

משפט כהלכה



דיונים ופסקי דין מבית דין צדק "משפט כהלכה" בראשות הג"ר יונתן שושן שליט"א | גיליון 187

עקץ את שותפו למחול בעורמה על הזכייה ב'לוטו'

א. ר' צבי לוונטל ור' זלמן בוסקילה שני אברכים בכלל של ישיבת מיר בירושלים, התחתנו לפני כשנתיים ונשותיהם עדיין לא מצאו עבודה, עקב כך המצב הכלכלי של שניהם הינו כבי רע, ובפרט עכשיו שגם התקציב של ה'דתות' הופסק להם על ידי שלטון הבג"ץ האכזרי והמרשע, מתוך ייאוש מכל המצב החליטו שניהם למלאות מידי שבוע כרטיס לוטו, וסיכמו ביניהם בעל פה שאם אחד מהם זוכה הם מתחלקים בסכום שווה בשווה כשתוך כדי הסיכום לחצו ידיים והסכימו לכך, והנה לאחר כמה שבועות בהם הם מתפללים ומיחלים לזכות, מתקשר ר' צבי לר' זלמן ומודיע לו שהכרטיס שלו [של ר' זלמן] זכה במיליון ₪ ותוך כדי דיבור המשיך ואמר לו שכפי ההסכם ביניהם הוא אמור לקבל ממנו חצי מיליון, אלא שר' זלמן התחיל להתחמק מהענין, ואמר לו מה פתאום זה 'אסמכתא' גמורה ואני לא אמור לתת לך, והוסיף ואמר לו הרי ברור לך שאני לא מחלק מתנות בשווה חצי מיליון לאף אדם בעולם אז אם הייתי יודע שאני יזכה ודאי שלא הייתי מוכן להעביר לך חצי מהסכום, בפרט שמדובר בכאלו סכומים, ר' צבי שתק ונתן לו לגמור את דבריו, לאחר שסיים את דבריו אמר לו ר' צבי אני לא רוצה לאכזב אותך אבל האמת היא שהכרטיס שלי זכה במיליון שקל, ואני רק רציתי לעשות בדיקה האם אתה היית נותן לי חצי מהסכום לו היית זוכה, ועכשיו שהתברר שאתה לא היית מוכן לשלם לי חצי מהסכום א"כ ברור שגם אני לא אמור להביא לך חצי מהסכום וההפסד כולו שלך, ועתה באנו לדון האם באמת כך הדין שכיון שר' זלמן גילה דעתו שאם היה זוכה לא היה מעונין לתת חצי מהסכום גם ר' צבי אינו צריך לתת, או שזה לא תלוי בזה כלל?

• אברך שקיבל דירה ב'מגדלי אקירוב' בת"א בצוואה מזקן בבית אבות ונמצא שהצוואה פסולה. (עמ' 2)

תשובה

אי אפשר לחייב את הזוכה לתת את דמי חצי מהזכייה לשני, מכמה טעמים: א' כיון שהם לא עשו קניין על השותפות, ב' גם אם עשו קניין לא מהני מכיון שזה אסמכתא בלבד שהיה בטוח שלא יזכה, ג' אף אם עשו תקיעת כף שמועילה גם במקום אסמכתא, מכל מקום היות ולדעת הב"ח אפשר להישאל על השבועה, א"כ יוכל לומר אילו ידעתי שחברי לא יעמוד במילתו לא הייתי מתחייב לו וממילא לא חל עליו החיוב, ד' מסתבר שהלחיצת ידיים אינה קניין ולא שבועה אלא סוג של העמדת מילה ואין זה מחייב קניינית, ובפרט כשאחד לא עומד בהסכם וכמו שהודה בעצמו.

נימוק הדין

בתשובה זו נדון בארבעה נידונים: א. האם צריך קניין לשותפות. ב. האם התנאי הזה נחשב לאסמכתא. ג. האם תקיעת כף מועילה אף במקום של אסמכתא. ד. האם בזה שהודה שלא רוצה לשלם הפסיד את השותפות שלו.

האם צריך קניין לשותפות

מהירושה לשאר האחים לכל אחד שליש ואח"כ נתנה מתנה לאחד האחים שליש שהדין שצריך לתת לאחים שלו לכל אחד שליש אפי' שלא עשו קניין וגם אם היו עושים קניין זה קניין על דבר שלא בא לעולם מ"מ מהני, והטעם היות ואמרינן מתוך שכל אחד רוצה שאם אחיו יקבל שיתן לו גם חלק בירושה גמר ומקני שאם קיבל הוא ליתן לכל אחד מאחיו שליש מהמתנה, והיינו מתוך שכולם רוצים לקנות גמרי אהדדי להקנות, וע"ז הביא הרמ"א שבסימן קע"ו משמע שיש חולקים בזה, וא"כ גם כאן נאמר שנעשו שותפים בהאי הנאה שרוצה שאם לא יזכה שחבירו יתן לו חצי שיהיו נעשים שותפים.

אבל זה אינו, א' שבנתי"מ (סימן קע"ו) נקט שכל המושג 'בהאי הנאה' זה בדברים שלא שייך לקנות אותם בקניין רגיל כדבר שלא בא לעולם בזה שייך לומר שבהאי הנאה שרוצה לקנות הוא גם מקנה, אבל במקום ששייך לעשות קניין רגיל לא אומרים בהאי הנאה שזה יוצר קניין וכאן יכולים להקנות את השטרות זה לזה ולעשות קניין השיתוף על השטרות לא אומרים שבהאי הנאה זה יוצר קניין.

ב' בחת"ס (סימן ר"ט) כתב שכל מה שאמרינן בהאי הנאה זה דווקא במקום שנעשה בשטר אחד ולא במקום שנעשה בשני שטרות ולא הוזכר בכל שטר שיש זכות לשני לקבל מהשטר אם יזכה,

ג' אף שכך דעת המרדכי אבל דעת רוב הפוסקים אינה כהמרדכי אלא צריך קניין גמור, וכאן שלא היה קניין אינו חייב לתת לו חצי מהסכום.

האם בלחיצת ידיים נקרא שעשו קניין

חצי מהסכום שכל שאומר בלשון 'אם' אינו כלום, וגם אם עשה קניין הרי זה לא נעשה בב"ד חשוב וכמבואר בסעיף י"ד, והיות וכל מה שעשה קניין כי היה בטוח שלא יזכה, א"כ אין זה קניין אלא אסמכתא שלא מהני.

אלא שלכא' גם אם נאמר שתקיעת כף אינה קניין אלא רק שבועה וכמו שהביא במהרש"ם (שם) שבמדינתו נהגו שזה שבועה ובסימן ר"ז כתוב שנדר ותקיעת כף מורידים בעיה של אסמכתא וא"כ יצטרך להתחייב לשלם את מה שחייב את עצמו.

ותחילת דין זה הוא במרדכי שכותב שאם אדם נדר או נשבע או עשה תקיעת כף שאם לא יקיים את התנאי יתחייב כך וכך שאפי' שהיו תנאי של אסמכתא מהני וחייב היות ומצינו בתורה שיעקב אבינו אמר אם יהיה אלוקים עמדי ונתן לי לחם לאכול ובגד ללבוש הוא יתן מעשר ורואים שיעקב עשה נדר על

בדין זה מצינו לדון א' האם השותפות הזו יש לה תוקף כשלא עשו קניין ביניהם, ב' מצד התנאי שלהם האם זה נקרא אסמכתא ולא קונה, ג' האם לחיצת ידיים שסגרו נותן לזה הגדרה שמורידה בעיה של אסמכתא, ד' האם בזה שהודה שלא רוצה לשלם לו הפסיד את השותפות שלו בכרטיס לוטו של חבירו או לא.

ולגבי הנידון הראשון, מצינו מחלוקת האם שותפות נקנית רק בקניין או גם בלי קניין בהאי הנאה ששניהם רוצים את השותפות נקנה הדבר, שדעת הרמב"ם שצריך לעשות קניין על השותפות שיטילו לכיס ביחד מעות או שיתחילו להתעסק ביחד אבל בלי זה לא מהני, ובמרדכי נקט שבהאי הנאה שרוצים להשתתף גמרי ומשעבדי נפשייהו.

ובשו"ע (ח"מ סימן קע"ו סעיף ג') נקט שצריך לעשות קניין וכדעת הרמב"ם, וא"כ כאן שלא עשו שום קניין ביניהם להקנות אחד לשני את הכרטיסי הגרלה א"כ לא חלה כאן בכלל השותפות וא"כ גם אם זכה אחד אינו צריך להביא לחבירו כלום אחרי שלא היה קניין על השותפות, אולם לדעת הרמ"א שהביא את המרדכי שאי"צ לעשות קניין והביא את סברתו שבהאי הנאה שרוצה לקנות את השותפות גמר ומקני את מה שיקבל מהשותפות, וה"ה כאן לכא' שנאמר שבהאי הנאה שרוצה לקבל חצי מיליון אם חבירו יזכה מסכים הוא להקנות חצי מיליון אם הוא הזוכה.

וכן מצינו בסימן ר"ט סעיף ח' שהובא בהגהות מרדכי על שלושה אחים שהתנו ביחד על נכסי אחותם שמי מהאחים שיקבל מתנה מאחותם שיתנו

אלא שלכא' יכול השותף [שלא זכה] לטעון שכיון שהיתה 'לחיצת ידיים' ביניהם בשעת ההסכם, הרי זה כ'תקיעת כף' וממילא יש לחייב את הזוכה בחצי מהסכום, וכדמצינו בסימן ר"א סעיף ב' שכל דבר שנהגו התגרים לקנות בו כגון שנותן הלוקח פרוטה למוכר או ע"י שתוקע לו כפו שקנה, ורואים שתקיעת כף זה נקרא קניין ושנחייבו לשלם לו את הזכייה.

אבל זה אינו א' דבמשפט שלום למהרש"ם (סימן ר"א) כתב, שצריך שהקניין יהיה פשוט בכל המקומות שזה קניין וזה בוודאי שאינו פשוט שתקיעת כף נחשבת לקניין אלא סוג של העמדת מילה ואין זה מחייב קניינית, ב' גם אם זה קניין, מכל מקום בנידון דידן ברור שהדבר הזה אסמכתא דהרי נפסק בסימן ר"ז סעיף ב' שכל דבר שאמר בלשון 'אם' יהיה נחשב כאסמכתא שאינו קונה אלא א"כ נעשה בקניין ובי"ד חשוב, וכאן הרי אמר לחבירו אם אני יזכה אני יתן לך

להישאל על השבועה שיוכל להישאל ולומר אילו ידעתי שהשני יכפור בחיוב לא הייתי מתחייב עמו א"כ לא חל החיוב.

ועוד שכל הלחיצת ידיים כיום אינה כשבועה ממש אלא כסוג של 'רצינות' ביניהם, וא"כ במקום שאינו עומד האחד במילה שלו אין השני מחויב לעמוד במילתו.

ועוד אחרי שהיה כאן הודאת בעל דין שלא התכוון לקנין ולתת לו חצי מיליון שקל א"כ אין כאן שותפות ולא חייב לתת לו כלום.

העולה מהאמור, א' אין מחויב לתת לו חצי מהזכייה כי לא עשו קניין על השותפות, ב' גם אם עשו קנין לא מהני בגלל שזה אסמכתא שהיה בטוח שלא יזכה, ג' מסתבר שהלחיצת ידיים אינה קנין ולא שבועה אלא סוג של רצינות ביניהם ואין זה מחייב קניינית, בפרט לאחר שהתברר שהשני לא התכוון לעמוד במילתו. ד' אף אם נחשיב את הלחיצת ידיים כתקיעת כף, מכל מקום היות ולדעת הב"ח אפשר להישאל על השבועה, א"כ יכול לומר אילו ידעתי שחבירי לא יעמוד במילתו גם אני לא הייתי מתחייב.

תנאי זה מחייב אותו ולא אמרין אסמכתא, ונפסק בסימן ר"ז סעיף י"ט ושנחייבו לשלם.

וזה אינו, א' דמצינו שנחלקו הסמ"ע והרמ"א אם אפשר להישאל על הנדר והשבועה - שברבי"ש כתב שכל המחויב מכח שבועה אם נשאל על הנדר פטור מלשלם וגם אין בניו צריכים לשלם אם מת, וממילא אם נשאל על הנדר והשבועה זה עוקר את ההתחייבות שלו, ודעת הסמ"ע שזה דווקא כשנדר לבד בלי קנין יכול להישאל על הנדר אבל אם נדר עם קנין לא יכול להישאל היות ובכה"ג שעשה קנין הקניין הוא הקונה והשבועה היא כבי"ד חשוב שהורידו את הבעיה של אסמכתא וממילא אם נשאל על הנדר כיוון שהנדר לא יצר לו את הקניין לא נעקר הקניין שהנדר גרם לו שלא יהיה אסמכתא ואחרי שזה גרם שזה לא יהיה אסמכתא אי אפשר לעקור את הקנין, אבל הב"ח נקט ששבועה אינו מוגדר כבי"ד חשוב אלא כחיוב בפני עצמו וזה עוקר אסמכתא א"כ גם אם היה קנין ונדר ונשאל על הנדר פקע לו החיוב.

וא"כ אם עשה אצלנו רק תקיעת כף ולא היה בכלל קנין הוא בוודאי יכול

אברך שקיבל דירה ב'מגדלי אקירוב' בת"א בצוואה מזקן בבית אבות ונמצא שהצוואה פסולה

ר' נפתלי פולנסקי מחשובי האברכים בעיר אלעד, במשך חצי שנה מדי שבוע הזדמן לו לשהות בבית אבות 'ערוגת הבושם' בבני ברק, במשך הזמן יצא לו להתידד עם אחד מהזקנים שם הנושק לגיל מאה, עם הזמן נודע לו שזקן זה הוא ערירי ללא ילדים וללא בן משפחה קרוב שימתוך בו, מה שגרם לר' נפתלי להתחיל להתמסר אליו ולהיות עמו בקשר יום יומי, יום אחד כאשר ר' נפתלי נכנס לחדרו הזקן אמר לו שהוא רוצה לדבר עמו על ענין מסוים, ר' נפתלי התקרב אליו ואז הוא אמר לו שהוא החליט לאחר מחשבה רבה שהוא מעונין שאברך תלמיד חכם יירש את נכסיו ואשר על כן הוא רוצה להוריש לו את דירתו שנמצאת ב'מגדלי אקירוב' בתל-אביב, ולצורך כך הוא רוצה לילך עמו לעו"ד לערוך צוואה מסודרת, ואכן לאחר כמה ימים נפגשו שניהם אצל עורך דין בתל-אביב ואותו זקן חתם על הצוואה שמורשה את דירת היוקרה לר' נפתלי, והנה לאחר שבועות אחדים הלך אותו זקן לבית עולמו בשיבה טובה, אלא שתוך כדי השבעה נודע לר' נפתלי שלאותו זקן ישנה אחות המתגוררת במיאמי שבארצות הברית, ומאחר ועל הצוואה לא חתמו שני עדים כשרים אלא רק העו"ד שאינו שומר תורה ומצוות והמזכירה שלו, א"כ לכאן מדין התורה הדירה צריכה לילך לאותה אחות, ורק אם ילך ר' נפתלי לבית משפט יזכה בדירה על ידי הצוואה הנ"ל, ובא ר' נפתלי בשאלתו האם מותר לו לילך מיד לדון בערכאות ולזכות בדירה היות וכך היה רצונו של המת ואמרין מצווה לקיים דברי המת, או שכיון שלפי דין התורה הדירה שייכת לאותה אחות אין עצה ואין תבונה אלא להודיע לה שהיא זכתה בדירה.

תשובה

יש להתיר לאברך לגבות את הצוואה גם אם היא פסולה משלושה טעמים: א' - מדין 'מצווה לקיים דברי המת', ואף לדעת הפוסקים שדין זה הוא רק כאשר השליש את נכסיו אצל אדם אחר, מכל מקום כיון שמסר את צוואתו לעו"ד בכדי שיקיים את הכתוב בה לאחר מותו, נחשב הדבר לדעת האחיזה כהשלשה, ובפרט בנידון דידן שאותו זקן היה אדם מסורתי הסומך על בתי משפט באופן מוחלט, וכפי שיבואר בפנים. ב' - מאחר ונתן לאברך חשיב כדבר מצווה וממילא נחשב הדבר כהשלשה שאמרין בה 'מצווה לקיים דברי המת', ג' - לדעת האגרו"מ צוואה בערכאות יש לה תוקף קנייני וסמיכות דעת גמורה לנותן, א"כ בוודאי נסמך ע"ז לגבות עם הצוואה ולא נחשב שמנשל את האחות.

נימוק הדין

בתשובה זו נדון בשלושה נידונים: א. האם בריא שציווה בצוואה פסולה בשטר האם אומרים מצווה לקיים דברי המת. ב. האם יש דין האשה במצווה לקיים דברי המת. ג. האם ערכאות נחשב כהשלשה.

מקור דין מצווה לקיים דברי המת

כ"ג ובסימן רנ"ב סעיף ב'.

ונחלקו הראשונים האם מצווה לקיים דברי המת זה רק מצווה או שזה קנין לאותו אחד שהמת רצה לתת לו, ויסוד העניין מתחיל בדברי הרמ"א (חור"מ סימן רנ"ב) שהביא מש"כ בהגהות מרדכי שכל דבר שנקנה במתנת שכיב מרע [דהיינו חולה שאמר שכל נכסיו ילכו לפלוני שאמרין שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמון] אם קדמו היורשים ומכרו אותו ולא נתנו לאותו פלוני שהמת אמר, הדין הוא שיכול אותו פלוני המקבל להוציא מהקונים, אבל דבר שלא ניתן במתנת שכיב מרע אלא במתנת בריא ואמר דיבורו שרוצה לתת את נכסיו לפלוני ולא עשה שום צוואה בקנין ובשטר שכל החיוב של היורשים לתת את זה למקבל זה רק מדין 'מצווה לקיים דברי המת' אם קדמו היורשים ומכרו אותו לאחרים ולא עשו את רצון המת אין המקבל שרצה המת שילך אליו הירושה יכול להוציא מהלקוחות שקנו את זה מהיורשים, והיינו שכל דין מצווה לקיים דברי המת זה רק מצווה אבל אינו קנוי למקבל ולכן אם היורשים הלכו ומכרו את זה ולא הביאו למי שציווה המת לתת אותו מכירתו מכירה.

מצווה לקיים דברי המת זה מצווה או קנין

המת מהני המכירה ומצד מתנת שכיב מרע לא מהני המכירה, ומה תוס' חיפשו נפק"מ בין הדינים.

ב' ונפק"מ שניה במקום שיש ליורשים חובות של עצמם ויש להם מצווה לפרוע את החובות שלהם שפריעת בעל חוב מצווה, ומצד שני יש להם מצווה לקיים את דברי המת לתת את הכסף של הירושה למי שהאב ציווה להם וא"כ למי יהיה עדיפות לתת את הכסף, שאם נאמר מצד מצווה לקיים את דברי המת א"כ בוודאי שמצווה שלהם לפרוע חובות שלהם קודמת למצווה של אביהם אבל אם נאמר מצד מתנת ש"מ שזה קנין אם כן זה למי שציווה האב לתת לו ובוודאי שחייבים היורשים לתת את זה למי שהאב ציווה ולא לשלם את זה לחובותיו, וא"כ שיש נפק"מ טובא בין מתנת ש"מ לבין מצווה לקיים דברי המת למה תוס' לא אמר את זה, וראיתי שהגאון ר' נפתלי נוסבויס באוצר המשפט רצה להוכיח

הנה הדבר הראשון שיש לנו לדון בכל צוואה שנעשית בערכאות שמדין תורה היא פסולה, האם אפשר להכשיר אותה ולחייב לקיים את הצוואה א' בגלל שיש מצווה לקיים דברי המת שרצה שיתקיים הכתוב בה, ב' האם אפשר לסמוך על דינא דמלכותא דינא אחרי שכותב הצוואה סומך באופן מוחלט על הערכאות ולהוציא את זה בערכאות.

ונתחיל מהנידון הראשון, הנה בכל צוואת אדם בריא שצריכה להעשות בדין תורה ולא נעשתה כדין תורה אף שהצוואה פסולה מכל מקום ברור שהמת רצה שמה שכתוב בצוואה זה מה שיתקיים, וא"כ יש לדון אף בנידון דידן האם מטעם זה יוכל ללכת האברך להוציא את הדירה בערכאות, או שזה רק מצווה לקיים את רצונו אבל אין לכפות על המצווה.

ודין מצווה לקיים דברי המת תחילתו הוא בגמ' בגיטין (טו.) שפליגי ר' מאיר ורבנן האם אומרים מצווה לקיים דברי המת שדעת רבנן שלא אומרים מצווה לקיים דברי המת, אבל דעת ר"מ שאומרים מצווה לקיים דברי המת, וקיי"ל כדעת ר"מ שאומרים מצווה לקיים דברי המת, ונפסק בחור"מ סימן ר"ג סעיף

והקשו באחרונים שבכמה מקומות מצינו שמצווה לקיים דברי המת זה קנין, בתוס' (כתובות ע. ד"ה הא) הקשה למאי צריך לתקנת חכמים של דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי תיפוק ליה שצריך לתת למי שרצה המת בגלל שמצווה לקיים דברי המת, ותיצו בתוס' שהיות ובמצווה לקיים דברי המת צריך השלשה וכמו שיבואר בהמשך שבשביל לראות שהציווי רציני צריך שישליש את הנכסים אצל שליש ולכן העדפנו מתנת שכיב מרע שכתובין וכמסורין שמהני גם בלי השלשה.

והקשה ברעק"א (כתובות ע.) מה שאלת תוס' מה נפק"מ בין שני הדינים והרי יש שני נפק"מ א' לפי דעת המרדכי שמצווה לקיים דברי המת אם מכרו היורשים מהני המכירה ובמתנת שכיב מרע לא מהני מכירת היורשים א"כ יש נפק"מ אם היורשים הלכו ומכרו אחרי הציווי אם מהני מכירתו שמצד מצווה לקיים דברי

ברמ"א, ותיירץ שכיבוד הורים זה מצווה על הגברא ולא מועילה אפי' תפיסה אם הם אינם רוצים, ולכן כל מה שכופין לשלם את חובות אביהם זה רק אם יש קרקעות שהשאיר האבא או מטלטלין שהשאיר לירושים מתקנת הגאונים, ומוכח מהנתיח"מ כאן שאם כל החיוב הוא רק מצווה לא מועיל אפי' תפיסה אם הירושים אינם רוצים.

ומצינו סתירה לזה בסימן רנ"ו לגבי גר שציווה לתת את נכסיו לפלוני אם אומרים מצווה לקיים דברי המת בגר, והביא שם ברמ"א שני דעות א' שלא אומרים בגר היות ואינו ראוי לירושה ורק מי שראוי לירושה אומרים מצווה לקיים דברי המת, ב' שגם בגר אומרים מצווה לקיים דברי המת, וכתב בנתיח"מ שאם הגיע המקבל מהגר ותפס לא מוציאים ממנו שיאמר שקיים לו שציווה לקיים דברי המת גם בגר.

ולכאורה הרי הנתיח"מ עצמו כתב שבמקום שיש כיבוד הורים ויש מצווה לא מהני תפיסה, ולמה במקום שהנידון מצווה לקיים דברי המת בזה מהני תפיסה, ובהכרח דשאני מצווה לקיים דברי המת שזה מצווה ממונית שאפשר לתבוע את המצווה הזאת שיקיימו אותה הירושים ולכן מועיל בזה תפיסה אבל מצוות כיבוד אב ואם הוי מצווה בינו לבין קונו שלא מהני ביה תפיסה.

צוואה פסולה שתבע אותה בערכאות אם הוא נקרא גזלן

וא"כ בנידון דידן האברך ר' נפתלי פולנסקי שיש לו שטר צוואה ביד אף שהוא פסול מדין צוואה אבל יש בזה חיוב מדין מצווה לקיים דברי המת ויוכל לומר קיים לי כדעות שמצווה לקיים דברי המת זה קנין, וכמשמעות תוס' (כתובות ע.) וא"כ הדירה הנ"ל במגדלי אקירוב קנויה לאברך, ואע"פ שדעת רוב הפוסקים שמצווה לקיים דברי המת אינו קנין אלא מצווה בעלמא, מכל מקום כתב בשו"ת **אחיעזר** (ח"ג סימן ל"ד) שאפשר לצרף את זה כשיש עוד ספק וכאן יש עוד ספקות כפי שיבואר להלן, ועוד שגם לדעות שאינו קנין ממש אבל הוי מצווה ממונית שמועיל בה תפיסה, וכמו שמצינו בנתיח"מ (סימן רנ"ו), **אשר על כן אין צריך להודיע לאחות של הזקן שיש כאן דירה וילך לתפוס את הדירה.**

האם צריך השלשה של הדירה

שלא היה השלשה ולכן לא היה מועיל צבור מדין מצווה לקיים דברי המת. ואלא שהקשה לפי"ז שבגמ' **בבא בתרא** (קמט.) אמרינן שאיסור [שם אדם] שהיה גר הפקיד אצל רבא 12 אלף זהובים ולפני מותו של הגר רבא חשב איך הוא יכול לזכות בכסף של הגר היות ולגר אין הירושים ואפי' שהיה לו בן שנקרא רב מרי היות והוא לא נקרא כבנו רצה רבא לזכות בזה וזה נודע לאיסור ולימדו אותו לעשות קנין אודיתא ורבא הקפיד שהפסידו אותו 12 אלף זהובים, ולכאורה היות ואיסור היה מצווה לתת לבנו א"כ שנאמר מצווה לקיים דברי המת ואיך רבא רצה לנשל את זה.

ותירצו בתוס' א' שלא אומרים מצווה לקיים דברי המת כשהשליש לא מתרצה להיות שלישי ורבא לא היה רוצה להיות שלישי כי רצה לזכות לעצמו, ב' ועוד אומר ר"ת שבגר לא אומרים מצווה לקיים דברי המת, ג' אומר ר"י שכל מצווה לקיים דברי המת זה רק שנאמר בציווי פה אל פה מהמוריש לשליש ולא כשאומר את דעתו בלי לומר לשליש או לירושים שמצווה עליהם וזה נעשה פה אל פה.

דעת הריטב"א שאין צריך השלשה

ומצינו בריטב"א שהביא דעה שניה בשם רבו הרא"ה וכן דעת הרמב"ן שגם בלי השלשה כלל אומרים מצווה לקיים דברי המת רק צריך להקפיד שהציווי נעשה בפני הירושים, ומצינו דעה שלשית שזה דעת הריטב"א **בר"ת שכך יש שרצו ללמוד בו שצריך השלשה אבל אין צריך שישלש לשם כך.**

להלכה האם מצווה לקיים דברי המת צריך השלשה

לעולם מהני מצווה לקיים דברי המת א' או בהשלשה, ב' או בלי השלשה וציווי פה אל פה.

וא"כ לכאורה בנידון דידן של האברך לכו"ע זה יועיל המצווה לקיים דברי המת א'- לפי הדעות בראשונים (הרא"ה לדעת הרעק"א) שלא צריך השלשה כלל במצווה לקיים דברי המת וגם לא צריך שיהיה ציווי בפניו של מי שמצווה אותו א"כ מאחר ועשה צוואה וזה היה רצונו אמרינן מצווה לקיים דברי המת.

ב'- וגם לפי שו"ת הרמ"א שנוקט בדעת הריטב"א שגם אם אין צריך השלשה אבל צריך ציווי בפני מי שציווה אותו כאן היות והזקן ציווה לפני העורך דין ועמד לפניו נאמר מצווה לקיים דברי המת, ומה שמצינו שהציווי נעשה לפני הירושים היות ובדרך כלל סיפק בידם לעשות את ציווי האבא שהירושה נמצאת בשליטתם אבל באמת גם עו"ד אם סיפק בידו להחליט איך תהיה החלוקה זה גם מהני דכל הטעם שמהני שאומר בפני הירושים שסיפק בידם להחליט למי לתת את הנכסים היות וכשאומר לאדם שיש לו כח לפעול א"כ דבריו נראים כאמיתיים ולא כמהתל בהם, וכשאומר לעו"ד **שלפי החוק יש לו כח לבצע את מה שנאמר לו א"כ בוודאי שלא מתכוון להתל בו ונאמר מצווה לקיים דברי המת.**

האם צריך השלשה גם בקרקעות

השלשה, ויסוד הדין מתחיל שברמב"ן (גיטין ג.) הקשה על ר"ת שמצריך השלשה מהתוספתא שאומרת תניא תינתן שדה פלונית לפלוני רב אומר זכה וחכמים אומרים לא זכה וכופין את הירושים לקיים דברי המת, ולכאורה איך עושים כפיה

מתוס' שלא כתב את זה כי נוקט שמצווה לקיים דברי המת זה קנין כמו מתנת שכ"מ ולכן אם הירושים הלכו ומכרו אין מכירתם מכירה. ויעויין **במחנ"א** שהקשה סתירה מהגמ' בגיטין (ד.).

ומצינו שני יישובים בדברי א' במחנ"א חילק בין מצווה לבניו שהם יחלקו את הנכסים לאחר מותו שבוזה אמרינן שזה רק מצווה ולא קנין, אבל אם הוא אומר 'תן לפלוני' שבוזה אמרינן שכוונתו לקנין שיתנו לפלוני שבוזה אמרינן שמצווה לקיים דברי המת שנחשב לקניין וקנוי לירוש' מי שנשתלחו לו.

ב' בשיעורי ר' שמואל רוזנבסקי (גיטין יד: אות רעט) תירץ שאמנם זה מצווה אבל אינו דומה לכל המצוות שהיו מצווה בינו לבין קונו אבל כאן זה מצווה ממונית שהירושים יכולים לכפות את הנותן לתת את הנכסים למקבל ולכן יתנו לירוש' מי שנשתלחו לו, וראיה לזה הביא הגאון ר' **נפתלי נוסבוים שליט"א מהנתיבות המשפט** (סימן ק"ז) שכותב שאם יש חובות של האבא אין הירושים חייבים לשלם את החובות אם לא הניח קרקעות ורק יש תקנ"ח מתקנת הגאונים שיוכלו לגבות גם מטלטלין.

והקשה בנתיבות למה לא כופין מדין מצוות כיבוד הורים לשלם את החובות של אביהם, שמצינו שבי"ד כופה גם על מצוות שמתן שכרם בצידם וכמובא שם

צוואה פסולה שתבע אותה בערכאות אם הוא נקרא גזלן

ונפק"מ בזה אם זה מצווה ממונית שמועיל בה תפיסה באדם שעשה צוואה לפני עו"ד והצוואה פסולה שלא נעשו בה כל דיני צוואה והלך המקבל ותבע את זה בערכאות וקיבל את זה אם נוציא מידו שלכאורה היות ובצוואה לתת יש כאן גם מצווה לקיים דברי המת שמהני בזה תפיסה א"כ אחרי שהערכאות נתנו לו את הדירה ויכול להחזיק בגלל המצווה לקיים דברי המת ואינו נקרא גזלן, ורק מעיקר הדין ללכת ולתבוע בערכאות אסור לו כי מחשיב אותם ויש לו ללכת קודם לבי"ד אבל אחרי שתבע וקיבל את הירושה אין צריך להחזיר שבגלל מצווה לקיים דברי המת מהני התפיסה שבידו, וכך נקט שם באוצר המשפט בשם הגר"נ נוסבוים.

ואלא שמצינו להקשות שגם אם נאמר שמצווה לקיים דברי המת זה קנין או מצווה ממונית, אבל קיי"ל שבשביל שזה יתפוס צריך לעשות השלשה של הדירה אצל שלישי להראות שהדיבור הוא רציני וכאן לא הייתה השלשה ואיך יוכל לתפוס את הדירה, ודין אם מצווה לקיים דברי המת צריך השלשה מתחיל בגיטין (ג.) שאמרינן במשנה אם אדם אמר תנו מנה לאיש פלוני ומת יתנו לאחר מיתה, ואמרינן בגמ' שכל מה שיתנו מדובר שהנכסים היו צבורין ומונחים בקרן זווית.

ושואלת הגמ' איך מדובר אם הנותן בריא א"כ מה עוזר לי שאמר תנו על המנה שהוא צבור והרי לא עשה שום קנין של משיכה לקנות את זה ואיך קנה את זה המקבל ואם מדובר כשהנותן היה שכ"מ א"כ היות וקיי"ל שדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי א"כ שיקנה את זה המקבל גם כשהנכסים אינם צבורין, ומתרתת הגמ' שמדובר בריא וזה היה בקנין מעמד שלושתן שמהני רק בפקדון ולכן זה מועיל רק כשזה צבור.

והקשה בתוס' מה קושיית הגמ' אם זה בריא למה זה מועיל צבור והרי הוא לא משך, ולכאורה נאמר שזה מועיל מדין מצווה לקיים דברי המת שקיי"ל הלכה כדעת ר"מ, ותיירצו בתוס' בשם ר"ת שכל מה שמועיל מצווה לקיים דברי המת זה כשהיה שני תנאים א' שהשליש המת לפני מותו את המטלטלין אצל שלישי שאז מראה שהוא רציני באמירתו, ב' כשהשלשה הייתה בשביל לתת לאותו אדם ולא שהשליש בסתם ואח"כ אמר לשליש תביא את זה לפלוני, ובגמ' משמע שם

ולענין הלכה, בשו"ע (ח"מ סימן ר"ג סעיף כ"ג) הביא שני דעות אם צריך השלשה, ובסימן רנ"ב סעיף ב' נקט כמו הדעות שצריך השלשה ושהושלש לשם כך, וכך גם הביא הב"י בשו"ת אבקת רוכל (סימן צ"ב) שצריך השלשה ושהושלש לשם כך, וברמ"א נקט שם כוותיה.

ובכנסת הגדולה (סימן רנ"ב) כתב שהיות וזה ספק בראשונים המוחזק יוכל לומר קיים לי שמהני הושלש גם אם לא הושלש לשם כך שזה בעצם כמו הדעה השלישית.

ובסמ"ע ובש"ך (סימן רנ"ב) הביאו את הריטב"א והרא"ה בסתמא שאין צריך השלשה וכך הביא בשו"ת בנין ציון (ח"ב סימן כ"ד) שיוכל המוחזק לומר קיים לי כדעות שנוקטים שאין צריך בכלל הושלש, ואלא שכל מה שנוקט הריטב"א שהרא"ה חולק ונוקט שאין צריך השלשה זה רק לפי דעת הרעק"א שנוקט שיש מחלוקת בין ר"ת לרא"ה והרא"ה נוקט שלא צריך השלשה כלל ובוזה הסמ"ע והש"ך נקטו כדעת הרא"ה שאי"צ השלשה כלל, אבל בשו"ת הרמ"א (סימן מ"ח) נקט שאין כאן מחלוקת ורק הרא"ה והריטב"א באים להוסיף דין שלא מהני רק אם עשה השלשה אלא מהני גם בלי השלשה אם ציווה לירושים פה אל פה, אבל

ג- ואלא שאף לדעת ר"ת שצריך השלשה שייך לתת את זה לאברך מכמה טעמים, א'- מצינו לחלק מהפוסקים שנוקטים שכל מה שצריך השלשה זה במטלטלין ולא בקרקעות, ודירה במגדלי אקירוב נחשב כקרקעות שאי"צ

והרי צריך שיהיה בכל מצווה לקיים דברי המת השלשה וכאן לא השליש את הקרקע, ומכאן הוכיח הרמב"ן שאי"צ בכלל השלשה.

אבל בקצוה"ח (סימן רנ"ב) כתב ליישב זאת שהנה הרמב"ם לכא' סתר את דבריו בזה וכתב ששכיב מרע שאמר מה שיוציא אילן זה יהיה לעניים צריכים לקיים את דבריו, ולכאורה הרי הרמב"ם נוקט שצריכים השלשה וכאן השכיב מרע לא עשה השלשה, ובהכרח רצה לומר דשאני נדר ומת כיוון שאילו היה קיים היה מחויב לתת א"כ כשמת אמרינן מצווה לקיים דברי המת אע"ג שאין על הירושין חיוב לקיים נדר אביהם מ"מ החיוב שחל על אדם מחיים לא גרע מהושלש, ולפי"ז רצה לומר שבכל מקום שאמר 'אתן' לפלוני מחיים והתחייב לעשות פעולה נחשב הדבר כהשלשה שמצווה לקיים דברי המת, ואלא שבש"ת חשב האפוד (סימן ק"י) הקשה דהרי בסימן רמ"ה נפסק להלכה שלא מהני קנין אתן להתחייב בו וא"כ אמאי שנחשיבו כהושלש ובשלמא בנדר שייך לומר זאת אבל לא במתחייב בחייו לעשות פעולה.

עוד חילוק מבואר בס' משפט הצוואה (עמ' רס"ז) שהביא חילופי מכתבים בין החלקת מחוקק להגאון ר' העשיל והמכתב הראשון של ר' העשיל שנוקט שמוכח משאלת

הרמב"ן על תוס' שהיות ובקרקע לא שייך השלשה לא אומרים בקרקע מצווה לקיים דברי המת, אבל החלקת מחוקק כתב לו שבוודאי בקרקע אומרים מצווה לקיים דברי המת ואע"פ שלא הושלש, והפשוט בזה או שאם החזיק השליש בקרקע זה נקרא הושלש או שבקרקע שלא שייך השלשה אין דין להשליש.

ובטבעת החושן (סימן רנ"ב) הלך עם החילוק השלישי שאי"צ השלשה בקרקע ולכן מה שהקשה הקצוה"ח משדה שאין בה השלשה כי אין דין השלשה בדבר שלא שייך בו ולא אמרינן שיש חשש מהתל רק בדברים שיכול להשליש ולא השליש שאז יש חשש מהתל.

ונמצא ג' יישובים על קושיית הרמב"ן והקצוה"ח א' דשאני נדר שחייבו מחיים חשיב כהושלש וא"כ כל אתן שיש חיוב מחיים נחשב הדבר כהושלש, ב' שבקרקע השלשה זה ע"י שהחזיק בקרקע, ג' לטבעת החושן אי"צ השלשה בקרקע אחרי שלא שייך השלשה.

ולפי"ז בנידון דידן שהזקן כתב את נכסיו לאותו אברך, היות והוא מוגדר כעני א"כ הדירה שרוצה לתת לו לא גרע מנדר שזה עצמו נחשב כהשלשה, וכן לפי הדעות שאי"צ השלשה בקרקע א"כ יש כאן דין של מצווה לקיים דברי המת.

ערכאות דינו כהשלשה

והערכאות שחשיב כהושלש שהרי אין כאן סברא של מהתל, ובהכרח שערכאות לא נחשב כהשלשה.

והטעם לזה הביא מספר נצח ישראל לרב גרוסמן שהיות ומחיים אין שום כח לעו"ד בקרקע אלא רק לאחר מיתה א"כ נמצא שלא הושלש בידו כלום, והעו"ד הוא רק כשליח ואפוטרופוס לבצע אחרי מיתה את דברי המת, ונפסק בסימן רנ"ב שאם הגיעו הנכסים לידו של השליש לאחר הציווי אינו נקרא הושלש בידו ולא מהני בזה מצווה לקיים דברי המת, ולא הבנתי את דבריהם שהרי כל הסברא בזה כשהגיעו החפצים לאחר הציווי אין לך ראייה שבטענת הציווי הוא לא היתל במה שאמר שהרי לא נתן כלום, אבל במקום שנתן שטר לעו"ד שאפשר לפעול עמו אחרי מיתה צורה של ירושה בלי פקפוק וגם יודע שבתו המשפט יבצעו את זה א"כ אין לך היתול כאן אלא רצינות גמורה ובוודאי שזה יחשב להשלשה.

האם ערכאות של זמנם שונה מהיום

כאן שזה נתינה לאברך שזה סוג של צדקה של הזקן שיהיה לו זכויות עם האברך א"כ נוכל לסמוך שנחשב הצוואה כהשלשה, וכמו שהביא בקצוה"ח (סימן רנ"ב).

ג'- וראיתי במשפט הצוואה (עמ' ר"ג) שהביא בשם המנחת ש"י לנקוט לסמוך על צוואה בערכאות שזה נחשב כהשלשה רק במקום שלא באים לעקור יורשים מדין תורה אבל במקום שרוצה לעקור ירושת התורה לא נתייחס לצוואה לקיים דברי המת וזה הפשוט בחת"ס שלא נתן תוקף לצוואה היות ושם האשה רצתה לעקור את בעלה מדין תורה, וממילא כאן זה יהיה בעיה היות וכשנתן לאחר שזה האברך א"כ הוא עקר את אחותו שהיא היורשת מדין תורה והיות ואין תוקף לצוואה מחמת עצמה לא נחשיב את הצוואה בערכאות כהשלשה שיהיה מצווה לקיים את דבריו, ואלא שמכל מקום גם לדעת המנחת ש"י מכל מקום היות ויש כאן גם נדר לדבר מצווה לתת לאברך וכמו שהביא בקצוה"ח (סימן רנ"ב) שזה נקרא כהשלשה יוכל לסמוך ללכת ולגבות עם הצוואה את הדירה במגדלי אקירוב.

אם עדיין הצוואה אצל העו"ד

ואלא שעדיין יש לדון שאולי דווקא כשניגש לערכאות אז מהני להיחשב כהשלשה אבל במקום שהצוואה אצל העו"ד, ולאחר מותה צריך לילך לבית משפט אולי אין זה נחשב כהשלשה, ובמהר"י הלוי נוקט שלא נקרא השלשה כל שלא הגיע לערכאות ממש, וכתב שם הערך ש"י שהמהר"א הלוי חזר בו אחרי שהעו"ד נתן לערכאות ומי עוצר בידו בוודאי שזה נחשב כהשלשה, וה"נ בנידון דידן.

צוואה בערכאות מדינא דמלכותא

עוד סברא שמחמתה יש לקיים את הצוואה, לפי מה שכתב באגרו"מ (אבן העזר חלק ד) להתיר את כל הצוואות באמריקה משום שסובר שצוואה שנעשית בערכאות לא צריכה קנין שזה עצמו נחשב כגמירות דעת גמורה שהרי הם מבצעים את מה שכתוב ולא רק מדין מצווה לקיים דברי המת, ובוודאי שאפשר לצרפו לסמוך ולהוציא את הירושה של הזקן, ובפרט לפי המבואר בסימן ס"ט שאומרים דינא דמלכותא דינא במקום שעושים בערכאות, והבאנו זאת במקום אחר. ובאמרי ברוך נקט להסביר שם שאם נעשה מרצונם ונהגו ללכת בערכאות מהני, א"כ כ"ש אדם שחי את חייו ע"פ ערכאות שנסמוך על זה שייחשב צוואה ע"פ דיני המלכות.

ונמצא שיש לקיים את הצוואה הזו משלושה טעמים: א'- מדין מצווה לקיים דברי המת שנחשב כקנין או בזכות ממונית לתפוס, ואפי' שלא השליש את הקרקע נחשב הדבר כהשלשה בגלל הצוואה שניתנה לעו"ד ואין כאן שחוק והיתול או שמהני לריטב"א שנוקט שמהני גם בלי השלשה כל מצווה לקיים דברי המת, ופשטות הסמ"ע והש"ך לנקוט כוותיה, ב'- אפשר לקיימה מדין קנין היות ולאגרו"מ כל הצוואות יש להם תוקף קניני אחרי שיש גמירות דעת מוחלטת, וכן מדינא דמלכותא דינא, ג'- היות והזקן התחייב לאברך שמוגדר כעני מוגדר הדבר כנדר וכדבר מצווה שאומרים בזה מצווה לקיים דברי המת.

הגיליון יוצא ב"ה כל שבוע יותר מ-3,500 עותקים בשבוע ונשלח ברשימת התפוצה שלנו עם כמה אלפי מנויים. אנו צריכים תרומות כדי להמשיך להוציא לאור את הגיליונות. אם אתה מעוניין בזכות הרבים צור איתנו קשר בטל' 052-7157834

ואף אם נאמר שגם בקרקע צריך השלשה ממש, מכל מקום בנידון דידן יש לקיים את הצוואה מטעם אחר, דיעוין בשו"ת אחיעזר (ח"ג סימן ל"ד) שדן לגבי אשה שנתנה צדקה בערכאות ע"י צוואה פסולה וכתב שם שאומרים מצווה לקיים דברי המת לתת לצדקה ע"פ מה שאמרה ואפי' שלא עשתה השלשה היות ועשתה את זה בערכאות שזה מקום רציני שמבצע ע"פ מה שאומרת להם ואין כאן שחוק והיתול ולכן מצווה לקיים את דבריה, וכתב שם שע"י ערכאות חשיב כהשלשה היות ואין כאן היתול.

ובמשפט שלמה לגר"ש זעפרני (ח"א) הקשה מהחת"ס (סימן קמ"ב) שהגיע לפניו צוואה מערכאות שכתבה האשה לתת את כל הירושה לילדים ושלא יתנו לבעלה כלום וכתב לנדות מי שילך אחרי הצוואה הזו, ולכאורה למה לא כתב להכשיר צוואה בערכאות מדין מצווה לקיים דברי המת ואין בעיה של השלשה היות

ומה שהחת"ס לא התייחס לצוואה שנעשתה בערכאות מדין מצווה לקיים דברי המת, מצינו כמה יישובים: א'- ראיתי שהביאו בקובץ מוריה (שנה כ' גיליון י' - י"ב) שבזמן החת"ס הערכאות לא היו חזקים כל כך ולכן לא היה סמיכות דעת כמו היום להחשיב את זה כהושלש, וממילא כיום שהערכאות חזקים נחשב הדבר כמצווה לקיים דברי המת בהשלשה, ואלא שזה קשה לומר שהערכאות פעם לא היה להם כח שלעולם כח המלכות היה לה תוקף.

ב'- ונר' שהביאו בדברי החת"ס הוא, שבזמן החת"ס היה קהילות יהודיות וכולם היו הולכים לבתי הדין ומי שהיה ניגש לערכאות היה סוג של מנודה, ולכן גם כשכתב צוואה בערכאות לא היה בטוח שיפעלו כמו הערכאות ולכן לא נקט את המצווה לקיים דברי המת שם כמה הייתה הצוואה בערכאות, אבל כיום שכל הצוואות חייבים לעבור אישור של ערכאות לשחרר אותם ויש אנשים בפרט מסורתיים שאינם שומרי תורה ומצוות שהם גדלו רק על הערכאות א"כ הגמירות דעת שלהם גמורה עם הערכאות ורק עליהם סומכים בוודאי שייחשב הצוואה כהשלשה שנאמר מצווה לקיים דברי המת ובפרט שהעו"ד לא שואל אף אחד והוא הולך ישר לערכאות לקיים את הצוואה שחשיב הדבר כהושלש.

ואמנם הביאו מהגר"ש אלישיב זצ"ל שסמך על האחיעזר רק במקום של כספי צדקה ולא בכל מקום אפי' שמשמעות האחיעזר שרצה לסמוך ע"ז בכל צוואות

לשאלת רבים איז מה לחוש בשמות שבסיפורים ללשונו הרע ורכילותו כי כל השמות בדיינים.

בימים אלה מתחילים בהוצאה לאור של הספר חושן למעשה חלק ג'

לתרומות הנצחות והקדשות 0527 157834



העלון הוקדש לרפואת הבחור החשוב דוד בן ג'ודי יהודית בתושח"י

העלון הוקדש לרפואת אמי מורתי דבורה בת לילי עוואלי שתקום במהרה ממטת חוליה