקום ספק

נאמנות לומר זה עבדי ויסוד הנאמנות דגילוי מילתא

איתא בב"ב סוף קכז ע"ב, "היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא נאמן." וע"ש עוד בהמשך הסוגיא דמבואר דיש נאמנות לאדם לומר על אחר דעבדו הוא. וכבר נתקשו הפוסקים איך מאמינים לו בזה, הרי כלל גדול הוא בש"ס דאין דבר שבערוה פחות משניים.[1] ומדין יכיר אינו נאמן אלא לומר אינו בני אבל האיך יהא נאמן

---

[1] נקטינן כפשוט דבעקרון בעינן שניים, וכן מבואר מכל הפוסקים דנתקשו בסוגיין כדלקמן בסמוך. וכן נר' גם לפי כמעט כל האחרונים (ע' ש"ש ו:טו ועוד טובא) דפסולי יוחסין נחשבין כדבשב"ע. וכן מבואר בש"ס בכמה דוכתי, ע' קדושין סו ע"א לענין איסור שבויה לכהן ופסול חלל, וכן קדושין סו ע"ב לענין פסול בן גרושה. וכן ע' קדושין עג ע"ב דלהעיד על אסופי וממזר וכו' הוי כדבשב"ע. ואין להאריך בהוכחות.

אלא שראיתי מקשים מתוס' גיטין ב ע"ב (ד"ה מידי דהוה) דנר' לפום ריהטא דאין הדבר כן, וז"ל, "עיקר דבשב"ע אין פחות משנים זהו באשת איש בגיטין ובקידושין וזנות דאשת איש לאוסרה על בעלה." אבל לענ"ד א"א לומר דחלקו התוס' על היסוד הנ"ל, והרי מבואר בהדיא בכל הני סוגיות הנ"ל דודאי יש דברים דהוו בכלל דבשב"ע חוץ מגו"ק וסוטה. ולא עוד אלא דמוכח בתוס' עצמן להלן בגיטין שם (ד"ה הוי דבשב"ע) דיש סברא לומר דאף נדה חשיב כדבשב"ע והוצרכו לגזיה"כ (לפי חד לישנא) דאינו כן. ואם אין עיקר דבשב"ע אלא גו"ק וסוטה למאי בעינן קרא לנדה. (ושו"מ בשי' ר' שמואל בגיטין שם אות ל"ד דנתקשה בזה, וכתב בדוחק דצ"ל דמהאי קרא דוספרה לה גופא למדו תוס' דאין דבשב"ע אלא גו"ק וסוטה, וודאי לא נר' כן בפשטות התוס'.) ולכן נ"ל דאין דברי התוס' אלו אלא לפי הה"א בהגמ' שם, וכמו שלא ידעה הגמ' דאף להתיר אשת איש הוי בכלל דבשב"ע וכמבואר בתוס' שם בהדיא דה"א דרק לאסור אשה על בעלה הוי דבשב"ע, וכמו שלא ידעה הגמ' לחלק בין איתחזק איסורא ללא איתחזק איסורא כמבואר בהגמ' ואע"פ דהוא דבר פשוט בכולי ש"ס לחלק בהכי בדיני נאמנות, כמו"כ לא ידעה הגמ' כל הגדרת דבשב"ע. אבל למסקנת הגמ' הרחיבו חז"ל דינא דדבשב"ע אף להתיר א"א וכן לעוד איסורי עריות כנ"ל.

לומר דעבד הוא. וכבר הקשה כן המהר״ח או״ז (סו״ס ק״ד) ונשאר בקושיא. וע׳ ביד רמה בב״ב שם (אות קי״ד) דמכח הך קושיא הקים דמיירי דוקא היכא דלא איתחזקא אימיה דהאי גברא כבת ישראל, וכיון דלית ליה חזקה נאמן עליה דעבד הוא. וכן נפסק בטוש״ע חו״מ רעט:ד בשמו. אבל לכאו׳ עדיין אינו מיושב דהסכמת הפוסקים נר׳ דאין ע״א נאמן בדשב״ע אף במקום ספק (ע׳ לקמן בסמוך ובעז״ה בסוף המאמר שנאריך בזה קצת) וא״כ לא הרווחנו מידי באוקימתא דהרמ״ה, ועדיין צ״ב.

ועוד י״ל, והוא יותר נכון, דאפי׳ בהה״א אין כוונת התוס׳ לומר דאין דבשב״ע חוץ מאלו, דפשוט הוא מכולי ש״ס דאין הדבר כן. אלא כוונת התוס׳ להקשות דלפי האי גירסא בהגמ׳ דגרס מידי דהוה אכל עריות שבתורה, למה הוצרכה הגמ׳ להוכיח האי דין מכל עריות דעלמא, שהרי איירי התם בגיטין בהתרת אשת איש וזהו גופא עיקר הדבשב״ע של הקרא. ופשוט דאיכא עוד עריות, וזהו גופא קושיית התוס׳ דכיון דאיירי בא״א לא בעינן כלל לדינא דשאר עריות והוה ליה להגמ׳ להוכיח מעיקר הקרא. וכן מבואר בהדיא בתוס׳ רא״ש שם וז״ל, ״ועוד קשה, מאי כל עריות שבתורה דקאמר, הא עיקר דרשא דדרשינן דאין דבשב״ע פחות משניים ממצא בה ערות דבר דרשינן, ובאיסור אשה איש כתיב.״ והמעיין היטב בלשון התוס׳ יראה בעליל דזהו כוונתם, ע״ש.

אמנם עדיין יש קצת מקום לדון מדוע חשיב דבשב״ע. הרי יש כמה אחרונים (שע״ח גיטין ריש סי׳ י׳, הגרש״ש בספר וזאת ליהודה עמ׳ שס״ד, ועוד) דנקטו דענין דבשב״ע מקרי ״היכא שאנו דנים על השתנות בגוף האדם וכשאנו דנים על גופא מהו.״ ונר׳ דמכח זה העלה הגרש״ש בשע״י ו:יג (ד״ה עוד נלע״ד) דלהעיד על קטן שהגדיל חשיב דבשב״ע. ולכאו׳ כן יסבירו סוגיין דעבד. וגמרו האי דבר מדרשת הספרי עה״פ לא יקום ע״א באיש, ע״ש. אבל עדיין לבי מהסס בהגדרה זו. דלא מצינו בש״ס וראשונים דהתשמשו בדרשה זו להוסיף להגדרת עריות, ובפשטות הבינו הראשונים דהוי רק הלאו למצות ע״פ שנים עדים יקום דבר, ואין הוספה בהספרי שלא נכללה כבר בהכללים שיש לנו. וכן מצינו כמה פסולים דשייכי לגוף האדם דנר׳ מהראשונים דאינן בכלל הדין דדבשב״ע ויש כמה נפק״מ בין הדינים. וכמו פסול רשע לעדות דאמרינן אאמע״ר ולא אמרינן הודאת בע״ד כדבשב״ע דעלמא, וע׳ ברשב״א בתשו׳ ח״ב סי׳ רל״א דנר׳ דהוי מגדר אחר לגמרי, ואכמ״ל.

ולכן נלע״ד דעבד חשיב דבשב״ע מטעמא פשוטה וכמו שנר׳ מלשון חז״ל ״דבר שבערוה,״ דכל עדות שבאה להחיל איסור ערוה או להתירה אינה בפחות משנים. ונר׳ דכל איסורי ערוה בכלל וכמו שיתבאר עוד בעז״ה בהמשך המאמר. ובאמת צריך לזה אריכות ואין כאן מקומו, ובסייעתא דשמיא נזכה להאריך יותר בהגדרת הענין במקו״א. רק כדאי להעיר דנר׳ דהוכרחו רבותינו האחרונים להגדיר ענין דבשב״ע באופנים שונים מכח כמה סוגיות קשות בש״ס ופוסקים. אבל המעיין לקמן בהמאמר יראה בס״ד דמביאור דידן בהני סוגיות נר׳ דיש כמה ראיות להגדרה שלנו וגם נפלו הרבה מקושיות האחרונים ז״ל, ע״ש.

ובאמת הט״ז (על השו״ע שם) פירש דאין כוונת הגמ׳ דנאמן ממש לומר דעבד הוא, אלא זהו דין מסויים דיכיר ולענין ירושה גרידא דנאמן שאינו בנו, ע״ש מה שדחק בדברי הרמ״ה. וגם הגר״א (שם סק״ז) ביאר דנאמן מדין יכיר, אלא דפי׳ באו״א דנאמן שבא על שפחה ונאמן על הבן הילוד אע״פ דע״פ דין תורה אינו חשוב כבנו, ע״ש.

אבל נלע״ד דא״א לפרש דברי הרמ״ה כפירושים הנ״ל. דחוץ מהא דמחודשין הן (ע׳ בחזו״א אבה״ע נט:כה-כז דלא ניחא ליה בדברי הגר״א, ודברי הט״ז כבר דחוקין בפשטות דברי הגמ׳ ופוסקים) הרי נסתרין פירושים אלו בהדיא מדברי הרמ״ה עצמו ביד רמה בסוגיין הנדפס מחדש.[2] וז״ל (אות קי״ד), ״והיכא דהיה עובר על בית המכס נמי ואמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא דקאמרינן דמהימן, דוקא היכא דלא איתחזקא אימיה כבת ישראל, אבל היכא דמתחזקא אימיה כבת ישראל לא מהימן למימר ליה עבדי הוא כלל. דכי הימניה רחמנא אבניה כגון דאמר בני זה ממזר וכו׳ אבל אעלמא לא הימניה רחמנא. והאי בן כיון דאיתחזק אימיה כבת ישראל לא כל כמיניה דהאי לאחזוקה לאימיה בשפחה. מאי אמרת, דילמא אבוה עבד הוה, לא מיבעיא איהו דלא מהימן לחודיה עילויה, אלא אפי׳ איכא סהדי בהכי הא קיי״ל דגוי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר בין בפנויה בין באשת איש. הלכך כל היכא דמוחזק האי ברא בכשרות כגון דאית ליה חזקה דאימיה ואמר עליה האי גברא דעבדי הוה, לא מיבעיא דלא מהימן אלא שמותי נמי משמתינן ליה וכו׳. וכי קאמרינן הכא גבי בית המכס אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא נאמן היכא דלית ליה חזקה כלל.״ הרי מבואר דאין הנאמנות מדין יכיר שהרי לא מיירי בבנו כלל כמבואר מהא דהעלה אפשרות דאבי הבן עבד הוא. ועוד, הרי כתב דאינו נאמן נגד החזקת כשרות של הבן ולא רק שאינו נאמן נגד חזקת כשרות דאם, וזהו בהדיא נגד דברי הט״ז והגר״א, דמדין יכיר פסקינן דנאמן אף נגד חזקת כשרות דבן.

---

[2] ופשוט דלא ראו גאוני האחרונים הנ״ל אלא הרמ״ה כמו שהובא בקיצור לשון הטור, ואם היה להם ספר יד רמה השלם לא היו מפרשים כדפירשו. וכעי״ז מצינו בחו״מ סי׳ ר״פ דלא היה להם ספר יד רמה על ב״ב, וע׳ חזו״א חו״מ סי׳ ט״ו ושע״י ה:יא דכבר העירו בזה ואף הם ביארו הסוגיא דהתם כפי היד רמה הנדפס מחדש.

אלא נר׳ דיש כאן יסוד בדיני נאמנות דדשב״ע. דלא נאמר הכלל דאין דבשב״ע פחות מב׳ אלא כשבא ע״א לחדש דבר בעולם או לשנות מוחזקות דיש לן, אבל כשאין הדבר מוחזק לן כלל ובא ע״א לגלות הדין ואינו סותר שום חזקה בעולם הרי אין בדבריו חידוש מילתא כלל ונאמן. וכן הוא בנידון דידן דמיירי ״היכא דלית ליה חזקה כלל״ ואין לנו שום ידיעה בדבר ובא האי ומגלה דזהו עבדו, דכיון דאינו משנה המוחזקות דיש לן בו וגם לפי דבריו אין הדבר מוחזק נגדו במקו״א אין טעמא לא להאמינו. והא דאמרינן דאין ע״א נאמן בדשב״ע אף במקום ספק היינו כשמוחזק הדבר בחזקת ספק ובא לשנות האי מוחזקות אבל כשלית ליה חזקה כלל אף ע״א נאמן.[3]

ב׳ מיני ספיקות

אמנם עדיין צ״ב איזה ספק חשוב כחזקת ספק דאין ע״א נאמן לבררו ואיזה ספק חשיב כלית ליה חזקה כלל דנאמן לגלות דינו. ונר׳ לבאר דכשיש טעמא להסתפק מוחזק הדבר בספק, אבל כשלית לן טעמא להסתפק אלא שאין אנו יודעים משום שלא שאלנו למי שיודע ודאי אין הדבר מוחזק לן כלל. לביאור הענין בא נציין כמה מקומות שמצינו דאין ע״א נאמן במקום ספק ונחלק בין אלו לנידון דידן.

א) ז״ל השו״ע אבהע״ז ד:לה, ״נשים שילדו בבית אחת אשת כהן ולוי וישראל וממזר נאמנת החיה לומר זה הבן כהן הוא או לוי או ממזר וכו׳,״ ע״ש עוד ובב״ש שם. ומקורו בגמ׳ קידושין סוף עג ע״ב, ע״ש ברש״י ומאירי. וע״ש בראשונים (רשב״א ותוס׳ הרא״ש) דזהו נאמנות

---

[3] ואולי דברי הסמ״ע בסוגיין (רעט:ט) מתפרשין כדברינו וז״ל, ״דדוקא כשיש לאיש חזקת כשרות לאו כל כמיניה להוציא מכשרותו ולומר עליו שהוא עבד או ממזר, משא״כ זה דמיירי שלא היה לו חזקת כשרות ואף שנתגדל בביתו מ״מ כל שאינו ידוע אם הוא בנו או עבדו נאמן.״ (ומה שהקשה הט״ז עליו מקידושין עח ע״ב לכאו׳ אינו קשה כלל דבאמת יש שם חזקת כשרות אלא דאינה חזקה גמורה, ע״ש במאירי ויד רמה.)

מיוחדת של חיה מתקנת חז"ל או מגזיה"כ. ועוד נחלקו הראשונים (ע"ש בריטב"א ויד רמה וע"ע בט"ז אבהע"ז שם ס"ק כ') אם אפי' חיה אינה נאמנת אלא לאלתר ולא לאחר זמן. הרי מבואר דע"א בעלמא אינו נאמן אע"פ דספק הוא. ולפי דברינו נר' לבאר דהיינו משום דאיקבע איסורא וודאי יש מקום להסתפק, משא"כ בסוגיין דהאומר זה עבדי אין טעמא לחשוש נגד עדותו כלל.

ב) איתא בגיטין סוף סד ע"א, "האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם ומת שלוחו, אסור בכל הנשים שבעולם (פרש"י, שמא זו קרובת ארוסתו שקדש לו שלוחו היא)." וע"ש בחי' הרמב"ן והביאו הר"ן עה"ר שם (ל ע"א) דפי' דאע"פ דכל הנשים שבעולם מותרות לינשא משום דאוקמינן אחזקתן ופנויות הן, הוא אסור בכל הנשים שיש להן קרובות לפי שאין חזקה של קרובות שאינן באות לדון בפנינו מועלת לו. והוסיף לפ"ז דאילו באות קרובות ואמרו לא קדשנו שליח אז ודאי מותר בהן "דע"א נאמן באיסורין וכ"ש הכא דלא איתחזק איסורא וחששא בעלמא היא." והקשה עליו הר"ן, "אי מדינא אסור בכל הנשים שבעולם ולא משום קנסא בלחוד, היאך הוא מותר בעדות ע"א, הוה דבשב"ע ואין פחות משניים אע"ג דלא איתחזק איסורא," וע"ש דמשו"ה פי' הר"ן באו"א. ונר' לחלק לפי הנ"ל בפשיטות בין האי דגיטין וסוגיין, שהרי כשקיימא חששא ובא ע"א להתיר הספק דבכה"ג אינו נאמן בדשב"ע, אבל אינו דומה לנידון דידן דלא קיימא שום חששא נגד דברי העד כלל. (ובביאור שיטת הרמב"ן וסתירה בדברי הר"ן בקדושין לדבריו כאן, ע' בדברינו בעז"ה בסוף המאמר.)

ג) מבואר בתוס' גיטין ב ע"ב (סוד"ה ע"א קמא) דאשה שראתה דם ועברו עליה שבעת ימים חשוב הדבר כדלא איתחזק איסורא כיון דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה, ע"ש. ומבואר עוד בתוס' שם (ד"ה הוי דבשב"ע) דאם איסור נדה היה חשוב כדבשב"ע דלא היתה נאמנת על ספירתה אי לאו מגזיה"כ דוספרה לה. הרי מבואר דאע"פ דלא איתחזק איסורא אין ע"א נאמן, וכבר העיר כן החזו"א אבהע"ז (כ:יא ד"ה וגם) וביה"ל (ח"ב סי' ל"ז אות ד'). ולפי דברינו שוב פשוט הוא לחלק בין התם לנידון דידן, דכיון דהוחזק באיסור ודאי יש מקום לחשוש וחשיב עדות של חידוש דבר, משא"כ כאן דלא הוחזק כלל ואין טעמא לחשוש נגד העד.

ד) מסוגיית הש"ס בהגדרת אסופי יש ללמוד כחילוק דידן בהדיא. ז"ל הגמ' קידושין עג ע"ב, "אמר ר' יהודה א"ר אבא א"ר יהודה בר זבזי אמר רב, כל זמן שבשוק אביו ואמו נאמנים עליו (פרש"י לומר בנינו הוא) נאסף מן השוק אין נאמנים עליו, מ"ט אמר רבא הואיל ויצא עליו שם אסופי." ולכאו' יש לבאר ע"פ היסוד הנ"ל, דכל זמן שהתינוק עדיין בשוק אין הדבר נראית לן כ"כ כספק איסור אלא כמילתא העומד להתברר, וכשבא א' לומר זה בני אינו אלא גילוי מילתא בעלמא. אבל כשכבר נאסף מן השוק וחל עליו שם אסופי מוחזק לן הדבר כספק ושוב אין ע"א נאמן. וע"ש עוד במאירי, "משנאסף מן השוק אינו נאמן הואיל ויצא עליו שם אסופי, שאלו היה כדבריהם אחר שלא היתה כונתם להעלים למה אחרו מלומר כן." הרי משעה שנאסף כבר חוששין לספקות והורעה נאמנותם. (אבל יש להעיר דנר' דאין ללמוד מההגדרות דהתם כלל לכל מקום, דנר' מהראשונים דיש שם מעליותא דוקא לאב ואם יותר מע"א דעלמא ולא מצינו דע"א סתם נאמן. וע' בב' הלשונות ביד רמה שם אי צריך דוקא אב ואם או די בא' מהן, וע"ע ברשב"א שם בשם הירושלמי. ונר' לומר דאף כשעדיין נמצא בשוק יש כבר לחשוש קצת וצריך נאמנות דאב ואם דוקא, אבל לא עיינתי בזה כל הצורך. עכ"פ נר' דיש משם סיוע לעצם היסוד דלא כל הספקות שוות ושאני דבר כשעדיין עומד להתברר מדבר שכבר הוחזק לן כספק איסור.)

יש אולי להוסיף לדברינו עוד מילתא דמסתברא להגדיר הדברים. דלכאו' אין גדר הספק נקבע ע"י חששות של כל אדם בעולם, ואם בא א' להסתפק בדבר ובודה איזה חששא מלבו לאו כל כמיניה לסתור לדברי העד בלי הכחשת הדברים ממש. אבל מאידך גיסא, מסתבר דכשהבעלים עצמן מסתפקין בדבר יש בהן הכח להטיל הדבר בחזקת ספק אע"פ דאין לנו חששות ברורות. והדברים צריכין תלמוד, וע' לקמן בעז"ה לעוד ליבון הדברים.

נאמנות לומר זה בני

מבואר במש' ב"ב קלד ע"א דהאומר זה בני נאמן, ונחלקו הראשונים ריש קלד ע"ב בביאור הגמ' למאי נאמן. הרשב"ם פי' (וכ"כ

תוס׳, ר׳ יונה, רמ״ה, ונמו״י) דנאמן על נכסים דאית ליה ברשותיה במגו דאי בעי יהיב ליה במתנה, אבל אינו נאמן על נכסים שבאו לאחר מכאן מדין יכיר דאינו נאמן מדין יכיר אלא על החלק בכורה, ״דכיון דידעינן דבנו הוא נאמן לומר בכורי הוא, אבל היכא דלא ידעינן אי בנו הוא או לאו לא מהימנינן ליה אלא לנכסים שיש לו עכשיו.״ והקשה עליו הריטב״א שם מהגמ׳ הנ״ל קכז ע״ב דנאמן לומר זהו עבדי או זהו בני, ומשמע אפי׳ לנכסים שבאו לאחר מכאן. ועוד הקשה עליו דלפי דברי הרשב״ם ״אדם שיש לו קרובים בכאן ובא ממדה״י ואמר זו אשתי ואלו בני אינם יורשים אלא בנכסים שהיו לו עכשיו אבל לא בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן, ואינו לפי מנהג של ישראל שהוא תורה.״ (וכעי״ז ברא״ש סי׳ ל״ט בשם הר״מ.) ולכן ביאר הריטב״א דבאמת נאמן לגמרי אפי׳ על נכסים שבאו לאחר מכאן ול״צ אפי׳ לחידוש דיכיר ״דבבכור הוא דאצטריך קרא מפני שכולם בחזקת בניו והבנים האחרים מכחישין אותו, אבל באומרו על זה שהוא בנו ואין לו שום הכחשה כלל פשיטא שהוא נאמן עליו, ואע״פ שהוא ממעט ירושת האחרים.״ (ובביאור האי נאמנות נר׳ כמ״ש הקובה״ע כא:כא ואבי עזרי על הר״מ נחלות פ״ד הל׳ א׳ דנאמן מדין הודאות בע״ד דחשיב המוריש כבעלים על הירושה כמבואר מסוגיית הגמ׳ קכו ע״ב ועוד, וע׳ תשב״ץ ח״א סי׳ נ״ח ד״ה וכיון, ואכמ״ל.)

הרי לכאו׳ מבואר ברשב״ם דאין אדם נאמן לומר זה בני אלא ע״י מגו, ולא שייך החידוש דיכיר בכה״ג. אבל דבריו צ״ע, דחוץ מקושיות הריטב״א עליו הרי הרשב״ם סותר משנתו בהדיא, דלעיל קכז ע״ב (ד״ה אינו נאמן) כתב דנאמן אדם לומר זה בני מדין יכיר ולא הזכיר כלל מהסברא שכתב בעצמו קלד ע״ב דלא שייך יכיר בכה״ג. וכבר נתקשו בזה האחרונים, אבל לענ״ד לא נתיישבו הקושיות כל הצורך. דע׳ ברש״ש (קכו ע״ב רשב״ם ד״ה האומר) דתירץ דבדף קכז ע״ב אזיל רשב״ם אליבא דר׳ יהודה ובדף קלד ע״ב אליבא דרבנן, ולפי ר׳ יהודה דנאמן אף נגד חזקה נאמן ג״כ לומר זה בני. אבל נ״ל דעדיין לא אתי שפיר. א׳, הרי בדף קכז ע״ב בעל המימרא הוי ר׳ יוחנן, ור׳ יוחנן עצמו פסק בדף קכח ע״ב כרבנן (וכבר העירו בזה המהר״ח או״ז סי׳ ק״ד וחזו״א אבהע״ז נט:כה-כו.) ב׳, הרי הנמו״י (ריש סא ע״ב בדפ״ה) פסק בהדיא כר׳ יהודה וגם כהרשב״ם קלד ע״ב, וגם הוא סתר א״ע כדברי הרשב״ם קכז ע״ב (נו ע״א בדפ״ה). הרי לן בהדיא דלא כתירוצא דהרש״ש. וע׳ בקצוה״ח רעז:ב דתירץ באו״א,

דפי׳ הגמ׳ קכז ע״ב בדרך הגר״א הנ״ל (בריש המאמר) דמיירי בידוע שהבן בא ממנו אלא דהספק הוא על אמו אם היא ישראלית או שפחה ולכן נאמן מדין יכיר. אבל כבר כתבנו לעיל (שם) דמדברי הרמ״ה שם מבואר דלא מיירי שם במי שידוע שהוא האב ודלא כהגר״א וקצה״ח. והרי גם הרמ״ה קלד ע״ב פי׳ כרשב״ם ועדיין קיימי הקושיות הנ״ל לפי פירושו. זה ועוד, דכבר הבאנו לעיל מהחזו״א דפי׳ הגר״א מחודש טובא ואינו נר׳ מפשטות הראשונים.

אבל לפי דברינו נר׳ דיש ליישב הסוגיות כמין חומר. דכבר בארנו לעיל דדף קכז ע״ב איירי במי דלית ליה חזקה כלל (ובאמת מעצם הסוגיא נר׳ כך, דנר׳ דאיירי כשעבר על בית המכס דבא ממדה״י ולא ידעינן ליה), וכיון שכן נאמן אף לומר זה בני דגילוי מילתא בעלמא הוא. משא״כ בדף קלד ע״ב י״ל דאיירי במי שהוחזק בחזקת ספק ואין אדם נאמן לחדש דבר, ולכן אינו נאמן אלא מדין מגו.

אמנם לפי דברינו היה קשה לי להיפך, למה הוצרך הרשב״ם קכז ע״ב לגזה״כ דיכיר כיון דעצם העדות אינו אלא גילוי מילתא בעלמא. אבל אחר העיון נר׳ דבאמת אין בזה קושיא כלל והדברים פשוטין וברורין, דאע״פ דאין חידוש בדבריו כלפי הבן הרי ודאי יש חידוש בדבריו מצד אחר, דעד כאן היתה הירושה מוחזקת לקרובים אחרים וע״פ עדותו הועברה הנחלה לבנו. ובכה״ג אין ע״א נאמן בפנ״ע לחדש דבר אע״פ דעיקר העדות אינו אלא גילוי מילתא. (וכן ע׳ בדברינו במאמר דלקמן בביאור שיטת הרי״ף יבמות לט ע״ב, והוכחנו שם באורך כהאי יסוד.)[4] אלא דחידשה הגמ׳ לפי׳ הרשב״ם דכיון דבעצם עדותו על הגברא ליכא חידוש דבר כיון דלית ליה חזקה כלל יש להאמינו עכ״פ מדין יכיר. (וכעין זה הוכחנו לקמן בשיטת הרי״ף דבסיוע מסברות אחרות בנאמנות יש להאמין לא׳ בכה״ג. וע׳ נמו״י סא ע״ב בדפ״ה, תוס׳ הרא״ש קידושין ריש עד ע״א, וסמ״ע ולבוש ריש סי׳ רע״ט דגמרו סברא בנאמנות מחידושא דיכיר ואין זה גזיה״כ בעלמא, ועפ״ז הרחיבו הנאמנות ע״ש. וכעי״ז י״ל

---

[4] ובאמת י״ל דהכא חמיר טפי, דהתם אין העדות על עיקר החיוב ואעפ״כ מבואר גם דאין ע״א נאמן בפנ״ע, כ״ש הכא די״ל דעדות שזהו בנו מחזיקו כיורש אף השתא.

כאן.) אבל בדף קלד ע״ב דהבין הרשב״ם דאף בעצם העדות יש חידוש דבא לשנות החזקת ספק דהאי גברא, בכה״ג לא נאמרה גזיה״כ דיכיר ואינו נאמן.[5]

ולפי דברינו אין סתירה בהסוגיות כלל, וגם מיושב הא דנר׳ דבדף קכז ע״ב אזיל אף בשיטת רבנן כיון דעצם העדות שם אינו סותר שום מוחזקות כמו שבארנו. ונמצא לפי דברינו דמודה הרשב״ם למנהג העולם הובא בריטב״א הנ״ל, אלא דלא רצה לפרש הגמ׳ דמיירי כשבאו ממדה״י דאולי ס״ל דבכה״ג כיון דהיה נאמן מדין יכיר פשוט דנאמן אף להתיר אשתו מייבום ולא היה מיושב בהמשך הגמ׳. (ובאמת טענה זו כבר מבואר בשו״ת הרא״ש סוף פב:א, וכבר נתקשו האחרונים בשיטות הראשונים דפירשו הגמ׳ מדין יכיר, ע׳ חי׳ הר״ן קלד ע״ב ובש״ש ב:כ ושו״ת רעק״א סי׳ ק״י ועוד טובא.)

ועוד נר׳ דצריכין לדברינו כאן להסביר אף דעת הריטב״א דמיירי כשבאו ממדה״י, דצריך להבין כיון שבאו ממדה״י ואין הדבר מוחזק לפנינו כלל, למה לא תהא נאמן אף להתיר אשתו לשוק כמו דנאמן בכה״ג לומר עבדי הוא, ולמה הוצרכה הגמ׳ לסברת מגו דבידו לגרשה. ולפי דברינו התירוץ פשוט הוא, דאע״פ דאין לנו הכרה כלל בבנים באלו ויש להאמינו דאלו בניו, אבל עכ״פ כיון דמוחזקת האשה באיסור לשוק אין ע״א נאמן להתירה. וכן במש׳ קלד ע״א באומר זה אחי אינו נאמן להפסיד לשאר אחין כיון דמוחזקין הם בירושה.

ואולי יש להוסיף עוד דיוק נפלא ע״פ כל האמור. דמבואר בגמ׳ קכז ע״ב דרבנן סברי דלא חידשה תורה נאמנות דיכיר אלא בכגון דצריך היכרא, ע״ש. ולכאו׳ צ״ב בהאי לשון דצריך היכרא ולמה לא אמרו לשון

---

[5] והא דחילק הרשב״ם שם בין הכרת בכור דכבר ידעינן שהוא בן לבין הכרת בן חדש ולא מיפלג בין הכרת בן שהוחזק בספק לבן דלית ליה חזקה כלל, נר׳ אולי לומר דחילוק זה פשוט הוא, ולא הוצרך לברר אלא החילוק בין הכרת בכור והכרת בן שהוחזקו בספק, דבהכרת בכור נאמן אף כשיש לן חזקת ספק ואף נגד הכחשת האחין. אבל לפ״ז מוכח ברשב״ם דרבנן סברי דנאמן האב להכיר הבכור אף כשמוחזק הדבר בספק דמבואר ברשב״ם קלד ע״ב דאזיל אף בשיטת רבנן. וע׳ לקמן בעז״ה דרציתי קצת לדייק לא כן, וצ״ע.

ספק כדמצינו בעלמא. וחשבתי לומר דבאמת סברי רבנן דאינו נאמן אלא במקום דליכא חזקה כלל והוי גילוי מילתא בעלמא ולא במקום דהוחזק בספק. והא דצריך גזה"כ להעיד על הבכור ואינו נאמן כע"א בעלמא בכה"ג, י"ל ע"פ הריטב"א קלד ע"ב הנ"ל דחידשה תורה דנאמן אע"פ דהאחין מכחישין אותו. ועוד, דאולי חשיב כאילו הפשוטין מוחזקין בירושה, ואע"פ דעצם העדות הוי גילוי מילתא לא היה ע"א נאמן לחדש אף נגד מוחזקות מצד אחר כמו שבארנו. ויש אולי לדייק כן בתוס' רי"ד קדושין עח ע"ב וז"ל, "לרבנן אינו נאמן להכחיש החזקה ולא האמינתו תורה אלא כשבאו ממדה"י ולא הכרנו מעולם ולא החזקנו מי הוא הבכור." ובאמת גם רש"י בקדושין שם ורשב"ם כאן קכז ע"ב (ד"ה וחכ"א) כתבו כהאי לשון דמיירי כשבאו ממדה"י ורציתי לדייק כן בדבריהם, אבל ע' לעיל שכתבנו דנר' מהרשב"ם קלד ע"ב דנאמן לרבנן אף במקום דהוחזק כספק. ונר' דצ"ל בדעת הרשב"ם דאין לדייק כנ"ל בלשון צריך היכרא, ובאמת נר' מדבריו קכז ע"ב דרק באופן "שמוחזקין באחר שהוא בכור" אינו נאמן, ועדיין צ"ע.

ביאור ברמב"ם בענין נאמנות על גרושה וזונה

ידועין דברי הרמב"ם הל' סנהדרין טז:ו דפסק דברי הירושלמי (נזיר ח:א וסוטה ו:ב) דאינו צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה "אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק." ומבאר שם הרמב"ם בזה"ל, "כיצד, אמר ע"א חלב כליות הוא זה, כלאי הכרם הם פירות אלו, גרושה או זונה היא אשה זו, ואכל או בעל בעדים אחר שהותרה בו הרי זה לוקה." וכבר התקשו כל האחרונים במש"כ דע"א נאמן להעיד על אשה דגרושה או זונה היא, והרי אין דבשב"ע פחות מב'. וכתב הש"ש (ו:טו) דצ"ל דהרמב"ם לא חשיב אלו כדשב"ע, אבל נשאר שם בצ"ע מגמ' קדושין סד ע"א דבהדיא משמע לא כן.[6] ונדחקו האחרונים טובא ליישב דברי הרמב"ם, ואין להאריך.

---

[6] וע' בדברינו בההערה בריש המאמר דלפי הגדרה דילן בענין דבשב"ע פשוט דגם זה הוי דבשב"ע. וכן נר' מהסוגיא דקידושין סו ע"א דלהעיד על אשה שנשבית חשיב

אמנם לפי דברינו יש ליישב דבריו בפשיטות. די״ל דמיירי באשה שאינה ידועה לן כלל ואמר לן ע״א דאשה זו כבר ידוע במקו״א כגרושה או כזונה דבארנו באורך דנאמן עליה אע״פ דחשיב דבשב״ע. וכן מדוייק קצת בדברי הרמב״ם, דלא העיד שנתגרשה או שזנתה אלא דגרושה או זונה היא, דהעיד על מוחזקות האשה ולא על השתנות דינה. (ובאמת נר׳ לומר דהוסיף הרמב״ם דוקא ב׳ אלו ללמדנו דאמרינן האי כללא דהאיסור עצמו בע״א יוחזק לא רק באיסורים דעלמא אלא אף בדבשב״ע.)[7] ובשמחה עילאה שו״מ כדברינו בחידושים וביאורים להגר״ח גרייניימן (יבמות פח ע״א אות טז), וכן אמר לי מו״ר ר׳ משה סתיו שליט״א דכך הבין דברי הרמב״ם, וברוך שכוונתי.

ברם, יסוד דברינו כבר נמצא בהדיא בתוס׳ רי״ד (כתובות כג ע״א) וז״ל, ״ע״א אומר נתגרשה וע״א אומר לא נתגרשה תרוייהו בא״א קמסהדי והאי דאמר נתגרשה הו״ל חד ואין דבריו של א׳ במקום שניים, ופי׳ לאו במוחזקת לפנינו שהיא א״א מיירי דא״כ מה צורך להכחשת העד שאומר לא נתגרשה, בלא הכחשתו נמי אינו נאמן ע״א בגרושין וכו׳. ולא מתוקמא אלא באשה הבאה ממדה״י שלא ידענו מי היא ובאים אלה השניים ומעידים עליה כי א״א היתה אלא שא׳ אומר נתגרשה וא׳ אומר לא נתגרשה. והלשון מוכיח כן שאומר תרוייהו בא״א קמסהדי דמשמע שלא הוחזקה א״א אלא על פיהם וכו׳,״ ע״ש עוד. והדברים מתבארים היטב לפי דברינו, דאי לאו משום הכחשת העד היינו סומכין אפי׳ על ע״א המעיד שנתגרשה כיון דאינו מעיד נגד שום חזקה בעולם דלא ידוע לן האי אשה כלל, ולא בא העד אלא לגלות חזקה שיש לה כבר. וע״ע בזה בסמוך. (ושמעתי מי שפי׳ באו״א דנאמן העד משום הפה שאסר וכו׳, אבל נר׳ דא״א לומר כן דמבואר בהמשך דברי הרי״ד דאף בע״א המעיד על אשה

דבשב״ע, וזהו ממש האיסור דזונה וכדברי הרמב״ם כאן. וכן מבואר גם במאירי וריטב״א שם ומפשטות דברי רש״י. וכן ע׳ במחנ״א עדות סי׳ י״ג דהעיר כן. אלא די״ל להש״ש דשאני התם דהשתא דנים על כשרות דינאי ואם הוא כבר פסול מלידה.

[7] ונר׳ דהרמב״ם למד דבר זה מהירושלמי הנ״ל דמבואר שם דע״י עדות הע״א בספק סוטה הוחזקה האשה כזונה ובעלה לוקה עליה. ומזה גמר הרמב״ם לכל מלקות בדבשב״ע כגרושה וזונה לכהן דעלמא, דנר׳ לו דאין זה חידוש של רגלים לדבר בספק סוטה אלא כן הוא בכל מקום דע״א נאמן בדבשב״ע.

הבאה ממדה״י דאשת איש היא דנאמן כשאין מכחיש, ושם לא שייך האי סברא. וגם השע״י הובא בסמוך הסביר הרי״ד כדברינו.)

ובאמת כעין ביאור דידן בהרמב״ם כבר כתב הגרש״ש בשע״י ו:ג (וכן ע׳ באו״ש הל׳ סנהדרין שם) אבל לענ״ד הוא קצת הפריז על המידה כמו שנבאר. הרי ע״ש בדבריו דביאר דמיירי הרמב״ם באשה שאינה ידועה לן כמו שכתבנו, אלא דנר׳ מדבריו דבאשה כזו נאמן אף להעיד על המעשה זנות ולחדש עליה שם זונה. דכיון דלא הוחזקה האשה כלל בפנינו אין זה חשוב כחידוש דבר. ומתוך כך יצא לו עוד חידוש נגד הש״ש בענין נאמנות באיסורין דעלמא. וז״ל (ד״ה ועלה לנו) ״מה דמסיק שם הש״ש (ו:ו) דאם לקח בשר מחותך דלעולם לא היה בידו כגון שלקח מנכרי דבכה״ג אינו נאמן, ולפי״ד גם בבשר שחוטה כן אם יקח בשר מנכרי ויעיד שבבית הנכרי נשחט ע״י ישראל לא יהיה נאמן, ולא שמענו חידוש כזה, ועפ״י מש״כ לעולם נאמן בכה״ג ורק אם אנו רואים ומכירים בהמה זו שראינו אותה בחייה ועתה היא מתה אז אם היא של הנכרי ולא היה בידו של העד לשחוט או לשכור שוחט אז אינו נאמן.״ הרי נקט הגרש״ש דרק בכה״ג דכבר הוחזק לן הדבר אינו נאמן לשנותו, אבל אם אף פעם לא מצינו הבהמה בחייה ולא הוחזק לן האיסור נאמן להתירה אע״פ דלפי דברי העד הוא מעיד נגד חזקת איסור.

ואף דאין אני כלום לחלוק מסברא על גאון עולם כמוהו, אין דבריו מובנים לי כ״כ. דמה בכך אם לא ראינו הבהמה בחייה בעינינו ממש, הרי ידעינן ודאי שחיה והשתא מתה והאיך מאמינים לע״א במקום שידוע שלא היה בידו לתקן. (ובאמת יש אולי מקום להאמין להאי עד מטעם אחר כשהיה בידו לקנות בהמה שחוטה ממקו״א וכדומה, וכמדומני דכעי״ז אמר לי מו״ר ר׳ משה סתיו שליט״א, אבל החילוק של השע״י אינו נ״ל.) וכן הא דנר׳ מדבריו דנאמן לומר על האי אשה הבאה ממדה״י דזנתה בפניו ואסורה לכהן מחודש טובא. דעד כאן לא אמרנו דנאמן ע״א בכה״ג אלא כשאף לפי דבריו אין כאן שינוי כלל ואינו בא אלא לגלות המוחזקות דכבר יש לה, אבל להעיד עליה שזנתה בפניו כשמודה דעד השתא היא היתה

בחזקת כשרות לא מצינו.[8] (ובעזה"י מצאתי בהערות של הגרש"ז אויערבאך להש"ש ו:טו אות ע"ז ד"ה גם ראיתי דגם הוא מתמיהה על דברי השע"י אלא מטעם אחר קצת.) ונר' דאין לדייק מהתוס' רי"ד הנ"ל כחידושא של השע"י, דמי שהעיד על האשה הבאה לפנינו דנתקדשה או נתגרשה יכולין אנו להאמין דבריו ואין לנו לחשוש שמוחזק לא כן במדה"י. אבל כשאף לפי עדותו נר' דאיתחזק נגדו במדה"י נ"ל דאינו נאמן. דאע"פ דלא הכרנו האי אשה כלל ואין דברי העד נגד דבר שהיה מוחזק לן כבר, הרי יש חידוש דבר בעצם עדותו ואינו נאמן. תדע, דאי לא תימא הכי נמצא דאנו מאמינים לעדות שידעינן דבמקום דמכירים אותה לא היו מאמינים, ולכאו' לא מסתבר למימר הכי. (ולכאו' מוכח כן מהא דקיי"ל בכתובות כג ע"א ובאבה"ע קנב:ז דאשה שבאה ואמרה א"א הייתי וגרושה אני ונשאת ואח"כ באו עדים שא"א היתה תצא אע"פ דאין עדות שלא נתגרשה, וכ"ש הכא דלפי דברי העד כך מוחזקת אף מתחילה, וע' בזה.) וי"ל לפי דברינו דאם העיד על האשה שזונה היא או דא"א היא, וע"א אחר אומר דהוא מכיר אותה במדה"י ואף פעם לא שמע עליה כך, אע"פ דאינו מכחיש לדברי הראשון לגמרי (ומיירי באופן שבתרי נגד תרי לא היה חשיב כהכחשה) הכא חשיב הכחשה. דאין הע"א האומר דזונה היא נאמן לחדש מעשה זנות, ונאמן רק לגלות חזקתה ועל זה י"ל דחשיב הכחשה, וצ"ע.

מקומות דלא סמכינן על ע"א בגילוי מילתא

אע"פ דבררנו היסוד הנ"ל מכמה דוכתי בש"ס ופוסקים ונתנו בו טעם כעיקר, עכ"פ נר' דהחמירו התורה וחז"ל במקצת מקומות שלא לסמוך על עדות דע"א לחודיה אע"פ דאין שום חזקה נגדו. ויש לבאר אלו

[8] באמת לא נ"ל דמפורש הך ציור בהדיא בדברי השע"י, אבל נר' דכך יוצא מהשגתו על הש"ש לעיל בסמוך, וצ"ע. ואם יש מי שיכול ליישב דבריו דבאמת לא כיוון לזה כלל תבא עליו ברכה. ושו"מ בחי' הגרש"ש לכתובות סו"ס י"ד דכתב בסוגיין עוד דבר שלא כדברינו, דכתב שם דבדוקא כתב הרמב"ם איסור זונה וגרושה אבל בפסול דגוף כחללה וכדומה אינו נאמן, ע"ש. ולפי דברינו אין לחלק בזה כלל, ומוכח דלא כדבריו מריש דברינו דנאמן ע"א לומר עבדי הוא אע"פ דודאי פסול דגוף הוא.

שבאו לידי, ואם תמצא עוד כאלו אולי תמצא סיוע להסבירם ע"פ דברינו כאן.

א) ז"ל הרמב"ם איסו"ב א:כא, "איש ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי, אם הוחזקה בעיר ל' יום שהיא אשתו הורגין עליה אבל בתוך הל' יום אין הורגין עליה משום אשת איש." והיה קשה לי לפי דברינו למה אינן נאמנים לגמרי כיון דאינן מוחזקין בפנינו כלל, ולמה לן חזקה דל' יום. והרי בנאמנות ע"א באיסורין דעלמא נר' בפשטות דהוחזק הדבר מיד להלקות עליו. ע' בלשון הירושלמי נזיר ח:א, "אמר לו א' חלב הוא והתרו בו שנים לוקה," ובשפטות מיירי כשאכלו אחר שאמר לו ולא אחר ל' יום. וכן נר' מהרמב"ם הנ"ל (סנהדרין טז:ו) דאף להחזיק אשה כזונה וגרושה ל"צ אלא עדות העד א' בלבד, ע"ש עוד בהל' ז'. ואע"פ דהש"ש (ו:י) באמת כתב דאף לכל איסורין דעלמא צריך חזקה של ל' יום, כבר השיגו עליו האחרונים בראיות נאמנות (ע' הערות של הגרש"ז אויערבאך על הש"ש שם, וע' שע"י ו:ח ועוד טובא) ואין להאריך יותר. (ומה שהוכיח הש"ש כדבריו מהוחזקה נדה בשכנותיה דדוקא בכה"ג לוקה ולא כשאמרה טמאה אני אינו מוכח כלל, די"ל דודאי לוקה כשאמרה טמאה אני, אלא דנתחדש בהאי הל' דאפי' לא אמרה כלום אלא הוחזקה ע"י לבישת בגדים בעלמא די להחזיקה כנדה ול"צ עדות ברורה. כן נר' בהדיא במאירי קידושין ריש פ ע"א, וכן ע' מהרי"ק שורש פ"ז דנלמד מזה "דבמעשה כל דהו אנו מחזיקים אותה בחזקת איסור," וע' בטור יו"ד סו"ס קפ"ה דנקיט דאף לענין חזרה ע"י אמתלא חמיר אמירת טמאה אני מלבישת בגדים, וע' תוס' רי"ד גיטין נה ע"א, ואכ"מ.) וא"כ מאי שנא הכא כשבאו האיש ואשה ממדה"י דאין הורגין ע"פ עדותן ומצריכין חזקה של ל' יום.

אחר קצת עיון נר' פשוט וברור דחלוק בזה דיני נפשות ממלקות ושאר עדיות. דאע"פ דמאמינים לע"א אפי' בדבשב"ע כשאינו משנה שום חזקה, לא אלימא דיבוריה כ"כ להרוג עליו. וע' שע"י (ו:ג ד"ה אמנם) דבאמת דייק כן בדברי הרמב"ם סנהדרין שם אלא דנתקשה בטעמא דמילתא. והדברים מוסברים היטב במהרי"ק (שורש פ"ז) דחילק בין מלקות ונפשות המוחזקות דעלמא וז"ל, "דודאי גבי דיני נפשות לסקול ולשרוף צריך חזקה גדולה כי הך כדכתיב ושפטו העדה והצילו ובכל

דוכתא ואמרינן ספק נפשות להקל וכו׳, אבל לענין אחר ואפי׳ להלקותו דפשיטא דגם לזה בעינן ראיה גדולה קודם שנלקהו מ״מ לא בעינן כולי האי, אלא מכיון שאנו מוחזקים שכן הוא וכו׳ פשיטא דמלקין על חזקה זו.״ וע״ש עוד שהאריך קצת בהוכחות מהגמ׳ דלכן כתיב בקידושין פ ע״א מלקין על החזקות וסוקלין ושורפים על החזקות ״דלאו בחד גוונא מיירי, דגבי מלקות דלא חמיר כולי האי סגי לן בחזקה כל דהו רק שאנו מוחזקים בו שכן הוא וכו׳.״ ונ״ל דהוא הדין והוא הטעם דע״א נאמן להחזיק הדבר למלקות אבל לא לנפשות. וכבר מבואר בכמה אחרונים כדברינו לחלק בדעת הרמב״ם בין ע״א למלקות וע״א לנפשות, ע׳ תשו׳ רעק״א (קמא סו״ס ק״ז) ובציונים שם. (וע״ש שיש אחרונים דהסבירו החילוק באו״א, אבל לענ״ד הפשטות היא כמהרי״ק הנ״ל.) ונר׳ דהרמב״ם גמר האי חילוק מהירושלמי, דע״ש קידושין ד:י (הביאו היד רמה קידושין פ ע״א) דמבואר בהדיא כדברי הרמב״ם בהל׳ איסו״ב הנ״ל. וע״ש דמקשה הירושלמי ״ומניין שהורגין על החזקות וכו׳ כתיב ומכה אביו ואמו מות יומת, וכי דבר בריא הוא שזה הוא אביו והלא חזקה היא שהוא אביו ואת אמר הורגין אף הכא הורגין.״ וכן פסק שם הרמב״ם בשינוי לשון קצת. הרי היה קשה להירושלמי ולהרמב״ם לסמוך על החזקה כלל בדיני נפשות, וסמכו חז״ל על הא דמצינו דהורגין למכה אביו. אבל כיון דאף לסמוך על חזקה אלימתא היה קשה להן, לא רצו להפריז על המדה, וכיון דלא מצו היתר בפירוש להרוג ע״פ מוחזקות דע״א פסקו דאין הדבר מוחזק אלא למלקות ותו לא מידי.

ב) יבמות סוף מו ע״ב נחלקו הראשונים במי שבא ואמר גר אני אם מאמינים ליה. כו״ע לא פליגי דאם כבר הוחזק לן כגוי דאינו נאמן, וגמרינן כן מקרא. אבל במי שלא ניכר לן כלל נחלקו הראשונים אם מקבלין אותו. רוב ראשונים (תוס׳ ד״ה במוחזק ועוד טובא) סברי דמאמינים ליה במגו דאי בעי אמר ישראל אני דמהימן והפה שאסר הוא הפה שהתיר. אבל במאירי הובאה בשם יש חולקים דאינו נאמן אפי׳ ע״י סברת הפה שאסר. ועוד דנו המפרשים שם למה נאמן כשבא ואמר ישראל אני. בריטב״א מבואר דנאמן משום דהוי מילתא דעבידא לגלויי. והחזו״א (אבהע״ז קיז:ז) ביאר בדעת התוס׳ דנאמן משום דרוב הבאין בתורת יהדות ישראל הם. ולכאו׳ לפי דברינו אין דבריהם מובנים כלל, דלמה לן כל הסברות הנ״ל והאיך שייך שלא נאמין לו, הרי כיון דבא ממדה״י ואינו

מוחזק לן כלל הוי גילוי מילתא בעלמא ומהימן. (ובאמת חשבתי דאה"נ וודאי נאמן כגילוי מילתא בעלמא, אלא דסברות של הראשונים אלימי טפי דמהני אפי' במקום דלפי דברי העד אין הדבר מוחזק במקו"א או אולי אפי' כשאחר מכחישו. ובאמת משמע קצת בתוס' דיש סברא להאמינו אפי' בלי טעמא דרוב, ע' היטב בחזו"א הנ"ל. אבל עכ"פ כל זה דחוק מסתימת דברי הראשונים. וגם אינו מתרץ כלום להיש חולקים במאירי הנ"ל.)

ואחר העיון נר' דלא קשה כלל, דשאני התם דגמרו חז"ל להחמיר טפי מבעלמא, אי בעית אימא מקרא אבע"א מסברא. מקרא, דכמו דדרשו להצריך עדים למי שהוחזק לן כגוי, כמו"כ אין לנו לסמוך על ע"א בעלמא אפי' כשאינו מוחזק לן כלל אי לאו משום סברות נוספות. (וכבר מבואר בחי' ר' אברהם מן ההר שם דהוי דרשה גמורה.)[9] אבע"א מסברא דמעלה עשו ביוחסין, כמו שמצינו כה"ג בכתובות פרק ב' ובקידושין עט ע"ב. (וע' רש"י כתובות ריש כד ע"א, מאירי שם עה"מ כג ע"ב, פסקי ריא"ז שם פ"ב ה:ג, וע' תוי"ט עה"מ קידושין עט ע"ב ותוס' ר"י הזקן שם.) ובאמת כבר הזכיר הרמב"ם בסוגיין (איסו"ב יג:י) האי סברא, ואין להאריך יותר.

הוספה: בענין נאמנות ע"א בדבשב"ע בלא איתחזק איסורא

אע"פ דכבר דנו גדולי הפוסקים בהאי סוגיא באריכות, הרי כיון דהניחו דברי מקצת הראשונים בקושיא וגם לא נתבררו היטב בדברי הפוסקים בכמה הלכות עיקריות ששייכות להאי ענין, לכן רציתי להוסיף לדבריהם הקדושים קצת נופך משלי ולברר הסוגיא עד המקום שידי משגת. הרי לענ"ד נר' מפשטות סוגיות הש"ס דאין ע"א נאמן אף כשלא איתחזק איסורא. שהרי כל דינא דאין דבשב"ע פחות משנים נלמד מממון, ובממון לא מצינו דע"א נאמן כשליכא חזקה. (ואין להקשות מהר"ן בענין

---

[9] וכן נקט החזו"א הנ"ל ס"ק ט' מפשטות לשון הסוגיא. ומה שהקשה על הרא"ש מתורץ יפה לפי דברי ראמ"ה, ואכ"מ. והא דבעינן קרא שלא להאמין לע"א במי שהוחזק לן כגוי, והרי פשוט הוא דע"א נגד איתחזק בעריות דעלמא אינו נאמן, נר' משום הני סברות דלעיל גופא, דרוב הבאין לפנינו בתורת יהדות ישראל הם וגם דהוי מילתא דעבידא לגלויי.

ע״א באבידה, ע׳ בזה בשע״י ו:יד ובהגהות הגרש״ז לש״ש ו:טו אות ע״ז ד״ה ועיין, ואכ״מ.) וכ״כ התשב״ץ סו״ס פ״ג (ד״ה כבר), ״דדבר שבממון ודבשב״ע שוין הן בדינן לענין עדות וכו׳, ולא מצינו צד הקל בדבשב״ע יותר מדבר שבממון,״ ע״ש עוד.[10] וכן כבר הבאתי בפנים פסק השו״ע מגמ׳ ארוכה בקידושין עג ע״ב דאין ע״א בעלמא נאמן לברר תערובת של ממזר וכשר, ע״ש. (אבל ע׳ ברמב״ם שם דנר׳ דהיה לו הבנה אחרת בהך סוגיא, ולפירושו אין ראיה.) וכן נר׳ מהסוגיא דשתוקי ואסופי כמו שהבאתי שם. וכן נר׳ מסוגיא דספק סוטה דאף כשיש קו״ס וכבר אסורה מספק דוקא ע״י חידוש הקרא נאמן ע״א לטמאותה, ואפי׳ בזה אינה זונה גמורה.[11] וכן נקטו כמה ראשונים בהדיא בסוגיא בגיטין ב ע״ב ויבמות פח ע״א וכמו שכבר הביאו האחרונים, ע׳ ברמב״ן ורשב״א וחי׳ הר״ן ריש גיטין וברמב״ן ביבמות. וכן מבואר כן בפשטות מתוס׳ גיטין ב ע״ב וכמו שהבאתי בפנים, ע״ש. (ומה שהקשה רעק״א בלשון התוס׳ כבר תירץ החזו״א יפה, ע׳ בדבריו אבהע״ז כ:יא ד״ה וגם, וע״ע תורא״ש שם.) ועוד, דא״ת דע״א נאמן כשלא איתחזק איסורא אז אין חילוק כ״כ בין דבשב״ע ואיסורין דעלמא, והרי מסוגיא דעלמא נר׳ דתרי מילי נינהו ולא קרב זה אל זה. ודחוק לומר דחלוקין הן רק בדין בידו (כשליכא מגו) והצרכת ב״ד במקום איתחזק. וכבר נתקשו בזה האחרונים. (וע׳ בחי׳ ר׳ נחום גיטין ב ע״ב אות ל״ח דכתב מכח הך קושיא דאין ע״א נאמן אפי׳ כשלא איתחזק

---

[10] ואף דמצינו לפי כמה ראשונים שסמכו חז״ל על מילתא דעבידא לגלויי לענין עריות ולא לממון (ע׳ בהערה במאמר דלקמן) נר׳ דשאני התם דאינו מעיקר הדין לגמרי, דבארנו התם דלמקצת ראשונים מסור הדבר לחכמים להאמין לע״א כפי הצורך וכו׳, ובכה״ג נר׳ דלא רצו חז״ל להקל להוציא ממון. אבל ביסוד דינם נר׳ דשוין הן, וצע״ע ובדיקה בזה. וע״ע במאמר דלקמן דמבואר מהרבה ראשונים דהקילו בגילוי מילתא אף לממונות. וכן הסברנו בפנים לענין נחלה.

[11] ואולי כעי״ז כיוון הר״ן בגיטין סד ע״א, דהוכיח הר״ן דאין ע״א נאמן אף בדלא איתחזק איסורא מהגמ׳ קידושין סו ע״א דפסקינן כרבא דאין ע״א נאמן לומר אשתך זנתה אף להחמיר, וכתב הר״ן דכ״ש הוא דאינו נאמן להקל. ולכאו׳ דבריו צ״ע שהרי מיירי שם באיתחזק היתרא וודאי בכה״ג אין א׳ נאמן להוציא אשה מבעלה. ונר׳ אולי בכוונתו דכיון דשתק הבעל כמבואר בהגמ׳ שם הרי חשיב דיש רגלים לדבר כמבואר שם בתוס׳ וי״ל דהוי כספק כמו סוטה, ואעפ״כ אין ע״א נאמן לאסור, וכ״ש להתיר, וע׳ בזה.

איסורא אלא בכגון האי דההגהות מיימוני שנביא בעז"ה לקמן בסמוך דאין הדבר מוחזק באיסור כלל, וכעי"ז בחי' ר' ראובן גיטין ג:ב, ע"ש. ונמצא דודאי אין ע"א נאמן בדבשב"ע דעלמא וכמו שכתבנו.) וכן ע' בביה"ל ח"ב סי' ל"ז וחזו"א אבהע"ז כ:יא (בריש דבריו) דהביאו עוד כמה ראיות מהגמ' ומקצת ראשונים, ע"ש. וכן הוכיח החזו"א שם סו"ס כ' מהגמ' בנדה מח ע"ב ומעוד דוכתי, ע"ש. אמנם, כבר הביאו האחרונים ממקצת ראשונים דמריהטת לשונם נר' דבאמת יש להאמין לע"א כשלא איתחזק. אבל לע"ד לא כיוונו לזה הראשונים כלל, ויש לנו להעמיק בדבריהם ולבאר כל או"א בפנ"ע.

א) הרי נקטו כמעט כל האחרונים בדעת המהרי"ק (שורש ע"ב ד"ה אלא נלע"ד) דע"א נאמן בדבשב"ע כשלא איתחזק איסורא. אבל באמת אין הדברים ברורים כ"כ, דדברי המהרי"ק להקורא אותם בפנים קשים טובא להבינם, ולאחר העיון באמת נר' דאין זה כוונתו כלל ומודה המהרי"ק לכל מה שכתבנו כמו שיתבאר. דע"ש במהרי"ק דביאר בדעת התוס' גיטין ב ע"ב דכיון דאשה אינה בחזקת שתהא רואה כל שעה יש להאמינה אפי' בלי גזיה"כ ואפי' אי חשיב כדבשב"ע, ורק משום דקודם טבילה מוחזקת עדיין באיסור הוצרך לן בגזיה"כ דוספרה לה. וביאר שם דאע"ג דבידה לטבול לא היתה נאמנת מהאי טעמא גבי איסור ערוה. ואע"פ דעד כאן היה נר' כמו שכתבו האחרונים בדעתו, הרי ע' בהמשך דבריו דשוב הקשה על עצמו בזה"ל, "וכי תימא א"כ דנדה הוי איתחזק איסורא אלא שהוי בידו א"כ היכי ילפינן מיניה דע"א נאמן היכא דלא איתחזק איסורא כגון חתיכה ספק של חלב ספק של שומן ואפי' אין בידו דהא אין בידו לעשותה שומן וכו', (וי"ל) דודאי כ"ש הוא דכיון דשמעינן מנדה דאפי' איתחזק איסורא כדפירשתי לעיל דמהימנא כיון שבידו לטבול כ"ש היכא דלא איתחזק איסורא אפי' אין בידו, דהא טעמא דבידה לטבול לא מהני אלא לגרוע חזקת איסור שהיה לה, וכ"ש כשאין חזקת איסור כלל דע"א נאמן." ולכאו' קושייתו אינה מובנת וכמו שהקשה הביה"ל הנ"ל (ד"ה ודברי) דהרי נוכל ללמוד דע"א נאמן באיסורין מהא דנדה נאמנת לומר דלא סתרה מניינה דדבר זה אינו בידה ורק דלא איתחזקה ברואה כל שעה והוי כאיסור דעלמא דלא איתחזק איסורא. (וכן איתא ברשב"א שם בהדיא.) אלא נר' מוכח דס"ל למהרי"ק דמזה א"א ללמוד לספק חלב ספק

שומן, דכיון דמוחזק הדם להפסיק וכשעברה ז׳ ימים טהורה ממילא (אי לאו דמחוסרת טבילה) לא חשיב אפי׳ כספק איסור מצד הדם, ונוטה דינה להיתרא ואין עדותה אלא כגילוי מילתא בעלמא (ע׳ בתשב״ץ בסוף המאמר דלקמן), ומשו״ה ל״צ לחידוש הקרא להאמינה בזה. ורק מהא דמוחזקת באיסור מצד הטבילה ואעפ״כ נאמנת משום שהוי בידה יש ללמוד לאיסורין דעלמא במקום ספק וכמו שנתבאר. (והא דכתב דלא מהני סברת בידו בדבשב״ע כבר הקשה עליו הביה״ל שם מסוגיא דב״ב קלד ע״ב והאריך בזה בקה״י ריש גיטין. ולענ״ד י״ל בפשיטות שהרי נאמנת אף כשליכא מגו וכגון שאין שם מקוה ואומרת שטבלה לפני כמה ימים במקוה כשירה במקו״א , וכעי״ז הסיק הקה״י ע״ש.) ונמצא לפ״ז דלא כתב המהרי״ק דנאמן ע״א בספק איסור בדבשב״ע, אדרבה מוכח מדבריו דאינו נאמן בדבשב״ע אלא בכגון האי דנדה דמן הסתם אין כאן איסור ונאמן העד להעמידה על האי חזקה. וכן באמת איירי המהרי״ק בעיקר תשובתו, דמדובר שם באשה שהתירוה לינשא ע״י ב׳ עדים ואח״כ באו ב׳ עדים לאוסרה, ועל זה כתב המהרי״ק דנאמנת כיון דאין כאן חזקת איסור. וז״ל להלן שם (ד״ה ונחזור), ״דודאי כיון שהותרה שעה א׳ בב״ד פקע מינה חזקה דא״א והיתה בחזקת היתר שהרי ב״ד התירוה לינשא. ואע״ג דאח״כ באו עדים שהיתה א״א תו לא נפקי מהימנותיה מאחר שקדם היתר ב״ד לחזקת איסור א״א.״ ובסייעתא דשמיא ממש מצאתי דכבר העיר כן הגאון ר׳ מרדכי גיפטר זצ״ל בשיעוריו לגיטין (הודפסו בסוף היד רמה מהדורת מכו״י ח״א) בענין ע״א נאמן באיסורין. וכיון דחידוש הוא נ״ל דמן הראוי הוא לצטט לשונו. וז״ל באות י״ב, ״והנה האחרונים נקטו דהמהרי״ק ז״ל ס״ל דדבשב״ע שהוא ספק בלא חזקת איסור מהני ביה ע״א, ועיינתי בפנים במהרי״ק שרש ע״ב וראיתי שאין הדבר כן דאיהו לא איירי בספק אלא היכא דיצאה בהיתר וכו׳ דכיון דהותרה הרי בזה יצאה ודאי מדין דבשב״ע, ואף ספק אין כאן.״ והסיק שם ממש כמו שכתבנו וז״ל, ״וא״כ ודאי דבמקום ספק גם המהרי״ק ז״ל ס״ל דהוה בכלל דבר שבערוה ולא מהימן ע״א כיון דסו״ס העד בעדותו בא לומר שחזקתה שהוחזקה בה נשתנה.״ (וע״ש עוד דביאר כוונת המהרי״ק דלא יצאה מהמנותיה אע״פ דבאו ב׳ עדים אח״כ והכחישו להראשונים, ואכ״מ.) ונר׳ עוד ראיה דכן צ״ל בביאור דברי המהרי״ק שהרי השוה שם בריש דבריו לדיני ממונות וכעין התשב״ץ הנ״ל בריש דברינו, וז״ל, ״כיון דגמרינן דבר דבר מממון איכא

למימר דון מינה ומינה, ומה התם להוציא ממון מחזקתו אף כאן להוציא אשה מחזקת איסור או מחזקת היתר.״ ונר׳ דאף להוציא הדבר מדין ספק חשוב חידוש דין ושינוי, וכוונתו רק לאפוקי מקום שמעמידנה על חזקתה כמו שבארנו.

ב) ע׳ ברשב״א כתובות ט ע״א בסוגיא דפתח פתוח מצאתי דכתב לחלוק על אלו שאומרים דאין האשה נאמנת להתיר עצמה לבעלה ע״י טענת מוכת עץ וכו׳. וז״ל, ״ואינו נר׳ דאם איתא אונס בישראל דשרי היכי משחכת לה והיכי דרשו להו, דדילמא אמרה שנאנסה ואינה אלא רוצה ואין אונס ורצון אלא לאחר כוונת הלב, ולא גרע פ״פ ממי שראינוה שנבעלה וצוחה ואמרה אנוסה אני דנאמנת, והרי היא כחתיכה ספק חלב ספק שומן דע״א נאמן עליה. ואע״פ שזו עדות אשה בגופה הא אמרינן דנאמנת וכו׳.״ וראיתי מי שטוען דסובר הרשב״א דדבשב״ע במקום ספק הוי כמו איסורין דעלמא, אבל א״א לומר כן דמבואר בהדיא ברשב״א גיטין ב ע״ב דאין ע״א נאמן אפי׳ במקום ספק. אלא נר׳ להסביר שיטתו ממש כמו שכתבנו לעיל בדעת המהרי״ק דנאמן ע״א רק להעמיד דבשב״ע אחזקתו, ולכן נאמן האשה לומר שנאנסה ועדיין מותרת לבעלה.

ג) ולפי דברינו מיושבין דברי המהר״ם (הובאו בתשובת מיימוני אישות סי׳ ג׳), וזהו קיצור לשונו ״ראובן ששלח לקדש לו את לאה ובעת הקידושין כשהיה לו לומר הרי את מקודשת לראובן אומרים העדים ששמעו שאמר הרי את מקודשת לי ונשבע השליח כסבור הייתי שאמרתי לראובן ולא התכוונתי כי אם לקדשה לראובן, נ״ל דאינה צריכה גט מן השליח דקיי״ל הקדש טעות אינו הקדש והמתכוין לומר תרומה ואמר מעשר לא אמר כלום ומהימן לומר שכן היה בדעתו להוציא בפיו וטעה והוציא בענין אחר, וע״א נאמן באיסורא היכא דלא איתחזק איסורא, ואע״ג דאיתחזק לן ביה איסורא כל כמה דלא אמר דאטעיה לדיבוריה, הא לא מיקרי איתחזק איסורא אלא היכא דאף לדברי העד הבא להתיר האיסור מכאן ולהבא מודה הוא דמעיקרא אסור היה,״ ע״ש עוד שקצרתי. ולכאו׳ דבריו צ״ב דודאי אין ע״א נאמן בדבשב״ע כל זמן שלפי עדותו לא היה כאן איסור כלל. הגע עצמך, ע״א שמעיד על א״א דעל תנאי קידש לה בעלה ובאמת אינה אסורה כלל ודאי אינו נאמן. וכבר העיר החזו״א (אבהע״ז סי׳ קמח) דמבואר כן בהדיא בראשונים בקידושין נ ע״א דודאי

אין ע"א נאמן בדבשב"ע אף כשלפי דבריו לא היה איסור כלל, ע"ש ולכאו' פשוט הוא. (וכן ע' בקוב"ש ח"ב בהערה כ"ח על הש"ש.) ולכן נ"ל לבאר דודאי אין כוונת המהר"ם להאמין לע"א בכל מקום דלפי דברי העד לא היה כאן איסור, ואפי' במקום שהוחזק רק ספק איסור אין ע"א נאמן, ודוקא הכא דכל האיסור תלוי בכוונת אותו מקדש ולא הוחזק לן הדבר אלא כפי מה שאומר הוא, בכה"ג נאמן כיון שלפי דבריו אינו משנה דין המוחזק לן. וזהו ממש כהאי דהרשב"א בכתובות הנ"ל דנאמן האשה להעמיד עצמה על חזקתה ולומר דאנוסה היא ואין כאן איסור כלל, דכיון דכל האיסור תלוי בעדותה אין בדבריה חידוש דבר ואין לנו לאוסרה מספק. וע' בחי' רעק"א קידושין נ ע"א דכתב כעי"ז בדעת המהר"ם. וכן ע' בחזו"א אבהע"ז סו"ס כ'.

ד) כבר הבאתי בפנים מח' הר"ן ורמב"ן גיטין סד ע"א במי שאמר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם ומת שלוחו דאסור בכל נשים שבעולם שמא קרובת ארוסתו היא. וכתב הרמב"ן דאם באו הקרובות והעידו שלא קדשוהו השליח דיש לסמוך עליהן להתיר האשה כיון "דע"א נאמן באיסורין וכ"ש הכא דלא איתחזק איסורא וחששא בעלמא הוא." והקשה עליו הר"ן דאינו כן כיון דאין דבשב"ע פחות משנים אע"ג דלא איתחזק איסורא, ע"ש. ויש מהאחרונים שהבינו דכוונת הרמב"ן לומר דבאמת ע"א נאמן כשלא איתחזק איסורא, אבל א"א לומר כן דמבואר בהדיא ברמב"ן ריש גיטין דאין ע"א נאמן בכה"ג, וכבר העירו האחרונים בזה והדברים עתיקין. ובביה"ל (ח"ב סי' ל"ז אות ח') כתב לבאר בדעת הרמב"ן דדוקא הכא ס"ל להרמב"ן דנאמן שהרי הכא "גם בלא עדותו ידעינן שיש הרבה נשים בעולם המותרות לו רק לא ידענו מי המה המותרות ומי המה האסורות ולא בא העד רק לברר שזאת מן המותרות." ומכח זה הסיק הביה"ל בחידוש עצום הלכה למעשה דאב שאמר קדשתי א' מבנותי לפלוני ואינו יודע איזה מהן ובא א' והעיד שזו היא שנתקדשה דנאמן לפי הרמב"ן להתיר השנייה לעלמא "כיון דאינו רק מברר לן איזה אסורה ואיזה שמותרת." אבל ע"ש בסוף דבריו דנשאר בצ"ע שלא הובא בשו"ע האי דין.

ולענ"ד אין זה כוונת הרמב"ן כלל, דודאי מודה הרמב"ן לפשטות הגמ' קידושין עג ע"ב דאין ע"א בעלמא נאמן לברר תערובת של כשר

ופסול וכמו שהבאנו לעיל. ואם הרמב"ן היה סובר דנאמן בתערובת של א"א ופנויה כמו בתערובת של חלב ושומן לא היה לו לסתום דבריו בריש גיטין וריש האשה רבה. ולא מצינו חידוש כזה בכל הפוסקים. (ואע"פ דיש לדייק כחידושא דהביה"ל מהירושלמי קידושין ג:ז וכמו שהוא האריך שם, הרי אף הוא מודה דא"א לדייק כן לפי שיטת הר"ן, ולענ"ד נר' דאין לחדש נגד פשטות כל הסוגיות והפוסקים מדיוקא, וע' בזה.) אלא נר' דשאני הך דגיטין סד ע"א דיש לכל הנשים בעולם חזקת היתר, וכבר פי' הרמב"ן בעצמו דאין חזקת שליח עושה שליחותו מוציאן מחזקתן. ולכן כלפיהן אין כאן איסור כלל, ואין האיסור אלא על המשלח "לפי שאין חזקה של קרובות שאינן באות לדון בפנינו מועלת לו." וכיון שכן אין כאן שאלה של דבשב"ע דל"צ לעדותן אלא להביא חזקת היתר שלהן בפנינו, ואין בדבריהם חידוש ושינוי כלל. ועדיף אפי' מכל הנ"ל דכאן כלפי האשה ל"צ לעדות ואין אפי' ריעותא בחזקתה. (שו"מ דבר קרוב לזה בספר אילת השחר קידושין סג ע"ב ד"ה ואפשר דהנה, ע"ש.) וי"ל דהר"ן סובר דכיון דסו"ס כלפי הבעל איכא ספק איסור בתערובת אין ע"א נאמן להתיר אע"פ דכלפיהן יש חזקת היתר.[12]

ה) עוד דנו רבותינו האחרונים בדברי הר"ן קידושין סג ע"ב. דתנן התם, "קדשתי את בתי ואיני יודע למי קידשתיה ובא א' ואמר אני קדשתיה נאמן," ומבואר שם בגמ' דסבר ר' אסי דנאמן אף לכנוס. וביאר הר"ן (כז ע"א בדפ"ה) בזה"ל, "ואע"פ שאין דבשב"ע פחות משנים, וע"א מהימן לומר מת בעליך היינו טעמא משום דאיהי דייקא ומנסבא וכו' והכא ליתיה להאי טעמא, התם הוא להוציאה מחזקתה אבל זה שמעמידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו נאמן." וכבר הקשה רעק"א (סי' קכ"ד) מדברי הר"ן עצמו הנ"ל גיטין סד ע"א דאין ע"א נאמן בכה"ג. וכתב הביה"ל הנ"ל אות ט' ליישב הדברים בזה"ל, "כוונתו היכא דבא העד להוציאה ממה שהיינו מחזיקין אותו בב"ד מעיקרא קודם שהעיד וכמו בהאומר

---

[12] ראיתי במקצת אחרונים דביארו דעת הרמב"ן באו"א דלא נחשב איסור אחות אשתו כדבשב"ע. אבל לענ"ד דבר רחוק הוא לומר כן דמבואר בהדיא ביבמות צד ע"א דע"א אינו נאמן להעיד מתה אשתך לענין שישא אחותה. וכבר העיר בזה בשי' ר' שמואל ריש גיטין אות ל"ד. וע"ע בהערה דידן בריש המאמר בגדר דבשב"ע.

לשלוחו צא וקדש לי אשה דקודם שבאו הקרובות אסרנו עליו אשה זו והוחזקה בספק איסור זה שהחזקנוה. אבל בהך דהאומר קדשתי את בתי הרי קודם שהעיד לפנינו החזקנו להבת שאסורה לכל העולם ומותרת לאדם א׳ וגם עכשיו כשבא העד ואמר אני קידשתי הרי אינה מוציאה כלל ממה שהוחזקנה אותה בלא עדותו דגם לדבריו אסורה לכל העולם ושרי לא׳ רק אומר לנו מי הוא הא׳, וכיון דעדותו הוא ממש כמו שהחזקנו אותה מקודם ואינו מחדש באשה זו לא איסור ולא היתר משו״ה נאמן.״ ואני הקטן איני מבין דבריו דגם בהאי דגיטין אין העד מחדש כלום לפי סברת הביה״ל, שהרי קודם שהעיד ידענו שכולן מותרות לו חוץ מקרובות של אשה א׳ וגם עכשיו כשבא העד ואמר דלא קידש קרובות דפלונית עדיין מותר לכולן חוץ מקרובות של אשה א׳ ורק בירר לן דאין קרובות אלו בכלל הספק, ואין העד מחדש היתר כלל. ושו״ר דכן הקשה האילת השחר קידושין סג ע״ב ד״ה וצ״ע דגם. אלא ודאי צ״ל דכיון דכולן אסורין מספק חשוב עדות הע״א כחידוש, וא״כ י״ל כן אף בהאי דקידושין, ודברי הר״ן עדיין צ״ב.

ומשום חומרת הענין שוב חפשתי בספרים ומצאתי כמה עוד מהלכין בהאחרונים. הנה ראיתי חכם א׳ שכתב לחלק דבהאי דגיטין עדיין נשאר לן הדבר בספק משא״כ בקידושין דאחר עדותו נפטר הספק לגמרי, אבל איני רואה הטעם לחלק כך. עוד ראיתי מהגרא״מ שך זצ״ל (בשעורי הרמי״ם לכתובות עמ׳ נ״ח) שכתב דנאמן בקידושין מדין ברי לי, אבל לענ״ד לא נר׳ כן בלשון הר״ן. וכן העלה החזו״א כ:יא אבל נשאר בצ״ע. ובאילת השחר ראיתי עוד סברא, ״דעיקר הדין המתחדש הוא בהאשה, לכן כאן (בקידושין) כשאומר דהיא אשת איש ורק אליו היא מותרת אינו מחדש בה דבר אחר ממה שהיה קודם, משא״כ שם דמחדש בה היתר אחרי שהיה ספק.״ אבל גם זה קשה לי מסברא, וע״ש בהמשך דבריו דכתב עוד אפשריות להסביר, והדברים צ״ע רב.

וכיון שלא מצאתי בהאחרונים הקדושים פירושא למילתא, רוצה אני להעלות בזה פירוש חדש. הרי ע׳ בהמשך דברי הר״ן בקידושין שם דהביא דברי הירושלמי דהקשו למ״ד דנאמן לכנוס מאי שנא מהא דמצינו דהמביא גט ממדה״י ואמר בפני נכתב ובפני נחתם והותרה האשה ע״פ עדותו דאסור לו לישא האשה. ותירץ הירושלמי, ״תמן הוחזקה אשת איש בפני הכל, ברם הכא לא הוחזקה א״א אלא בפני שנים, לכשיבאו שניים

יאמרו פלוני קידש.״ ועל זה פי׳ הר״ן בזה״ל, ״כלומר, אין זה אלא שמברר דבורו של אב דשמא כשיבאו עדי הקידושין יאמר שהוא קדשה.״ ולכאו׳ צ״ב בפי׳ הר״ן להירושלמי, שהרי עיקר החילוק בהגמ׳ הוא בין אשה בעלמא דהוחזקה לכל כא״א וחמור הדבר להתיר לו לבין אשה זו דאינה מוחזקת כא״א אלא לפי דברי האב שאמר קדשתי את בתי (ע׳ בפנ״מ וקרב״ע על הירושלמי), ומה זה הסברא שכתב הר״ן. אלא נר׳ דזהו גופא פירושא לדברי הר״ן, דכיון דלא הוחזקה האשה כאשת איש אלא ע״פ עדותא דאב אין עדותא דהאי ע״א כמי שמתיר א״א לעלמא אלא כמוסיף על דברי האב, ואמרינן דכשיבאו העדי קידושין יאמרו שהוא קידשה. ולפ״ז נר׳ לומר דדוקא הכא נאמן ע״א לומר למי נתקדשה וחשיב דעדותו רק מעמידה על חזקתה, דאשה זו אינה בחזקת א״א אלא ע״פ חידוש התורה להאמין להאב ועוד לא הוחזקה כאשת איש בפני הכל וכדברי הירושלמי, וכיון שכן לא חשיב כמתיר אפי׳ ספק איסור דאין האיסור ברור ואין העד אלא מברר בעלמא.[13] וי״ל עוד דזהו גופא מוחזקות שלה, דלא אלים כח האב לאסור אותה על כל העולם לגמרי, ואם הוא אינו מברר למי נתקדשה יכול ע״א לברר הדבר (ואף דיש כח להאב להכחיש לכל ע״א שבא ואומר דנתקדשה לו, אעפ״כ לא אלים כחו כ״כ להיות כהוחזקה א״א שע״א בלי הכחשה לא יהא נאמן). וזהו שכתב הר״ן דהעד מברר דיבורו ולא רק שמברר הדין, דזהו גופא חלק מכח נאמנותו ולא להחזיק אותה באופן חמור מזה. וכן נר׳ כדברינו, דלא הביאו הפוסקים דנאמן ע״א לברר הדבר בכל אשה דעלמא דספק נתקדשה להאי וספק להאי דעל זה ודאי בעינן ב׳ עדים ככל דבשב״ע, ודוקא הכא מצינו האי חידוש ומטעמא דאמרן. (וע״ע בריטב״א כתובות כב ע״א במש״כ דהכא גילוי מילתא בעלמא הוא דיש להסביר דבריו כדברינו, ועל זה דנה הגמ׳ שם אם נאמן האב להחזיקה לגמרי או רק במקצת כמו שנתבאר. וכן ע׳ להלן בסוגיין קידושין סג ע״ב בדיון אם נאמן אף לסקול. וע״ע ברשב״א שם דנר׳ דלא

---

[13] ובהגמ׳ מבואר דשייך להאמין לע״א אף כשהאשה אומרת על עצמה שנתקדשה ואינה יודעת למי, ואף דאין זה מחידושא דקרא להאמין להאב. אבל נר׳ דאינו קשה דגם נאמנותה מדין הודאת בע״ד אינה מחזקת אותה כא״א בפני הכל, ואכמ״ל וע׳ בזה.

נאמן הע״א אלא משום החזקה שאינו משקר ולא כהר״ן, ולדבריו ודאי אין לחדש דנאמן ע״א לברר כל דבר בעריות.)

ו) כתב הביה״ל (ריש סי׳ ל״ז) דמדברי הרשב״א ביבמות פח ע״א יש ראיה דס״ל דע״א נאמן בדבשב״ע כשלא איתחזק איסורא. וז״ל הרשב״א שם, ״ודאי לכו״ע היכא דלא איתחזק איסורא בגוף זה ממש כאשת איש וא״נ טבל והקדש דאינהו גופייהו איתחזוקי באיסור, ע״א נאמן בהם.״ ודייק הביה״ל דמלשון הרשב״א משמע דאף באשת איש כן הוא דע״א נאמן. אבל במחילת כבוד תורתו של רבותינו הגאון הביה״ל נר׳ לענ״ד דאין זה כוונת הרשב״א כלל, שהרי הרשב״א בעצמו כתב בריש גיטין בהדיא כשא״ר דאין ע״א נאמן בדבשב״ע אפי׳ כשלא איתחזק איסורא. ולא כיוון התם ביבמות אלא להורות מה נקרא איתחזק איסורא ולא כדי שידייק דע״א נאמן כשאין איתחזק. וכן נר׳ לעיל שם בדבריו וז״ל, ״שהרי אפי׳ בשאר האיסורין אלו היה האיסור מוחזק כמו שאשה זו מוחזקת באיסור י״ל שלא היה ע״א נאמן בו, וכ״ש באשה שא״א להקל בה כ״כ, שהרי דבר תורה אין דבשב״ע מתקיים בה בכל דיניה בפחות משניים.״ וכן ע״ש פז ע״ב (סוף ד״ה הא אישתיק) דנר׳ מבואר כדברינו, ותמוה לי טובא שלא הרגיש הגאון הביה״ל בזה.

וכדברינו בהרשב״א הנ״ל נר׳ להסביר בהמרדכי יבמות (ריש סי׳ נ״ט) וז״ל, ״וכללא הוא כל היכא דאיתחזק איסורא כגון טבל ואשת איש וכגון נער וקטן דהוחזק בקטן לא שרינן לחלוץ אלא בעדים.״ ודייק שם הביה״ל דאף הוא סובר דנאמן ע״א בדבשב״ע כשלא איתחזק איסורא. אבל נ״ל דכיון דמצינו כלשון הזה גם בהרשב״א הנ״ל, ומוכח דלא היה כוונתו כמו שדייק הביה״ל וכמו שנתבאר, נ״ל דאין לחדש מזה בשיטת המרדכי נגד הפשטות ונגד שאר הראשונים, וודאי י״ל דכוונתו לומר דאפי׳ אם לא היה חשיב כדבשב״ע אין ע״א נאמן במקום איתחזק, וכ״ש בחליצה דהוי דבשב״ע, וע״ש עוד בפנים דכן נר׳ כוונתו.

הרב משה סטבסקי
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

נאמנות האב מדין יכיר

א. מחלוקת ר' יהודה וחכמים

איתא בגמ' ב"ב קכז:

> שלחו ליה בני אקרא דאגמא לשמואל, ילמדנו רבינו: היו מוחזקין בזה שהוא בכור, ואמר אביו על אחר בכור הוא, מהו? שלח להו: כותבין הרשאה זה לזה. מה נפשך? אי כרבנן סבירא ליה, לישלח להו כרבנן! אי כרבי יהודה סבירא ליה, לישלח להו כרבי יהודה! מספקא ליה אי כרבי יהודה אי כרבנן. מאי היא? דתניא: יכיר - יכירנו לאחרים, מכאן א"ר יהודה: נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור, כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה; וחכמים אומרים: אינו נאמן... ת"ר: היו מוחזקין בו שהוא בכור, ואמר אביו על אחר שהוא בכור - נאמן; היו מוחזקין בו שאינו בכור, ואמר אביו בכור הוא - אינו נאמן. רישא רבי יהודה, וסיפא רבנן.

מחלוקת יסודית הזאת בין ר' יהודה וחכמים מופיע כאן ביחס להכרת בכור ולשוות הבן כבן גרושה וחלוצה. הובא במש' קידושין עח: מחלוקת דומה ביניהם ביחס לשווי בנו כממזר: "האומר בני זה ממזר אינו נאמן ואפילו שניהם מודים על העובר שבמעיה ממזר הוא אינם נאמנים, רבי יהודה אומר נאמנים." עלינו לברר היקף הדין הזה של יכיר. כלומר, את מי יכול האב להכיר ולאיזה דינים? נוסף לזה, מה הדרישות להכרת האב? דהיינו, מה צריך להיות הבסיס לידיעה שלו? ובאיזה דרכים יכול האב להביע ההכרה הזאת? קשור לזה היא שאלת היחס בין דין יכיר

להגדת עדות. ייתכן שאופי וגדר הנאמנות של יכיר יתברר לנו ע״י הדיון הזה.

ב. הכרת בכור

שיטת רבי יהודה היא שהכרת האב סותרת חזקה או אפילו עדים. לפי רבנן, נאמן האב רק במצב של ״צריך היכרא״ (גמ׳ ב״ב שם).[1] [2] מקור הדין הוא גזה״כ ״יכיר״ (דברים כא:יז). לפי רשב״ם (קכז: ד״ה יכיר), הריבוי בפסוק מעניק נאמנות לאב להכיר את הבכור, שהרי הפסוק היה יכול להיכתב ״כי אל הבכור בן השנואה יתן״. אולם, נ״ל שאפשר להגיד אחרת. לפי רמב״ן (מצות ששכח אותן הרב ממצות לא תעשה, מצוה יב), יכיר (נוסף על ״לא יוכל לבכר״) הוא בראש ובראשונה מצוה לבַטח שהבכור יקבל פי שנים. האב מקיים מצוה זו על ידי הכרת הבכור וציוויו לתת לו פי שנים. טמונה במצוה הזאת היא הנחה בסיסית שהאב נאמן בזיהוי בנו הבכור. אחרת, איך יכול להיות שהאב מבטל המצוה אם אינו מודיע שהוא בכור? במילים אחרות, המצוה הזאת מעניק לו נאמנות – נותנת לו הרשות והאחריות להכיר בנו.

ג. שיטת רשב״ם

איתא ברשב״ם (קכז. ד״ה היו מוחזקין) הגבלה בנאמנות הזאת: ״לאו בעדים שמעידין שראו שנולד קודם לאחיו דאם כן אין האב נאמן

---

[1] עדיין יש כאן חידוש דאין צריכים ב׳ עדים כשאר דיני ממונות.

[2] לפי רש״י (קידושין עד. ד״ה וחכמים אומרים אינו נאמן, עח: ד״ה אינו נאמן), חכמים מודים לר׳ יהודה גבי הכרת בכור. תוס׳ רי״ד (קיד׳ עח: ד״ה וחכמים אומרים אינו נאמן) חולק על זה לחלוטין. לכאורה, פשטות לשון הספרי (דברים פיסקא ריז) הוי ראיה לשיטת רש״י: ״כי את הבכור בן השנואה יכיר. יכירנו לאחרי׳. מלמד שנאמן לומ׳ זה בני בכור. ר׳ יהודה אומר כשם שנאמן אדם לומ׳ זה בני בכור, כך נאמן לומר זה בני בן חלוצה ובן גרושה היא, וחכמים אומרי׳ אין נאמן.״ אולם, הגר״א משנה הגירסא והנצי״ב והחסדי דוד מקיימים הגירסא, ומסבירים שזה רק נאמנות במצב של צריך היכרא.

אלא בקול בעלמא כעין שאמרנו למעלה דהוו קרי ליה בוכרא.״ הרי״ף לכאורה מסכים לרשב״ם דז״ל בשיטת ר׳ יהודה (נו: בדפי הרי״ף): ״דאבא מהימן אע״פ דמוחזק באחר דבכור הוא ע״י קול מ״מ נאמן על זה לומר בכור הוא.״ רמב״ן (שם) חולק:

פי׳ הרב ר׳ שמואל ז״ל בקלא בעלמא כעין שאמרנו למעלה דהוה קרי ליה אבוה בוכרא, אבל אי איכא עדים שנולד קודם אחיו ואמר דלאו בוכרא הוא אינו נאמן, ואדרבה איפכא משמע דאי אבוה הוה רגיל דאמר בוכרא הוא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, אבל אי איכא עדים שנולד קודם לאחיו נאמן שהוא מעיד על עצמו שהוא בוכרא והשאר אינן שלו, דלר׳ יהודה נאמן אדם לומר זה בני ממזר.

קושיותיו הם שתים. אחת, אם הבן הוחזק כבכור ע״י קול של אביו, אזי אין הוא יכול עכשו לבטלו, שהרי כיון שהגיד שוב אינו יכול להגיד. שני, אפילו אם יש עדים, למה מבטלים דברי האב – הרי אין דבריו סותרים לעדים ואפשר להאמין לשניהם ע״י שיחזיקו את הבנים הגדולים כממזרים מאיש אחר.[3]

קושיא הראשונה מתורצת בקל, אין מחלוקת ביניהם. לרמב״ן היה גירסא ברשב״ם שהאב הוציא את הקול. אולם, לפי גירסתינו ברשב״ם, הקול הועבר ע״י אחרים: ״דהוו קרי ליה בוכרא.״ לכאורה זה גירסתו בגמ׳ לעיל (קכו:) שהוא מצטט תחת גירסתינו ״דהוה קרי ליה אבוה בוכרא סכלא.״ כדאי להעיר שגרסתו דומה לגירסת כת״י מינכען ורומא (שם): ״דהוו קרו ליה בוכרא״ וכ״ה בשו״ת תשב״ץ (א:נח) ובשיטמ״ק (שם ד״ה אמר ליה) בשם רשב״א. רשב״א אפילו מסכם הגמ׳ הזאת ככה: ״שמעינן מהא דבחזקה כי הא מפקינן ממונא,״ המראה לנו שהוא הבין שהגמ׳ דן בחזקה בעלמא ולא בנאמנות האב מדין יכיר.

---

[3] הרש״ש (דף קכז. ד״ה היו מוחזקין) מביא החולקים על רשב״ם ומוסיף קושיא: הרי הגמ׳ קכח: אומרת במפורש ש״האומר על תינוק בין הבנים (שהוא הבכור) נאמן״ לר׳ יהודה. לכאורה (כך רואים בתוס׳ קכז:ד״ה כך נאמן לומר בן גרושה כו׳), האב נאמן שם – אפ׳ כנגד עדים – ומשוה בנים האחרים ממזרים. תוס׳ רי״ד (קכח: ד״ה האומר) מסביר הגמ׳ אחרת בצורה שאין עוד קושיא לשיטת רשב״ם.

אולם, שאלה השניה יותר קשה. אם אין סתירה לעדות, צ״ע למה אין נאמנות לאב. ייתכן שתי תשובות בדבר: א. הוא סובר כמו התוס׳ רי״ד (שם קכח: ד״ה האומר על תינוק בין הבנים בכור הוא נאמן ובספר המכריע ס׳ סד) שאין נאמנות לאב לפסול בן שאינו שלו כממזר. לכן, יש באמת סתירה בינו לבין העדים והולכים בתר העדים. תוס׳ רי״ד (ב״ב שם) אף כותב במפורש שרשב״ם סובר כמותו: ״וכך פירשו כל המפרשים, רבינו שמואל ורבינו יוסף בן מיגש ורבינו ברוך ורבינו שלמה בן היתום זצוק״ל, שהוא נאמן, האב, להכחיש החזקה שהיינו מוחזקים. אבל על דבר ברור שיעשה הקטן בכור והגדול ממזר, אין אחד מהם שפירש כך.״ ב. נאמנות האב רק יכול לסתור חזקה הקיימת, דהיינו שכל המחלוקת בין ר׳ יהודה ורבנן היא אך ורק לגבי סתירה בין נאמנות האב וחזקה. כך באמת כותב רשב״ם לאורך כל הדרך: ״ואע״פ שמחזיקין אחר בבכור״ (קכז: ד״ה נאמן אדם לומר), ״וכגון שמוחזקין באחר שהוא בכור״ (שם ד״ה וחכ״א אינו נאמן), ״טובא אשמועינן קרא דמהימנינן ליה לאב אפילו במקום חזקה״ (שם ד״ה למאי הלכתא), ״ואע״ג דמוחזק לן באחר שהוא בכור... נאמן האב לבטל חזקה״ (קכח: ד״ה נאמן).[4] ברגע שיש עדים המכחישים אותו – ויש לעדים בסיס הלכתי של ״רוב בעילות אחר הבעל״ לסעדם! – אין עוד נאמנות לאב.[5]

---

[4] כך גם כותב רבינו גרשום: ״וחכמים אומרים אינו נאמן. דבתר חזק׳ אזלינן. אלא רבנן דאזלי בתר חזקה...״ (קכז:), ״כרבנן דאמרי בתר חזקה אזלינן״ (קכח:). תוס׳ הרא״ש בשיטמ״ק (קכז: ד״ה רישא רבי יהודה וסיפא רבנן) גם כן מתייחס לסוגיא הזאת כדיון על יכולת האב לגבור על חזקה: ״וברישא רבותא קמשמע לן דנאמן לרבי יהודה אף על פי שמבטל שתי חזקות שהיו מוחזקים בו שהוא בכור ומוחזקים באחר שאינו בכור.״ ע״ע שיטת הרי״ף (כפי שהובא בתוס׳ רי״ד קידושין עח: ד״ה וחכמים אומרים אינו נאמן) ושיטת הרי״ד החולק עליו ביחס לנאמנות האב לשוויי בנו כממזר היכא דיש לו כבר חזקת כשרות.

[5] העיר לי מו״ר הרה״ג רב מיכאל רוזנצוייג שייתכן שגישה הזאת תלויה בכח של רוב בעילות אחר הבעל ולא בכח של העדים בעצמם.

ד. הכרת בן

האם האב יכול להכיר בן או להגיד שמי שמוחזק כבן אינו בנו? האם נאמנות הזאת – אם קיימת – נובע מדין יכיר או ממקום אחר?

איתא בב"ב קכז: "א"ר יוחנן אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן, עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא נאמן דמשמש לי כעבדא קאמר." עוד איתא שם (קלד): "האומר זה בני נאמן... למאי הלכתא אמר רב יהודה אמר שמואל ליורשו ולפטור את אשתו מן היבום ליורשו פשיטא... אמר רב יוסף אמר רב יהודה אמר שמואל מפני מה אמרו זה בני נאמן (לפטור את אשתו מן היבום)... הואיל ובידו לגרשה."

לפי רשב"ם (קלד: ד"ה ליורשו פשיטא), תוס' (שם) ורבינו יונה (שם) הכרת הבן מועיל לגבי ירושה, אולם רק משום מיגו. לכן, הנאמנות רק מתייחסת לנכסים שיש לאב ברגע של ההכרה. לפי רשב"ם, א"א להרחיב הדין של יכיר להכרת בן משום ד"הני מילי גבי חלק בכורה דידעינן שהוא בנו אך אינו ידוע אם בכור הוא אם לאו... אבל היכא דלא ידעינן אי בנו הוא או לאו לא מהימנינן ליה (מדין יכיר)."

רע"א (שו"ת רע"א ס' קי) מביא סתירה בדברי רשב"ם שהרי הוא כותב בדף קכז: (ד"ה אינו נאמן) במפורש שהכרת הבן פועל מדין יכיר: "דהודאת פיו האמינה תורה במאי דאמר בני כדכתיב יכיר." בעל קצוה"ח (רעז:ב) מתרץ את הסתירה עם אוקימתא שהגמ' בקכז: מתייחסת "בידוע שהוא בנו אלא דהספקא על אמו מה היא ישראלית או שפחה." אם כן, מכיון שהוא ודאי בנו, יש לו נאמנות מדין יכיר. רש"ש (קכו: ד"ה האומר איש פלוני, קלד: ד"ה ליורשו פשיטא) נותן גישה אחרת לבעיה הזאת. לדעתו, נאמנות האב מדין יכיר להכיר בנו תלויה במחלוקת ר' יהודה וחכמים. לפי ר' יהודה, כשם שנאמן אב לגרש בן מתחתיו באמרו שהוא ממזר שלא ממנו, כך – וכל שכן – נאמן להכניס בן תחת כנפיו. אולם, לפי החכמים, אין האב נאמן לא לגרע בן ולא להוסיף בן. לפי הבנה הזאת, הוא מסביר שהגמ' קכז: היא בשיטת ר' יהודה והגמ' בדף קלד היא בשיטת חכמים ורשב"ם מסביר הגמ' כל אחד לפי שיטתו. לכאורה, יש שלש קושיות בתירוץ הזה של רש"ש: א. כפי שכבר כתבתי, סביר להניח שרשב"ם סובר כמו שיטת התוס' רי"ד שאין לאב נאמנות כי הוא זה לשווי

בן ממזר שלא ממנו, ב. אפשר לחלוק על הסברא שלו בשיטת ר׳ יהודה: האם זה פשוט שיותר קל להכניס בן מלהוציא בן? לפי הנ״י (ב״ב סא: בדפי הרי״ף), הסברא הפוכה: יותר קל להוציא בן מלהכניס בן. וז״ל: ״דסברא הוא שאין אדם אומר על בנו שאינו בנו וחזקה גדולה הוא ואם כן בדין הוא דנהימניה כשאמר שאינו בנו אבל כדי להורישו אפשר שיאמר שהוא בנו על מי שאינו... שנהנה מאד שיירשנו זה טפי מאחר,״ ג. הגמ׳ בדף קכז: היא דברי ר׳ יוחנן ורואים בדף קכח: שר׳ יוחנן סובר כמו שיטת חכמים ולא כשיטת ר׳ יהודה.

אולם, רבים חולקים על הגישה הכללית הזאת של רשב״ם ותוס׳. כך כותב רא״ש (ח:לט): ״וכתב ר״מ ז״ל פליאה גדולה היא לומר כן שאם בא אדם ממדינת הים הוא ובנו ואמר זה בני שלא יירש אותו הבן בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן אלא שאר בניו או שאר קרוביו הקרוב קרוב קודם.״ יש שתי דרכים להסביר הבסיס לשיטה הזאת: או שזה הרחבה בדין יכיר או שזה איזה שהוא סברא (שנבאר להלן).

ריב״ש (שו״ת ריב״ש ס׳ מב), נ״י (נו: בדפי הרי״ף ד״ה אמר ר׳ יוחנן) ור״ן (קלד: ד״ה ליורשו פשיטא, הובא בב״י ריש ס׳ רעט) סוברים שזה מדין יכיר.[6] הקושי בשיטה הזאת היא הגמ׳ בדף קלד: ביחס לנאמנות בהכרת בן לפטור אשתו מייבום. לפי הגמ׳, הפטור הוא משום שבידו לגרשה. לפי הראשונים האלו, צ״ע למה לא סומכת הגמ׳ על יכיר. רע״א (שו״ת רע״א ס׳ קי) ובעל השב שמעתתא (ב:כ) מתרצים שנאמנות האב מדין יכיר הוא רק ביחס לדין ודברים השייכים לבן ולא ביחס לדברים השייכים לאשתו. ״יכיר״ מעניק נאמנות לאב על בנו, לא לבעל על אשתו. הגישה הזאת מגבילה היקף ההשלכות בדין יכיר. יותר מזאת, אפשר

---

[6] צ״ע איך אפשר להרחיב הפסוק של יכיר שמדבר על בכור לכלול גם בן פשוט. תירוץ א׳ הוא סברת הרש״ש לעיל: אם אפשר להוציא בן, כ״ש שאפשר להכניס בן. תירוץ ב׳ הוא שזה כל שכן מנאמנות אב לזהות מישהו זר כבנו בכורו (בהנחה שאפשר לעשות ככה). לזהות מישהו כבן פשוט היא חלק מנאמנות האב לגבי בכור (הכולל זיהוי בן ובכור מתוך הבנים). ראה בסמ״ע (ס׳ רעט ס״ק א). כמובן, א״א להגיד סברא זאת אם נאמר שדין יכיר הוא דין מיוחד בבכור, שנובע מיחס המיוחד בין האב לבכורו, שאם כן, אין התייחסות בכלל לשאר הבנים.

להסביר שנאמנות יכיר מוגבל אפילו ביחס לבן, ששייך רק לגבי ירושה.[7] כך נובע לכאורה מדברי בעל קצוה"ח (רעז:ב) המקשה על הגישה הזאת מהגמ' כתובות כה:, דאיתא שם: "הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה... שבידו להאכילו בתרומה" ואכמ"ל.

לפי רשב"א (קלד. ד"ה ליורשו פשיטא) וריטב"א (קלד. ד"ה האומר), נאמנות האב לזהות בן אינו מדין מיגו ואינו מדין יכיר, אלא זה סברא פשוטה.[8] וז"ל רשב"א:

> ופשיטא דהא ליכא דמכחיש דבוריה, והתם משום דאנו מוחזקין בכולן שהן בניו אלא שאין אנו מכירין מי מהם הבכור והוא בא לרבות חלקו של האחד על שאר בנים לא היה לנו להאמינו לנכסים הבאים לאחר מכאן לולי שהאמינתו התורה, אבל כאן אפי' מוחזק בבנים אחרים אם אמר על אחד שהוא בנו נאמן ואפילו בלא שום מגו.[9]

לפי הג"ר אלחנן וואסרמאן (קובץ הערות כא:כא), זה מועיל מדין הודאת בעל דין של המוריש, כמו לשון הרמ' (הל' נחלות ד:א): "אע"פ שהודה באנשים שאינן מוחזקין שהן קרוביו הרי זה נאמן ויירשנו." רק לגבי חלק הבכורה יש צורך לדרשא מיוחד של יכיר, מכיון שזה הוי חב לאחריני שמגרע חלק שאר בניו בצורה ישירה.[10]

---

[7] לפחות במקרה שלא יודעים מתחילה שהוא בנו או לפי שיטת החכמים.

[8] הסמ"ע (ס' רעט ס"ק א) גם כן כותב בתחילה שנאמנות הזה תלוי בסברא.

[9] וז"ל ריטב"א: "אבל הנכון דהא נמי ס"ל דפשיטא שהוא נאמן בלא שום מיגו דבבכור הוא דאיצטריך קרא מפני שכולם בחזקת בניו והבנים האחרים הם מכחישין אותו, אבל באומר על זה שהוא בנו ואין לו שום הכחשה כלל פשיטא שהוא נאמן עליו, ואע"פ שהוא ממעט ירושת האחרים, וכש"כ לבתר דכתיב יכיר גבי בכור דממעט חלק האחים דש"מ שהוא נאמן וכש"כ בכאן דליכא הכחשה, כן פירש מורי הרא"ה."

[10] בניגוד לחלק פשוט, שרק מוסיף מישהו אחר שיש לו תפיסה בתפוסת הבית וממילא יגרע מירושת שאר האחים.

ה. שיטת רמב"ם

רמב"ם (הל' נחלות ד:א-ב) מרחיב נאמנות אדם לגבי ירושה. וז"ל:

> האומר זה בני או זה אחי או זה אחי אבי או שאר היורשין אותו, אע"פ שהודה באנשים שאינן מוחזקין שהן קרוביו הרי זה נאמן ויירשנו בין שאמר כשהוא בריא בין שאמר כשהוא שכיב מרע... היינו מוחזקין בזה שהוא אחיו או בן דודו ואמר אינו אחי ואין בן דודי אינו נאמן, אבל נאמן הוא על מי שהוחזק שהוא בנו לומר אינו בני ולא יירשנו, ויראה לי שאפילו היו לבן בנים אע"פ שאינו נאמן עליו לומר אינו בני לענין יחוס ואין מחזיקין אותו ממזר על פיו, נאמן הוא לענין ירושה ולא יירשנו.

לפי רמב"ם, אפשר לאדם להוסיף על קרוביו ליורשו ולגבי בנו אפשר אפילו להוציאו מכלל בניו לענין ירושה. צ"ע מהיכן יצא לו דינים אלו. קשה להגיד שזה מדין מיגו כיון שרמב"ם אף פעם אינו מגביל דינים אלו לנכסים שישנו לאב בשעת הכרה.

גם לא פשוט לקבוע מקורו בדין יכיר. רמב"ם מביא הדרשה של יכיר אך ורק בהל' איסו"ב (טו:טו-טז) ביחס להכרת בכור והכרת בן גרושה וחלוצה וממזר. בהל' נחלות (ב:יד), מביא רמב"ם הפרטים בנאמנות האב מדין יכיר בהכרת בכור, דהיינו – לדעתו – היכולת לזהות אפילו "מי שלא הוחזק בנו כלל" כבכור וגם להסיר חזקת בכור מאחד מבניו. צ"ע אם דין יכיר פועל חוץ לדינים אלו. הגר"א (ס' רעט ס"ק ד) כותב שרמב"ם הבין שאפשר להוציא בן מירושתו מזה שנאמן האב לשוויי בנו כממזר דלאו מיניה במקרה שמזהה תינוק בין הבנים כבכורו (עיין תוס' ב"ב קכז: ד"ה כך). כדאי להעיר שהחתם סופר (שו"ת חת"ס אה"ע א:יג) סובר שרמב"ם דעת יחיד כאן וז"ל: "דבאומר להדי' בלי הכרת בכורה אינו בני כל אפין שוין בה"ג ור"ת ורש"י ותוס' רי"ד בס' המכריע ור"א מפריש דלא מהימן וכדמשמע מקרא לתת לו ולא ליטול ממנו ולא פליג בהדיא אלא הרמב"ם."

לגבי נאמנות המוריש לגבי יורשיו, כותב בעל האבנ״מ (ד:כב) ובעל הלבוש (רעט:א) שהוא הרחבה מדין יכיר.[11] אולם, צ״ע איך אפשר להרחיב נאמנות של יכיר ליורשים אחרים. גם חשוב לציין שרמב״ם אינו מזכיר דרשת יכיר במפורש בהל׳ נחלות ופשיטא לנו דזה מקורו רק לדבריו הנזכרים בפ״ב. הלח״מ (ד:א) מניח שמקור דבריו אינו דין יכיר אלא מיגו ולכן הוא מתמיה על השמטת ההגבלה לנכסים של עכשיו בדברי הרמב״ם. אפשר לתרץ שמקור דברי הרמב״ם הוא הסברא שהבאנו לעיל ברשב״א ובריטב״א. לכן, יש למוריש הזכות להוסיף יורשים ואפילו לנכסים של אחר זמן. סיוע לגישה הזאת הוא דיוק הלח״מ (שם ב:יד) והמ״מ (הל׳ יבום וחליצה ג:ה) ברמב״ם שאם מישהו הוחזק כאינו בנו, אז אין לאב נאמנות להחזיקו כבן. אילו זה היה מדין יכיר, היה צריך לגבור על חזקה כנגדו (כמו שראינו בדברי רשב״ם). אולם, אם זה מבוסס על סברא, אז ייתכן שזה יהיה מוגבל למקרים שבהן אין התנגדות של חזקה.

ו. הכרת בן גרושה וחלוצה וממזר

הכרה לפסול בן תלויה גם כן במחלוקת ר׳ יהודה ורבנן ועלינו להבין היחס בין שתי המחלוקות האלו. עד איזו מידה ה״כשם״ של ר׳ יהודה מגלה לנו שיש קשר יסודי ומהותי בין שתי הדינים? אם לא, אז ייתכן שיהיו נ״מ בין שתי הנאמנויות שלו.

לפי רשב״ם (קכז: ד״ה כך נאמן לומר), דין זה נלמד מסברא מדין יכיר: ״וסברא הוא מדכתיב יכיר מה לי בכור מה לי לדבר אחר.״ במבט ראשון, סברא זו קשה להולמו. האין הבדל בין שתי הנאמנויות האלו? נצי״ב מקשה ככה (עמק הנצי״ב, ספרי דברים פ׳ כי תצא פיסקא ז ד״ה כשם כו׳): ״ואינו נראה, דאיסורא מממונא לא ילפינן.״ לכאורה, צריכים להסביר ברשב״ם שהצד המשותף בשתיהם הוא שיש לאב נאמנות לגבור על חזקה הקיימת לבן.

---

[11] ראה גם בסמ״ע (ס׳ רעט ס״ק א) המסביר ככה בדעה שניה שלו.

תוס׳ (שם) נותנים ב׳ מקורות: א. מכיון שאפשר לזהות תינוק בין הבנים כבכור, אז ממילא יש נאמנות לשוויי שאר בניו ממזרים דלאו מיניה וכשם שנאמן לממזרות, כך נאמן לזהות הבנים כבני גרושה וחלוצה, ב. רבינו אליהו – ״דיכיר נמי קאי אבן השנואה כלומר בן השנואה יכיר דנאמן לומר שהוא בן שנואה דהיינו שנואה בנישואיה״ והיינו בן גרושה וחלוצה.[12]

קיים כמה נ״מ בין המקורות האלו. לפי תוס׳ א, אפשר לפסול בן כממזר דלאו מיניה, בניגוד לרבינו אליהו שהנאמנות מוגבלת לבן ממנו.[13] לפי תוס׳ א, נאמנות בתחום אחד מעניק נאמנות לתחומים אחרים הנמשכים ונובעים ממנו, דהיינו שהנאמנות להכיר בכור ממילא מעניק לו נאמנות לפסול בניו האחרים כממזרים.[14] לפי זה, ייתכן שיהיה לו נאמנויות אחרים, ובלבד שיהיו נובעים מנאמנות קיימת. לפי רבינו אליהו, הנאמנות שייך רק להכרת בכור ולפסול בן מאישות אסורה. לפי תוס׳ א, כל הנאמנויות של האב הם בעצם דין אחד ולכן ייתכן שהדינים יהיו שוים לאורך כל הדרך. לפי רבינו אליהו, יש כאן שתי סוגיות: נאמנות לבכר בן ונאמנות לפסול בן, ששניהם נלמדים ישר מן הפסוק.[15] בצורה הזאת, אפשר להסביר שיטה קשה של רש״י בקידושין (עד. ד״ה וחכמים אומרים אינו נאמן, עח: ד״ה אינו נאמן), שחכמים מסכימים לר׳ יהודה בהכרת בכור ורק חולקים לגבי ממזר ודעימיה. לכאורה, רש״י אינו לומד כמו תוס׳

---

[12] תוס׳ יו״ט (קידושין ד:ח) מקשה על הלימוד הזה: הרי שנואה בנישואיה דורש תפיסת קידושין ואיך אפשר להרחיב הנאמנות לממזרות שבו אין תפיסת קידושין? יש שרצו ללמוד מכאן שרמב״ם אינו סובר כרבינו אליהו שהרי הוא כותב במפורש שאין תפיסת קידושין לאשה שבנה ממנו יהיה ממזר. לפי אותו סברא, לכאורה לא יהיה נאמנות לפסול בנו כגוי, דהיינו שנולד מגויה, שהרי אין שם תפיסת קידושין.

[13] שו״ת חתם סופר אה״ע א:יג.

[14] שו״ת רע״א ס׳ קי.

[15] שו״ת רע״א ס׳ קי, העמק שאלה (בשאילתא מא).

א, שאז קשה לחלק בין נאמנויות שונות. אולם, לפי רבינו אליהו שיש כאן שתי לימודים נפרדים, אפשר לחלק ביניהם.[16]

צ״ע מתי קיימת הנאמנות הזאת לאב לפסול את בנו. שיטת הבה״ג (ספר הלכות גדולות סימן ח - הלכות מילה) ור״ת (הובא ברמב״ן ב״ב קכז.) היא שנאמן ״דוקא כשפוסל ע״י הכרת בכורה,״ דהיינו כשמכיר תינוק בין הבנים כבכור, ממילא הבנים הגדולים נפסלים בממזרות. בה״ג מסביר שיטתו ככה: ״אבל ודאי במקום שאין בכור, דליכא יכיר דתלייה רחמנא בגויה, לא מהימן ולא הוי ממזר, אפילו אשתו פרוצה ביותר, רוב בעילות אחר הבעל.״ שיטת תוס׳ רי״ד (ב״ב קכח: ד״ה האומר, ספר המכריע ס׳ סד) היא שאב רק יכול לפסול בן ממנו כממזר, לא לשוות מישהו כממזר דלאו מיניה.[17] אפילו כשאב מכיר תינוק בין הבנים כבכור, בניו האחרים אינם נפסלים בהכרה הזאת, אלא אנו מניחים שהם באמת קטנים ממנו אף שנראים לפי ראות עינים יותר גדולים. ואם ברור לנו שהבנים האחרים הם באמת יותר גדולים, אז האב לא יהיה נאמן להכיר התינוק כבכור! כפי שכבר צטטנו למעלה, תוס׳ רי״ד סובר ש״כך פירשו כל המפרשים, רבינו שמואל ורבינו יוסף בן מיגש ורבינו ברוך ורבינו שלמה בן היתום זצוק״ל.״ לפי רמב״ם (הל׳ איסו״ב טו:טז), נאמן האב לפסול בן דלאו מיניה כממזר: ״וכן אם היתה אשתו מעוברת נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ויהיה ממזר ודאי.״[18] אמנם, תרומת הדשן (א:רסז) מגביל הנאמנות הרחב שלו קצת: רק נאמן אם אמו היא אשתו. אחרת, במקרה ״דלית ליה לא נישואין ולא קידושין בהך איתתא היאך תיסק אדעתין דליהוי מהימן במידי על הבן הנולד ממנה, הואיל והוא אמר דלאו מיניה הוא.״

---

[16] עדיין קשה להבין איך הוא מבין את הגמ׳ בב״ב קכז:, שמשתמע משם שחכמים חולקים בכל ענין.

[17] הרי״ד (שם וכן בקידושין עח: ד״ה ד״ה וחכמים אומרים) מגביל נאמנות האב עוד יותר באמרו – בניגוד לשאר ראשונים – שאב אינו נאמן לפסול בנו כממזר ״היכא דאמו מכחשא ליה.״ ואכמ״ל.

[18] כך גם סובר היד רמ״ה (קכז: אות קט).

ז. יסוד נאמנות האב

ייתכן שלש הבנות ביסוד ואופי נאמנות האב להכיר דינים מסויימים בבניו:

א. התורה מעניקה נאמנות מיוחדת לאב על בנו הבכור מתוך היחס המיוחד הקיים ביניהם. כך נובע ממשמעות הפסוק (דברים כא:יז): "כי את הבכר בן השנואה יכיר לתת לו פי שנים בכל אשר ימצא לו כי הוא ראשית אנו לו משפט הבכרה."[19] שיטת הבה"ג ור"ת המגבילה כל הנאמנות לפסול למקרים של הכרת בכור גם כן משמע ככה. כל נאמנות מעבר להכרת בכור הוא רק ממילא. לכאורה, לפי הבנה הזאת, לא יהיה שום נאמנות לאב כלפי בתו ושאר בניו.

ב. זה דין בירושה, דהיינו שיש רשות למוריש – עקב היותו הבעלים על הירושה – להכיר היורשים. לפי הבנה הזאת, הפסוק הוא רק דוגמא אחת – אולי הדוגמא הכי מחודש – לנאמנות היותר כללי שלו. לכן, יש לאב נאמנות להכיר בנים ובנות, אחים ואחות. כך הבינו כמה אחרונים ברמב"ם. לפי הקובץ הערות (לעיל), הדין הזה קיים מסברא בלי פסוק ורק צריכים פסוק להכרת בכור.

ג. דין הנובע מרשות וסמכות האב על זרעו, או מכח בעלותו עליהם או מכח נאמנותו עליהם. כמה אחרונים (גרנ"ט כתובות לז, שב שמעעתא ב:כ, והדברי חיים הל' נחלות ס' ד) מיסדים הנאמנות של יכיר על בעלות האב על זרעו. כך אפשר להסביר דברי המ"מ הנפסק להלכה ברמ"א (חו"מ רעט:ב): "ואם מת הבן ואמר על בני בניו: אין אלו בני בני כי לא היה אביהן בני, אינו נאמן אף על הירושה, מאחר שאין בנו קיים." ברגע שאין הבן קיים, ואין עוד בעלות עליו, אז אין עוד נאמנות עליו ואינו יכול להסיר הירושה מנכדיו.

לפי דברי רש"י, משמע שהוא הבין שזה דין הנובע מרשותו עליהם מכח נאמנותו בבניו. מצד אחריותו על זרעו, יש הנחה שהוא יודע

---

[19] כך גם נובע מדברי רמב"ן (בספר המצוות, שהבאנו לעיל).

פרטים מסוימים עליהם. בראש ובראשונה, כך נובע מהסוגיא בקידושין (עד.): "אמר רב נחמן – שלשה נאמנין על הבכור אלו הן חיה אביו ואמו, חיה לאלתר אמו כל שבעה אביו לעולם." לשלשת האנשים האלו יש סמכות מיוחדת על הבכור, עקב מקומם בחייו ואחריותם עליו. רש"י (שם ד"ה כל שבעה) מחדש שנאמנות האב רק מתחיל ביום ח', אחרי שנפסק נאמנות האם: "כל שבעה. שעדיין אין אביו מכיר בו שלא יצא מתחת ידי אמו ליכנס לברית מכאן ואילך מוטל על אביו להכירו כדכתיב יכיר." לכאורה, כך גם הבין רש"י בסוגיא לפני כן בגמ' (עג:) ביסוד נאמנות מוכר חפץ כל עוד שהמקח בידו, דז"ל שם (ד"ה בזמן שמקחו בידו): "דרמיא עליה למידק שלא לחזור לו מזה ולהחזיר לו דמיו ויתן המקח למי שלא נמכר לו דקם ליה במי שפרע הילכך מידק דייק." נאמנות המוכר בנויה על האחריות שלו לדעת הפרטים של המקח. זה שונה לגמרי מסברת ר"ת (תוס' שם) ביסוד נאמנותו: "מטעם מיגו דמצי אמר לא מכרתי או חזרתי וקניתיו." תפיסה זאת ברש"י עוזרת לנו לתרץ קושיא על רש"י בגיטין (עא.). רש"י שם (ד"ה אמר רבי אבהו) מסביר שדברי רבי אבהו שהרכנה מועילה ל"ירושת בנו הבכור" מתיחס להשוות בכור לפשוט. מקשה תוס' (ד"ה ירושת בנו הבכור): "ואין נראה לר"י אם כן הוה ליה למימר שריבה לזה ומיעט לזה אלא אומר רבינו יצחק דהיינו שאומר על בן בין הבנים שהוא בכור וקא משמע לן דנאמן לכך על ידי הרכנה." למה לא נקט רש"י פירוש הר"י בגמ'? לכאורה, יותר פשוט להסביר שמדובר כאן בנאמנות האב להכיר בכורו ע"י הרכנה. אמנם, אם כנים אנחנו בשיטת רש"י, יוצא שנאמנות האב מדין יכיר הוא באמת כעין עדות האב על בנו, שהרי הוא בנוי על נאמנות רציני שיש לו מתוך אחריות ידיעתו בפרטי זרעו. אם הכרת בכור היא כמו עדות עליו, אפשר בקל לבוא למסקנא שהרכנה לא יועילה כאן, כמו שאינה מועילה בעדות רגילה.

לפי הרא"ש, רשות האב להכיר בנו גם כן בא מרשותו עליהם מכח נאמנותו, אלא שזה נאמנות מצד הרגילות שיש לו עם בנו. לפי הבנה הזאת בדין יכיר, הוא מסביר (קיד' עד. ד"ה חיה לאלתר) שאפילו נאמנות חיה ואֵם הוא מדין יכיר: "כולהו ילפינן להו מדחזינן שהאמינה תורה לאב להעיד על בנו ובכור אע"פ שהוא קרוב לפי שרגיל האב להכיר בבניו יותר מאחר ילפינן נמי מיניה להאמין חיה לאלתר ואמו כל שבעה לפי שאין רגיל לידע אחר שהוא לשם." זה בניגוד לשיטת רשב"א (עג: ד"ה נאמן)

בנידון, שכותב ביחס לנאמנות המוכר במקחו: "ותקנת חכמים הוא, כעין נאמן הדיין וכעין נאמנותה של חיה ואם."

ח. עדות או הכרה?

כל עוד שנבסס נאמנות האב בדין יכיר על הנחה בידיעתו בנדון, נוכל להגיד שחידוש התורה כאן הוא שאב – אף שהוא קרוב ורק אדם אחד – יכול להעיד עדות על זרעו. אי לאו הכי, אם זה בנוי על בעלותו עליהם או גזה"כ מתוך היחס בינו לבין בכורו, אז ייתכן שנאמנותו שונה לגמרי מעדות רגילה, וזה מסלול חדש של נאמנות, דהיינו שחידשה התורה שמקבלים הכרת האב לדברים אחדים.

יש מקום להגדיר נאמנותו בתור עדות. הגמ' יבמות מז. מביאה מקרה שבו ר' יהודה לא קבל דברי אב – שהוא התגייר בינו לבין עצמו – לשווי בניו כגויים. להסביר איך זה מסתדר אם שיטתו שאב נאמן לפסול בניו, "אמר רב נחמן בר יצחק הכי קאמר ליה לדבריך עובד כוכבים אתה ואין עדות לעובד כוכבים." תוס' רי"ד (שם ד"ה ומקשה ומי) אפילו לומד מגמ' הזאת שישנה הדרישה הרגילה בעדות של תחילתו וסופו בכשרות בנאמנות יכיר, שהרי אין נאמנות לאב אף שהוא עכשיו גר גמור. הוא מרחיק לכת עוד יותר בתירוצו לשאלת הראשונים בשיטת ר' יהודה, דהיינו איך האב נאמן לפסול בנו כממזר או בן גרושה וחלוצה, הרי עושה עצמו רשע בהכרה הזאת ויש כלל בעדות שאין אדם משים עצמו רשע ולא מקבלים עדותו? בניגוד לשיטה אחת בראשונים שזה גזה"כ כאן שנאמן אף ששם עצמו רשע, הוא מתרץ שהאב אומר שבא על גרושה או הערוה בשוגג ואינו עושה עצמו רשע בהגדה הזאת, דאל"ה אה"נ שיהיה בעיה של אין אדם משים עצמו רשע. בשו"ת הרי"ד (ס' צב), הוא אפילו מצריך בעקרון דרישה וחקירה לאב. וז"ל: "איך תהיה הודאת פיו גדולה מהעדאת העדים, דאילו עדים אי אמרינן פלוני ממזר בודאי צריכי דרישה וחקירה לפי שדיני ממונות תלויין בדבר זה." לפי דבריו עד כאן, אין פלא שהוא

אפילו מעלה האפשרות שיכיר צריך להיות בב"ד, ואף שדוחה אותו, הוא סובר שאב יכול להיות חוזר וטוען אם הכיר בפעם הראשונה חוץ לב"ד.[20]

נ"מ משאלה הזאת הוא אם אב נאמן אם יש לו פסול עדות מחוץ להיותו קרוב. לפי הרי"ד, יכיר רק גובר על פסול קרוב, לא על פסול נגיעות, דז"ל (שם): " ולהך לישנא דמפרשי שהוא מעיד שאינו בנו אינו יכול לפוטרו מעונש קללתו והכאתו או לצרפו עמו לעדות כי הוא נוגע בעדותו שנראין הדברים שבעבור זה מעיד כך כדי לפוטרו ולצרפו עמו לעדות הוא מתכוין והילכך אינו נאמן." אולם, המנחת אלעזר (ג:ל) סובר שהאב נאמן אפילו אם הוא רשע, וזה שונה מגוי (הגמ' ביבמות) שהוא פסול בעצם.

עוד נ"מ הוא מה נחשב כהכרת האב. לכאורה יהיה דרישה לדיבור אם זה בגדר עדות. כבר ראינו דברי רש"י בגיטין (עא.) לגבי הרכנת הראש בעדות בכור שלכאורה הולך בכיוון הזאת שהכרת האב הוא בגדר עדות. אולם, תוס' (שם) ורמב"ם (הל' נחלות ב:טו) סוברים שהרכנה כן מועילה. לפי החוות יאיר (ס' צב-צג), אפילו ניהוג לחוד נחשב כהכרה, דהיינו שהאב נוהג כלפי בנו או בכורו בצורה המוכיחה על מעמדם כבן או בכור. וכן התשב"ץ (ב:צ) סובר שאפשר להכיר בלא שום דיבור.[21] לפי רע"א (ס' קי), אף אם ניהוג לחוד מועיל להכרה, עדיין אפשר להיות חוזר וטוען כל עוד שלא הכיר בדיבור. לכאורה, הוא סובר שזה סוג עדות, שאם זה נאמנות מכח בעלותו, קשה להבין למה יהיה הבדל בין הבעת דעתו בדיבור או בניהוג. גם חשוב לציין שרמב"ם (שם הל' טז) וריטב"א (ב"ב קכו: ד"ה בוכרא סכלא, כתובות כה: ד"ה א"ל רבי חייא) סוברים שמשיח לפי תומו כשר לנמאנות יכיר, אף שאינו כשר לעדות דאורייתא.

---

[20] הבאת הראשונים הכלל של "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד" לגבי הכרת בכור אינה ראיה מוכרחת להבנה הזאת, שאפשר שהובא כאן רק בדרך השאלה להגיד שהכרת האב הראשונה היא סופית ועליה אין להוסיף או לגרוע.

[21] ע"ע שו"ת תשב"ץ ג:ריז.

ייתכן עוד נ״מ משאלה הזאת אם הכרת האב יכולה לסתור עדים. כבר ראינו שיטת רשב״ם שלכאורה מעניק יותר נאמנות לעדים. אולם, התשב״ץ (א:נח) סובר שנאמנות אב יכול לסתור עדות רגילה.[22]

ח. עוד נ״מ מסביב לשאלת אופי דין יכיר

כפי שכבר ראינו, יש ראשונים המרחיבים נאמנות האב ויש אחרים המגבילים אותו. לפי רשב״ם ורי״ד, נאמנות האב מוגבלת לזה שאב יכול להכיר כמה פרטים מסוימים על זרעו (ממזרות, בכורה), בתנאי שידוע כבר שמדובר בבנו. לעומת זאת, רמב״ם הבין שהתורה העניקה לאב נאמנות יותר רחב, שיכול האב לזהות את המשפחה שלו, להגיד מי הוא זרעו: מי כן (והוי בן או בכור) ומי לא (והוי ממזר או ממזרת[23]). כל עוד שנגיד שנאמנות האב נובע מבעלותו על זרעו, ייתכן שיהיה מוגבל לבנים שברור לנו שהם זרעו והוא הבעלים עליהם. אמנם, אם נאמנותו בנויה על ידיעתו בענין, אז סביר להניח שיהיה לו נאמנות יותר רחב.[24]

ייתכן גם נ״מ אם נקבל הכרת בכורה ופסלות של האב לדינים אחרים. אם הנאמנות נובע מהיותו הבעלים בנידון, אז לכאורה אין בסיס להרחיב אותו לדינים אחרים שבהם הוא לא הבעלים (כמו דינים השייכים לאשתו).[25] אולם, אם נאמנותו הוא מתוך ידיעתו בנידון, יותר קל להרחיב אותו לתחומים אחרים. הרי ברגע שעדותו מתקבל – אף שזה חידוש התורה – יהיה נאמן לכל. כבר ראינו הדיון באחרונים לגבי חוסר נאנמות

---

[22] ע״ע מל״מ הל׳ נחלות ב:יד.

[23] כ״כ התשב״ץ (ג:ערב): ״נאמן אדם לומר זה בני ממזר, והוא הדין בתי דחד טעמא הוא. והמחלק בזה הוא בור גולם.״

[24] אא״כ נגיד שזה חידוש התורה להעניק לו נאמנות הזאת – הלא הוא קרוב ורק עד אחד! – ולכן הנאמנות עדיין מוגבל.

[25] לפי תירוץ הראשון בתוס׳ (קכז: ד״ה נאמן) שנאמנות האב לפסול בנו נובע מנאמנותו להכיר בכורו, השאלה מתעוררת שנית. הרי רואים שיש לפחות הרחבה אחת לדיני פסול יוחסין.

האב לפטור אשתו מן הייבום ולהאכיל בנו תרומה. אולם, התשב"ץ (ג:קב) סובר שאם פוסל בנו כממזר דלאו מיניה, אשתו תהיה זקוקה לייבום.[26]

עוד נ"מ יהיה ביחס לידיעת האב. מהיכן בא לו הידע בפרטי בניו: ידיעת עצמו או סומך על אחרים? ועד איזה מידה זה בכלל ברור לו? לכאורה, אם נאמנותו בנוי על ידיעתו בנידון, הכרה שלו צריכה להיות מתאים למציאות ככל שאפשר וצריכה להיות מידיעת עצמו, לא שהוא סומך על אחרים. אמנם, אם נאמנותו הוא מכח בעלותו על זרעו, ייתכן שיהיה כשר גם אם אין לא ידיעה ברורה וגם אם סומך על אחרים.[27] לפי הבית שמואל (אה"ע ס' ו ס"ק כז) והשב שמעתתא (ב:כ), אפשר לאב לסמוך על אחרים. הבית מאיר (שם סע' יג ד"ה שאסרה עצמה כו') חולק. גם לפי הרא"ש (שו"ת הרא"ש פב:א), אם המצב אינו ברור לאב, אינו נאמן. אף אם האב זנה עם אשה אחרת, אינו נאמן לפסול הבן. החת"ס (א:יג) הולך באותו כיוון, באמרו שצריך שהאב ידע בבירור תוכן ההכרה, שהרי איך יכול להיות שנאמנות האב יהיה יותר חזק מעדות רגילה. גם לפי התשב"ץ (ב:צא), האב אינו נאמן כשההכרה אינו ברור לו. אפילו אם יודעים שאשתו זינתה, אינו נאמן לפסול הבן, שהרי רוב בעילות אחר הבעל. אולם, הריב"ש (ס' מא) כותב: "דאפילו באשתו העומדת תחתיו ומשמשתו וילדה לו האמינה תורה לאב לומר זה אינו בני וממזר הוא דקיי"ל כר"י."

---

[26] ע"ע באוצר הפוסקים (אה"ע ס' ד אות קלה,ג) דמביא שיטות אחרונים המגבילים ואף פוסלים נאמנות אב שהוא כהן, היכא דהכרתו נוגעת גם לאשתו.

[27] בעל השב שמעתתא (ב:כ) סובר ששאלתנו היא באמת חלק מהמחלוקת בין ר' יהודה וחכמים. חשוב לציין שיש אחרונים המחלקים בין הכרה לגבי ירושה והכרה לגבי פסלות: לירושה, אין צורך לאב לידיעה ודאית, אלא אפשר לסמוך על אחרים, אך גבי פסלות יש דרישה לידיעה ברורה מעצמו.

הרב רפאל ראובן סטוהל

סוגיא דאשתמודעינהו
ועוד בגדר גילוי מילתא בדבר שבערוה

מבואר ביבמות לט ע"ב דפליגי אמוראי איזה עדות מצריכין ב"ד להכרת האח להתיר אשת המת לשוק ע"י חליצה. וז"ל הגמ' שם, "אשתמודעינהו פליגי בה ר' אחא ורבינא, חד אמר בעדים וחד אמר אפי' קרוב אפי' אשה, והלכתא גילוי מילתא בעלמא הוא ואפי' קרוב ואפי' אשה." וצריך לבאר גדר הקולא בנאמנות היוצא מהאי גמ'. דעד כאן לא מצינו (במאמר דלעיל) דנאמן ע"א בדבשב"ע אלא במקום דאינו סותר שום חזקה, אבל הכא דמתירין אשה לשוק חידושא הוא וצ"ע בטעם הדבר.[1] ולא עוד אלא דהרמב"ם (יבום ד:לא) כתב דאף קטן נאמן על אחוה דמיתנא וכן נפסק בשו"ע (אבהע"ז קנז:ב), ולא מצינו כן בשאר איסורים בתורה. (וכבר נתקשה בזה רעק"א בתשו' א:צב, הובא בגליון על הר"מ

---

[1] נקטינן הכא דיבמה לשוק חשיב דבשב"ע כמו שנר' מפשטות סוגיא זו. וכן הביא החזו"א (אבהע"ז קיד:ו) ראיה מסוגיין דחשיב דבשב"ע. וכתב שם עוד בזה"ל, "ונר' שאין לעשות כל סניף להקל בזה ואין ספק בדבר כלל." וע' בהמשך דבריו שם דהביא כמה ראיות מהש"ס לזה. וכן נר' מכל הראשונים דגמרו מסוגיין כללא דגילוי מילתא מהני בכל דבשב"ע ואף בממון וכמבואר להלן בדברינו. וכן מבואר בהדיא מהרבה ראשונים דהתרת יבמה לשוק הוי דבשב"ע. ע' בריטב"א קידושין ריש סד ע"א, וכן בריטב"א ביבמות קה ע"ב (ד"ה בינו לבינה), וכן בנמו"י וריא"ז שם. וכן ע' במרדכי יבמות סו"ס נ"ח דמבואר כן. וכל זה דלא כהנוב"י קמא סי' נ"ד (ד"ה והנה לפי), ע"ש. והא דנקט רעק"א בתשובה סי' קכ"ה דתלוי בשני התירוצים בריטב"א יבמות הנ"ל אינו מוכח כלל וכמ"ש האחיעזר ח"ג סו"ס כ"ט, דהתם לא נחלקו הראשונים אלא אם צריך עדי קיום לחליצה, אבל בעדי בירור לא מצינו מי שמיקל בזה. ואף דיש קצת מקום לדייק מתשו' הרא"ש נב:ה דלומר על אשה שיש לבעלה אח ואסורה לעלמא הוי רק איסורין ולא דבשב"ע, אינו מוכח כן, ע"ש וצ"ע. וע"ע בסוגיא ב"ב קלד ע"ב דגם נר' בפשטות דחשיב דבשב"ע. וכ"כ הקובה"ע לה:ה, ע"ש. ואפי' אם תתעקש לומר דלא חשיב דשב"ע הרי מבואר בסוגיין דהיינו מצריכין ב' עדים אי לאו משום סברא דגילוי מילתא, ולכן צ"ב למה ע"א נאמן להתיר החזקת איסור הכא יותר מבעלמא.

שם.)[2] ובאמת מצינו בהדיא בדברי הראשונים דנתנו טעמים מסויימים להאמין להעד על אחוה דמיתנא, ושאני גילוי מילתא דהכא מגילוי מילתא שדברנו בו עד עתה. ולכל פירוש יש כאן חידוש מסויים, ויש לבאר כל א׳ בפנ״ע.

א) שיטת הרמב״ם

ביאר הרמב״ם (יבום ד:לא) דשאני דבר זה משאר עדיות שבתורה ״שזה דבר העשוי להגלות הוא ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהן כענין שבארנו בסוף הל׳ גירושין.״ ובסוף הל׳ גירושין ביאר הדבר יותר בזה״ל, ״דבר שאפשר לעמוד על בריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני לא הקפידה תורה עליו, שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר.״ הרי להרמב״ם יסוד הקולא נובע מדינא דמצינו בכמה דוכתי (יבמות צג ע״ב ועוד) דמילתא דעבידא לאיגלויי לא משקרי אינשי, ואי לאו מהאי טעמא לא היינו מקילין נגד החזקת איסור.

אבל לכאו׳ צ״ע לפי פירושו מלשון הגמ׳ דנקטה לשון של גילוי מילתא ולא מילתא דעבידא לגלויי, ובפשטות אין הדברים שוים. דמילתא דעבידא לגלויי הוי סברא מסויימת להאמין להעד דחזקה היא דלא משקרי אינשי בכה״ג. אבל גילוי מילתא הוא ענין אחר לגמרי ומורה על דבר שאינו צריך עדות גמורה דלא חשיב חידוש דבר כמו שנתבאר.

ונר׳ לבאר שיטת הרמב״ם ע״פ דבריו הקדושים סוף הל׳ גירושין וז״ל, ״אל יקשה בעיניך שהתירו חכמים הערוה החמורה בעדות אשה או עבד או שפחה או עכו״ם המסיח לפי תומו ועד מפי עד ומפי הכתב ובלא

---

[2] ע׳ רמ״א יו״ד סוף קכז:ג דאין הקטן ואפי׳ חריף ובקי נאמן להתיר איסור דאורייתא, וע״ש בגר״א ס״ק ל״ב. ודבר פלא מצאתי בשו״ת זכר יצחק סי׳ כ״א (ד״ה הן אמנם) דקטן נאמן בכל איסורין וכתב דאין בזה דברי חידוש בהאי דאחוה דמיתנא, וצ״ע. שו״מ בספר אוצר עדות באיסורין סוף הערה ר״ס שהביא מהגרי״ש אלישיב שליט״א דיכול לפעמים לסמוך על בנו קטן אם מאמין לו בדרך מוחלט ואין לו ספק בדבר, אבל פשוט הוא דאין בזה ענין לנידון דידן.

דו״ח כמו שבארנו. שלא הקפידה תורה על העדת שני עדים ושאר משפטי העדות אלא בדבר שאין אתה יכול לעמוד על בוריו אלא מפי העדים ובעדותן כגון שהעידו שזה הרג א״ז או הלוה א״ז. אבל דבר שאפשר לעמוד על בוריו שלא מפי העד הזה ואין העד יכול להשמט אם אין הדבר אמת כגון זה שהעיד שמת פלוני לא הקפידה תורה עליו, שדבר רחוק הוא שיעיד בו העד בשקר. לפיכך הקילו חכמים בדבר זה והאמינו בו ע״א מפי שפחה ומן הכתב ובלא דרו״ח כדי שלא תשארנה בנות ישראל עגונות.״ וכבר נתקשו הפוסקים בביאור דבריו דנר׳ כסותרין זא״ז. שהרי בתחילה ובסוף דבריו כתב שהתירו חכמים ונר׳ דדבר זה הוא מדרבנן בעלמא, ובאמצע דבריו כתב שלא הקפידה תורה על עדות בכה״ג ומשמע דמדאורייתא היא. והקשו עוד שקשה לומר דמדרבנן בעלמא הוא שהרי בהל׳ יבום הנ״ל ציין להלכה זו, ודחוק טובא לומר דאף שם מדרבנן בעלמא הוא והתירו חכמים משום עיגונא, דמיהכ״ת ואין זכר לזה בהרמב״ם. (ואף דכן נקטו השואל לריב״ש סי׳ קנ״ה ד״ה עוד במה וכן הראבי״ה בהגהות מיימוניות קושטנטינא יבום ד:ל, נר׳ דיחידים הם בסוגיין). וכן בפיהמ״ש לעדיות (א:יב) כתב הרמב״ם באשה שאמרה מת בעלי ״שהתירה לה התורה להנשא,״ ופשטות הלשון נר׳ דהוי דאורייתא. אבל בהל׳ עדות (ה:ב) מבואר בהדיא לא כן וז״ל שם, ״בשני מקומות האמינה תורה ע״א, בסוטה שלא תשתה מי מרים ובעגלה ערופה שלא תערף כמו שבארנו. וכן מדבריהם בעדות אשה שיעיד לה שמת בעלה.״ וכן בהל׳ נחלות (ז:א) מבואר דלא נאמרו הקולות דעדות אשה אלא להתיר אבל לא שירדו היורשין לנחלה, ע״ש. הרי רבו הסתירות, וכבר פלפלו המפרשים טובא ליישב הדברים.[3]

---

[3] ראוי הוא לציין בקיצור דברי הקדמונים בביאור הרמב״ם ולהעיר קצת בדבריהם. הרי התשב״ץ (ח״א סי׳ ע״ז ופ״ב ועוד) האריך לבאר דכלל הוא בכל מקום דע״א נאמן במילתא דעבידא לגלויי. והוא מייסד שיטתו על ביאור מדוע לא האמינה התורה לע״א בעדות דעלמא. וכתב (סי׳ ע״ז ד״ה ונראה טעמו) דאע״פ דדבר רחוק הוא שיעיד העד בשקר חששה התורה שהעד שכור הוא. והוסיף עפ״ז דכיון שאפי׳ בע״א הדבר רחוק ששקר הוא מעיד ״א״כ דבר מועט מספיק לב״ד לסלק חששא זו מעל זה העד ולהעמידו על חזקתו.״ והבין דמשו״ה נאמן ע״א ואפי׳ אשה וקרוב וכו׳ בכל מילתא דעבידא לגלויי, בין בדבר שבערוה בין בממונות וכדי שירדו היורשין לנחלה. וכן ביאר בדעת הרמב״ם, דנאמן ע״א ואפי׳ פסול מדאורייתא כל זמן שמעיד

בעדות עצמו כיון דחזקה היא דלא משקרי אינשי בכה״ג, אבל גוי המסיח לפי תומו ועד מפי עד ועוד כאלו דלא שייכת בהן כ״כ האי חזקה אינן נאמנים אלא מדרבנן. וע״ש שדייק כן בלשון הרמב״ם. וכעי״ז נקטו עוד כמה אחרונים והדברים עתיקין. אבל נלע״ד דהדברים קשין להולמן בשיטת הרמב״ם מכמה טעמים. א׳, הרי מפשטות לשון הרמב״ם בפ״ה מהל׳ עדות הנ״ל נר׳ דכל ע״א שנאמן בסוטה ועגלה ערופה נאמן בעדות אשה רק מדבריהם. ב׳, חידוש גדול הוא לומר דע״א נאמן כדי שירדו היורשים לנחלה, דמסתימת לשון הרמב״ם פ״ז דהל׳ נחלות לא נר׳ כן. וז״ל, ״אין היורשין נוחלין עד שיביאו ראיה ברורה שמת מורישן אבל אם שמעו בו שמת או שבאו גויים משיחין לפי תומן אע״פ שמשיאין את אשתו על פיהם ונוטלת כתובתה אין היורשין נוחלין על פיהן.״ ובפשטות נר׳ דאין ראיה ברורה אלא עדות גמורה או אומדנא דמוכח דטבע במים שאין להם סוף ואבד זכרו כדלהלן ברמב״ם שם, אבל ע״א בעלמא אי היה נאמן הוה ליה להרמב״ם לפרש ולא לסתום. ואף דהתשב״ץ סי׳ פ״ב דייק בלשון הרמב״ם דע״א נאמן, אין הדיוקים מוכרחים ואין לנו לחדש כל כך ע״פ דיוקים בעלמא. וע״ע בתשב״ץ סו״ס ע״ז (ד״ה ובעינא) מה שהוצרך לדחוק בענין עדות האשה עצמה לפי שיטתו, ואינו נר׳ כן בפשטות מהרמב״ם הל׳ גירושין יב:טו, ואין להאריך בזה יותר. ג׳, הרי התשב״ץ עצמו (סי׳ פ״ב ד״ה וזו שיטה) תמה לפי שיטתו על מש״כ הרמב״ם הל׳ קידוה״ח ג:יד דאף דנאמן ע״א לומר דקידשו ב״ד את החודש דמילתא דעבידא לגלויי הוא, עכ״פ בעינן בזה ע״א כשר, ולפי התשב״ץ אינו מובן דהיה לנו להכשיר אפי׳ עבד או אשה. ד׳, הרי דייק התשב״ץ (סי׳ פ״ב ד״ה אבל) מהרמב״ם סוף הל׳ גירושין דקולת חכמים הויא דוקא בעד מפי עד ובגוי, אבל קשה דבתחילת האי הלכה גופא הזכיר הרמב״ם דהתרת חכמים הויא אף על אשה ועבד המעידין מעדות עצמן, והתשב״ץ מסכים שהן נאמנים מדאורייתא. הרי סתרו הדיוקים אהדדי, ובפשטות אין כוונת הרמב״ם לדייק כן. וכבר האריך הריב״ש סי׳ קנ״ה לסתור כל דברי התשב״ץ ולהסביר לשון הרמב״ם בכמה דוכתי נגד הטענות של התשב״ץ, ע״ש. (ויש אחרונים דכתבו דדוקא עד כשר נאמן מדאורייתא, וכן נר׳ דהבין הריב״ש ריש סי׳ קנ״ה וקפ״א בדעת התשב״ץ, אבל גם פי׳ זה קשה מפשטות הרמב״ם בהל׳ עדות ונחלות כנ״ל. ועוד קשה טובא לשיטתם דצ״ל דסוגיין דיבמות לט ע״ב אינו אלא דרבנן וזהו חידוש גדול בלי ראיה. וגם סברתם קשה לומר בדברי הרמב״ם סוף הל׳ גירושין, ואין להאריך יותר.)

ואף ביאור דהריב״ש (סי׳ קנ״ה) דאין ע״א נאמן אלא מדרבנן קשה בלשון הרמב״ם. דפשטות לשון הרמב״ם סוף הל׳ גירושין מבואר דלא הקפידה התורה בעדות גמורה במילתא דעבידא לגלויי, ופירוש הריב״ש (ד״ה ומה שאמר) דעל תקנת חכמים קורא תורה דחוק הוא. וכן דברי הרמב״ם בהל׳ יבום על סוגיין דיבמות לט ע״ב קשה טובא כנ״ל דצ״ל להריב״ש דהוי רק מדרבנן. ובאמת הריב״ש הרחיק עצמו מזה (ד״ה עוד הביא) והסביר דאה״נ הל׳ זו דאורייתא היא אלא דשאני התם שיכולין אנו לחקור הדבר מיד ובכגון דא נאמן ע״א מדאורייתא. אבל נ״ל דקשה לומר דהל׳ זו דאורייתא והך דהל׳ גירושין רק מדרבנן שהרי הרמב״ם הל׳ יבום שם ציין לדבריו בהל׳ גירושין, ומשמע בפשטות דשוין הן ביסודן.

ואף דאין אני כלום להכניס ראשי בין גאוני עולם שכבר נתקשו בסתירות אלו, תורה היא ומצווה אני ללמדה כפי קוצר הבנתי. ולכן נ״ל דכוונת הרמב״ם היא להסביר דלא נאמרו כל דיני עדות בדבר כזה דרחוק שיעיד בו העד בשקר, וכיון שכן מסור הדבר לחכמים לקבוע ההלכות במקומות אלו לפי האומד והצורך בכל מקום. ולכן, אין סתירה לומר דנאמן ע״א מן התורה בכה״ג ולומר ג״כ שאינו אלא מדבריהם. (ובאמת כעי״ז כבר כתב החזו״א אבהע״ז כב:ג אלא דנר׳ דהבין דזהו דין בכל נאמנות בתורה דניתנה הדבר לחכמים, והשוה שיטת הרמב״ם עם שיטת הריטב״א יבמות פח ע״א, ואינו נ״ל כן מלשון הרמב״ם.) וס״ל להרמב״ם דאע״פ דבתורת אומדנא גרידא לא אלים הסברא דעבידא לגלויי להאמין להעד להתיר אשה לשוק בדבר דבעי עדות (או דגזיה״כ היא בעלמא שלא לסמוך אפסולי עדות כלל), אבל כיון דס״ל דלא הקפידה תורה על דיני עדות כשעבידא לגלויי וניתנה רשות להחכמים לקבוע גדרי הנאמנות בדבר זה, שוב מתירין האשה משום נאמנותא דעד, ולאו מתורת אומדנא. אבל לא האמינו חז״ל להעד אלא להתירה לינשא ולא כדי שירדו היורשין לנכסיו, דלא לכל דבר קבעו חז״ל האי נאמנותא.[4]

ולפ״ז מיושבת שיטת הרמב״ם בסוגיין כמין חומר. דיסוד הענין של גילוי מילתא הוא דיש מקומות דמאיזה טעם שיהיה ל״צ עדות גמורה דלא חשיבי לחז״ל כחידוש דבר, וקבעו חז״ל בכל מקום הנאמנות הנצרכת

אלא דצריך להעיר דמבואר בתשב״ץ וריב״ש דהיה להם גירסא אחרת ברמב״ם הל׳ יבום שם, ולפי גירסתם נר׳ דצריך להסביר כא׳ מפירושיהן. אבל כיון דלא נר׳ כדבריהם מהטעמים הנ״ל, וגם דנר׳ דגירסא דילן היא הנכונה (ע׳ שינוי נוסחאות בר״מ מהד׳ פרנקל), אין לדחוק בביאור שיטת הרמב״ם בחינם.

[4] וע״ע באבי עזרי גירושין יג:כט (קמא) ובאבהא״ז שם דביארו באופן הקרוב לדברינו, אלא דהשוואתם למש״כ הרמב״ם בריש פר׳ כ״ד מהל׳ סנהדרין נ״ל קשה מכמה טעמים. די״ל דשם מיירי דוקא בממונות ובמקום שברור הדבר להדיין בפרט, וכאן אע״פ דיש סברא גדולה לומר דאינו משקר לא אלים האי אומדנא להתיר אשה לשוק ולהוציא ממון. ונ״ל דמדוייק יותר בלשון הרמב״ם כמו שכתבתי בפנים דזהו דין מסויים במילתא דעבידא לגלויי ואינו כלל בכל נאמנות דעלמא. (שו״מ בתשב״ץ סי׳ ע״ז ד״ה ולפ״ז דגם הוא השווה סוגיין להאי דהל׳ סנהדרין שם, אבל אזיל שם לשיטתו בסוגיין דע״א נאמן מדאורייתא בכל מילתא דעבידא לגלויי ובכל מקום שיש עוד סמוכין להאמינו, ע״ש באורך, וע׳ הערה דלעיל בסמוך.)

לפי הענין. ולפי הרמב"ם הן הן הדברים במילתא דעבידא לגלויי, דכיון דדבר רחוק הוא שיעיד העד בשקר לא נאמרה בה פרשת עדות ומסור הדבר לחכמים לקבוע איזה עדות בעינן. ואע"פ דעיקר הנידון חשיב כחידוש דמתירין ערוה ע"פ העד, ס"ל להרמב"ם דכיון דבסוג עדות כזה לא משקרי אינשי לא חשיב כסמיכה על יחיד בעלמא לחדש דבר, אלא נר' כמגלה לן המציאות. נמצא דכשנאמרה הסברא דמילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי דיברו חז"ל בטעמא להקל בנאמנות, אבל כשנאמר דינא דגילוי מילתא בעלמא הוא הסבירו חז"ל גדר הדבר מדוע לא נאמרה ביה הגזיה"כ דע"פ שנים עדים יקום דבר. ושני הלשונות שייכין להסביר דבר א', ומיושב לשון הרמב"ם עם לשון הגמ'. [5]

ונמצא לפי דברינו דאין כל מילתא דעבידא לגלויי שוה, והכל תלוי בקביעותא דחז"ל לפי האומד והצורך. וכבר מצינו חילוקים הרבה בכל דוכתא בפנ"ע. ע' הל' קידוה"ח ג:יד דפסק דבעינן דוקא עד כשר. ומצינו כמה קולות במיתת הבעל דלא מצינו בשאר דוכתי. וכבר הזכרנו לעיל דאין הע"א נאמן לענין ממונות אף כשעבידא לגלויי. הרי אין הכרח דהקילו חז"ל בכל דוכתא. ואפשר דזהו גופא הדיון בהגמ' בסוגיין ביבמות לט ע"ב אם הקילו כאן בהכרת האח לחליצה. וכבר העיר הריב"ש בכל זה קצת, ע"ש (סי' קנ"ה ד"ה אלא). [6]

---

[5] וכדברי הרמב"ם מבואר גם בפסקי הרי"ד ליבמות שם וז"ל, "ופסיק תלמודא והלכתא גילוי מילתא בעלמא היא אפי' קרוב ואפי' אשה, פי' דכל מילתא דעבידא לגלויי לא משקרי בה אינשי." זאת אומרת, כיון דמילתא דעבידא לגלויי הוא לכן חשיב גילוי מילתא ול"צ עדות גמורה. וכן ע' בדברי הקרבן עדה על הירושלמי יומא ג:א דלכאו' הבין כדברינו בענין מילתא דעבידא לגלויי דעלמא. אבל שו"מ בפי' ר' אברהם מן ההר יבמות לט ע"ב דהבין דברי הרמב"ם באו"א קצת ע"ש, והנר' לע"ד כתבתי.

[6] וכן נקטו כמה פוסקים דלא האמינו חז"ל לע"א בדיני ממונות אף כשעבידא לגלויי. ע' תוס' רי"ד ב"ב סוף קכו ע"ב דנקט כן בהדיא. (אלא שראיתי אלו שהסבירו דבריו שם באו"א דלא מיירי במילתא דעבידא לגלויי אלא בגילוי מילתא. אבל המעיין היטב בדבריו יראה דודאי כוונתו למילתא דעבדיא לגלויי, שהרי השוה דינו לעדות במיתת הבעל דאין היורשין יורדין לנחלה. וכן הרי הוא עצמו בפסקיו ביבמות לט ע"ב ביאר גילוי מילתא דהכא כהרמב"ם דהכוונה למילתא דעבידא לגלויי.) וכן פסק הרמ"א חו"מ ל:יד ובדרכ"מ שם ס"ק ב'(ד) כהריב"ש דלא הקילו חז"ל בזה בדיני

ולפי כל האמור מובנים דברי הרמב"ם פ"ה בהל' עדות הנ"ל. דיש להקשות על מש"כ דרק בג' מקומות נאמן ע"א (סוטה, ע"ע, ועדות אשה מדבריהם) הרי למה לא הזכיר האי דיבמות לט ע"ב וכן האי דקידה"ח. ונר' לומר דרק בהאי דעדות אשה קבעו חז"ל דנאמן העד כדין עדות גמורה ולאו מדיני נאמנות גרידא. ונפק"מ מזה דנר' דדוקא בעדות אשה אמרינן כל מקום שנאמן ע"א הרי כאן שניים לענין הכחשה. וכן י"ל דדוקא בעדות אשה שייכי הזמה וקרבן שבועת העדות ולא בשאר נאמנותא דגילוי מילתא. (וכבר העיר הגר"ח בזה דבעדות אשה נאמן העד מתורת עדות ממש, ע' בדבריו הל' רוצח ריש ט:יד ובהל' ט"ו שם ד"ה והנה. וכן מצינו בספרי עה"פ לא יקום ע"א באיש אבל לאשה קם להתירה לינשא דאסמכו חז"ל נאמנותא דע"א בעדות אשה אקרא דעדות גמורה.)

ממונות. (אבל הריב"ש סובר דאף בעלמא אינו נאמן אלא מדרבנן כנ"ל.) ואף התשב"ץ (סי' פ"ג ד"ה אבל מה) הסיק דיש לחלק בין דברים קלים ודברים חמורים, די"ל דאין להקל בדבר חמור ע"פ ע"א אע"פ דעבידא לגלויי.

וראוי להעיר עוד דיש דברים דעבידו לגלויי טפי ויש דברים שנחלקו הפוסקים אי חשיב עבידא לגלויי כלל. ע' בריב"ש המצוטט בפנים שהביא כמה דוגמאות לזה. ומצינו דנחלקו הפוסקים אי חשיב עבידא לגלויי כשאומר יש לי בנים וכדומה. (ע' בר"מ הל' יבום ג:ה, רשב"א יבמות צד ע"א, רמב"ן ב"ב קלד ע"ב ובתוס' רי"ד הנ"ל דנקטו דחשיב עבידא לגלויי. וע' בראב"ד על הר"מ שם ואולי בראש"ש הובא בב"ש אבהע"ז קנו:יד דנקטו לא כן.)

וגם השתמשו הראשונים בהאי סברא דמילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי בכמה עוד דוכתי. ע' בראש"ש קידושין סוף סד ע"א דיש לפעמים לחוש לחומרא לעדות פסולה במילתא דעבידא לגלויי. (ונר' אולי דכן הוא הה"א בר"מ בהאי סוגיא הל' יבום ג:ב ובשו"ע קנז:ו. וי"ל דזהו הביאור ברש"י קידושין שם וברשב"ם ב"ב קלד ע"ב דנאמן אדם לומר אחוהי דמיתנא אנא לזקק האשה לחליצה.) וע"ע לקמן דמבואר בראשונים בכמה דוכתי דהאמינו לע"א בהגילוי מילתא של הרי"ף בסוגיין דוקא בצירוף הסברא דעבידא לגלויי. וכן נר' בביאור שיטת הרמ"א חו"מ מט:ב דפסק כהני ראשונים דנאמן ע"א במילתא דעבדיא לגלויי אף בממונות, וכבר הקשה הקצוה"ח שם דהוא סותר משנתו לעיל ל:יד. ובפשטות נר' דשאני התם (מט:ב) דהוי גילוי מילתא בעלמא כסברת הרי"ף ולכן נאמן בצירוף הסברא דמילתא דעבידא לגלויי. וע"ע לקמן דנבאר בעז"ה דמוכח כן מהראשונים. וע' בבכורות סוף לו ע"א דמהני סברת מילתא דעבדיא לגלויי באיסורין להוריד חשש נגיעות וכדומה. וכן לפי רוב ראשונים בעדות אשה דלא סברי כהר"מ מהני האי סברא כסניף להאמין להעד להתיר האשה. וכיון שמצינו האי סברא בכמה וכמה אופנים ודינים שונים, א"א להשוות בין כל או"א לגמרי, ובמקום א' סמכו חז"ל על האי סברא לגמרי ובמקו"א רק כסניף לנאמנות אחרת וכדומה.

ב) שיטת הרי"ף

כתב הרי"ף לבאר הגילוי מילתא בזה"ל (יבמות יג ע"א בדפ"ה), "דלאו אמילתא דאיסורא קמסהדי ולאו אממונא מסהדי אלא מלתא בעלמא הוא דמגלו דהדין ניהו גברא פלן." ולכאו' צ"ב בהאי סברא, הרי סו"ס האיך סומכין על ע"א להתיר אשה לשוק. וכבר נתקשו כמה ראשונים בביאור דבריו, ע' בשיטות הריב"ש ותשב"ץ לקמן דלכן כתבו סברתם בדעת הרי"ף. אבל לע"ד לא נר' כדבריהם מפשטות לשון הרי"ף דאין בדבריו זכר לסברתם. וע' תוס' חד מקמאי ביבמות שם דכבר העיר בזה.[7] וע' בחזו"א אבהע"ז (סוף קא:ג) דגם התקשה בביאור סברת הרי"ף, אבל פירושו דחוק, ע"ש.

ואחר עיון רב נ"ל פשוט בכוונתו כהסברא שכתב הר"י מיגש ב"ב קלה ע"א (ד"ה אמר ליה אביי) בביאור הא דנאמן הבעל לומר יש לי בנים כדי להתיר אשתו לשוק משום דבידו לגרשה אבל אינו נאמן לומר גרשתי את אשתי אע"פ דבידו לגרשה. וזה לשונו הזהב, "היכא דאמר יש לי בנים אמילתא אחריתי באפי נפשה הוא דקאמר ולא עקר להו לנישואין דאית ליה בגווה, אבל היכא דאמר גרשתי את אשתי אי נמי קדושיה על תנאי היו ועקורין הן מעיקרא, כיון דחזינן דהוות יתבא תותיה ואיתחזק גבן דאיתתיה היא לאו כל כמיניה למימר גירשתיה דקא עקר להו לנישואין דאית ליה בגווה וכ"ש למימר דקדושיה על תנאי היו דקא עקר להו לקידושין דידה מעיקרא." ונראה לבאר שהרי כלל גדול הוא בהל' נאמנות דכל שהדבר מוחזק לן יותר בעינן יותר נאמנות לשנותו. ולכן באשה שמוחזקת לן באיסור ובא הבעל לעקור הנישואין דאית ליה בגווה, אין לנו לשנות מוחזקות שלה בנאמנות קלושה. אבל כשאמר שיש לו בנים אע"פ דעי"ז הוא מתירה לשוק אין עדותו סותר החזקת איסור בהדיא ועדותו קיימת בפנ"ע בלי שייכות להחזקת איסור של האשה ולדבשב"ע, ויכולים

---

[7] וע' הגהות חו"י על הרי"ף דכתב דהמשך דברי הרי"ף מגומגין קצת וזה גרם להריב"ש וסיעתו לדחוק בדברי הרי"ף. אבל נלע"ד דכוונת הרי"ף דהאי אשה או קרוב מעיד להעד בב"ד שחותם על הגט חליצה, דבזה מיירי הגמ' שם, ואיני רואה בזה שום גמגום, וצ"ע.

אנו לקבל דבריו וממילא האשה מותרת. ואע״פ דלא שמענו שיש לו בנים ואולי אפי׳ מוחזק שאין לו בנים, סו״ס לא חמיר מוחזקות זו כולי האי כיון דאין זה מוחזקות בגוף האיסור ויכול לשנות הדבר בקלות יותר. וכן נר׳ בביאור דברי הרי״ף בסוגיין, דכיון דאין העד מעיד לשנות המילתא דאיסורא ממש אין בדבריו חידוש כ״כ נגד הדבשב״ע, ויש להאמין לע״א בעלמא ואפי׳ אשה ואפי׳ קרוב.

וכהאי סברא כבר מבואר מהדין דהאיסור עצמו בע״א יוחזק (רמב״ם סנהדרין טז:ו), דאע״פ דאין מלקין ע״פ ע״א, כיון דע״א נאמן באיסורין וכבר הוחזק לן האיסור קודם החיוב אין זה כחיוב ע״פ א׳, אלא הע״א קובע המציאות ושוב מלקין עליו. וכן מהא דסוקלין ושורפין על החזקות, דאע״פ די״ל דאין מחייבין כלום מכח אומדנא (ע׳ מהרי״ק שרש קכ״ט ד״ה ואם כי) אין זה אלא כשאין עיקר המעשה המחייב ברור, אבל החזקת המציאות ודאי מחזיקין ע״י חזקות ואומדנות בעלמא. אלא דחידש הרי״ף כאן מעל זה טובא, דעד כאן לא מצינו האי סברא אלא בעדות דאיסורין וכלל הוא בהתורה דע״א נאמן בהן, וכיון דבא עדותו קודם לדבר שצריך עדות גמורה כבר הוחזק הדבר ע״פ האי עד. אבל כאן אין הנידון על דבר של איסור והיתר אלא על הכרת אדם בעלמא, וי״ל דלא הוחזק הדין מתחילה כלל, דלא גזר רחמנא להחזיק המציאות כע״א אלא באיסורין, אבל בכה״ג דלא הוי איסורין וגם נוגע לדבשב״ע לא. וכן סובר הרמב״ם והחולקים על הרי״ף בסוגיין ביבמות דאינו מוחזק כדברי העד אלא לענין איסורין אבל לעריות דצריכין שניים לא. וכ״כ ר׳ אברהם מן ההר כאן בהדיא, ״דהואיל וממונא ואיסורא (דהיינו דבשב״ע) מתלא תלו אי האי הוא גברא פלן או לא, אממונא ואיסורא קמסהדי.״ ולכן הוא פי׳ סוגיין כהרמב״ם ודלא כהרי״ף.

ומצינו האי חילוק שכתבנו בדעת הרמב״ם בהדיא בסוגיא דקידושין סג ע״ב. וז״ל הברייתא שם, ״בני זה בן י״ג שנה ויום א׳ בתי זו בת י״ב שנה ויום א׳, נאמן לנדרים ולחרמים ולהקדשות ולערכים אבל לא למכות ולעונשים.״ ופירשו שם רוב הראשונים (ע״ש ברמב״ן, רשב״א, ריטב״א, ועוד) דכלל הוא דנאמן ע״א לומר שנתגדל הקטן לענין איסורין אבל לא לענין עונשין. ותמהו האחרונים (ע׳ מחנ״א עדות י׳, שעה״מ סנהדרין טז:ו, וחזו״א אבהע״ז נט:יח) מאי שנא התם בקידושין דפלגינן

הנאמנות מע"א באיסורין דעלמא דאמרינן דהאיסור עצמו בע"א יוחזק ושוב מלקין ע"פ הך חזקה. וכתב השע"י (ו:יג ד"ה אמנם שיטת) לחלק כנ"ל וז"ל, "כשמעיד על הדבר שהוא חלב כליות היה אז עדות שלימה בלי שום התפלגות בנאמנות והיה אז דין ע"א נאמן באיסורים, ונתברר הדבר עפ"י עדות מעליא שזה חלב האסור, ואח"כ כשעבר ואכל עפ"י התראת עדים אי"צ לבירור חדש על אותו הדבר, שכבר נתברר עפ"י תורת עדות לפי ערך דין העדות שהיה צריך מה"ת בזמן ההוא. אבל להעיד על האיש שהוא בן י"ג הוא אינו עדות באיסורים, שענין זה אינו איסור והיתר, ורק מתחילה אנו מקבלים עדות זה בהתפלגות, דלענין נדרים וכו' מועיל עדותו, אבל לענין חליצה וכדומה ושאר ענינים דבירורם צריך ב' עדים לא מהני," עכת"ד. ולפ"ז נתפרשה שיטת הרמב"ם בסוגיין ביבמות כמין חומר, דלא נקט כחילוקו של הרי"ף כיון דמיירי הכא בדבר שאינו איסור והיתר, ואין הדבר מוחזק לגמרי ע"פ ע"א אי לאו מטעמא דמילתא דעבידא לגלויי וכמו שבארנו בשיטתו לעיל באורך.[8]

---

[8] אף דנר' דסברת השע"י נכונה היא לתרץ הקושיא מהסוגיא דקידושין, חשבתי דאולי יש לחלק עוד בין הדין דהאיסור עצמו בע"א יוחזק מסוגיין דיבמות. די"ל דלא אמרינן הדין דהאיסור עצמו בע"א יוחזק אלא לענין מלקות ולא לשאר דברים דצריכי ב' עדים אף אם אין העדות נוגע להאי דבר אלא בתולדה כדבסוגיין. די"ל דכיון דנאמן ע"א על האיסור הרי יש חיוב לימנוע מהאיסור מעיקר דין תורה, ומי שאוכלו בהתראה יש לחייבו מלקות. אבל אין הדבר מוחזק כך אלא לענין איסור ומלקות מדין ע"א נאמן באיסורין, אבל אולי אין להתיר דבשב"ע ע"פ האי מוחזקות וצריך שניים. ולפ"ז אף כשהע"א מעיד על איסור ממש לא מהני עדותו לערוה אף בתולדה, וצ"ע בזה. ואף דנאמן ע"א להכשיר מקוה אע"פ דעי"ז יטהר מי שהוחזק בטומאה, נר' דאין להוכיח משם די"ל דהוחזק לכל דיני איסורין כמו שהוחזק למלקות, אבל לדבשב"ע דלא נכלל בכלל איסורין לא.

ויש להעיר לפי דברינו בעוד דבר א'. הנה ראיתי חכם א' שכתב בפשיטות דבאופן שאחד מודר הנאה מכל אשת איש דגם ע"א שאומר שנתקדשה נאמן לגבי האי איסור ככל איסורין דעלמא דרק לגבי הדבשב"ע אינו נאמן. אבל לפי דברינו אינו כן, שהרי רק בדבר שאינו לא איסור ולא ערוה נאמן ע"א לענין איסורין בתולדה, אבל בדבשב"ע ממש נר' בפשטות דאינו נאמן אף לענין איסורין. וכן נר' מהא דנר' מהפוסקים בריש המאמר דלעיל דאין ע"א נאמן כלל לומר עבדי הוא ואף לאיסורין אי לאו משום דהוי גילוי מילתא כמו שהסברתי שם.

ובאמת, יש להקשות מהך סוגיא בקידושין על שיטת הרי״ף בסוגיין דיבמות, דמאי שנא התם דאין העד נאמן לענין עונשין מסוגיין דנאמן העד אף להתיר אשה לשוק. ואע״פ דבדעת הרי״ף עצמו היה מקום להתעקש ולחלוק על היסוד של השע״י הנ״ל, די״ל דהרי״ף פירש הסוגיא בקידושין באו״א לגמרי, ופי׳ דאין ע״א דעלמא נאמן על גדלות הקטן ודוקא האב נאמן במקצת ומשום יכיר (ע׳ בשלט״ג קידושין לב ע״א בדפ״ה), עכ״פ צריך לחלק כנ״ל בדעת הריטב״א ורמב״ן דפירשו הסוגיא כרוב הראשונים. והרי מהריטב״א והרמב״ן נדה מח ע״ב נר׳ דמודו לפירושא דהרי״ף בסוגיין דיבמות ע״ש, ולדעתם ודאי קשה כנ״ל מאי שנא האי דקידושין מסוגיין ביבמות. (ואין לדחוק לחלק בין עונשין ועריות, דבריטב״א בקדושין מבואר דאף לענין דבשב״ע אין העד נאמן שם.) ובאמת כבר תירץ הריטב״א בקידושין קושיא זו בעצמו וז״ל, ״ואע״ג דשרינן ע״פ קרוב או אשה שהיבמה זו אשת המת ושהחולץ אחיו של מת, התם כיון דמילתא דעבידא לגלויי דייקי ואמרי אבל הכא זימנין דלא דייקי.״ הרי מבואר מהריטב״א ומהקושיא שהקשינו מהסוגיא בקידושין דאי אפשר להתיר דבשב״ע ולחייב עונשין ע״פ סברת הרי״ף בפנ״ע וצריכין אנו לסיוע מטעמים אחרים כסברת מילתא דעבידא לגלויי וכדומה.

וכן מבואר בהראשונים גם בדוכתי אחריני דלא האמינו חז״ל לע״א ע״י האי סברא של הרי״ף לחודיה, ובכל מקום צירפו לזה עוד טעמים להאמין להעד. ע׳ בסוגיית הגמ׳ ב״ב סוף קסז ע״ב בענין אשה שתובעת כתובתה דהוכיחו שם הראשונים דסומכין על ע״א בעלמא להעיד שזוהי אשת הבעל דלהכרת אדם ל״צ אלא ע״א, והשוו הדין לסוגיין ביבמות. אלא דע״ש בדבריהם דלא כתבו כסברת הרי״ף אלא כתבו משום דהוי מילתא דעבידא לגלויי. וכבר העיר בזה הקוב״ש שם (אות תר״כ) דהרא״ש עצמו ביבמות כתב כטעמא של הרי״ף ושם בב״ב כתב טעמא אחרת משום מילתא דעבידא לגלויי. וכן יש להקשות על הנמו״י וריטב״א.[9] ולפי דברינו מיושבין הדברים, דאפי׳ להרי״ף אין טעמו עומד

---

[9] מהכא נר׳ דהריטב״א סובר דמהני סברת גילוי מילתא אף בממון. וזהו נגד דיוקא של המהריב״ל ח״ב סי׳ מ״ט בדברי הריטב״א נדה מח ע״ב. וכיון דמבואר בהרי״ף

בפנ״ע לגמרי ולא האמינו חז״ל שם אלא בצירוף עוד סברות. וכן ע׳ בראשונים על הסוגיא דגיטין יט ע״ב, דמבואר שם דעדים שאינן יודעין לקרות השטר דקורין לפניהם וחותמים. ומבואר בראשונים (רמב״ן, רשב״א, ורא״ש שם, תוס׳ ט ע״ב ועוד) דאין ע״א נאמן לחוד והוסיפו לו עוד טעמי בירור להאמינו, משום דעבידא לגלויי או משום דספרי דדייני אית להו אימתא וכו׳, ע״ש. ואע״פ דאינו אלא גילוי מילתא כמבואר שם ברשב״א, אעפ״כ אין ע״א נאמן בלי הוספת בירור כמו שכתבנו. וכן ע׳ בתרוה״ד ח״א סי׳ רל״ח (ונפסק ברמ״א אבהע״ז קמא:לו) דהשולח גט לאשתו ואין השליח מכירה לא יתנהו לה אלא ע״פ שני עדים שזאת אשתו. וביאר התרוה״ד דשאני דבר זה מאשתמודעינהו דעלמא דהכא איכא למיחש טפי פן יטעוהו, ע״ש. ולכאו׳ נר׳ דבהאי דהגמ׳ יש הרבה סמוכין לדבר שהעיד בצדק, ובשליח קל יותר להטעותו ואינו נאמן.

ובאמת נר׳ דאף מסברא בעלמא מסתבר דאין לדמות לגמרי הך דיבמות לדין דהאיסור עצמו בע״א יוחזק, ומסתבר להצריך עוד סיוע להאמין להעד כמו שבארנו. שהרי שאני האי דיבמות דבא העד להתיר האשה ואין נפק״מ לן השתא חוץ מזה שהוא דבשב״ע. משא״כ בע״א באיסורין דעלמא דיש לן ודאי נפק״מ השתא לענין איסורין, ולכן מסתבר יותר דאפשר להחזיק הדבר כדברי העד לכל דבר. (ובזה נר׳ דחמור סוגיין ביבמות אף מהאי דקידושין סג ע״ב הנ״ל, דהתם יש נפק״מ השתא בין לאיסורין בין לעריות משא״כ הכא דלא נפקא לן השתא אלא להתיר האי אשה.) אלא דעדיין אין האי דיבמות עדות על דבשב״ע ממש, דלענין החזקת האי פלוני כהאח אין זה בעצם דבשב״ע דאינו אלא גילוי מילתא כיון דאינו נגד שום מוחזקות כמו שבארנו במאמר דלעיל. ולענין התרת האשה לשוק, אין זה אלא דבשב״ע בתולדה דלשיטת הרי״ף קל הוא מדין דבשב״ע ממש.

הרי נר׳ מכל הנ״ל כמו שכתבנו דאף סברת הרי״ף אינה סברא גמורה להאמין לע״א ופסול בכל מקום, ולא האמינו חז״ל בגילוי מילתא

דמהני הסברא אף לממון וכן מבואר מכל הנך ראשונים, נר׳ דאין לדחות הפשטות מדיוקא בעלמא, וע׳ בזה.

כזה להתיר דבשב״ע או להוציא ממון וכדומה אלא בצירוף עוד טעמים וכשאין המוחזקות אלימא נגדו כמו שנתבאר. ונר׳ בגדר הדבר כמה שכתבנו לעיל בדעת הרמב״ם, דלא נאמרו החוקים של פרשת עדות אלא כשבא לחדש דבר, אבל בגילוי מילתא ניתנה רשות לחז״ל לקבוע גדרי הנאמנות. אלא דהרמב״ם סובר דחשיב גילוי מילתא כשהוי מילתא דעבידא לגלויי. והרי״ף סובר דחשיב גילוי מילתא כשאין העדות על עיקר החיוב דבכה״ג לא חשיב כחידוש דבר כ״כ כמו שבארנו, ומהני סברת מילתא דעבידא לגלויי כסניף בעלמא להאמין להעד.

ולפי דברינו יש להסביר עוד כמה סוגיות חמורות בש״ס. הרי בסוגיא דעדות אשה נקטו רוב הראשונים (ובכללם הם דנקטו כסברת הרי״ף בסוגיין) דלא כהרמב״ם הנ״ל, ע׳ בדבריהם בריש פרק האשה רבה. ובפשטות נר׳ דעדות על מיתת הבעל חשוב כעדות על עיקר היתר האישות, ולשיטתם לא מהני סברת מילתא דעבידא לגלויי בעדות על עיקר האיסור כנ״ל. אבל גם מובנת שיטת הרמב״ן (הובאה בחי׳ ר׳ קרשקש גיטין ב ע״ב ד״ה והא דאמרינן) דע״א נאמן בעדות אשה מדאורייתא ״דהתם אינו אלא גילוי מילתא בעלמא שאנו צריכין לדעת אם מת בעלה.״ (וכ״כ הריטב״א בה״א דהגמ׳ ריש פר׳ האשה רבה.) דאע״ג דבהגמ׳ מבואר הטעם דהאמינו משום מילתא דעבידא לגלויי, הבין הרמב״ן דעדות של מיתת הבעל אינה עדות על עיקר האיסור ובצירוף הטעם דעבידא לגלויי נאמן אף מדאורייתא.[10]

---

[10] ע״ע בחי׳ הרמב״ן כתובות סוף כא ע״ב דכתב עוד נפק״מ בהאי חילוק לענין נוגעין בעדות. גם חשוב להעיר שהרי בארנו דלפי שיטת הרי״ף וסיעתו אין סברת מילתא דעבידא לגלויי סברא שעומדת בפנ״ע להתיר דבר דבעצם צריך עדות. וכבר הקשה התשב״ץ הנ״ל מהגמ׳ ר״ה כב ע״ב דנאמן א׳ להעיד שקידשו ב״ד את החודש, משום סברת מילתא דעבידא לגלויי לחודיה. ולכאו׳ צ״ל כמש״כ הריב״ש סי׳ קנ״ה (ד״ה ומה שהביא) דלא נאמרה הגזיה״כ להצריך עדות אלא לקידוה״ח ממש ולא כשמעיד שכבר קידשו דהוי כאיסורין דעלמא, וע״ש למה הוצרכה הגמ׳ לסברת מילתא דעבידא לגלויי כלל. וכן כבר נקטו כמה אחרונים בר״ה שם בפשיטות דחשיב כאיסורין ונתקשו למה צריכין לסברא דמילתא דעבידא לגלויי, ואין להאריך. וע״ע ברמב״ן בתורת האדם (הובא ברא״ש מו״ק ג:לב וטור יו״ד שצ״ז) דע״א נאמן לחייב אבילות משום מילתא דעבידא לגלויי. אבל לכאו׳ אינו קשה משם כלל דאינו אלא איסורין בעלמא. ונר׳ בכוונת הרמב״ן דאפי׳ תימא דאין ע״א נאמן באיסורין נגד

וגם אפשר לבאר המח׳ בין הרמב״ן ושא״ר הנ״ל בענין עדות אשה באו״א קצת. די״ל דלא הועילה סברת הרי״ף אלא במקום דבשעת העדות אין הכרח לשנות מוחזקות לפי דברי העד וכהאי דיבמות דבשעת העדות אין שום שינוי במוחזקות בדבשב״ע, ורק אחר שהוחזק הדבר ע״י העד אז חולצין ומתירין את האשה. משא״כ בהאי דעדות אשה דחשיב כעדות על דבשב״ע ממש כיון דע״י העדות על מיתת הבעל האשה מותרת בהכרח. ומצינו האי חילוק בהרמב״ם בענין החזקת האיסור ע״י ע״א, דמדוייק בדבריו (הל׳ סנהדרין טז:ו) דאם בשעת העדות יש נפק״מ לדבר שצריך עדות ממש אין ע״א נאמן לזה אע״פ דאין עדותו אלא על איסורין בעלמא. ונר׳ דבכה״ג פלגינן הנאמנות, ונאמן לענין האיסור אבל לא לענין הדבר דצריך שניים. (וכ״כ באג״מ אבהע״ז ח״ד סי׳ כ״א ד״ה אך, וכן נר׳ מהשע״י הנ״ל ע״ש בפנים, ולכאו׳ פשוט הוא.) וכן י״ל אף הכא בסברת הרי״ף דלא חשיב גילוי מילתא בכה״ג.

וכן מצינו בסוגיא דקידושין סוף יב ע״א באשה שנתקדשה בדבר שמסופק לן אי שוה פרוטה ובא א׳ ואמר דבאמת היה שוה פרוטה ואמר ר׳ חסדא דאינו נאמן, ״לאו כל כמינך דאסרת לה אבתרא,״ ע״ש. ומבואר בהראשונים שם (שיטה לא נודע למי, ראב״ד, וכן נר׳ מקושיית הריטב״א, וכן משמע ברמ״ה שם והובא בטור סי׳ ל״א, וכן ע׳ במקנה שם דנקט כן בהדיא בפשיטות) דכן הוא אף כשלא התקדשה לאחר אח״כ, דכלל הוא בכל מקום דאין ע״א נאמן לאסור האשה ולומר דהיה שוה פרוטה בשעת הקידושין. וכתב שם הקוב״ש (אות צ׳) דטעמא דאינו נאמן ולא אמרינן כסברת הרי״ף בסוגיין דיבמות היינו משום דהתם בקידושין לא בא העד עד לאחר המעשה קידושין ובכה״ג לא חשיב גילוי מילתא כנ״ל. (אלא דכתב האי חילוק בדעת הריב״ש, ולפענ״ד אין הדבר תלוי על חידושא של הריב״ש כלל. וע׳ לקמן בעז״ה בביאור שיטת הריב״ש.)

איתחזק שאני התם דעבידא לגלויי. וכבר מבואר מכמה דוכתי דאיתחזק איסורא באיסורין שצריך ב׳ עדים קל הוא מערוה וממון ואין להקשות מהתם, ואכמ״ל בזה. ועוד יש לציין להערה דלעיל דאין כל מילתא דעבידא לגלויי שוה, וי״ל דבדבר שעבידא לגלויי השתא ובקלות נאמן ע״א אף לאלו דנקטו כהרי״ף, ע׳ ברשב״א גיטין יט ע״ב.

אבל באמת נ״ל מסתבר דאין זה נכון לגמרי, דלא מצאתי הכרח לחלק כן לפי הרי״ף וסיעתו בסוגיין דיבמות. ומסתברא לי דאף כשחלצו והדר בדקו ע״י ע״א לדעת שזהו באמת האחוה דמיתנא דנאמן אע״פ דלאחר המעשה הוא. דסו״ס אין בדברי העד חידוש ואינו מעיד בהדיא לשנות דבשב״ע. והא דאין ע״א נאמן בהאי דקדושין יב ע״א לומר דהדבר שוה פרוטה י״ל בפשיטות כמו שכתבתי לעיל דאין ע״א נאמן בכה״ג אלא כשיש עוד סיוע לדבריו והתם ליכא. ועוד דלכאו׳ שאני התם דיש לנו טעמא להסתפק אי הוה שוה פרוטה, משא״כ בסוגיין דיבמות דאינו אלא אי ידיעה ולא ספק ממש.

אבל עיקר החילוק עדיין מסתבר וכמו שמוכח מהרמב״ם הנ״ל, וכשיש אפי׳ קצת חידוש בדברי העד אולי יש לחלק הכי. ולכן בהאי דנדה מח ע״ב דכתבו הריטב״א ורמב״ן דנשים נאמנות על סימני גדלות באשה כיון דאינו עדות על עיקר דבשב״ע ועבידא לגלויי לכל, אולי אינו כן אלא קודם שקיבלה קידושין וכדומה אבל אולי י״ל דאם כבר קיבלה קידושין בעינן ב׳ עדים לעשותה לגדולה, וע׳ בזה. וכן י״ל בדעת הראשונים דלא כתבו כסברת הרי״ף דהכא כדי להסביר הקולא בעדות אשה, דשאני התם דאע״פ דמילתא דעבידא לגלויי הוא וגם י״ל דמיתת הבעל אינו אלא דבשב״ע בתולדה, אבל כיון דיש קצת חידוש בדברי העד וע״י עדותו תשתנה דבשב״ע בהכרח, לא חשיב גילוי מילתא ואינו נאמן. אמנם נר׳ דדעת הרמב״ן כפי שהובאה בר׳ קרשקש בגיטין הנ״ל אינו כן, דכיון דאין עדות על מיתת הבעל עדות על עצם דבשב״ע יש כבר מקום להאמין לע״א בצירוף הסברות דדייקא ומנסבא ומילתא דעבידא לגלויי. וכן בהאי דהר״י מיגש הנ״ל בב״ב קלה ע״א, הרי גם שם השתנתה חזקת האשה בהכרח ע״י עדותא דבעל, דעד השתא מוחזקת ליבם וע״י עדותו מוחזקת בהיתרא לשוק, ואעפ״כ השתמש בסברת הרי״ף. אבל אין להשוות הדינים לגמרי, דשאני אלימות המוחזקות והסברות דנאמנות בכל מקום ותלוי הדבר באומד של חז״ל כמו שבארנו.

וכן נר׳ מעוד כמה סוגיות כמו שכתבנו דאף כשאין העדות על עיקר האיסור והממון א״א להקל בלי לצרף עוד סברות בנאמנות וכדומה. וכיון שראיתי מבוכה בהאחרונים בהאי ענין כדאי הוא לבאר עוד בזה בקיצור. הרי ראיה מהימנא לזה נמצאת בסוגיא דגיטין ב ע״ב דמבואר

ממסקנת הגמ׳ דעדות על הגט לומר שנכתב לשמה חשיב דבר שבערוה ונגד איתחזק איסורא. וכבר העיר בזה רעק״א בחי׳ שם וז״ל, ״אף דהשליח מעיד קודם הגירושין שגט זה כשר לגרש בו דנכתב לשמה, ובזה עתה אינו מוציאה מחזקתה דהא גם כפי עדותו עתה היא אשת איש אלא שמעיד דאפשר לגרשה בגט זה, וזה אינו נגד החזקה דהא פשיטא דיכול לגרשה בגט כשר, אעפ״כ מיקרי חזקת איסור במה דנדון אחר הנתינה דמגורשת ע״י גט זה עפ״י עדות העד.״ וכבר הקשו האחרונים (ע״ש בתורת גיטין ועוד טובא) מאי שנא ממש״כ הרמב״ם באיסורין דעלמא דהאיסור עצמו בע״א יוחזק ומהא דע״א נאמן להכשיר מקוה אע״פ דאח״כ יטבול שם מי שאיתחזק בטומאה. וכן הקשו מאי שנא מסוגיין דיבמות לפי פי׳ הרי״ף. ולפי דברינו מתפרשת הסוגיא בפשיטות, דאין הנידון על עניני איסור והיתר לומר ע״א נאמן באיסורין, והוי כהאי דקדושין סוף סג ע״ב בעדות שהתגדל הקטן דבעצם אינו דבר שבערוה וגם אינו איסור ואינו נאמן לענין דברים שצריכין ב׳ עדים כמו שבארנו לעיל באורך מהשע״י. ושאני סוגיין ביבמות דיש עוד טעמין להאמין להעד וכדברי הראשונים הנ״ל. (אלא דתרצו האחרונים הקושיא באו״א לשיטתם וכתבו דעדות על הגט חשיב דבשב״ע דהוי כהתחלת הגירושין, ע׳ שע״י ז:יד ד״ה ונר׳ לענ״ד ודבר״י סי׳ ל״א ועוד. אבל כבר העיר בחי׳ ר׳ נחום גיטין סי׳ ל״ט דעדיין נר׳ קשה קושיית התו״ג למה חשיב נגד איתחזק איסורא באיסורין דעלמא, ע״ש. ולא עוד אלא דמסיק השע״י בסוף הפרק הנ״ל בקושיא מהסוגיות שהבאנו והוצרך לפרש ע״י חילוקים דחוקים והסיק דהסוגיא צריך תלמוד. אבל לפי דברינו כל הקושיא מעיקרא ליתא, וצל״ע על השע״י דלא פי׳ ע״פ יסודו הנ״ל ונר׳ קצת דסתר משנתו. ופשטות הדברים ודאי נר׳ כמ״ש רעק״א הנ״ל וכמו שבארנו.)

וכן לפי דברינו לכאו׳ היה נר׳ דאין ע״א בעלמא נאמן על שליחות בדבשב״ע וצריך לזה ב׳ עדים או סברת בידו או סברות אחרות בנאמנות. וכן נר׳ מהגמ׳ גיטין סו ע״ב בסוגיא דאומר אמרו דאין להעדים לחתום ע״י דברי ע״א לחוד, וצריך לשלוח ב׳ עדים לומר להעדים לחתום.[11] וכבר

[11] וע׳ ברשב״א גיטין כט ע״א (סוד״ה אמר) דכתב על האי דין דאומר אמרו בזה״ל, ״נראה דדוקא ע״פ שנים כותבין אבל ע״פ א׳ לא.״ ואין להקשות על דברינו מהא

העיר בזה התו״ג שם בסוף דבריו, אלא דכתב לחלק דעדות דנעשה שליח אינו גילוי מילתא גמור כיון דצריך להזכיר ענין התרת האשה, ע״ש. וע״ע ברמב״ם גירושין ט:ב דגם נר׳ מפשטות דבריו דאין ע״א לחוד נאמן, ושאני אישות ג:טו דהודו שניהם, ע״ש. ולא נחלקו הראשונים אלא בעדות לקיומי אבל בעדות לברורי דמינה שליח נר׳ דצריך לזה בירור גמור. וכן נקט רעק״א בפשיטות, ע׳ בחידושיו בגיטין על תוס׳ סוף ב ע״ב. וכ״כ גם האג״מ (אבהע״ז ח״ג לב:ג) ותמה שם על מי שרצה לומר אחרת. (אבל ע׳ בשע״י הנ״ל ז:יד דדן בזה באריכות והסיק דאף ע״א סתם נאמן. וכן ע׳ בשערי חיים גיטין סי׳ י״א דדן בקושיא של רעק״א בענין זה ונקט השע״ח דלא כדברינו. אבל נ״ל דיש ליישב קושיית רעק״א באו״א דאין באמת חשש שם, אלא דחמירא עדות לקיומי דצריך בירור כעדות ממש, ואכמ״ל. וכן לענין עדות על קיום התנאי בגו״ק, הרי לא נחלקו הראשונים אלא בהצרכת עדי קיום למחילת התנאי וכו׳ אבל לברורי ודאי אין ע״א בעלמא נאמן, וצריך ב׳ עדים או הודאת בע״ד וכדומה. וכן מבואר בראשונים קידושין ס ע״ב ע״ש בסברותיהם, וע׳ בחזו״א אבהע״ז נה:ו ובאוצר הפוסקים על הרמ״א לח:לט. אלא דאולי אין להביא ראיה לדברינו משם די״ל דשאני קיום התנאי דחשוב כעדות לאחר המעשה קידושין וכמו שחלקנו לעיל. (אבל דינים אלו בענין עדות על השליח וקיום התנאי צריכים בדיקה דלא עיינתי בהן כל הצורך. וע״ע רמב״ם הל׳ גירושין ט:לב, אישות ז:כג, ובקהלת יעקב מבעל הנתיבות הל׳ קידושין לה:ג.)

עוד ראיתי מקשים מתוס׳ גיטין ב ע״ב (ד״ה ע״א נאמן באיסורין) בה״א של הגמ׳ שם דנאמן השליח להעיד דנכתב הגט בפניו לשמה משום ע״א נאמן באיסורין. וז״ל התוס׳, ״הקשה ר״ת מה תשובה היא זאת (דנאמן משום ע״א באיסורין) עיקר הגט יוכיח שצריך לחותמו בב׳, ותי׳ דה״ק דע״א נאמן באיסורין בכה״ג שעיקר הגט נעשה כבר ושוב א״צ אלא גילוי מילתא לידע אם לשמה נכתב.״ וראיתי בדברי יחזקאל סי׳ ל״א דפי׳ דה״א דכיון דאין העד מעיד אלא על כשרות הגט והוא קודם הגירושין ה״א

דיש לו צד דסגי בא׳, דאפי׳ אם היה סגי בחד לא היה מוכח כלום, דהוי ככל שליח דמהני השליחות בחד ואח״כ מבררין הדבר ע״פ הודאת הבעל וכדומה. ורק מהא דמבואר דצריך שניים יש להוכיח כדברינו.

דחשיב גילוי מילתא וכסברת האחרונים הנ״ל. אבל לע״ד אין זה כוונת התוס׳, דהדגיש ר״ת דדוקא משום דעיקר הגט נעשה כבר לכן ה״א דאינו אלא גילוי מילתא, אבל על כשרות הגט סתם ודאי אין להאמין לע״א. ולכאו׳ הביאור בתוס׳ הוא כעין מסקנת הגמ׳ שם, דמסתמא נעשה הגט בהכשר ובכה״ג יש להאמין לע״א, אלא דבהה״א לא ידעה הגמ׳ דנחשב כרוב ממש ולכן הוצרכו לגילוי מילתא דעד א׳. (ולא נתברר אם כוונת ר״ת בגילוי מילתא הוי כעין פי׳ התשב״ץ לקמן ע״ש, או דנסתייע הדבר כיון דאינו אלא דבשב״ע בתולדה.) אבל ודאי ע״א סתם בלי סיוע מסברא אחרינא אינו נאמן וכמו שבארנו.

ועוד הקשו האחרונים (ע״ע בדבר״י הנ״ל ושע״י ו:יד ד״ה אח״ז מצאתי) מגיטין כז ע״ב מהא דאבד גטו ונאמן צורבא מרבנן בטביעות עינא, דכתבו הראשונים משום ע״א נאמן באיסורים. וביארו האחרונים לשיטתם דכיון דאין זה נוגע לחלות האישות השתא הוי כע״א באיסורין ולא דבשב״ע.[12] אבל נ״ל דיש לפרש כמש״כ הגר״ח גריינימן בחידושים וביאורים לגיטין ריש סי׳ ו׳ וז״ל, ״נר׳ דמן הדין לא חיישינן אפי׳ בהוחזקו שני יוסף בן שמעון ושיירות מצויות שמא גם היוסף בן שמעון השני כתב גט באותו היום והחתים אותם העדים והלך באותו הדרך ואבדו גם הוא, וכה״ג חשיב כסימן מובהק ושפיר דמי אף אי סימנין לאו דאורייתא, ואין כאן אלא גזירת חכמים בגט,״ ע״ש עוד. ובאמת הסיק שם לפ״ז בחידוש לדינא וז״ל, ״ומיהו אי ידעינן דגם היוסף בן שמעון השני כתב גט באותו היום והחתים אותם העדים אפשר דתו לא חשיב כסימן מובהק וחיישינן לה מן הדין.״ וא״כ הוא אין משם קושיא כ״כ די״ל דלא החמירו שם חז״ל יותר מאיסורין דעלמא. ועוד י״ל ע״פ סברת התשב״ץ ועוד ראשונים

---

[12] שו״מ בחי׳ הגרש״ש לכתובות סי׳ י״ד (סוד״ה והנה לענין וד״ה ובזה יתורץ) דביאר באו״א קצת ע״פ הבנתו בהר״ן קידושין סג ע״ב וביאורו בהרי״ף בסוגיין דעדות לברורי ל״צ שנים. אבל לא ניחא לי בפירושו וכמו שבארנו בארוכה בדעת הרי״ף, דמוכח מהראשונים דלא די בזה וצריך עוד סיוע כדי להאמין להע״א. ומש״כ בדעת הר״ן בקדושין כבר בארנו דברי הר״ן באו״א לגמרי בסוף המאמר הנ״ל, ע״ש. וכן מבואר בהדיא בהרי״ף דמהני סברתו אף לממון, ואף הגרש״ש מודה שם דלא שייך סברתו בממון, ומוכח דא״א לומר כפירושו בהרי״ף. וצלע״ג האיך לא הרגיש הגרש״ש בעצמו בכל זה.

שנביא בעז"ה לקמן דבדבר שנוטין אנו כבר כדברי העד חשיב כגילוי מילתא וע"א נאמן. וכמו"כ הכא הרי ודאי נוטים אנו לדברי העד כיון דחשש רחוק הוא שיש כאן עוד יוסף בן שמעון המגרש את אשתו באותו יום וכו'. והדבר צריך בדיקה.

וכן הקשה הדבר"י הנ"ל מגיטין סו ע"א דתנן התם, "מי שהיה מושלך לבור ואמר כל השומע את קולו יכתוב גט לאשתו הרי אלו יכתבו ויתנו." ולכאו' צ"ע דאין שם עדות שזהו באמת הבעל והאיך כותבין ונותנין גט בלי בירור גמור על ציווי הבעל. וכתב הדבר"י לשיטתו דעדות קודם החלות גירושין לא הוי דבשב"ע וע"א נאמן. אבל לשיטתנו נר' די"ל דעדיף שם מע"א גרידא, דלא מסתבר דמי דמשולך כך בבור דמשקר בכה"ג. ושוב מצאתי כן בחי' וביאורים, ואין להאריך יותר.

ג) שיטת הריב"ש

הריב"ש הבין דברי הרי"ף באו"א מהנ"ל, והוא שיטה ג' בפי' גילוי מילתא בסוגיין דיבמות. וז"ל (סי' קפ"ב), "ואני אומר שלפי לשון הרי"ף ז"ל נר' שאין אשה וקרוב נאמנין לומר זה אחיו של פלוני כשמעידין כן בממון או באיסור בשעת מעשה. ומשנה שלימה שנינו בפרק יש נוחלין (קלד ע"א) האומר זה אחי אינו נאמן ונוטל עמו בחלקו. אלא שאם אמרו כן קודם מעשה, שאין מעידין לא על ממון ולא על איסור, הוחזק על פיהם ויכולין העדים או הדיינין המעידים על החליצה לומר בלשונם ואשתמודעינהו וכו' כיון שכבר הוחזק ע"פ אלו קודם מעשה." ובביאור כוונת הריב"ש נר' כמש"כ המאירי בסוגיין דיבמות בביאור האי שיטה וז"ל, "שכל ששמעו שנים שלא בשעת מעשה מפי קרוב או אשה מסיחין לפי תומם שזהו אחיו של מת מצד האב יכולין עכשיו להעיד בב"ד ע"פ מה ששמעו מאותו קרוב או מאותה אשה הואיל ובשעה ששמעו לא היה שם דבר שיהא בו חשש שקרות." וכן נר' דהבין הב"י (אבהע"ז ריש סי' קנ"ז) דאחר שהביא דברי הריב"ש כתב בזה"ל, "ואין נר' כן מדברי הפוסקים אלא אפי' לא אמרו כן אלא בשעת מעשה סומכים עליהם. וגם הגה"מ (קושטנטינא) פרק ד' (הל' ל') כתב דמשמע מדברי הרי"ף דלא סמכינן אהני אא"כ הם מסיחים לפי תומם וכתב דאין נר' לראבי"ה אלא

אפי׳ במתכוונים להעיד נאמנים וכו׳.״ הרי עיקר החילוק של הריב״ש הוא דנאמן ע״א דוקא כשמסיח לפי תומו קודם המעשה אבל לא כשבא להעיד בב״ד ולחדש הדבר השתא. (אבל ע׳ בדבר״י סוף לא:ב ובקוב״ש הנ״ל קידושין אות צ׳ דנר׳ שהסבירו הריב״ש באו״א וכשיטתם בביאור הרי״ף, דל״צ מסיח לפי תומו אלא כיון שמעידין קודם החליצה לא מיקרי עדות אדבשב״ע. אבל לע״ד אין זה כוונת הריב״ש כלל וכמו שמבואר מהב״י ומאירי הנ״ל.)

ובעיקר סברת הריב״ש, נר׳ לבאר דכיון שבאו עדים ששמעו א׳ דקורא לפלוני אחיו של המת הוחזק הדבר על פיו כחזקה דעלמא. וי״ל דאין חזקה זו שייכת לעדות כלל והוי כהני חזקות שסומכין עליהם בכל מקום, ע׳ קידושין פ ע״א באיש ואשה שבאו ממדה״י וכן האי דהוחזקה נדה בשכנותיה ע״י לבישת בגדי נדה וכן הרבה. וכמו״כ הכא, דכיון דאיכא עדות קמן דקרו ליה אינשי להאי פלוני אחיו של המת במסיח לפי תומם מסתמא הוחזק הדבר כך וסומכין על החזקות. וכן מצינו בכמה דוכתי. ז״ל התשב״ץ (ח״א סי׳ נ״ח ד״ה ואני אומר), ״כל מי ששמענו אותו קורא לאחר קרוב אפי׳ דרך שיחה בעלמא מחתינן ליה להוא קרוב בנכסיה ע״פ אותו עדות, וזו היא חזקה שמורידין קרוב עליה בירושה וכו׳ כדאמרינן בפרק יש נולחין (קכו ע״ב) ההוא דאתא לקמיה דרבה בר ר׳ חנן א״ל מוחזק אני בזה שהוא בכור, א״ל מנא ידעת, אמר ליה דהוו קרי ליה בוכרא וכו׳.״ הרי כיון דאיכא עדות קמן דאינשי קרי ליה בוכרא הוחזק הדבר כך וסמכינן עלה ככל חזקה דעלמא. ולפי גירסת התשב״ץ בהגמ׳ בב״ב שם מבואר בהדיא כהאי יסוד, וכן הוא גירסת הרשב״ם (ע׳ בדבריו סוף קכז ע״א). וכן ע׳ בראב״ש יבמות ריש מז ע״א דקרא לעדות כזו גילוי מילתא וכסברת הריב״ש. (אלא דשם הוצרכו לדרשה מקרא, דיש שם קרא אחר דגמרו ביה להחמיר, וכבר הערנו בסוגיא זו במאמר דלעיל וע״ש בראמ״ה, ואין להאריך.)

אלא נר׳ דאין כל המקומות שוות ולפעמים אין חזקה זו מספקת. הרי ע׳ בתשו׳ הריב״ש עצמו (סי׳ מ״ז) בענין עדים ששמעו לאחד שקורא לאחר שלא נתפרסמה קרובתו ברבים בשם קרוב ואח״כ מת ורצה האי אחר לירש כקרוב המת. וכתב הריב״ש דאינו יורש, דמיירי שם דבשעה שאמר עליו שהוא קרוב לא היה ראוי ליורשו שהיו להאי מת בנים, והסביר

הריב״ש דלא סליק אדעתיה שימותו בניו בחייו ומילי בכדי אמר. (ודן הריב״ש שם אפי׳ מדין הודאת המוריש, וע׳ בתשב״ץ הנ״ל דפליג על הריב״ש בזה ועל האומדנא דהתם, אבל על היסוד נר׳ דכו״ע לא פליגי, ע״ש.) וכן בסוגיין דיבמות הרי נחלקו בגמ׳ אם יש לסמוך על אשה וקרוב, ואף דמסקינן דכן הרי נר׳ דהחולק סובר דאפשר דלא דייקי כל אדם בזה או דיש להחמיר בהיתר אשה לשוק וכדומה. (ע׳ רמב״ם נחלות ז:ג, וע׳ במאמר דלעיל מה שהבאנו מהמהרי״ק דמצריכין חזקה אלימתא בדברים חמורים.)

(ובמש״כ הריב״ש דאין ע״א נאמן בשעת המעשה ונחלק על פי׳ הרי״ף, כבר הקשה עליו החזו״א אבהע״ז קא:ג מהסוגיא בב״ב סוף קסז ע״ב שהוכיחו הראשונים משם כסברת הרי״ף והבאנו דבריהם לעיל, ע״ש. ונר׳ דהריב״ש יפרש האי סוגיא כדברי המאירי שם דכיון שהדיין עצמו הכיר להבע״ד לא היה צריך לעדות כלל, אבל אי לא היה ניכר להדיין אין לסמוך על ע״א לחוד וצריכין שנים להעיד על החזקה. ואולי כן הוא שיטת רבו של הריטב״א שם, ע״ש. והא דהביא הריב״ש ראיה לדבריו מהמש׳ בב״ב קלד ע״א דאינו נאמן לומר זה אחי להוציא משאר אחין, כבר תירץ הקוב״ש יפה בב״ב אות תר״כ דשאני התם דלא הוחזק באחין נוספין, וחשיב חידוש דבר נגד שאר האחין. ועוד דשאני התם דיהיה שינוי במוחזקות מיד וכמו שחלקנו לעיל.)

ד) שיטת התשב״ץ

ז״ל התשב״ץ (ח״א סי׳ פ״ג ד״ה הוי יודע) בביאור ענין גילוי מילתא, ״שהדבר קרוב לנו להיות נודע כמו שהוא מעיד זה אלא שהוא מכוסה ונעלם קצת, שאחר שגילה לנו זה העד אותו כיסוי הוחזק הדבר בדעתנו כאילו נודע לנו ע״פ ראייתנו מצד מה שהיה כבר דעתנו נוטה לזה.״ (וע״ש עוד דביאר עפ״ז למה עדיף לן גילוי מילתא מעל מילתא דעבידא לגלויי, ״לפי שבגילוי מילתא כבר נגמרה ידיעת הדבר עכשיו אחר גילוי זה, אבל במילתא דעבידא לגלויי הדבר שאנו סומכין עליו הוא ענין העתיד לבא, שיבא מי שיכחיש לזה שהעיד עדות זו,״ ע״ש עוד בדבריו המתוקין מדבש.) וכן ביאר בסוגיין (שם ד״ה ואני מוסיף), ״שכשבאין

לפנינו איש ואשה לחליצה בודאי דעתנו סומכת שיבם ויבמה הן, כאילו הענין נודע אלינו באומדן דעתא אלא שנעלם ממנו קצת, וגילוי מועט אפי׳ מפי אשה וקרוב סגי.״ (אבל ע״ש דכתב כן בדעת הרי״ף וכן השוה לשיטת הרמב״ם, וצ״ע דאין הסברות שוות כלל כמו שבארנו לעיל באריכות. וע׳ להלן בדבריו שם ד״ה ועוד מנין דהוא בעצמו העיר בזה, וצ״ע.)[13]

ולכאו׳ יש להקשות על דבריו הקדושים, הרי ממנ״פ אם כבר ידוע לן ע״י אומדנא למה לן עדות כלל, ואם אין האומדנא מספיק ליבעי עדות גמורה, ומה מהני לן צירופי דינים. (וע׳ בחזו״א אבה״ע קיד:ו דנר׳ דהתקשה בקושיא זו בביאור דעת המרדכי, וכתב דלשון המרדכי נשתבש בדפוסים.) ונר׳ דיש ללמוד מהתשב״ץ יסוד דאה״נ דלפעמים מהני עדות לסייע לאומדנא. ואע״פ דנר׳ דבעלמא תרי מילי נינהו ולא סמכינן על עדות משה ואהרן בתורת אומדנא, נר׳ דשאני הכא דכבר נר׳ לן כך קודם שבאו העד ומהני העדות רק לגלות הדבר קצת יותר. וחידש לן התשב״ץ דאע״פ דא״א לסמוך על עדות פסולה לחודה בתורת הוכחה, עכ״פ עדיין נחשבת כהוכחה במקצת ומהני להצטרף לאומדנא ולהנות במקום עדות גמורה.[14]

והביא התשב״ץ ראיות לדבריו. א) תנן בכתובות סופ״ב, ״ואלו נאמנין להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן וכו׳, זכור הייתי בפלונית שיצאה בהינומא וראשה פרוע (וכתובתה מאתיים).״ ופי׳ בגמ׳ (כח ע״א), ״מאי

---

[13] וכן ע׳ במרדכי יבמות סו״ס נ״ח דנקט כסברת התשב״ץ בסוגיין, דאפי׳ בלי עדותא דע״א ״תופסין אותו בחזקת אחיו מן האב אחר הרוב, וקרובים גילו את הדבר כמו שאנו תופסין.״ וגם הוא דימה הדבר להאי דכתובות כמבואר בתשב״ץ לקמן בסמוך. וע״ע שם בסי׳ נ״ט דהביא כעי״ז מר׳ יואל, אלא דנר׳ מדבריו דלא נקט כן אלא בצירוף סברת הרי״ף, ע״ש.

[14] באמת כבר דנו האחרונים אם מהני אף עדות דמשה ואהרן בתורת אומדנא, ע׳ קוב״ש ב״ב אות תק״פ ועוד. אבל בפשטות נר׳ דלא, ושאני אומדנא דהוי כידוע לן ע״י שכלינו, משא״כ עדות דצריכין לסמוך על אחרים, ואין לנו לסמוך על אחרים אלא באופן שחידש רחמנא, דהיינו בב׳ עדים כשרים וכו׳. וע״ע בעז״ה בהוספה בסוף המאמר שהארכתי להוכיח דכשיש אומדנא דמוכח להאמין לעד פסול דבאמת נאמן, ובארתי שם דאעפ״כ אין להאמין למשה ואהרן בתורת אומדנא, ע״ש. אבל מהתשב״ץ מבואר דאע״פ דא״א להאמין לעד פסול בתורת אומדנא מהני עדותו כהוכחה במקצת ואף כשאין אומדנא דמוכח להאמינו. ויכולין אנו לצרף נטייתנו לעדותו וליחשב כעדות דאנן סהדי ממש, וע״ע לקמן בסמוך.

טעמא, כיון דרוב נשים בתולות נישאות גילוי מילתא בעלמא הוא.״ וכתב עליו התשב״ץ (שם ד״ה עוד נזכר), ״ונ״ל דהיינו טעמא דמצריכים הכא גילוי מילתא ולא סגי לן ברובא, והא רובא דאורייתא הוא, אלא משום דקיימא לן בפרק המוכר פירות דאין הולכין בממון אחר הרוב, משו״ה מצטרכינן לגילוי מילתא. א״נ משום דאיתרע האי רובא כדאיתא בריש ההוא פירקא.״ ומבואר דמהני עדות של א׳ לסייע לרוב כדי להוציא ממון הכתובה. ב) איתא בכתובות סוף כא ע״ב, ״א״ר אבא א״ר הונא אמר רב, שלשה שישבו לקיים את השטר וקרא ערער על א׳ מהן עד שלא חתמו מעידין עליו וחותם משחתמו אין מעידין עליו וחותם (פרש״י דהוו להו נוגעין בעדות שגנאי להם שישבו עם פסול בדין). ערער דמאי, אי ערער דגזלנותא תרי ותרי נינהו, אי ערער דפגם משפחה גילוי מילתא בעלמא הוא (פרש״י משחתמו אמאי אין מעידין עליו),״ ע״כ הנצרך לן. ונר׳ דמזה הביא התשב״ץ ראיה לדבריו שהרי מוקמינן להדיין השלישי אחזקת כשרות אע״פ שהעידו ב׳ עדים עליו שהוא פסול, דכיון דיש ב׳ המעידין בכשרות וסתם משפחת ישראל בחזקת כשרות מצטרפין ב׳ הדברים ומכשירין.

אבל באמת ראיות אלו אינן מוכרחות, וכבר פירשו הראשונים הסוגיות באו״א. הרי רש״י כח ע״א פירש ענין גילוי מילתא דהתם בזה״ל, ״אין הדבר צריך עדות אלא לפרסם שיצא הדין לאור בלא גמגום.״ וכעי״ז בר״ן (יג ע״א בדפה״ר), ״כיון דאיכא רובא והוא דבר של פרסום גילוי מילתא בעלמא הוא.״ ונ״ל בביאור דבריהם דאין כוונת חז״ל לצרף האומדנא עם עדות ולהוציא ממון עי״ז גרידא, אלא שאני התם דדבר של פרסום הוא וכעין מילתא דעבידא לגלויי, ואולי עדיף ממנו דודאי יתפרסם הדבר ויבואו עוררין אם אין הדברים צודקים. ולא עוד אלא דהרמב״ם (עדות יד:ג) פי׳ דאינו נאמן התם אלא משום דכתובה מדבריהם היא, והם אמרו והם אמרו. וכן בהאי דכתובות כב ע״א, ע׳ בתוס׳ שם דפי׳ בשם הר״ח באו״א לגמרי דאין לו שייכות לסוגיין כלל ולא מיירי בקולא דנאמנות. ואף מרש״י שם מבואר דלא מיירי בהצטרפות של החזקת כשרות והעדות להכשיר וז״ל, ״דבר זה צריכין הן לברר ודבר העשוי לגלות הוא שיבדקו אחריו עד שיבורר הדבר ואין עדותן של אלו תלוי בהגדתן.״ ונר׳ לבאר כעין פירושו בדף כח ע״א דאין אנו צריכין לאלו כלל, דיבדקו בדבר ונתאמת הדבר מעצמו ולא חשיב עדות (ע״ע ברא״ש

וריטב״א בשטמ״ק שם.) והרמב״ן פי׳ דהוי מילתא דעבידא לגלויי, וכן הוא בתוס׳ רי״ד (אלא דאין פירושם שוין לגמרי, ע״ש.) ועוד כתב הרמב״ן דשאני התם דהעדים ״אמשפחה קא מסהדי ואיהו ממילא מתכשר,״ ויש גם אנן סהדי כיון דקלא אית לה למילתא, ע״ש. ומכל הני ראשונים מבואר דאין משם סיוע ליסוד התשב״ץ.

ואף להתשב״ץ צ״ל דאין הסוגיות שוין. שהרי בהאי דדף כב ע״א ודאי צריך ב׳ כיון דמכחשי לב׳ עוררין. וכן האי דדף כח ע״א הרי אינו דומה לסוגיין ביבמות, דמבואר בהגמ׳ שם דאין הקטן נאמן אלא בגדלותו על מה שראה בקטנותו משא״כ בסוגיין ביבמות דאף בקטנותו נאמן כמ״ש הרמב״ם וכבר הסכים אליו התשב״ץ בעצמו. וכבר העיר הריב״ש בזה (סי׳ קפ״ג), ע״ש. ועוד הוכיח שם הריב״ש דנר׳ מהפוסקים דאין האי קטן נאמן בפנ״ע אלא צריך לצרף עוד אחר אליו (וכבר דנו הראשונים בזה, ע״ש ואין להאריך.) ובאמת כבר הרגיש בזה התשב״ץ בעצמו וחילק בין התם (כתובות כח ע״א) ״דהשתא מפקינן ממונא בהאי סהדותא״ לסוגיין ביבמות ״דבעידן סהדותא דקרוב ואשה לא אתי לאפוקי ממונא.״

עכ״פ, אף אם אין הסוגיות שוות לגמרי, מבואר לפי פי׳ התשב״ץ יסוד דאפשר לצרף עדות לאומדנות ולשאר בירורין כדי לקבוע הדין. וכן מבואר גם בתוס׳ רי״ד כתובות כח ע״א דפי׳ כהתשב״ץ. וכן נר׳ מהרשב״א גיטין י ע״ב (ד״ה הא) על הא דמבואר שם דסמכינן אשטר דנחתם ביה ישראל אחר חתימת כותי ואמרינן דאי לאו דכותי חבר הוא לא הוה מחתים ליה מקמיה. והקשו שם בתוס׳ דא״כ נמצא דהגט כולו מתקיים ע״פ ע״א זה ישראל. ותירץ הרשב״א בזה״ל, ״דהכא לאו עדות הוא דהא כולהו כותאי אחזוקי מחזקי בהא אלא דחשו להן לפי שאינן בקיאין בדקדוקי מצוה, וכיון דישראל זה מחתימו מקמיה איגלאי מילתא דהאי מדקדק הוא, וגלויי מילתא בעלמא שפיר דמי כההיא דאמרינן בפרק החולץ (סוגיין דיבמות לט ע״ב) ואשתמודעינהו וכו׳.״ ומבואר דסמכינן על הע״א כיון דחזקת הכותי מסייע לו.[15] וכן ע׳ במהרי״ק שורש פ״ז (ד״ה ועוד תדע)

---

[15] וכעין פירוש הרשב״א איתא בריטב״א וחי׳ הר״ן שם. וכן ע׳ היטב בתוס׳ הרא״ש דמדוייק הכי. אבל יש להעיר דמיירי שם בחזקה דאי לאו דכותי חבר הוא לא הוה

דדייק מרש"י קידושין פ ע"א דצירף עדותן דפסולי עדות לסייע לאומדנא, עיי"ש. וכן ע' בתשו' הריטב"א סי' קפ"ג וז"ל, "ולענין סימנין הנבדקין ע"פ נשים כדאיתא בנדה פ' בא סימן (מח ע"ב) התם משום דגלויי מילתא בעלמא הוא דכל שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנים." הרי נר' מדבריו כיסוד התשב"ץ דסמכינן על הע"א כיון דיש חזקה המסייע לו וכבר נוטין כדבריו. וכן לכאו' הוי שיטת הרי"ף בביאור האי סוגיא (ע' בדבריו ביבמות מ ע"ב בדפ"ה).[16]

ביאור היסוד דגילוי מילתא

הרי ביארנו בארוכה דינא דגילוי מילתא לדעת הראשונים ז"ל. ונר' דיסוד הענין לפי כולן הוא דשאני דבר זה מעדות דעלמא, דהחידוש של עדות הוא דיש לנו לסמוך על אחרים לחדש דבר ולחתוך הדין על

מחתים ליה מקמיה ועדיף הוא מעדות ע"א בעלמא. (ונר' דצריך לחלק הכי לתרץ קושיות האחרונים למה לא נתקשו הראשונים האיך מאמינים לע"א להכשיר הכותי, וע' בהערות של הדברו"מ שקצת העיר בזה, ואכמ"ל.) אבל עכ"פ הרשב"א דימה הדבר לסוגיין וכמו שבארנו בפנים.

ועוד יש להעיר דברשב"א גיטין יט ע"ב נר' דפי' סוגיין דיבמות כעין הרמב"ם והכא פי' כהתשב"ץ. ומבואר דמסוגיין גמר כלל בנאמנות דיש מושג של גילוי מילתא דל"צ עדות גמורה, אלא דיש כמה סוגי גלויי מילתא וכסברת הראשונים שנתבארו.

[16] חשבתי לחקור בראשונים אלו אי חשיב לן שהאומדנא מסייע להעד או אם העד מסייע להאומדנא, וחשבתי שאולי יהיה בזה נפק"מ לענין שבועת העדות. אבל באמת נר' דאינו מוכח כלל. דאפי' א"ת דחשיב שהאומדנא מסייע להעד י"ל דלא שייך שבועת העדות בגילוי מילתא (ע' לעיל מה שהבאנו מהגר"ח בדעת הרמב"ם). וגם י"ל להיפך דאפי' א"ת דהעד מסייע להאומדנא, עכ"פ כיון דסו"ס סמכינן על עדותא דע"א לסייע לן שייך ביה מקצת דיני עדות. וכן נר' דצ"ל בשיטת התשב"ץ דמבואר בהדיא בגמ' שבועות דשייך שבועת העדות בסוגיא דמיתת הבעל. ואף דהתם הוי משום מילתא דעבידא לגלויי ולא גילוי מילתא, הרי האריך התשב"ץ לבאר דהיסוד הוא א'. דבסי' ע"ז ביאר דטעמא דע"א בעלמא פסול לעדות הוא משום קצת חשש משקר, ולכן כשיש עוד טעמא להאמינו ודאי יש לסמוך עליו. וע"פ הך יסוד ביאר מדוע מאמינים לע"א בגילוי מילתא ובמילתא דעבידא לגלויי. ובסו"ס פ"ג (ד"ה ומתניתין) נר' בהדיא דהבין דבסופו של דבר חשיב לן כאנן סהדי דאזלינן בתר אומדנא, ע"ש. וכן בסי' פ"א (סוד"ה כ"ש) נר' דלא חילק כלל אם חשיב לן כעדות או כאומדנא "כי העיקר בכל זה ידיעת האמת," ע"ש. וצע"ע בזה, דלא עיינתי היטב בסוגיות דשבועת העדות.

פיהם. משא״כ גילוי מילתא דלא חשיב לן כחידוש כ״כ ולכן חשיב יותר כידיעה עצמאית ולא סתם כסמיכה על אחרים. אלא דנחלקו הראשונים מתי חשיב לן כחידוש וצריכין כל תורת העדות כדי לחדש הדין ומתי יש להחזיק הדבר ע״פ גילוי מילתא לחוד.

ולפ״ז יש מקום לומר דלפעמים עדיף הבירור דגילוי מילתא אפי׳ מב׳ עדים כיון דנחשב לן כידיעה עצמאית ולא כסמיכה על ידיעת אחרים. ואולי זהו כוונת הראשונים בגיטין יט ע״ב על הא דמבואר שם דעדים שאינן יודעין לקרות השטר דקורין לפניהם וחותמים. דהקשו הראשונים דלכאו׳ עד מפי עד הוא, ותירצו כמה ראשונים דאינו עמפ״ע כיון דקריאת השטר גילוי מילתא בעלמא הוא. וז״ל הרמב״ן שם, ״לא כעד מפי עד דמי שהרי הוא עצמו ראה אותו עדות ואינו מאמין אחרים בה אלא לומר שכך כתוב בשטר זה וזו אינה עדות, אלא כל מאן דמהימן ליה ולא יהא לבו נוקפו עליו יכול לחתום על ידו, דכיון דמילתא דעבידא לגלויי הוא ואית להו אימתא דידיה מהימני.״ וע״ע ברשב״א, ״ונר׳ דהכא שאני דגילוי מילתא בעלמא הוא וגט רמי וקאי קמן ועביד לאיגלויי ע״י אחרים ובכי הא מסתפו ולא משקרי, וגילוי מילתא לא קרינא ליה עדות וכהיא דאשתמודעינהו וכו׳.״ ואולי לפי דברינו יש לבאר כוונתם דכיון דגילוי מילתא הוא חשיב יותר כידיעה עצמאית ואין כאן חסרון שמעיד ע״פ חידושא דאחרים, וע׳ בזה.

הוספה: בענין קבלת עד פסול כשיש אומדנא דמוכח להאמינו

כתבתי בפנים דמפשטות הסוגיות ודברי הראשונים נר׳ דלא סמכינן על עדות דמשה ואהרן אף מתורת אומדנא. אמנם, מצינו בכמה דוכתי דכן סמכינן אפסולי עדות משום אומדנא. הרי איתא בש״ס בכמה מקומות (גיטין סד ע״ב, כתובות כב ע״ב ועוד) דינא דר׳ המנונא דאשה שאמרה לבעלה גירשתני נאמנת חזקה דאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה. וע׳ בריטב״א כתובות כג ע״א דהתקשה בהך דין וז״ל, ״וא״ת היאך תהא נאמנת להנשא א״כ לא הנחת בת לאברהם אבינו יושבת תחת בעלה. י״ל דהיינו רבותא דאשמועינן ר׳ המנונא דגדולה חזקה זו להאמינה אפי׳ באיסור אשת איש שאין לך א׳ מישראל ואפי׳ פרוצות בהן שתעיז לומר כן

בשקר.״ הרי נר׳ בעליל דכשיש חזקה גמורה להאמין לפסול יש לן לסמוך עליו. ואף דנחלקו הראשונים קצת אם מתירין לה להנשא שם אף לכתחילה (ע׳ רשב״א גיטין סד ע״ב ובראב״ד על הרמב״ם) נר׳ דעל עיקר היסוד אין חולק. (אלא דשמעתי שיש שפרשו הך סוגיא באו״א דנאמנת האשה על עצמה בטענת ברי לי ולא שייך בזה דיני עדות כלל. אבל לענ״ד א״א לומר כן. א׳, לא משמע כן מסתימת הראשונים. ב׳, הרי בסוגיא דמיתת הבעל לא מצינו דהאשה עצמה נאמנת מהאי טעמא, ולפי הראשונים דאין ההיתר אלא מדרבנן ומדין אפקעינהו הרי לא מצינו דע״י עדות עצמה מותרת מדאורייתא.[17] ג׳, לא מצינו דסברת ברי לי מהני אלא לאלו שברי להם בידיעת עצמן, ולא מהני ברי דידה להאחר שרוצה לינשא לה. ד׳, בפשטות לא מהני ברי לי אלא במקום ספק (וי״א דוקא בתרי ותרי ולא בכל ספק), וכ״כ התרומת הכרי סי׳ ל״א וקונטה״ס ב:ה ועוד. ואין להוכיח כלום מהרמב״ן גיטין ט ע״א דאין טוענין טענת זיוף על הגט משום דהאשה ברשות עצמה היא ואנן לא מנעינן לה ע״ש ובשא״ר, דשאני התם דיש גט בפנינו ואין עליו ערעור ומשו״ה אין לנו לטעון להבעל ולאסור האשה, אבל לא שייך האי סברא כשמוחזקת כא״א ואומרת גירשתני, ופשוט הוא. וכן אין להוכיח כלום מדברי הרמב״ן גיטין ב ע״ב דנדה נאמנת על עצמה ומתוך שנאמנת על עצמה נאמנת לבעלה, דשאני איסורין מדבשב״ע ועוד דיש שם קרא מיוחד, ואין להאריך יותר.)

וכן מצינו בקידושין סג ע״ב דתנן, ״קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה ובא א׳ ואמר אני קדשתיה נאמן.״ וסבר רב שם דנאמן דוקא ליתן גט ולא לכנוס ומשום דאין אדם חוטא ולא לו. וקצת משמע מהר״ן

---

[17] שוב ראיתי בתשב״ץ סי׳ ע״ו דבאמת כתב האי סברא להתירה ע״י עדות עצמה, דאף במקום דאין בירור גמור כדי שב״ד יסמכו עליה, היא תחוש לעצמה ואין ב״ד מונעין אותה. ולכאו׳ זהו אף לינשא לאחר שרוצה לסמוך עליה. ונר׳ לומר לפי התשב״ץ דדוקא בתרו״ת א״א לאדם לסמוך על אחר וצריך להיות ברי לו בעצמו אבל בשאר ספקות אין ב״ד מונעין למי שרוצה לסמוך על מי שברי לו. ואף דבהאי דעדות אשה איכא חזקת א״א, נר׳ דמהני סברת דייקא ומנסבא וכו׳ לשוויה כספק. וצע״ע. אבל עדיין לא נר׳ כן מסתימת שא״ר לחלק מדאורייתא בזה בין האשה עצמה לע״א דעלמא, והדבר צריך עוד בדיקה. ובאמת ע׳ לקמן דאף התשב״ץ מודה בהדיא ליסוד דידן.

שם דטעמא זו עומדת בפנ״ע, ולא הוצרך הר״ן להוסיף עוד סברא אלא לר׳ אסי שם דסובר דנאמן אף לכנוס. וכ״כ המהר״י בן לב ח״ג סי׳ ק״ד (ד״ה וקרוב), וכן נר׳ מהתו״י יבמות קו ע״א, ע״ש. אבל ע׳ במחנ״א עדות סי׳ י״א דהקשה על זה דלא מצינו בעלמא דנאמן ע״א בדבשב״ע מסברת אין אדם חוטא ולא לו גרידא. ואולי י״ל דשאני התם דעושה מעשה בכך ונותן הגט ועדיף מעדות גרידא, וצ״ע. עכ״פ לכאו׳ שוב מבואר משם דנאמן ע״א אף בדבשב״ע כשאמדו חז״ל דיש חזקה גמורה שאינו משקר.

ויסוד הזה מבואר בהדיא בריטב״א יבמות פח ע״א בביאור האיך האמינו חז״ל לע״א במיתת הבעל וז״ל, ״וי״ל דקים להו לרבנן דבמילתא דעבידא לאגלויי שהחמרת עליה בסופה כ״כ ודאי קושטא קא מסהיד וכי דייקא ומנסבא בדין מנסבא ואנן סהדי במילתא, ופרסום כזה נחשב בכל מקום כעדות גמורה ואפי׳ מדאורייתא, והכתוב מסור לחכמים לדעת איזהו דבר מפורסם וניכר דברי אמת שיהא חשוב כעדות.״ וי״ל דאף שא״ר שם מודי להיסוד אלא דלא נר׳ להם התם דהוי חזקה גמורה.

ולפי דברינו הרי צריך להסביר מדוע אין אנו סומכין על עדות דמשה ואהרן אע״פ דודאי אינם משקרים. ובביאור הדבר נר׳ דאין לדמות אומדנא להאמין לאדם משום איזה סברא כהני הנ״ל לאומדנא להאמין לאדם משום כשרותו כמשה ואהרן, דעל זה גופא גזר רחמנא לדון כל אדם בשוה ולחתוך הדין ע״פ שנים עדים ולא לפי חזקת כשרות דכל אדם בפרט. אבל באומדנא מסברא הרי כל אדם בכללו, ואין הדבר תלוי כלל בחזקת כשרות וחוזק הנאמנות של אדם מסויים. ונר׳ ליתן טעמא למילתא, דאומדנא מסברא הוי דבר שמוכח קצת לפי הטבע וא״א להכחיש האי סברא, אבל אומדנא בכשרות האדם אפשר לבעל מחלוקת להכחיש (וכמו שקרח באמת ערער נגד נאמנותא דמשה רבינו). ולכן אומדנא טבעי חשיב לן כעין הוכחה משא״כ אומדנא בכשרות האדם עדיין חשיב כסמיכה על אחרים ותלוי בגדרי עדות.

ואולי זהו כוונת התשב״ץ סי׳ ע״ו וז״ל, ״שלא אמרו שיהא צריך שני עדים אלא לידיעת האמת, אבל אי בלאו הכי איכא למימר דבי דינא ידעי בהאי סהדותא אע״פ שאינו עדות גמורה קושטא היא דנין על פיה, שלא בזה גזירת המלך וכדאמרינן בפרק מי שמת אטו משה ואהרן מי לא

מהימני אלא גזירת המלך וכו׳, אלא שאין הולכין בזה אלא אחר ידיעת האמת.״

אבל עדיין יש להקשות על דברינו מהמרדכי גיטין י ע״ב (הובא בהגה״ה שם) על הא דמבואר בהגמ׳ שם דסמכינן אערכאות של עכו״ם כיון דלא מרעי נפשייהו. וז״ל המרדכי, ״וא״ת א״כ משה ואהרן אמאי לא מהימני הא ודאי לא מרעי נפשייהו.״ ומכח קושיא זו חידשו הראשונים (הובאו במרדכי) דעכו״ם אינן פסולין מן התורה אלא מחשש שקר או דדינא דערכאות הוי תקנת חכמים ולאו מן הדין, ע״ש. ולכאו׳ לפי דברינו אין כאן קושיא כלל דשאני משה ואהרן דהוי אומדנא בכשרות האדם ולא פלג רחמנא בין גברא לגברא, אבל סברא דערכאות דלא מרעי נפשייהו הוי סברא טבעי דשייכת לכל אדם וחשיב כהוכחה. ובאמת מבואר בהתשב״ץ סו״ס פ״ג (ד״ה וא״ת) דמהני האי סברא להאמינם מדאורייתא וכמו שכתבנו. וכן י״א כן בדעת הרמב״ם (ע׳ באבי עזרי גירושין יג:כט קמא, אלא דביאר הענין באו״א קצת, וע״ע בסמוך.)

שוב ישבתי וחזרתי על דברי המרדכי, וראיתי דאולי יש לדייק בקושייתו דאף הוא לא פליג על היסוד הנ״ל והבין היטב לחלק בין אומדנא בטבע האדם לאומדנא בכשרות אדם מסויים וכמו שכתבנו. דלא הקשה המרדכי מכח כשרותם של משה ואהרן אלא הקשה מסברת לא מרעי נפשייהו דשייכת בכל אדם, דודאי משה ואהרן נשיאי ישראל לא ישקרו מאותו טעמא שעכו״ם לא ישקר. וכיון דלא מצינו דמשה ואהרן נאמנין מהאי סברא, מוכח דלא חשיב כאומדנא דמוכח להאמין לעד פסול. (אבל כיון דאמרינן דעכו״ם אינו פסול אלא משום חשש שקר, הרי סברא מספקת היא להוריד הך חשש. ומסתבר דצריך אומדנא דאלים טפי לסמוך על עד פסול מלהוריד חשש שקר מעד כשר.) אבל ביאור זה בדעת המרדכי מחודש הוא וגדולי האחרונים לא הבינו כן, ולכן צל״ע אם יש לדייק כמו שכתבתי.[18]

---

[18] ולפי ההערה דלעיל בסמוך מדברי התשב״ץ בענין עדות אשה י״ל דהמרדכי חולק על כל עיקר היסוד וס״ל דלא מהני עדות אף כשאיכא אומדנא דמוכח להאמין לה. וי״ל דהסבירו הגמרות הנ״ל ע״פ סברת התשב״ץ דמהני סברת אין אשה מעיזה וכו׳ לשוויה לספק ולכן נאמן ע״י ברי לי, וצ״ע.

וכן ע׳ בהתשב״ץ (סי׳ ע״ז ועוד) דהאריך טובא להוכיח כהך יסוד דסמכינן על עד פסול כשיש אומדנא דמוכח להאמינו. וע״ש שהוכיח כן גם מהרמב״ם פ׳ כ״ד דהל׳ סנהדרין. וז״ל הרמב״ם שם, ״יש לדיין לדון בדיני ממונות ע״פ הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אע״פ שאין שם ראיה ברורה וכו׳.״ וע״ש עוד ברמב״ם ובלשונו הקדוש שהאריך מאד בהך דין. אבל לענ״ד נר׳ דאין מדברי הרמב״ם שם ראיה לדברינו, דנר׳ דכוונתו שם לבאר דין מסויים של דיין שדן בדיני ממונות דאין לו לדון דין מרומה. ולכן דנו האחרונים דאולי א״א להוציא ממון מהך סברא (ע׳ בנתיה״מ סי׳ ט״ו ובקוב״ש ח״ב סי׳ ל״ח ויש לדון הרבה בזה, ואכ״מ). וכן הרי פסק הרמב״ם באותו פרק דינא דמכין ועונשין שלא מן הדין, ונר׳ דכולא חדא ענינא היא ואינו שייך לנידון דידן. (אבל ע׳ אבי עזרי הל׳ גירושין הנ״ל דכתב דאע״פ דכתב הרמב״ם האי דין לענין ממונות לאו בדוקא הוא והה״נ לעריות ואיסורין. ולכאו׳ אינו נר׳ כן בפשטות, וצ״ע.)

עוד יש להעיר דמסברא היה נר׳ לומר דכיון דמאמינים להעד מכח אומדנא דמוכח וחשיב כאנן סהדי אין לחלק כ״כ בין עריות לממונות, וכ״כ התשב״ץ בהדיא (סו״ס פ״ג ד״ה כבר). אבל יש לע׳ בזה מהריטב״א יבמות פח ע״א הנ״ל דכתב האי סברא להסביר הנאמנות דע״א כעדות אשה, והרי מפשטות המש׳ סוף יבמות מבואר דאינו נאמן לענין נחלה ודלא כשיטת התשב״ץ בזה (וכבר הערתי כן בתוך המאמר בביאור שיטת הרמב״ם.) ואולי י״ל דאם היו מאמינים להעד אף לממונות כבר לא היה אנן סהדי להאמינו כלל. או אולי צריך לחלק בין ממונות לעריות לפי דעתו, וצ״ע בזה.

וכעין דברינו מצאתי בחי׳ וביאורים להגאון ר׳ חיים גרייניימן ביבמות פז ע״ב (אות ד׳) וז״ל, ״נר׳ דהלכות בירורין הן בממונות הן בדבשב״ע נמסרו לחכמים לפי ראות עיניהם, וכדאשכחן שדן שלמה ע״פ אומדנא שהיא אמו וכו׳, וכן אמרו גיטין ס״ד אשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה וכו׳, וכן נאמן ליתן גט אין אדם חוטא ולא לו קידושין סג ע״ב וכו׳,״ ע״ש עוד שקצרתי. וכן ע׳ חזו״א אבהע״ז כב:ג דכתב כהאי יסוד.

אבל חשוב להעיר דודאי אין כל עדות דעלמא מהני מדאורייתא ואין כל פרשת נאמנות מסור לחכמים, ורק מצינו אלא דמסור לחז״ל לדעת מה חשיב כאנן סהדי וראיה ברורה וכמו שמצינו בכולי ש״ס דאזלינן בתר מה דחשיב להן כאומדנא דמוכח. אבל בדבר שאינו מוכח לפי אומדן דעתן ודאי אין עד פסול נאמן מעיקר הדין אא״כ יש עוד סברת התורה ללכת בתריה. וכמו נאמנות דחיה (קידושין עג ע״ב) הרי נחלקו שם הראשונים אי נאמנת מדאורייתא דגמרו מחידוש דיכיר או אינו אלא תקנת חז״ל. ולפי אלו דסברי דהוי רק תקנה לכאו׳ צ״ל כמו שביאר החזו״א (אבהע״ז נט:כ) דסברי דמן התורה ספק ממזר מותר בממזרת ודלא כמ״מ איסו״ב טו:יב, דאל״כ האיך האמינו חז״ל לחיה על ספק ממזר לומר שהוא ממזר. ונר׳ דתקנו כן חז״ל לפי שא״א זולתי זה שאין האנשים מילדים את הנשים כמ״ש הריטב״א בתשו׳ קפ״ג. (וצ״ל דדרשת הירושלמי קידושין ד:ב אינו אלא אסמכתא בעלמא, וכן נר׳ מלשון הריטב״א שם.) הרי לא כתבו הראשונים שם דמסור הדבר לחז״ל להאמינה מדאורייתא. וכבר הארכנו טובא להוכיח בדעת הרמב״ם והרי״ף דדוקא בדינא דגילוי מילתא מסור הדבר לחז״ל ומטעמא שכתבנו, אבל כל נאמנות דעלמא לא. וכן בסוגיא דעדות אשה כתבו כמה ראשונים בהדיא דלא מהני אלא מדרבנן. (ויש לע׳ היטב בחי׳ וביאורים וחזו״א הנ״ל אם כך הוא כוונתם, אבל עכ״פ נ״ל פשוט כמו שכתבנו וכמו שמוכח מכמה דוכתי כנ״ל.)

הרב אילן סאניקער
חבר המכון הגבוה לתלמוד ע"ש ברן

בענין גוסס

איתא בגמרא (ב"ב קכז ע"ב) דנחלקו ר' יהודה וחכמים בענין נאמנות האב על בנו הבכור. ר' יהודה סובר שלומדים מ"יכיר" שהאב נאמן לומר שבנו זה הוא בכורו אע"פ שיש חזקה שבנו אחר הוא הבכור. והחכמים חולקים וסוברים שהאב אינו נאמן במקום חזקה, אלא "יכיר" מלמד שהאב נאמן להכיר בנו הבכור במקום שאין חזקה על בן אחר. שואלת הגמ' לפי החכמים, מהו חידוש של הגזה"כ ד"יכיר," הרי אפילו בלי הגזה"כ ראוי להאמין את האב שבנו זה הוא הבכור, דמגו דיכול לתת לו כל נכסיו במתנה נאמן לתת לו פי שנים? ומתרצת הגמ' שצריך "יכיר" לתת נאמנות להאב לעשות בנו זה בכור לענין דבר שלא בא לעולם, שא"א לתת עכשיו במתנה ולכן מגו לא שייך בה. הגמ' חוזרת ושואלת לפי ר"מ שסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, "יכיר למה לי?" ומתרצת דמיירי בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, שאף ר"מ מודה שאין אדם מקנה דבר שיבוא לו כשהוא גוסס. פירש רש"י (קדושין עח ע"ב ד"ה כשהוא גוסס), דר"מ מודה שאין מגו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס מפני שגוסס לאו בר מתנה הוא, ולכן כשנכסים יבואו לעולם לא יכול להקנותם.

יש מח' הראשונים למה גוסס לאו בר מתנה. רבינו יואל (הובא בספר ראבי"ה תשובות סימן תתקלג) ורש"י (לפי הבנת תוס' קדושין עח ע"ב ד"ה לא) כתבו שגוסס דינו כמת ולכן אינו בר מתנה. אבל תוס' (שם), רא"ש (קדושין עח ע"ב), ריטב"א (שם), ורשב"א (גיטין ע ע"ב) כתבו שגוסס דינו כחי אבל כשאינו יכול לדבר לא יכול להקנות. וצריך לעיין ולהבין מה כוונת הצד שגוסס כמת ומה כוונת הצד שגוסס כחי אלא כשאינו מדבר אינו יכול להקנות.

א. גוסס כמת

נראה לי שיש ג׳ דרכים להסביר שיטת ר׳ יואל ורש״י שגוסס דינו כמת:

א. כמת ממש.

ב. כאינו בר דעת – כמו חרש שוטה וקטן.[1]

ג. מושג חדש של חלות שם גוסס שיש לו דעת אלא שזו דעת גרועה.[2]

הראשונים הקשו על שיטת ר׳ יואל ורש״י מכמה סוגיות בש״ס. הקושיא הראשונה היא ממס׳ שמחות (א:א) דאיתא שם ש״גוסס הרי הוא כחי לכל דבריו לעולם, זוקק ליבום ופוטר מן היבום ומאכיל התרומה ופוסל התרומה ונוחל ומנחיל וכו׳.״ ולכאורה זהו סתירה לשיטת ר׳ יואל ורש״י, וא״כ איך יכולים לומר שגוסס הרי הוא כמת? רבינו יואל (שם) מתרץ שיש חילוק בין דברים דממילא ודברים שצריכים מעשה. המשנה במס׳ שמחות מיירי לגבי דברים דממילא ובהם גוסס נידון כחי. משא״כ בדברים שצריכים מעשה כגון מתנה וקדושין דינו כמת. וביאור הדבר, הנה לפי הסברים ב׳ וג׳ דלעיל, מסתבר לחלק שבדברים דממילא דינו כחי דסגי במה שהוא אינו מת. משא״כ בדברים שצריכים מעשה צריך דעת אלימתא כדי לעשות וליצור חלויות חדשות, וליכא. אבל לכאורה לפי הסבר א׳ שגוסס חשוב כמת, אין נ״מ בין דברים דממילא ודברים שצריכים מעשה. ואולי יש לתרץ ע״פ מש״כ הרב משה פיינשטיין (אג״מ חו״מ ח״א סי׳ ס״א), שהשעה שנעשה גוסס הויא שעת מיתה לגבי אחרים, ולכן אינו יכול לקבל ממנו או לתת לו. אבל לגבי עצמו הגוסס נחשב כחי עד שעת מיתה. ולכן עכ״פ לענין דברים דממילא אפשר לומר שהוא עדיין חי.

---

[1] עיין מנחת אשר (ב״ב סי׳ נא) שכתב כצד א׳ וב׳. עיין בחכמת שלמה (אבהע״ז קנא:ז) שכתב כהסבר א׳ והסביר משום דכל העומד למות כמת דמי.

[2] עיין גינת אגוז (סי׳ לב) שכתב שגסיסה היא תחילת תהליך של מיתה.

הקושיא השניה שהקשו על ר׳ יואל ורש״י הוא מתני׳ דערכין (ו ע״ב), דאיתא שם שהגוסס והיוצא ליהרג בב״ד לא נידר ולא נערך, אבל נודר ומעריך. ואת״ל שגוסס הרי הוא כמת, למה יכול לנדור ולהעריך? ואפשר לדחות ולהסביר שהמשנה דנודר ומעריך אינו מדבר על גוסס, אלא דוקא ביוצא ליהרג. אבל גוסס לא נידר ולא נערך וגם לא נודר ולא מעריך.[3]

אע״פ שלענ״ד זה סגי לדחות קושיא זו, מ״מ רבינו יואל מתרץ באופן אחר, דערכין ונדרים שאני דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי. הראשונים (רא״ש קדושין עח ע״ב, ורשב״א גיטין ע ע״ב) הקשו עליו דלא תהא אמירתו יותר ממסירתו. כלומר, כמו שגוסס אינו יכול לתת מתנה, כמו כן אמירתו לגבוה לא מהני. ובהערות לתוס׳ הרא״ש (קדושין עח ע״ב הערה 458) תירץ שיש כאן מחלוקת יסודית בדין אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט. הראשונים שהקשו על ר׳ יואל ס״ל דאמירה של האיש המקדיש מהני כמו שמסירתו מהני, היינו כקניניו בדיני הדיוט. לכן, אמירתו לגבוה רק מהני אם הוא יכול להקנות בדיני הדיוט. משא״כ ס״ל לר׳ יואל דאמירתו לגבוה לא תלוי ביכולת שלו לתת בפועל, אלא דאמירתו לגבוה מהני בדין כמסירה של בר דעת. לכן אף אמירת גוסס לגבוה מהני, גם כשאינו יכול להקנות.

אבל עדיין צ״ע אמאי מהני אמירתו של הגוסס אם דינו כמת. המהרי״ט (קדושין עח ע״ב) תירץ שכיון דמהני ע״י דיבור לבד, דינו כדבר דממילא. ותירוץ זה מסתבר לפי ההסבר השלישי שכתבתי בשיטת ר׳ יואל, שדין גוסס כמת משום דיש לו דעת גרועה. והיינו, די״ל שכמו שבנדרים מהני עם דעת גרועה במופלא וסמוך לאיש, ה״ה דגבי גוסס מהני אמירתו לגבוה, הגם דדעתו גרועה באותה שעה.[4] אבל לפי ההסברים שגוסס כמת או שאין לו דעת, צ״ע אמאי מהני אמירתו. הרב משה פיינשטיין (שם) כתב לתרץ ששיטת ר׳ יואל ורש״י היא שגוסס דינו כמת לגבי אחרים, ולדידהו

---

[3] יש מח׳ בכוונת הרמב״ם (ערכין א:יד) אם גוסס נודר ומעריך. הכס״מ (שם) והחזון נחום (שם) פירשו דכוונת הרמב״ם היא שגוסס נודר ומעריך. אבל בספר גט פשוט (קנא:לב) כתב שהרמב״ם סובר דגוסס אינו נודר ומעריך.

[4] עיין גינת אגוז (סי׳ לב) בשם הרב אלחנן וואסרמן.

הוי כאילו הגוסס כבר מת. אבל לגבי הגוסס עצמו הוא עדיין נחשב כחי, ולכן יכול לתת ע״י אמירתו לגבוה.[5]

מדברי ר׳ יואל (שם) משמע שכל התירוץ של אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט הוי רק חומרא. א״כ אפשר לומר שלא צריך כ״כ להסביר אמאי מהני אמירתו לגבוה, אלא שמחמירים כשגוסס נודר או מעריך דדינו לגבוה אע״פ שאולי לא מהני מעיקר הדין.

עוד הקשו הראשונים (ריטב״א קדושין עח ע״ב, ותוס׳ שם) על שיטת ר׳ יואל ורש״י מגמ׳ גיטין (ע ע״ב) דאיתא שם שאדם שנשחטו בו שני סימנים יכול לתת גט. והקשו, הרי אין לך גוסס גדול מזה, דלכאו׳ נוטה למיתה טפי מסתם גוסס. א״כ למה גוסס אינו יכול לתת גט דדינו כמת, ואיש זה שנשחטו בו שני סימנים יכול לתת גט?

ר׳ יואל (שם) מתרץ קושיא זו בחילוק בין גוסס בידי שמים וגוסס בידי אדם, דמי ששחט בו שני סימנים שהוא רק גוסס בידי אדם, יכול לתת גט שיש לו דעתא צילותא ורק כחישותא דגופא. משא״כ גוסס בידי שמים אינו יכול לתת גט ד״כבד עליו חליו ואין לו דעת כל כך.״

הרדב״ז (ח״ג אלף לה) מתרץ בענין אחר ומחלק בין גט למתנה. דהנה גוסס, בין בידי אדם ובין בידי שמים, יכול לתת גט, דרק מסלק רשותו מעל האשה ובזה סגי בכח כל דהו. ושאני מקנינים שגוסס אינו יכול לעשות, דצריך כח גדול להוציא ולהכניס מרשותו לרשות אחרת. אבל צ״ע בתירוץ זה, שבדרך כלל אומרים דלגיטין וקדושין צריך דעת אלימתא,[6] יותר ממה שצריך בשאר קנינים? אולי י״ל דמכאן ראיה לשיטת הקצות החושן (ר:ה) שכתב דלא צריך קנין בגט, אלא רק נתינה. ולפי זה מסתבר

---

[5] יש לעיין קצת בכוונתו, למה יכול לתת ע״י אמירתו לגבוה. ואפשר לומר שמהני משום שזה רק בינו להקדש אבל אין נ״מ לאחרים. ומו״ר הרב מיכאל רוזנצוייג הסביר שאמירה לגבוה מהני מפני ש״כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא,״ ולכן נתינה להקדש אינו נתינה ממש, אלא רק כסילוק (עי׳ מאירי קי׳ כט ע״א). ולכן כשמסלק עצמו ממנו, הנכסים חוזרים למקומם הטבעי, דהיינו לרשותו של הקב״ה. לפי זה י״ל שגוסס יכול לתת להקדש, שרק צריך לסלק עצמו ולא לתת ממש לאחר.

[6] עיין בחי׳ רבינו חיים הלוי (הל׳ יבום וחליצה ד:טז) וגינת אגוז (סי׳ לב).

לומר שלא צריך דעת כ״כ בגט כמו שצריך בקנין.[7] עוד י״ל כמש״כ באג״מ הנ״ל, שגוסס כמת לגבי אחרים, אבל לגבי עצמו דינו כחי. לפי זה מסתבר שיכול לגרש שרק מסלק עצמו מאשתו, משא״כ בקנינים שמוציא מרשותו ומכניס לרשות אחרת, דאלה גוסס אינו יכול לעשות.

עוד הקשו הראשונים (רא״ש קדושין עח ע״ב, ריטב״א שם, רשב״א גיטין ע״ב) על שיטת ר׳ יואל ורש״י מגמ׳ גיטין (כח ע״א). שם איתא שהמביא גט ממדינת הים והניח הבעל כשהוא זקן או חולה, יכול לתת לאשה בחזקת שהבעל עדיין קיים. אבל אם הניח הבעל כשהוא חולה והגיע לגבורות אנשים או שהניחו גוסס, אינו יכול ליתן את הגט לאשתו. הראשונים הקשו ב׳ קושיות מכאן: א. משמע שגוסס יכול למנות שליח, וא״כ נראה דדינו כחי. ב. אפשר לדייק שאינו יכול לתת גט בשביל גוסס כשאינו בפניו שמסתמא כבר מת, אבל אם יודע בשעת נתינה שהגוסס עדיין לא מת משמע שיכול לתת הגט לאשה, וא״כ נראה דדינו כחי.

ר׳ יואל מתרץ קושיא ראשונה, דמיירי בגמ׳ כשהגוסס ממנה את השליח קודם שנעשה גוסס. אבל אה״נ הגוסס אינו יכול למנות שליח דדינו כמת. לגבי קושיא ב׳, נראה דיש ג׳ דרכים לתרץ:

1. אפשר לתרץ כהסבר של הרדב״ז הנ״ל שגוסס יכול לגרש אע״פ שדינו כמת.

2. המהרי״ט (שם) תירץ שאה״נ השליח יכול לתת בשביל גוסס אע״פ שדינו כמת כל זמן שלא מת ממש כיון דהוי כדבר דממילא, כיון שהגוסס לא צריך לעשות מעשה. וביאר המהרי״ט בדעת הראשונים שהקשו מסוגיא זו, דנתקשו בהכלל דמידי דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי, ובאמת צ״ב אמאי לא חשש ר׳ יואל לכלל זה. ואפשר לתרץ שתלוי בהבנת דין שליחות. מצד אחד, י״ל דשליח נעשה בעל דבר משנעשה שליח, ואפילו אם המשלח נשטתה או נעשה גוסס השליחות עדיין קיימת. ומאידך

---

[7] אבל לא כ״כ מחוור להביא ראיה מכאן לשיטת הקצות שאפשר שהקצות סבר שצריך נתינה הראויה לקנין (עיין במילואי חושן סי׳ ר׳ הערה 90) ואין נתינת גוסס ראויה לקנין.

גיסא י״ל דשליח הוי כידא אריכתא של המשלח ואם המשלח נשטתה או נעשה גוסס, ממילא נתבטלה השליחות.[8] ר׳ יואל ס״ל שהשליח נעשה בעל דבר, ומכאן ואילך לא שייך הכלל של מידי דאיהו (המשלח) לא מצי עביד שליח לא מצי משוי, כיון שנתמנה השליחות בכשרות. אבל שאר ראשונים ס״ל ששליח הוי כידא אריכתא של המשלח בכל המשך השליחות, ולכן הכלל של מידי דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי שייך עד קיום השליחות.[9] עוד י״ל שאין המח׳ תלויה ביסוד דין שליחות אלא בדין דמידי דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי. היינו, דס״ל לר׳ יואל שכלל זה הוי דין במינוי שליחות, ולכן כל כמה דבשעת המינוי היה בכלל מידי דאיהו מצי עביד, ממילא אין חוששים בהמשך השליחות. אבל שאר ראשונים ס״ל שהכלל הוי דין בעצם השליחות, ולכן שייך מתחילת השליחות עד סופה. ולכן אם המשלח נעשה גוסס, וגוסס כמת ואינו יכול לתת גט, אין שלוחו יכול לתת בשבילו.

3. ר׳ יואל תירץ קושית הראשונים מגמ׳ גיטין (כח ע״א) באופן אחר, שאין לדייק משם שאם השליח יודע בודאי שהגוסס לא מת דאז יכול לתת הגט, אלא יש לדייק דאינו יכול לתת בשבילו גם כשיודע שעדיין חי. וצ״ל דהא דאיתא בגמ׳ דאם הניחו גוסס אינו יכול לתת גט לאשתו במדינת הים, אין הטעם משום שמסתמא כבר מת, אלא כיון שרוב גוססים למיתה ממילא גוסס דינו כמת, ומשו״ה אינו יכול לתת הגט גם כשהמשלח עדיין חי.[10]

---

[8] עיין קצות החושן (קפח:ב) שכתב שזהו מח׳ הטור (ידא אריכתא) והרמב״ם (בעל דבר) בנשתטה המשלח לאחר שמנה שליח ליתן גט דקי״ל דלא מהני השליחות, אם זה פסול מדאורייתא (טור) או רק מדרבנן (רמב״ם) שמא יאמרו שוטה בר גרושין.

[9] עיין שו״ת אחיעזר (ח״א כח:ח) בענין את״ל דשליחות כידא אריכתא, אמאי לא צריך לחזור ולמנות השליח מחדש.

[10] אין להוכיח מכאן גדר שליחות אליבא דר׳ יואל, די״ל שסבר כהטור דהוי כידא אריכתא ולכן אין השליח יכול ליתן את הגט בשביל הגוסס ואם נתן פסול מדאורייתא. ומאידך גיסא, גם י״ל שסבר כהרמב״ם דהשליח נעשה בעל דבר ועדיין

ב. גוסס כחי

רוב הראשונים ס"ל שגוסס דינו כחי, אבל גם לדעה זו יש להקשות ממה דאיתא בגמ' ב"ב (קכז ע"ב). מבואר שם שלפי החכמים, קרא ד"יכיר" מחדש (אליבא דר"מ דאדם מקנה דשלב"ל) שיכול האב לומר שזה בני בכורי, והוא יטול פי שנים גם בנכסים שנפלו לאב כשהוא גוסס; הגם דכשהוא גוסס, ליכא מיגו שיכול לתת לבן זה כל נכסיו במתנה עכשיו כיון דגוסס אינו יכול לתת מתנה. והנה את"ל דגוסס דינו כחי, צ"ב אמאי לא יכול לתת מתנה. ותירצו הראשונים[11] דאה"נ גוסס כחי, אבל כאן אינו יכול לתת מתנה משום שאינו מדבר. אבל אם הגוסס יכול לדבר אז יכול לתת מתנה.

נראה שיש ג' דרכים להבין למה גוסס שאינו מדבר אינו יכול לתת מתנה:

1. כשאינו מדבר דינו כמת.
2. כשאינו מדבר הגוסס בחזקת שאינו בר דעת – כלומר, "אינו מדבר" הוי כסימן לדבר.
3. כשאינו מדבר אינו יכול לתת ע"י עצמו מצד המציאות – כלומר, "אינו מדבר" הוי כסיבה בפני עצמו.

ויש כמה נ"מ בין ג' ההסברים. נ"מ א', למד"א שצריך דעת מקנה בשעת חלות הקנין, אם עשה מעשה קנין כשהוא בריא ושוב נעשה גוסס בשעת חלות הקנין, צ"ע אם חל הקנין. לפי הסברים א' (כמת) וב' (בחזקת שאינו בר דעת) אין הקנין חל משום דכלתה קנינו. אבל לפי הסבר ג' (בעיה במציאות) לא כלתה קנינו, שהרי יש לו דעת, רק דאינו יכול לתת מתנה חדשה כיון שאינו יכול להגיד למי הוא רוצה לתת.

לא יכול ליתן את הגט כשהמשלח נעשה גוסס, מדרבנן שלא יאמרו גוסס הוי בר שליחות כמש"כ הרמב"ם.

[11] כן כתבו הרשב"ם (ב"ב שם), תוס' (קדושין עח ע"ב), ריטב"א (קדושין שם), רשב"א (גיטין ע ע"ב) ותוס' הרא"ש (קדושין עח ע"ב).

עוד נ״מ, לפי המשמעות בגמ׳ גיטין (כח ע״א) שאם השליח יודע בודאי שהמשלח הגוסס עדיין חי שיכול לתת הגט, מה הדין אם יודע שהגוסס עדיין חי אבל אינו יכול לדבר עוד. לפי דרכים א׳ (כמת) וב׳ (בחזקת שאינו בר דעת) אין השליח יכול לתת הגט, דכשאינו מדבר אינו יכול לתת גט. אבל לפי דרך ג׳, אפילו אם אינו יכול לתת גט מחדש כשאינו מדבר (כמו מתנה דאינו יכול לומר למי הוא רוצה לתת), מ״מ כשכבר מסר הגט להשליח, לכאורה השליח יכול לתת לאשתו שהרי נשאר דין המשלח כבר דעת.

ועוד נ״מ איכא לענין גוסס שאינו מדבר, אם יכול לתת גט או מתנה ע״י הרכנת הראש.[12] לפי הסבר א׳ לכאורה אינו יכול לתת אע״פ שהרכין ראשו, דדינו כמת כשאינו מדבר.[13] לפי הסבר ב׳, אם יכול להרכין ראשו ובודקין אותו כדי לברר שהוא עדיין בר דעת, אז לכאורה יכול לתת. וכן לפי הסבר ג׳ נראה שיכול לתת ע״י הרכנת הראש.

הסמ״ג (עשין ס׳ נ׳), סמ״ק (קפד:ט), ומרדכי (גיטין תנא) כתבו כהסבר הראשון שגוסס שאינו מדבר נחשב כמת.[14] הב״י (אבהע״ז קנא) הקשה על שיטה זו מגמ׳ גיטין (ע ע״ב) במי שנשחטו בו ב׳ סימנים שיכול ליתן גט ע״י הרכנת הראש או רמיזה, ואין לך גוסס גדול מזה, וא״כ קשה אמאי אינו יכול לתת ג״כ ע״י הרכנת הראש? ונראה דצריך לחלק בין גוסס בידי אדם וגוסס בידי שמים (כדלעיל למד״א גוסס אפילו אם מדבר דינו

---

[12] כדמצינו בחולה שנשתתק במשנה גיטין (סז ע״ב) דבודקים אותו כדי לברר אם יש לו דעת (עיין גמ׳ גיטין ע ע״ב – עא ע״א).

[13] עיין ב״ש (אבהע״ז קנא:י) בשיטה זו. לכאורה יש מקום לומר שאף לפי הסבר א׳ (כמת) יכול לתת ע״י הרכנה שאפשר שהרכנה דינו כדיבור. וא״כ, מי שיכול להרכין ראשו דינו כאפשר לדבר ויכול לתת כגוסס שיכול לדבר. וצ״ל שגוסס שאינו מדבר מיירי כשאינו יכול אפילו להרכין ראשו.

[14] כן הסביר הב״ש (שם) את שיטתם, וכן נראה שהבין הרמ״א (קנא:ז). אבל הגר״א (שם) חולק על הבנת הרמ״א בראשונים אלו וכתב שמודו להסבר ב׳ שגוסס שאינו מדבר בחזקת שאינו בר דעת הוי.

כמת).[15] עוד הקשה הב״י (שם) מגמ׳ גיטין (כח ע״א) דמשמע שהשליח שהביא גט ממדינת הים והניח המשלח כגוסס, אינו יכול לתת הגט משום שמסתמא הגוסס כבר מת. ומשמע דאם יודע בודאי שעדיין חי, אפילו אם אינו מדבר, השליח יכול לתת הגט. וקשה, הרי עדיין חסר מצד הכלל דמידי דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי. ונראה דצ״ל אליבא דשיטה זו, שהגמ׳ מיירי דוקא כשיודע שהגוסס חי ויכול לדבר, אבל אם יודע שאינו מדבר, השליח אינו יכול לתת הגט.

הריטב״א (קדושין עח ע״ב), רבינו קרשקש (גיטין כה ע״ב) ותוס׳ (קדושין עח ע״ב) כתבו כהסבר ב׳ שגוסס שאינו מדבר הוי בחזקת לאו בר דעת. וכן כתבו הפנ״י (קדושין עח ע״ב), חזו״א (אבהע״ז פו:ד) וקצות החושן (רנ:סק״ח). כתב הב״י (אבהע״ז קנא) דנראה דהך ראשונים ס״ל דגוסס יכול לתת גט ברמיזה אע״פ שאינו מדבר, אבל ליתן מתנה צריך לדבר, וצ״ב בחילוק זה. אולי צ״ל כהרדב״ז הנ״ל שלגט שרק מסלק רשותו מן האשה, סגי בכח כל דהו, משא״כ בקנינים דצריך כח גדול להוציא ולהכניס מרשות לרשות. אמנם, גם י״ל דלא כהב״י, ובאמת ס״ל דגוסס יכול לתת גט וגם לתת מתנה ע״י הרכנת הראש, דסו״ס כיון שיכול להראות דעתו דינו כמי שיכול לדבר.

והנה, גם לדעה זו יש להקשות מהא דגמ׳ גיטין (כח ע״א) דמשמע שהשליח יכול לתת הגט אם יודע שהגוסס חי אפילו אם אינו מדבר, כעין שהקשו על על שיטת ר׳ יואל, וצ״ע. מהריטב״א (קדושין עח ע״ב) ורבינו קרשקש (גיטין כה ע״ב) נראה דס״ל שהשליח יכול לתת דוקא קודם שנטרפה דעתו של המשלח. כלומר, דוקא כשיכול לדבר או להראות דעתו באופן אחר כגון הרכנת הראש. אכן, בלא״ה אין השליח יכול לתת את הגט.[16]

---

[15] אפשר לתרץ בענין אחר כמש״כ לעיל בהערה 12, שאולי לשיטה זו, יכול לתת ע״י הרכנה משום דהרכנה חשיבא כדיבור. וכוונת שיטה זו באינו מדבר, היינו דאפי׳ להרכין ראשו אינו יכול.

[16] נראה לי דאינו שייך לתרץ ולומר שהבינו גדר שליחות כדעת הרמב״ם שהשליח נעשה בעל דבר, והוא מב׳ טעמים. א׳, לפי הרמב״ם ראוי לפסול הגט מדרבנן, וכאן משמע דכשר. ב׳, מדהקשו כן על ר׳ יואל נראה דהבינו שליחות כדעת הטור דהשליח

הגט פשוט (קכא:לה), קובץ הערות (סי׳ סח), ושו״ת שרידי אש (ח״א קנט:ד) כתבו כהסבר ג׳ שגוסס שאינו מדבר אינו יכול לתת משום שבמציאות אינו יכול לדבר ולהגיד למי ומה לתת. ואפשר לדייק דזהו שיטת הרשב״ם (ב״ב קכז ע״ב ד״ה נכסים שנפלו לו) שכתב ד״גוסס אינו מדבר ואין לו כח ליתן.״ הנה יש ב׳ דרכים להבין כוונת ״אין לו כח ליתן.״ א׳, מפני שאינו מדבר, ע״פ דין נחשב כמת או כאינו בר דעת. ב׳, במציאות, כיון שאינו מדבר אינו יכול לומר למי ומה לתת. ואת״ל דכוונת הרשב״ם כפירוש ב׳, נמצא דדעתו כהני אחרונים. עיין גט פשוט שנקט דכ״ה גם שיטת התוס׳ (קדושין עח ע״ב), וכ״כ הב״י (סי׳ קנא).

וכן יש לדייק דדעת רשב״א כפירוש הנ״ל.[17] עיין שו״ת הרשב״א (ח״ב שכז) שפירש סוגיא דגיטין (כח ע״א) דהשליח יכול לתת גט אם יודע שעדיין לא מת הגוסס, ואינו מחלק בין אם יכול לדבר או לא. ומשמע שאפילו אם אינו יכול לדבר, לא חסר משום מידי דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי, והשליח יכול לתת הגט.[18] עוד יש לדייק בדברי הרשב״א לגיטין (עג ע״ב) בענין נתן והתנה שיחול מעת שאני בעולם. ורבינו קרשקש (שם כה ע״ב) הסביר שכוונתו שיחול הגט שעה א׳ קודם שנטרפה דעתו. כלומר, קודם שנעשה גוסס שאינו יכול לדבר, דמשאינו יכול לדבר ה״ה כבר בחזקת שנטרפה דעתו. אבל הרשב״א (גיטין עג ע״ב) לא כ״כ, אלא דכוונת הנותן היא שיחול שעה א׳ קודם מיתתו. ומשמע

הוי כידא אריכתא. אפשר לדחות טעם הראשון ולחלק בין שוטה וגוסס, דחכמים פסלו נתינת הגט בשעה שהמשלח שוטה מדרבנן שמא יאמרו שוטה בר גירושין, ואולי בגוסס לא גזרו. וכ״כ הקצות (רנ:ה) והערות על תורא״ש (קדושין עח ע״ב הערה 441). מ״מ טעם השני עדיין במקומו עומד.

[17] אע״פ שיש לדייק מאלו מקומות שהרשב״א סבר כהסבר ג׳ וגוסס שאינו מדבר עדיין נקרא בר דעת, עיין בהערות לחידושי הר״ן (ב״ב קלא הערה 738) שכתב דיש סתירה בכמה מקומות ברשב״א אם סבר דצריך דעת בחלות הקנין או לא. ואם לא צריך דעת בחלות הקנין אז אין ראיה מרשב״א (גיטין עג ע״ב) שגוסס נקרא בר דעת.

[18] ואין לומר שאינו בעיה של מידי דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי מפני שסבר כדעת רמב״ם בגדר שליחות, דא״כ לא היה הרשב״א מקשה קושיא זו על ר׳ יואל.

דאפילו אם בשעה א׳ קודם מיתתו נעשה גוסס שאינו מדבר, הגט כשר, וצ״ב במה נחלקו רבינו קרשקש והרשב״א.

א. עיין שיעורי ר׳ שמואל (ב״ב אות צג) דפירש שבאמת לכ״ע גוסס שאינו מדבר הוי בחזקת שאינו בר דעת. רק נחלקו בכה״ג דבשעת חלות הקנין ליכא דעת מקנה מפני שהנותן הוי גוסס, אם חסר בזה משום כלתה קנינו (רבינו קרשקש) או לא (רשב״א).

ב. אפשר דכ״ע מודו שצריך דעת בשעת חלות הקנין שלא תהא בכלל כלתה קנינו, ולכן נחלקו אם גוסס כשאינו מדבר נקרא בר דעת (רשב״א) או לא (רבינו קרשקש).[19]

אמנם, הקשה הקצות החושן (רנ:ח) בדעת הגט פשוט ודעימיה, דאת״ל דגוסס שאינו מדבר דינו כבר דעת, צ״ע מהו החידוש של ״יכיר״ בגמ׳ (ב״ב קכז ע״א), הרי סגי במגו דאיבעי יהיב ליה במתנה עכשיו, גם על מה שלא בא לעולם אליבא דר״מ. ותירץ הגט פשוט (שם), דכיון דהוא בעצמו אינו יכול לדבר ולתת לכשיהיה גוסס, אין כאן מיגו וצריך יכיר לחדש שהבן הזה נוטל פי שנים בנכסים שנפלו לאב כשהוא גוסס. והיינו, דאפי׳ לר״מ דאדם מקנה דבר שלא בעולם, בכדי שיהיה מגו מעלייתא, צריך שיהיה בר דעת לעשות הקנין בעצמו בשעה שבא לעולם.

---

[19] חקר המחנ״א (זכיה ומתנה טז) אם נתן דבר שבא לעולם בקנין לאחר ל׳ וביום הל׳ הנותן נעשה גוסס שאינו יכול לדבר, אם חל הקנין. עצם השאלה הוא ביסוד החסרון דגמ׳ ב״ב (קכז ע״ב) בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס שאינו יכול לתת בלי חידוש של יכיר. מצד אחד י״ל מבוסס על מה דכלתה קנינו, שהנותן (הגוסס) אינו בר דעת בשעת חלות הקנין. מאידך י״ל, דזהו פרט במה דהוי דבר שלא בא לעולם. המחנ״א (שם) נקט כצד השני, שזהו דוקא בדבר שלא בא לעולם. אבל בדבר שבא לעולם הקנין חל, אע״פ שהנותן הוי גוסס בשעת חלות הקנין. והביא ראיה מגמ׳ ב״ב (קלז.) שיכול לתת גט לאשתו שיחול כשהוא גוסס. לפי זה צ״ל שהטעם שאינו קונה בגמ׳ ב״ב (קכז ע״ב) היינו דוקא משום דהוי דבר שלא בא לעולם. החזו״א (אבהע״ז פו:ד) חולק על המחנ״א וסבר דאין חילוק בין דבר שלא בא לעולם ודבר שבא לעולם, ובשניהם אם ליכא דעת בשעת חלות הקנין, לא חל הקנין משום דכלתה קנינו, וצ״ע לדעתו מגמ׳ הנ״ל. ויש לתרץ, דסבר החזו״א שהתנאי של הבעל היה שהגט יחול שעה א׳ קודם שנעשה גוסס כדברי רבינו קרשקש (גיטין כה ע״ב), ולכן לא הוי כלתה קנינו.

אולי הך המח׳ בין הקצות והגט פשוט תלויה בהבנת שיטת ר״מ דיכול להקנות דבר שלא בא לעולם. את״ל דר״מ ס״ל שמשעת מעשה הקנין נגמרה ההקנאה מצד המקנה גם על דשלב״ל, אז יש מקום להקשות קושיית הקצות.[20] אכן, הרב אלחנן וואסרמן (קובץ הערות סו:ב) ביאר בענין אחר, דבאמת כ״ע מודו דאין אדם מקנה דשלב״ל, ודבר הנמכר צריך להיות ביד המקנה דוקא. אמנם, נחלקו חכמים ור״מ אם סגי במה דהוא ביד המקנה בשעת חלות הקנין, א״ד בעינן יהא בידו גם בשעת מעשה הקנין. דחכמים ס״ל דצריך שיהא בידו גם בשעת מעשה הקנין ולכן אינו יכול להקנות דשלב״ל. משא״כ אליבא דר״מ, סגי במה שיהא הדבר בידו אח״כ כשבא לעולם בשעת חלות הקנין.

והנה תפס הרב אלחנן דדעת הרשב״ם היא דגוסס אינו יכול להקנות מצד המציאות שאינו יכול לדבר. לכן הוסיף בביאור המח׳ בין ר׳ יואל והרשב״ם דתלויה בדין ״בידו״ לפי ר״מ. ר׳ יואל ס״ל ש״בידו״ הוא הכח להקנות מצד הדין. לכן הביא ראיה לשיטתו מגמ׳ ב״ב (קכז ע״ב) שצריך יכיר לחדש לפי ר״מ שיכול להקנות נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, דגוסס לפי ר׳ יואל דינו כמת ואין לו כח להקנות מצד הדין. משא״כ, ס״ל להרשב״ם ד״בידו״ היינו הכח בפועל להקנות. לכן אע״פ שגוסס שאינו מדבר דינו כבר דעת, כיון דאינו בידו בפועל להקנות דברים ע״י עצמו, אפילו ר״מ מודה שאין אדם מקנה נכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, ולכן בעינן קרא ד״יכיר.״

ג. הלכה למעשה

פסק השו״ע (קכא:ז) שגוסס דינו כחי, ואפילו אם אינו מדבר יכול לתת גט. היינו דס״ל כהסבר הג׳ דהחסרון של אינו מדבר הוא רק בעיה במציאות שאינו יכול להגיד לנו למי ומה רוצה לתת. אבל אם כבר יודעים רצונו מצד אחר, אז יכול לתת כיון דדין גוסס כחי. אבל הרמ״א (שם) כתב שיש להחמיר בגוסס שאינו מדבר, דאינו יכול לתת גט. משמע

[20] צריך לעיין אם זה באמת הבנת הקצות בשיטת ר״מ.

מהרמ״א שהבין כהסבר א׳ שגוסס דינו כחי דוקא כשמדבר, אבל כשאינו מדבר דינו כמת ואינו יכול לתת אפילו בהרכנת הראש. הגר״א (שם) חולק על הרמ״א וכתב כהסבר ב׳ דגוסס דינו כחי וכשאינו מדבר דינו בחזקת שאינו בר דעת. אבל אם יכול להרכין ראשו ולהראות שיש לו דעת, יכול לתת גט. וכ״כ בפ״ת (שם סק״ט) בשם שו״ת פרי תבואה כדברי הגר״א דהכל תלוי אם יכול להראות דעתו, או לא.

הרב אברהם אליעזר מרקוביץ
חבר המכון הגבוה לתלמוד ע"ש ברן

תוך כדי דיבור

איתא בנדרים (פז ע"א) סתירה בין שתי ברייתות. באחת נפסק הדין "אמרו לו מת אביו וקרע ואחר כך נמצא בנו יצא ידי קריעה." אולם, בשנית נפסק "אמרו לו מת אביו וקרע, ואחר כך נמצא בנו לא יצא ידי קריעה. אמרו לו מת לו מת וכסבור אביו הוא וקרע ואחר כך נמצא בנו יצא ידי קריעה." ותירץ רב אשי "כאן בתוך כדי דיבור, כאן לאחר כדי דיבור, הא דקאמרת יצא ידי קריעה שנמצא בנו בתוך כדי דיבור הא דאמרת לא יצא ידי קריעה לאחר כדי דיבור." והגמ' מביאה ראיה לדבריו "והתניא מי שיש לו חולה בתוך ביתו ונתעלף, וכמדומה שמת וקרע ואח"כ מת לא יצא ידי קריעה. אמר ר' שמעון בן פזי אמר ריב"ל משום בר קפרא, לא שנו אלא שמת לאחר כדי דיבור אבל תוך כדי דיבור כדיבור דמי, והלכתא תוך כדי דיבור כדיבור דמי חוץ ממגדף, ועובד עבודת כוכבים, ומקדש, ומגרש."

מסוגיין מלמד דין תכ"ד, כמו שמצינו בדעת ר' שמעון בן פזי, דאע"פ שבמציאות הקריעה היתה קודם מיתה, כיון שמת בתוכ"ד להקריעה, מ"מ יוצא מצות קריעה שלו. וצריכים להבין למה ואיך מועיל כלל דתכ"ד כדיבור דמי, למרות ההלכה שקרוב חייב לקרוע בגדיו אחר שמת במוחלט דוקא.

אופי דין תוכ"ד כדיבור

כדי לתרץ קושייתנו אבאר כמה שיטות מהראשונים:

יד רמ"ה (ב"ב קכט אות קל ד"ה והלכתא) – "כלומר כל האומר דבר או שעושה מעשה בתוך כדי דיבור מדיבור אחר או ממעשה אחר... אם היה האחרון בתוך כדי דיבור לראשון, כתחלת דיבור דמי ורואין את האחרון כאילו נאמר או נעשה עם הראשון בבת אחת או תיכף לראשון בלי

שהייה ובלא הפסק וכו.״ ומכוח דעתו שתכ״ד הוי יחידת זמן מסויימת הלכתית (unit of time), וכל דבר שנעשה באותה יחידת זמן, נעשה כבת אחת. ואינו ברור מדבריו אם מ״מ יש איזה סדר הדברים והמקרים באותה יחידת זמן או לאו. ואפשר שהסדר ע״פ דין הוא ע״פ מה שקרה במציאות, אבל גם י״ל דכיון שנעשה בבת אחת, יחולו כל המקרים בבת אחת ממש, או אפילו בסדר מבולבל ביותר וכאילו השני קרה בתחילה.

ר״ן (נדרים פז ע״א ד״ה אבל) – ״ונראה בעיני דבשאר מילי דלא חמירי כולי האי כשאדם עושה אותם לא בגמר דעתו הוא עושה אלא דעתו שיכול לחזור בו תוך כדי דיבור.״ לפי הר״ן, תוכ״ד תלוי בדעת כל בני אדם. ואפשר לבאר בב׳ אופנים: א) בדברים ״דלא חמירי כולי האי״ אדם מחליט החלטה ברורה בעשייתם או אמירתם, רק אחר שעבר כדי דיבור של סוף מעשה או הדיבור. וכיון שכן, יכול לחזור כל זמן שלא הגיע לזה. ב) המעשה חל מיד אחר סוף עשייה או דיבור, רק דיש לו זכות חזרה. ונראה לי שאופן הראשון יותר נכון בלשון הר״ן שתלוי בדעת כל בני אדם ולא בזכות חזרה.

ר״ת (ב״ב קכט ע״ב ד״ה והלכתא) – דין תכ״ד הוי תקנה מדרבנן, כיון שיהיה מקרה שתלמיד העוסק במו״מ בשוק, ויבוא רבו ויתחייב ליתן לו לשום. ושמא יעשה מקח ומיד יבא רבו ויהא צריך להפסיק ויגמור המקח בע״כ, תקנו וחז״ל שיכול לחזור בתוך כדי דיבור, כדי שיוכל ליתן שלו לרבו ולא יפסיד ההזדמנות שלו לחזור במקחו. הבעיה לשיטת ר״ת הוי שרוב הסוגיות של תכ״ד מדבר על דינים דאורייתא כגון נדרים, עדות (מכות ו ע״א), שבועת העדות (שבועות כא ע״א), ואם זה תקנה דרבנן, קשה להבין איך תועיל תקנה זו גם בדינים דאורייתא. הנמוקי יוסף (נדרים פז ע״א) מתרץ שחכמים עקרו דבר מן התורה, ואביא תירוץ לקמן.

לסכם, מצינו ג׳ שיטות באופי תכ״ד: יד רמ״ה (דין בת אחת), ר״ן (תלוי בדעת), ר״ת (תקנה מדרבנן).

קריעה

ועכשיו נחזור לקושייתנו, איך מהני תכ״ד לענין קריעה. הנה לדעת היד רמ״ה, כיון שקרע ומת בתוך יחידת זמן מסויימת של תכ״ד,

נידון כמי שקרע בבת עם המיתה [וא״כ צ״ל דגם זה בכלל קיום דין קריעה על המת], א״נ י״ל דנידון כאילו מת ואח״כ קרע. לשיטת הר״ן קשה טפי, ואפשר לתרץ בב׳ אופנים. א) אפשר לחדש שיש ב׳ דינים של תכ״ד: בת אחת וגם דין דעת. ב) י״ל דכיון שכבר רשום בדעת בני אדם שמעשה או דיבור אינו חל ואינו נגמר עד לאחר כדי דיבור של סוף דבריו, ממילא נהפך הדין או משתנה קצת וגם מצטרף כל דבר שנעשה בתוך כדי דיבור לדבר אחר. וכן הכא, הקריעה והמיתה מצטרפות בגלל התכ״ד ונחשב כאותו זמן. ור״ת מביא ב׳ תירוצים להנ״ל, א) לא פלוג רבנן. ב) בקריעה הקילו (עיין ב״ק עג ע״ב), ואולי משום האיסור של בל תשחית הקילו.

היקף הדין

עכשיו אבאר ההיקף של תוכ״ד, ומסובב על היוצאים מן הכלל. בין הגמ׳ נדרים (פז ע״א) וב״ב (קכט ע״ב), מצינו ד׳ יוצאים מן הכלל של תוכ״ד: מקדש, מגרש, מגדף, עובד עבודה זרה. וצ״ע למה יוצאים מן הכלל, ואם איכא צד השוה בכולם לפרש סיבת יציאתם. הר״ן (נדרים פז ע״א ד״ה והלכתא) מסביר: ״אבל הני כיון דחמירי כולי האי אין אדם עושה אותו אלא בהסכמה גמורה ומשום הכי חזרה אפילו תכ״ד לא מהני.״ זה מתאים לשיטת הר״ן, דדין תכ״ד תלוי בדעת ודברים אלו יותר חמורים וממילא, אדם חושב עליהם לפני שעושה אותם.

אליבא דהיד רמ״ה, אפשר להבין דברי הרשב״ם (ב״ב קכט ע״ב ד״ה והלכתא), שכל היוצאים מן הכלל הם חומרות דרבנן ובאמת מדאורייתא הדין של תכ״ד מהני גם באלו. כיון שדין תכ״ד הוא מטעם בת אחת, יכול להיות שבאמת אין יוצאים מן הכלל מדין תורה, ורק דרבנן החמירו. מאידך, עוד יש להסביר שהם באמת יוצאים מן הכלל גם להיד רמ״ה, ובגלל סיבה אחרת. והיינו, דיש לחלק לחלק הד׳ דינים לב׳ קבוצות: מקדש ומגרש מצד א׳, ומגדף ועע״ז מצד ב׳. גבי מקדש ומגרש, א״א לחזור אע״פ שבשאר מעשים אפשר לחזור, כיון שהם מעשים הנעשים בכעין פרהסיא, וצריכים עדי קיום משא״כ בשאר מעשים, ואכמ״ל. ולגבי מגדף ועע״ז, שאני אלו שהדיבורים הויין יותר דומים למעשה (ולא רק כדיבור בעלמא), כיון שע״י כל אחד ואחד איכא חלות.

גבי מגדף איתא בגמ׳ בסנהדרין (סב ע״א) שעקימת שפתיו הוי מעשה. וכן בעע״ז שע״י דיבורו יכול הוא להקצות בהמה לע״ז ובזה הוא יוצר חלות, ושאני מדיבורים אחרים.

הרמב״ם (בפיה״מ תמורה ב:ד, ומעשה קרבנות טו:א) מוסיף תמורה והקדש לדינים היוצאים מן הכלל. לפי הר״ן, י״ל שהקדש ותמורה כמו הד׳ לעיל שהם חמורים. לפי היד רמ״ה, גם יש לתרץ כדלעיל שהדיבור של הקדש ותמורה משונה, כיון שהדיבור כאן יוצר חלות במציאות. ואפשר לבאר באופן אחר. הנה הקצות (רנה:ב) מבאר שלכל קנין במו״מ צריך ב׳ דברים: מעשה קנין כגון משיכה או הגבהה, וגם צריך לומר ״קני.״ וכשאדם חוזר בקנין, חזרתו רק מהדיבור, וממילא איכא מעשה בלי דיבור שאינו קנין. אמנם, גבי הקדש אמירתו לגבוהה כמסירה להדיוט, וכיון שדיבור בהקדש נחשב כמעשה, אינו יכול לחזור מהדיבור בהקדש כלל. שיטתו מתאימה לפי היד רמ״ה וגם לפי הר״ן.

יכיר

הרשב״ם (ב״ב קכז ע״ב וחזר) מביא דין יכיר כיוצא מן הכלל. יש להאב נאמנות לומר מי הוא הבכור שלו, וכתב הרשב״ם שאינו יכול לחזור בזה אפי׳ תכ״ד, וצ״ב. עיין אור שמח (נחלות ג:ד) וקרן אורה (נדרים פז ע״א) שבארו שאינו יוכל לחזור בתכ״ד של דבר שבעבר. ביכיר, האב מגלה לנו המציאות שהיתה לפני כמה שנים. לפי שיטתם צריכים לכמה הנחות; אע״פ שיכול לחזור בתכ״ד בשבועה, אינו יכול לחזור בשבועה שלא אכלתי כיון שהוא על העבר. ובהלכות עדות שמעידים על העבר, איך יתכן מה דאפשר לעדים לחזור בתכ״ד, כדאיתא להדיא בגמ׳ מכות (ו ע״א). וי״ל שחלות העדות חל עכשיו בב״ד כמו שיטת תוס׳ בסוגיא דאין עד נעשה דיין (ב״ב קיד ע״ב). וצ״ע איך לגדור הרשב״ם ואור שמח בשיטת הר״ן ויד רמ״ה.

קידושין

נפסק בשו"ע אה"ע סי' מז סע' ד' "אמרה היא מעצמה נתקדשתי, וחזרה ואמרה פנויה אני תוך כדי דיבור, נאמנת. לאחר כדי דיבור, אינה נאמנת. ואם נותנת אמתלא לדבריה, שאמרה כן תחלה כדי שלא יקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים וכיוצא בזה, וראינו בדבריה ממש הרי זו נאמנת. ואם לא נתנה אמתלאה, או שנתנה ואין בה ממש אינה נאמנת. הגה: וי"א דכל זה מיירי באמרה נתקדשתי סתם, אבל אמרה נתקדשתי לפלוני, שוב אינה נאמנת לומר פנויה אני דלאו כל הימנה לחוב לו ולהפקיע עצמו ממנה."

הבית שמואל (סע' ד') סובר שהרמ"א פוסק שאפי' אם חזרה בתכ"ד אינה נאמנת. וכתב החלקת מחוקק (סע' ד) "דלא ידעתי למה לא תהיה נאמנת תוך כדי דיבור דהא קיי"ל בכה"ת תוך כדי דיבור כדיבור דמי." וצ"ע אם לדעת הבית שמואל מקרה של קידושין הוא גם יוצא מן הכלל? ואולי זהו דין בקדושין, ובכל פרט של קדושין ליכא חלות דין תכ"ד, וצ"ע.

פסול עדות

הגמ' בב"ק (עג ע"א) מביאה אוקימתא אחת של עדים שהעידו שפלוני גנב ובתוך כדי דיבור העידו שגם טבח ומכר ונמצאו זוממים על הטביחה לחוד. ולדעת רבנן דע"ז למפרע הם נפסלים, אין נפסלים אלא על עדות הטביחה ומכירה, ולא משעת עדות הגניבה. והקשה בתוס' רבינו פרץ, כיון שהעידו עדות טביחה ומכירה תכ"ד לעדות הגניבה, למה אינם פסולים לגניבה שהיתה כבת אחת אם העדות השנית. ותי' דדין תכ"ד בעדות רק יכול לבטל עדות לומר שעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, היינו שמצרף עדיות להיות כעדות אחת. אמנם, דין תכ"ד אינו יכול לפסול גברא, כה"ג גבי העדים.[1]

---

[1] ומשמע מתוך דבריו שאע"פ שתוך כדי דיבור הוי מדין בת אחת, יש סדר לדברים.

אכן, מחדש העמודי אור (סי׳ צט) שאם עדים העידו ובתכ״ד לעדותם חללו שבת או מתו, כיון שהם פסולים עכשיו, א״ד מתו תכ״ד לעדותם, עדותם בטלה. ומסביר דינו אליבא דשיטת הר״ן, שכיון שכל דבר אינו חל אלא אחר כדי דיבור, הרי עדיין העדות לא חלה. ונראה לי שתוס׳ ר״פ חולק על דברי העמודי אור, דאע״פ שנפסלו העדים עכשיו, מ״מ יש סדר במציאות לדבריהם, ופסול דאח״כ תכ״ד מעדות הטביחה ומכירה, אינו יכול לבטל את העדות הראשונה. ועוד יש להעיר, דאפי׳ אליבא דהר״ן, לא נתחדש אלא שהמעשה נמשך עד אחר כדי דיבור, ונמצא דשני המעשים תכ״ד מתייחסים זה לזה, אבל אם הם מעשים נפרדים לגמרי, י״ל דאינו יכול לצרף אותם בתוך כדי דיבור.

קנינים

עיין בגמ׳ לעיל (קיד ע״א) ״איתמר קנין אימתי חוזר. רבה אמר כל זמן שיושבין רב יוסף אמר כל זמן שעסוקין באותו ענין.״ ומסיק הגמ׳ כשיטת ר׳ יוסף שיכול לחזור כל זמן שעסוקים באותו ענין. דעת ר״ת בספר הישר דמסוגיא זו מבואר דבכל קנין יכול לחזור כל זמן שעסוקים באותו ענין. הנמוקי יוסף (דפי הרי״ף) חולק וסובר שהגמ׳ מיירי רק בקנינים שאינם בגוף החפץ, כגון שטר וסודר. אבל משיכה ומסירה חוזרים רק תכ״ד. ומשמע מהרשב״ם דסוגיא זו מיירי רק בקנין סודר ומתנת שכיב מרע במקצת. אבל שאר קנינים חוזרים תכ״ד. הריטב״א (כאן) הביא שיטה דס״ל דקנין סודר הוא הקנין היחידי שיכול לחזור בו (כל זמן שעסוקים באותו ענין), ושאר קנינים אינם חוזרים אפי׳ תכ״ד.

והנה, את״ל כדעת הר״ן שתכ״ד הוא דין בדעת, יותר סביר להבין שיטת נמוק״י שמחלק בין קנינים בגוף החפץ וקנינים שאינם בגוף החפץ, דאפשר לפרש החילוק בדין גמירת דעת שיש לקונה בעת הקנין בשינוי סוגי הקנינים. וגם אפשר להבין החילוק בין קנין סודר לשאר קנינים, כיון שקנין סודר כולו דעת (עיין רמב״ם פ״ה מהל׳ ה״י). ואליבא דהיד רמ״ה שתכ״ד הוא דין של יחידת זמן מסויימת, לכאו׳ קשה להבין יחידת הזמן חזרה דעסוקים באותו ענין, וקצת צ״ע.

שבועת העדות: סדר בתכ"ד

מבואר במתני' דשבועות (לא ע"ב) דאין חיוב קרבן שבועת עדות אא"כ הוא "עד" עדיין בשעת כפירת העדות. לכן, אין שני עדים חייבים אא"כ כפרו העדים בבת אחת. אבל בזה אחר זה, ראשון חייב ושני פטור. ופירש רש"י (שם ד"ה הראשון) "אבל השני פטור שכיון שכפר הראשון שוב אין עד יחידי ראוי להגיד." הגמ' מקשה על המשנה, איך יתכן שיכול להעיד בבת אחת והא אי אפשר לצמצם. ומתרץ ר' יוחנן כגון שכפרו כאו"א תכ"ד לכפירת חבירו.

והקשו התוס' (שם ד"ה בתוך) "וא"ת אמאי שני חייב, לימא אני לא עשיתי כלום שכפר הראשון כבר, ואילו היה חוזר בו תוך כדי דיבורו גם אני הייתי חוזר תוך כדי דיבור." ומחדש הר"י, כיון שהעיד תכ"ד לחבירו, הוי כאילו העידו בב"א בצמצום. ואם הראשון יחזור תכ"ד של השני, אין השני יכול לחזור עוד מדבריו הראשון. ולכן, החידוש של הגמ' הוא שאם השני כופר תכ"ד של כפירת הראשון, ואח"כ תכ"ד מהשני הראשון חוזר ומודה, אין השני יכול לצרף עוד לחזרת הראשון.

אח"כ הגמ' (לב ע"ב) מקשה עוד על המשנה שהביא דין כפר אחד והודה אחד דראשון חייב ושני פטור; והרי א"צ ללמד דין זה, מאחר דכבר איתא במתני' דכפרו שניהם בזה אחר זה, ראשון חייב ושני פטור. ותי' הגמ' "לא צריכא כגון שכפרו שניהם וחזר אחד מהן והודה בתוך כדי דיבור והא קמ"ל דתוך כדי דיבור כדיבור דמי וכו' אלא לרבי יוחנן רישא תוך כדי דיבור סיפא תוך כדי דיבור, תרתי למה לי? מהו דתימא ה"מ כפירה וכפירה אבל כפירה והודאה אימא לא קמ"ל." ונמצא במסקנא דהו"א דגמ' הוא שרק בב' כפירות תכ"ד אפשר לצרף ב' העדים, אבל א"א לצרף כפירה והודאה. קמ"ל דגם אלו מצטרפים כפירה והודאה.

והקשו התוס' (ד"ה אבל) "קצת תימה להר"י דאורליינ"ש, דכפירה והודאה שמעינן נמי מרישא דטעמא כשכפר תכ"ד אף שני חייב, משום דראשון נמי יכול לחזור עדיין ולהודות, דאי לאו דיכול לחזור ולהודות, שני אמאי חייב," ונשארו התוס' בצ"ע. אמנם, הרמב"ן (לב ע"ב ד"ה הא) מפרש באופ"א. "ורישא דקתני בבת אחת שניהם חייבים לא מפני שהראשון יכול לחזור ולהודות אלא מפני שעדותן כעדות אחת דפתיכא

סהדותייהו בהדי הדדי.״ החידוש של הרישא הוא שכיון ששניהם העידו תכ״ד, נחשב כעדות אחת בבת אחת. ולפ״ז אתי שפיר פירוש הסיפא לפי הפשטות: ״יש מפרשים כגון שהודה השני תוך כדי דיבור לכפירתו, או שכפרו שניהם כאחד וקדם הראשון וחזר והודה תוך כדי דיבור שלו.״

ונראה דאיכא כאן מח׳ יסודית בדין תכ״ד, אם הראשון יכול לחזור גם אחר דיבורו של השני (כשהעידו תכ״ד לחבירו), או דאמרינן כיון דמפסיק דיבורו של שני בין דיבורו וחזרתו, נגמרה היכולת של הראשון לחזור (לאחר תכ״ד מדיבורו של עצמו). אליבא דהתוס׳, הראשון יכול לחזור עדיין. לפי רמב״ן, כיון שהשני מפסיק יש סדר לדיבורו ושוב אינו יכול לחזור.

אולי אפשר לתלות ב׳ דיעות האלו בספק דלעיל בשיטת היד רמ״ה, אם יש סדר לדברים שנאמרו תכ״ד או דנחשב כאילו שני הדברים או המעשים חלו באותו זמן ממש. לפי התוס׳ ״כיון שהעיד זה תוך כדי דיבור של ראשון חשיב כאילו שניהם העידו בבת אחת בצמצום,״ בודאי ליכא סדר בתכ״ד אלא כל המעשים מצטרפים לבת אחת ממש. ולכן מובן חידוש התוס׳ שהראשון יכול לחזור אחר דיבורו של השני, כיון דהוי כאילו שניהם התחילו וגמרו דיבורם באותו רגע, ואז פשוט שיכול הראשון לחזור אחר דיבורו של השני. אבל להרמב״ן שסובר שרק השני יכול לחזור, יש לומר שהוא סובר שאע״פ שתכ״ד הוי ע״פ דין כבת אחת, עדיין לא נתבטל מציאות הסדר דראשון ואח״כ שני, ואין הראשון יכול לחזור אחר דיבורו של השני.

הרב אהרן קראפט
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

בענין הנחלה דר' יוחנן בן ברוקה

א. מזכה לעובר

איתא בגמ' (ב"ב קמא:):

> "אמר רב הונא הוי מזכה לעובר והמזכה לעובר לא קנה. איתיביה רב נחמן לרב הונא: האומר אם ילדה אשתי זכר יטול מנה - ילדה זכר נוטל מנה! אמר ליה: משנתינו איני יודע מי שנאה...ולימא ליה: רבי יוחנן בן ברוקה היא, דאמר: לא שנא ירושה ולא שנא מתנה! דתנן, רבי יוחנן בן ברוקה אומר: אם אמר על מי שראוי ליורשו - דבריו קיימין! אימור דשמעת ליה לרבי יוחנן בן ברוקה - לדבר שישנו בעולם, לדבר שאינו בעולם מי אמר?"

וצריך להבין ההו"א ומסקנת הגמ' כאן. לפי תוס' הרא"ש (הובא בשטמ"ק שם ד"ה וזה לשון הרא"ש) ההו"א היה שלפי ריב"ב "התורה נתנה רשות לעשות אחד מן יורשיו יורש באמירתו לכל מי שראוי ליורשו ועובר הנולד לאחר מיתת אביו ראוי נמי לירש." ברור שלפחות לפי ההו"א יש למוריש כח לשנות את סדר הירושה ולעשות העובר יורש בנכסים אלו ואין זה זכייה למי שאינו בעולם ומבואר גם כן בחידושי הר"ן (ב"ב שם ד"ה ולימא ליה ריב"ב היא). אבל נחלקו תוס' הרא"ש והר"ן במסקנת הגמ'. תוס' הרא"ש כתב דבמסקנה יש הבדל עקרוני בהבנת שיטת ריב"ב וז"ל, "אע"ג דריב"ב סבירא ליה דיכול להוריש, לא כעין ירושה ממש אלא כעין מתנה ואינו יכול להוריש למי שאינו בעולם כמו שאינו יכול ליתן למי שאינו בעולם." ומוכח מדבריו שאפילו לריב"ב אין כח ביד המוריש לשנות את סדר הירושה אלא יש לו אפשרות לתת נכסים ליורשים אחרים ואפילו אם יש חלות של ירושה ההעברה הוי כעין מתנה וקנין. לעומתו,

הר״ן סובר שהמסקנה רק חולקת בפרט אחד של ההו״א. הגמ׳ עדיין מבינה שלפי ריב״ב ההעברה מוגדרת כירושה אבל מוסיפה שהמקבל צריך להיות ראוי ליורשו ועובר ״אין לו זכות עכשיו בירושה הבאה מאליה וכיון שכן אי אפשר שיזכה מתנת מורישו.״ ולדבריו גם לפי מסקנת הגמ׳ יש למוריש כח לשנות את סדר הירושה לפי ריב״ב. וצריך להבין את שתי הצדדים האלו.

ב. מקור הדין

איתא במשנה (ב״ב קל.), ״האומר איש פלוני יירשני במקום שיש בת, בתי תירשני במקום שיש בן, לא אמר כלום שהתנה על מה שכתוב בתורה. ר׳ יוחנן בן ברוקה אומר אם אמר על מי שראוי לו ליורשו דבריו קיימין ועל מי שאין ראוי לו ליורשו אין דבריו קיימין.״ ועיין שם בגמרא שמביאה ב׳ מקורות לדין זה, ״אמר רבא מאי טעמיה דריב״ב, אמר קרא והיה ביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה. אמר ליה אביי הא מלא יוכל לבכר נפקא!״ לפי מסקנת הגמ׳ לומדים את הדין בצירוף שני פסוקים אלו אבל בהו״א הוי מח׳ איזה פסוק יותר מתאים כדי ללמוד את הדין של ריב״ב. ואפשר לומר ששני פסוקים אלו משתקפים שני כיוונים שונים בדין ירושה לפי ריב״ב.

באמת שני הפסוקים מופיעים בספר דברים (פרק כ״א) דהיינו פרשת ירושת הבכור. וכידוע מסתבר לחלק בין אופי ירושת בכור ואופי שאר ירושות. שירושת הבכור ״מתנה קרייה רחמנה״ (עיין ב״ב קכד.) ויש כמה דינים מיוחדים (אינו נוטל בראוי כבמוחזק, יש לבכור קודם חלוקה, וכו׳). ואפשר שדברים אלו הוו הבדלים עקרוניים בין ירושת בכור ובין ירושת פשוט. דהיינו היא שירושת הבכור הוי כאילו היורש מקבל חלקו ישר מהמוריש (אולי אפילו מחיים).[1] ואולי כוונת אביי ורבא בצטוט פסוקים אלו היא להדגיש שלפי ריב״ב הירושה אינה תהליך אוטומטי אלא

[1] עיין מאמר מאת מו״ר הרב מיכאל רוזנצוייג שליט״א בקול צבי חוברת י׳ תשס״ח בענין בכור לנחלה ואין נוטל בראוי כבמוחזק ואכמ״ל.

הויא תהליך אישי פעיל כמו ירושת הבכור. אבל עדיין יש לומר שיש לפסוקים אלו משמעות שונות.

אם נלמד מפסוק "והיה ביום הנחילו את בניו" קצת משמע שהמוריש שולט על כל תהליך הירושה ובכלל זה יש לו רשות לשנות את סדר הירושה ולתת למי שראוי ליורשו כל מה שירצה. כוחו נובע מתוך תהליך הירושה ויש לו כח לשנות את סדר הירושה. בנגוד לפסוק זה, אם נלמד מהפסוק "לא יוכל לבכר," אין משמעות שהמוריש שולט על תהליך הירושה. אלא הלימוד היא שמדיני ירושה רק אי אפשר לשנות את חלק הבכורה. האם אפשר לשנות את חלקי הפשוטים? מכלל שאי אפשר לשנות את חלק הבכורה משמע שאפשר לשנות את חלק הפשוטים. אבל לא ברור שזה מדיני ירושה ואפשר שכח המוריש לשנות נובע ממקום אחר דהיינו דיני הקנאה.

ג. הנחלה דריב"ב כעין מתנה וקנין

יש כמה נוסחאות בראשונים שמגדירים הירושה כעין מתנה וקנין. עיין תוס' הרא"ש (לעיל) וגם הר"י מגאש (ב"ב קל. ד"ה טעמא דאחר במקום בת). בענין איזה לשון מועיל לשיטת ריב"ב כתב הר"י מגאש שאי אפשר לומר "פלוני בני לא ירש עם אחיו וכו'." וכמה ראשונים הלכו בעקבותיו והסכימו לדבריו (עיין לדוגמא חידושי הריטב"א ב"ב קכו: ד"ה מתני'). אבל הר"י מגאש נתן טעם לדבריו, "[ד]טעמא דמילתא דכיון דלא אמר בהדיא פלוני ופלוני בני ירשוניי, אשתכח דעדיין לא העביר הירושה ממקומה שהרי לא הקנה אותה כלל לאחד מהן כדי שתסתלק מן האחר, וכיון שלא העביר אותה ממקומה ממילא נפלה הירושה להוא בן בכלל הבנים." ונראה מדבריו שירושה לפי ריב"ב הוי דין בהעברת נכסים וכעין קנין ולפיכך אי אפשר להעביר מבן אחד בלי להקנות לבן אחר.

ד. הבנת שיטת הרשב"א

וגם הרשב"א מבין שהעברה זו הוי כעין מתנה וקנין. וזה ברור מדבריו בשני מקומות במיוחד. נחלקו הראשונים (ב"ב קלא.) האם הנחלה

דריב״ב מועיל רק בשכיב מרע או אפילו בבריא וגם אם בעי קנין. מסברא, אם לא בעינן קנין או מצריכים הנותן להיות שכיב מרע כדי לתת הירושה, הנחלה דריב״ב הוי מדין כח המוריש לשנות את סדר הירושה וזה שייך דוקא בסוף חייו כשיש חלות של ״והיה ביום הנחילו את בניו.״ אבל לפי הרשב״א (ד״ה בעי רבא) בעינן קנין בשטר ולפיכך זה גם מועיל בבריא, שכל הירושה בעקרון הוי כמו הקנאה.

וגם איתא בגמ׳ (ב״ב קלג.), ״אמר שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחר רואין אם ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה [דריב״ב] ואם לאו נוטלן משום מתנה...למאי הלכתא? סבר רב אדא בר אהבה קמיה דרבא למימר אם ראוי ליורשו אלמנתו נזונית מנכסיו ואם לאו אין אלמנתו נזונית מנכסיו.״ ורבא דחה את הנפק״מ הזאת ויש שתי גרסאות בדחייתו. הנוגע לענינינו הוא לא גרסת הגמ׳ אלא גרסת מקצת הגאונים הובא ברי״ף (ב״ב ס: בדפי הרי״ף). לפי גרסא זו רבא משיב ״מגרע גרעא?״ וצריך להבין מה כוונתו. הרי״ף מסביר שכוונתו לומר שאין סברא לחלק בין ירושה דריב״ב ומתנת שכיב מרע דאלמנה נזונית בכל מקרה. והסברא היא כמו גרסת הגמ׳ שבפנינו, ״השתא בירושה דאורייתא אמרת אלמנתו נזונית מנכסיו במתנה דרבנן לא כל שכן!״ אבל לפי דעה שניה שהובאה ברי״ף פירושו הכי, ״אטו יורש מיגרע גרע אלא בין משום ירושה בין משום מתנה אין אלמנתו ניזונית מנכסיו.״ ועיין בראשונים דיש ב׳ הסברות לשיטה זו. לפי רוב ראשונים (עיין לדוגמה בעליות דרבינו יונה ב״ב קלג. ד״ה סבר רב אדא בר אהבה) פירוש קושית הגמ׳ היא למה יגרע המקבל, שהוא גם ראוי לירש, משאר מקבלי מתנה דחשבינן הנכסים משעובדים ואין אלמנתו ניזונית מהם? וגם לא אמרינן שלשון מתנה הוי כלשון ירושה למי שראוי לירש אלא ליפות כחו! אבל הרשב״א (שם ד״ה ויש מי שאינו גורס) מסביר באופן אחר. פירוש הקושיא היא שירושת ריב״ב גם כן נחשב כמו נכסים משעובדים ולכך אין מוציאין למזון אלמנה! וברור מדבריו שיש הבדל בין מתנת שכיב מרע ונכסים המקבלים על ידי ירושה דריב״ב ובין ירושה דממילא וז״ל, ״והילכך אחד יורש ואחד כל אדם וכל שנתנן אף למי שראוי ליורשו לא גרע מאחר ואין אלמנתו נזונת לא מיכן ולא מיכן אלא מירושה דממילא.״

אבל צריך לעיין בדברי הרשב״א בענין הנחלה דריב״ב בדשלב״ל. הגמ׳ (קידושין ס:) מדברת על אשה שנתגרשה על תנאי שתתן לבעלה מאתים זוז וקודם קיום התנאי מת בעלה. הגמ׳ פוסקת שאפשר לתת הכסף לאביו, לאחיו או לאחד מן הקרובים. והראשונים דנים איך היא יכולה ליתן לאחד מן הקרובים כאשר יש אח שהוא היורש הכי קרוב. והרשב״א (שם ד״ה נותנת לאביו) מביא תירוץ התוס׳ דאפשר שהבעל נתן את הנכסים לאחד מן קרוביו בהנחלה דריב״ב. ותירוץ זה אינו מובן לפי הרשב״א שהאשה אינה ״מחוייבת ליתן אלא אם רצתה שלא ליתן ושלא להתגרש הרשות בידה נמצא שאין זה מוחזק אלא ראוי ואין יכול להוריש א׳ מן היורשין דברים הראוין לו אלא המוחזקין לבד וה״ל כמוריש לא׳ מן הקרובים מה שראוי לירש מאביו דלא אמר ולא כלום.״ ומשמע מדבריו דאי אפשר להנחיל בהנחלה דריב״ב דבר שלא בא לעולם אבל אפשר להנחיל דבר שאינו ברשותו דהיינו חוב. וצ״ע דאם הנחלה דריב״ב הוי כעין מתנה מסתבר דאי אפשר להנחיל דבשלב״ל כמו שאי אפשר להקנות דשלב״ל. אבל למה מועיל הנחלה בדבר שאינו ברשותו? שהרי אי אפשר להקנות דבר שאינו ברשותו! ועיין בנתיבות (רפא:ב) שפסק דאי אפשר להנחיל דבשלב״ל ״[ו]הוא הדין במלוה על פה דחשוב שאינו ברשותו.״ ונראה שהוא סובר דהנחלה דריב״ב הוי כעין מתנה ולכך אי אפשר להנחיל גם דשלב״ל וגם דבר שאינו ברשותו.[2] [3] ודברי הרשב״א צריכים ביאור.

---

[2] אם נדייק בדבריו משמע מלשונו כיוון שונה שכתב ״וכל שהנכסים אינן ברשותו אינו יכול לעשותו יורש עליהן.״ ומשמע שלפי ריב״ב יש למוריש כח לשנות סדר הירושה. אבל צ״ל דלשונו כאן לאו דוקא דמסברא אינו מובן שלפיו אי אפשר להנחיל דבשלב״ל ודבר שאינו ברשותו. ואם יש למוריש כח לשנות את סדר הירושה ולעשות יורש אחד יורש קודם, לכאורה אין הכרח לומר שאינו מועיל בדבשלב״ל ודבר שאינו ברשותו. ועיין לקמן שנחלק הנתיבות על דברי הקצות בנקודת החזרה מהנחלה דריב״ב ומסתבר דהוי לשיטתם.

[3] ובאמת יש ג׳ שיטות בהנחלת ריב״ב בדבשלב״ל ודבר שאינו ברשותו. לפי הנתיבות (שם) אי אפשר להנחיל דבשלב״ל וגם אי אפשר להנחיל דבר שאינו ברשותו. לפי המהרי״ט אלגאזי (סוף בכורות סימן פג) אפשר להנחיל גם דבשלב״ל ודבר שאינו ברשותו. והיד רמה (ב״ב פרק ח אות צ) והרשב״א סוברים שאי אפשר להנחיל דבשלב״ל ואפשר להנחיל דבר שאינו ברשותו כמו שבארנו. וכתוב המורשת משה (ב״ב סימן פט) לפרש שהמח׳ הוי אי הנחלה דריב״ב הוי כעין הקנאה או דין של יצירת שם יורש או דין ביצירת זכות לגבות הירושה. לפי הנתיבות דאי אפשר

ולכאורה אפשר לתרץ מדברי הרשב״א על הגמ׳ (ב״ב קלא.) שהבאנו לעיל. ששם נחלקו הראב״ד (הובא ברשב״א) והרשב״א למ״ד דבעי קנין להנחיל הנכסים, איזו קנין צריך. וכתב הראב״ד בדעה א׳ דצריך להקנות את הנכסים בשטר ובלשון ירושה ״ואע״ג דאמרינן אין שטר לאחר מיתה התם בלשון מתנה ולשון מתנה כיון דשייך בה שטרא שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה אבל היכא דבלשון ירושה קאמר ולאחר מיתה ירושה אינה צריכה שטר ובין בכתב ובין בעל פה דבריו קיימין...״ ומשמע מדבריו שאע״פ שצריך לכתוב שטר על ההנחלה, ההנחלה אינה צריכה השטר ואולי כוונתו כמו הר״י מגאש (ב״ב קלא. ד״ה בעי רבא) דההנחלה הוי על ידי קנין סודר. אבל לפי הרשב״א מבואר דההנחלה צריכה שטר והוי על ידי השטר. וקשה, דאין שטר לאחר מיתה! ולכאורה גם קשה דקצת מנכסיו הוי מטלטלין ואיך אפשר להקנות מטלטלין על ידי שטר?[4] כתב הרשב״א לתרץ את הקושיא שאין שטר לאחר מיתה, דאין שום כלל דאין שטר לאחר מיתה, והדין הוא שרק אין שטר מתנה לאחר מיתה. אבל שטר בלשון ירושה ״קונה עם גמר מיתה כירושה.״ ומשמע מדבריו דההנחלה פעילה על ידי שטר אבל אינו שטר רגיל אלא שטר ירושה. ולכאורה כמו שאין בעיה של שטר לאחר מיתה דהחלות הוי כירושה עם גמר מיתה, גם אין בעיה של הקנאת מטלטלין על ידי שטר זה. שאין שום הקנאה בשטר זה אלא השטר רק מיסד סדר העברת

להנחיל את שניהם, הנחלה דריב״ב הוי כעין הקנאה שאינו מועיל בדבשלב״ל או דבר שאינו ברשותו. לפי המהרי״ט אלגאזי שאפשר להנחיל את שניהם, הנחלה דריב״ב הוי דין ביצירת שם יורש ואז אין חסרון של דבשלב״ל ודבר שאינו ברשותו. ולפי הרשב״א והיד רמ״ה הנחלה דריב״ב הוי דין ביצירת זכות גביה לפיכך אפשר להנחיל דבר שישנו בעולם רק שאינו ברשותו אבל אי אפשר ליצר זכות לגבות דבר שעדיין לא בעולם. אך לפע״ד אינו מוכרח שאפשר ליצר זכות לגבות דבר שאינו ברשותו אבל לא דבר שעדיין אינו בעולם. ועוד, לפי פירוש זה צריך לומר שדברי הרשב״א לאו דוקא כי מדבריו שהבאנו לעיל משמע שהנחלה הוי קנין ממש ואין הכרח לומר שזה הוי יצירת זכות גביה.

[4] וכך הקשה רב חיים פעקער.

הנכסים ליורשיו ובכלל כל נכסיו הוי קרקע ומטלטלין ואין לחלק ביניהם. ואם כן אפשר לכלל גם דברים שאינן ברשותו.[5]

---

[5] ונסתפקתי אם צריך להוסיף על ביאור זה יסוד של הגר״ח (הל׳ מכירה כב:יז). וראיתי במלואי משפט (בספר נתיבות המשפט דפוס פלדהיים סימן רפא:ב הערה 46) שיש מן האחרונים שרצה להסביר דברי הרשב״א על פי יסוד זה. שכתב הגר״ח שיש לחקור מהי החסרון בהקנאת מלוה? האם היא משום שהחפצא לאו בר הקנאה או רק משום שאין שום מעשה קנין מועיל להקנות המלוה? ואם לפי הרשב״א אין חסרון בחפצא של מלוה עצמה ורק יש חסרון במעשה קנין, נמצא שבדרך כלל אי אפשר להקנות חוב אבל אולי בהנחלה דריב״ב דהקנין אינו קנין רגיל (ולכאורה צריך לומר כמו שהסברנו להוכיח שאינו קנין רגיל) אפשר להתפיס ולהקנות החוב. ונראה לי מדברי הרשב״א במסכת בבא קמא שלשיטתו החסרון בהקנאת מלוה רק הוי במעשה קנין.

איתא בגמ׳ (ב״ק ע.):

״לא כתבינן אורכתא אמטלטלי. אמר רב אשי לאמימר: מאי טעמא? אמר ליה: משום דרבי יוחנן, דא״ר יוחנן: גזל ולא נתייאשו הבעלים - שניהם אינן יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו. איכא דאמרי, אמרי נהרדעי: לא כתבינן אורכתא אמטלטלי דכפריה. טעמא דכפריה, דמיחזי כשיקרא, אבל לא כפריה – כתבינן.״

ונחלקו הראשונים איך להבין ב׳ הדעות האלו. תוס׳ (שם ד״ה אמטלטלין דכפריה) מפרשים שנחלקו ב׳ הדעות על אופי דין הרשאה. לפי דעה ראשונה הרשאה הוי הקנאה ואי אפשר להקנות דבר שאינו ברשותו ולפי דעה שניה הוי שליחות ואפשר למנות שליח על דבר שאינו ברשותו. אבל הרשב״א (שם ד״ה איכא דאמרי) מסביר באופן אחר. לכ״ע הרשאה הוי הקנאה ונחלקו אם דיני ההקנאה מקבילים לדיני הקנאה בהקדש (דין של ר׳ יוחנן) או לא. ולפי דעה שניה כללו של ר׳ יוחנן אינו נוגע להקנאה רגילה ורק הוי דין בהקדש—דאי אפשר להקדיש דבר שאינו ברשותו דגזה״כ היא כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו. ולפיכך אפשר להקנות דבר שאינו ברשותו וגם לכתוב הרשאה בדבר שאינו ברשותו. ושיטה זו של הרשב״א מאד מחודשת אבל אפילו לשיטתו אי אפשר להקנות מלוה על פה. אבל אם אם נעיין היטב בדבריו, נראה שלפי שיטתו החסרון בהקנאת מלוה על פה לאו משום דהוי ברשות אחר ולאו בר הקנאה אלא הוי חסרון במעשה קנין. וז״ל שם, ״במכר או במתנה יכול ליתן ולזכות אגב קרקע או בחליפין בכל מקום שהן כמו שאמרנו, והא הוא דאיכא בין לישנא קמא ללישנא בתרא, וא״נ מלוה בשטר בשהקנה לו בהרשאה בכתיבה ומסירה, אבל מלוה ע״פ שאי אפשר להקנותה אלא במעמד שלשתן אע״ג דלא כפריה אי אפשר לכתוב עליה הרשאה ללישנא בתרא כלישנא קמא.״ ומשמע מדבריו שאילו היתה דרך להקנות את המלוה כמו שיש דרך להקנות מתנה או מכר שלא ברשותך היה מועיל לכתוב הרשאה אע״פ שאינו ברשותו. ומבואר דהחסרון הוי במעשה הקנין ולא החפצא עצמה. ואם כן אפשר לומר כשמקנה הנכסים על ידי

עכשיו נידון בדברי כמה ראשונים שלומדים שלפי ריב״ב יש למוריש כח לשנות את סדר הירושה.

ה. הנחלה דריב״ב כיצירת שם יורש יש מאין

לכאורה בקצה אחד אפשר לומר שלפי ריב״ב יש כח ביד המוריש ליצר שם יורש חדש כמעט יש מאין. ברור שאי אפשר לעשות סתם איש ליורש לפי ריב״ב אבל אולי אפשר לעשות מי שראוי לירש מאוחר ליורש מוקדם אפילו במקום יורשים קודמים. ובאמת פשטות המשנה (ב״ב קל.) היא שאפשר להנחיל לכל מי שראוי ליורשו ולאו דוקא שראוי ליורשו עכשיו בפועל, ואפילו בת במקום בן או אח במקום בת. אבל האמוראים בגמ׳ (ב״ב קל.) נחלקו האם באמת אפשר להנחיל לאח במקום בת או בת במקום בן. ואפשר שהם חולקים בהיקף ההנחלה דריב״ב—האם אפשר ליצר שם יורש יש מאין?[6] וכמעט כל הראשונים פוסקים כמ״ד בגמרא שאי אפשר להנחיל אלא לבן בין הבנים ובת בין הבנות. אבל רבינו גרשום כנראה פוסק שאפשר להנחיל לאח במקום בת ואולי גם בת במקום בן. ולפי שיטתו אפשר לומר שיש כח ביד המוריש ליצר שם יורש חדש יש מאין. ודברים אלו יוצאים מדבריו בכמה מקומות.

איתא בגמ׳ (ב״ב קכח:), ״האומר תינוק בין הבנים יירש כל נכסי—נאמן, כרבי יוחנן בן ברוקה...״ ופירש רבינו גרשום, ״אם אותו פלוני שאמר ירשני במקום בת, אם הוא ראוי ליורשו אם לא היה לו בת כגון שהוא אחיו כיון דהוה יורשין בשאין לו בת יורשו נמי במקום בת הכי נמי כשאמר על תינוק בין הבנים הואיל וראוי ליורשו אותו תינוק הכי מצי יהיב ליה.״ ומכאן אין לומדין שאפשר להנחיל לבת במקום בן שהוא מדבר רק על אח במקום בת. ולכאורה יש סברא לחלק שאולי אין שום קרוב

הנחלה דריב״ב אפשר שהקנין מועיל אע״פ שאינו ברשותו דאינו מעשה קנין רגיל שהרי החלות היא כירושה לאחר מיתה וכמו שבארנו.

[6] וגם אפשר להסביר שהם חולקים בהגדרת שם יורש—האם יש שם יורש למי שאינו ראוי לירש עכשיו בפועל אבל ראוי לירש אם יורשים הקרובים ביותר מתים קודם המוריש (ועיין בספר שיעורי רבי אלחנן מסכת ב״ב סימן יח) .

שיכול להקדים לבן שירושת הבן הוי מעמד מיוחד של קם תחת אביו.[7] אבל מדבריו בגמ׳ (ב״ב קמז.) אפשר ללמוד שאפשר להנחיל אפילו לבת במקום בן. איתא בגמ׳ (שם), ״מנין למתנת שכיב מרע שהיא מן התורה? שנאמר והעברתם את נחלתו לבתו יש לך העברה אחרת שהיא כזו ואי זו זו מתנת שכיב מרע.״ ופירש רבינו גרשום, ״הא קמ״ל דיש לך העברה אחרת לאינש דעלמא שהיא כזו כלומר והעברתם יורשת באמירה ומעברת לנחלה משאר קרובים בלא קנין וכתיבה ולא משיכה ה״נ מתנת שכיב מרע דאפילו במקום בת ובן רשאי ליתן מתנה לאחר באמירה בעלמא.״ וקצת קשה איזה נחלה לבת בעי אמירה? ולכאורה כוונתו על הנחלה דריב״ב לבת ונקרא ״העברה״ לכאורה משום דהוי במקום בן.[8] ולכאורה זה רבינו גרשום לשיטתו ואפשר להנחיל אפילו לבת במקום בן.

וגם עולה מהיש מפרשים הובא ברשב״ם (ב״ב קטו: ד״ה אמר רב הונא) דאפשר להנחיל אפילו ליורש מאוחר במקום יורש מוקדם. הגמ׳ שם אומרת שאסור ליתן ירושה לבת עם בת הבן דהוי מעשה צדוקי. והיש מפרשים כתבו שאפילו לריב״ב אסור דהוי מעשה צדוקי. והרשב״ם דחה דבריהם דאפילו אם לא היה מעשה צדוקי אסור לפי ריב״ב דאפילו לשיטתו אינו יכול להנחיל לבת במקום בן! ומשמע מדברי היש מפרשים דמהני באופן כזה. ועדיין יש לחקור בנידון זה, האם העברה לבת במקום בת הבן נחשב להעברה לבת במקום בן ממש אן לא? ולכאורה שאלה זו תלויה באופי ירושה במשמוש דיש לחקור בירושה על ידי משמוש אח אמרינן דהיורש מקבל הירושה ישר מהמוריש או אמרינן דמקבל הירושה מהמת שירש בקבר? ואם ירושה דרך משמוש הוי על ידי המת שבקבר אז הבן יורש בקבר תחילה ואע״פ כן לפי היש מפרשים היה אפשר להעביר את הנחלה מאותו בן לבת אם לא היה מעשה צדוקי. אבל אם היורש דרך משמוש יורש את הנכסים ישר מהמוריש אז אין ראיה מכאן שלשיטת היש מפרשים אפשר להנחיל אפילו לבת במקום בן.

---

[7] עיין השו״ט בגמ׳ (ב״ב קח:-קט.) וקובץ שיעורים חלק ב׳ סימן יב ואכמ״ל.

[8] וכך העירו לי רב יהודה טורצקי ורב ברוך דוב בראון.

ונראה לי שיש נפק״מ לשיטת רבינו גרשום. מה הדין אם אמר לבן פשוט (לכאורה במקום שאין בכור) שהוא יירש פי שנים? הריטב״א (ב״ב קכו: ד״ה לא אמר כלום) מביא ב׳ שיטות בנידון זה אם הפשוט נוטל בראוי כבמוחזק. יש שפירשו (עיין בהערות על הריטב״א בדפוס מוסד הרב קוק הערה 8) שהספק מבוסס בדיני אומדנא—כאשר אמר ירש פלוני פי שנים, האם כוונת המוריש להוריש רק הנכסים המוחזקים או אפילו הנכסים הראוים? אבל אפשר שמחלוקתם יותר עקרוני בהבנת שיטת ריב״ב—האם אפשר לייצר שם יורש יש מאין? אם אפשר לייצר שם יורש יש מאין אולי גם אפשר לייצר שם בכור וכאשר אמר ירש פלוני בני פי שנים לא יטול בראוי כמו הבכור. ואם אי אפשר ליצר שם יורש, קל וחומר שאינו יכול ליצר שם בכור. והעיר לי מו״ר הרב מיכאל רוזנצווייג שאפשר שמחלוקתם גם תלויה באופי ירושת הבכור. דאם ירושת הבכור הוי רק חלק כפול יש לומר דלמ״ד דיכול לייצר שם יורש ה״ה לשם בכור אבל אי אמרינן דירושת בכור שונה בעקרון משאר ירושה אז יש לומר דאפילו למ״ד דיש כח ביד המוריש לייצר שם יורש, אין כח בידו לייצר שם בכור.

ו. הנחלה דריב״ב כיצירת שם יורש מוקדם

בקצה אחר אפשר לומר שלפי ריב״ב יש כח ביד המוריש לייצר רק שם יורש מוקדם. בהבנת שיטה זו עדיין יש להציע שתי אפשריות מסברא. אפשר דמה שיצר המוריש הוי רק זכות גבייה לאחד (או כמה) מהיורשים לגבות נכסים יותר מחלק הראוי להם מירושה דממילא. או אפשר לפרש שמה שיצר המוריש הוי הרחבת שם יורש לשם יורש מוקדם.

מדברי הרשב״ם בהרבה מקומות משמע שהמוריש מרחיב את שם יורש של היורש ומייצר שם יורש מוקדם. זאת אומרת שבעקרון יש לו אותו שם יורש אבל יש לו זכות קדימה שאין לשאר יורשים. משל למה הדבר דומה, יש דיון ביחס בין ירושת הבן לירושת הבת. כידוע אין לבת כלום במקום שיש בן. אבל יש לחקור האם זה משום שהוא היורש הראשון והיא יורש מאוחר או אולי שניהם שווים בשם יורש שלהם ורק יש לבן זכות קדימה בירושה. ושמעתי ממו״ר הרב מיכאל רוזנצווייג שהבנה השניה עולה מדברי הרמב״ם (הל׳ נחלות א:א) וז״ל, ״מי שמת ירשוהו

בניו והם קודמין לכל ובנים קודמין לנקבות.״ משמע שבניו כולל זכרים ונקבות והם קודמין לכל שאר קרובים אבל יש לבן זכות קדימה בירושה שאין לבת. הכא נמי יש לומר שמי שקיבל ירושה בדרך הנחלה דריב״ב הוי יורש מוקדם כמו הבן לעומת הבת בירושה דממילא. ופשוט מכמה מקומות ברשב״ם שלפי ריב״ב יש כח למוריש לשנות סדר הירושה ושם יורש של היורשים. עיין לדוגמה רשב״ם (ב״ב קכט: ד״ה הא שלח) וז״ל, ״דכיון דעשאו להאי שני יורש וכו׳.״ וגם מסתבר שכוונתו לא לשם יורש חדש אלא לזכות קדימה מדבריו בכמה מקומות אחרים. עיין לדוגמה רשב״ם (ב״ב קל. ד״ה אם אמר) וז״ל, ״...כגון שהוא ראוי ליורשו במקצת כגון בן בין הבנים והלכך דבריו קיימין אם אמר יירש הכל...״ משמע מדברים אלו שלפי ריב״ב אפשר להרחיב את שם יורש שיש לו.

ז. הנחלה דריב״ב כיצירת שם יורש חדש

בין שני הקצוות אפשר לפרש שלפי ריב״ב אין כח ביד המוריש לייצר שם יורש יש מאין, אבל אפשר לייצר למי שכבר היה לו שם יורש, שם יורש חדש. נסביר לקמן עוד בכוונת שיטה זו אבל בקצרה זאת אומרת שיש כח למוריש לעשות אחד מבניו היורש המיוחד ולתת לו מעמד מיוחד ומשונה משאר יורשים. ואפשר שירושתו לא הוי כעין ירושה דממילא אלא ירושה חדשה שיש כמה דינים שונים וכדלהלן. פירוש זה עולה מדברי הר״ן (ב״ב קלא. ד״ה בעי רבא) וז״ל, ״ דכיון שהתורה נתנה רשות להנחיל לכל מי שירצה, כשהוא מנחיל בן אחד בין הבנים הרי הוא כאילו אין לו אלא אותו בן בלבד.״

ועכשיו נידון בכמה נפק״מ בין שם יורש מוקדם (שיטת הרשב״ם) ובין שם יורש חדש (שיטת הר״ן).

ח. ירושה אין לה הפסק

איתא בגמ׳ (ב״ב קכט:), ״הא שלח רב אחא ברי׳ דרב עויא, לדברי ר׳ יוחנן בן ברוקה: נכסי לך ואחריך לפלוני, וראשון ראוי ליורשו - אין לשני במקום ראשון כלום, שאין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה,

וירושה אין לה הפסק.״ ופירש הרשב״ם (שם ד״ה הא שלח לה), ״וכיון דהאי שני בתורת ירושה באו לידו אין כח ביד המת לעקור נחלה מיורשי יורשיו לתתה להאי שלישי...דכיון דעשאו להאי שני יורש כי אמר נמי בתריה דהא יורש אני נותן לשלישי ה״ל מתנה על מה שכתוב בתורה...״ ואפשר לדייק מדבריו שזה מתנה על מה שכתוב בתורה לעבור הירושה מאותו השני דהשם יורש שנתן לו המוריש הוי בעקרון אותו השם שהיה לו כבר מן התורה. וזה אתי שפיר עם מה שהצענו לעיל שלפי הרשב״ם אין הנחלה דריב״ב שם חדש אלא הרחבת שם יורש שכבר יש לו.

ועיין בחידושי הר״ן (שם ד״ה וכי תימא) שבפירושו על הגמ׳ הוא מונע מלהשתמש בבטוי, ״מתנה על משכתוב בתורה.״ והוא מסביר שלפי ר׳ אחא אין לאחריך כלום בנכסים דירושה אין לה הפסק ״וכמצוה על נכסים שאינן שלו.״ ולכאורה חשוב שהר״ן נמנע מלהשתמש בבטוי ״מתנה על מה שכתוב בתורה״ שלשיטתו כמו שהבאנו לעיל, אין זה ממש מתנה על מה שכתוב בתורה. שהרי השם יורש שנתן המוריש הוי שם חדש ולא אותו שם שכתוב בתורה ואז אין בעיה של מתנה על מה שכתוב בתורה כאן ורק אי אפשר לתת לאחריך שהנכסים כבר אינן שלו.

וגם דעה אחת ברמב״ן (קכט: ד״ה הא דשלח רב אחא) בענין הדין דירושה אין לה הפסק מדגיש את השיטה שהנחלה דריב״ב הוי יצירת שם יורש חדש. הרבה ראשונים מקשים אם ירושה אין לה הפסק, איך יכול ליתן מתנת שכיב מרע על תנאי? והרי מיד בשעת מיתת המוריש כל הנכסים נופלים ליורשים בירושה ואיך אפשר להעביר אותם במתנת שכיב מרע אם מתקיים התנאי? ומתרץ הרמב״ן (בדעה אחת):

״התורה נתנה רשות לאב להנחיל מעתה לכל מי שירצה ולהעביר מן היורש, וכן בכלל זה נתנה רשות להנחיל לאחר זמן וירושה עוברת ונפסקת מן היורש, ורב אחא בר עויא בנכסי לך דוקא קאמר דכיון דאתחיל בירושה דתורה והנחילו בה שוב אינה נפסקת ממנו, הילכך בשותק ואומר סתם אם מתו בניו יירש פלוני זכה בהם״

ולפי דעה זו, דין ירושה אין לה הפסק אינו שייך לירושה דממילא ורק שייך להנחלת ריב״ב. ואפשר להסביר שהנחלת ריב״ב פחות גמישי שהמוריש מייצר שם יורש חדש לאפוקי שאר יורשים וממילא אי אפשר

ליתן במתנה לאחר, מה שאין כן בירושה דממילא יש אפשרות להעביר את הירושה שהתהליך הוי יותר גמישי. וביחס ליסוד זה יש עוד נפק״מ לשיטת הר״ן שהנחלה הוי יצרית שם יורש חדש וכדלהלן.

ט. חזרה מהנחלה דריב״ב

כל הראשונים שמדברים על חזרה מהנחלה דריב״ב סוברים שאפשר לחזור מההנחלה (עיין לדוגמה בשו״ת רשב״א ג:קכב ד״ה ואף). בפשטות הם מדברים על חזרה רגילה—אחרי שנתן הנכסים ליורש אחד בהנחלה דריב״ב אפשר לחזור כמו בכל קנינים ולומר שאינו רוצה להוריש לו. וכן הבין הנתיבות (רפא:ב). ודברים אלו מובנים יפה לשיטתו ולשיטת הרשב״א דהנחלה דריב״ב הוי כעין מתנה וקנין וכך אפשר לחזור באופן רגיל. אבל אם הוי יצירת שם יורש או הרחבת שם יורש, אינו פשוט לומר שאפשר לחזור באופן רגיל דכבר יש חלות שם חדש. והקצות (רפא:ג) חולק ופוסק שאפשר לחזור אבל לא באופן רגיל. הוא מסביר שאינו יכול לומר שהוא אינו מוריש לו ״כיון דכבר נעשה יורש תורה זה שריבה לו והוא יורש גמור והו״ל כמתנה על מה שכתוב בתורה.״ ומשמע שהקצות מסכים אם הרשב״ם שההנחלה הוי הרחבת שם יורש כמו שאמרנו. ובהמשך דבריו הקצות פוסק שאפשר לחזור באופן ספציפי. אע״פ שאי אפשר למוריש לחזור ולומר שלא יירש אותו פלוני שריבה לו, ״אם ריבה לזה ומיעט לזה וחוזר מדבריו ומיעט לזה וריבה לזה בלשון ירושה ודאי כיון דהשני ג״כ יורש יכול לחזור ולעשות יורש לזה בריבוי.״ ומוכרח מדבריו שההנחלה רק משפיע על שם יורש כדי ליתן לו זכות קדימה ולא לעשותו היורש המיוחד לעומת שאר היורשים. לפיכך אפשר להקדים אחד ולחזור ולהדקים אחר במקומו.

אבל נראה לי שמסברא אפשר לומר משהו יותר קיצוני. אולי אי אפשר לחזור מהנחלה דריב״ב אפילו בדרך שמפרש הקצות. שהרי אם לומדים את שיטת ריב״ב על פי דברי הר״ן שהמוריש יצר שם יורש חדש ואולי יש לו דינים חדשים כמו שהסברנו בשיטת הרמב״ן לעיל, אפשר שרק יכול לייצר שם כזה פעם אחת ושוב אינו יכול לשנות אותו. כמו שרק בהנחלה דריב״ב ירושה אין לה הפסק שההנחלה פחות גמישי כך אי אפשר

לחזור מהנחלה בשום אופן. ובאמת הר״ן שותק בענין חזרה מהנחלה דריב״ב ואולי הוא סובר שאינו יכול לחזור בכלל.

ושוב ראיתי בספר מקדש דוד (סימן מא-מב) הצעה כזו להסביר דברי הרמב״ן.[9] ובהתחלת דבריו מביא מח׳ אחר בין הרמב״ן ומקצת מחברים שהרמב״ן (שם) מפרש שלפי רב אחא בר עויא ירושה אין לה הפסק ואין לשני כלום במקום הראשון אפילו אם השני גם כן היה ראוי לירש מן המוריש. והמקצת מפרשים (הובא ברמב״ן שם) אמרו שאם השני ראוי ליורשו, יש לה הפסק. וצריך להבין במה נחלקו. כתב המקדש דוד לבאר שיטת מקצת המחברים דכיון שהשני גם ראוי לירשו הרי כשאמר המוריש אחריך לפלוני עשאהו לאותו פלוני יורש יותר מוקדם מהראשון בשעת זכייה (שהיא לאחר מיתת הראשון). לפיכך באותו שעה השני נחשב כיורש מוקדם יותר מהראשון ולית חסרון של ירושה אין לה הפסק אלא הוי כמו חזרה לפי הקצות. והוא משווה את דין זה לדין ירושת עובר לאחר לידותו לפי מ״ד עובר אינו זוכה אף בירושה. דאפילו למ״ד זו כאשר אדם מת ויש לו בנים והניח אשתו מעוברת אין העובר זוכה בירושה כעת אלא הירושה נופלת לשאר הבנים, ומ״מ כשנולד העובר והוא בן, בטלה החלוקה וחוזרים וחולקים עמו. ואע״פ שכבר זכו שאר האחים בירושה, אין אומרים שירושה אין לה הפסק, שהרי העובר יורש מוקדם יותר מאחיו בחלקו.[10] אבל הרמב״ן חולק על שיטה זו וסובר דאע״פ שהשני ראוי לירשו אמרינן דירושה אין לה הפסק. וסברתו לפי המקדש דוד הוי דהוא חולק עם יסוד של הקצות דאפשר לחזור ולעשות יורש שני יורש מוקדם. שסובר הרמב״ן דלא זיכתה תורה לאב לעשות אחד מבניו ליורש מוקדם אלא פעם אחת.

---

[9] וכך הראה לי רב אליהו בליזון.

[10] ואכתי השואה זו אינה פשוטה דלפחות לפי הרשב״א (הובא בקצות במשובב נתיבות קי:א) ממנים אפוטרופוס לעובר שלא בא לאויר והוא נוטל את חלק העובר (ועיין ההערות במקדש דוד ואכמ״ל).

י. הבנה אחרת בשיטת ריב"ב – המוריש כבעל החלוקה

אפשר דלפי ריב"ב אין כח ביד המוריש לשנות שם יורש של יורשיו והוא גם אינו יכול להעביר את נכסיו כעין מתנה. ואולי כוונתו היא שיש כח מיוחד למוריש לנהל חלוקת נכסיו והב"ד נוהגים כידו בחלוקת נכסיו ליורשיו. ואפשר דר' יונה מפרש את הדין הכי.

איתא בגמ' (ב"ב קיג:), "והיה ביום הנחילו את בניו – ביום אתה מפיל נחלות ואי אתה מפיל נחלות בלילה." ומפרש ר' יונה (שם ד"ה תני רבה):

"ולא מתוקמא דרשה דקרא אלא לריב"ב דאמר אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימין וקיימא לן כוותיה. ודריש לה מדכתיב והיה ביום הנחילו את בניו התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה והיינו דקאמר ביום אתה מפיל נחלות לענין שנגמר הנחלה בדבורו של מת לפי שהעומדים שם נעשים דיינים, מה שאין כן כשהוא מצוה בלילה."

ונראה דכל הגמ' הוי אליבא דריב"ב והסברא שהוא כותב להסביר שיטת ריב"ב צריך ביאור, ובמיוחד כוונתו בתיבות "לענין שנגמר הנחלה בדבורו של מת לפי שהעומדים שם נעשים דיינים." ומוכח מדבריו שבהנחלה דריב"ב משהו קורה בשעה שהמוריש עדיין קיים בחיים אבל לא ברור מה. ואפשר לפרש שבשעת הצוואה מייצר שם יורש (או הרחבה או שם חדש) וכשמת המוריש, הנכסים עוברים ממילא כמו שביארנו לשיטת הרשב"ם או הר"ן. אבל אולי יותר מדויק בלשונו משהו קצת שונה וכמו שאמרנו למעלה. אפשר שאין שום שינוי בשם יורש ואין שום העברה, בנכסים אלא המוריש מצוה איך הב"ד יחלקו נכסיו אחרי מותו.[11]

---

[11] אם נפרש דברי הר' יונה באופן הזה צריך להעיר בדברי ר' אלחנן ווסרמן (קובץ שיעורים ב"ב אות תלב). הוא מקשה על שיטת ר' יונה שכנראה יש סתירה בדבריו. בב"ב (קלא.) כתב ר' יונה דיכול לחזור מהנחלה דריב"ב. ואם ב"ב (קיג:) הוי אליבא דריב"ב משמע מהמשך הסוגיא דאי אפשר לחזור שהגמ' שמה מביאה מח' אם אפשר לחזור מדבריו בשיעור של עסוקו באותו ענין או כל זמן שב"ד יושבין אבל משמע שאי אפשר לחזור אחר כך. ומתרץ ר' אלחנן שיש חילוק בין שתי הסוגיות, שבדף קלא. הגמ' מדברת על בריא שרוצה להוריש ליורשיו ובדף קיג: הגמ' מדברת על שכיב מרע שרוצה להוריש ליורשיו. והוא מודה שצריך לבאר מהו הסברא לחלק

ואולי הבנה זו גם עולה מדברי פירוש רשב״ם העקרי לפי הרמב״ן (ב״ב קלא. ד״ה אמר ליה אביי). הגמ׳ (שם) מביאה ראיה שלפי ריב״ב אפשר להנחיל לכל מי שירצה בעודו בריא מכתובת בנין דכרין דכתיב בכתובה לשון ירתון. והקשה הגמ׳ דבין למ״ד דכתב בלשון ירושה ובין למ״ד דכתב בלשון מתנה, הא אין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם? ומתרץ אביי ״משום דקא מפיק בלשון ירתון.״ ודבריו צריך ביאור. עיין בפירוש רשב״ם העקרי שכתב, ״משום דקא מפיק בלשון ירתון קא מקני להו אע״פ שלא באו לעולם דהא עכשיו לא מקני להו מידי אלא הכי קאמר, בנים אשר ילדו לי הם ירשו נכסי לכשאמות וכשימות כבר ישנן בעולם.״ ועולה לפי שיטתו דכאשר אמר ״יהיה שלו כשיבוא לעולם׳ מהני ההנחלה. ויש מן הראשונים שהבינו דברי הרשב״ם כדין בכל התורה כולה—אין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם ואם אמר כשיבוא לעולם מהני. ונראה לי שזה שיטת התוס׳ (ב״ב שם ד״ה ושמע מינה). ועיין דבריו שהקשה על פירוש זה מהגמ׳ לקמן (ב״ב קמא:) מהסוגיא דהמזכה לעובר לא קני. ששם מציעה הגמ׳ שלפי ר׳ מאיר דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם אפשר להקנות לעובר אבל הגמ׳ דחתה שאפילו לר׳ מאיר אין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם. ומשמע מקושיא זו שלפי תוס׳ דברי פירוש רשב״ם

כזה ולומר שאפשר לחזור מהנחלה דריב״ב אם המוריש עדיין בריא אבל אם הוא כבר שכיב מרע אינו יכול. אבל נראה שיש סברא לחילוק כזה וכך העיר לי רב חיים פעקר. אולי אם נעשה הנחלה דריב״ב בעודו בריא הרי המוריש מתעסק בהנחלה דריב״ב בשעה מוקדמת שעדיין אין חלות של ״ביום הנחילו את בניו״ (ועיין ספק הגמ׳ ב״ב קלא. ודברי הרשב״ם שם). ואם מצעסק בהנחלה בשעה מוקדמת מסתבר שההנחלה מועיל כעין מתנה וקנין שחל לאחר מיתה ואם כן אפשר לחזור וזו היא דבריו בדף קלא. אבל אם מתעסק בהנחלה דריב״ב אחר שכבר היה נופל למשכב הרי יש חלות של ״יום הנחילו את בניו.״ ואם כן אפשר שההנחלה מועיל בדיני ירושה ממש ויש כח למוריש לשנות סדר הירושה ולהשפיע על שם יורש של יורשיו. לפיכך אי אפשר לחזור ולומר פלוני לא יירש את הרבוי (ומ״מ לכאורה אפשר לחזור כדברי הקצות). וכל זה מסתבר אבל אם נפרש את דברי הר׳ יונה כמו שהצענו אי אפשר להסביר חילוק בין שכיב מרע ובריא בהנחלת ריב״ב ועדיין יש לישב הסתירה שמביא ר׳ אלחנן ווסרמן. אבל אפשר לפרש בפשיטות שאין סתירה בכלל. שבהמשך דבריו הוא עוסק בענין זו וז״ל, ״ והא דאמרינן בשמעתין, ואס״ד כל זמן שיושבים ליחוש דלמא הדר ביה, לאו למימרא דמילתא דרב הונא באנפא דלא מצי הדר ביה וכגון בדקני מיניה...״ משמע מדבריו שרק אינו יכול לחזור מהנחלה דריב״ב באופן שעשה קנין. ועיין שם בהסבר המשך הסוגיא ואכמ״ל.

העקרי הוי דין בכל התורה כולה ואז שייך להקשות מדברי ר׳ מאיר. אבל הרמב״ן מקשה מהגמ׳ (ב״ב קמא:) אבל לא משיטת ר׳ מאיר. שהגמ׳ שם גם מציעה שלפי ריב״ב שלא שנא לשון ירושה ולא שנה לשון מתנה אפשר להנחיל לעובר (וכמו שהבאנו לעיל). והגמ׳ דחתה תירוץ זה שגם לפי ריב״ב אינו יכול להנחיל למי שאינו בעולם עכשיו. ומשמע מקושיא זו דהרמב״ן מבין שדברי הרשב״ם הוי דין מיוחד בהנחלה דריב״ב שדוקא הקשה מהגמ׳ שהביאה שיטת ריב״ב ולא ר׳ מאיר.[12] ואם כן, דוקא בהנחלה דריב״ב אפשר להנחיל למי שאינו בעולם אם יהיה בעולם בשעת החלוקה. ואם ההנחלה הוי יצירת שם יורש איך אפשר לייצר שם יורש בעובר שאינו בעולם בשעת הצוואה? ואם ההנחלה הוי כמו הקנאה איך אפשר להקנות לעובר? אבל אם ההנחלה הוי דין בחלוקת הנכסים שהבעל הוי בעל החלוקה, מסתבר שאם נולד קודם החלוקה אפשר להנחיל לעובר עוד נכסים אליבא דריב״ב.[13]

יא. יחס בין חכמים וריב״ב

יש לבדוק אם החכמים שחלקו אם ריב״ב חולקים בענין עקרוני וסוברים שאין שום כח למוריש בנחלתו או אם הם מסכימים שיש למוריש מעמד וכח בנחלתו אבל רק פחות כח. ועיין בגמ׳ (ב״ב קל.) שיש ב׳ דעות במחלוקת חכמים וריב״ב. לפי דעה אחת ריב״ב סובר שאפשר להנחיל אף לאח במקום בת ובת במקום בן. וצריך עיון מה סוברים החכמים לדעה זו. הרשב״ם (שם ד״ה וכי תימא) מפרש שאף בדעה זו החכמים שללו דברי ריב״ב לחלוטין ואי אפשר להנחיל אפילו לבן בין הבנים או בת בין הבנות. אבל לפי הריטב״א (שם ד״ה וכי תימא) בדעה זו החכמים סוברים שאפשר להנחיל לבן בין הבנים ובת בין הבנות ורק אינו יכול להנחיל לאח במקום בת או בת במקום בן. ולפי דברי הריטב״א ברור שבדעה אחת החכמים גם מסכימים שיש כח ביד המוריש בירושתו.

---

[12] ועיין בהמשך הרמב״ן שמציע כמה תירוצים לקושיא זו.

[13] ועיין במנחת אשר על מסכת ב״ב בענין הנחלה דריב״ב שמציע משהו קרוב לדברינו לפירוש הרשב״ם העקרי בלי צטוט הרמב״ן.

ולדעה זו צריך להעיר שאף אם החכמים מסכימים שיש כח ביד המוריש להנחיל, אפשר שיהיה הבדל עקרוני בין הנחלה דריב״ב והנחלה דחכמים. ואפשר שלפי ריב״ב יש כח ביד המוריש לייצר שם יורש אבל לפי החכמים יש לו כח רק להעביר נכסים כעין מתנה (ויש נפק״מ כמו שביארנו). אבל לכאורה לפי הרשב״ם בהו״א של הגמ׳ כשחשבו שהחכמים סוברים דאפשר להנחיל לבן בין הבנים אין הבדל בין שיטת חכמים וריב״ב. שהוא מסביר שיטה זו באותו דרך שהסביר את שיטת ריב״ב. ועיין בדבריו על המשנה (ב״ב קל. ד״ה לא אמר) בהסבירו לדעת הת״ק דכיון ״דראוי לירש קצת קנה גם הכל.״ וזה כמו שהסביר שיטת ריב״ב בגמ׳ לעיל (ב״ב קכט: ד״ה וכ״ת ה״נ וד״ה הא שלח).

ואפשר גם למסקנה יש רמזים שהחכמים מסכימים אם דברי ריב״ב בעקרון ויש כח ביד המוריש אך לא לשנות סדר הירושה. וזה עולה מדברי הרשב״ם בגמ׳ (ב״ב קכו: ד״ה ואם אמר).[14] איתא במשנה (ב״ב קכו:), ״ מחלק נכסיו על פיו ריבה לאחד ומיעט לאחד והשוה להן את הבכור דבריו קיימין ואם אמר משום ירושה לא אמר כלום.״ ומשמע מפירוש הרשב״ם דהמשנה הוי דוקא לשיטת חכמים והם סוברים דלא אמר כלום רק משום דהשוה הבכור לפשוט ולא חלק לפשוטים בשוה, ״שאינו יכול לעשותו יורש אלא כמשפט הכתוב.״[15] ועולה מדברי הרשב״ם שאפילו לחכמים יש כח ביד המוריש לציין איפה ילכו הנכסים רק שלא להרבות ולהמעיט החלקים.

ואולי יש נפק״מ לדינא אם החכמים מסכימים בעקרון לשיטת ריב״ב אם לאו. נחלקו הראשונים אם אפשר להנחיל בירושה דריב״ב רק חלק מנכסיו. ועיין בריטב״א (ב״ב קל. ד״ה התורה נתנה) שאפשר להנחיל לכל מי שירצה דוקא במחלק כל נכסיו.[16] ועיין הרמב״ם (הל׳ נחלות ו:ג) שחולק ופוסק דמהני אפילו במקצת נכסיו והשאר חולקים בשוה. ואפשר

---

[14] וכך העיר לי רב יונתן שמברי.

[15] ועיין רש״י בגמ׳ (יבמות לו. ד״ה לא אמר כלום) שיותר מפורש כמו דברינו וכך העיר ר׳ דוד פוברסקי בשיעוריו על מסכת ב״ב.

[16] והוא סובר כן לסיבה טכנית ועיין שם.

להסביר לפחות באופן תיאורטית ששאלה זו תלויה בהבנת שיטת החכמים. אם החכמים שללו דברי ריב״ב לגמרי ויש הבדל עקרוני בינם ובין ריב״ב אולי אי אפשר להנחיל חלק מנכסיו ולהוריש השאר בירושה דממילא דהוי שני תהליכים סותרים. אבל אם מבינים שהחכמים מסכימים לשיטת ריב״ב בעקרון אפשר שאין סתירה בין הנחלת מקצת נכסיו והורשת מקצת נכסיו.

הרב איתן שנאל
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

הערות בענין ירושה באיסורי הנאה והמסתעף

איתא בגמ' ב"ב (קלג:) וז"ל, ת"ר מעשה באדם אחד שלא היו בניו נוהגין כשורה עמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל. מה עשה יונתן בן עוזיאל, מכר שליש והקדיש שליש והחזיר לבניו שליש. בא עליו שמאי במקלו ותרמילו, א"ל שמאי אם אתה יכול להוציא את מה שמכרתי ומה שהקדשתי אתה יכול להוציא מה שהחזרתי, אם לאו אי אתה יכול להוציא מה שהחזרתי. אמר הטיח עלי בן עוזיאל הטיח עלי בן עוזיאל, עכ"ל.

וע"ש בתוס' (ד"ה בא) וז"ל, נראה לרשב"א דההוא גברא דכתב נכסיו ליהונתן בן עוזיאל הדיר נכסיו מבנו **בחייו ובמותו** והיה סבור שמאי שנתן ליהונתן ע"מ שיתן לבניו והיה סבור שהחזיר הכל ועל כן בא עליו לומר שע"י מתנה זו לא הותרו בהן הבנים כמו מעשה דבית חורון שלא הותר האב ע"י מתנת הבן והשיב לו יהונתן אינו כמו שאתה סבור דהתם לא היתה מתנה גמורה אבל זו מתנה גמורה למכור ולהקדיש וכן משמע בירושלמי בנדרים דקאמר יהונתן בן עוזיאל הדירו אביו מנכסיו עמד וכתבו לשמאי מה עשה שמאי מכר מקצתם והקדיש מקצתם ונתן לו את השאר אמר כל מי שיבא ויערער על מתנה הזאת יוציא מן הלקוחות ומיד ההקדש ואחר כך יוציא מיד זה ושמא זה המעשה עצמו היה והירושלמי מהפך לה, עכ"ל.

ויש להבין מה שדקדקו התוס' בריש דבריהם לאוקים נדרו באיסור נכסים בין בחייו ובין במותו, דלפום ריהטא היה אפשר דסגי במה דאסר נכסיו בחייו לחוד, דכיון דבשעת מיתתו הרי נכסיו אסורים בהנאה לבנו, וממילא אינם עוברים לבנו בתורת ירושה.[1] אמנם כנראה דאינו כן,

[1] עיין מש"כ בענין זה בסוף המאמר.

לפמש"כ הב"ח בהגהותיו שם (אות ד') וז"ל, דאל"כ יהיו זוכים לאחר מותו משום ירושה, עכ"ל. ונמצא לפי הב"ח דגם מה דאסור בהנאה להיורש נשאר בפרשת ירושה, ולכן הדיר אביו בנו מכנסיו גם במותו, וכעי"ז כתב המהרש"ל.

הנה עיין בגמ' נדרים (מז.) וז"ל, בעי אבימי קונם לבית זה שאתה נכנס מת או שמכרו לאחר מהו, אדם אוסר דבר שברשותו לכשיצא מרשותו, או לא. אמר רבא ת"ש האומר לבנו קונם שאי אתה נהנה לי ומת יירשנו, בחייו ובמותו ומת לא יירשנו. ש"מ אדם אוסר דבר שברשותו לכשיצא מרשותו, שמע מינה, עכ"ל.

ע"ע מתני' ב"ק (קח:) וז"ל, האומר לבנו קונם שאי אתה נהנה לי ומת יירשנו, בחייו ובמותו ומת לא יירשנו. ויחזיר לבניו או לאחיו, ואם אין לו לוה ובעלי חוב באים ונפרעים, עכ"ל. ועיין ברשב"א נדרים (מז.) וז"ל, וקשיא לי הא כיון דאסרינהו עליה בקונם שוינהו עליה עפרא בעלמא כשאר איסורי הנאה והיכי מצי יהיב להו לבניו או לאחיו וכיצד בעלי חוב דידיה נפרעין ממנו כלומר וקרעינן ליה לשטרא דבעל חוב אדרבה הוא אסור ליתנו כשאר איסורי הנאה ואם הוציא מעל ובע"ח שזוכה בנכסים מן ההפקר הוא זוכה דהו"ל כחמץ בפסח וכערלה וכלאי הכרם, עכ"ל. וכן הוסיף להקשות בסוף הפרק שם (נדפס מחדש בחי' לדף מח:) וז"ל, **היאך אפשר שיירשנו** והלא כיון שאסור בהנאתו אין לו בהם כלום דאפי' נתנם לו האב אינו זוכה בהם ואם קדש בהם את האשה אינה מקודשת, עכ"ל. ובשני המקומות תירץ וז"ל, ע"כ הוא כמו שפירשה הראב"ד ז"ל לאותה משנה שבפרק הגוזל דאמדיר קאי, כלומר שהאב המדיר יכול הוא ליתן לבנו של הנידר וכן פורע לו חובו דומיא דמתני' דבפרק אין בין המודר דקתני פורע לו חובו וזן את אשתו ובניו אע"פ שחייב במזונותן [דאינו אלא מבריח ארי], עכ"ל.

סוף דבר, מסקנת הרשב"א היא לפרש מה דלא יירשנו כפשוטו, כיון שאסר בנו בנכסיו גם במותו, אין הנכסים עוברים לבנו בירושה. ולכן, בע"כ צריך לפרש הך דיחזיר לקרובים ולבעלי חוב על המדיר עצמו, דאין הנכסים שייכים כלל להיורש. ולפי הפשטות, שיטת הרשב"א מסייעת לדברי הב"ח, שנקט בדעת התוס' בסוגיין דאין היורשים זוכים בנכסים האסורים להם בהנאה.

אכן, ע״ע בפירוש הר״ן לנדרים (שם ד״ה והוי יודע) וז״ל, דכי תנן הכא אם מת לא יירשנו לאו למימרא דכיון שנכסים אסורים לו בהנאה לא יזכה בהן דהא קתני בסיפא דההיא מתניתין בפרק הגוזל קמא ויתן לבניו או לאחיו ואם אין לו לווה ובעלי חובין באין ונפרעין, ואם לא זכה בגוף הנכסים היאך נותנן לבניו או לאחיו והיאך בעלי חובין באין ונפרעין. אלא ודאי נכסים דידהו נינהו אלא שאינו רשאי ליהנות מהן ואיידי דתנא רישא יירשנו לומר שמותר ליהנות מהן כשאר היורשין, **תנא סיפא נמי לא יירשנו ולאו דוקא**, עכ״ל (וע״ע שם מה שתי׳ הך דיחזיר לקרובים או לבע״ח, ואכמ״ל).

ולכן יש להקשות על הב״ח, מהיכ״ת להניח בסוגיין דאין ירושה באיסורי הנאה, הרי נחלקו בזה הראשונים להדיא בנדרים שם. וכמו״כ צ״ע מנין לנו לפרש בתוס׳ שהדיר בנו בחייו וגם במותו למנוע ממנו ירושה, נימא דכוונת המדיר היתה לאסור בנו בנכסיו אפי׳ את״ל דבאו לו בירושה, וצ״ע. והגם דניד״ד שייך לסוגיא דזכייה באיסורי הנאה, אין לתלות מח׳ הר״ן והרשב״א בחקירה זו, שהרי שניהם מודים דאין זכייה ודין ממון כלל באיסורי הנאה, וכמו שיתבאר בהמשך.

בענין הכשר מת לקבל טומאת אוכלין וירושת גופו של מת

אמר רחמנא (ויקרא יא:לח) ״וכי יתן מים על זרע ונפל מנבלתם עליו טמא הוא לכם.״ עיין בגמ׳ קידושין (נט:) וז״ל, רב פפא רמי כתיב כי יתן וקרינן כי יותן. הא כיצד כי יותן דומיא דכי יתן, מה כי יתן דניחא ליה אף כי יותן דניחא ליה, עכ״ל. וע״ע מתני׳ דעוקצין (פ״ג מ״א) וז״ל, יש צריכין הכשר ואינן צריכים מחשבה, מחשבה והכשר, מחשבה ולא הכשר, לא הכשר ולא מחשבה. כל האוכלים המיוחדים לאדם צריכין הכשר ואינן צריכים מחשבה, עכ״ל. והחותך מן האדם בכלל הצריכים הכשר וגם מחשבה, כדאיתא שם (מ״ב).

ועיין פי׳ משנה אחרונה שתפס עכ״פ בדעת הרמב״ם דמיירי בחותך בשר מן האדם לאחר מיתה. והביאור, דבדרך כלל כזית בשר מן האדם מטמאה טומאה חמורה, וקי״ל (חולין קכא.) דכל שסופו לטמא טומאה חמורה לא בעי הכשר, ומשו״ה לא היה אפשר לפרש מתני׳ דהתם

הכי. אולם, יש היכ״ת לצייר הכשר גם בחותך בשר מן האדם ע״פ סוגיא דכריתות (כא.) דנו״נ בענין הך דיצאו מהלכי שתים שאין בהם טומאה קלה. ובמסקנא שם איתא דבא לאפוקי מת דאע״ג דממליא ליה לשיעור כביצה, לא מטמא טומאת אוכלין משום דבטלה דעתו אצל כל אדם. ופירושו, דאם צירף חצי זית של בשר המת לאוכלין ובכולו איכא שיעור כביצה, מ״מ ליכא צירוף שיעור לדין טומאת אוכלין בכביצה. והגם דבדרך כלל אם מחשב על דבר שאינו אוכל להיות כאוכל סגי לטמא טומאת אוכלין, שאני מחשבה על בשר המת דלא מהני כיון דבטלה דעתו אצל כל אדם. עכ״פ מוכח דלו יצוייר דלא היתה בטלה דעתו, בעצם יתכן כה״ג מחשבה והכשר לטומאת אוכלין, גם בבשר מן המת.

ועיין בפי״ב מהל׳ טומאת אוכלין ה״א וז״ל, כל דברי הכשר אוכלין דברי קבלה הן. מפי השמועה למדו שזה שנאמר וכי יותן מים על זרע אחד המים ואחד שאר שבעה משקין, והוא שינתן עליהם ברצון בעלים, עכ״ל. הנה דעת הרמב״ם דגם במקום דאיכא הכשר לקבלת טומאה, בעינן דוקא רצון הבעלים ולא מהני הכשר לרצון שאר בני אדם.

ועיין מרחשת (ח״א ריש סימן א׳) שהאריך בסוגיא דבעלות באיסורי הנאה. ובתוך דבריו הביא ראיה דאיסורי הנאה נחשבים כשלו, דהרי מוכח מדלעיל דיכתן מחשבה וגם הכשר במת, הגם שהוא מכלל איסורי הנאה. והרי קי״ל בסוגיא דב״ק (סו:) דמחשבה לא מהני בדבר שאינו שלו. וכן לפי הרמב״ם לענין הכשר, הרי דעתו דלא מהני אלא רצון בעלים לחוד, ובע״כ דאיכא בעלים על המת כדי שיצוייר הכשר, והעלה כדבר פשוט שהיורש הוא הבעלים על גופו של המת ולכן בידו המחשבה וגם הרצון להכשרתו.

וכן עיין חי׳ חת״ס לב״ב (כ.) וז״ל, עיין תשובות מהרי״ל (סי׳ סט) כתב, אין הכהנים יכולים לכוף קרובי המת להוציא המת לקברות בשעה שאינו לכבודו של מת. דאפי׳ אם על המזיק להרחיק עצמו מ״מ הכא אונס הוא. פירוש, ס״ל דטומאת מת המתפשטת מבית לבית ה״ל גירא דיליה ועל המזיק להרחיק עצמו, מ״מ הכא אונס הוא, עכ״ל. ועיין קונ׳ שיעורים לב״ק (ס״ס ט׳) שביאר הענין ג״כ כפי דרכו של המרחשת. וז״ל, ולכאו׳ אין דבריהם מובנים כלל, איזה חיוב הרחקת נזקין יש על היורשים, הא המת הוא המזיק, ולגבי היורשים אין זה לא בגדרי נזקי גופו

ולא בגדרי נזקי ממונו. ולדברינו הנ״ל שגוף המת הוא ממונם של היורשים, הדברים כפשוטן, שזה בגדר נזקי ממונו וכו׳ ומדוייק מאד לשון מהרי״ל שנקט שם יורשי המת ולא כתב קרובי המת, עכ״ל. ומוכח מכל הנ״ל דבאמת יתכן ירושה באיסורי הנאה כמת, ולכן איכא חיוב סילוק נזיקין על היורשים שהם בעלי ממונו של גופו של המת וחייב בנזקו כשאר נזקי ממונם.[2] ויש לציין שבאמת הרמב״ם פסק כדעת הר״ן לנדרים דאיכא ירושה באיסורי הנאה, והך דבע״ח באין ונפרעין וכו׳ מיירי בבע״ח של היורש. עיין פ״ה מהל׳ נדרים ה״ח וברדב״ז שם שפירש כן בדעת הרמב״ם ביישוב קוש׳ הטור על הרמב״ם, שהקשה כקוש׳ הרשב״א על דעת הר״ן בסוגיא שם.

ובאמת יש חולקין על הרמב״ם בענין רצון בעלים. עיין מתני׳ דמכשירין (פ״ד מ״ז) וז״ל, פירות שנפלו לתוך אמת המים, פשט מי שהיו ידיו טמאות ונטלן ידיו טהורות והפירות טהורים ואם חשב שיודחו ידיו, ידיו טהורות והפירות בכי יותן, עכ״ל. ועיין חי׳ הרשב״א חולין (לא:) וז״ל, מכאן דקדקו בתוס׳ דלא בעי׳ רצון בעלים מדקאמר מי שידיו טמאות דמשמע אפי׳ אחר שאינו בעל הפירות וכו׳. אבל הרמב״ם ז״ל כתב בפי״ב של טומאת אוכלין אחד המים וא׳ שאר ז׳ משקין והוא שיותן עליה ברצון הבעלים, עכ״ל.

---

[2] הנה דנו הפוסקים במקור חיוב קבורה שעל הקרובים לקבור את המת. עיין שו״ת ראב״ן (סימן לג) וז״ל, נשאלתי אם חייב אדם בקבורת בניו כמו בקבורת אשתו או לא. דעתי נוטה דחייב כדתניא (עירובין יז:) איזהו מת מצוה כל שקורא ואין לו עונים הא יש לו עונים לא, משום דעלייהו רמי והקרוב קרוב קודם. ועוד מדאמרה תורה לכהנים ליטמא לשבעה מתים האמורים בפרשה, מיכלל דמחייבו בהו דאי לא מחייבי אמאי מיטמו. והא דהזכירו חכמים בתלמוד (כתובות מו:) קבורת האשה ולא קבורת שאר ז׳ מתים, משום תקנת פירות שתיקנו לו פירות נכסי מלוג שלה תחת קבורתה. ואם תאמר כיון דמחייב מדאורייתא למה תיקנו לו פירות, משום דלא מיפרשא חיובא דאשה בהדיא וכו׳, עכ״ל. ועיין שו״ת תשובות והנהגות (ח״ד עמ׳ שטז) שהעיר דלא מוסכם, ולפי דעת הש״ך, כל מקום שלא ירשו היורשים כלום מאביהם, מוטל חיוב הקבורה על הציבור ולא על היורשים. עכ״פ לפי דברי המהרי״ל נראה דאיכא מקור חדש לחיוב קבורה שעל היורשים, והיינו מפאת ירושת גופו של המת ודין סילויק נזקין, ועיין. ואגב יש לעיין במש״כ הרשב״ם לעיל (קח. ד״ה מאי שנא) וז״ל, שזה ברכה שימות האב ויקברנו בנו כדכתיב ויוסף ישית ידו על עיניך הבטיחו שיקרבהו בנו, עכ״ל.

ולפי דברי הרשב״א בשם התוס׳ הנ״ל דלא בעינן רצון בעלים דוקא להכשר, ממילא ליכא ראיה כלל דיורשים מתים את גוף המת בדיני ממנות, דיש לפרש הך מתני׳ דעוקצין דאיכא הכשר בחותך מן האדם דמיירי ע״י הכשר ברצון שאר בנ״א, ולאו דוקא דאיכא שום בעלים בעולם על גוף המת. ובאמת שיטתו שם מתיישבת שפיר עם מש״כ בנדרים (כנ״ל) דאין ירושה באיסורי הנאה, דממ״נ לא יתכן לדון מהכשר המת מפאת ירושת היורשים את גופו של המת, שהרי ליכא ירושה באיסרי הנאה.

אמנם, הנוגע לענינינו הוא מה שדקדקו התוס׳ לפרש בסוגיין שהדיר בעה״ב את בנו מנכסיו בין בחייו ובין במותו כדי שלא יזכה בנו בנכסיו משום דליכא ירושה באיסורי הנאה (ע״פ הגהות הב״ח), ויש להבין ע״פ הנ״ל. שהרי הרשב״א בחולין הביא את דעת בעלי התוס׳, והם הם בעלי פלוגתא עם הרמב״ם דס״ל דאין צריך רצון בעלים להכשר, וכמו״כ דליכא הוכחה דאיכא ירושה באיסורי הנאה כמו מת וכשנ״ת. ובאמת, עוד נראה סמוכין לכך דזהו דעת בעלי התוס׳, דכן נמצא להדיא בדברי תוס׳ הרא״ש לסוגיין (ד״ה בא אליו) וז״ל, ומתוך ירושלמי דנדרים נראה לפרש **שאותו אדם הדיר בניו בחייו ובמותו דקיימא לן בפרק הגוזל קמא (ב״ק קט.) מת אינן יורשים אותו** ולכך כתב כל נכסיו ליונתן, עכ״ל. והיינו, דמכח אותה הסוגיא דב״ק, ס״ל להרא״ש דאין ירושה באיסורי הנאה כדעת הרשב״א שם, וכן מתיישבים דעתם של בעלי התוס׳ היטב עם מש״כ הרשב״א בשמם בחולין בהך דהכשר א״צ רצון בעלים, וכנ״ל.

יסוד דין הכשר משקין

ולתרץ דברי הרמב״ם, עיין כס״מ הל׳ טומאת אוכלין (שם) וז״ל, ולייישב לדעת רבינו י״ל דמשמע ליה דפשיטא דרצון בעלים בעינן דאין סברא דרצון אחרים יגרום טומאה לדבר שאינו שלהם והנך דמייתי הרשב״א לא מכרע, עכ״ל. וכן עיין מאירי חגיגה (יט.) שהלך בעקבות הרמב״ם ופירש בהך מתני׳ דמכשירין וז״ל, ונראה שאין הדברים אמורים אלא כשהן של זה שפשט ידיו שאם לא כן מה לנו ולרצונו, עכ״ל. ועיין בפירוש חזון נחום (ריש מכשירין) דנקט בטעמו של הרמב״ם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ולכן רק הבעלים יכולים להכשיר (ובדעת החולקים

נקט דצ״ל דאיכא גזה״כ דהכשר שאני). ואף דאפשר להסביר דכ״ה כוונת הכס״מ והמאירי, בודאי אין הכרח לפרש כן.

עכ״פ את״ל כחזון נחום, יש לפרש מחלוקת הנ״ל כדלהלן. דהנה עיין תוס׳ יבמות (פג: ד״ה אין אדם) וז״ל, וא״ת ומ״ש מנותן נבלה או חלב בתבשיל של חברו שנאסר ואר״י דבדבר התלוי במחשבה הוא דאמר הכי כגון משתחוה לבהמת חברו דספ״ב דחולין (דף מ. ושם) דאפי׳ עשה בה מעשה כגון ששחטה איכא למ״ד דלא אסרה ואיסור כלאים נמי תלוי במחשבה, עכ״ל. והיינו דייסדו התוס׳ דהך כללא דאאאדשא״ש שייך רק בדין שחלותו תלויה במחשבה, דאז בעינן מחשבת הבעלים דוקא. וי״ל דכן ס״ל להרמב״ם, דכל דין מחשבה אינו חל אלא במחשבת בעלים, כנ״ל. מאידך, נראה לומר בדעת החולקים דבאמת עיקר דין הכשר חל ע״י מה שנגע בז׳ משקין. אולם, עדיין בעינן למחשבה שלא תהא נגד רצון הבעלים, רק בתורת תנאי שתחול הך הכשר מקרא דכי יותן דומיא דכי יתן, אבל לא שהמחשבה היא היא מתוך עצם דין ההכשר. ומשו״ה, ע״פ התוס׳ יבמות, לא חסר משום אאאדשא״ש.

ובנוגע להנ״ל יש להעיר, דהנה דנו האחרונים (שו״ת אבנ״מ סימן כ׳ ועוד) בנפלו מים ע״ג זרעים סתם בלי כוונה ורצון להכשיר וגם בלי רצון שלא להכשיר, אם יש בזה משום רצון דהכשר או לא. עיין חזון נחום (שם) שהוכיח מדברי הרמב״ם בפהמ״ש דסתם אינו כרצון, ואין כאן הכשר. ולכאו׳ ניחא לפי מה שבארנו בדעת הרמב״ם דאין מחשבה כתנאי בעלמא, אלא מעצם דין הכשר. ולכן במקום דליכא רצון בעלים להכשר בודאי לא מהני, כעין דין אאאדשא״ש, ועיין.

ואולי איכא מקום להציע לפי החולקים על הרמב״ם דבאמת גם סתם דעת מהני, דעצם ההכשר ע״י נגיעה בז׳ משקין הוא בא, והך דדומיא דכי יותן היינו רק שלא יבאו המים שלא לרצון. משל למה הדבר דומה, יש לחקור בהך דכללא דאאאדשא״ש, אם הכוונה שצריך בעלים דוקא, או רק שלא יהא נגד לרצון בעלים; האם בעלות הוא מעצם יכולת לאסור, ורק דהוי תנאי שא״א שיחול איסור על איזה חפץ אם זהו נגד רצון הבעלים. והנ״מ בזה הוא אם אדם יכול לאסור דבר של הפקר, דלפי הצד הב׳, מהני. וכן צדדו בזה האחרונים, עיין שו״ת עונג יו״ט (סימן פב), קובץ הערות (הערות בסוה״ס אות כב), ובקובץ ביאורים לגיטין (אות לז) ומש״כ

במקום אחר (בית יצחק לו). וכן ע״פ הנ״ל יש להסתפק בענין הכשר זרעים של הפקר, האם בעינן רצון בעלים דוקא מעצם דין הכשר, א״ד אין הרצון אלא תנאי בחלות ההכשר שע״י משקין, ובדליכא רצון בעלים מנוגד להכשר סגי.

עוד יש להעיר מדברי הרשב״ם (ב״ב צז. ד״ה לא צריכא) דס״ל דשאני שאר משקין ממים, דדוקא במים בעינן שיהיו לרצון, משא״כ בשאר משקין דלא בעינן רצון. הנה ילפינן כל ז׳ המשקין המכשירין מפרשה אחת, ולכאו׳ חד דינא אית לכולהו, רק דפרט א׳ שאני לגבי מים דצריך רצון. ונמצא פשוט דבשאר משקין אין הרצון מעצם דין ההכשר, שהרי לגבם ל״צ רצון כלל וכלל. וא״כ, לדעת הרשב״ם נראה דכמו״כ פשוט גבי מים דאין הרצון אלא תנאי בעלמא בחלות ההכשר, ולא מסתבר כלל למימר דחלוקים הם בעצם יסוד דינם (הכשר ע״י מים והכשר ע״י שאר משקין), דסו״ס דין א׳ הוא וכולם נכללים בו, ודבר זה עדיין צ״ת.

בענין איסור הנאה דמת

עוד יש לדחות מה שהבאנו לעיל מן האחרונים להוכיח דאיכא ירושה באיסורי הנאה ממה דאיכא ירושת המת. הרי מונח בכל הנידון דדמי איסור הנאה דמת לשאר איסורי הנאה דחסרים הם בדין בעלות עליהם, ובאמת יש לחלק ביניהם טובא. עיין ספר מו״ז (ח״ג סימן רא) שהביא קושיית הגרע״א במה דלוקחים שכר לשמירת המת ולקבורת המת, הרי אסור להשתכר באיסורי הנאה (עיין תוס׳ פסחים כב: ד״ה ואמה״ח ע״פ גמ׳ ע״ז). ותי׳ הגרמ״ש שליט״א דלגבי איסור הנאה דערלה וכלה״כ וכדו׳, הדבר מתועב ורצון התורה להרחיק האדם מכל מיני ההנאות ממנו, וה״ה קבלת שכר. וז״ל, אבל במת יסוד האיסור הנאה שלא לבטלו מייחודו שעובד לקבורה דוקא, ואסור להשתמש בו או ליהנות ממנו להנאתו שמבטלו מייחודו, ולכן כאן השמירה וחפירת קבר וכדו׳ לצורך המת, וכבודו, וא״כ אף שנוטל דמים באיסור הנאה כי האי אין זה איסור, עכ״ל. וע״ע מה שהביא שם בשם הגרש״ש זצ״ל כעי״ז לגבי איסור הנאה דקדשים כדי ליישב קוש׳ הקצה״ח (תו:א) במה דלפי ריה״ג אפשר לקדש אשה בק״ק דממון בעלים הוא, הגם דעדיין אסור בהנאה הואד. וכעי״ז

מצאתי עוד בחי׳ הגר״ח על הש״ס החדש (ב״ק יג.), וע״ע מש״כ בזה במקו״א (בית יצחק מב).

ולפ״ז, י״ל דאפי׳ את״ל דאיכא ירושה בגופו של המת הגם דאסור בהנאה, אין זה ענין כלל למח׳ הרשב״א והר״ן בנדרים לענין ירושת נכסים האסורים בקונם. הרי איסור קונם אינו דומה לגמרי לאיסור הנאה דמת דאיסורו נובע ממה דעומד לקבורתו ולכבודו, ולכן אפשר לחלק ביניהם.[3]

בענין גר יורש את אביו עכו״ם

עיין גמ׳ קידושין (יז:) וז״ל, דתנן גר ועובד כוכבים שירשו את אביהם עובד כוכבים, גר יכול לומר לעובד כוכבים טול אתה עבודת כוכבים ואני מעות, טול אתה יין נסך ואני פירות. משבאו לרשות גר אסור. ואי סלקא דעתך דאורייתא, כי לא באו לרשותו נמי כי שקיל חילופי עבודת כוכבים הוא דקא שקיל. אלא מדרבנן, גזירה הוא דעבוד רבנן שמא יחזור לסורו, עכ״ל. ומוכח מזה דמעיקר הדין גר יורש את אביו מדאו׳ גם באיסורי הנאה דע״ז, ורק נתקשה הגמ׳ מצד החלוקה ומפאת הך דחילופי ע״ז. ועיין בספר העקרים להגר״ש איגר (ח״ב עמ׳ רמ) שתמה על הר״ן שלא הביא דבר זה לסיוע לשיטתו בנדרים. ובאמת, עוד יש להקשות מזה על הרשב״א דס״ל דליכא ירושה באיסורי הנאה, וכן הקשה בק״ש קידושין (אות שטז).

ועיין מש״כ הר״ן בע״ז (יח: בדפי הרי״ף ד״ה ומצא טבעת) וז״ל, ולא רצה להגביהה עד שיבטלנה העובד כוכבים משום דאי הוה מגביה לה מקמי הכי הויא עכו״ם דישראל שאינה בטילה לעולם, והכי אמרינן בהדיא בגמ׳ בסוגיין דלעיל. ואע״ג שאסורה בהנאה ואין בה דין ממון אפ״ה כיון שיכולה להתבטל ע״י עכו״ם מצי זכי בה וכו׳, עכ״ל. ומבואר דע״ז, כיון דביסוד דינה יתכן דין ביטול לאיסורה, ממילא אינה בכלל שאר איסורי

---

[3] ובפרט את״ל דירושתו היא היא המחייבת את קבורתו לכבודו, כמו שהעלנו בהערה הקודמת.

הנאה שאין בהם תורת זכייה. וא״כ מובן אמאי לא הביא הר״ן הך סוגיא דקידושין לראיה, די״ל דאין ירושה אלא לגבי ע״ז, משא״כ בשאר איסורי הנאה. וכ״כ בספר העקרים שם. ולענ״ד תי׳ זה סגי לתרץ דעת הרשב״א מקושיית הק״ש, דסו״ס אין להביא ראיה משם לשאר איסורים.

אכן קשה, דלכאו׳ י״ל דבאמת גם קונם שאני משאר איסורי הנאה, ודמי טפי לע״ז, שהרי גם איסור קונם ניתן להיתר ע״י שאלת חכם. ולפ״ז הדרא קושיית הגרש״א לדוכתה, דמבואר בר״ן לע״ז דשאר איסורי הנאה אינם בזכייה (ושאני ע״ז), וא״כ מה דאיכא ירושה בסוגיא דב״ק ונדרים י״ל דהיינו דוקא בקונם דשאני איסורו דניתן להיתר ע״י שאלה, ואמאי לא הביא הר״ן ראיה משם. ולכאו׳ צ״ל דקונם שאני מע״ז, דקי״ל דחכם עוקר נדר מעיקרו. א״כ, אין הפירוש דביסוד איסור קונם איכא צד היתר ואפשרות להפקעה, אלא אדרבה, לא מצינו היתר לאיסור קונם אלא בעקירתה לגמרי כאילו לא נדר מעולם. אבל גם זה לא ניתן להאמר, דכמו״כ מצינו נדרי אשה דבעל מיגז גייז וא״כ שוב דמי לע״ז, ויש לפלפל בכל זה. עיין שו״ת הרשב״א (ח״ד סימן רב) דכתב להדיא דדקונם אינו שלו, הגם דאיכא היתר ע״י שאלת חכם, וצריך לחלק בין קונם לע״ז, ואכמ״ל.

עוד בענין שיטת הרשב״א

עיין מש״כ הרשב״א בב״ק (קח: ד״ה האומר) בענין הרישא, שאסר נכסיו על בנו בחייו לחוד, דאם מת יירשנו וז״ל, דעכשיו אינו נהנה ממנו **אלא יורש ממנו נכסים מכח ירושתו שהורישו רחמנא** ואינו דומה לככרי עליך ונותנה לו במתנה דאסיקנא בריש פרק אין בין המודר (לה.) שאסורה עליו אא״כ יד אחר באמצע וכו׳ הכא שאני שאינו נהנה ממנו אלא **משל שמים שירש נכסים אלו עם מיתת האב**, עכ״ל. הנה לפמשנ״ת לעיל בדעת הרשב״א, לכאו׳ הדברים תמוהים. הרי מכיון שנתחדש דירושה היינו זכייה מן השמים, קשה להבין שיטת הרשב״א דליכא ירושה לבנו משום איסור הנאה, הרי סו״ס ״אינו נהנה ממנו אלא מכח ירושתו שהורישו רחמנא,״ וצ״ע.

ובאמת, עיין מש"כ לפרש הסיפא בענין קונם בין בחייו ובין במותו דאם מת לא יירשנו, והקשה שם כל הקוש' שהקשה בנדרים על דעת הר"ן דס"ל דמהני ירושה באיסורי הנאה, וכמו"כ הסיק כפירוש הראב"ד דנותן לבע"ח וכדו' קאי על המדיר ולא על הנידר וכו'. אולם, המעיין היטב בדברי הרשב"א יראה שמ"מ ביאר קצת אחרת, ובמקום לטעון "האיך יירשנו" (כמש"כ בנדרים מח:), כתב "היאך קתני לא יירשנו." גם לא הקשה איך בע"ח באים ונפרעים שהרי רק זוכים מן ההפקר (כמש"כ שם) דהוי כערלה וכלה"כ. אלא הקשה, "כשהוא בעצמו פורע את חובו דנהנה ואסור." וכן הקשה, "ומיהו אכתי קשיא היאך נותן לבניו ולאחיו, והלא נהנה בכך **דיורש הוא**." וסו"ס מדיוקים אלו ועוד, נראה לענ"ד דשאני שיטת הרשב"א בב"ק משיטתו בנדרים, וחזר לתפוס כהר"ן דבאמת איכא ירושה באיסורי הנאה, ורק דנשאר על היורש דין איסור הנאה כשאר קונמות. ולכאו' בע"כ צ"ל כן, דאל"ה לא אתי שפיר מש"כ הרשב"א בתחילת הסוגיא, דיורש ממנו נכסים מכח ירושתו שהורישו רחמנא. ולאחר העיון מצאתי עוד בשו"ת הרשב"א (ח"ד סימן רב) שדן בסוגיין, והקשה כל הקושיות הנ"ל כדרך שהקשה בחידושיו לב"ק. ונלענ"ד דצ"ל דחזר הרשב"א ממש"כ בנדרים, ואולי מכח מה דהקשה הק"ש מסוגיא דקידושין לענין גר יורש אביו עכו"ם, ועיין. וכבר נודע שכמה פעמים בתשובותיו, ציין הרשב"א למש"כ בחידושיו, ועכ"פ חלק מהם נכתבו לאחר חידושיו על הש"ס, ועדיין צ"ת.

בענין המוריש חמצו לבניו

הנה עיין שו"ת נודב"י (מהדו"ק או"ח סימן כ') בענין מי שלא ביער חמצו ומת בע"פ לאחר שעת איסורו, שיש לדון אם בניו יורשים את החמץ, אם עברו משום ב"י וב"י, אם חייבים לבערו, וכן אם נאסר אותו החמץ לאחר הפסח. ומסקנתו דאין כאן ירושה, שהרי מיד כשנאסר החמץ בע"פ ומת האב, הוי החמץ כהפקר ולא שייך לבא לבניו בירושה. ומשו"ה לא עברו היורשים וכן לא נאסר החמץ לאחר הפסח. וכבר העירו על הנודב"י, אמאי לא הביא ממח' הרשב"א והר"ן בתשובתו, הרי התם ג"כ מיירי בירושה באיסורי הנאה. אולם, לכאו' פשוט דאינו ענין לנידון של הנודב"י כלל. הרי כתב להדיא דכיון דנאסר החמץ מיד גם בחייו של המת

הוי אינו שלו ואינו ברשותו, כדאיתא בפסחים (ו.), דרק כדי לעבור בב״י וב״י הוא דעשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו. ולכן, פשוט דאינו עובר בירושה ליורשי המת כיון דלא היה שלו בשעת מיתתו. משא״כ בסוגיא דמדיר נכסיו על בנו, התם הרי הנכסים היו מותרים להאב בחייו ולכן בשעת מיתתו היו שלו וברשותו וניתנים לירושה, ורק דנו הראשונים לענין ירושה למי שהנכסים הללו אסורים לו, ודו״ק.

ע״ע חק יעקב (תלה:ב) שדן בכעין נידון הנ״ל, וגם הוא התיר את החמץ, והביא סיוע ממה דאיתא בגיטין (מ.) דאיסורא לא מורית לבריה, וע״ע בהגהות בבית מאיר על החק יעקב. וע״ש בשו״ע הגר״ז (קו״א תלה) שתמה על ראייתו, דהרי התם מיירי בכגון עבד שהפקירו בעליו, דאין קנין האיסור הנשאר עליו לפני גט שחרור עובר בירושה (שאין בו זכות ממון בעצם). אבל בודאי אין הכוונה לאיסורי הנאה כלל וכלל. ע״ש ברש״י דאיסורא לא מורית לבריה, היינו דבר שאין בו ממש, ואפשר דכ״ה כוונת החק יעקב, ודחוק. וראיתי שיש מפרשים דכשם שאין בהעבד קניני ממנות לרבו, מ״מ שם עבד הוא מה שמתייחסו ע״י קנין איסור כלפי האדון, וה״ה בחמץ, הגם דליכא קניני ממנות בו (ב׳ דברים שאינם ברשותו של אדם וכו׳), מפאת עבירת ב״י וב״י ה״ה מתייחס אצל הבעלים – אבל דבר זה לא ניתן לירושה, והיינו איסורא לא מורית לבריה.[4]

השמטה: הערות בענין שעת מיתה וירושה

העולה מדברי הרשב״א בנדרים, דאיכא ירושה גם בקונם שאסר נכסיו לבנו רק בחייו. כיון שהנכסים מותרים לבנו לאחר מיתה, אין מניעה בדין ירושה הגם דעד שעת מיתה עצמה ממש (שלפו״ר היא שעת הורשה) הרי הנכסים באיסורם. ולפו״ר היה נראה דצ״ל איזה ביאור ע״ד מה דאיתא בכמה דינים כעין גיטה וידה באין כא׳, אבל דחוק לומר כן היכן שלא נתחדש לנו כלל זה ע״פ חז״ל (עיין קצוה״ח [סימן ר׳ סק״א] דמיאן

[4] וציין הגר״מ רוזנצוייג שליט״א דכעי״ז פירש מרן הגרי״ד זצ״ל בדעת הרמב״ן לענין חמץ והבעלות עליו לגבי איסור ב״י וב״י, עיין רשימות שיעורי הגרי״ד לפסחים מהגר״צ שכטר שליט״א (עמ׳ כח).

מלפרש דאיכא דין קנין בנתינת הגט ע״י חידוש הגמ׳ דבאין כא׳, וע״ע חי׳ הגר״ח על הש״ס). ולפי מש״כ הרשב״א לב״ק (עיין לעיל), יש ליישב דאה״נ, כל זה הורישו לו רחמנא, וי״ל דנשתנה דינו ואפשר גם בב״א.

אולם, גם בלאו הך חידוש יש ליישב אליבא דשאר ראשונים, דהנה כתב הרשב״א בכמה מקומות (לעיל קלא. ד״ה בעי רבא; לקמן קלז. ד״ה אלא; שו״ת הרשב״א ח״ב סימן רנב ד״ה ועל כן; ח״ג סימן קכה ועוד) דקי״ל דשעת חלות ירושה היינו **עם גמר מיתה**, והוא ע״פ לשון הגמ׳ לקמן (קלז.) דחלה בבת אחת עם המתיה (עיין שו״ת משנת ר׳ אהרן סימן סו). מאידך, עיין לשון המאירי (קלז. ד״ה אע״פ) וז״ל, ומ״מ עיקר הדברים שאין ירושה חלה לעולם ממוריש עד לאחר מיתה, עכ״ל. וכן דעת הר״י מגא״ש (קלג.) ויד רמ״ה (אות קלו, קלז), ועוד, וכן פסק בקצה״ח (רנב:א). ולפי דבריהם י״ל דאה״נ, מאחר שהוכחנו דשעת הירושה אינה אלא לאחר מיתה, כבר הותר האיסור בשעת מיתה וממילא בשעת ירושה שהיא לאחר מיתה, כבר אין הנכסים בכלל איסורי הנאה (וכעי״ז עיין שו״ע חו״מ סימן רנב ס״א).

ומעתה יש להעיר לפי הנ״ל בדברי הגרי״ז הידועים לענין מכת בכורות (עיין ספר משאת המלך פ׳ בא, משנת יעקב הל׳ יסוה״ת עמ׳ כה). הנה פירשו חז״ל עה״פ כחצות הלילה (שמות יא:ד) דבאמת הכה הקב״ה את הבכורות בחצות ממש, אבל אמר משה רבינו שתבא המכה כחצות הלילה, שלא יטעו המצרים ויאמרו משה בדאי הוא, ע״ש ברש״י. והקשו להגרי״ז, הרי א״א להיות מכה בחצות ממש, שהרי זמן חצות אינה נקודה התופסת זמן במציאות, אלא הגדרתו היא חלוקת הלילה לב׳ חלקים, חלק ראשון שלפני חצות וחלק השני שלאחר חצות, אבל זמן חצות בעצם אין בו ממש. ותי׳ דאה״נ, אבל ה״ה דלא מצינו שעת מיתה התופסת זמן, אלא שלפני מיתה ה״ה חי, ולאחר מיתה ה״ה מת. וממילא, הותאמו ב׳ התופעות יחד, שלפני חצות חיו הבכורות, ובחלק השני של הלילה שלאחר חצות, לא היו עוד בחיים, ולק״מ.

והעולם העירו על דבריו ממכילתין (קלז.) שהוא כלשון הרשב״א הנ״ל, דאיכא שעת ״גמר מיתה,״ ולפי הפשטות נראה דמיתה תופסת זמן,

שיש תחילת מיתה וגמר מיתה.[5] ואולי יש לדחות, דעיין היטב ביד רמ״ה שפירש דירושה חלה דוקא לאחר מיתה, דאפשר לפרש בדבריו דגמר מיתה לאו דוקא, והעיקר הוא דחלה לאחר מיתה. וגם בדעת הרשב״א, באמת יש מן האחרונים שפירשו דגמר מיתה היינו רגע א׳ לפני מיתתו, וצ״ע.[6]

ומענין לענין באותו לענין, נתבאר לעיל דנחלקו הראשונים אם חלות ירושה באה בשעת מיתה (רשב״א) או לאחר מיתה (מאירי). ונראה לפרש דנחלקו ביסוד דין הורשה עצמו, אם גדרה כדין מעשה הורשה בשעת מיתה ותלוייה בשעת מיתה (או גמר מיתה) כנ״ל; א״ד דעצם מציאות המיתה היא הגורמת הורשת נכסים, דלפ״ז עצם היות המוריש במיתה היא הגורם להורשה.

ומשל למה הדבר דומה, עיין ק״ש ח״ב (סימן כח) לענין גדר דין שחרור עבד במיתת האדון, אם תלוי במעשה המיתה או במציאות המיתה שהאדון אינו בחיים (וכן דימה לענין היתר האשה במיתת הבעל). ושם העלה הגראב״ו הי״ד נ״מ לענין עבד קטן שלא זכה בעצמו במיתת אדונו הגר בשעתו, אם בגדלותו שוב זוכה בעצמו. והיינו, דאי נימא דמציאות המיתה גורמת, ממילא פעולת שחרורו עדיין קיימת בעולם גם כשנתגדל. משא״כ אם הכל תלוי במעשה המיתה, כל שאינו ראוי לזכות בעצמו בשעת מיתה, תו לא זוכה. וה״ה די״ל לענין ירושה, את״ל דתלויה במעשה המיתה י״ל דכל שאינה חלה בשעתה מפאת איזה עיכוב, שוב אינה יכולה לחול עוד. מאידך, אם ירושה חלה לאחר מיתה, דתלוייה במציאות המיתה, י״ל דפעולת ההורשה אינה נגמרת ואפשר לחול כל שעה ושעה, כגון כשנסתלק העיכוב.

---

[5] וראיתי בספר הגדה ואגדתא (עמ׳ שמה) בשם מדרש הגדול [כעת לא מצאתי] וז״ל, ור׳ יהודה אומר כל מכה ומכה שהביא הקב״ה על המצרים היתה שוהה שלושים יום ושבעה ימים בין כל מכה ומכה, חוץ מן החושך שלא היה אלא שלשת ימים ומכת בכורות רגע, עכ״ל. ולפום ריהטת לשון המדרש, נראה דזה ג״כ נגד דברי הגרי״ז.

[6] עיין שו״ת מכתם לדוד חו״מ סימן טז (דף רט). ע״ע תוס׳ ריד לב״ב (קלז.).

ולפ״ז יש להבין דברים סתומים בפירוש המאירי בסוגיא דנדרים וז״ל, ובפרק הגוזל קמא נאמרה משנה זו וסיימו בה ונותן לבניו או לאחיו ואם אין לו לוה ובעלי חוב באין ונפרעין ממנו ר״ל שאם רצה לצאת בנקיות יפקיע זה הבן עצמו מן הירושה ויניחנה לבניו של אביו שהן אחים שלו או לאחיו של אביו אם אין לו בנים אחרים ולא יהנה הוא בכלום, עכ״ל. והיינו, דפירש המאירי את האפשרות שינתנו נכסים האסורים לקרובי הנידר ע״י מה שמפקיע הנידר את עצמו מירושת אביו, וממילא עוברת הירושה לבניו או אחיו.[7] וקשה, הרי נקט הרשב״א בנדרים (הובא לעיל) דכל מקום שא״א להיורש ליירש מפאת עיכוב האיסור קונם הנכסים נעשים הפקר, ונראה דכל מקום שאין הירושה יכולה לעבור למקום הראוי ע״פ דין, ממילא פסקה פעולת הירושה. אמנם, דעת המאירי דפעולת הירושה עדיין קיימת, וממילא עוברת להקרוב אליו ממשפחתו. והוא אשר דברנו, דלדעת המאירי דירושה לאחר מיתה היא ותלויה במציאות מיתת המוריש, ממילא נשמכת פעולת הירושה גם לאחר עיכוב ביורש הראשון. משא״כ להרשב״א דדין ירושה תלוי בשעת מיתה דוקא, כיון דלא חל בשעה ראשונה, שוב אינו חוזר וניעור.

---

[7] וכבר העירו על המאירי דתמוה הוא, הרי א״א להסתלק מירושה דאו׳, עיין רש״י גיטין (עז. ד״ה ממקום).

הרב יוסף חיים ינץ
שואל ומשיב
ישיבת רבינו יצחק אלחנן

בדין קנין פירות וקנין הגוף*

חלק א׳

תנן במשנה (קל״ו.): ״הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב אינו יכול למכור מפני שהן כתובין לבן והבן אינו יכול למכור מפני שהן ברשות האב,״ דהיינו שהאב מכר הגוף לבן והשאיר לעצמו את הפירות עד לאחר מיתה. נחלקו בגמ׳ (שם) רבי יוחנן וריש לקיש באופן שהבן מכר (את הגוף שקיבל) בחיי האב ומת הבן קודם מיתת האב. רבי יוחנן אמר לא קנה לוקח וריש לקיש אמר קנה לוקח. ומסבירה הגמרא: רבי יוחנן סבר קנין פרות כקנין הגוף, ולכן הקנין פירות של האב מפריע ומבטל את המכירה של הבן, וריש לקיש סבר קנין פירות לאו כקנין הגוף, וקנה הלוקח מן הבן.

סוגיית קנין פירות וקנין הגוף נמצאת גם במסכת ב״ק (פח:). ושם מוסיפה הגמרא לומר שלפי רבי יוחנן מה שמכר הבן לא מהני מפני שהבן ״לאו דידיה זבין.״ התקשו הראשונים (ר״י מיגאש ורשב״א), הרי הבן מכר מה שיש לו! ולמה לא מהני לפי רבי יוחנן? וגם יש להתבונן מדוע נידון זה שייך לנידון אם ק״פ כקה״ג או לא. הרי מכר מה שיש לו בוודאי!?

וגם יש לעיין בסיפא של הגמרא, שהגמ׳ הביאה מקרה של אדם שהקנה לראשון ואמר ״אחריך לשני ואחריו לשלישי״ מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי. ואם מת שני בחיי ראשון ואח״כ מת הראשון נמצא שכעת אין אחריו שני אזי מכיוון שהחפץ אמור לעבור לשלישי. אך מכיון שזה שלא כפי הסדר המקורי שציוה הנותן הדין מתבטל והחפץ חוזר ליורשי ראשון. והגמרא תולה את זה במחלוקת ר״י ור״ל. בפשטות נראה

* בעיקרי הדברים שמעתי מהגר״א עוזר שליט״א.

שהגמ׳ הבינה שאחריך לפלוני זה קנין פירות, וכמו שאמר הר״ן בנדרים שקנין לזמן זה קנין פירות, היינו קנין לשימושים, וקנין הגוף זה הקנין העולמי. וממילא, לראשון זה רק קנין לימי חייו, ואח״כ זה עובר ממנו לשני, ולכן זה קנין פירות. ואם מת שני בחיי ראשון הבינה הגמ׳ שזה תלוי במחלוקת ר״י ור״ל. ושוב צ״ע, הרי הראשון קיבל רק פירות לזמן, וכשהוא מת נגמר הזמן, וצריך החפץ לחזור למי שיש לו את הגוף, וא״כ מהי השייכות למחלוקת ר״י ור״ל, הרי כל מחלוקתם היא בזמן שיש לו את הפירות, אז יש מחלוקת אם הוא נחשב בעלים לעניין עבד ולעניין ביכורים. אך כעת אין לו גם את הקנין פירות! כי כל מה שנתנו לו היה רק לימי חייו, ואח״כ כלום, וקשה מאוד כנ״ל, וגם מכל הראשונים זה נשאר קשה.

נראה לפתוח פתח ולהקשות עוד קושיא. הגמ׳ בדף (נ.) דנה במוכר עבדו ושייר לעצמו קנין פירות בעבד לחודש. למי יש את הדין יום או יומיים. ר״מ אמר לראשון יש דין יום או יומיים, והשני אם הכה את העבד הוא רוצח, רבי יהודה אומר לשני יש דין יום או יומיים. והמחלוקת היא דר״מ ס״ל ק״פ כקה״ג ור״י סבר ק״פ לאו כקה״ג. ושוב צ״ע, כשאומרים ק״פ כקה״ג אז מי נתלה במי – קטן בגדול. שבודאי קה״ג הוא העיקר והק״פ הוא כקנין הגוף. אבל לא שק״פ יהיה יותר מקה״ג!? אז בשלמא לר״י הראשון אינו הבעלים והשני כן, אך לר״מ בשלמא הראשון ק״פ כקה״ג אז יש לו דין יום או יומיים, אך לשני אין דין יום או יומיים?! הרי יש לו קנין הגוף! למה אין לו דין יום או יומיים?

נראה לפתוח ע״פ יסוד של הגרשש״ק במערכת הקניינים סימן ז׳. הגרשש״ק דן בגמ׳ בגיטין דף מ״ח. לגבי שדה אחוזה שהיא שדה שירש מאבותיו ושדה מקנה שהיא שדה שאדם קנה מאחר. ויש נפק״מ כי אם הקדיש שדה מקנה זה חוזר ביובל למוכר הראשון, כי הקדיש מה שיש לו, וקנה רק עד היובל. אם הקדיש שדה אחוזה ולא פדה עד היובל אז ביובל זה חוזר לכהנים. דנה הגמ׳ בבן שקנה מאביו שדה בזמן שהיובל נוהג. אז לאב יש גוף ולבן יש פירות עד היובל. תוכ״ד השנים עד היובל מת האבא. דנה הגמ׳ איזה הגדרה יש לשדה. מסברא היינו אומרים שדה מקנה כי לבן יש רק פירות! ולגבי קנין הגוף הוא יורש – שדה אחוזה. אומרת הגמ׳ שזה תלוי במחלוקת ר״י ור״ל, לר״י שק״פ כקה״ג אז כשמת האבא אז הבן ״לא

ירית ולא מידי" – לא ירש כלום. אז זה שדה מקנה. ולר"ל שק"פ לאו כקה"ג זה שדה אחוזה שירש מאביו. ויש לעיין כיצד אפשר להגיד שלר"י לא יורש כלום? הרי לא היה לו קנין הגוף!?

לפיכך יסד הגרשש"ק: שבדיני בעלות יש להבחין בין בעלים העיקרי לבין בעלים על הזכויות. לדוגמא: משכיר ושוכר – המשכיר בעלים עיקרי והשוכר בעלים על זכויות. והוא מביא מחנ"א (דיני זכייה מהפקר סי' ט'), מה הדין אם אדם השכיר ביתו לגר לשנה, ובתוך שנה הגר מת ואין לו יורשים, הלך מישהוא ועשה קנין לזמן הנותר. אומר המחנ"א: אי אפשר כי כשהגר מת אוטומתית הבית חוזר למשכיר, והמחנ"א הוכיח את זה מהגמ' ב"ק (מ"ט:): משכונו של ישראל ביד גר ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בו מוציאין אותו מידו מ"ט כיון דמית ליה גר פקע ליה שיעבודיה." דהיינו שכיוון שמת הגר חזרה הקרקע למשכיר מייד, ואפילו אם תפש אחר מוציאין מידו. הבאור בכך הוא: אדם שהוא הבעלים העיקרי, ממילא הזכויות שלו אלא אם כן הוא הקנה את הזכויות למישהו אחר שאז הוא מעכב. ברגע שאין עוד מעכב לא צריך הבעלים העיקרי לזכות מחדש. זה ממילא שלו. אז אדם אחר צריך לזכות מהגר, אך הבעלים לא צריך לזכות, זה (ממילא) כבר שלו! ולכן לא שייך שאחר יזכה. וממילא זהו הפשט במחלוקת בין ר"י לר"ל: כשיש למישהו ק"פ ולאחר קה"ג מי הוא הבעלים העיקרי. ר"י אמר הבעלים העיקרי זה הבעלים על הפירות כי הוא המשתמש בפועל, ור"ל אמר הבעלים העיקרי זה הבעלים על הגוף.

ובאמת שהרשב"ם (נ. ד"ה כקנין הגוף דמי) אמר כן מפורש בדעת ר"מ דק"פ כקה"ג: "ואותו שאין לו פירות אין קנין הגוף שיש לו בעבד כלום דאין גופו עומד אלא לפירותיו." עיקר בעלות מתבטאת בשימושים! וכן היסוד: בעלות מתבטאת בשליטה, וכשפוקעת השליטה בפועל באופן מוחלט כמו זוטו של ים זה נעשה הפקר. אז בזמן הקצר הנוכחי: הבעלים העיקרי זה הבעלים על הפירות – מי שמשתמש. לר"י: כנ"ל. ולר"ל: מי שהוא הבעלים על הגוף הוא הבעלים העיקרי. והשתמשות זה רק זכות. (מה הוא יענה על ההשתמשות? יתבאר בהמשך.)

וממילא אומר הגרשש"ק: בן שקנה מאביו פירות ואח"כ מת האב יש לו גם קה"ג. האם קיבל את קה"ג בירושה? לר"י, כיון שהיה כבר לבן

ק״פ לא ירית ולא מידי כפשוטו. הרי הוא כבר הבעלים העיקרי. ויש לו ממילא את כל הזכויות. אז הוא לא נזקק לדיני ירושה – אין אדם יורש דבר שהוא כבר שלו! ואילו לר״ל הוא כן יורש. ואז זה שדה אחוזה. ולתרץ מה ששאלנו על הגמ׳ בדף נ. שלר״מ רק הראשון בדין יום או יומיים – כיון שק״פ כקה״ג הוא הבעלים העקרי, וכמו שאמר הרשב״ם שלבעל הגוף אין כלום.

כעת נמשיך לסוגיא. הגרשש״ק קרוב לסימן י׳ (שם) נוגע בשאלה ששאלנו על אחריך לפלוני. שם אומר הגרשש״ק כפמש״כ: לראשון היה פירות וזו הבעלות העיקרית, והגוף ממילא שלהם ולכן היורשי ראשון זוכים בזה. אך כאן מתעוררת שאלה: הרי בעלות עיקרית נותנת זכויות רק כשאין מעכב. הרי כאן יש נותן שנתן פירות לראשון, והגוף נשאר אצלו. אז למה לא יעכב? ונראה שכיון שנפתח הפתח, נוסיף עוד יסוד שאמר הגרשש״ק במערכת הקניינים, אך יותר באריכות בחידושיו לב״ב (סי׳ ל׳) על הסוגיא בדף (סג.). הגמרא דנה שם לענין המוכר שדה לחברו, ומשייר לעצמו את הפירות שיגדלו במשך השנה הקרובה. הגמ׳ אומרת שזה תלוי במח׳ ר״מ וחכמים בדין דבר שלא בא לעולם. (באופן כללי נחלקו ר״מ וחכמים כשאדם מקנה לחברו את הפרות שלעתיד שזה דשלב״ל). לפי ר״מ שמקנה דשלב״ל אז גם יכול להשאיר לעצמו, ולחכמים לא. וזה תמוה. הרי הם נחלקו להקנות דבר שלא בא לעולם, ואילו כאן הוא משאירם לעצמו, דהיינו שלא מקנה את הפירות עד עוד שנה, ולכאורה זה העדר הקנאה ולא שייך להקנאת דבשלב״ל? ביאר בזה הגרשש״ק: מוכח מכאן שזה לא העדר. מפני שכשאדם קונה גוף האם צריך לקנות גם את הפירות. בוודאי שלא. זה ממילא. אז מהו הפשט. מוכר לחברו גוף ופירות ומשייר את הפירות? על כרחך ששיור זה לא העדר אלא זה פעולה חיובית של שיור. וכן מבואר ברעק״א מהדו״ת סי׳ פ״ח (שנראה בהמשך בהרחבה) שזה כאילו הקנה הכל. ומוסיף לקנות בחזרה את הפירות של השנה הבאה. אז כיון שהוא בא לקנות את הפירות שלעתיד זה תלוי במח׳ ר״מ וחכמים, לר״מ שאשפר להקנות דשלב״ל אז גם אפשר לשייר דשלב״ל, ולחכמים שלא אז א״א.

א״כ יש לדון: לפי חכמים שא״א להקנות את העתיד, אך גם לפי חכמים אפשר להקנות גוף לפירות (דקל לפירות), דהיינו מקנה את הגוף

ומשאיר לעצמו את הגוף לפירות! הלכה כחכמים, אז זה חייב להיות שאפשר להשאיר גוף לפירות. יש לחקור האם זה דבר שבא לעולם. לפי חכמים: גוף מהיום, ומשייר ק״פ לשנה זה בדרך של העדר או שיור חיובי? (הגרשש״ק דיבר על שיור פירות בלי גוף וא״כ צריך שיור חיובי.) האם מקנה רק את הגוף ומשייר חיובי את הגוף לפירות או שזה העדר של מקנה את הפירות.

לפי מה שבארנו גם זה תלוי במח׳ ר״י ור״ל, כי אמרנו שבעלות עיקרית נותנת בעלות על זכויות, לא שהזכויות נותנים בעלות עיקרית. אז בן אדם נותן לחברו בעלות עיקרית ומשאיר לעצמו זכויות. האם שייך לעשות זה בהעדר? וודאי שאי אפשר. זה כולל ממילא את הכל. אלא חייבים להשאיר באופן חיובי. אם מקנה לחברו את הזכויות ומשאיר לעצמו את העיקרית – מספיק בדרך של העדר. כי השאיר לעצמו. אבל הפוך אי אפשר. ולפי זה בנידון להקנות לשני גוף ולשייר לעצמו פירות בדרך של העדר: תלוי במח׳ ר״י ור״ל. לפי ר״י שק״פ כקה״ג וזה קובע בעלות עיקרית, לשייר פירות לעצמו זה לשייר עיקרית לעצמו ואפשר, אך לר״ל – שהלכה כמותו – שמקנה גוף לחברו ומשאיר זכויות לעצמו אי אפשר בהעדר, זה רק באופן חיובי.

ובזה נבין את הרמב״ן שהובא בריב״ש בסי׳ רנ״ז. לגבי אדם שמכר לחברו גוף והשאיר פירות לעצמו עד ה׳ שנים ומת המוכר. (הייתי אומר שהיורשים יקבלו את הפירות) אומר הריב״ש: אם מת בתוך שנתיים וחצי זה עובר לבעל קנין הגוף. לא ליורשי המוכר. ולכאורה וכי אם היה לאדם שדה ומכר חצי ממנה והשאיר חצי לעצמו ומת גם החצי השני יעבור לקונה? וודאי שלא. אלא ששם לא הקנה את החצי השני. אך כאן הקנה את הגוף ואם רוצה לשייר לעצמו צריך להגיד במפורש בשיור. וזה ממש מה שאמרנו: שמכר חצי וחצי לא מכר – זה העדר. אך כאן מכר לשני קנין הגוף והשאיר פירות לעצמו והלכה כר״ל שק״פ לאו כקה״ג וצריך שיור חיובי לעצמו, מקנה לעצמו! ואם לא אמר ליורשיו זה נחשב ששייר רק לו ולא ליורשיו. זה ממש כהגרשש״ק, שזה שיור חיובי. והוסיפו חידוש שזה כמו דיני תנאים.

עכשיו נבא לתרץ את הקושיות: בציור של אחריך לפלוני אם מת שני בחיי ראשון לר״י עובר ליורשי הראשון, שיש לראשון ק״פ שהם

כקה״ג. הרשב״ם (קלו: סוף ד״ה יחזרו נכסים ליורשי ראשון) מסביר: שכאן לר״י איכא תרתי – יש לראשון ק״פ וגם סילק הנותן עצמו מגוף ופירות. מכיון שלר״י ק״פ כקה״ג, זה נקרא לתת לו הכל! אמנם רצה להשאיר לעצמו, אך זה אפשרי רק אם אמר לו וליורשי ואם לא אמר זאת זה לו ולא לירושיו. (אם הנותן חי בוודאי שהוא יקבל ולא יורשי הראשון.) ולר״ל זה העדר, שהוא נתן לראשון פירות, והשאיר לעצמו גוף, אז זה לא סילק את עצמו מגוף ופירות. ומתורץ שפיר הסיפא.

חלק ב׳

נראה להוסיף בזה, בגמ׳ גיטין מח: איתא דאבא שמכר שדה לאחר בזמן שהיובל נוהג. הגוף נשאר לאבא, והפירות לקונה. וביובל זה חוזר לאבא. מת האבא, אז הקרקע חוזרת ביובל ליורשים. דנה הגמ׳ האם הבן יקבל פי שניים בקרקע שתחזור. (כלומר, האם זה ראוי או מוחזק.) אומרת הגמ׳: לרבי יוחנן – שק״פ כקה״ג זה ראוי אצל האבא והיורש לא יטול פי שניים. ואילו לר״ל: שק״פ לאו כקה״ג – אז השדה מוחזקת אצל האבא. ובנו כן יקבל פי שניים. והגמ׳ מביאה ברייתא להוכיח שההלכה כר״ל והבכור נוטל פי שניים.

וצ״ע: איך יעלה על הדעת שלפי ר״י זה יהיה ראוי. הרי ״מוחזק״ זה נכסים שזכה בהם בחייו. וראוי זה נכסים שלא זכה בהם אלא היה לו זכות לקבל אותם. ואילו כאן לאבא היה קנין הגוף בחייו! הרי השדה שלו בחייו, ולמה זה ראוי? אלא שזה כמ״ש לעיל, שלר״ל בעלי הגוף בעלים עיקרי ולר״י בעלי הפירות בעלים עיקרי. (אך ודאי שבעלות על הגוף היא בעלות האמורה.) אך רואים כאן בגמרא שלר״י זו ממש שדה שעוד לא זכה בה. זה ראוי! לר״י קנין הגוף זה לא רק כזכויות ביחס לפירות, אלא אפי׳ בהסתכלות עצמית על הגוף בהסתכלות רק על האבא. לא נגד מישהו. וזה רק זכויות גרידא.

ראינו שהראשונים הקשו בסוגיתינו למה לפי ר״י לא קנה לוקח. הר״י מיגאש (הובא ברשב״א) תירץ: אם מת אגלאי ששלו זבין ואם לא לא. או שזה שלו או לא? והרשב״א ביאר לא שזה לא שלו אלא חשבינן ליה כאינו שלו. רבנו יונה ביאר לא אלים קנינו למכור... ושאלנו מה

הפשט, זה שלו או לא!? מה כוונתו "חשבינן" ולא אלים? והראיה שבניו כן יורשים אפי' בחיי האב.

בחידושי הר"ן (דף קל"ו ע"ב) יש תוספת דברים וז"ל: "והיינו טעמא דזכותיה מיתלא תלי... פקע קנינו לגבי לוקח... ואע"ג דזכותיה מיקלש קליש יכול להורישו לבניו... ואע"ג שלא יכול למכור יכול להוריש." נראה כוונתו כמ"ש הנתיבות שהירושה שונה מקנינים – בקנין החפץ עובר מרשות לרשות, ואילו בירשוה בן קם תחת אביו. ואפשר להוריש – הבן נכנס לנעליים של האבא. והנפק"מ – אויר א"א להקנות, אך אפשר להוריש (וכמ"ש בנתיבות רע"ו ס"ק ד') וזה מה שהחידושי הר"ן אומר. שהזכות שלו קליש ואפשר להוריש וא"א למכור.

וממילא זו כוונת הרשב"א, לרבי יוחנן "בעל הגוף" האם זה ממש שלו? לא. זה זכויות וכראוי. וממילא: האם אפשר למכור את הזכויות האלו או לא? ע"ז אומר הר"ן שתלוי הוא, אם זה יתממש אז כן, אבל אם זה לא יתממש זה רק זכות וא"א למכור אותם.

ובמקרה שלבן יש גוף והפירות של האבא, אליבא דר"י הזכויות באויר, והבן שמוכר לאו דידיה זבין. כל המושג קנין הגוף בשבילו זה זכויות. ואם הוא מת ראשון זה כאויר – אי אפשר למוכרם! אע"פ שאפשר להורישם. ובזה תורצה הקושיא הראשונה ברישא של הסוגיא.

ומעתה לגבי המציעתא, הגמ' הביאה את הדין של אחריך, שרבי ורשב"ג נחלקו אם הראשון מכר את הנסכים לאחר. רבי אומר שהמכירה מועילה לימי חייו. ואח"כ מוציאים מהקונה ונותנים לשני. רשב"ג אומר שקנוי ללוקח לעולם.

אומרת הגמרא (קל"ז ע"א) מודה רשב"ג שאם הראשון נתן את הנכסים לאחר במתנת שכיב מרע אז מודה רשב"ג שהשני יקבל לאחר מיתת הראשון ולא האחר, כי מתנת שכ"מ חלה לאחר גמר מיתה. ומתנת אחריך חלה עם גמר מיתה. והשני זוכה עם גמר מיתה.

אומר הרשב"ם (שם) מה שמודה רשב"ג יכול להיות בשני אופנים: א) מתנת שכ"מ, כנ"ל, ב) מתנת בריא – גוף מהיום ופרות לאחר מיתה. ושתיהם שוות! והקשה הקצות החושן (סי' רמ"ח, ס"ט) אינן שוות

כי מתנת שכ״מ חל לאחר מיתה. אך, בגוף מהיום, הוא קדם לאחריך בהרבה זמן! זה כבר שלו. וכן שאל המהר״ח או״ז (סי׳ רל״א).

יש תרוץ באחרונים: יש מח׳ בין הבית מאיר ורעק״א (מהדו״ת סי׳ פ״ח) בגוף מהיום ופירות לאח״מ. הבית מאיר הבין כפשוטו דגוף מהיום ופירות הוא לא מקנה אלא רק לאחר מיתה. רעק״א חולק, וטענתו היא – הרי אין קנין לאחר מיתה? טענה נוספת כתב בהמשך, ואומר רעק״א הפשט, מקנה הכל מהיום אלא משייר את הפירות מחיים. וזהו כאילו הקנה הכל וחזר וקנה מהמקבל את הפירות. והקנין של הפירות חל עכשיו. והוסיף טענה (ע״פ היסודות הנ״ל): אם מקנה גוף מהיום ממילא קנה השני את הפירות. ועפמשנ״ת שבעלות עיקרית כוללת ממילא את הזכויות להקנות עיקרית ולהשאיר זכויות צריך שיור חיובי (ולא העדר). ולכן לפי ר״ל – שהקנין הגוף זה העיקרי אם מקנה את זה לאחר חייב לעשות שיור חיובי. ואם לא עשה כן הפירות כלולות בתוכו.

בספר ראשי שערים (ב״ב ס׳ לט) כתב לתרץ את הרשב״ם לפי הבית מאיר, שאז כפשוטו, פירות יקנה רק לאחר מיתה. (הבית מאיר ענה לרעק״א שכיון שמקנה גוף מחיים – אין את החסרון של קנין לאחר מיתה.) וזהו מש״כ הרשב״א – כיון שהקנה פרות לאחר מיתה אז בקנין פירות כן קדם האחריך. ונמצא שהראשון לא קיבל מעולם את הפירות. וכבר יסד הנתיבות (לעיל) שאם אדם מקבל גוף ולעולם לא פירות זה כלום וכאילו מתבטל המכר (כי אין בעלות בלי שליטה), וממילא מתורץ הרשב״ם.

אך הטענה השנייה של רעק״א עדיין קשה שא״א לבא בדרך של העדר, כי זה נתן הכל, (כי ההלכה כר״ל) אך נראה שלפמש״כ הרשב״ם כאן מתורץ, כי המאן דאמר בגמרא זה רבי יוחנן, ואז מודה רשב״ג כנ״ל ואפ״ל שגוף מהיום ופרות לאחר מיתה, כי לפי רבי יוחנן לשיטתו בעלות על הגוף מהיום זה רק זכות ולא בעלות עיקרית. וא״כ המקבל לא קיבל בעלות אלא זכות ברגע שלאחר מיתה. והאחריך אומר דמה שנשתייר מהראשון עובר לשני. ובגמר מיתה זוכה האחריך ובטלו הזכויות של המקבל. וממילא: המהר״ח או״ז דיבר להלכה ולכן שאל, אך י״ל שהרשב״ם דיבר פירוש בגמ׳ וכר״י ושפיר וזה כמו הדין הראשון בגמרא. ומתורץ גם זה.

ונראה לומר לגבי הצריכותא שאמרה הגמרא במציעתא: הגמ׳ ב״ק צ׳ מביאה מח׳ תנאים על שן ועין לגבי נכסי מלוג – הגוף לאשה והפירות לבעל, ויש עבד כנעני שהגוף לאשה והפירות לבעל. והאשה הפילה את שינו, האם הוא יוצא לחירות או לא. אומרת הגמרא שזה תלוי אם ק״פ כקה״ג או לא. לר״ל כן, ולר״י לא. ובאופן אחר אומרת הגמרא שם: כו״ע כר״ל, אך בגלל תקנת אושא שתקנו דהאשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה בחיי בעלה הבעל מוציא מהלקוחות, כי הבעל יורש את אשתו. לכן אע״ג דבעלמא לאו כקה״ג, אך כעת ק״פ של הבעל אלים, ואין לה דין של שן ועין. רואים כאן שיש ב׳ מושגים של ק״פ – אלים, לא אלים, ובבעל שיש תקנת אושא, זה ק״פ אלים. אך צריך עוד להבין.

ונראה שסברת ר״י שבעלות זה השתמשות העיקרית. צריך ביאור מה יענה ר״ל. אלא הוא יכול לממש את השליטה על הזמן העתידי. הוא יכול למכור את זה. לכן אומרת הגמ׳ בציור של האשה שתיקנו באושא שהיא לא יכולה לממש אז מודה ריש לקיש שקנין הגוף הוא רק זכויות ואז הבעלים העיקרי זה הבעל ולאשה אין דין שן ועין.

וע״כ אומרת הגמ׳: אולי נחלקו ר״י ור״ל רק במוכר שדה לפירות, והייתי אומר שזה לא מח׳ עקרונית אלא תלוי בדעת האדם. (לר״י זה תמיד אותו דין – לאבא יש פירות ולבן יש גוף. כמו תקנת אושא זה אותו דבר וכל מקרה לגופו – אם יש אפשרות מכירה אז קה״ג עיקרי ואם אין אפשרות מכירה אז ק״פ עיקרי. קמ״ל שלא. המחלוקת עקרונית ולר״י קה״ג היינו זכויות תמיד וא״א למכור, ואילו לר״ל קה״ג היינו עיקרית ואפשר למכור. והנפק״מ לגבי מכירה של בעל קה״ג.

נראה להוסיף: שיטת הרא״ה (הובא בריטב״א ובחידושי הר״ן בגיטין פ״ד) – המגרש אשתו ליום אחד – מגורשת לעולם כיון דפסקה פסקה. אמר הרא״ה דאין גוף לזמן. והוא הדין שמי שמכר שדהו לחברו גוף ופירות ליום אחד – מכור לעולם, דכיון דפסקה פסקה. הסביר האבני מילואים (כ״ח, נ״ג) כוונת הרא״ה – כמו גיטין מח., אפשר להקנות לזמן רק קנין פירות, שימושים (לא שליטה על הזמן העולמי). אבל אם נתן לו גם קנין הגוף כיון דפסקה פסקה. אין גוף לזמן. צווח האבנ״מ (שם) שזה תמוה שהרי הלכה כרשב״ג, שבציור של אחריך, לראשון יש גוף. ואם מכרו הראשון מכור. רשב״ג סובר שיש לראשון קנין הגוף. וזה לזמן. יש

לו אפשרות להשתלט על הזמן העולמי. יאכל או ימכור. אז רואים שיש פירות לזמן ויש גוף לזמן. אז איך אומר הרא״ה שאם פסקה פסקה?

ויש לחזק את התמיהה, דבסוגיא בנדרים כח: - כ״ט. כתב הר״ן (סוף ד״ה וכתב הרשב״א) בהקדש לזמן אי אפשר, בר פדא ס״ל דקדושה לא פקעה בכדי. זה לעולם. ואומר הר״ן שזה דווקא בהקדש אך בדיני ממונות זכייה פקעה בכדי, כדאמרינן באחריך (ולא הביא ראייה מקנין לזמן) ב״ב קלז., כי סתם קנין לזמן מקנה רק קנין פירות. והר״ן הוכיח מאחריך לרשב״ג דאין לשני אלא מה ששייר ראשון, כי לראשון יש גם קה״ג! ובכ״ז אם הראשון לא השתמש בזה – זה עובר לשני אוטומתי. וזה לזמן! אז איך הר״ן מסכים עם הרא״ה שכיון שפסקה פסקה בגוף לזמן? נראה ליישב את שיטת הרא״ה: ראינו שהגרשש״ק הבחין בין בעלים עיקרי לבעלים על זכויות. ועוד יסוד הוא דבעלות עיקרית ממילא נותנת בעלות זכויות. וההוכחה ממשכיר לגר. ועוד ראינו שאדם הבא להקנות בעלות עיקרית ולהשאיר זכויות לעצמו א״א בהעדר אלא רק בשיור חיובי. עוד ראינו שזה גוף מח׳ ר״י ור״ל וממילא מכיון שהלכה כר״ל שמקנה גוף ומשאיר פירות צריך שיור חיובי.

א״כ י״ל שאין כוונת הרא״ה לומר שאין גוף לזמן, אלא רק התכוון שכשאדם מוכר לזמן זה רק לפירות – שימושים לשנה אחת. ולא שמכר את הגוף, וזה העדר. אך כשבא להקנות גוף לזמן יוכל להשתלט על הזמן העולמי. וזה הקנאה מלאה לקונה, ומשייר חיובי את הזמן שאחרי זה לאדם אחר. וזה דין אחריך הרגיל – או אחריך לעצמו. ולכן אמר הרא״ה שאם לא עשה שיור חיובי אלא הקנה הכל גוף ופירות ליום אחד אז כיון דפסקה פסקה.

נראה להביא הוכחה לכך מהלכה וקושיא של רעק״א. בסוגיא נדרים מד. מבואר שאפשר להפקיר לזמן – ליום אחד. ואם אף אחד לא זכה בזה בתוך היום ההוא – זה חוזר להיות שלו. ומבואר שם בפי׳ הרא״ש שאם אדם כן זכה באמצע היום ההוא זכה לעולם. והבית יוסף (סי׳ רמ״ו) כיון לזה מדנפשיה, דאמר הטור ישראל שהשכיר בהמה לגוי, והגוי עובד בשבת, כיון שאדם מוזהר על שביתת בהמתו – יפקיר הישראל את הבהמה ליום אחד (הרי בשבת אסור לקנות אז מישהו לא ילך לקנות אותה וגם לא ידעו). אומר הבית יוסף – אם משהו יזכה בבהמה באמצע השבת יזכה בה

לעולם. שואל רעק״א בתשובה (מהדורה קמא קנ״ד) על הבית יוסף (ועל הרא״ש): ממ״נ, אם אפשר להפקיר לזמן – ליום אחד – אם משהו זכה, יזכה ליום אחד! לאותו הזמן. והראיה, שאם לא לקחו אותה זה חוזר אוטומתי לבעלים. ואם אין הפקר לזמן, אלא שזה יהיה הפקר לעולם, לא יחזור אח״כ לראשון! אז למה אם משהו זכה – זכה לעולם?

וזו ראיה למה שאמרנו ברא״ה: הרי ראינו שיש ב׳ אופנים של קנין לזמן. קנין פירות לזמן או קנין הגוף לזמן. וכשמקפיר לזמן מה הוא מפקיר? בהכרח מצד הדין שזה הפקר של קנין הגוף לזמן, כי לפי ר״ל שהלכה כמותו בעלות העיקרית זאת הבעלות על הגוף (וממילא יש לו את הפירות). אז אם מפקיר רק את הפירות אז לא הפקיר כלום, בעצם זה נשאר שלו. וכמו שאמר המחנ״א ממשכיר לגר, שאם יש לו את הגוף והפירות לא שייכות למעכב, אז ממילא זה שייך לבעל הגוף! וכן כאן – אם הגוף שלו והוא מפקיר את הפירות זה חוזר מיד אליו ממילא וזה אף פעם לא יצא ממנו. לא היה אף פעם הפקר. א״א להפקיר רק זכויות.

[ויש להוסיף: שהפקר זה לא סילוק אלא פעולה חיובית של הקנאה. וזה לא יוצא מרשותו עד שמישהו יזכה, כמו שמוכח בקצות החושן (רע״ג, א׳) שהוכיח כן מרש״י ונמו״י שהפקר הוי דעת אחרת מקנה! וכן בקצות (ת״ו, ב׳) שכמו שא״א להקדיש דבר שלו שאסור עליו בהנאה כך א״א להפקירו! ואם זה היה סילוק למה לא יועיל. וא״כ לרעק״א (מהדורה קמא רכ״א, ו׳) שזה כן הוצאה מרשות, אך זה בסתם. אך אצלנו שנשאר לו קנין הגוף בוודאי זה חוזר מיד אליו! כמו משכיר לגוי.]

ולכן הפקר לזמן בהכרח הוא הפקר הגוף לזמן. ושיור באופן חיובי את הזמן שאח״כ. וההפקר הוא כמו הראשון בדין של אחריך. ויש לראשון אפשרות להשתלט על הזמן העולמי – כרשב״ג שאם אכל או מכר – מכור! ולכן אם משהו זכה בחפץ בנתיים זכה לעולם. ומתורץ לרעק״א הממ״נ. התשובה: יש הפקר (גוף) לזמן. וממילא הרא״ש והבית יוסף הם הוכחה לרא״ה הנ״ל.

חלק ג׳

איתא בגמ׳ גיטין (מח.) ״אמר רב יוסף אי לאו דאמר רבי יוחנן ק״פ כקה״ג דמי לא מצא ידיו ורגליו בביהמ״ד״ כי לשיטתו האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זל״ז ביובל. אז אם ר״י היה סובר ק״פ לאו כקה״ג לא היה מביא ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע.

הלחם משנה בפי״ב מהל׳ זכייה הקשה על הרמב״ם שבפ״ה מהל׳ ביכורים ה״ו פסק כריש לקיש שק״פ לאו כקה״ג, דהיינו שהמוכר שדהו לפירות – הלוקח לא חייב בביכורים מהתורה ומביא ואינו קורא. בהל׳ שמיטה (י״א, כ׳) כתב שהאחים שחלקו לקוחות הם. אז קשה, איך יביאו ביכורים – רק חד בר חד עד יהושע בן נון? ענה ע״כ הקצות (רנ״ז, י״ב) על פי הרמב״ם בהל׳ מכירה (כ״ג, א׳) שהביא דין פירות (גוף לפירות), בהלכה ה׳ הדין של קנין לזמן, ובהלכה ו׳ ההבדל – הקונה לפירות לא בונה ולא הורס, אך הקונה לזמן קצוב – יכול לבנות ולהרוס. אומר הקצות שהרמב״ם לא מסכים שקנין לזמן זה קנין פירות. אלא הרמב״ם סובר שקנין לזמן זה קנין הגוף ואחים שחלקו לקוחות וזה קנין לזמן וזה קנין הגוף ולכן יביאו ביכורים. וא״ת הרי הגמ׳ אומרת שזה קנין פירות? י״ל הרי תוס׳ בגיטין (שם, ד״ה אי לאו) שאלו על שמואל ורבא שלא מצאו יו״ר ותוס׳ נדחקו שהם סוברים שהאחים לקוחות אך זה לא חוזר ביובל. זה לא עוזר לרמב״ם כי פסק שזה כן חוזר ביובל. ע״כ צ״ל שרק רב יוסף סובר שקנין לזמן זה קנין פירות, ושמואל ורבא והרמב״ם חולקים וס״ל שזה קה״ג. ע״כ הקצות.

והקשה הדברי חיים (אוירבך) שזה סותר דברי הרמב״ם, דבפ״ד מהל׳ ביכורים ה״ו כתב שהמוכר שדה לפירותיו הלוקח מביא ואינו קורא ובהלכה ז׳ אומר גם כן שהמוכר שדה לזמן מביא ואינו קורא שק״פ לאו כקה״ג. אז רואים בעליל שהשווה קנין פירות לקנין לזמן, ולא חייב בביכורים. ושוב לא מצא ידיו ורגליו. וזה סתירה לקצות! וגם תמיהה ברמב״ם הל׳ מכירה (כ״ג, ו׳) שהקונה לזמן בונה והורס, אז למה לא קורא בביכורים?

נראה לומר שזה לא הפשט ברמב״ם. הקצות הבין שהקונה לזמן בונה והורס כפשוטו. ולפמש״ב בראה״ה זה לא ייתכן כי אם היה הפשט

כהקצות שהקונה לזמן הכוונה גוף לזמן היה צריך להיות כיון דפסקה פסקה. והיה צריך להיות שלו. [וזאת כי כאן לא עשה שיור חיובי משמע שזה קנין לזמן סתמי.] והרמב"ם אומר שזה רק בזמן שנתנו לו, ואח"כ זה שייך לבעלים.

ע"כ הפשט אחר: הרמב"ם אמר שמותר לבנות ולהרוס. שואל המשנה למלך בפרק י"א מהל' שמיטה הל' כ': זה נגד גמ' ירושלמי מפורשת האומרת שהקונה לזמן אסור לו לבנות ולהרוס. ולכן בהכרח שהפשט ברמב"ם זה כמו שאמר המרכבת המשנה בהל' מכירה (פכ"ג), שכוונת הרמב"ם לא שאפשר לו לבנות ולהרוס בדרך השחתה,אלא רק בדרך שימוש, שחופר בארות מים או לעשבים לתקנם, אך בוודאי להרוס סתם אסור! ולכן זה לא סותר לירושלמי. ומתורץ המשל"מ. ואם כן יוצא דבר עקרוני: אין זה קנין הגוף לזמן כי אז זה היה פסקה פסקה! אלא כאן זה קנין פירות לזמן! כמו בכל הש"ס. והרמב"ם אמר אומדנא בדעת בקיני בני אדם. הרי ק"פ הכוונה זכויות שימושים. וכשהם מוכרים לפירות הכוונה לזרוע ולהצמיח פירות. וכשהוא מוכר לזמן זה לכל השימושים שאפשר לעשות באותו הזמן. וזה לא גוף לזמן – כי הלכה כרשב"ג שאכלו אכול באחריך.

וההוכחה לזה – כי לפי הקצות כל קונה לזמן יוכל למכור לאחר לעולם. כמו רשב"ג באחריך. וכן הבין המחנ"א בהל' מתנה (סי' י"ח) – כמו הקצות ברמב"ם. ולכן אמר שם שבאמת אם ימכור הקונה הזה למשהו אחר לעולם המכר חל. וזה פלא האם כל אדם שקונה שדה לעשר שנים יוכל למוכרה לאחר לעולם ?

וכן מפורש ברמ"א כי השו"ע בחו"מ (רי"ב, ד') מעתיק את הרמב"ם בהל' מכירה במקרה של אחריך מילה במילה והרמ"א לא מעיר כלום, ואילו בסימן רמ"ח סעיף ג', ו', ז', מפורש ברמ"א שמי שקונה לזמן ומכר זה מכור רק עד סוף הזמן. ולא לעולם! ואין דבר כזה אלא רק באחריך שיש גוף לזמן ויש שיור חיובי. (והמחנ"א צריך ביאור) וברור שזה קנין פירות לזמן. ומה שהרמב"ם אמר: פירות וזמן שונים בשימושים אם זה רק פירותיו גם השתמשות של בנייה והריסה דרך שימוש מותר.

ועפי״ז יורדת קושיא אחרת ששאל הקצות על השו״ע: הקצות שואל לשיטתו (רנ״ז, ט׳) הבין ברמב״ם שכל קנין לזמן זה קנין הגוף. אז עפי״ז שאל הקצות (שמ״ו, ה׳) הרי בשו״ע סי׳ רי״ב העתיק את הרמב״ם, ואילו בסימן שמ״ו שכל קונה לזמן הוא ,שומר חינם שחייב בפשיעה (יש מח׳ תוס׳ ורמב״ן שואל או שו״ח או שו״ש) פסק כתוס׳ ושאל הקצות: בסי׳ רי״ב פסק השו״ע כרמב״ם שמותר להרוס ״ולהזיק״ לקונה לזמן, ואילו אם משהו אחר יזיק והוא פשע בשמירתו אז הוא חייב! אם יהורג בידיים פטור, ובפשיעה חייב? זה לא ייתכן!? ונשאר בצ״ע. הקצות שאל לשיטתו. אך ברור שמכאן מוכח שזה לא הפשט ברמב״ם ולא בשו״ע! ברור שקנין לזמן זה קנין פירות לזמן (אא״כ עשה שיור חיובי כמו באחריך). הרמב״ם אמר שמותר לקונה לזמן לבנות ולהרוס דרך שימוש, אך ברור שאסור לו להזיק סתם, ואדרבה הוא חייב בפשיעה!

ובאמת שיש ברמב״ם כמה דיוקים, ועמד בהם החזו״א בליקוטים (חו״מ סי״ג ס״ק ט״ו) הרמב״ם כותב ״המוכר גוף הקרקע לזמן ה״ז מכורה ומשתמש הלוקח,״ משמע שזה רק קנין של שימושים. ואח״כ כותב: ״ה״ז בונה והורס בכל זמנו הקצוב,״ משמע שלא מדובר על השחתה עולמית, אלא שזה מוגבל להשתמשותו. ועוד דיוק נפלא: הרמב״ם בפכ״ג מהל׳ מכירה הל׳ א׳-ד׳ מביא קנין פירות. ובהלכה ה׳ – קנין לזמן. כשמסתכלים יש הבדל ביניהם בלשון: בקנין פירות כותב כגון שמכר או קנה לעשר שנים או לכל ימי חייו של לוקח. מה הרמב״ם מתכוון לאפוקי? לאפוקי עד עולם! וזו הוכחה לנתיבות בסי׳ רמ״ח ורנ״ח. הרמב״ם מדגיש שקנין פירות חייב להיות לזמן קצוב – כי אם יקנה פירות לעולם למישהו אז אין שום משמעות לקנין הגוף שנשאר אצל הבעלים – זה לא כלום.

ואילו בהלכה ה׳, בקנין לזמן, הוא כותב ״המוכר לזמן קצוב!״ ולמה כאן לא הוסיף או ״לכל ימי חייו של לוקח?״ התשובה – כי אם יקנה לכל ימי חייו זה יהיה אחריך – כי זה יהיה אומדנא בדעתו שאם מקנה כל ימי חייו – זה גוף לזמן. ולא רק שימושים. ויהיה הדין – אכלו אכול ומכרו מכור.

ואם תשאל הרי בגמ׳ כתוב בדין של אחריך זה רק שמשייר לאדם זר, אך כשמשייר לעצמו אומרת הגמ׳ (קל״ז ע״ב) עצמו שאני – שאם הוא האחריך אז הוא לא מקנה את הגוף. [כך פירשו ברב ביבי בר אביי, שאשה

הקנתה לו דקל לכל ימי חייו. ורצה להקנות לבנו הקטן ואמר לו עצמו שאני.] אלא הרמב"ם לשיטתו. כפי שכבר עמד המ"מ בזה בהל' זכייה (י"ב, י') ודייק שהרמב"ם חולק על הרשב"ם והראשונים ועצמו לא שונה. ואם אמר אחריך לי – גם כן נתן את הגוף לזמן. והרמב"ם פירש את הגמרא שם באופן אחר: שמה כשהגמ' אמרה עצמו שאני, הכוונה שאם הראשון שקיבל את השדה מכר לאחר אז השתלט על הזמן העולמי, אך אם מכר או נתן למי שראוי ליורשו זה לא נקרא שהוא השתלט על הזמן העולמי. כך פי' הגמ' ולא כרשב"ם.

ובוודאי כמ"ש לעיל ברמב"ם, שקנין לזמן זה קנין פירות, ומתאים לשיטתו בביכורים שאומר שהקונה לזמן מביא ואינו קורא כי יש לו ק"פ וק"פ לאו כקה"ג.

ויש בזה נפק"מ למעשה: שהרי רבי יצחק אלחנן ספקטור מקוונא רצה להתיר את המכירה בשמיטה, כמו השמן המור שרצה לסמוך על המחנ"א והקצות ברמב"ם, וזה מבוסס על הבית יוסף שיש קנין לגוי להפקיע ממצוות הארץ. הרי רוצים למכור לגוי, אך הבינו שזה רק אם יש לגוי קנין הגוף. כי מפורש בגמ' גיטין מ"ח שאם לגוי יש קנין פירות זה לא מספיק להפקיע ממצוות. אבל אם לגוי יש קנין הגוף זה איסור תורה של לא תחנם. אז אמר השמן המור – נעשה קנין לזמן. ואז זה לא אסור משום לא תחנם. אבל קנין לזמן זה קנין פירות? אז הוא סמך על הרמב"ם בהל' מכירה פ' כ"ג – שקנין לזמן זה קנין הגוף, ומפקיע קדושה. ולפמש"כ הכל בטל. כי קנין לזמן זה פירות לזמן. וכ"כ גם החזו"א שביעית (סי' כ"א).

הדרך היחידה היא לעשות אחריך, עם שיור חיובי ואז זה גוף לזמן. אבל זה בעייתי מצד לא תחנם כי אז הגוי ימכור לגוי אחר וישתלט על הזמן העולמי. אז אין מה לעשות. [הקצות למד ברא"ה שאמר שאין גוף לזמן. והביאור הוא יש גוף לזמן אם נותנים לו את הזכות בתוך הזמן להשתלט על הזמן העולמי.]

עכ"פ חוזרת עכשיו הקושיא של הלח"מ על הרמב"ם, שלא מצאנו ידיו ורגליו. בפ"ד מהל' ביכורים פסק דק"פ לאו כקה"ג ולכן מביא ואינו קורא. ובפי"א מהל' שמיטה כתב דאחים שחלקו לקוחות, ולא מצאנו ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון.

יש לחקור חקירה יסודית בכל מכירה בזמן היובל. האם זה קנין לזמן עד נ׳ שנה או שזה קנין לעולם והיובל הוא אפקעתא דמלכא שביובל חוזרת השדה. הגר״ח בהל׳ תרומות (א׳, י׳) נקט כדבר פשוט שהמכר לעולם והיובל זה אפקעתא. (בגמ׳ ב״מ קט. מופיע המליצה שיובל הוא אפקעתא דמלכא.) ולכן: הרי בטלו היובלות כשגלו שנים וחצי השבטים ולא היה כל יושביה עליה. אומר ר׳ חיים – מה יהיה הדין במי שקנה שדה קצת לפני שבטלו היובלות ואח״כ בטלו היובלות. אז אם זה מכר לעולם – זה קנוי לעולם, כיון שהאפקעתא לא הגיעה.

באמת זה רמב״ן מפורש בגיטין דף ל״ו לגבי עבד נרצע שהיה בזמן היובל ובטל היובל – נשאר עבד לעולם! הגרשש״ק במערכת הקנינים נקט שיובל זה מכר לזמן, והראיה היא שקנין לזמן זה קנין פירות אז גם בש״ס קנין בזמן היובל זה קנין פירות לזמן. לפי זה, א) קנין בזמן היובל זה קנין לזמן, ב) קנין לזמן זה קנין פירות. לכן אחים שחלקו בזמן היובל לא מביאים ביכורים. ואם זה היה קנין עולמי זה היה שלו וכן היו קוראים ביכורים.

ומה יענה הגר״ח? נראה שיש כאן פשרה. בגמרא עצמה (גיטין דף מח.) בא רב חסדא ואמר שמח׳ ר״י ור״ל ביובל שני, אבל ביובל ראשון לכ״ע מביא וקורא דאכתי לא סמכה דעתו. דהיינו, אפי׳ לר״ל ביובל ראשון מביא וקורא. רש״י מפרש דיובל ראשון שנכנס לארץ ויובל שני מהשני ולעולם. אז ביובל ראשון לא סמכה דעתו. אך ביובל שני כבר הורגלו, ויודע שיחזירו לו ביובל את הקרקע. לכאורה קשה, מה זה משנה? צ״ל בפשטות: בשורש הדברים הגר״ח צודק – המכירה לעולם והיובל הוא אפקעתא. אבל אחרי שאנשים כבר יודעים שיבא יובל ויחזירו להם את הקרקע אז מלכתחלה הם מוכרים רק לזמן (לא שזה דין התורה) וזה קנין פירות. לכן, למעשה באופן פרקטי, צודק הגרשש״ק שזה קנין לזמן.

ובאמת שיש מח׳ רש״י והרמב״ם מה זה יובל ראשון ושני. רש״י (שם ד״ה ביובל שני) מפרש כמו שאמרנו לעיל, אך הרמב״ם בלה׳ שמיטה (י״א, כ׳) כתב דיובל שני היינו אצל כל אדם ואדם פרטי אם מכר לאדם והחזירו לו זה ראשון. אם מכר עוד פעם אז זה יובל שני.

ואם כן היה מקום לברר כך: בשורש הדברים עמד הגרשש"ק בשם גיסו (במערכת הקנינים) דהרמב"ם פוסק בהל' שמיטה (י"א, כ') דהאחים שחלקו כלקוחות ומחזירים זל"ז ביובל, ולא תבטל חלוקתם מכמו שהיתה. יש מח' באחרונים מה הפשט: הפני יהושע בגיטין דף מח. והמרכבת המשנה (שם) פירשו שכוונת הרמב"ם היא לרש"י בגיטין כה. (ד"ה לקוחות הן) שאחים שחלקו החזרה ביובל רק סימלית – לרגע אחד, ואח"כ מחזירים מייד זל"ז כמו לפני כן. אבל הגר"ח בספר בהלכות שכנים (ב', י"א) והמלבושי יו"ט דיני ברירה (סי' י"ז) כתבו שצורת החלוקה – כמו צפון ודרום – לא מתבטלת. אך בוודאי שמחליפים צדדים. (סתימת הרמב"ם משמע כגר"ח.)

אך אם נקבל כהפנ"י והמרכבת המשנה יש מקום לתרץ כך: שיובל ראשון ויובל שני זה טקס סמלי, ואמרנו שראשון ושני זה תלוי בבן אדם שהתרגל לכך. אז באחים שחלקו הם סוג לקוחות שהתרגלו (לעשות פעם בנ' שנה מצוה סימלית לשנייה) שזה של כל אחד ללעולם! ואצלם זה כמו יובל ראשון. וממילא אצלם זה כמו יובל ראשון תמיד. וממילא זה כמו הגר"ח, שמכורה לעולם והיובל הוא אפקעתא דמלכא. וא"כ שפיר מצא הרמב"ם ידיו ורגליו בביהמ"ד: נכון שפוסק כר"ל שק"פ לאו כקה"ג ונכון שפוסק האחים שחלקו לקוחות הם – קנין לזמן זה קנין פירות, אבל אחים שחלקו זה לא קנין לזמן אלא זה קנין לעולם. (אלא שיש ביובל שני דעת בני אדם, וכאן אין את זה כי זה יחזור אליו.) ואז גם לר"ל זה קנין הגוף ומביא וקורא.

וא"כ קשה: מדוע רב יוסף בגמ' גיטין לא חשב כך? כנראה שרב יוסף חלק על רב חסדא ואמר שאין הבדל בין יובל ראשון ליובל שני, כי רב יוסף למד שמעיקר דין התורה מכירה בזמן שהיובל נוהג הוא רק לזמן וממילא לזמן זה פירות (ולא כהגר"ח שזה לעולם עם אפקעתא).

וא"ת מניין לרמב"ם שיש בזה מח' רב יוסף ורב חסדא? וי"ל שהתוס' שאלו גם על רבא ושמואל והתירוצים של תוס' לא ייתכנו בדעת הרמב"ם. וממילא בוודאי שרבא ושמואל חולקים על ה"לא מצא ידיו ורגליו." כך היה אפשר לומר. אך נראה לומר תירוץ יותר טוב ברמב"ם בהבנה שונה באחים שחלקו לקוחות הם וצריך לזה שיעור גדול.

הראשונים הבינו שכשאין ברירה ירושה זה הקנאה רגילה שמקנה לו חלקו בצפון וכנגד זה השני מקנה לו חלקו בדברים. אך ברמב״ם יש להראות שלא כך: הרמב״ם לומד שהאחים שחלקו יש להם דין של לקוחות לעניין חזרת יובל אך אין הכוונה שבכל חלוקה יש הקנאה שהוא מקנה לו בדרום והוא מקנה לו בצפון, אלא כל אחד בורר את חלקו וזוכה מצד השותפות או תפוסת הבית בחלקו. ולכן אפשר לחלוק שותפות או ירושה לא רק שלא מדעת השני אלא אפילו בעל כורחו! אפי׳ אם היורש השני צועק שאינו רוצה לחלוק, צריך ב״ד שישומו שזה הגון. והשני ממילא יהיה הבעלים על השאר! לרמב״ם, אין כאן הקנאה אלא החלוקה זה רק בחירת החלקים. יש לזה הוכחות. וממילא לא צריך לפשט של הפנ״י והמרכבת המשנה. ואפשר לומר שאחים שחקלו לקוחות ומחזירים באמת לגמרי זל״ז ביובל. (ולפי״ז ירד המהלך הקודם, ולא צריך לזה.)

באמת לדעת הרמב״ם יובל זה אפקעתא – קנין עולמי שהיובל מפקיע. רק שהדעת בני אדם הופכת את זה לקנין עולם. אז מתי ייתכן שהדעת בני אדם הופכת את זה לקנין לזמן, מתי שצריך הקנאה של מקנה. אך אחים שחלקו לא צריך דעת בני אדם ולא הקנאה, אלא אפי׳ בע״כ. אז א״כ יובל זה אפקעתא. והקנין לתמיד – גוף ופירות. ולכן יביא ויקרא ביכורים! ומתורץ שפיר.

ונראה שהרמב״ם למד שזה מחלוקת הסוגיות אם הפשט שאחים שחלקו לקוחות ממש או רק דין לקוחות. ולמד שבזה גופא נחלקו רב חסדא ורב יוסף. רב יוסף שאמר לא מצא ידיו ורגליו למד שזה לקוחות כפשוטו ואז תלוי בדעת מקנה ואז זה קנין לזמן דהיינו פירות, וחזרה שאלתו בצדק. אך רב חסדא למד שזה רק דין לקוחות, והקנין לעולם ולא לזמן. ולכן יש לו גוף ופירות ולכן יביא ויקרא.

הרב דוד אליהו הלוי הלמן
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

בעניני קנין כספו וכח ירושה של עובר

שיטת הרמב"ם והסבר הגר"ח

תנן (יבמות סז ע"א) "בת ישראל שניסת לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של העובר שהעובר פוסל ואינו מאכיל דברי רבי יוסי." ואיתא שם בגמ' "אמר רב יהודה אמר שמואל זו דברי רבי יוסי אבל חכמים אומרים יש לו בנים אוכלים משום בנים אין לו בנים אוכלים משום אחים, אין לו אחים אוכלים משום משפחה כולה." ופירש רש"י שם דחכמים סוברים דאין זכייה לעובר, ולכן זוכים שאר היורשים בעבדים ומאכילים אתם בתרומה. אבל ר"י סובר דהעובר זוכה בחלקו וממילא פוסל העבדים מלאכול בתרומה או משום דילוד מאכיל שאינו ילוד אינו מאכיל או משום דעובר במעי זרה זר הוא, כדמסתפקת הגמ' שם.

הרמב"ם (תרומות ח:ד) פוסק וז"ל "בת ישראל שנשאת לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה בשביל העובר, שהילוד הוא שמאכיל שאינו ילוד אינו מאכיל, לפיכך אם היה העובר חלל אינו פוסל העבדים אלא אוכלים בגלל אחיו הכשרים עד שיולד זה החלל ויאסרו העבדים מלאכול." והראב"ד כבר השיג עליו וז"ל "מאי לפיכך, ואם אינו מאכיל אפ"ה פוסל, דקיי"ל עובר אית ליה זכייה ואפילו במתנת אביו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו וכ"ש בירושה הבאה מאליה הילכך העבדים אינם אוכלים מפני חלקו של חלל." דהיינו הראב"ד פסק דיש זכייה לעובר ע"י ירושה (כדעת אביי ב"ב קמב ע"א) ולכן אע"פ דהעובר אינו מאכיל מגזה"כ דילוד מאכיל אינו ילוד אינו מאכיל, העובר שהוא חלל פוסל ע"י זכייתו בעבדים. ובאמת דברי הרמב"ם קשים מניה וביה וכדהקשו הנו"כ. דמרישא משמע דרק משום גה"כ דאינו ילוד אינו מאכיל העובר פוסל העבדים, אבל בעצם יש כח לעובר להאכיל, וא"כ

משמע דיש זכייה לעובר. אבל מסיפא משמע דאין זכייה לעובר, דמשום הכי אפילו כשהעובר חלל העבדים אוכלים משום שאר היורשים. גם צ״ע מאי ה״לפיכך״ בדברי הרמב״ם, דלכאורה הוא להיפך דכיון דילוד אינו מאכיל הוא טעם לפסול ולא טעם להכשיר. וגם צ״ע מה החילוק בין רישא לסיפא, דברישא העבדים אינם אוכלים דאינו ילוד אינו מאכיל, ובסיפא העבדים אוכלים דעובר אינו פוסל.

וכבר ביאר הגר״ח כל זה, וזה תוכן דבריו שם. דאפילו למ״ד אין זכייה לעובר, ״עיקר דין זה הוא בדין זכית ממון דעובר לאו בר קנין וזכית ממון הוא, אבל בהלכות נחלות ודין ירושה ליכא שום דין דעובר לא יהא בר ירושה... וע״כ אכתי אין לו בנכסי הירושה עד שיולד, ודינו מתחלק, דשם יורש לא פקע מיניה, ולא בטל עיקר כח ירושתו שיש לו על הנכסים, וזכות ממון אין לו, כי אם שיורש את הנכסים שיהיו שלו לאחר שיולד.״ וע״פ יסוד זה, דאע״פ דאין זכייה לעובר, אבל יש לו כח ירושה, הגר״ח מסביר דהרישא איירי כשאין לעובר אחים, והסיפא מיירי כשיש לו אחים. לכן ברישא, אע״פ דאין זכייה לעובר, אבל העובר יורש הנכסים ודוחה היורשים הרחוקים, ולכן העבדים אינם אוכלים תרומה, דהעובר אינו מאכיל. ומסביר הגר״ח דאע״פ דאין לו זכייה, אבל כח ירושת העובר היה צריך להועיל לדין של קנין כספו להאכיל העבדים, אלא דיש גזה״כ של אינו ילוד אינו מאכיל. וממשיך הגר״ח דלפי הרמב״ם הדין של אינו ילוד אינו מאכיל אינו רק הפקעת כח להאכיל, אלא דהוא הפקעה מעצם דין של קנין כספו ואין בו שום חלות קנין כספו. ועפ״ז מבואר סיפא של דברי הרמב״ם, דאע״פ דיש לעובר כח ירושה על הנכסים, אבל שאר בנים ג״כ יורשים העבדים והם זוכים בדין זכייה עד שיולד העובר. ובעצם כיון דהעובר יורש העבדים היה פוסלם מלאכל בתרומה כיון דהוא חלל, אלא דכיון דיש גזה״כ דאינו ילוד אינו מאכיל דאין לעובר דין קנין כספו, לכן העובר החלל אינו פוסלם והעבדים אוכלים משום שאר הבנים. וזהו ״הלפיכך״ דכיון דאינו מאכיל דאין לעובר דין קנין כספו, לפיכך העובר חלל ג״כ אינו פוסל.

הגר״ח מחדש ומיסד כמה חידושים הכא. הנחת דבריו היא דיש לחלק בין זכייה בנכסים וחלות ירושה, ואפשר להיות חלות ירושה בלי שום זכייה.[1] בפרט קבע הגר״ח דיש כח ירושה לעובר אע״פ דאין לו זכייה. גם יוצא מדברי הגר״ח דיש שני דינים למה עבדים אינם אוכלים, וז״ל ״כיון דאין זכייה לעובר והעבדים הם לעת עתה של יתר הבנים שזוכין לע״ע בחלקו וכש״נ, א״כ הא נמצא דגם על חלקו של עובר אין כאן חסרון מאכיל כלל.״ דהיינו לפי רבי יוסי דיש זכייה לעובר, כיון דאינו ילוד אינו מאכיל, ממילא יש חסרון במאכיל של העבדים, דחלק של העבדים שייך לעובר והעובר אין לו כח להאכיל תרומה. אבל לחכמים אין חסרון של מאכיל כיון דאין לעובר זכות בעבדים, והם קנויים לגמרי לשאר האחין שמאיכילם. אלא דכשהעובר הוא חלל יש עוד דין, דכיון דיש דין יורש לעובר על העבדים ״יחול בהן עי״ז דין הפוסל בתרומה מחמת חלות הדין קנין כספו של זר.״ דקנין של זר אינו רק חסרון של מאכיל אלא הוא פוסל מלאכול תרומה.[2] אלא דלגבי הדין פוסל, חידש הגר״ח דמהני לחכמים גזה״כ של אינו ילוד אינו מאכיל דמפקיע לגמרי הקנין כספו של העובר וממילא מפקיע גם כחו לפסול.

גם כתב הגר״ח, וז״ל ״עצם חלות שם של קנין כספו הוא דין מסוים בתרומה.״ ונראה בכוונת דבריו, דגדר דין מאכיל של קנין כספו אינו דמי שיש לו הקנין עבדות על העבד מאכילו תרומה, אלא דקנין כספו הוא חלות קנין לעצמו לענין האכלת תרומה חוץ מהקנין עבדות שיש לכל אדון. ונראה דהוסיף הגר״ח נקודה זו, דאם הדין קנין כספו היה נובע ממילא מהקנין עבדות בעבד, לא היה טעם לומר דדין איא״מ מפקיע הכח להאכיל וגם הכח לפסול, דהם ב׳ דינים נפרדים שנובעים מהקנין. אבל עכשיו י״ל דדין איא״מ מפקיע לא רק את הכח להאכיל אלא את עצם החלות קנין כספו, דהוא חלות קנין בפני עצמו חוץ מהקנין עבדות שבו, וממילא העובר ג״כ אינו פוסל וכמו שכתב הגר״ח.

---

[1] הארכנו בזה לעיל במאמרינו בענין גדר תפוסת הבית.

[2] עי׳ או״ש (נחלות א:יג) דג״כ חידש דזרות הוי פוסל, אלא דהוא סבר דאין עוד דין של חוסר מאכיל. וכן הבין האבי עזרי בדעת הגר״ח ולכן נתקשה לו, אבל באמת מבורר דיש ב׳ דינים.

גדר עובר במעי זרה זר הוא

הגרש"ר (זכרון שמואל סי' לז) מקשה על הגר"ח, דהגמ' (ב"ב קמא ע"ב) מביאה שיטת ר"י דעובר פוסל כמקור לשיטה שיש זכייה לעובר. אבל קשה דהגמ' (יבמות שם) מעלה הבנה וגם מביאה ראיה דשיטת ר"י מיוסד על הדין דעובר במעי זרה זר הוא, ולפי הגר"ח דגם אם אין זכייה לעובר, יש דין יורש לעובר וגם דין יורש של זר פוסל. א"כ צ"ע איך הוכיחה הגמ' מר"י דיש זכייה לעובר, די"ל דיש רק דין יורש לעובר, אבל יש לעובר דין זר במעי אמו, ולכן פוסל מלאכול בתרומה. והגרש"ר הניח הדבר בצ"ע. אבל עי' בחי' הגר"ח עה"ש (הנמ"ח בדין אשת כהן מעוברת באוהל המת), דמביא דברי הגרי"ז דהקשה על הרוקח (המובא בש"ך יו"ד שעג:א) דכתב דאשת כהן שמעוברת מותרת ליכנס לבית הקברות מטעם ס"ס, ספק נפל ספק חי, ואפילו אם הוא חי ספק זכר ספק נקבה. והקשה הגרי"ז דמה הצורך לס"ס, הלא יש להתיר דעובר במעי זרה זר הוא, ותירץ דעובר במעי זרה זר הוא הוי דין רק לענין תרומה אבל לא לכל דינים.[3] ונ"ל לומר דגם לענין תרומה, הוא אינו דין דנעשה זר ממש, והוא זר גמור לתרומה ולא לאיסור להתטמאות, אלא דכוונת הגרי"ז היא דדין עבזז"ה הוי רק הפקעת כח להאכיל תרומה. ויש להביא סעד לזה מרשב"ם דכתב (ב"ב קמא ע"ב ד"ה דתנן) וז"ל "דעובר במעי זרה זר הוא ולא קרינא ביה ויליד ביתו הם יאכלו בלחמו דאינו ילידו של כהן ליקרות כהן עד שיצא לאויר העולם." דהיינו גם הדין של עבזז"ה נלמד מקרא דילוד מאכיל שאינו ילוד אינו מאכיל, וא"כ פשטות הדברים נראה דהוא רק דין של הפקעת מאכיל, ולא חלות זרות ממש לפסול.

וא"כ מיושב קושיית הגרש"ר. דאפילו למ"ד דעבזז"ה, אין לעובר דין זר לפסול העבדים מלאכול תרומה, אלא דיש דין של חוסר מאכיל. וא"כ אם אין זכייה לעובר אין חסרון אם העובר אינו מאכיל, דכיון דשאר היורשים זכו בעבדים לע"ע הם מאכילים אותם וכש"כ הגר"ח. ולכן הוכיחה הגמ' דשיטת ר"י היא דיש זכייה לעובר, ורק משום זה אם עובר

---

[3] ודלא כשב שמעתתא (ו:טז) דהבין דהוא זר לכל דינים.

אינו מאכיל, או מדין איא״מ או מדין עבזז״ה, יש חסרון במאכיל של העבדים ואינם אוכלים תרומה.

דעת רשב״ם ויד רמ״ה והחולקים על יסוד הגר״ח

נראה דיסוד הגר״ח, דאפילו אם אין זכייה לעובר יש חלות ירושה לעובר, שנוי במחלוקת. הגמ׳ (קמב ע״א) מביאה ראיה דיש זכייה לעובר מברייתא דתניא ״גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו ושמעו שיש לו בן או שהיתה אשתו מעוברת חייבין להחזיר. החזירו הכל ואחר כך שמעו שמת בנו או שהפילה אשתו החזיק בשניה קנה ובראשונה לא קנה.״ ומקשה הגמ׳ וז״ל ״ואי סלקא דעתך עובר לא קני למה להו אחזוקי בשניה הא אחזיקו להו חדא זימנא.״ ומפשטות הגמ׳ משמע דהראיה רק מסיפא של הברייתא, אבל מרישא דברייתא, דצריך להחזיר לעובר, אין ראיה, דאפילו המ״ד דעובר לא קני מודה בו, וכן הוא מפורש בעליות דרבינו יונה (ד״ה רבא אמר א׳). וכבר הקשה הגרא״ו (קו״ש ב:טו) על זה דאם אין זכייה לעובר, למה צריך להחזיר לעובר, דכשיולד הוא כבר לאחר זמן ירושה, ומה זכות יש לו. הגרא״ו תירץ, דאם אדם קם לחיים לאחר מיתתו הוא סברא פשוטה דהוא יקח נכסיו מיורשיו או אחרים שלקחם אם הוא גר דהם נכסיו. ואם כן כיון דבן קם תחת אביו, כשהעובר נולד והוא קם תחתיו הרי הוא כאילו אביו קיים, והעובר שנולד זוכה בנכסיו. לפ״ז הגרא״ו מעיר דהדין דעובר זוכה בנכסיו, למ״ד אין זכייה לעובר, הוא רק בבן ולא בשאר יורשים, אבל חילוק זה לא שמענו. גם גוף סברת הגרא״ו דאם אדם קם ממיתה הוא זוכה שוב בנכסיו, אינו ברור לי.

אבל לפי היסוד של הגר״ח, דאפילו אם אין זכייה לעובר, יש כח ירושה לעובר, הכל אתי שפיר בפשיטות. דאפילו אם העובר לא זכה בחלקו, הוא כבר ירש חלקו, וכשנולד הוא זוכה בהם. ואין לטעון דאחרים כבר זכו בהם, דיש חלות ירושה לעובר מיד בשעת מיתה עם זכייה של שאר היורשים.

אבל באמת למרות פשטות הגמ׳, יש ראשונים שלמדו דקושיית הגמ׳ גם מרישא דברייתא. וזה מפורש במ״מ (זו״מ ב:יח), וכן יוצא מדברי רשב״ם (ד״ה חייבין) ורגמ״ה (ד״ה חייבין). ועי׳ שו״ת חלקת יואב (חו״מ

י״א) דהבין דלפי רשב״ם ודעימיה, דלפי המ״ד דאין זכייה לעובר, אין חיוב להחזיר לעובר אפילו כשיולד, וכן יוצא מלח״מ (שם). לפי החל״י ולח״מ, נראה דצ״ל דרשב״ם ומ״מ סוברים דאין כח ירושה לעובר, דאם יש חלות ירושה לעובר בשעת מיתה, קשה לומר דאחרים יכולים לזכות בנכסים ולמנוע העובר מלזכות בהם אפילו כשיולד. אבל אין צ״ל דרשב״ם חלק על כל היסוד של חלות ירושה מלבד החלות זכייה. דכבר העיר הגר״ח עצמו דאע״פ דיש דין יורש מעבר לזכיית ממון, אבל י״ל דא״א להפרידם, ויש דין יורש רק אם יש גם זכייה בנכסים. הגר״ח מוכיח בדעת הרמב״ם דאפשר להפרידם, ולהיות יורש בלי זכיית ממון, אבל י״ל דרשב״ם סבר דאין חלות ירושה בלי זכייה.

אבל באמת נ״ל דאין הכרח להבנה זו בדעת רשב״ם ומ״מ. ע׳ עדר״י (שם) דכתב דפירוש רישא דברייתא היא דחייבין להחזיר לעובר ״לאלתר״, דהיינו לשמר חלקו בעדו, ואסור להשתמש בו. וכ״כ תוס׳ הרא״ש (מובא בשמ״ק ד״ה אמר ר״ש) וז״ל ״חייבין להחזיר כלומר אינם רשאים לשלוח בהם יד דשל גזל הוא אלא יניחום עד שידעו האמת.״ לפ״ז י״ל דרשב״ם ומ״מ למדו דראיית הגמ׳ היא דלמ״ד אין זכייה לעובר אין חיוב להחזיר לעובר לאלתר, ולכן היה ראיה נגד שיטה זו דמשמע מרישא דברייתא דכן חייבין להחזור לאלתר. אבל ודאי דעכ״פ דצריך להחזיר לעובר כשיולד, ובאמת כן משמע בדברי רשב״ם עצמו (סוף ד״ה איכא דאמרי) וגם בסוף דברי המ״מ.

מ״מ אפילו אם יש שלחלוק על הבנת החל״י, נראה דכן היא האמת דרשב״ם סובר דאין חלות ירושה לעובר, וכן מורה פשטות דבריו בכל הסוגיא. דפירש הראייה מהברייתא וכתב (ד״ה חייבין) ״חייבין להחזיר כיון דאשתו מעוברת עובר יורש הוי אלמא המזכה לעובר קנה.״ וכתב (קמב ע״ב ד״ה מר) דרבא דדחה ראיית הברייתא, סובר ״דעובר אינו יורש.״ משמע דרק למ״ד יש זכייה לעובר, עובר הוי יורש, אבל למ״ד דאין זכייה לעובר, עובר אינו יורש. גם עי׳ ברשב״ם דפירש (קמא ע״ב ד״ה ומשני) ההוה אמינא בגמ׳ דיכול להנחיל לעובר ע״י מתנת רבי יוחנן בן ברוקא, אע״פ דצריך להיות ראוי ליורשו להיות שייך לדין של ריב״ב, משום דאפילו למ״ד אין זכייה לעובר, אעפ״כ ״ראוי ליורשו לכשיולד.״ דהיינו, העובר חשוב ראוי ליורשו דבעתיד הוא ראוי ליורשו לכשיולד.

אבל לגר״ח אין צורך לזה, אלא אפילו אם אין זכייה לעובר, הוא ראוי לירשו מיד, דיש חלות ירושה אפילו כשהוא עובר. מכל זה נראה דרשב״ם סבר דאין חלות ירושה לעובר ודלא כיסוד הגר״ח. [4]

ונראה דזה גם שיטת היד רמ״ה. הרמ״ה (אות כט) מקשה קושיית הגרא״ו, וכתב וז״ל ״וכי תימא כיון דעובר לית ליה זכייה עד שיולד א״כ בן שנולד לאחר מיתת אביו אמאי ירית ליה לאבוה כלל הא ליתיה בשעת מיתת אביו דליקנו.״ אבל לגר״ח אין מקום לקושיא זו, דהעובר באמת ירש חלקו בשעת מיתה וכנ״ל. ותירץ הרמ״ה וז״ל ״מדאצטריך רחמנא למעוטי גבי חלק בכורה בן שנולד לאחר מיתת אביו מכלל דלגבי חלק פשוט אע״ג דנולד לאחר מיתת אביו נמי שקיל. ועוד דגבי חלק פשוט איש כי ימות ובן אין לו אמר רחמנא מכל מקום בן קודם, אלמא גבי ירושה גרידתא לאו בדאיתיה בשעת מיתה תלא רחמנא, אלא כל היכא דאיתיה ליורש לאחר מיתת מורישו ירית ליה מורישו.״ דהיינו צריך ילפותא דעובר זוכה כשיולד, דאין לו שום זכייה או חלות ירושה עד שיולד. עוד כתב רמ״ה (אות לא) וז״ל ״גבי ירושה דאורייתא בן אין לו אמר רחמנא ולא עובר,״ דהיינו, לרמ״ה עובר מופקע לא רק מתורת זכייה, כדכתב גר״ח, אלא גם מתורת ירושה.

דעת רמב״ן ומקור ליסוד הגר״ח

מאידך גיסא, נראה דיש להוכיח יסודות הגר״ח מכמה ראשונים. תנן (נדה מג ע״ב) ״בן יום אחד מאכיל בתרומה ופוסל,״ ומשמע דעובר אינו פוסל. ופירש רב ששת בגמ׳ (שם) דהמשנה איירי בכהן שמת והיה לו ב׳ נשים, אחת כשרה והיו לו בנים ממנה, וגם אשה גרושה שהיתה אסורה לו דהיתה מעוברת כשמת. וכוונת המשנה היא דהעובר החלל אינו פוסל העבדים מלאכול עד שנולד, ועד הלידה שאר הבנים מאכילים את העבדים. ולכאורה זה כדעת חכמים דאין זכייה לעובר. והקשו הראשונים (ע׳ תוס׳ שם ובסוגיין) דלמה צריך לאוקמא בב׳ נשים, לימא דאשה אחת גרושה

[4] ועי׳ לקמן דלפ״ז מובן למה לרשב״ם הפירות קודם לידה הם לשאר האחין ולא לעובר, דאין לעובר כח ירושה קודם לידה למנוע אותם מהפירות.

מעוברת, ועד שיולד אוכלים העבדים משום שאר המשפחה כדאמר שמואל (יבמות שם). ותרצו תוס׳ (ד״ה אמר) דרב ששת סבר כרשב״י (יבמות שם) דיש זכייה לעובר, אלא דכשיש בן אין צריך לחשוש לעובר, דאין חוששין למיעוט, והרוב היא דהעובר הוי נקבה או נפל ואין זכייה להם במקום בן. אבל אם לא היו עוד בנים רק קרובים אחרים, היה לנו לחוש דהעובר אינו נפל, ואפילו אם היתה נקבה היתה דוחה שאר המשפחה וממילא היתה פוסלת את העבדים מלאכול תרומה.

אבל רמב״ן (ד״ה ת״ש) הביא עוד תירוץ, וז״ל ״ויש אומרים דגבי מי שיש לו אשה אחת גרושה לרבנן לא אכלי משום אחין כיון דלכשיולד עובר זה לא אכלי, וכי אמרי אוכל בשביל המשפחה ה״מ בבן כשרה דלכשיולד יאכיל, אבל בבן פסולה שאינו מאכיל לעולם פוסל הוא מעכשיו אם אין לו אחים, אבל עכשיו שיש לו אחים אינו פוסל משום דהוו להו זכרים מיעוטא.״ ויוצא, דלפי הרמב״ן, דאפילו לרבנן דאין זכייה לעובר ולכן בעובר כשר העבדים אוכלים משום שאר המשפחה, אעפ״כ עובר חלל פוסל העבדים. ולכאורה זה מוכרח כדעת הגר״ח דיש חלות ירושה לעובר לפסול מתרומה. אלא דהגר״ח למד בדעת רמב״ם דדין אינו ילוד אינו מאכיל מפקיע קנין כספו של העובר גם מלפסול, ורמב״ן למד דאינו ילוד אינו מאכיל רק מפקיע כחו להאכיל ולא לפסול.[5]

אבל באמת צ״ע, דאם ס״ל לרמב״ן כגר״ח דיש חלות ירושה לעובר על הנכסים, א״כ כשהעובר כשר ולא חלל, איך שאר המשפחה מאכילים את העבדים. הלא מסתבר מאוד דברי הגר״ח דבמקום בן ואפילו עובר אם יש לו כח ירושה, ממילא אין שום כח ירושה לשאר יורשים, וא״כ צ״ע איך מאכילים את העבדים. ונראה דיש להסביר דעת רמב״ן בב׳ אופנים. נביא לקמן, דיש מח׳ אם שאר יורשים אוכלים פירות של חלק העובר עד שיולד או אם הם שייכים לעובר. וי״ל דרמב״ן סבר דהם לשאר יורשים. א״כ י״ל דעובר יורש הנכסים לזכות בם כשיולד בעתיד, ושאר היורשים יורשים לזכות בהם עכשיו לזמן עד שיולד העובר, וחלות ירושה

---

[5] עי׳ שיעורי מקדש דוד על ב״ב בענין זכיית עובר בירושה דפירש הרמב״ן באו״א, אבל הוא נדחק שם ונראה כש״כ.

וזכייה זו של שאר יורשים מאכיל העבדים עד שנולד העובר. ובאמת , הגר״ח עצמו מביא אפשרות כזה, רק כתב דחלות ירושה לזמן אינו מאכיל, והרי על נקודה זו חולק רמב״ן.

הבנה ברמב״ן ע״פ שיטת הר״י מגא״ש

הר״י מגא״ש (קמב: ד״ה אמר) מקשה אמאי אמרינן דעובר אינו נוחל מאמו להנחיל לאחיו מן האב דעובר תמיד מת ראשון וממילא אינו יורש בקבר להנחיל לאחיו, הלא קיי״ל דאין זכייה לעובר ואין לו כח לירש אפילו אם לא מת ראשון. ותירץ וז״ל ״עובר לא קני עד שיולד הני מילי בעובר חי דאתי לכלל לידה... אבל לעולם עובר שמת במעי אמו מכיון דמית ונתברר שאינו עומד להולד ולצאת לאויר העולם, איגלאי מילתא למפרע דמשעה שנוצר ונכנסה בו נשמה נעשה אדם וקנה חלקו בירושה שהרי אינו עומד ללידה שיתלה הדכר עד שיולד.״ ועי׳ ביד רמ״ה (אות כט) דתמה על סברא זו דא״א דעובר שמת יש יותר כח מעובר שאתי לכלל לידה. הגרא״ו (בשיעורי רבי אלחנן על ב״ב בענין זכיית עובר בירושה ובקיצור בקוה״ע מ:ה) מביא דהגר״ח הסביר שיטת הר״י מגא״ש ע״פ דרכו דאפילו אם אין זכייה לעובר יש חלות ירושה לעובר, אבל אינו ברור לי בדברי הגרא״ו למה לפי הר״י מגא״ש אין חלות ירושה לעובר שאתי לכלל לידה.

ונראה בהסבר הדברים דס״ל לר״י מגא״ש דיש חלות ירושה לעובר רק אם זה יגרום נ״מ או תוצאה חיובית לעובר. לכן בעובר שעתיד להיולד אין נ״מ לעובר שירש קודם לידתו, דכיון דלא יזכה בנכסים עד שיולד (למ״ד אין זכייה לעובר), ממילא העובר ג״כ אינו יורש עד שיולד. אבל כשמת העובר קודם לידה יש נ״מ גדולה אם העובר ירש אמו דהוא יכול להוריש לאחיו מן האב. א״כ כשמת העובר, נתברר דיש נ״מ לירושתו, ולמפרע רואין שכבר ירש להנחיל לקרוביו, אע״פ דהוא עדיין עובר ואין זכייה לעובר. ודומה לזה, אפשר לומר דרמב״ן מודה לגר״ח דבמקום שיש חלות יורש לעובר אין כח ירושה למשפחה. אלא דסבר רמב״ן דאין חלות ירושה על שם העתיד לזכות לכשיולד, דיש חלות ירושה רק אם היא גורמת תוצאות עכשיו, וכדכתבנו בדעת הר״י מגא״ש. ולכן ס״ל לרמב״ן

דעובר חלל יורש העבדים, אפילו אם אין לו זכייה, דיש נ"מ לירושתו לפוסלם מתרומה עכשיו. אבל עובר כשר, אין תוצאה חיובית של ירושתו עכשיו, ולכן ירושתו אינו חל רק למנוע זכייה של שאר היורשים. וא"כ רק בעובר פסול יש חלות ירושה, אבל בעובר כשר אין חלות ירושה, וממילא יורשים שאר המשפחה להאכיל תרומה לעבדים.

וגם עי' במאירי (יבמות סז ע"א ד"ה זהו) שג"כ כתב כרמב"ן דעובר חלל פוסל אפילו למ"ד אין זכייה לעובר, ומוכרח גם בדעתו כדעת הגר"ח דיש חלות ירושה לעובר אפילו אם אין זכייה לעובר. וע' היטב במאירי בסוגיין דג"כ חלק בין הנושאים, ודו"ק.

דין הפירות עד שעת לידה

לפי מש"כ הגר"ח דיש כח ירושה לעובר בלי זכייה, יש לעיין מה הדין בחלקו עד שיולד, מי משתמש בו, והפירות למי. ב"ח (רי:א) כתב דלמ"ד אין זכייה לעובר הפירות שייכים לשאר היורשים. וכן לכאורה דעת הגר"ח, דכתב דאע"פ שיש חלות ירושה לעובר, אבל עד שיולד, כיון דאין זכייה לעובר, "העבדים כולם הם לעת עתה קנין גמור של יתר הבנים," ולכאורה גם הפירות הם לשאר יורשים. לעומת זה כתבו תוס' (יבמות שם ד"ה זה) דלחכמים דאין זכייה לעובר ואוכלים משום שאר המשפחה, וז"ל "וקצת תימה דהא מסתמא מעשה ידיהם עד שיולד הוא לעובר ולא לבני משפחה," דהיינו אנו שומרים הפירות לעובר עד שיולד. גם ע' שו"ת רשב"א (ב:שעא) דכתב דכששמואל אמר דאוכלים משום המשפחה, זה רק לענין תרומה, אבל "לענין ירושה ודאי לא אמרי רבנן הכי שיאכלו האחים או בני משפחה ליטול הנכסים ולומר עכשיו אין זכייה לעובר ונטול את הנכסים אנו עד שיצא הולד לאויר העולם, אלא שאם באו האחים ליטול חלקם עושים להם כרב נחמן ומעמידין אפטרופוס לעובר." דהיינו שאר היורשים אינם זוכים אפילו לעת עתה (כדברי הגר"ח) בחלק של העובר, אלא כדעת תוס' דהפירות שייכים לעובר.[6] וכן ע' לשון מאירי (יבמות שם)

[6] אע"פ דכנראה היה לקה"ח (קי:א) מהלך אחרת בשו"ת הרשב"א, נראה מדויק כדכתבנו, וכ"כ נה"מ (קי:ב).

על הגמ׳ דאוכלים משום המשפחה, וז״ל ״שכל שלא נולד העובר זוכה הקרוב בירושה לענין זה שיאכלו העבדים בשבילו.״ ומשמע דהמשפחה זוכים רק לענין להאכיל בתרומה ולא לזכות בפירות עד הלידה, אלא הם שייכים לעובר.

גם הבאנו לעיל דעדר״י פירש רישא דברייתא בסוגיין דחייבין להחזיר הפירות לעובר מיד, ולזה מודו כו״ע אפילו המ״ד דאין זכייה לעובר. וא״כ יוצא דר״י סובר כתוס׳ ורשב״א דהפירות קודם לידה הם לעובר אפילו למ״ד אין זכייה לעובר. מאידך גיסא, לפי מש״כ לעיל דרשב״ם רגמ״ה ומ״מ למדו דרישא דברייתא דחייבין להחזיר לאלתר אזיל רק למ״ד יש זכייה לעובר, יוצא דלמ״ד אין זכייה לעובר הפירות שייכים לשאר האחין, וכש״כ הב״ח והגר״ח. וזה גם מתאים עם מה שדייקנו בלשון הרשב״ם דס״ל דאין חלות ירושה לעובר קודם לידה, וממילא מובן מאוד למה הפירות קודם לידה אינם שלו אלא לאחיו. אבל גם מוכרח בדעת תוס׳. רשב״א, ורבינו יונה, כדעת הגר״ח דיש חלות יורש לעובר ואע״פ דאין לו זכייה. דחלות הירושה של העובר מונע שאר הקרובים מלזכות בחלקו לעת עתה ומלאכול פירות חלקו, דאם אין חלות ירושה, מה מונע שאר היורשים מלירד לחלקו עד שיולד.

ישוב קושית תוס׳ ע״פ דברי הגר״ח

אבל עדיין קשה לנו קושיית תוס׳, דבשלמא אם שאר יורשים זוכים בפירות עד לידת העובר, י״ל דחלות ירושה זו מאכיל העבדים, אבל אם הפירות הם לעובר, וכמו שסוברים תוס׳, רשב״א, ור״י, צ״ע לענין מה יש חלות ירושה לשאר יורשים להאכיל העבדים. ובדעת ראשונים הנ״ל, נראה דצ״ל דאע״פ דהעובר יורש העבדים ומונע זכיית שאר היורשים בנכסים אפילו קודם לידה, מכל מקום כיון דעובר אינו מאכיל, המשפחה יורשים רק לענין תרומה להאכיל העבדים וכלשון המאירי הנ״ל.

אבל זה אפשר רק לפי מש״כ הגר״ח דקנין כספו הוא חלות קנין לעצמו מלבד הקנין עבדות שבו. לכן יש לחלק ולומר דהעובר ירש הקנין עבדות לגבי כל זכיות העבד, ושאר המשפחה ירשו הקנין כספו לענין תרומה. ונראה דזה גם מקור ליסוד של הגר״ח, דהדין של אינו ילוד אינו

מאכיל אינו רק מיעוט בכח העובר להאכיל, אלא הפקעה לגמרי של הקנין כספו לענין תרומה של העובר. לכן אפשר לומר דאע״פ דיש חלות ירושה לעובר, זה רק לענין דיני ממונות, אבל לענין תרומה, אין לעובר חלות ירושה, ולכן המשפחה יכולים לירש לענין זה. דאם אינו ילוד אינו מאכיל היה רק מיעוט של כח להאכיל, אבל בעצם היה חלות קנין כספו לעובר, לא היה מקום למשפחה לירש, כיון דכבר ירש העובר לענין תרומה. וגם יש להוכיח כדברי הגר״ח דחלות ירושה בלי זכייה חשוב קנין כספו להאכיל ולפסול, דבאמת חזו״א (בגלינות על הגר״ח) כתב דזה קצת תימה. הסברנו דעת תוס׳ ורשב״א דדין של איא״מ מפקיע חלות ירושת העובר לענין תרומה, וממילא שאר המשפחה יורשים לענין זה. אבל אם חלות ירושה לא היה חשוב קנין כספו, דדין קנין כספו כולל רק קנינים ממש ולא חלות ירושה, לא היה שייך לומר דהדין של איא״מ מפקיע חלות הירושה. דדין של איא״מ הוא דין בהפקעת קנין כספו, ואם חלות ירושה אינו חשוב קנין כספו, הדין של איא״מ לא היה מפקיעו.

ונראה דכל הדברים אלו משמע גם בספר העיטור (אות ז׳ זיכוי, הובא באו״ש נחלות א:יג), שכתב וז״ל ״אע״ג דקי״ל כרבנן דפליגי עליה דרבי יוסי דעובר לא פסיל כדפסק רב אילפס, ה״מ גבי תרומה אבל בממונא מודו דעובר יש לו זכייה.״ ומשמע דרבנן סוברים יש זכייה לעובר, אבל אין לעובר זכייה לענין תרומה. וזה שייך רק לפי מש״כ הגר״ח דדין איא״מ הוא הפקעת דין קנין כספו, וזה מובן רק אם הדין קנין כספו הוא חלות קנין לעצמו רק לגבי תרומה.

כשמת העובר

יש לעי׳ שוב בסוגיין לפי כל השיטות הנ״ל. הברייתא אומרת דכשמת גר ואשתו מעוברת אם אחד החזיק בנכסים כשהיא עדיין מעוברת, ושוב הפילה, ואז החזיק שני, השני זכה בנכסים. והגמ׳ אומרת דזה רק למ״ד יש זכייה לעובר, אבל אם אין זכייה לעובר הראשון זכה בנכסים. בשלמא לדעת רשב״ם, מ״מ (לפי מש״כ בשיטתם), הב״ח וגר״ח דלמ״ד אין זכייה לעובר, כשהעובר עדיין לא נולד שאר הירושים יכולים לזכות בנכסים ופירותיהם עד לידת העובר. א״כ לדעתם י״ל דהראשון עשה קנין

בנכסים, אלא דכשהעובר יולד הוא יוציא מידם ע״י החלות ירושה שלו, ואם העובר מת ולא נולד, האחרים נשארים הבעלים ע״י זכייתם הראשונה. אבל לדעת תוס׳ ורשב״א דכח הירושה של העובר מונע הזכייה אפילו משאר היורשים וכ״ש מאחרים, צ״ע איך זוכה הראשון ע״י קנינו קודם שמת העובר, הלא ירושת העובר מונע כל קנין. ונראה דיש שני מהלכים שהם אחד לתרץ זה, וכדלהלן.

הטור (רי:א) פוסק דאין זכייה לעובר ע״י שאר קנינים, והביא ב׳ דעות אם יש זכייה לעובר ע״י ירושה. והפוסקים דנו מאי הנ״מ (חוץ מאכילת תרומה) בין השיטות כיון דממ״נ העובר זוכה בחלקו כשיולד. הבאנו דהב״ח כתב דנ״מ היא למי שייך הפירות קודם לידת העובר, דלמ״ד יש זכייה לעובר הפירות הם שלו, ולמ״ד אין זכייה לעובר הם לשאר היורשים. אמנם הב״י כתב דנ״מ היא כשמתה האשה מעוברת, דאם יש זכייה לעובר, העובר יורש ומוריש לאחיו מן האב, ואם אין זכייה לעובר, שאר יורשי האם יורשים אותה. ואע״פ דאיתא בגמ׳ דכשמתה האם העובר מת ראשון, ואז העובר אינו יורש בקבר להנחיל לאחיו מן האב, כתב הב״י דילמא לא קיימא לן הכי, והוא ספק מי מת ראשון והמוציא מחבירו עליו הראיה. נה״מ (שם) תמה על הב״י למה דחק למצוא נ״מ זו, וז״ל ״דודאי יש נפקותא הרבה דאי העובר יורש אין שאר היורשים קונין עד אחר מיתת העובר ואי קידש האשה בחלק העובר קודם מיתתו אינה מקודשת, משא״כ אי העובר אינו יורש הוי של יורשים תיכף ואי קידש בו אשה ואח״כ מת העובר מקודשת למפרע.״ וכעין זה כתב הפרישה (שם) דנ״מ אם הניח האב עבד כנעני, וז״ל ״והבנים אשר המה בעלים שחררו... ואח״כ הפילה העובר, דאם יש לעובר זכייה עדיין שם עבד עליו,״ אבל אם אין זכייה לעובר, כיון דהפילה למפרע שחרור הבנים הוי שחרור. וצ״ע למה הב״י לא תירץ כפרישה או נה״מ.

מבורר בפרישה ונה״מ דאם אין זכייה לעובר, א״כ כשמת העובר למפרע הכל היה שייך לשאר היורשים, וקנינם קנין. ואפילו אם החלות ירושה של העובר מונע זכיית שאר היורשים, אבל כל חלות ירושה שאינה גורמת זכייה בפועל בטלה למפרע. וכמו שחקר הגר״ח אם שייך חלות ירושה בלי חלות זכייה, ס״ל לנה״מ ופרישה, דחלות ירושה יכולה לחול בלי חלות זכייה, אבל רק אם החלות ירושה בסוף גורמת זכייה, ואם לאו

החלות ירושה הוי בלי תכלית ובטל למפרע. ונראה דהב״י סבר דאפילו כשמת העובר החלות ירושה אינה בטלה למפרע, אלא העובר מוריש מה שירש לקרוב הקדום שלו, ובציור של הב״י העובר מוריש לאחיו מן האב. לכן הב״י לא היה יכול לתרץ כנה״מ, דאפילו אם אין זכייה לעובר ואפילו אם בסוף מת העובר, אם שאר הבנים קידשו אשה בחלק העובר, אינה מקודשת דלא היה שלהם, דהעובר ירשו. ואפילו כשמת ירושתו אינה בטילה, אלא מכאן ולהבא העובר מורישו לשאר הבנים.

ונראה דיש להוכיח דגם הרמב״ם סבר דכשמת העובר, כח ירושתו אינה בטילה למפרע, אלא העובר מורישו לקרוביו. דאיתא במשנה (נדה מג ע״ב) ״דתינוק בן יום אחד... מאכיל בתרומה ופוסל מן התרומה ונוחל ומנחיל.״ ופירש רב ששת בגמ׳ דתינוק בן יום אחד נוחל מן האם להנחיל לאחיו מן האב, אבל עובר לא, דעובר מת קודם אמו ואינו יורש בקבר להנחיל לאחיו מן האב. דהיינו, דבאמת עובר נוחל ומנחיל, וכוונת המשנה דרק בן יום א׳ נוחל ומנחיל היא דוקא לענין להנחיל לאחיו מן האב. ובשלמא לשאר ראשונים דפרשו דהמשנה אוחזת דיש זכייה לעובר (ועובר אינו פוסל מן התרומה כדעת רשב״י דאין חוששין למיעוט), י״ל דעובר נוחל ומנחיל. אבל העיר הגר״ח דבפיה״מ הרמב״ם לומד דהמשנה אוחזת דאין זכייה לעובר, וא״כ איך נוחל ומנחיל העובר. הגר״ח מוכיח מכאן דאפילו אם אין זכייה לעובר, יש חלות ירושה לעובר וכנ״ל. אבל גם יש להוכיח דעובר לא רק נוחל אלא ג״כ מנחיל. דהיינו כשמת עובר, כח ירושתו אינו בטל למפרע, אלא הוא מוריש לקרוביו מכאן ולהבא, וכדכתבנו בדעת הב״י.

ונחזור לפירוש הסוגיא. דאיתא דלמ״ד אין זכייה לעובר, כשמת העובר, הראשון שזכה בנכסים כשהיה העובר קיים זוכה בנכסים, ולא הזוכה השני. לפרישה ונה״מ זה ניחא, דכיון דמת העובר בטל כח ירושתו למפרע וממילא למפרע זוכה הראשון. אבל לרמב״ם וב״י קשה דכיון דלא בטל ירושת העובר למפרע, וגם ירושת העובר מונע זכיית אחרים (וכדמשמע בב״י דלא תירץ כב״ח דלמ״ד אין זכייה לעובר הפירות שייך לאחרים), א״כ איך זכה הראשון, הלא העובר ירשם. אבל נראה דרמב״ם וב״י אוחזים דעובר שמת מוריש לקרובו רק כשיש קרובים, אבל אם אין קרובים לעובר, גם הם מודים דכח ירושת העובר בטל למפרע, כיון דאין

תועלת לחלות ירושתו, וכעין מש״כ לעיל בדעת רמב״ן. דאע״פ דהוכיח הגר״ח בדעת הרמב״ם דאפשר להיות חלות ירושה בלי חלות זכייה, צ״ל דזה רק כשהחלות ירושה לבסוף מביאה לידי זכייה או הורשה לאחר או שום תוצאה חיובית אחרת. אבל חלות ירושה דאינה מביאה לידי שום תוצאה חיובית אחרת בטילה למפרע. לכן בסוגיין דאיירי בעובר של גר שמת דאין לו קרובים, וא״כ ירושת העובר אינה מביאה לידי שום זכייה או הורשה לאחר, גם הרמב״ם וב״י מודים דירושת העובר בטל למפרע, וממילא זכה למפרע הראשון, וכמו שמבואר בסוגיין.

פרק מי שמת

הרב יונתן ישראל שמברי
חבר המכון הגבוה לתלמוד ע"ש ברן

בענין מתנת שכיב מרע כירושה

איתא בגמרא (ב"ב קמט.) "דאיסור גיורא הוה ליה תריסר אלפי זוזי בי רבא. רב מרי בריה הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה הואי, ובי רב הוה. אמר רבא, היכי ניקנינהו רב מרי להני זוזי? אי בירושה, לאו בר ירושה הוא; אי במתנה, מתנת שכיב מרע כירושה שויוה רבנן – כל היכא דאיתיה בירושה איתיה במתנה, כל היכא דליתיה בירושה ליתיה במתנה".

סוגיא זאת הוי מעוררת שאלה מרכזית בטיב של המתנות של שכיב מרע. מצד אחד, הוי מסתבר שהמתנות של שכיב מרע עדיין הויין בעיקרון מוגדרות כמתנות רגילות, משום שעדיין הוי אפשר ליתן לכל מי שישר בעיניו, ואין צורך ליתן רק למי שראוי ליורשו, ואפילו בין אלו הראויים ליורשו אין צורך ליתן על פי סדר הנחלות.[1] ויוצא, שהמקום הראוי במשנת הרמב"ם הוי בהלכות זכייה ומתנה (פרקים ח-יב) שהוי בספר קנין, ולא בהלכות נחלות (שהוי בספר משפטים).[2] מצד שני, הפרקים של "יש נוחלין" ו"מי שמת" בעיקרון הויין מיוחדות לדון בעניני

---

[1] אולם, עיין הסוגיא בדף קלא. שקובעת שמי שהגיע להפרק של שכיב מרע הוי "בר ארותי" ויכול לסדר הנחלה של רב יוחנן בן ברוקה. וידוע שלפי שיטת הגאונים הובאה בראשונים לדף קכט:, דלא כשיטת הרשב"ם שם, אי אפשר ליתן מתנות למי שראוי ליורשו. ויש לדון אם יש לדייק שזה הוי הגבלה בשליטות שלו על ממונו. ועיין המשך דברי הרמב"ן שהסביר ששיטת הגאונים היא משום "דמתנתו נמי כירושה שויוה."

[2] אולם יש לעורר דלפי הרמב"ם אין אלו שני ענינים נפרדים לגמרי, שהביא דברי ריב"ב בהל' זכיה ומתנה (יב:א) וגם הביא דין של מתנת שכיב מרע בהלכות נחלות (ו:ה). ויש לעורר, דבכל מקום שהביא הרמב"ם דין אחד בתוך שני הלכות נפרדים, הטעם הוי כדי לעורר ששתי ההלכות הינם קשורים זה לזה. ועיין לקמן בהערה 11.

ירושה,[3] ומצינו שכולל רבינו הקדוש הדינים של מתנות שכיב מרע באמצע הדינים של ירושה.[4] ויותר מזה, על פי דברי רבא, יש לחקור עד כמה מתנת שכיב מרע מוגדרת כקנין כמו שאר הקנינים, ועד כמה באמת הוי מתנת שכיב מרע נחשב כשלו מדיני ירושה.[5]

ראשית, יש להראות שיש מן הראשונים שממעטים את הקשר בין שכיב מרע לירושה. לדוגמה, עיין בלשון של היד רמ"ה (סימן ט:פב- על הגמ בדף קמז:) וז"ל "וההיא דאמרינן לקמן (קמט.) מתנת שכיב מרע כירושה שויוה רבנן, לאו לכל מילי שויוה כירושה, אלא להיא מילתא בלחוד, דכל מאן דליתה בירושה לירש את אביו, ליתה במתנת שכיב מרע למקני באמירה בעלמא כדבעינן לפרושה לקמן... תקינו ליה רבנן לאקנוייה בלשון מתנה." לשון זה חשוב בשני פנים: א) שהיד רמ"ה מגלה גישתו הכללית לענין זה במה שהדגיש לשונות של קנין;[6] ב) עוד הדגיש

---

[3] עיין בהקדמה של המאירי למסכת ב"ב (עמ' 2 במהדורת סופר), כשהוא מחלק את המסכתא לחלקים כדרכו. ועוד עיין הקדמתו לפרק יש נוחלין (דף 473).

[4] עיין ב"ב קלה:, קמו:, קנג., קנו., קנו:; וגם המשנה של "המחלק נכסיו על פיו" (קכו:) עוסקת במתנת שכיב מרע (עיין רשב"ם שם ד"ה המחלק).

[5] וכידוע, יש לדון אם ירושה בעקרון הוי כמו קנין, שרק הויא אופן להעביר הנכס מרשות המוריש לרשות היורש, או אם הוי מעמד פורמלי להמוריש או\ו היורש, שקובעת זיקה בין היורש והנכס שאינו לגמרי תלוי בבעלות בפועל ואכמ"ל (ועיין מאמרים בקובץ זה מאת מו"ר הרב רוזנצוייג שליט"א והרב פעקער שליט"א). אולם, יש לעורר שאי אפשר להבין המשמעות של הקשר של שכיב מרע לירושה בלי יותר דיון בשיטות של כל אחד מן הראשונים בטיבו של ירושה. הלכך, מאמר זה מכוון מקסימלי כחצי מלאכה, ועוד חזון למועד (עיין לקמן בהערה 15).

[6] וגם עיין בשו"ת הרשב"א (ג:קכב) וז"ל "וכענין שאמרו בשכיב מרע דברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו שאינו כמסור עכשיו אלא קונה כאילו מסרם בקנייה בעלמא... אלא ודאי מדיש שאלה בהקדש ש"מ דלא אמרו כמסירה ממש אלא לענין קנייה בלבד להיות האמירה בלבד גורמת קנייה בהקדש כמו שגורמת המסירה או המשיכה בהדיוט... בכל דברי שכיב מרע לאו מדינא אתינן להו אלא מן התקנה וכדי שלא תטרף דעתו עליו עשאום כאלו הקנה באחד מדרכי הקניות הגומרות בבריא ואע"ג דרחמנא אמר לא יקנה עד שימשוך תקינו שיהו דבריו כאלו משך או החזיק והכא נמי נעשה אותו כאלו מסר לאותו אחר ויקנה לאחר שמת אותו הראוי לירש... דמתנת שכיב מרע עשו לה חכמים ז"ל חזוק כקנין של תורה ואפי' במקום יורש שיורש דבר תורה ואיך תבא בזה מצד משמוש, היורש לפניך ואתה מוציא ממנו מצד

שבאמת המימרא של רבא לגבי איסור גיורא היא הסוגיא היחידה שמקשרת שכיב מרע לירושה באופן שאי אפשר לפקפק עליו,[7] וגם בסוגיא זאת אפשר להבין הדין באופן טכני וצדדי, לממעט המשמעות של הקשר בין שכיב מרע לירושה.[8]

מצד שני, יש גאונים וראשונים שמדגישים שמתנת שכיב מרע מוגדרת כאופן של ירושה. לדוגמה, עיין לשון רב אחאי גאון (שאילתא לג) וז"ל "דאילו שכיב מרע דיהיב מתנה ומית מתנתו מתנה, ואף על גב דבריא דיהיב מתנה לא מקניא ליה במטלטלי עד שמשיך, במקרקעי עד דמחזיק או בשטרא או בחליפין שכיב מרע לא צריך; כיון דאמר מר מתנת שכיב מרע ממילא מקנייא, דאמרינן (ב"ב קמז.) רבי זירא אמר רב מנין למתנת שכיב מרע שהיא מין התורה, שנאמר (במדבר כז:ח) 'והעברתם את נחלתו

משמושו, אין אלו אלא דברים בטלים. אלא הטעם נגלה שקיימו חכמים ז"ל דבריו כבריא שקנו מידו כדי שלא תטרף דעתו עליו".

[7] בקיצור, הדיון בענינו הוי מצוי לפחות באלה המקומות: א) קמט. – כאן הקשר הוי מפורש, אבל נחלקו הראשונים בהגדרתו (עיין הערה דלקמן). ב) קמח. – רב פפא ורב אחא; ועיין בתוך המאמר (לגבי הר"ן, הריטב"א והמהרי"ט) ובהערה 14. ג) קמז. – כאן אין הקשר מפורש, אבל אפשר שיש משמעות חזקה בדברי הגמ'. ד) קכט:, קמז:, קלז. / גיטין יד: – סוגיות אלו שייכות, לפחות לפי כמה ראשונים. ה) קלג, קלה, קמב ועוד – סוגיות אלו שייכות רק אליבא דהריטב"א, כדמבואר לקמן.

[8] בדרך כלל, יש ד' דרכים בהראשונים:

א) הרשב"ם (ד"ה דליתיה בירושה) והראב"ד (דף ע. בדפי הרי"ף, וגם עיין דבריו בהכתוב שם – דף רצ בהדפוס חדש) סוברים שהמקבל מתנה צ"ל ראוי להיות מקבל ירושה.

ב) תוס' (ד"ה כל דאיתיה), היד רמ"ה והבעל המאור סוברים שהנותן מתנה צ"ל ראוי להיות מוריש.

ג) הרי"ף (בדף ע.) והרמב"ם (זו"מ ט:ז) סוברים שיש מיעוט רק אצל גר ובנו הביולוגי שלו (ועיין הסברו של הרמב"ן במלחמות שם, ויש דרכים אחרים בהאחרונים ואכמ"ל. אולם, יש לעורר שנקודה זו חשובה בהבנת שיטת הרמב"ם; ועיין הערה 11).

ד) הרא"ה והריטב"א (שם) סוברים שאפשר ליתן רק למי שהוא ראוי להיות יורש מהנותן. משום כך, הם חידשו שכל ישראל ראויים לקבל מתנה מחמת דין משמוש.

לבתו,׳ למימרא דיש לך העברה אחרת שהיא כמוה בירושה דממילא קניא ואיזה זו, זו מתנת שכיב מרע דיהיב מתנה מתנתו קיימת.״ ויש להדגיש שתי נקודות: א) נראה מלשונו שמתנת שכיב מרע מוגדרת כירושה, משום שהחלות היא ״ממילא,״ ולכן מתנתו אינה תלויה על דיני קנינים. ב) יש לעורר שהדגיש השאילתות מ״ד מתנת שכיב מרע מדאורייתא, ודעה זו מבוססת על פסוק מפרשת סדר נחלות, לקבוע שמתנת שכיב מרע היינו אופן אחר של העברת ירושה.[9] מהגמרא עצמה לכאורה יש משמעות שמתנת שכיב מרע היא אופן של ירושה, אבל אפשר שזהו רק למ״ד שמתנת שכיב מרע מדאורייתא, ואפשר דאינו עולה כן מ״ד (קמז:) מתנת שכיב מרע מדרבנן משום טירוף דעת.[10] אולם השאילתות הזכיר מ״ד מדאורייתא, אף על פי שלא נראה מהמשך דבריו דקי״ל למסקנא כדעה זו. אלא לכאורה הוא ציטט מ״ד מדאורייתא להבליט שהרעיון בעצם קיים גם להלכה אליבא דמ״ד מדרבנן. וגם יש להדגיש איך שרב אחאי גאן משנה את לשון הגמרא, כי במקום דאיתא בגמרא רק ״יש לך העברה אחרת שהיא כזו,״ הוסיף השאילתות ש״היא כמוה בירושה דממילא קניא.״

על פי רקע זו, יש לעיין בדברי הראשונים, איך הבינו הקשר בין שכיב מרע לירושה. בחלק הראשון דלהלן, נעבור בדברי הראשונים בכמה סוגיות ונסביר איך הם מגלים כמה גישות כלליות בשאלתנו בענין הגדרת מתנת שכיב מרע. בחלק השנייה, נעבור לעיין דרכים שונים להגדיר את הקשר בין שכיב מרע לירושה, ונשתדל להראות שלפחות יש דרכים שונים בין הרשב״ם, הבעלי תוס׳, הרא״ה, והריטב״א.[11]

---

[9] יש דעה שנייה בהגמרא שמתנת שכיב מרע הויא ״נתינה אחרת,״ ועיין ברמב״ן (עז. ד״ה אין אותיות) שמדגיש דעה זו.

[10] ולכאורה משמע כן מלשון הר״י מיגאש (שם, ד״ה אמר רבי זירא [עמ׳ שכב במהדו׳ אורייתא, וחסר בכמה דפוסים אחרים] וז״ל ״אף על פי שהיא בלא הקנאה ולא בחזקה אלא בצוואה בעלמא, שהיא כעין הנחלה, שנאמר והעברתם את נחלתו, מכלל שיש לך העברה שהיא כזו בלא הקנאה ואינו לביתו, ואיזה זו, זו מתנת שכיב מרע.״

[11] ולא נכנס כאן בשיטת הרמב״ם, אבל יש לעורר רק כמה נקודות שמהן נראה שיש קשר חזק בין שכיב מרע לירושה: הכפילות בהל׳ זו״מ ונחלות – עיין הערה 2,

- א -

א. כל מילתא דאיתא בבריא

איתא בגמרא (קמז:-קמח.) "למימרא דסבר רב נחמן מילתא דאיתה בבריא איתא בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע; והא אמר רבא אמר רב נחמן, שכיב מרע שאמר תנו הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני, ואף על גב דליתיה בבריא. רב פפא אמר הואיל ויורש יורשה. רב אחא בריה דרב איקה אמר, הלואה איתא בבריא, וכדרב הונא אמר רב, דאמר רב הונא אמר רב מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה."

1) לכאורה, אם יש דין שכל מילתא דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, משמע שמתנת שכיב מרע מוגדרת כקנין, והלכך כל דיניה כפופים להלכות שאר קנינים. ואם כן, מסתבר שבא רב פפא לטעון ("הואיל ויורש יורשה") שאין כלל כזה, משום שהוא סובר שמתנת שכיב מרע מוגדרת כירושה, ויוצא שהלכותיה אינן כפופות להלכות קנינים. ולכאורה, רב אחא בא לחלוק על ר' פפא לחלוטין, ויוצא לשיטתו שרק הדין של איסור גיורא מקשר דין שכיב מרע לירושה. ועיין בחידושי הר"ן (ד"ה אמר רבא פפא) שהדגיש ששיטת ר' פפא נדחית, וז"ל "מיהו טעמא דרב פפא לא סליק." ונראה כל זה עולה יפה אם הגישה של היד רמ"ה הנ"ל.

לעומת זאת, עיין בריטב"א וז"ל (ד"ה ופריק רב פפא) "ורב אחא פליג וסבר דלא אמרינן טעמא דיורש יורשה." ומשמע מלשונו שגישת ר' אחא הוי הקיצונית, אף על פי שהוא מודה שבנקודה זאת "פסקי רבנן הלכה כרב אחא." ויוצא, שהריטב"א מכיר שר' אחא חולק על היסוד, ואף על פי שההלכה הויא כמותו בנקודה זאת, מכל מקום ברור להריטב"א שהגישה כללית של ר' אחא נדחית. ויותר, עיין בשו"ת מהרי"ק (חו"מ

ששכיב מרע הוי "דברי סופרים" (ואכמ"ל); שיטתו בזו"מ ט:ג (עיין לקמן בהמאמר); הנוסח של זו"מ ח:א-ד (ואכמ"ל); ועוד. אולם, יש כמה פסקים שהם קשים להסביר לפ"ז (בפרט זו"מ ט:ז, נזכר בהערה 8), ועוד חזון למועד. עוד יש להעיר משיטתו לגבי שיטת הגאונים (עיין הערה 1); וע"ע זו"מ יב:ד ונחלות ו:ה (ובמפתח של מהודרת פרנקל, נחלות שם).

סימן צה, הובא בקצות קכה:ה) שסובר שרב אחא לא חולק על רב פפא, אלא שזה הוי "מר אמר חדא מר אמר חדא ולא פליגי." והמהרי"ט תולה דבריו על דברי התוס' (שם, ד"ה שכיב) וז"ל "לא בעי למימר מטעם דאיתא בבריא, אלא כיון שיורש יורשה יש כח לשכיב מרע ליתן, דברשותו הויין דמתנות שכיב מרע כיורש."

2) ויש להוסיף שיש דיון לגבי מסקנת הסוגיא, אם באמת יש כלל של כל מילתא. כתב הרמב"ם (זו"מ ט:ג) וז"ל "שכיב מרע שאמר יטול פלוני נכסי או מקצת נכסי או יחזיק או יזכה או יקנה, כולן לשון מתנה הן." והרמב"ן (קמח: ד"ה יטול) השיג עליו וז"ל "אינו מחוור לי, שאין קנין דברים אלא באומר אתן לך או אמכור לך או שקנו מידם... ואילו הוי קנין דברים, בשכיב מרע נמי לא מהני ולא מידי, דשכיב מרע שאמר אתן מנה לפלוני לאו כלום היא... אלא מילתא דליתא בבריא היא וליתא בשכיב מרע כלל." וגם הוא הוסיף ז"ל "מיהו שמעינן מיהא בבריא נמי שאמר טול וזכה וחזק וקנה, כולן לשון מתנה הן." ויוצא, שהרמב"ן סובר שיש דין של כל מילתא, ומשום כך אי אפשר שיש חילוקים בהדינים בין מתנת שכיב מרע למתנת בריא; וזה לא רק ששכיב מרע הוי כפוף לדיני קנינים, אלא שגם נראה מהסוגיא שדין הנוגע לשכיב מרע, אולי משתמש כמקור לאותו דין אפילו לגבי מתנת בריא. והרמב"ן השיג על הרמב"ם (והר"י מיגאש) משום שהוא סובר שהם סתרו את הכלל של כל מילתא.

אולם, באמת גם הר"י מיגאש (קמח: ד"ה רב אחא) סובר שיש דין של כל מילתא, אבל דינו שונה מדינו של הרמב"ן. וז"ל "נמצא עכשיו שזה שאמרנו מילתא דאיתיה בבריא איתיה בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע הלכה היא, וכל מה שהבריא יכול להקנות בקנין כשאר מיני הקנאות, הוא ששכיב מרע יכול להקנותו בצוואה, ואפילו בלשון יטול וינתן ומאי דדמי ליה, כדקים לן דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו. ומה שאין הבריא יכול להקנותו כגון דבר שלא בא לעולם או דבר שאין לו ממש ואין לו גוף מצוי בעולם, גם שכיב מרע אינו יכול להקנותו כלל." ויוצא שכנגד הרמב"ן שסובר שיש להשוות הפרטים כמה שאפשר, להר"י מיגאש (ולכאורה גם לפי הרמב"ם) איכא דין להשוות שכיב מרע וקנינים לגבי הדברים שהם חלים עליהם. אולם בעיקרון לגבי איך פועלת

החלויות, אין זיקה בין שכיב מרע וקנינים, ולכאורה זהו משום שיש קשר טפי לירושה.[12]

3) וגם יש לעיין בהבנות של הראשונים לגבי הדין של מסירת הלוואה להמקבל של מתנת שכיב מרע, בענין אם המקבל הוי נחשב כיורש. כל החכמי ספרד הביאו את השיטה המפורסמת של רבינו תם, שטוען שיש שיעבוד הגוף שהוא נפרד מן השיעבוד שעל הנכסים, והסבירו שההלואה נמסר להמקבל של שכיב מרע, וגם שיעבוד הגוף עוברת עליו. ועיין בלשון חידושי הר"ן (ד"ה אי אמרת) וז"ל דמתנת שכיב מרע היינו טעמא דאי מדאורייתא היא, הוי לה כירושה... והלכך אי מתנת שכיב מרע דאורייתא, הוי ליה כירושה דאורייתא."

אולם עיין בחידושי הרשב"א (ד"ה אלא אי אמרת) שממעט שיטת רבינו תם; וז"ל "משום דמתנת שכיב מרע כירושה היא, והוי מקבל מתנה זה כיורש בחלק זה שנתן לו השכיב מרע." ולכאורה לשון זה מגלה שהרשב"א[13] השתדל למעט הזיקה לירושה כמו שאפשר,[14] שאפילו בתוך המ"ד ששכיב מרע מדאורייתא, הוא השתדל לברר שאין המקבל נחשב כמו שיש לו מעמד של שם יורש, אלא שהוא הוי כיורש באופן טכני,

---

[12] ובאמת הענין הוי יותר מסובך, משום שיש דיונים לגבי כמה דברים אם מתנת שכיב מרע חלה לגביהם, ואפשר שמועלת מתנת שכיב מרע גם במקום שלא מהני שאר קנינים, כגון לענין גזל שאינו ברשותו (שו"ת תשב"ץ ב:רלה, אור שמח זו"מ ח:ב), וכן לגבי דבר שאינו קצוב (משנה למלך שם). ואפשר שיוצא שגם הכלל של הרי מיגאש נדחה, ואז כמעט אין זיקה בין מתנת שכיב מרע לקנינים. אולם, גם לא פשוט שאין חילוקים בין ירושה לשכיב מרע. התוספות (קמב: ד"ה והלכתה) סוברים שאף על פי שיש ירושה לעובר, שאין מתנת שכיב מרע לעובר כלל (כנגד הרשב"ם שם, שסובר שיש מתנת שכיב מרע לבנו העובר, משום "שדעתו של אדם קרובו אצל בנו"). מאידך גיסא, הריטב"א (שם, וע"ע בדבריו יבמות סז. ד"ה המזכה) סובר שיש מתנת שכיב מרע לעובר, אבל אין ירושה לעובר. ולכן יוצא אפשרות ששכיב מרע אינו דומה לגמרי לקנינים או לירושה.

[13] ועיין לשונו בתשובותיו, מצוטט בהערה 6.

[14] ועיין מה שכתב רשב"א (קמח. ד"ה רב פפא), שלעומת הר"ן שהדגיש דברי רב פפא כדי להדגיש ששיטתו נדחית, הרשב"א כמעט לא נכנס בהענין, כאילו כל הרעיון כמאן דליתא.

שהוא למעשה הוי המקבל של דבר, כמו שיורש למעשה הוי מקבל של דברים.[15]

מאידך גיסא, הריטב"א (ד"ה מכירת שטרות) הסביר ר"ת בזה הלשון: "אי אמרת בשלמא דמתנת שכיב מרע מדאורייתא, הוי ליה כיורש גמור מן התורה שהוא כרעא דאבוה, וזוכה אפילו בשעבוד הגוף." ולכאורה נראה פשוט שאם הוא סובר שהמקבל נחשב כ"כרעא דאבוה," ברור שהוא רוצה להבליט שהיחס בין שכיב מרע וירושה הוי חזק ויסודי.

ב. אימתי חל

איתא בגמרא (קלה:) ששכיב מרע "לא קני אלא לאחר מיתה." אולם, עיין מח' אביי ורבא (דף קלז.) לגבי אם מתנת שכיב מרע חלה עם גמר מיתה או לאחר גמר מיתה. ועיין הסוגיא בסוף פרק קמא דגיטין (יד:) דקצת משמע שהמתנה חלה מיד; וז"ל הגמ' "הולך מנה לפלוני, והלך ובקשו ולא מצאו – תני חדא יחזרו למשלח, ותניא אידך ליורשי מי שנשתלחו לו; לימא בהא קמיפלגי דמר סבר הולך כזכי ומר סבר הולך לאו כזכי. אמר רב אבא בר ממל, דכולי עלמא הולך לאו כזכי, ולא קשיא, הא בבריא הא בשכיב מרע." וצ"ב מדוע חלה מתנת שכיב מרע אם השליח לא מצא את המקבל.

1) רש"י (ד"ה בשכיב מרע) פירש "שכל זמן שלא חזר בו דבריו ככתובין וכמסורין, והולך דידיה זכי הוא." יוצא, אף על פי דקי"ל לכ"ע הולך לאו כזכי, מיוחד בשכיב מרע שיש לו חיזוק יותר בגמירת דעתו, כמו

---

[15] אולם, יש לדון אם הבנה זו הוי משום גישה לחלק בין שכיב מרע לירושה, או אם זה עולה עם גישה כללית שלו לגבי ירושה. לכאורה, אם הגישה לגבי ירושה היא להדגיש המעמד של שם יורש, יש חידוש אם שכיב מרע גם הוי כמו כן. אולם, עם ירושה עצמה רק כמו קנין בין שאר הקנינים, לכאורה אין טיב מיוחד לירושה מחודשת ששכיב מרע דומה לה. ואפשר שלעומת הרבה מהראשונים, הגישה הכללית של הרשב"א לעניני ירושה היא להדגיש שירושה היא כמו קנין בין שאר קנינים [עיין שיטתו לעיל (קכו:) לגבי מחילה, שיטתו בהנחלה דרבי יוחנן בן ברוקה, הרשב"א המפורסמת בסוף ב"ק (קח: ד"ה האומר) שירושה הוי חל "מין השמים," ולשונותיו בב"ב ד, בב"מ ב, והרבה מקומות אחרות ואכמ"ל].

שהרשב״א הסביר (ד״ה הולך) ש״כיון דדבריו ככתובין וכמסורין, אלים דיבוריה למהוי הולך דידיה כזכי.״ אולם, תוס׳ חולקים, וביארו שאין הסוגיא תלויה על הולך כזכי, אלא בעיקרון על מה שמיוחד לשכיב מרע. ומפני שדברי התוס׳ קשים וסתומים, ולכן ענין זה הוי פתח לכמה ראשונים ואחרונים לגלות דעתיהם בטיבה של מתנת שכיב מרע.

2) וז״ל התוס׳ (ד״ה הא בשכיב מרע) ״אומר ר״י, אף על גב דמת מקבל בחיי נותן ולא קני אלא אחר מיתת נותן, אפילו הכי קנו יורשין דדעת נותן הוא, דכיון שישנו למקבל בשעת מתן מעות שיזכה המקבל אחר מיתתו, (או הוא או יורשיו, ואפילו לא נולדו יורשי מקבל עד אחר מיתת נותן קנו, אפילו למאן דאמר המזכה לעובר לא קנה), דדברי שכיב מרע כשמת כמסורין למקבל משעת נתינת שכיב מרע או אמירתו.״ ויש לדייק בלשון התוס׳, שלא נאמר שהנכס נמסר, אלא שהדברים עצמן מסורין.

ועיין בר״ן (ו: באלפס) שהקשה על דברי התוס׳ וז״ל ״אבל תימה אני למה דהא קיימא לן בסוף פרק יש נוחלין (קלז.) דמתנת שכיב מרע לא חיילא אלא לאחר גמר מיתה, וכיון דבעידנא דחיילא ליתא למקבל, היאך קנה? ואין קנין למת וצריך עיון.״ ויוצא מדברי הר״ן, שהוא הבין שמתנת שכיב מרע הויא קנין, ומשום כך קשה להבין דברי התוס׳.

3) ואפשר לתרץ דברי התוס׳ על פי הבנת הרא״ש וז״ל (א:יט; ועוד עיין תוס׳ הרא״ש) ״ואף על גב דלא קני אלא לאחר מיתת הנותן, אפילו הכי קנה; אף על פי שמת מקבל בחיי נותן... ואף על גב דבשעת מיתת הנותן לא הוי ראויין לקנות למאן דאמר המזכה לעובר לא קנה, וגם המקבל לא קנה בחייו כיון שמת בחיי הנותן אפילו הכי קונה, משום דדברי שכיב מרע לענין לקנות אחר מיתתו, חשובין ככתובין וכמסורין למפרע משעת נתינתו.״ לכאורה כל החידוש של הרא״ש תלוי בהבנתו שהמפתח לתרץ הסוגיות הוא לטעון שהקנין חל אחר מיתתו, למפרע לקודם מיתתו.

אולם קשה לסמוך על שיטת הרא״ש מכמה טעמים: א) בדברי התוס׳, הך דחלה למפרע הוי בגדר עיקר חסר מין הספר. ב) גם הגישה שמתנת שכיב מרע מוגדרת כקנין היא עכ״פ חסר מן הספר, וגם כבר ראינו דברי התוס׳ בב״ב (קמח.) הנ״ל, דלא משמע כהרא״ש. ג) וגם אי אפשר

להבין דברי התוס׳ ש״קנו יורשין דדעת נותן הוא״ ו״דברי שכיב מרע כשמת כמסורין למקבל.״ ד) וגם עיין ברשב״א על התוס׳ (ד״ה הולך), שמוכח מלשונו שהוא לא הבין שהקנין הוי למפרע. וגם עיין בחכמי ספרד בב״ב (קכט:, רמב״ן ד״ה הא דשלח, רשב״א ד״ה אע״פ, ריטב״א ד״ה וכי תימה, חידושי הר״ן ד״ה שאין[16]) שהקשו מדוע לא הוי כל מתנת שכיב מרע בטלה, שהרי אינה אלא לאחר מיתה, וכבר קדמו היורשין.״ ואם הבין כמו הרא״ש אין זה קושיא כלל. ויוצא שהרא״ש הוי קשה בלשון התוס׳, (ובפשטות כנגד כל החכמי ספרד).

4) ועיין בקצות (קכה:ה) שכתב ליישב וז״ל ״כיון דשכיב מרע יכול ליתן הלואתו אף על גב דליתיה בהקנאה משום דאינו ברשותו וליתיה בבריא בהקנאה, מכל מקום כיון דאיתא בירושה זוכה בהלואתו בתורת ירושה ומתנת שכיב מרע כירושה; ואם כן, תו לא קשה דהיכי זוכה המקבל אחר מיתת הנותן כיון דאין קנין למת, דנהי דאין קנין למת זוכה בו בתורת ירושה ויורש יורשה אפילו אחר מיתה... אלא כי ליתא למקבל בשעת מתן מעות הוי ליה זכייה בטעות, אבל איתיה למקבל בשעת מתן מעות, הוי ליה דבריו כמו כתובין ומסורין שיזכה בו בתורת ירושה אחר מיתת הנותן, ויורש יורשה אחר מיתתו נמי, וזה נכון״. והיינו, הר״ן הקשה איך תחול אחר מיתה הרי אין קנין למת, והשיב הקצות שאין זה קושיה כלל משום שהחלות של שכיב מרע דומה לחלות ירושה, ופשוט דאפשר לירושה לחול אחר מיתה. מכל מקום, מהקצות משמע שהכל היה אחר מיתה, ועדיין אי אפשר ליישב הלשון של התוספות, ש״הדברים הוי כמסורין למקבל משעת נתינת שכיב מרע.״

5) ואפשר להסביר, שהבעלי התוס׳ סוברים שבשעה שהשכיב מרע מסדר מי יקבל המתנה, מיד הוא יוצר מעמד להמקבל שהוי דומה לה״שם יורש״ של יורשים. הרי מפורש בתוס׳ בכמה מקומות שיש מעמד

---

[16] ויש לדון בהחילוקים בהלשונות שחשובים הם לענין החילוק בין כח ליתן מתנת שכיב מרע והכח ליתן הנחלה דרב יוחנן בן ברוקה, ואכמ״ל.

ועיין לשון הרמב״ן וז״ל ״התורה נתנה רשות לאב להנחיל מעתה לכל מי שירצה ולהעביר מן היורש.״ ויש להבין אמאי אין כאן משום איסור עבורי אחסנתא (עיין קלג:), וע״ע שו״ת אגרות משה חו״מ ב:נ, ואכמ״ל.

כזו. התוס׳ ב״מ נו: (ד״ה יצא) כתבו שלפי מ״ד שכיב מרע מדאורייתא, ש״עשהו הכתוב יורש,״ אם כן לא מסתבר שיש כח להיורש הביולוגי למחול משום ״מאי אולמיה דהאי יורש מהאי.״ ויותר, התוס בב״ב עז. (ד״ה קני) כתב ״שאין כאן יורש אחר, שהמקבל מתנה הוא היורש.״[17] ובתוס׳ כתובות פה: (ד״ה המוכר) כתבו ״בשלמא דאורייתא משום הכי אינו יכול למחול היורש, לפי שהוא אינו יורש, אלא המקבל המתנה הוא היורש, דאם הוא מדאורייתא אם כן נפקא לן מ״והיה ביום הנחילו את בניו;״ התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה.״[18]

אם כן, מהא דמצינו שהבעלי תוספות סוברים שיש שם יורש להמקבל של שכיב מרע – כלומר, שלפני שהמקבל קונה את הנכס בפועל, כבר יש לו זיקה להנכס, ומשום זיקה זו הנכס קנוי לו ממילא לאחר מיתה – אפשר לתרץ תוס׳ שלנו (וגם התוס׳ בב״ב קמח. ד״ה שכיב הנ״ל) עפ״ז. הנה לגבי מסירת הלואה, מה שכתבו התוס׳ וז״ל ״לא בעי למימר מטעם דאיתא בבריא, אלא כיון שיורש יורשה, יש כח לשכיב מרע ליתן,״ אפשר להסביר מדוע יש כח ליתן. והיינו, שכמו שיש זיקה בין היורש וההלואה לפני ירושה, כמו כן אפשר להנותן ליתן – לייצר הזיקה, וממילא ההלואה

---

[17] לפי הסוברים שלריב״ב יש כח ביד המוריש לייצר שם יורש למי שראוי ליורשו, ועיין חידושי הר״ן קמא: (ד״ה ולימא ליה ריב״ב היא). ועיין עוד מאמרו של הרב אהרן קראפט קובץ זו.

[18] כנראה דברי תוס׳ מאוד תמוהים משום שזה הוי המקור לריב״ב, וידוע שדין ריב״ב הוא אופן של ירושה אמיתי ורק שייך למי שיש לו שם יורש. ואפשר שמקור לשיטת התוס׳ הוא ע״פ הבנתם בסוגיא דב״ב קיג: וז״ל ״תני רבה בר חנינא קמיה דרב נחמן, והיה ביום הנחילו את בניו, ביום אתה מפיל נחלות ואי אתה מפיל נחלות בלילה... דלמא דין נחלות קא אמרת, דתניא והיתה לבני ישראל לחוקת משפט, אורעה כל הפרשה כולה להיות דין.״ וידוע שלפי הרשב״ם (ד״ה רצו ככותבין) הגמ׳ מדברת במי שמחלק נכסיו, ולפי ר׳ יונה (ד״ה תני רבה בר רב חנא) הגמ׳ מדברת במי שעוסק בהנחלה דריב״ב, ולפי תוס׳ על אתר (ד״ה אורעה) הגמ׳ עוסקת במי שנותן מתנת בריא. אולם, עיין בתחילת התוס׳ שדחו דעה שהגמ׳ מיירי במתנת שכיב מרע, לפי שיטתם שמתנת שכיב מרע מדרבנן. ולכאורה, זה עולה עם שיטת התוס׳ ב״ב (קמז. ד״ה מנין) שסוברים (כנגד התוס׳ בכתובות פה:, ב״מ נו: וב״ב עז.) שהמ״ד דאמר מתנת שכיב מרע מדאורייתא היינו אסמכתא בעלמא. ולכאורה, הדעה הנדחית בתוס׳ כאן היינו אותה הדעה בכתובות, שנתינת מתנת שכיב מרע היינו יצירת שם יורש, שעל ידיה אפשר באמת להנחיל לכל מי שירצה.

נעשית של המקבל לאחר מיתה. כמו כן, אפשר להסביר ש"קנו יורשין דדעת נותן הוא... דדברי שכיב מרע כשמת כמסורין למקבל משעת נתינת שכיב מרע;" היינו, שדעת הנותן קובע שלאחר מיתתו הנכס עומד ליפול ממילא לרשות המקבל, משום שעל ידי מסירת דבריו כבר חל השם יורש עליו, ושם זה הוי קבוע משעת "נתינת שכיב מרע."

- ב -

ראינו כבר כמה ענינים (מה חלה, אימתי זה חלה, איזה לשונות ראויות למתנת שכיב מרע, על מה מתנת שכיב מרע חלה, מי ראוי ליתן ולקבל) שהם תלויים בסוגיות שונות, ובקצת מקומות הבנות של קצת ראשוניס לגבי כמה שאלות פרטיות שתלויות על גישותיהם לענין שכיב מרע בכלל.[19] וראינו שלכאורה היד רמ"ה, הרשב"א והר"ן (ולכאורה גם הרא"ש) בדרך כלל לא הדגישו הזיקה בין שכיב מרע לירושה. וגם ראינו שלבעלי התוספות בכמה מקומות שהמקבל של שכיב מרע מאוד דומה ליורש, משום שיש לו מעמד דומה לשם יורש (אבל מפורש רק למ"ד ששכיב מרע מדאורייתא). ועכשיו נוסיף על הנ"ל בכמה פנים: א) שיטה המפורסמת של הרא"ה, ודיון בשיטתו בניגוד לשיטת התוס'. ב) יש לדון בשיטת הריטב"א המצטט את דברי הרא"ה בכמה מקומות, והגם דהביא הדברים קצת שונים מאלו שמופיעים בתשובת הרא"ה. ג) נדון בשיטת הרשב"ם, שאע"פ שהוא לא משתמש בלשונות של ירושה, לכאורה יש לו הבנה חשובה בענינו.

---

[19] ויש להוסיף שבסוף פרק יש נוחלין, המאירי (קלט: ד"ה אחים; דף 583 במהודרת סופר) מסופק לגבי חזרה ביובל וז"ל "ושמא הדבר תלוי במחלוקת הקדומה לפוסקים אי מתנת שכיב מרע כירושה אצל הכל או שמא אינה כירושה אלא אצל יורש, וכל שהיא כירושה אינה חוזרת ביובל."

א) שיטת הרא"ה

1) עיין תשובת הרא"ה (נדפסת בשו"ת הריטב"א סימן עט) בענין מעשה שאירע בברצלונא, שאחד צוה על נכסיו בשעת פטירתו, והיתה לו בת אחת ואמר תירש בתי כל נכסי, ואם תפטר בלא ולד של קיימא יהיו הנכסים להקדש עניים; ונחלקו הרא"ה והרשב"א איך לפסוק במעשה הזה,[20] ובתוך דבריהם גם נחלקו בטיבה של מתנת שכיב מרע. וז"ל הרא"ה "שאין מתנת שכיב מרע כלום אלא מפני שראויה לזה מדין נחלה במשמוש נחלה, ועשו מקבל מתנה כיורש, הואיל וכל ישראל ראוים לירש זה את זה על ידי משמוש."

והקשה הרשב"א וז"ל "וראיתי מי שהחפץ מביאו לחלוק, וישר בעיני, שאילו נמצאת שגגה בדברי, מוטב שאתקין המעות, ואל יכשלו בי חברי,[21] והריני כותב דבריו אחד על אחד, ומשיב, והאמת יראה דרכו. כתב: שאין מתנת שכיב מרע כלום אלא מפני שראויה לזה מדין נחלה... ולא חש לקומחיה, והדברים מרעין בעצמן שהטעם הזה פוגמן, דמתנת שכיב מרע עשו לה חכמים ז"ל חזוק כקנין של תורה, ואפילו במקום יורש, שיורש דבר תורה; ואיך תבא בזה מצד משמוש – היורש לפניך, ואתה מוציא ממנו מצד משמוש! אין אלו אלא דברים בטלים. אלא הטעם נגלה, שקיימו חז"ל דבריו כבריא שקנו מידם, כדי שלא תטרף דעתו עליו."

---

[20] עיין שו"ת הרשב"א (ג:קכב, א:תשד). מח' זו גם הובאה בהנמוקי יוסף בנדרים (י: בדפי הרי"ף, ד"ה הכא שאני דאמירתו לגבוה).

[21] והשיב הרא"ה וז"ל "והגיעו דברי לידו והרחיב פיו וגרונו והגביר לשונו והשיב עלי בכתבו בשפת יתר, ותחלת דברי פיהו שהחפץ הביאני לחלוק על דבריו, הוציא עלי דבה במה שאינו אמת, ואני מילדותי נתגדלתי בבית המדרש ונהגתי מנהג רבותי ואבותי אשר היו מגדולי ישראל, ואם לא השגתי לצפורן קטנה שבהם למדתי ממדתם אשר בלבותם תנוח חכמה, ויודע כל שער עמי ועדי שכני שאני מקבל כל שואל וכל משיב בסבר פנים יפות וסומך דבריו, ואם נראו אני הוא המודה ואני מקלסן ועתה נצא נא לראות מי מוציא דבה אם החפץ הביאני, הנה ספרי וחדושי ביד הכל יבאו ויראו אם כתבתי כך. עתה הריני יוצא אחריו לפנות דרך ולהרים מכשול מדרך התלמידים החברים לכתוב אחד אל אחד ולהשיב על דבריו, ונראה אחרי מי יאיר נתיב ודברי מי יקום ומי יאירו ברקיו."

יוצא מדבריהם שנחלקו לפחות בב׳ נקודות: א) אם קבלת הנכסים היא על ידי ירושה או על ידי קנין, וגם ב) אם טירוף הדעת הוא דבר מרכזי בשכיב מרע, או לא. הרשב״א סובר כפשטות של מסקנת הסוגיא (קמז:) ״שמתנת שכיב מרע מדרבנן בעלמא היא, שמא תטרף דעתו עליו.״ אולם, השיב הרא״ה וז״ל ״שהוא אומר שאני באתי לפגום המתנות, והוא בא לפגום דברי חכמים, שזה הטעם הנגלה שקיימו חכמים דברי שכיב מרע כבריא כדי שלא תטרף דעתו עליו, ואם אין בדברי חכמים סרך וסמך אחר, מה ענין לעשות בכך שאינו זוכה כזוכה מפני טירוף דעתו של הלה.״[22] ומבואר דלשיטת הרא״ה, טירוף הדעת אינה סברא מספקת להסביר הדינים.

2) בפשטות, נראה שצודק הרשב״א בטענתו, איך אפשר להעביר ירושה מיורש מוקדם ליורש המאוחר במשמוש? וכתב הרב אלחנן וואסרמן הי״ד (קובץ הערות מ:ז) שנחלקו הרשב״א והרא״ה אם יש שם יורש ליורש מאוחר במקום שיש יורש קדום. ומתוך מסגרת זו, הוא מתרץ קושית הרשב״א, ומסביר (מ:יב) שהרא״ה סובר שמתנת שכיב מרע ״דהוא ירושה ממש מדאורייתא, דכיון שכל ישראל ראויין לירש זה את זה, אלא שהמוקדם בזכייתו מפקיע מהמאוחרין, וכיון שמשום הפקר בית דין הפקר, אין המוקדמין יכולין לזכות בהנכסים, ממילא יורשין המקבל מתנה מדין ירושה מדאורייתא.״ לדעתו, שיטת הרא״ה מבוססת על הפקר ב״ד הפקר, ובאמת אין הנותן נותן בפועל או חל שום ענין אצל המקבל, אלא שהנותן רק מסלק הזכות מכל היורשים המוקדמים לפני המקבל, ובדרך זה הוא מסדר קבלה באופן של גרמא.

אולם, לפי נוסח הרא״ה שבידינו, לכאורה דברי הרב אלחנן בגדר עיקר חסר מן הספר, שלא הזכיר עניני שם יורש מוקדם ומאוחר, וגם אין זכר להך דהפקר ב״ד הפקר כלל.[23] ועוד, לפי הנ״ל שהנותן באמת הוי

---

[22] עיין הערה דלקמן.

[23] הגם דלא מוזכר הענין בדברי הרא״ה, מ״מ אולי איכא סמך מדברי הריטב״א בחידושיו (קמז: ד״ה שמא תטרף דעתו) שהזכיר הפקר ב״ד הפקר. אולם לא פשוט דזהו עדות נאמנת בדעת הרא״ה, ובפרט שהריטב״א סובר שדעת הרא״ה ממזג בטעמו את ענין טירוף דעת, עיין בדבריו בסוגיא דאיסור גיורא (קמט. ד״ה אי במתנת

מסלק, קשה להבין דברי הרא״ה ש״עשו מקבל מתנה כיורש... ומטעם ירושה תקנוה במתנה.״ הרי משמע שההדגשה היא על נתינה להמקבל. וגם צ״ע לשון ״עשהו מקבל מתנה כיורש.״

3) ולכאורה שיטת הרא״ה דומה וגם שונה משיטת התוס׳. כשהרא״ה טוען שהנותן הוי ״עושה מקבל מתנה כיורש,״ מאד דומה לשיטת התוס׳, שהנותן מתנה יוצר שם יורש חדש על המקבל. אולם באמת יש הבדל עקרוני בין הרא״ה והבעלי תוספות. לדעת בעלי התוספות, לפני המתנה, המקבל הוי זר לגבי הנחלה של הנותן. הלכך, לתוס׳, הנותן הוי מייצר שם יורש חדש, שאינו מתוך מסגרת של הסדר הנחלות. ומשום כך, אפשר להבין מדוע יש צורך שהשם יורש צריך להיות כל כך חזק, שהמקבל הוי ה״יורש״ היחידי, כי לכאורה רק אם הוא עושה היורשים הביולוגיים לזרים, הוי אפשר למעמד היורש הסינטטי שלו להיות עדיף על היורשים הטבעיים. אולם, להרא״ה, באמת ליכא יצירה של שם יורש חדש יש מאין, כי לשיטתו כל ישראל נחשבים כיורשים (ע״י משמוש) להדדי, ובאמת אי אפשר ליתן מתנת שכיב מרע למי שאין לו איזה מדרגה בסדר הנחלות של הנותן. הלכך, אין צורך ליצור שם חדש להמקבל או לגרוע משם יורש של יורש מוקדם, אלא שיש כח להמוריש להסדיר המדרגות ולהקדים את היורש המאוחר. ובאופן זה, הוא ״עושה מקבל מתנה כיורש.״

ולפי זה, לכאורה תשובתו של הרא״ה לשאלת הרשב״א פשוט, שאין מקום לשאול איך יעבור הנכס ע״י משמוש כשהיורש קדום לפניך, דלפי הרא״ה המקבל עדיין אינו רק יורש דרך משמוש, משום שעכשיו הוא הוי היורש היותר מוקדם. ולכאורה זה מסביר מדוע הרא״ה דוחה לגמרי הענין של טירוף דעת, משום שבין להסוברים כמו הרשב״א שמתנת שכיב מרע משום קנין, ובין שאר הסוברים שמתנת שכיב מרע משום ירושה, מכל מקום יש צורך חידוש או שינוי כל שהוא. אולם, רק לשיטת הרא״ה

שכיב מרע, מצוטט לקמן בגוף המאמר אצל ציון 26.) ודברי הריטב״א בדעת הרא״ה סותרים דברי הריטב״א במיגון שיטתו נגד טענות הרשב״א; עיין מה שמצוטט בגוף המאמר אצל ציון 22.

הוי כל הרכיבים במקומם לפני שהנותן עושה שום דבר, והוא צריך רק להסדיר מה שכבר לפניו.

ויוצא, ששיטות של התוס׳ ושל הרא״ה שתיהן הן הקיצוניות, אבל ע״י דרכים שונים לכל אחד ואחד, איכא שם יורש להמקבל. לגבי לאיזה מהן השם יורש יותר חזק, נראה דדעת התוס׳ היא יותר קיצונית משום שהמקבל הוא היחיד עם השם יורש משום שזה הוי דוקא שם יורש יחידי.[24] אולם, שם יורש זה הוי מעושה, ואינו מבכלל המסגרת של סדר הנחלות. כנגדו, הרא״ה מאוד קיצוני, משום שלהסביר האפשרות ליתן מתנות שכיב מרע לכל מי שירצה, צריך לחדש שלכל אחד ואחד יש מעמד כמשמוש, וזה באמת הוי חידוש גדול. ועוד, אף על פי שהשם יורש הוי יותר חלש, משום שלכאורה עדיין הוי ניכר שבטבעו שהוא רק יורש של משמוש, מכל מקום שיטתו לגבי מקבל של שכיב מרע הוי קיצוני משום שהוא סובר שיש אפשרות להשפיע ולהסדיר את הסדר של נחלות.[25]

ב) שיטת הריטב״א

ויש להראות שלכאורה שיטת הריטב״א שונה משיטת רבו הרא״ה, וחשוב להדגיש זה משום שהריטב״א צוטט מרבו הרא״ה כמה פעמים בענינים אלו, וגם משום שהזכיר הריטב״א את הרעיון של מתנת שכיב מרע כירושה ביותר מקומות מכל הראשונים, אבל מכל מקום נראה שהוא לא הבין את הקשר באופן מהותי.

בדף קמט. (ד״ה אי במתנת), הריטב״א הזכיר שיטת הרא״ה שכל ישראל ראוים לירש זה את זה, אבל פשוט משינויים בהלשון ששיטתו יותר מסובכת. וז״ל ״הנכון דמתנת שכיב מרע, שורת הדין במתנת שכיב מרע דלא קניא, דהא לא גמרה אלא לאחר גמר מיתה ואין המתים נותנים,

---

[24] עיין הערה 17.

[25] לשיטתו, וגם בדעת כמה ראשונים אחרים, יש צורך גדול לדון היטב ולהבחין בין כח לשכיב מרע ליתן בהנחלה של רב יוחנן בן ברוקה ואכמ״ל.

וחכמים תקנוה כדי שלא תטרף דעתו עליו[26] ועשאוה כירושה, וכאילו זה ראוי ליורשו, כי על ידי משמוש נחלה כל ישראל ראויים לירש זה את זה אילו היה כלה שבטא.״ ויוצא שבעיקרון גישתו מאד דומה להסוברים שמתנת שכיב מרע היינו כמו קנין רגיל. אולם, בהרשב״א מצינו וז״ל ״שקיימו חז״ל דבריו כבריא שקנו מידם,״ שהדברים הם במקום המעשה קנין. כמו כן, בהריטב״א, האופן שחז״ל המזיגו את מתנת שכיב מרע עם המסגרת של חו״מ היינו לעשות את המקבל כיורש, אבל לכאורה זה רק באופן טכני ולא באופן יסודי.

ולכאורה ענין זה מוכח מלשון הריטב״א במקומות אחרים. א) הריטב״א בדף קלה: (ד״ה שכיב מרע שאמר) סובר ששטר של מתנת שכיב מרע היינו רק לראיה וז״ל ״והיינו טעמא דמילתא, דמתנת שכיב מרע, כיון דלא קניא אלא לאחר מיתה, ורבנן הוא דתקון כדי שלא תטרף דעתו ושויוה כירושה דמקנה באמירה, אינו קונה אלא כשהוא עושה כתקנת חז״ל להקנותה באמירה. אבל אם הוא רוצה להקנות לאחר מיתה בשטר או בקנין כדי מתנת בריא אינו כלום דהא ארכביה אתרי רכשי.״ ב) בדף קמב: (ד״ה המזכה) כתב שיש מתנת שכיב מרע לעובר, ומסביר שזהו משום ״שדוקא בשכיב מרע הוא דתקון רבנן הכי כדי שלא תטרף דעתו עליו... כי מפני שדעתו של אדם קרובו אצל בנו, חששו לטירוף דעתו אף בזה.״ ג) בדף קלג. (ד״ה ואמרינן) כתב וז״ל ״והא מתנת שכיב מרע דרבנן היא, דמן הדין אינו יכול להקנות לאחר מיתה ולא באמירה, אלא דמשום שלא תטרף דעתו עליו, עשאוה חכמים כעין ירושה דאורייתא.״

ולכן שיטת הריטב״א הוי מאוד מסובכת. יוצא ששכיב מרע הוא קנין דרבנן, שאופן של התקנה הוא במקביל לירושה.[27] וקשה להבין דבריו, כי בפשטות לטעון שהמקבל הוא ״כרעא דאבוה״ משמע שהזיקה לירושה היינו חזקה ועקרונית, אבל על פי הרקע של כל דבריו הנ״ל, לכאורה צריך

---

[26] עיין הערה 23.

[27] ועיין בספר בעקבי הצאן (יד:ז) של מורנו הרב שכטר שליט״א.

להסביר שמילים כאלו הוי פצוי להסביר מדוע עשו חז״ל תקנה שהוי יוצא דופן בכמה פנים.

ג) שיטת הרשב״ם

ולבסוף, יש לעורר נקודה אחת בשיטת הרשב״ם. בתחילת הסוגיא (קמז. ד״ה מנין) כתב הרשב״ם על שאלת הגמרא ״מנין למתנת שכיב מרע״ וז״ל הרשב״ם ״שקונה בדבור בלא קנין סודר.״ וכמו כן כתב (ע״ב שם ד״ה למימרא דסבר רב נחמן – בתוך הדיון של כל מילתא) וז״ל ״לא אלים כח השכיב מרע יותר מן הבריא, אלא שאמירתו קונה כקנין סודר דבריא.״

וראיתי בכמה ספרים שפירשו בדעת הרשב״ם שהוא סובר ששכיב מרע מוגדר כקנין, וכשחז״ל חידשו הקנין משום טירוף דעת, גם גזרו שהדבור ישתמש במקום המעשה קנין. וכבר הערנו שזה באמת כמעט מפורש בדברי הרשב״א בשו״ת שהבאנו לעיל. ולפי הבנה זו, יש צורך להסביר מדוע הרשב״ם הדגיש קנין סודר דוקא.

אולם, צ״ע בזה משיטת הרשב״ם בסוגיא דאיסור גיורא. כנגד התוס׳ הסוברים שהקפידה היתה על הנותן, הרשב״ם הבין שהקפידה היתה על המקבל; ויוצא שרק מי שיכול להיות מקבל של ירושה יכול להיות מקבל של שכיב מרע. ונראה להסביר הרשב״ם על פי דברי הראב״ד בהכתוב שם (דף רצ בהדפוס חדש) וז״ל ״כך הוא במתנת שכיב מרע כאלו הוא היורש לו מורישו, הילכך אם היה לו לרב מארי בן שהיה הוא ראוי ליורשו גם זו המתנה שנתן לו איסור אביו או אדם אחר היתה מתנתו מתנה שנחשוב אותה כאלו הוא מורישו שהרי יש לו מוריש אחר.״ ויוצא שהנכס לא נעשה של המקבל על ידי מעשה קנין, אלא כאלו בא על ידי ירושה. ולכאורה גבי הנותן, מתנת שכיב מרע הוי כמו קנין, והחידוש של טירוף

דעת הוא שאין צורך למעשה קנין.[28] ויוצא שחלות של מתנת שכיב מרע לפי הרשב״ם, מאוד דומה למה שהציא הקצות הנ״ל בדעת תוס׳.

[28] או אפשר שאין צורך למעשה קנין משום שבעיקרון מעשה קנין היינו דרישה לנכנס לרשות הקונה, אבל לצאת מרשות המקנה לחוד לא צריך מעשה, ואכמ״ל.

הרב אברהם צרפתי
שואל ומשיב
ישיבת רבינו יצחק אלחנן

בענין מתנת שכ"מ במקצת

א) ב"ב (קנא ע"א) אמיה דר"ע חסידא הוה לה מלוגא דשטרי כי קא שכבה אמרה ליהוי לעמרם ברי כו' הא לא משך כו' דברי שכ"מ ככתו"מ דמו. וברשב"ם ז"ל כגון שקנו מידה א"נ בלא קנין וכגון דלא שיירה מידי, עכ"ל.

ב) והק' מהרש"א ברישא דרשב"ם שקנו מידה דאי איירי בשיור וקנו מידה, א"כ הוי דינו כמתנת ברי לגמרי [אי קונה או אינו קונה יהא תלוי אי שטרות מיקנו בחליפין, ומ"מ אינו ענין כלל למתנת שכ"מ] והיאך תלו הדבר בדברי שכ"מ ככתו"מ דמו. ולכן פירש דמש"כ רשב"ם "דלא שיירה מידי" קאי בין קנו מידה ובין לא קנו מידה, ושפיר שייך בכל האופנים דין דברי שכ"מ ככתו"מ.

והא דהוצרכו למתנת שכ"מ, ואי לאו הכי לא קני אף דקנו מידה, צ"ל דס"ל לרשב"ם כדעת רב יהודאי גאון (בתוס' עז ע"א ד"ה אמר אמימר הלכתא) דאין אותיות נקנות בחליפין. וכ"ד ר"י מיג"ש (עו ע"ב) ורבינו יונה ורשב"א (שם) בשמו כדעת בה"ג הנ"ל.

[ובתוס' ב"ק (יד ע"ב ד"ה עבדים ושטרות נמי נקנים בכסף) וז"ל ול"ג שטרות דאין נקנים בכסף אלא במסירה ובשטר, ואפי' בחליפין נמי צ"ע, עכ"ל. נר' דנסתפקו אי מהני חליפין להקנות שטרות. והחולקים הסוברים דמהני חליפין בשטרות, הובא בהגה"מ (פ"ה ממכירה אות ז') בשם רה"ג בשם א' מן הגאונים, ומסיק רה"ג דלא איתברר גבן, ע"כ. וגם הראב"ד (תמים דעים סי' ס"א) סובר דחליפין מהני.]

ג) וברש"ש כתב לפרש דברי רשב"ם כפשוטן, דאיירי במתנה במקצת, וס"ל לרשב"ם דלא מהני חליפין בשטרות, ולכך הוצרכו לדין דברי שכ"מ. ואף דאיירי' במתנה במקצת (לפי' ראשון ברשב"ם), אפ"ה

יש בו דין דברי שכ״מ, ואף לדידן דמתנת שכ״מ במקצת בעיא קנין, סגי בקנין אף אם אינו קנין המועיל.

ד) והנה הרש״ש הביא ראי׳ לדבריו, דגם במתנה במקצת (אפי׳ אינו מצוה מחמת מיתה) שייכא דין מתנת שכ״מ, מדברי רשב״ם לעיל (קמז ע״ב ד״ה מודה שמואל) דהא דאמרו שם המוכר שט״ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וכו׳ מודה שמואל שאם נתנו במתנת שכ״מ שאינו יכול למוחלו, פרשב״ם ז״ל וכגון שחלק כל נכסיו א״נ ע״י קנין כדין כל מתנת שכ״מ במקצת א״נ בלא קנין דכיון שמסרו לו בחייו, אין לך קנין גדול מזה, עכ״ד הנצרכים לענינו. ובהיכי תמצי השלישי, ר״ל דע״י מסירה הקנהו לו, פשוט דאזיל הרשב״ם לשיטתו לעיל (עז ע״א) דמסקנת הגמ׳ דאותיות נקנות במסירה, וזהו דקאמר הרשב״ם ד״אין לך קנין גדול מזה.״

ומ״מ יש פה חידוש בדבריו, דא״כ הו״ל קנין גמור, והו״ל מתנת בריא כיון דלא איירי במחלק כל נכסיו, ואמאי אין היורש מוחל, מי עדיף משאר מוכר שט״ח לחבירו, ואמאי יש לו דין מתנת שכ״מ שאין היורש מוחל. ומוכרח לד׳ הרשב״ם, דאף דהוי מתנת שכ״מ במקצת ובעיא קנין, מ״מ דין מתנת שכ״מ יש בו, דהוי כירושה, ולהכי אין היורש (ר״ל הבן) מוחל, דהלוקח גופי׳ הוי היורש. [וכמו שפי׳ התוס׳ עו ע״ב ד״ה קני, ובעוד כ״מ הא דאם נתנו במתנת שכ״מ אין היורש מוחל, ע״ש.]

ה) וכה״ג מצינו, דלעיל (קיג ע״ב) והיה ביום הנחילו את בניו כו׳ דלמא דין נחלות קא אמרת כו׳ והיתה לבני ישראל לחוקת משפט אורעה כל הפרשה להיות דין. ופי׳ התוס׳ (ד״ה אורעה) לענין בעל כרחם של בנים נעשים דיינים אותם העומדים שם בשעת צוואה. והק׳ התוס׳ (שם) היכי משכח״ל שע״י דיבורו נעשה נחלה (דדין זה הוא דוקא דין בנחלות, ומה״ט לא הוזכר אלא בחו״מ סי׳ רנ״ג, ואכמ״ל) והלא דין דברי שכ״מ שחל לאחר מיתה (כנחלה) הוא רק מדרבנן (כשיטתם קמז ע״א ד״ה מנין, וע׳ מהרש״א שם ובראשונים). ותי׳ כר״י בן ברוקה א״נ בקנין גמור במתנת בריא מעכשיו אם אמות, וקרי ליה נחלה לפי שאינה קונה אלא לאחר מיתה, ע״כ. הנה מצינו מתנת בריא בקנין גמור, ומ״מ יש לה דיני מתנת שכ״מ (מה״ת) [כיון שאינה נגמרת (ע״י קיום התנאי) אלא לאחר מיתה].

ו) ולפ"ז יש ליישב קושית רעק"א בגליון הש"ס והגר"א (חו"מ רנ"ג ס"ק מ"ב) שהק' ארשב"ם, דא"כ דהו"ל מתנת בריא במקצת ובקנין גמור, אמאי קרי ליה מתנת שכ"מ ומ"ש מכל מוכר שטרות דמצי יורש מוחל, די"ל דלענין חלות הקנין אף דצריך קנין גמור, מ"מ כיון דהוי שכ"מ, דין זה (ודהתוס' קיג ע"ב) דמתנת שכ"מ יש בו, ולהכי אין היורש מוחל.

ז) ובהיכי תמצי השני, שכ' רשב"ם שמכר שטרו "ע"י קנין כדין כל מתנת שכ"מ במקצת" יש לדון בכוונתו, אי ר"ל דהיה קנין גמור דמהני וכמ"ש בהיכי תמצי השלישי, ואפ"ה אין היורש מוחל כנ"ל דלענין זה דאין יורש מוחל דין מתנת שכ"מ יש בו. ולפ"ז ס"ל לרשב"ם דמהני חליפין בשטרות, וזהו דקאמר דהיה קנין גמור דמהני, רק דיש בו ג"כ דין מתנת שכ"מ לענין אין יורש מוחל, כנ"ל. כן נראה שלמד מהרש"א (הנ"ל) בד' רשב"ם הללו, ולכן הניח דלא משכח"ל במקצת בלא קנין גמור. אכן, לפ"ז ס"ל לרשב"ם (קמז ע"ב) דחליפין מהני לקנין שטרות, וסותר דבריו הנ"ל (קנא ע"א), דס"ל כדעת ר"י גאון דלא מהני.

וגם יוצא לפ"ז דס"ל לרשב"ם דלא רק לענין דין נחלה (קיג ע"ב) (לשי' התוס'), אלא אף לענין דהוי כיורש ואין הבנים יכולים למחול, לשני אלה יש דין מתנת שכ"מ אף במקצת. אך לענין דבעי קנין, ולענין דאינו יכול לחזור בו, הוי כמתנת בריא.

ח) עויל"פ בכוונת רשב"ם בהיכי תמצי השני, שמכר שטרו ע"י קנין כדין כל מתנת שכ"מ במקצת, דר"ל דאף דהוי במקצת, מ"מ דין מתנת שכ"מ בו, ומהני אף במקום דלא מהני קנין בעלמא, דהיינו ע"י חליפין, דאף דבעלמא שטרות אין נקנין בחליפין (כדעת ר"י גאון וכדמוכח מדברי רשב"ם גופיה וכנ"ל), מ"מ כיון דעשה מעשה קנין, אף דלא מהני בענין זה, מ"מ יש בו דין דברי שכ"מ ככתו"מ. כן נראה שלמד רש"ש (הנ"ל) בד' רשב"ם הללו. וזוהי ראיתו לפירושו בד' הרשב"ם (קנא ע"א), דהוכיח דהרשב"ם איירי בהקנתה לעמרם בנה השטרות ע"י חליפין, ואף דהוי בשיור, ובעי קנין, מ"מ לענין שכ"מ סגי בקנין כל דהו. ואף דבעלמא אין שטרות נקנין בחליפין, הכא בשכ"מ שאני, וכדמסק' בהאי מעשה גופה דאף דבבריא לא מהני בשכ"מ מהני.

ולפ״ז אין סתירה ברשב״ם, ובכולהו דוכתי (קמז ע״ב, קנא ע״א) ס״ל דל״מ חליפין בשטרות, ורק בשכ״מ מהני (אפי׳ במקצת).

[אמנם, החידוש השני שברשב״ם (קמז ע״ב), דאף במתנת בריא גמורה, היכא דהוי שכ״מ יש לו דין מתנת שכ״מ לגבי שאין יורש מוחל, אכתי צריך ביאור (ומ״מ יש לפרשו עפ״י תוס׳ קיג ע״ב, וכנ״ל).]

ט) ובשו״ע חו״מ רנ״ג ס״כ ז״ל והא דאמרי׳ שזכה בחוב [בדין מתנת שכ״מ בדיבור בעלמא] בדלא שייר כלום, שאל״כ הויא מתנת שכ״מ במקצת ולא קניא אא״כ הקנה לו בקנין כו׳, ע״כ. והוא מד׳ הרשב״ם (קמז ע״ב).

ובגר״א (ס״ק מ״ב) ז״ל צ״ע דהא אין נקנה בחליפין [א״ה. מוכח דס״ל כמהרש״א דכוונת רשב״ם דהקנה קנין גמור – דמהני – דע״י חליפין נקנין שטרות] ורשב״ם ס״ל דנקנה דס״ל דנקנה במסירה לבד, כמ״ש עז ע״א. ועוד צ״ע על הרשב״ם דבמקצת מתנת בריא הוא ואמאי א״י למחול, עכ״ד. ובאמת צ״ע בשו״ע שסתם דמהני קנין אף דאיהו סבר (סי׳ ס״ו סעיף ד׳) דל״מ חליפין להקנות שטרות, וכקושית הגר״א הראשונה. [והקושיא השניה יישבנו לעיל עפ״י התוס׳ (קיג ע״ב).]

י) אכן, לפי הנ״ל, י״ל דדעת השו״ע דגם במתנת שכ״מ במקצת יש תקנת דברי שכ״מ, רק דבעי׳ שיעשה קנין, ואפי׳ קנין שאינו מועיל, ולהכי סתם הכא, בשכ״מ, דנקנה בחליפין – מדין דברי שכ״מ. שו״ר בגליוני הטור (אמש״כ ב״י בסי׳ רנ״ג סעיף ל״ו) בשם כנה״ג (הגב״י אות פ״ט) כדברינו, דאף במקצת יש לו דין מתנת שכ״מ דל״ב קנין המועיל, ודאין יורש מוחל.

יא) וב״ה מצאתי עוד מקורות ליסוד זה. הראשון, דבההוא מעשה דאמיה דרב עמרם חסידא, שאמרו האחים והא לא משך ולהכי לא יקנה (דאכתי לא פשיטא להו הך דינא דדברי שכ״מ ככתו״מ), וכי לית להו דריב״ב (קל ע״א) דהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה. וכן רב נחמן אמאי לא השיב להם מדר׳ יוחנן בן ברוקה.

ובנתיה״מ (רפ״א ס״ק ג׳) הוכיח מזה דריב״ב לא מהני להקנות דשלב״ל, והרי שט״ח חשיב דשלב״ל. והביא עוד ראיות ליסוד זה, וחלק

בזה אמש״כ בקצוה״ח (שם סק״ג) שמדינא דר׳ יוחנן בן ברוקה אינו יכול לחזור (דנעשה זה יורש גמור בכל הנכסים, ואז הו״ל מתנה עמש״כ בתורה), דלפי דבריו דדינא דריב״ב הוא דעושהו ליורשו, א״כ פשיטא דיורש גם דשלב״ל (ואכ״מ להאריך במחלוקת זו). ומ״מ לקצוה״ח יקשה כנ״ל אמאי לא דנו במעשה דאמיה דר״ע מדין ריב״ב, דהא מהני לדשלב״ל, וה״ה לשטרות.

עוד הקשה באו״ש (פ״ו ממכירה הי״א) דאף להנתיה״מ יקשה, דאליבא דמ״ד מכירת שטרות מהני מדאורייתא, א״כ ל״ה דשלב״ל, וא״כ הדק״ל אמאי לא דנוהו מדין ריב״ב. ותי׳ בשם מחנ״א, דל״א לדינא דריב״ב אלא במקנה כל נכסיו, והכא איירי במקצת, ע״כ. [ועיינתי בד׳ המחנ״א ולא ירדתי לכוונתו, לא בסברא ולא בדיוקו ברשב״ם (קכט ע״ב), ואכ״מ.]

מוכח דנקטו בפשיטות דסוגיין דאימיה דרב עמרם איירי במתנה במקצת, ואפ״ה אמרי׳ ד׳ שכ״מ ככתו״מ.

יב) עוד ראי׳, לענ״ד, מגמ׳ ערוכה (קנא ע״ב) בהא דפליגי אמוראי אי מתנת שכ״מ במקצת בעיא קנין או לא. איתיביה רבינא לרבא האומר תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי ומת לא יתנו לאחר מיתה, תנו מנה לפלוני ומת יתנו לאחר מיתה, וממאי דלא קנו מיניה, דומיא דגט מה גט דלאו בר קנין אף האי נמי דלא קנו מיניה כו׳, ע״כ. ופשטי׳ מינה (קודם דחיה דאיירי במצוה מחמת מיתה) דמתנת שכ״מ במקצת ל״ב קנין.

ובקצוה״ח (רנ״ג סק״ט [במהדורות ישנות סק״י]) הק׳ אמאי הוצרכו להוכיח דלא איירי בקנין, והלא אף בקנין ע״כ אינו מועיל הקנין, דאיירי במנה ואין מטבע נקנה חליפין, וא״כ ע״כ איירי בלא קנין כיון דאינו מעלה ולא מוריד, ואמאי הוצרכו לדייק ״דומיא דגט.״ וכ׳ דיש לפרש דאיירי בקנין אגב, וה״ק וממאי דבלא אגב דומיא דגט כו׳. שוב כתב שפירוש זה א״א לומר לרש״י דס״ל (גטין עז ע״ב) דקנין אגב מהני בגט, וא״כ ליכא למימר בגט לאו בר קנין הוא, וע״כ איירי׳ בחליפין דלא מהני בגט, אך צ״ע הרי בלא הדמיון לגט ל״מ חליפין במטבע, ונשאר בצ״ע, ע״ש (וע״ע בדבריו בסי׳ ר״ב ס״ק ד׳).

אמנם לפמ"ש לעיל עפ"י שו"ע, כנה"ג ורש"ש, א"ש בפשיטות דלעולם בחליפין איירי ומ"מ אף למ"ד במקצת בעיא קנין מ"מ ל"ב קנין המועיל. וה"ק, וממאי דבלא קנין כלל איירי, וראי' למ"ד דל"ב קנין כלל, דומיא דגט דלאו בר קנין. דאי לאו הדמיון לגט הוה אמרי' דאיירי בחליפין, ואף דאין מטבע נקנה בחליפין, ה"מ לבריא, אבל לשכ"מ (אף במתנה במקצת) מהני לכו"ע ואין מכאן ראי'. ולהכי הוצרכו לדמותו לגט, דהשתא איירי בלא שום קנין, והיא ראי' נפלאה.

יג) נמצא דאף דקיי"ל מתנת שכ"מ במקצת בעיא קנין ואם עמד אינו חוזר, לכמה מרבוותא אכתי אית ביה דין מתנת שכ"מ. והיינו לענין דל"ב קנין גמור המועיל, וכגון דמהני ביה חליפין בשטרות אף דבעלמא לא מהני. וגם מהני חליפין במעות אף דבעלמא לא מהני. וכן יש לו דין מתנת שכ"מ דאם מכר שטר, תו לית ביה דינא דיורש מוחל.

יד) ובאמת בגמ' (קנב ע"ב) כתב וזיכה לזה רב אמר ראשון קנה ושמואל אמר שני קנה, ומבואר ברשב"ם דאיירי בין בכתב בין בע"פ אך לא מסר השטר ולא עשה קנין. ושי' רב מבוארת דשייך לומר דבאמירה מהני, ואפ"ה א"י לחזור בו, ואף דלא קיי"ל הכי חזי' דשייך מקצת דיני שכ"מ אף דלגבי דינים אחרים היה כמתנת בריא.

הרב דוד אליהו הלוי הלמן
חבר הכולל העליון ע"ש וקסנר

ביאור היסוד דאין ספק מוציא מידי ודאי בירושה

דין בירושה

תנן (יבמות ק ע"א) "מי שלא שהתה אחר בעלה ג' חדשים ונישאת וילדה ואין ידוע אם בן ט' לראשון או בן ז' לאחרון... הוא אינו יורש אותם," אלא הבנים הידועים של כל איש ואיש יורשם (ונעי' לקמן אם ג"כ שאר יורשים). הגמ' (שם לז ע"ב) קובעת בזה כלל דאין ספק מוציא מידי ודאי, דאם יש ודאי יורש וספק יורש, הודאי לוקח הכל. תוס' (ב"מ ב ע"א ד"ה וזה) כבר הקשו דמאי שנא משנים אוחזים בטלית, זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי, דגם שם לכאורה יש אחד דכעל"פ יש לפחות חלק בטלית ויש ספק דאולי אין לו שום חלק בטלית, ואעפ"כ אין אומרים אסממ"ו, אלא חולקים ואחד לוקח ג' רבעים ושני לוקח רבע א'. ותירצו תוס' וז"ל "וי"ל דהתם יבם שהוא בנו של סבא הוי ודאי יורשו ולא יוציא הספק מספק ממונו, אבל הכא אין סברא מה שהוא ודאי בחציה שיועיל לו לחציה השני." ונראה דתוס' מחלקים בין ירושה לשאר קנינים, אבל כוונתם אינה ברורה לגמרי. ע"ע בריטב"א (יבמות לח ע"א ד"ה הוי) דכתב ג"כ דאסממ"ו שייך רק לירושה ולא לשאר קנינים, וגם הרמב"ם (נחלות ה:א) משמע כן.

ונראה דבשאר קנינים, אם יש שני שותפים בחפץ, וכ"ש כשיש שני בעלים נפרדים וכל אחד מחזיק בחלק מסוים בחפץ, אז הזכות בחלק אחד של החפץ אינו שייך כלל לזכות בחלק שני. לכן בשנים אוחזים בטלית אפילו אם רק אחד מהם טוען דיש לו הכל, הוא אינו מוחזק על הכל, דעל הצד שהשני גם הגביהה הטלית באותה רגע, יש לו זכות רק בחצי הטלית ותו לא. אבל בירושה נראה, וכן מקובל לומר, דאפילו אם יש ב' בנים שיורשים נכסי אביהם, וכל א' זוכה בחצי ירושה, אעפ"כ כל א' חשוב יורש על הכל, וכש"כ הגר"ח (שכנים ב:יא) וז"ל "הרי ברור דכל

אחד יש לו ירושה על כל מקצת ומקצת ואיך נימא דכח ירושתו של זה היינו רק על אותו חלק שנטל.״ ולא רק דיש לכל יורש סיבה לזכות בכל אם לא היה קיים השני (וכמו שראיתי בכמה מחברים), אלא דיש בפועל חלות ירושה לכל יורש על כל הנכסים. וזאת משום דחלות ירושה היא חלות בפני עצמה מלבד הזכייה וקנין בנכסים, וכמו שהוכחנו לעיל מכמה ראיות במאמרינו בענין גדר תפוסת הבית קודם חלוקה. ולכן ודאי יורש חשוב ודאי ומוחזק על הכל, דאפילו על הצד שיש עוד יורש, הודאי עדיין יש שם יורש וכח ירושה על הכל וזה עושהו כמוחזק על הכל. כן היה נראין הדברים בדרך כלל ובסקירה ראשונה, אבל נראה דיש מח׳ יסודית בגדר הדברים וכדנבאר בעה״י.

שיטת רש״י ורשב״ם

רשב״ם (קנח ע״ב ד״ה אלו) קובע ביורשים ״דכל היכא דאחד תובע את הכל והאחד תובע החצי הנה זה שתובע הכל קרוי ודאי הואיל והוי ודאי במקצת.״ ומבואר דכל יורש דיש ודאי זכייה במקצת הנכסים חשוב ודאי להיות המוחזק ועל השני להביאהראיה. וכן יוצא מרש״י (יבמות לז ע״ב ד״ה ספק, לח ע״א ד״ה הוי) וכן הבינו תוס׳ בדעתו (שם ושם). עפ״ז כותב רשב״ם דהמשנה (קנח ע״ב) של ״נפל הבית עליו ועל אמו אלו ואלו מודים שיחלוקו,״ כלומר דיורשי האם ויורשי הבן דהיינו אחיו מן האב חולקים בנכסי האם, איירי דוקא כשאין עוד בן לאם אלא אחים. דאם היה לה בן אחר, הוא היה ממ״נ נוטל לפחות חלק הנכסים וממילא היה חשוב יורש ודאי והיה נוטל הכל. דממ״נ, אם מת האם ראשון, הבן החי היה נוטל חצי, ובן המת ירש חצי והוריש לאחיו מן האב, ואם בן המת מת ראשון, הבן החי נוטל הכל. אלא צ״ל, כתב הרשב״ם, דאין לה בן אלא אח, ולכן אין לאח חלק ודאי, דאם מת האם ראשון אין לאח כלום דבנה היה יורשה לגמרי. מאידך גיסא, האח של בן המת ג״כ אין לו חלק ודאי בנכסי האם, דאם מת הבן ראשון לא ירש אמו ואין לאחיו כלום, וממילא אינו יורש ודאי והם חולקים הנכסים.

תוס׳ מקשים על היסוד של רש״י ורשב״ם מהמשנה (ריש ב״מ) דשנים אוחזים בטלית וזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי דלא

אומרים כיון דלראשון יש ודאי זכות לפחות בחציה דהוא מוחזק בכל, אלא חולקים ג׳ רבעים לראשון ורבע א׳ לשני. ועוד הקשו תוס׳ (ב״ב) ״דהלכתא בלא טעמא הוא שבשביל שהוא ודאי בחלק זה יהא ודאי בחלק אחר.״ עוד הקשו על רשב״ם דאיתא לקמן (קנט ע״ב) דכשנפל הבית עליו ועל אביו והיה עליו (דהיינו על הבן) בע״ח, אפילו כשהיה עוד בן לאב, אין אומרים דהבן החי חשוב ודאי כיון דיש לו לפחות חצי של נכסי האב ונוטל הכל, אלא הבן החי ובע״ח חולקים נכסי האב. לכן דחו תוס׳ את רש״י ורשב״ם וכתבו ״דלא שייך כאן כלל ספק ודאי״ כשנפל הבית עליו ועל אמו. ורק בכגון יבם וספק בנכסי סבא, כלומר יבם שהוא ודאי בן של הסבא וספק שהוא ספק אם הוא בן היבם או בן אח היבם שכבר מת, דהוא המקרה ביבמות (שם), שייך הכלל דאסממ״ו, דשם ״היבם הוא ודאי יורשו של סבא אבל ספק הוא ספק אם הוא יורשו כלל.״ וצ״ע בישוב שיטת רש״י ובהסבר שיטת תוס׳ ומחלוקתם.

כבר כתב המל״מ (נחלות ה:ו) לתרץ קושיות תוס׳, דרש״י סובר דודאי זכייה במקצת עושה מוחזקות על הכל רק בירושה, אבל בשנים אוחזים בטלית ושאר קנינים לא. אבל לכאורה זו אינה מתרצת הקושיא האחרונה של תוס׳ דבנפל הבית עליו ועל אמו, כתב רשב״ם, יש דין של אסממ״ו, אבל בנפל הבית עליו ועל אביו ויש לו בע״ח דחולקים. דגם שם הוא ספק בירושה, מי מת ראשון ומי ירש ממי, ואעפ״כ חולקים. והוא קושיא חזקה דלכאורה הוא ממש אותו ספק שאנו מסופקים כשנפל הבית מי מת ראשון האב/אם או הבן, ההבדל היא רק אם יש לבן עוד אחים מן האב שיורשו או אם יש לו בע״ח, אבל לכאורה אין זה נוגע למקור הספק. וכן העיר הגרש״ש (שיעורי הגרש״ר תלט) ונדחק ביישוב דעת רשב״ם.

אע״פ דשיטת רשב״ם קשה, באמת גם קשה להבין קושיות תוס׳, דגם תוס׳ צריכים לחלק בין ירושה לשאר זכיות, וכש״כ תוס׳ (ב״מ) מעצמם, וא״כ צ״ע מה היה קשה להם על דעת רש״י מהסוגיא של שנים אוחזים בטלית. ליישב הכל, נראה דיש לעי׳ בגדר המוחזקות של אסממ״ו.

מוחזקות של כח ירושה

רש״י (יבמות שם ד״ה ממון) כותב דיבם וספק, כלומר ודאי יבם וספק בן המת ספק בן היבם, חולקים בנכסי המת, ״דאין זה מוחזק בנכסי יותר מזה דאם זה בן המת אין ליבם בהן כלום ואם בן היבם הוא אין לו בהם כלום הלכך אין כאן מוציא מחבירו להטיל עליו הראיה.״ ומבואר דהמוחזקות של הודאי היא בגדר הממע״ה, דהיינו הודאי חשוב כמחזיק בנכסים ואנו רואין כאילו הספק רוצה להוציא מחזקתו, ולכן עליו הראיה. אבל לכאורה אינו מוחזק בנכסים, דהוי ספק השקול של מי שייך החצי השני שעליו אנו דנים.

אלא נראה דיש לחקור, דאפילו אם יש חלות ירושה מלבד הזכייה בנכסים, יש להסתפק אם החלות ירושה גורם זכייה ליורשים, אבל אחר הזכייה היורשים מחזיקים בנכסים כשאר קנינים והירושה היא רק בעבר ובגדר מאי דהוה הוה, או י״ל דאפילו לאחר שזוכים בנכסים, היורשים מחזיקים וזוכים בתורת יורשים וכח ירושה. במאמרינו בענין גדר תפוסת הבית הוכחנו דשיטת רש״י ורשב״ם הוא כצד השני, דאפילו לאחר שזוכים בנכסים, היורשים מחזיקים בתורת ירושה. ממילא יש לומר דלא רק דזכייתם בחלקם היא בגדר זכייה של ירושה, אלא דעדיין יש להם כח ירושה וחלות יורשים על הכל (לפחות עד חלוקה). לכן סובר רש״י דהודאי יורש חשוב מוחזק על כל הנכסים אפילו לאחר נפילת הירושה, דכיון דיש לו ודאי זכייה במקצת, ודאי יש לו עדיין כח ירושה על הכל. ואפילו אם יש עוד יורש, מכ״מ יש להודאי כח ירושה על הכל, וכח ירושה היא לעצמה קנין מסוים, דעי׳ במאמרינו בענין כח העובר בירושה דכתב הגר״ח (תרומות ח:ד) דחלות ירושה בלי זכייה בעצם חשוב קנין כספו להאכיל עבדים תרומה. ולכן הודאי חשוב המוחזק על הכל דאפילו עכשיו לאחר נפילת הירושה עדיין יש לו לפחות הקנין של חלות ירושה על הכל, אבל הספק אינו ברור אם יש לו שום קנין על הנכסים בכלל, וממילא הוא חשוב מוציא מחזקת הודאי וכחו על הנכסים וצריך להביא הראיה.

אבל תוס׳ סוברים כצד ראשון, וכן הוכחנו במאמרינו בענין גדר תפוסת הבית, דאין עוד חלות ירושה לאחר זכיית היורשים, והם מחזיקים בנכסי המת כשאר קנינים. לכן תוס׳ לא הבינו איך רש״י כותב דיש דין של

הממע״ה על הנכסים, דרואין הודאי עדיין מוחזק על הכל עכשיו אפילו לאחר נפילת הירושה. דלתוס׳ אין עוד חלות ירושה לאחר הנפילה, ויש רק זכות כל יורש על חלקו, וממילא אנו מסופקים אם יש לודאי זכות בכל הנכסים או רק על חציים ותו לא. דודאי תוס׳ ידעו דדין של אסממ״ו שייך רק לירושה (אלא דיש להם מהלך אחר בדברים וכדנבאר לקמן), אבל תוס׳ סברו דאין עוד דין ירושה לאחר זכיית היורשים בנכסים, וממילא אם כתב רש״י דיש דין של אסממ״ו אפילו לאחר נפילת הירושה, הם היו מוכרחים להבין דרש״י סובר דהכלל של אסממ״ו שייך בכל קנינים ולא רק ירושה, אע״פ דהוא הלכתא בלא טעמא.

לפ״ז יש לתרץ גם קושיית תוס׳ מנפל הבית עליו ועל אביו ויש עליו בע״ח. זכינו שיצא לאור עולם תשובה מן הרשב״ם (נדפס בסוף שיטת הקדמונים על ב״ב ח״ב) שבתוכו הוא מיישב קושיות תוס׳ על שיטתו, וכנראה שלזאת התשובה מרמז הרשב״ם בפירושו על הגמ׳ (קנח: ד״ה אלו). ושם מסביר הרשב״ם, דכשנפל הבית עליו ועל אביו ויש עליו בע״ח, אין אומרים דבן החי של האב חשוב ודאי בנכסי האב, ודלא כמו בנפל הבית עליו ועל אמו דאם היה עוד בן לאם הוה חשוב ודאי. וז״ל שם, ״אילו היה בע״ח זה בא בטענת ירושה לתבוע החצי, והבן החי יתבע הכל בחזקת ירושה, אז יהיה הבן יורש ודאי. אבל עכשיו שבא בחזקת טענת שטר חוב, ואשכחן דסבירא להו לב״ש כגבוי דמי, נמצא דבע״ח זה מוחזק בנכסים יפה, ואין לנו להפסידו, וכחו יפה משל יורש, ודי לנו אם יחלקו חלק הראוי למת ביניהם.״ ומבואר דרק כשהספק בא בטענת ירושה הוא חשוב המוציא ואין לו כלום, אבל כשבא בטענה אחרת כגון שטר חוב הוא חולק אם היורש הודאי. אבל קשה דאפילו אם הבע״ח בא בטענת שטר חוב על הבן המת, הוא ג״כ מוכרח לטעון דהאב מת ראשון והבן ירש חצי נכסי אביו. וא״כ גם טענת בע״ח מיוסד על טענה של ירושה, וצ״ע איך יכול להיות עדיף מאחר שטוען דהוא ירש מן הבן שירש מאביו. ג״כ צ״ע בכוונת רשב״ם דטענת בע״ח יפה מטענת יורש, דלכאורה ירושה היא טענה עדיפה שבאה ממילא מטענת שטר חוב שבאה מבחוץ.

ובהסבר הדברים נראה דלכל א׳ מן היורשים יש כח ירושה על הנכסים רק כל זמן שהם עדיין בתפוסת הבית ולא חלקו או מכרו חלק של הנכסים. אבל כשהיורשים מכרו חלק מן הירושה לאחר או דיורש אחד נטל

חלקו ואינו עוד בתפוסת הבית (וכ״ש אם עשו כל החלוקה), שוב א״א לומר דשאר היורשים עדיין יש להם כח ירושה על נכסים אלו. ולכן יש לחלק, דבנפל הבית עליו ועל אמו ויש לבן המת אחים מן האב ויש לאם עוד בן חי, הבן החי נחשב ודאי ונוטל הכל, דממ״נ יש לו עדיין ודאי כח ירושה על כל הנכסים. דאפילו אם האם מתה ראשון וירש בן המת והוריש לאחיו מן האב, כיון דכל הנכסים הם עדיין בתפוסת הבית ולא נתחלקו (דאחיו מן האב ירשו חלק של בן המת בתפוסת הבית של האם, עי׳ רשב״ם קכו. ד״ה קסבר ודנינו בדבריו במאמרינו בענין גדר תפוסת הבית), עדיין יש לבן החי כח ירושה בכל הנכסים. אבל אחיו מן האב של בן המת, אין להם שום זכות ודאי בנכסים, ולכן הם חשובים המוציאים ועליהם הראיה. אבל כשנפל הבית עליו ועל אביו ויש בע״ח על בן המת, כיון דלפי ב״ש שטר העומד לגבות כגבוי דמי, א״כ על הצד שהאב מת ראשון וירש בן המת, אנו רואין כאילו הבע״ח כבר טרף חובו והממון נמצא בידו. א״כ לענין דיני מוחזק הממון חשוב כאילו כבר ביד בע״ח, ושוב א״א לומר דעדיין יש לבן החי כח ירושה עליהם. דהוא כמו שמכר או עשה חלוקה על נכסים אלו דאינם עוד בתפוסת הבית, ולכן אין דין ודאי לבן החי נגד הבע״ח והם חולקין. וכל זה שייך לומר רק משום דלפי רש״י ורשב״ם המוחזקות נובעת מכח היורשים על הנכסים עכשיו, ואינו שייך למקור הספק, ולכן אפשר לחלק בין יורש שני לבע״ח, אע״פ דמקור הספק (מי מת ראשון) לא שנא. וגם אפשר לומר דיש מוחזקות של אסממ״ו עכשיו רק משום דלפי רש״י ורשב״ם יש כח ירושה ליורשים על כל הנכסים אפילו לאחר זכייתם, וכנ״ל.

שיטת תוס׳ והרא״ש

עי׳ בברכ״ש (ב״מ סי׳ ד׳) דהביא מהגר״ח ״דאין ספק מוציא מידי ודאי הוי ודאי.״ ועפ״ז מחלק הברכ״ש בין הדינים של אסממ״ו והממע״ה, ולכן סבר ריב״ש (שו״ת שלו) דמי שחייב להחזיר קרקע משום הממע״ה אינו חייב לשלם הפירות שאכל, אבל כשמחזיר קרקע משום אסממ״ו גם צריך לשלם בעד פירות שאכל. וצ״ע בחילוק ובהסבר הדברים.

הרא״ש (יבמות ד:ח) מפרש דכשהמשנה (ק ע״ב) אומרת דספק בן אינו יורש אביו מספק, זהו גם כשאין עוד בן לאב, ויש לו רק אח. דהיינו כשיש ודאי אח וספק בן ג״כ יש דין של ודאי לאח והוא נוטל הכל משום אסמ״ו. וברור דרש״י ורשב״ם חולקים על זה, דלשיטתם רק יורש שיש ודאי זכייה בחלק הנכסים חשוב ודאי יורש, אבל במקרה זה אין לאח ודאי זכייה דאם הספק הוא בן המת, אין לאח כלום. לשיטתו מקשה הרא״ש דבספק ויבם הגמ׳ (יבמות לז:) אומרת דחולקים, אבל צ״ע דדל מהכא היבום, הרי היבם הוא ודאי אח של מת והוא ודאי נגד הספק בן.[1] ותירץ הרא״ש דצריך לאוקמי הגמ׳ כשסבא קיים, ולכן היבם א״י לירש מדין אח, אלא מדין יבם, ולכן אע״פ שהוא ודאי אח אינו מועיל לו. המהרש״א (שם) ומהרש״ל (שם ד:ז) מקשים על רא״ש מסבא וספק בנכסי יבם דהדין הוא דחולקים, דיש להם טענות שוות, דאם ספק הוא בן היבם יש לו הכל, ואם הספק הוא בן המת כל נכסי היבם הם לסבא. אבל לפי הרא״ש צ״ע דהסבא הוא ודאי אב של המת והספק הוא רק ספק בן. וכמו שבודאי אח וספק בן כתב הרא״ש דהאח מוחזק בכל כודאי יורש, כמו כן הכא צ״ע למה הסבא שהוא ודאי אב אינו מוחזק בכל כודאי יורש. ומשום קושיא זו דחו מהרש״א ומהרש״ל דעת הרא״ש.

הקרני ראם (על המהרש״א) תירץ דדעת הרא״ש היא דשאני ספק ויבם, דכשמת המת כיון דהספק עדיין לא נולד ואין זכייה לעובר, ממילא הוחזקה הנחלה ביד היבם, אבל בסבא וספק בנכסי יבם י״ל דאיירי שכבר נולד הספק כשמת היבם. אבל עי׳ ברש״ש דהעיר דהרא״ש (יבמות ו:ד) פסק דיש זכייה לעובר וא״כ נפל תירוץ הקר״ר בבירא. הרש״ש עצמו תירץ דכיון דכשמת המת עדיין לא הוכר העובר של הספק ולא ידענו שנמצא, לכן הוחזקה הנחלה ביד היבם. אבל נראה דגם תירוץ זה אינו, דהלא הרא״ש הביא מקור לדבריו מהמשנה (ק:) דבספק בן היורשים הודאיים יורשים הכל, ולדעת הרא״ש אפילו אם הם אחים, נוטלים הכל מדין אסמ״ו. ושם לא איירי דוקא כשהספק בן עדיין לא נולד, אלא אפילו אם

---

[1] מבואר בדעת הרא״ש דיבם גם יכול ליירש מדין אח ולא רק מדין יבם. עי׳ בשיעורי הגרש״ר (יבמות תיא-תיב) דמוכיח דזה מחלוקת ראשונים.

כבר נולד האחים הם המוחזקים, וממילא הדרא קושיא לדוכתא. גם עי׳ פרישה (אה״ע קסג:יד) וב״ש (שם: י) שנדחקו בשיטת הרא״ש.

ובאמת כבר הקשה הרמב״ן כעין קושיא זו ותירץ דבספק וסבא בנכסי יבם ״ספק דשמעתין מן הראויין לירש במשפחה זו הוא, שהרי לפחות בן אחיו של יבם הוא, ואין מעכב עליו ירושתו אלא סבא זו, כשם שהוא מספק עליו ירושתו, כך הוא מספק שלו עליו, הילכך חולקין. אבל מה ששנינו (ק:) הוא לא יורש אותם מפני שהוחזקו נכסים לבני משפחה וזה ספק רחוק לגמרי.״ דהיינו, רק כשהספק הוא ספק רחוק לגמרי אינו נוטל כלום, אבל כשהוא ספק בן ספק בן אח, אע״פ דעל הצד שהוא בן אח אין לו כלום, אעפ״כ אינו חשוב ספק לאבד חלקו. וזה מתרץ קושיית הרמב״ן, אבל אינו מספיק לרא״ש, דכתב דבספק ויבם בנכסי מת היבם יש לו דין ודאי (ולכן עשה אוקימתא דהסבא קיים). וקשה דהספק אינו ספק רחוק לגמרי, דלפחות הוא בן אח של המת וא״כ לפי תירוץ הרמב״ן לכאורה אינו חשוב ספק נגד הודאי אח והיה צ״ל חולקין, ודלא כש״כ הרא״ש.

ונראה בהסבר הדברים, וכ״כ הגרא״ו (קובה״ע סי׳מ) דכוונת הרמב״ן היא דכשיש שם יורש ודאי לא׳ מן היורשים, ולשני יש רק ספק שם יורש הודאי זוכה בכל מדין אסממ״ו. ולכן כשיורש אחד הוא ספק רחוק לגמרי והשני הוא ודאי קרוב המת, השני חשוב ודאי ומוחזק בכל. אבל בסבא וספק בנכסי יבם, שניהם חשובים יורשים של היבם, דהסבא הוא אביו, והספק הוא או בן או בן אח, אבל שניהם ודאי יורשים וקרובים של המת. השאלה היא רק אם הספק הוא בן המת וממילא הוא קודם, או אם הוא בן אח של המת וממילא הסבא קודם. אבל ביבם וספק בנכסי מת, כתב הרא״ש דהיבם חשוב ודאי, דאע״פ דהספק הוא לפחות בן אח של המת, אבל על הצד שהוא בן אח אין לו שם יורש. וזאת משום דזכות ירושתו היה צ״ל ע״י משמוש ע״י אח המת שהוא אביו, אבל כיון דאח המת חי, אין שם יורש לבניו, דאין שם יורש לאיש שיורש המת ע״י משמוש ע״י עוד איש שעדיין חי שמפריד ומפסיק בינו לבין המת המוריש. לפ״ז מעיר הגרא״ו, דצריך לומר דס״ל לרא״ש והרמב״ן דאח יורש ישיר ולא ע״י משמוש ע״י אביו. דאם אח יורש במשמוש ע״י אביו, היה צ״ל דבספק וסבא בנכסי מת דסבא חשוב ודאי. דעל הצד שהספק הוא בן היבם

ולא בן המת, אין לו שם יורש דהכל בא מסבא החי, אבל מפורשת בגמ׳ דזה אינו והדין הוא דחולקין.[2] גם יש להעיר דלפ״ז יש להוכיח דאבי האב יורש ישיר מבן בנו ולא ע״י משמוש. דבסבא ויבם בנכסי ספק איתא בגמ׳ דחולקין, אבל על הצד דהוא בן היבם, אם הסבא ירש ע״י משמוש ע״י היבם, הרי אין שם יורש לסבא, והיה צ״ל דהיבם חשוב ודאי. אלא מוכרח דסבא יורש ישיר וממילא יש לו שם יורש ממ״נ וכמו היבם ולכן חולקין.[3]

חזקה על השם יורש

וביתר ביאור והסבר הדברים, נראה דבניגוד לרש״י דס״ל שהמוחזקות של אסממ״ו היא על הנכסים, לדעת הרא״ש ורמב״ן המוחזקות היא על השם יורש והיחס למת. דאם יש לאחד שם יורש ודאי, והשני ספק יורש, אפילו אם על הצד דהספק הוא יורש הוא יותר קדום מן הודאי, אעפ״כ הודאי מוחזק שיש לו שם יורש, אבל הספק אין לו שם יורש בודאי ולכן עליו להביא הראיה דגם יש לו חלות שם יורש.[4] ונראה דגם תוס׳ ס״ל הכי, ולכן ס״ל דאסממ״ו אינו שייך למקרה של נפל הבית עליו ועל אמו. דלתוס׳ הכלל של אסממ״ו מועיל רק להכריע מי הקרוב למת ולמי יש שם יורש, אבל לשאר ספיקות אינו מועיל. ולכן במקרה של נפל הבית עליו ועל אמו דהכל יודעים מי קרוב למי והספק היא רק מי מת

---

[2] וכבר העיר הגרש״ר (שיעורים תטז וחידושים כד:ה) דזה סותר דברי הרמב״ן על התורה (במדבר כז:טו) דאח יורש ע״י משמוש, וציין לשו״ת אב״נ (אה״ע רכט) דגם הקשה כן.

[3] עי׳ מל״מ (נחלות ה:ח) דהביא מהמהרח״ש לא כן, דאע״פ דבן בנו יכול לומר במקום אב קאימנא, הזקן א״י לומר במקום בני קאימנא, וע״ע שיעורי הגרש״ר (ב״ב לו).

[4] עי׳ בקובה״ע (מ:ז) דפירש דהמחלוקת ראשונים אם יש דין ודאי לאח במקום ספק בן תלוי על אם יש שם יורש ליורש מאוחר במקום יורש קדום, אבל לדברינו אינו מוכרח ובאמת נראה די״ל דכעל״פ דיש שם יורש ליורש מאוחר. וע״ש בשאר ראיותיו, אבל יש לחלק בין הנושאים דאפילו אם יש שם יורש ליורש מאוחר, זה רק לגבי היחס למת, אבל בודאי אין ליורש מאוחר כח ירושה על הנכסים במקום יורש קדום, כדנרמז לזה בסוף המאמר. גם עי׳ בהע׳ 224 על חי׳ הריטב״א שם ביבמות דהוא מוכרח לחלק בין הנושאים שהביא הגרא״ו, וכתבנו מהשנ״ל.

ראשון, ולזה הכלל של אסממ״ו אינו מועיל כלום. וזה בניגוד לרש״י, דס״ל דהודאי יורש, דהיינו מי שיש ודאי זכות במקצת הנכסים, יש לו ודאי כח ירושה על כל הנכסים, ולכן יכול לטעון דהוא מוחזק על הנכסים. דלרש״י המוחזקות של אסממ״ו שייך לכל ספיקות, בין לספק של מי הקרוב בין לספק של מי מת ראשון, דזה כמו כל מוחזק של הממע״ה, דכיון דהוא מוחזק על הנכסים, על האחר להביא הראיה, אע״פ דהמוחזקות אינה מכריעה או מתיחסת לעצם הספק. אבל לתוס׳ והרא״ש והרמב״ן אסממ״ו אינו דין של הממע״ה על הנכסים, אלא היא מוחזקת על מי הקרוב ולמי יש שם יורש, ולכן אינו מועיל לשאר ספיקות, ולמקרה של נפל הבית עליו ועל אמו ״אינו שייך כלל״ (לשון תוס׳).

עפ״ז יש להבין חילוק של הברכ״ש, דלרש״י אסממ״ו היא כמו הממע״ה ואינו מכריע עצם הספק, אבל לתוס׳ ורא״ש הכלל של אסממ״ו מתיחס לעצם הספק של מי הקרוב ומכריעו. ולכן מסתבר לחלק כריב״ש ולומר דכשאדם מחזיק שדהו משום הממע״ה אינו יכול להוציא פירות שאכל, דיש לו מוחזקות על הקרקע כיון דהוא המרא קמא וממילא האחר אינו יכול להוציא ממנו השדה בלי ראיה. אבל מאידך גיסא הדין של הממע״ה אינו נותן לו הכח להוציא הפירות שאכל השני, דיש לו מוחזקות רק על החפצא של הקרקע ולא יותר. אבל כשמחזיק בשדהו משום אסממ״ו יש הכרעה על עצם הספק דהוא הקרוב ליורש ולא האחר, וממילא א״א להפריד בין הקרקע והפירות ויש לו הכל.

כבר בארנו דתוס׳ דחה רש״י משום דסברו תוס׳ דאין חלות ירושה לאחר זכיית היורשים, ולכן לא היה אפשר להם לפרש כרש״י דיש מוחזקות על הנכסים גם לאחר שכל יורש זכה בחלקו. ואפשר דרש״י לא למד כתוס׳ משום דלא רצה לעשות האוקימתא של הרא״ש דהסבא קיים במקרה של יבם וספק בנכסי מת. אבל גם נראה די״ל דרש״י סבר דא״א לומר דיש דין מוחזק על השם יורש בלי קשר לזכייה בנכסים כדכתבנו בדעת תוס׳. דשם יורש של אחד אינו מגרע משם יורש של שני, דכל אחד הוא יורש גמור. לכן אח ודאי א״א לטעון דהוא יורש והספק בן צריך להביא ראיה, דהבן אינו חשוב מוציא לענין זה, דאפילו אם הספק בן הוא באמת בן המת ויש לו שם יורש, זה אינו מגרע שם יורש של האח. וא״כ א״א להיות דין מוחזק, אם השני לא חשוב מוציא. לכן סבר רש״י דדין

אסממ״ו אינו שייך לחלות שם יורש אלא הוא מוחזקות על הנכסים לאחר הזכייה בהם, דאז יש דין של מוחזק ומוציא להטיל על הספק הראיה.

אמנם עדיין צריך להוסיף עוד נופח חשוב בהסבר שיטת תוס׳ ורא״ש. כבר הסברנו דדין אסממ״ו שייך כשיש ודאי יורש וספק שהוא ספק יורש ספק רחוק, אבל מוכרח דיש עוד ציור. איתא (יבמות שם) דבספק ובני יבם בנכסי יבם הבני יבם חשובים ודאיים ונוטלים הכל משום אסממ״ו, אבל קשה דהספק ג״כ ודאי יורש של היבם, או דהוא בנו או דהוא בן אחיו, וא״כ לתוס׳ ורא״ש צ״ע למה הבני יבם חשובים כודאי (דלרש״י ניחא דיש להם ודאי זכות בחלק הנכסים והספק אין לו). ג״כ קשה בספק ויבם בנכסי סבא דהיבם חשוב ודאי (גם זה שם), אע״פ דלכאורה הספק הוא ג״כ ודאי יורש של הסבא כיון דבן הבן יורש ישיר מזקנו. וצ״ל דגם לתוס׳ ורא״ש יש דין שאם יש יורש שמוחזק להיות יורש בפועל כשמת המוריש, ויש עוד יורש שהוא ספק אם הוא יירש חלק בנכסים או לא, אע״פ דבודאי יש לו שם יורש, אעפ״כ היורש שמוחזק לירש בפועל חשוב ודאי ואסממ״ו. דא״א לומר דתוס׳ והרא״ש גם מודים לדין אסממ״ו של רש״י ורשב״ם דמי שיש ודאי זכות בחלק הנכסים מוחזק על כן הנכסים, דתוס׳ דחה שיטת רש״י כמילתא בלי טעמא, וגם חלק עליו במקרה של נפל הבית עליו ועל אמו וכתב דאסממ״ו אינו שייך שם אע״פ דגם שם יש לבן האם ודאי זכות בנכסים וכדנתבאר לעיל. א״כ צ״ע בגדר דין שני זה של תוס׳ ורא״ש ונבארו ביתר ביאור לקמן.

טומטום ובת

הנה נחלקו הרמב״ם (נחלות ה:א) והרא״ש (ט:ד) בענין חלוקת הירושה כשיש טומטום ובת. הרא״ש ס״ל דיש לטומטום ג׳ רבעים ולבת רבע א׳, ולכאורה זה מובן דודאי יש לטומטום חלק דלפחות הוא בת, ועל הצד דהוא בן יש לו הכל, לכן חולקים החצי השני. הרמב״ם פסק דחולקים בשוה חצי לטומטום וחצי לבת. וקודם שנבאר מחלוקתם יש להקדים קושיית רעק״א.

מקשה רעק״א (תוס׳ רעק״א על משניות ב״ב ל״ט) על הרא״ש והרמב״ם דלמה לא אומרים דהטומטום הוא ודאי יורש דממ״נ יש לו זכייה

ושם יורש דאם הוא זכר יש לו הכל ואם הוא בת יש לו חצי, והבת היא ספק ואסממ״ו, ונשאר גרעק״א בצלע״ג. ובסקירה ראשונה הקושיא תמוהה ביותר, דלכאורה היא גמ׳ מפורשת דאין דין ודאי ע״י ממ״נ. איתא (יבמות שם) דבספק ובני יבם בנכסי מת (כשהיבם ג״כ מת) היה סבור רבנן דיש לספק דין ודאי דממ״נ הוא יורש, או הוא בן המת ויש לו הכל, או הוא בן היבם ויש לו חלק עם שאר בני היבם, ובסוף אמר רב משרשיא דאינו חשוב ודאי אלא ספק. ופירש רש״י (שם לח ע״א ד״ה הוי) דאע״ג ״דאית ליה זכייה בנכסים ממ״נ אפילו הכי לא חשוב ודאי דלא ידע מכח מי הוא בא לירש.״ דהיינו אין דין ודאי ע״י ממ״נ. ושוב מצאתי דהגרא״ו (שיעורים על ב״ב הנמ״ח בענין טומטום ובת) תירץ קושיית גרעק״א הכי ע״פ גמ׳ הנ״ל, אבל לכאורה הוא דבר שא״א שנעלם מעיני מאור הגולה הגרעק״א גמ׳ מפורשת בעיקר הסוגיא של אסממ״ו.

אבל באמת נראה דלפי מה שביארנו בדעת תוס׳ והרא״ש אין שום ראיה מגמ׳ הנ״ל של ספק ובני יבם בנכסי המת. דלתוס׳ ורא״ש יש דין אסממ״ו רק כשיש ודאי יורש עם ספק יורש והמחלוקת ביניהם מי היורש וכנ״ל. אבל בנידון זה, כשמת המת והיה חולקים הספק ויבם, הספק לא היה ודאי יורש, להיפך היבם היה ודאי יורש (אם אין סבא קיים), וכשמת היבם, הספק ובני יבם שניהם ודאי יורשים של הסבא. וא״כ לדעת תוס׳ ורא״ש אין מקום להחשיב הספק בן המת כדין ודאי. רק לרש״י היה צ״ל לספק דין ודאי דיש לו ודאי זכות בחלק הנכסים. דלרש״י יש טעם לומר דאפשר לצרף אופנים שונים ליצור מוחזקות על הנכסים כיון דסוף סוף יש לו ודאי זכות בהם, ולכן רש״י היה מוכרח ללמוד דהגמ׳ מחדשת פה דאין דין מוחזקות של ודאי ע״י ממ״נ. אבל לתוס׳ ורא״ש דאסממ״ו מתיחס לשם יורש ולא לנכסים, אין שום טעם להחשיב הספק כודאי בניגוד לבני יבם, ואפילו ע״י ציור של ממ״נ. ובאמת כתב תוס׳ רא״ש (שם) לאחר שדחה רש״י וז״ל ״השתא לא דמי להיא דרב משרשיא דלעיל כלל.״ דהיינו רש״י מוכרח לחדש יסוד דאין דין ודאי ע״י ממ״נ, אבל לתוס׳ ורא״ש אין מקום לדין ודאי הכא כלל ואין מקור לחדש דאין דין ודאי ע״י ממ״נ מגמ׳ זו.

ונראה דכן הבין גרעק״א ולכן הקשה למה אין דין ודאי לטומטום נגד בת כיון דממ״נ הטומטום יורש. ובאמת יש לחזק קושיתו, דהסברנו

ע"פ הרמב"ן בדעת תוס' והרא"ש, דרק ספק שהוא ספק רחוק לגמרי חשוב ספק, אבל ספק שהוא ודאי יורש רק הוא ספק אם הוא בן או בן אח, אינו חשוב ספק נגד הודאי אלא הוא גם כן ודאי דממ"נ יש לו שם יורש ג"כ. ומבואר דיש חלות שם יורש ע"י ממ"נ לדעת תוס' והרא"ש. ואין לתרץ קושיית רעק"א דהבת ג"כ יש לה שם יורש אפילו אם הטומטום הוא זכר ולכן אין דין של אסממ"ו, דכבר הוכחנו לעיל דאם יש יורש דמוחזק לירש בפועל כשמת המוריש, ויש עוד יורש דאינו ודאי שיירש בפועל, דהראשון חשוב ודאי והשני ספק אפילו לדעת תוס' והרא"ש. א"כ באמת קשה קושיית רעק"א, דהטומטום ממ"נ מוחזק לירש בפועל, והבת ספק לירש, וא"כ צ"ע למה אין דין של אסממ"ו במקרה של טומטום ובת לרא"ש ותוס'.

יישוב קושיית הגרעק"א

לכן נראה דלתוס' והרא"ש רק בדין הראשון של אסממ"ו – כשיש אחד שמוחזק שיש לו חלות שם יורש והשני ספק יורש ספק רחוק – מועיל שם יורש ע"י ממ"נ. דלזה באמת אין ממ"נ, יש רק חלות שם כללי של יורש בכלל, ולהיות מוחזק שהוא "מן הראויין לירש במשפחה זו" (לשון רמב"ן ביבמות). ולזה ממ"נ מועיל דאין חלות נפרדת לכל סוג של יורש, אלא יש חלות להיות מן המשפחה. וכשיש אחד שהוא בודאי מן המשפחה ויש ספק דאינו ודאי מן המשפחה, הודאי חשוב כמוחזק ואסממ"ו.

אבל בדין השני של אסממ"ו לתוס' והרא"ש נראה דממ"נ אינו מועיל. הוכחנו דלתוס' והרא"ש יש גם דין ודאי, אם אחד מן היורשים ודאי יזכה בחלק הנכסים. אבל מוחזקות זו אינו נובעת משום דיהיה לו זכייה בנכסים, דלתוס' והרא"ש אין מעלה או עדיפות בזכייה בחלק של הנכסים לשאר הנכסים וכדנתבאר לעיל. אלא נראה דהסברנו דלתוס' ורא"ש כשיש ודאי יורש ויש ספק שרוצה לטעון דהוא ג"כ יורש, עליו להביא הראיה, דלהוסיף עוד יורש חשוב הוצאה מן הודאי יורש. כמו"כ אם יש ודאי בן (או שאר יורש) ויש ספק שהוא ספק בן ספק בן אח, דהבן הודאי חשוב מוחזק שהוא בן המת, והספק בן צריך להביא ראיה דהוא

ג״כ בן. דהודאי מוחזק להיות הבן היחיד ולהוסיף עוד בן צריך ראיה כמו שצריך להביא ראיה להוסיף עוד יורש בכלל. ולפ״ז שני הדינים של אסממ״ו בדעת תוס׳ ורא״ש באמת אחד הם. דהם סוברים דיש דין מוחזקות על היחס למת. וא״כ יכול להיות מוחזקות על היחס הכללי להיות יורש (״מן המשפחה״), וג״כ יכול להיות מוחזקות על יחס פרטי כגון להיות בן המת או אחיו. ואם השני אין לו בודאי אותה דרגה של קורבה, ממילא יש לראשון דין ודאי, ואסממ״ו.

לכן בטומטום ובת, לפי שיטת רש״י ורשב״ם יש לטומטום דין ודאי ונוטל הכל דיש לו ודאי זכות בחלק הנכסים, ויש לבת רק ספק זכות בנכסים. אבל לשיטת תוס׳ והרא״ש, אין לטומטום חלות שם יורש בן בודאי, אלא הוא מוחזק רק להיות לפחות בת, אבל לזה גם הודאי בת מוחזק להיות לפחות בת. שניהם מוחזקין דיש להם בודאי חלות שם יורש שהם מן המשפחה, אבל אין אחד מהם מוחזק בודאי להיות קשור למת בקורבה יותר קרוב. לתוס׳ והרא״ש המוחזקות של אסממ״ו נובעת או מחלות יורש כללי (״מן המשפחה״) או מחלות יורש של יחס מסוים, ולזה אין עדיפות לטומטום יותר מבת, שניהם מן המשפחה ושניהם לפחות בת. ובניגוד לרש״י, הודאי זכייה של הטומטום אינו עושה מוחזקות לתוס׳ והרא״ש, וממילא אין דין של אסממ״ו, אלא חולקין, וכמ״ש הרא״ש, ומיושבת קושיית הגרעק״א.

פסק התמוה של הרמב״ם

ועכשיו שהסברנו דאין דין ודאי לטומטום, יש לעי׳ במח׳ הרמב״ם והרא״ש. ולכאורה שיטת הרא״ש מובנת, דכיון דאין דין ודאי ממילא חולקים הנכסים שהם בספק, והוא החצי השני, דיש לטומטום חצי ראשון בודאי, וממילא יש לטומטום ג׳ חלקים ולבת חלק א׳. אבל שיטת הרמב״ם דחולקים בשוה קשה, דצ״ע במה יש לחלוק על שיטת הרא״ש. בקו״ש (תע) הובא בשם הגרנ״ט דרמב״ם ס״ל דבודאי אח וספק בן יש דין אסממ״ו, וממילא בנידון זה הבת היא ודאי בת לזכות בחצי השני ואין טומטום דהוא ספק בן יכול להוציא מידה. והגרא״ו כבר דחה דבריו דהרא״ש עצמו הוא בעל השיטה דיש דין ודאי לאח במקום ספק בן, וא״כ

וקשה דידיה אדידיה, אלא צ״ל דשיטת תוס׳ שייך רק כשיש ודאי יורש וספק יורש, וכדבארנו באריכות לעיל. לכן טומטום ובת דשניהם יורשים בודאי אינו שייך כלל לשיטת תוס׳ ורא״ש.

אלא נ״ל דפסק זו של הרמב״ם שייך לעוד שיטה של הרמב״ם. איתא (יבמות לח ע״א) דבספק ובני יבם בנכסי סבא חולקים, ופירשה הגמ׳ דהשליש דכו״ע מודו דשייך לספק הוא נוטל (אם נניח דיש ב׳ בני יבם אחרים) וחצי דכו״ע מודו דשייך לבני יבם הם נוטלים, ושתות הנשאר, דעליו הוא הספק, הם חולקים. וגם איתא (שם לז ע״ב) דספק ובני יבם בנכסי המת חולקים, אבל לא פירשה הגמ׳ החלוקה. רש״י (ד״ה בנכסי) פירש וז״ל ״ההיא מנתא דקמודו ליה שקיל ואידך הוי ממון המוטל בספק וחולקין, הוא [הספק] נוטל החצי ודין כולן החצי.״ דהיינו, חולקים רק הממון המוטל בספק, וכן פרשו שאר הראשונים. אבל הרמב״ם (ה:ד) פסק וז״ל ״חולקין בשוה הספק מחצה ובני יבם הודאין מחצה.״ גם הכא ס״ל לרמב״ם דחולקים הכל, ולא רק הממון המוטל בספק.

ולכאורה, פסק זו לגבי ספק ובני יבם תמוה יותר מפסק הרמב״ם לגבי טומטום ובת, דהכא החילוק של חצי לספק וחצי לבני יבם הודאין אינו מקביל לשום אפשרות במציאות, דא״א להיות שבאמת יש לספק חצי הנכסים, וגם אינו חלוקה של פשרה ששוה בין שום שני אפשריות. וקשה לא רק משום דפסק הרמב״ם חולקים הכל, ולא רק החלק שהוא מוטל בספק, אלא קשה גם עצם החלוקה של הרמב״ם. רמב״ם פוסק דספק נוטל חצי ובני יבם הודאין חצי, אבל על הצד דטענת בני יבם אמת, אין טענתם דהם יטלו הכל, אלא דכולם, ובכללם הספק, נוטל הכל. וא״כ גם החלוקה צ״ל דהספק נוטל חצי (אם הוא צודק), וכל היורשים, גם הספק וגם הבני יבם נוטל החצי השני (אם הם צודקים), וכמו שבאמת כתב רש״י (אלא דהוא כתב דחולקים כן רק הממון המוטל בספק ולא הכל). גם צ״ע על פסק הרמב״ם דמאי שנא ספק ובני יבם בנכסי מת דחולקין הכל בשוה, מספק ובני יבם בנכסי סבא דחולקין רק הממון המוטל בספק וכמו שאיתא מפורש בגמ׳, וכן פסק הרמב״ם (ה:ה). עי׳ בט״ז (אה״ע קסג:ה) דכתב ״דא״א ליישב״ דעת הרמב״ם. הב״ש (שם:ז) והמגיה על הט״ז נדחקו לתרץ דעת הרבמ״ם, אבל דבריהם אינם ברורים לי, ועי׳ בחזו״א (אה״ע קיט:ג) דגם דחה דבריהם והסיק עם ״ואולי כוונת הרמב״ם שחולקין בשוה

היינו נכסים המסופקים אבל הספק נוטל חלקו הודאי מקדם.״ אבל מבואר לכל דאין זה משמעות הרמב״ם.

אלא נראה דרמב״ם חילק בין דין של ספק ובני יבם בנכסי סבא לספק ובני יבם בנכסי מת. דבספק ובנ״י בנכסי סבא, בודאי יש לכולם שם יורש, ובודאי יש לכולם זכייה במקצת הנכסים. ועוד יותר, כולם בודאי בני בנים של המת שהם יורשים ישירים שלו דמכח אבוה דאבא קאתיין, והם חולקים רק באופן ושיעור של חלוקת הנכסים וזכייתם בם. בזה ס״ל לרמב״ם דהוא דומה לשאר ספק בממון בלי חזקה דחולקים, דטענות הבעלי דין מתיחסים לשיעור זכייתם בנכסים, ובזכייה יש לחלק ולתת חצי כל טענה. לכן נותנים שליש לספק (אם יש ב׳ בני יבם) וחצי לבני יבם וחולקים רק השתות דהוא הממון המוטל בספק. אבל בספק ובני יבם בנכסי המת, הם אינם חולקים רק בסדר ושיעור החלוקה, אלא הם חולקים על החלות שם יורש שלהם. הספק טוען דהוא בן והם בני אח, ובני יבם טוענין דגם הוא בן אח. וס״ל לרמב״ם דממון המוטל בספק אינו שייך לזה, דאע״פ דאפשר לחלוק ולתת לבע״ד חצי שיעור של טענתו בזכייה בנכסים, אבל א״א לתת לו חצי שיעור של שם יורש, דא״א להיות חצי בן. לכן ס״ל לרמב״ם דכיון דא״א לקבל חצי כל טענה, אופן החלוקה היא דמקבלים טענת כל בע״ד על חצי הנכסים. לכן אנו מקבלים טענת הספק דהוא בן המת על חצי הנכסים והוא נוטלם, ומקבלים טענת הבני יבם על החצי השני והם נוטלם. ואע״פ דלפי טענתם הוא ג״כ יקבל חלק בחצי שלהם, ס״ל לרמב״ם דא״א לתת לספק גם מצד דהוא בן היבם דהוא לא טען הכי. וגם אין לומר דהם לא טענו רק ב׳ שלישים ואיך הם יקבלו כל החצי, דזה אינו דהם לא טענו דיש להם זכייה בנכסים, אלא דיש להם שם יורש משום בן אח. וכיון דבעצם זה נותן להם כח לזכות בכל הנכסים אם אין עוד יורש, לכן מקבלים טענתם דהם בני אח על החצי וממילא הם זוכים בכל החצי, דהספק כבר קיבל חלקו.

ולפ״ז נראה דרמב״ם הולך לשיטתו בדין טומטום ובת. דגם שם הם חולקים על השם יורש של הטומטום, אם הוא בן או בת, ולכן ס״ל לרמב״ם דהכלל הרגיל של ממון המוטל בספק חולקין אינו שייך. גם שם אנו מקבלים טענת הטומטום דהוא בן על חצי, ומקבלים טענת הבת על החצי השני. ואע״פ דלפי טענת הבת, גם יש לטומטום חצי בחלקה, מכ״מ

כיון דהוא לא טען דהוא בת אלא דהוא בן א״א לזכותו משני צדדים וכדנתבאר לעיל, וממילא הם חולקים בשוה וכדפסק הרמב״ם.

דעת השו״ע וגדר קדימת בן לבת

שוב שמחתי לראות במרחשת (ח״ב לט:א) דגם קישר שני פסקי רמב״ם האלו, והסביר הדברים כעין מש״כ. אבל העיר המרחשת דהשו״ע חילק בין הדינים, דפסק (חו״מ רפ:ח) כרמב״ם בטומטום ובת דחולקים בשוה ולא הביא דעת הרא״ש בכלל, אבל לגבי ספק ובני יבם בנכסי המת השו״ע הביא דעת שאר ראשונים דחולקים רק הממון המוטל בספק בדעה סתם, והביא דעת הרמב״ם דחולקים הכל רק כי״א. ונראה דבזה נוטה דעת השו״ע נגד הרמב״ם. אבל לדברינו שני הפסקים הם מאותו יסוד, וצ״ל דהשו״ע הבין באופן אחר. וע׳ בסמ״ע (שם) דפירש דאין לטומטום יותר מחצי ״ולא אמרינן דעדיפא כחו דילמא הוא זכר דהמוציא מחבירו עליו הראיה,״ וממילא גם הבת מקבלת החצי שטוענת. אבל צ״ע מה החילוק דבת נגד טומטום חשובה מוחזקת ומקבלת כל טענתה, אבל בני יבם נגד ספק בנכסי מת אינם מוחזקים והספק נוטל גם חצי טענתו דהוא בן המת.

ונראה דאפשר לומר בדעת השו״ע דקדימות של בן על הבת שונה מבן על אח או שאר יורשים. דבמקום שיש יורש יותר קרוב אין ליורש מאוחר שום כח ירושה על הנכסים לזכות בהם (ואפילו אם יש לו חלות שם יורש לגבי יחסו לגברא שמת). וכן כשיש הרבה יורשים שוים כגון הרבה בנים, ביאר הגר״ח (תרומות שם) וז״ל ״יש לכל אחד זכות ירושה על כל הנכסים, אלא דכל אחד זוכה בנכסים ומעכבים זה את זה שלא יזכה כל אחד בכל הנכסים.״ דהיינו, זכות כל יורש ממעט עצם זכות השני. אבל לגבי בן ובת דיש להם אותה דרגת קורבה, בעצם גם לבת יש כח ירושה על הנכסים וגם היה צ״ל שיש לה הכח לזכות בהם, אלא דיש דין קדימה בדיני החלוקה דהבן הוא הזוכה ונוטל הכל במקום הבת.[5]

---

[5] עי׳ בשיעורי הגרש״ר (ב״ב תכ) דגם חילק בין קדימות הבן על הבת ובין שאר היורשים להסביר עוד דינים, אלא דהוא כתב לפי דרכו בסוגיא ואנו לפי דרכינו.

לכן ס״ל לשו״ע דבספק ובני יבם בנכסי המת, אם הספק הוא בן המת אין לבני יבם שום כח ירושה על הנכסים, ואם הספק הוא בן היבם יש לו זכות רק בשליש ותו לא. ומשום הכי אין אחד מהם מוחזק יותר מהשני על הנכסים שהם בספק דכל אחד טוען שאין לשני שום זכות בהם. אבל בטומטום ובת דכיון דבעצם יש כח ירושה לבת לזכות בנכסים, אלא דהטומטום טוען דהוא בן ויש לו דין קדימה לזכות קודם הבת, לזה אנו רואין דהבת חשובה מוחזקת והראיה היא על הטומטום. דא״א לומר דאם הטומטום הוא בן אין לבת שום כח לזכות בהם. דבעצם יש כח ירושה וכח לזכות לבת במקום בן, אלא דחידשה הקרא דיש לבן דין קדימה. ובאמת כל מקום שבן יורש במקום בת, הוי כעין הוצאה מזכותה, כיון דגם יש לה כח ירושה לזכות בנכסים. לכן ס״ל לשו״ע לחלק, דבספק ובני יבם אין מוחזק, דכל אחד טוען דאין לשני שום זכות בנכסים המסופקים, וממילא הם חולקין. אבל בטומטום ובת, אנו רואין הבת כמוחזקת כיון דבאמת יש לה כח לזכות בנכסים, והטומטום שטוען שהוא בן ויש לו דין קדימה אנו רואין כמוציא מן הבת ועליו הראיה. וממילא אין חולקין הממון המוטל בספק, אלא הבת מקבלת כל טענתה שיש לה חצי הנכסים, וכפסק של השו״ע.

The Method of Bequest of Rabbi Yochanan ben Brokah
Rabbi Aaron Kraft 459

Regarding Inheritance of Proscribed Goods and Related Matters
Rabbi Etan Schnall 478

Acquisition of Usufruct Rights and Acquisition of Property
Rabbi Yosef Chaim Yanetz 493

Inheritance Rights of a Fetus
Rabbi David Hellman 511

Gifts of a Terminally Ill Person as Bequeathal
Rabbi Jonathan Chambre 529

Partially-Termed Gifts of the Terminally Ill
Rabbi Avraham Sarfaty 548

The Concept of "A Certainty Overrules a Doubt" in the Laws of Inheritance
Rabbi David Hellman 554

The Rights of the Firstborn and Other Sons Prior to the Division of the Estate
Rabbi Jonathan Cohen 277

Inheritance of Actual and Potential Property by the Firstborn and Husband
Rabbi Akiva Koenigsberg.....314

Defining the Status of the Estate Before Division
Rabbi David Hellman 329

Contractual Stipulations in Violation of Torah Law
Rabbi Simon Baselely.....343

The Laws of Gentile Inheritance
Rabbi Jacob Sasson.....354

Credibility of a Single Witness in Cases of Personal Status: Non-Testimonial Depositions and Doubt Resolutions
Rabbi Raphael Stohl 365

The Unique Credibility of a Father
Rabbi Moshe Stavsky 390

Recognitional Testimony and Further Discussion of Non-Testimonial Depositions in Personal Status Cases
Rabbi Raphael Stohl 407

Legal Status of a Dying Individual
Rabbi Elon Soniker.....438

Immediate Retraction and Modification of Legal Declarations
Rabbi Andrew Markowitz 451

Essays of the Kollel Fellows

Inheritance of the Husband
Rabbi Akiva Block 105

The Covenant of Abraham and the Inheritance of Converts in the Land of Israel
Rabbi Baruch Dov Braun 123

Burial and Corpse-Impurity
Rabbi Rafael Rosenblum..... 155

The Prohibition of Levites Receiving an Inheritance in the Land of Israel
Rabbi Yoni Levin 168

Acquaintances of the Priesthood
Rabbi Yehuda Turetsky..... 175

Maimonides' Understanding of "Acquaintances of the Priesthood" – The Relationship between the Priestly Gifts from Slaughtered Animals and the Terumah-tithe
Rabbi Yehuda Turetsky..... 186

Priestly Gifts Awaiting Apportionment
Rabbi Eliyahu Belizon 204

Regarding the Nature of Sanctified Property and the Inheritance of Consecrated Offerings
Rabbi Etan Schnall 216

Property Acquired by Means of Inheritance
Rabbi Chaim Packer..... 226

KOL ZVI

Rabbi Isaac Elchanan Theological Seminary

Editors: Rabbi Jonathan Cohen, Rabbi Etan Schnall,
Rabbi Moshe Stavsky

New York Volume 12 2010/5770

Table of Contents

Topics in Tractate Bava Basra

Essays of the Roshei HaYeshiva

Correspondence between HaRav Yechiel Michel Charlop and HaRav Isser Zalman Meltzer: Regarding Coerced Sales
Rabbi Zevulun Charlop.....3

Renouncement of Spousal Inheritance Rights
Rabbi Yonah Reiss 35

Introduction to the Laws of Inheritance: Legacy as a Realization of Family Continuity and Structure
Rabbi Michael Rosensweig 61

Contemporary Inheritance Law
Rabbi Mordechai Willig 86

Thank you to Rabbi Neal Rich and Avi Block, our typists, and to Rabbi Dovid Preil, all of whom worked carefully to assist us in the publication of this journal.

Finally, we express our appreciation to The Almighty for granting us the privilege to devote ourselves to the study of His Torah. May He grant us the ability to continue learning with loving devotion and spread Torah and strengthen Torah living throughout the Jewish community.

Jonathan Cohen Etan Schnall Moshe Stavsky

enduring tribute to their dedication to Jewish education. We are further indebted to Ms. Wexner for enabling the publication of this journal, Kol Zvi, named for her grandfather, Mr. Herschel Cabakof, of blessed memory. May Hashem grant her the strength and wherewithal to continue her support of Torah and community for many years to come.

We thank Rosh HaYeshiva Rabbi Dr. Norman Lamm and President Richard Joel for their tireless work on behalf of our Yeshiva. We express appreciation to Rabbi Yonah Reiss, Dean of RIETS, and Rabbi Chaim Bronstein, RIETS administrator, for their efforts and dedication to our Kollel and the students of the Yeshiva at large.

We are sincerely grateful to Rabbi Zevulun Charlop, whose tenure as dean of RIETS has provided a legacy of Torah which will direct our Yeshiva for many years to come. His ongoing involvement and personal connection to the Kollel continue to inspire us.

We are indebted to our Roshei Kollel, Rabbi Mordechai Willig and Rabbi Michael Rosensweig, for their tutelage and mentorship in Torah and in all matters that we encounter, both as students and in our roles in service to the Jewish community. Their wisdom and dedication are truly an inspiration to all of their students. We also thank Rabbi Hershel Schachter for the direction he has provided us during our years at RIETS, as Rosh Yeshiva and Rosh Kollel of the Marcos and Adina Katz Kollel.

contributions of the past, channeled through the individuals who benefit from the cumulative influence of all who came before. In our own times, we have witnessed an unimagined resurgence of Torah study and observance in America. We cannot credit ourselves; the credit belongs to our forefathers. Their dedication and self-sacrifice prevailed over the challenges and obstacles of being Jewish on these shores.

Likewise, we are certainly honored to present the public with this volume of Torah essays regarding the Talmudic laws of inheritance and other topics in Bava Basra. However, we humbly recognize it as a tribute to our Roshei Yeshiva and especially to our Roshei Kollel for all they teach us on a daily basis. They guide us in every aspect of Torah study, morals, and philosophy. They continuously "bequeath to us" through their guidance and instruction, and we will forever be grateful for their constant dedication to us.

We express our deepest appreciation to Ms. Susan Wexner. This woman of valor, together with her esteemed mother, Mrs. Bella Wexner, of blessed memory, envisioned and established the Wexner Kollel Elyon at the Rabbi Isaac Elchanan Theological Seminary, Yeshiva University. The Kollel was founded to provide superior preparation of young rabbis for careers of service to the Jewish community. The program, named for Ms. Wexner's parents, Mr. Harry and Mrs. Bella Wexner, serves as an

commandments therein. Jews would forever attribute their portions in the Land of Israel to the achievements of those who entered the land.

Nevertheless, this was not the Divine plan. Rather, the division of the land established the generation that left Egypt as principal figures in the distribution. Rabbi Yaakov Neuburger elucidates the fundamental teaching inherent in the Torah's system of allocation. True, the generation that left Egypt never saw the Land of Israel. However, it was they who endured the enslavement in Egypt; it was their eyes that bore eternal witness to the miracles and wonders of the Exodus, the Revelation at Sinai, and the prophecy of Moshe Rabbeinu. And it was in their care that those who actually entered the land were nurtured. They infused their children with the unwavering faith and yearning for the Holy Land that sustained them through the long years of slavery. They remained perpetually vital to the ultimate destiny of the Jewish people in the Promised Land, and thus their names were *ipso facto* engraved onto its very terrain through the Torah's singular allocation process.

In every aspect of life, each generation experiences achievements and reaches new heights unimagined by its predecessors. Despite appearing to be the results of the efforts and ingenuity of the current generation alone, the Torah teaches us that such a perspective is limited and fallacious. The fruits of today are the product of the

Preface

The Talmud in Bava Basra (117a) cites Rabbi Yonasan's description of the unique manner in which the Land of Israel was first divided amongst the Jewish people. Tracts of land were not simply apportioned according to the number of individuals who entered the land. Rather, those who entered the land "bequeathed," as it were, their portions to their fathers who left Egypt, who in turn divided the land amongst their children. As an example, let us assume that there are two brothers, Reuven and Shimon, members of the generation leaving Egypt who perish in the desert. Reuven has nine sons and Shimon has one son, all of whom enter the Land of Israel. Nine plots of land would be apportioned to Reuven's sons and one to Shimon's one son. The Torah dictates that the ten plots be distributed equally between Reuven and Shimon. Consequently, Reuven's nine children share five plots of land, and Shimon's one son is given the remaining five.

This most extraordinary system of allocation demands explanation. Indeed, one would naturally assume that the land would be apportioned directly to the individuals who first set foot on its soil. After all, it was this generation of Jews, unlike its progenitors, that was untainted by the worship of the Golden Calf and the sin of the spies. It was this generation that merited to conquer and sanctify the land and to initiate the performance of the

Kol Zvi

A Compendium of Essays in Talmudic Studies

is named as an everlasting tribute to
the treasured memory of

Herschel Cabakoff

Herschel Cabakoff ע״ה exemplified the American Jewish immigrant faithful to his people's tradition. He and his wife Lena ע״ה braved the hardships of economic survival to maintain a religious home, a home characterized by an atmosphere of sanctity and transcendent purpose. Regular Torah study and synagogue involvement brought G-d and the welfare of Jews and Judaism to the fore of his life and his children's lives. The doors of his home were always open to Jews whose travels brought them to Columbus, Ohio, and who would benefit from a welcoming place to stay where their needs for religious observance would be met. It was this example of *hakhnasat orchim* which Bella Wexner ע״ה, one of his five children, witnessed while growing up, and which guided and influenced her throughout her life. When Mr. Cabakoff passed away on October 27, 1954, לי תשרי תשט״ו, a family lived on, imbued with his spirit of devotion. His sacrifices had borne fruit.

Forty-five years later, Mrs. Bella Wexner and Mr. Cabakoff's granddaughter, Ms. Susan Wexner, initiated and designed a seminal program in higher Jewish education, the Bella and Harry Wexner Kollel Elyon and Semikhah Honors Program, at our yeshiva. The Kollel and Honors Program prepare rabbis for their roles as leaders of communities and of the Jewish people at large, emphasizing both traditional learning and interpersonal skills essential for effective dissemination of Jewish ideals – an effort which constitutes a natural continuation of the life of Herschel Cabakoff. In tribute to his memory, his name, Zvi, graces this journal of advanced Torah studies.

KOL ZVI

A Compendium of Essays in Talmudic Studies

Rabbi Jonathan Cohen
Rabbi Etan Schnall
Rabbi Moshe Stavsky
Editors

Topics in Tractate Bava Basra

Published by
The Bella and Harry Wexner
Kollel Elyon and Semikhah Honors Program
Rabbi Isaac Elchanan Theological Seminary

New York Volume 12 2010/5770