

שער שני - ירושה

סימן ה

בדין מתנת שכיב מרע

ראשי פרקים

- א. גביית מלוה ע"פ ממתנת שכיב מרע
- ב. ככתובין וכמסורין וכירושה שויהו רבנן
- ג. קנין באיסור
- ד. קנין ד אמות בגנב
- ה. תקנו חכמים, ועשה שלא כהוגן
- ו. מוכר שטר חוב לחבירו ומחל יורש קטן
- ז. שכיב מרע שנתן לנכרי
- ח. לא תיקנו בעכו"ם
- ט. בין איסור דאורייתא לאיסור דרבנן
- י. מאימתי חלה מתנת שכיב מרע
- יא. בדבר שלא בא לעולם, בדבר שאין בו ממש ובמלוה ע"פ
- יב. דין ירושה ודין קנין
- יג. נתן חובות שיש לו על עכו"ם
- יד. שני אופנים במתנת שכיב מרע
- טו. באסמכתא ובדבר שאינו קצוב
- טז. כח יורש מול כח מקבל במתנת שכיב מרע
- יז. נתן מטלטלין במתנת שכיב מרע

מי שנתן נכסיו במתנת שכיב מרע, והיו לו בעלי חוב ובהם מלוה ע"פ, ונתן את נכסיו באופן שהפקיע זכותם של בעלי החוב (וכדלהלן), אם מהני מתנתו, ואם תיקנו חכמים שיהיו דבריו ככתובין וכמסורין גם באופן שעובר על דברי חכמים ומפקיע זכותם של אחרים. ומענין לענין ראיתי לבאר את גדר ומהות מתנת שכיב מרע.

א. גביית מלוה ע"פ ממתנת שכיב מרע

מבואר בשו"ע חו"מ קח,א דמלוה ע"פ אינה נגבית אפילו מיורשים גדולים אלא באחת מג' דרכים (המבוארות בגמ' ב"ב קעד,ב), כשהודה אביהן וצוה בחוליו שיש לפלוני חוב עליו, או שהיתה ההלוואה לזמן ולא הגיע עדיין זמן הפרעון, או שנידוהו ביי"ד עד שיתן ומת בנידויו, באלו האופנים גובה בע"ח מהיורשים בלא שבועה. אבל כשאין אחד מאלו האופנים, אף אם הלוהו בעדים, אין נפרעין מהיורשים, דטענינן ליורש שמא פרע אביהם.

ולכאורה דינו של מקבל במתנת שכיב מרע כדין יורש, וגם אין מלוה ע"פ גובה ממקבל המתנה אם אינה על אותם ג דרכים. וגם באותם ג דרכים, מצאנו ראשונים שנחלקו אם גובה מלוה ע"פ ממתנת שכיב מרע. מחלוקת זו הביא בעה"ת (שער סא, חלק א, ד-ה), וז"ל:

"ומסתברא דכי היכי דמלוה ע"פ לא גבי מלקוחות, הכי נמי לא גבי ממקבל מתנה, דלקוחות ומתנה כי הדדי נינהו, כדאיתא בפרק הניזקין (גיטין נ, ב). מיהו אם כשהיה שכיב מרע נתן נכסיו, חזר המקבל מתנתו כיוורש וגובה ממנו מלוה ע"פ, שהרי מתנת שכיב מרע כירושה שויה רבנן, וכשם שמלוה ע"פ נגבית מן היורשין, נגבית ממתנת שכיב מרע כירושה, וכמו שכתב הרב בן מיגש ז"ל בפרק יש נוחלין (קלג, א) גבי ההיא דסבר רב אחא למימר אם ראוי ליורשו אלמנתו ניזונת מנכסיו, מיהא שמעינן דהיא דהוה לאיניש מלוה ע"פ, וכתבינהו לנכסי לאחר במתנת שכיב מרע, דינא הוא דאתי בע"ח וטריף לה מיניה כי היכי דטריף מיורשין, ואי הוה מטלטלין דיהיב במתנת שכיב מרע, דינא הוא דאתי בע"ח, בין במלוה ע"פ בין במלוה בשטר, ומפיק לה מיניה דמקבל מתנה כי היכי דמפיק מיורשין, דכיוורשין שויה רבנן, ע"כ. אבל הראב"ד חולק בזה, מדתניא (ב"ב קלח, א) אחריו לפלוני ואחריו לפלוני וגובה מן האחרון, ומפרשין ליה בהניזקין (גיטין נ, ב) אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, וההיא ברייתא בשכיב מרע איירי, אלא מתנת שכיב מרע כשאר משועבדין דינה, ע"כ. ויש לנו לומר בההיא, דמתנת שכיב מרע במקצת היא והוא הדין לבריא, וכי קתני שכיב מרע, אורחא דמילתא נקט."

ומבואר מדברי בעה"ת דנחלקו הר"י מיגאש והראב"ד אם מלוה ע"פ גובה ממתנת שכיב מרע. והנה ראית הראב"ד מהברייתא (ב"ב קלח, א): שכיב מרע שאמר תנו מאתים זוז לפלוני ושלש מאות לפלוני וארבע מאות לפלוני, אין אומרים כל הקודם בשטר זוכה, לפיכך יצא עליו שטר חוב גובה מכולם. אבל אמר תנו מאתיים זוז לפלוני ואחריו לפלוני, יצא עליו שט"ח גובה מן האחרון. ובגיטין מבואר טעמא דגובה מהאחרון, דבמתנה נמי עבוד רבנן תקנתא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, אלמא מתנת שכיב מרע דינה כמשועבדים. והרשב"ם (ב"ב קלח, א ד"ה תנו רבנן) כתב דלהכי נקט שכיב מרע שראוי לחלק כל נכסיו בדבור פיו ויש לחלק בין אמר "ואחריו" ללא אמר, משא"כ בריא שמקנה לכל אחד בפני עצמו, הדבר ידוע למי הקנה תחילה. ועיין בגדולי תרומה (שער סא הנ"ל) שכתב דכוונת בעה"ת לדחות את ראית הראב"ד ולרמוז לדברי הרשב"ם. אך גם לרשב"ם נראה דלענין זה שוה מתנת שכיב מרע למתנת בריא, וחשיב מתנת שכיב מרע כמשועבדין.

אך מדברי התוס' בגיטין (נ, ב ד"ה ש"מ) נראה (לתרוץ אחד) כחילוק בעה"ת. התוס' הקשו אמאי עבוד רבנן תקנה של אין נפרעין מנכסים משועבדים וכו' במתנת שכיב מרע, הרי במתנת שכיב מרע לא מסיק מלוה אדעתיה דמית ליה וממילא אין כאן נעילת דלת. ותירצו דלא נראה לגמרא לחלק. אי נמי, הכא במתנה במקצת דהויא כמתנת בריא. ומבואר מדברי התוס' דמיירי בברייתא במתנת שכיב מרע במקצת, ודוקא בכהאי גוונא שדינה כמתנת בריא חשיב כמשועבדים.

והרשב"א בחידושו (ב"ב קלג, א) הביא את מחלוקת הר"י מיגאש והראב"ד, וכתב לחלק דהא דאמרינן דמתנת שכיב מרע הינה כמשועבדין, אינה אלא במקום דליכא פסידא למלוה,

ורק הנידון אם יגבה מבינונית או מזיבורית, דמי"מ גובה חובו, אבל במקום שיפסיד בע"ח לגמרי כשלא יטרוף ממתנת שכיב מרע, "במקום פסידא גמורה במזון האשה והבנות ומלוה ע"פ, כירושה שויה". והקשה על מה שתירץ הרמב"ן (וכן הוא בתוס' הני"ל) דמיירי במתנת שכיב מרע במקצת, עיי"ש. ועיין עוד ברב המגיד ה' זכיה ומתנה ח, ט.

וכדעת הר"י מיגאש והרשב"א והרמב"ן, מבואר גם בנימוק"י (ב"ב ס, ב בעמוה"ר) לענין מזונות אלמנה דגובה ממתנת שכיב מרע, על מש"כ הר"י"ף שם דמזונות אלמנה ומתנת שכיב מרע תרוייהו תקנתא דרבנן, ובהדי הדדי קא אתו לאחר גמר מיתה (עיי"ש ברי"ף ובקצה"ח רנב, א), וכתב הנימוק"י:

"והך תקנתא לא תדחה תקנת מזונות הקודמת ובכל-שכן, ומה ירושה דאורייתא אינה דוחה אותה, מתנה שהיא כירושה דרבנן דהיינו לאחר מיתה ומדרבנן לא כל-שכן. וכיון שאין לה דין משועבדין, מלוה ע"פ גובה ממנה. ודעת ר"י ז"ל דמטלטלי דמתנת שכיב מרע לא משתעבדי לבע"ח, דלא תקנו הגאונים ז"ל אלא ביורשים בלבד."

ומבואר דס"ל דאין דין מתנת שכיב מרע כמשועבדין, ומלוה ע"פ גובה מהם. [והביא דעת ר"י דאין מלוה גובה ממתנת שכיב מרע, דאף שתיקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח (עיין ברא"ש כתובות ט, יד, ובשו"ע חו"מ קז, א), מ"מ ממתנת שכיב מרע אינו גובה. ועיין שו"ע חו"מ קיג, א.].

ומחלוקת ראשונים הני"ל הביאה גם הקצה"ח קיא, א, וכתב על ראית הראב"ד ומה שתירצו הראשונים בראיה זו, דאפילו נימא דמתנת שכיב מרע הוי כירושה, מ"מ גם בירושה היכא דמשכחת לה קמא ובתרא, גובה מקמא, שאומר לו הבתרא הנחתי לך מקום לגבות הימנו, עיי"ש שהביא ראיה דכן הדין ביורש. ובאמת שיש להבין בדברי הראב"ד, דאף ע"פ ראיתו גובה מבתרא, ואי ס"ל דלא גובה ממתנת שכיב מרע, אמאי גובה מבתרא. אלא שהברייתא מיירי דראשון חשיב כמשועבדין רק ביחס לבתרא ומכח העובדה שיש בתרא, אבל אם לא היה אלא הבתרא, היה גובה ממקבל המתנה. וא"כ מתנת שכיב מרע מעצם מהותה אינה משעבדי אלא רק היכא שיש אחריה מתנת שכיב מרע אחרת, וע"כ כשאין אלא היא, לא חשיב כמשעבדי וגובה מינה מלוה ע"פ. ועיין עוד קצה"ח רנג, ה.

עכ"פ לכל הראשונים הני"ל, דינו של מקבל מתנה משכיב מרע, כדין יורש לענין גביית בע"ח, וממילא לא הפקיע כאן כל זכות. ולראב"ד אינו כיוורש ואין מלוה ע"פ גובה הימנו. ומבואר מדברי הראב"ד דמהני מתנתו אף שמפקיע זכותו של מלוה ע"פ. וכן לדעת ר"י דלא תיקנו הגאונים שיגבה בע"ח מטלטלי ממקבל מתנה, מהני מתנתו אף שמפקיע זכות של בע"ח.

ב. ככתובין וכמסורין וכירושה שויה רבנן

במתנת שכיב מרע מוצאים אנו בגמרא שני סוגי התיחסויות שלכאורה יש נפקות ביניהם. בגמרא בב"ב קנא, א (וכן ב"ב קעה, א וספ"ק דגיטין) מצאנו "דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו". והיינו שבמקום שבריא צריך קנין כדי לתת מתנותיו, שכיב מרע דיבורו הרי הוא כקנין, והיינו שקבעו חכמים שדיבורו הרי הוא כקנין שלא תטרף דעתו, וכמו שקבעו

חכמים שנוהגי השוק מהוים קנין סיטומתא, או שהתחשבו חכמים בצרכי השוק ולמנוע טרחה ותיקנו את קנין מעמד שלשתן (עיין תוס' גיטין יד, א ד"ה כהלכתא, ורא"ש גיטין א, יז), כך גם קבעו שדיבורו של השכיב מרע, הרי הוא כקנין של בריא, ותיקנו קנין זה כדי שלא תטרף דעתו. דאף שבדברים בעלמא אין כאן קנין, מ"מ דבורו של שכיב מרע הוא כקנין. (והא דהוי מדרבנן, עיין ב"ב קמז, ב). ועיין ברמב"ם ה"ל זכיה ומתנה ח, ב, וז"ל:

"שכיב מרע שציוה ליתן לפלוני כך וכך ... זכו הכל כשימות בכל מה שנתן להם ואינו צריך קנין, שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו. ודבר זה מדברי סופרים. ואע"פ שאינה קונה אלא מדבריהם, עשו אותה כשל תורה כדי שלא תטרף דעתו עליו כשידע שאין דבריו קיימים."

(ועיין עוד רש"י כתובות נה, ב ד"ה מתנת, ותוס' ב"ב קעה, א ד"ה ודברי). ולכאורה הפשט שתקנת חכמים היא שדברי שכיב מרע אינה צריכה קנין, וכמש"כ הרמב"ם. אלא דא"כ מה ההמשך שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו. אלא הפשט שהדברים הם כקנין, וזו התקנה שדברים מהוים קנין. וחידשו חכמים ששכיב מרע אינו צריך קנין כבריא, אבל קנין יש כאן, והם דבריו שהם כקנין, וזה החידוש שחידשו בשכיב מרע כדי שלא תטרף דעתו, שדבריו הם כקנין וככתובין וכמסורין אצל בריא. (ועיין תוס' ב"ב קמט, א ד"ה דקא מגמרי: "דדברי שכיב מרע נקנים באמירה מההוא דאמן של בני רוכל ...", עיי"ש)

מאידך מוצאים אנו שחכמים התיחסו אל מתנת שכיב מרע כירושה - "כירושה שווה רבנן", וכדאיתא בגמ' ב"ב קמט, א לענין גר שאינו בירושה וע"כ גם אינו במתנת שכיב מרע. וכן מצאנו לענין הלואה שיכול להקנותה במתנת שכיב מרע "הואיל ויורש יורשה" (ב"ב קמח, א). וענין הירושה היה נראה לפרש שנתנו חכמים לשכיב מרע לקבוע מי יהיו אלו שירשו אותו, ובדיבורו הוא קובע מי יהיו היורשים שירשו את נכסיו. ועיין בתוס' ב"ב קמט, א-ב (סד"ה דקא מגמרי) שרצה לומר בתחילה שגם מצוה לקיים דברי המת אינה אלא במקום ששייך בירושה, וע"כ איסור גיורא שאינו בירושה, אינו גם בכלל מצוה לקיים דברי המת. ודחו חילוק זה:

"מיהו לא דמי למתנת שכיב מרע שהיא כעין ירושה, דיש לנו יותר לדמותה לירושה כדאמר לעיל."

ונראה לפרש מש"כ שהיא כעין ירושה, דבדבריו השכיב מרע אינו עושה קנין, בניגוד למתנת בריא, אלא תקנו חכמים שיכול בדבריו לקבוע מי יהיו היורשים שלו, דהיינו מי ירשו נכסיו, ואין זה פועל בגדרי קנין אלא בגדר של ירושה, משא"כ מצוה לקיים דברי המת אינה כלל ירושה אלא ציווי לתת. (ועיין להלן עוד ראשונים הסוברים שעשאוהו למקבל מתנת שכיב מרע כירוש ממש).

לאמור - אנו מוצאים שני דרכים שבאמצעותם פועלת מתנת שכיב מרע. דרך אחת שדבריו הם קנין, וכמו שתיקנו חכמים דיהני קנינים אחרים, כך גם תיקנו שדיבור בשכיב מרע הוא קנין. השניה - שהשכיב מרע קובע מי יהיו היורשים, ומעביר נחלתו מיורשיו לאחרים שהם יהיו יורשיו, וממילא כשם שירושה אינה צריכה קנין, כך גם דברי שכיב מרע אינם צריכים קנין.

ג. קנין באיסור

הנפקות בין שתי הדרכים תהיה במקום שהשכיב מרע פועל בניגוד לרצון חכמים, כשמפקיע זכות של בע"ח, או שעושה את דבורו באיסור. אם נאמר שמתנת שכיב מרע היא קנין בדיבור, ונתנו חכמים לדיבור כח של קנין, אף אם נעשה הקנין באיסור או שהפקיע זכויות של אחרים, מהני הקנין, ואם נאמר שזו תקנת חכמים שיכול אדם לקבוע מי יהיו יורשיו, במקום איסור או שמפקיע זכויות, לא תיקנו חכמים.

והא דמהני קנין אף שעשה איסור, מבואר בירושלמי פ"ה דביצה (הובא ברי"ף ביצה כ,ב בעמוה"ר, וברא"ש שם פ"ה ה"ב), לענין הא דתנן (ביצה לו,ב) שאין דנין ביו"ט ולא מקדשין ולא חולצין ולא מיבמין, וכתבו הרי"ף והרא"ש:

"ירושלמי; וכולן שעשו, בין אנוסין בין שוגגין בין מזידין בין מוטעין, מה שעשו עשו בשבת ואין צ"ל ביו"ט. ושמע מינה מאן דעבר ואקני בשבת ממקרקעי או ממטלטלי, הקנאתו הקנאה."

וכן פסק הרמב"ם בסוף הלי מכירה (ל,ז), וז"ל:

"המוכר או הנותן בשבת ואין צריך לומר ביום-טוב, אע"פ שמכין אותו, מעשיו קיימין. וכן כל מי שקנו מידו בשבת הקנין קיים, וכותבין לאחר השבת ונותנים."

וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ קצה,יא, ובסי' רלו,כח. ונראה דאין חילוק בין אם הקנין מדאורייתא או מדרבנן, מדלא חילקו בירושלמי וברמב"ם ובשו"ע. וכן נלענ"ד להוכיח מדברי הראשונים על הא דאיתא שקונין משכיב מרע ואפילו בשבת, כדי שלא תטרף דעתו עליו (ב"ב קנו,ב). ובגמ' גיטין עז,ב בההוא שכיב מרע דכתב לה גיטא לדביתהו בהדי פניא דמעלי שבתא ולא הספיק למיתבה לה. למחר תקף ליה עלמא. אתו לקמיה דרבא, אמר להו זילו אמרו ליה ליקניה ניהלה לההוא דוכתא דיתב ביה גיטא, ותיזיל איהי ותיחוד ותפתח ותחזיק. וברש"י שם (ד"ה הרי זו חזקה) מבואר דמיירי בקנין אגב (ובר"ן לט,ב בעמוה"ר פליג וס"ל דמיירי בקנין חצר). וקנין אגב הוא מדרבנן (עיין תוס' ב"ק יב,א ד"ה אנא, ועיין ברע"א שם). ודוקא בשכיב מרע הקילו אפילו לכתחילה כדי שיקנה כדי שלא תטרף דעתו עליו, הא בשאר כל אדם מהני בדיעבד אפילו בקנין דרבנן.

אך עדיין י"ל דקנין שנעשה בשבת מהני מפני שחכמים לא אסרו קנין בשבת אלא לכתחילה ולא בדיעבד, אבל במקום שיעשה איסור דאורייתא, לא מהני קנין דרבנן, דהם תיקנו את הקנין רק במקום שאינו עושה איסור. לאמור - הקנין מהני בדיעבד לא מחמת חוזק הקנין אלא מחמת חלישות האיסור, דמלכתחילה לא אסרו את הקנין אלא לכתחילה, אבל לא שלא יהני אף בדיעבד.

אלא שיש להביא ראיה לדין מהמשנה ב"ק ע,א: גנב ומכר בשבת, גנב ומכר לעבודה זרה ... משלם תשלומי ארבעה וחמשה. ובגמרא שם בע"ב מבואר דהוי מכירה אף בעשה איסור דאורייתא בהוצאה מרשות לרשות או בקצירת תאנה. וכן מוכח מדברי הרא"ש ב"מ פ"ה

היי"ט, על הא דאיתא בגמ' ב"מ סה,א: ואמר אביי, האי מאן דמסיק ארבעה זוזי דריביתא בחבריה ויהיב ליה גלימא בגוויהו, כי מפקינן מיניה, ארבעה מפקינן מיניה, גלימא לא מפקינן מיניה. רבא אמר, גלימא מפקינן מיניה, מאי טעמא, כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי וקאי גלימא דריביתא. וכתב הרא"ש:

"משמע דוקא משום דלא לימא מכסי בגלימא דריביתא הוא דמהדרינן ליה, הא לאו הכי המקח קיים ולא אמרינן כיון דנעשה באיסור נתבטל המקח. וכן בעובדא קמא דיהיב ליה חמשא, וכן בעובדא דשכירות. מכאן פסק רב האי גאון ז"ל בתשובה, היכא דאיכא איסורא בזבינא דאוסוף בדמיה משום אגר נטר או פוסק על הפירות עד שלא יצא השער, ונתקיים המקח בקנין ולא נתיקר השער, המקח קיים ואין יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור."

וכן פסק במחבר בשו"ע חו"מ רח,א, ושם הוסיף על "ונתקיים בקנין"; "או באחת מדרכי ההקנאות", והיינו דבכל הקנינים, בין קנין דרבנן ובין קנין דאורייתא, אף שהמקח נעשה באיסור, המקח קיים. [ועיין בשלטי גבורים ביצה (כ,ב בעמוה"ר אות ד) שהקשה אמאי מהני, והא רבא ס"ל דכל מה דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני. ועיין בש"ך רח,א שישב דלא מהני אמרינן במקום שאי אפשר לעשות אלא באיסור, משא"כ מקח שנעשה בשבת, יכול לעשותו בהיתר ביום אחר, עיי"ש. ועי"ע בסמ"ע שם ס"ק ג ובקצוה"ח ס"ק א.]

ומ"מ כאשר חכמים תיקנו קנין, גם אם ע"י הקנין מפקיע זכויות של אחרים, לא נתבטל הקנין בשל כך ולא אמרינן דבכגון זה לא תיקנו חכמים, דכיון דתיקנו את הקנין שיועיל כביטוי לגמירות דעת במקח בין הקונה למוכר, כיון שיש גמירות דעת, גם אם היא מנוצלת לאיסור, לא התבטל הקנין, דסו"ס קבעו חכמים שבכך נגמר הקנין ויש גמירות דעת לקונה ולמוכר. ועיין נתיבות רלה,ב (יובא להלן).

ד. קנין ד אמות בגנב

אלא שמצאנו במקום אחר שלא מהני קנין דרבנן באיסור. התוס' בב"מ י,א (ד"ה ארבע אמות) הקשו מהגמ' כתובות לא,א-ב בענין גונב כיס בשבת; היה מגרר ויוצא, באופן שלא הגביה הגניבה ברשות הבעלים, רק הוציאה מרשות הבעלים, פטור, שאיסור שבת ואיסור גניבה באים כאחד. אבל אם הוציאו לרשות הרבים חייב, איסור שבת איכא, איסור גניבה ליכא. והקשו התוס', אמאי לא יקנה הגניבה ברשות הרבים בקנין ד אמות, ולמ"ד שארבע אמות קונות ברשות הרבים. ותירצו התוס':

"וי"ל דבגניבה לא תקינו רבנן דקני אלא במציאה דלא ליתי לאנצויי ובגט משום עיגונא. ולרב ששת דאמר בסמוך דברשות הרבים לא תקינו ארבע אמות אתי שפיר."

וכך גם תירצו בתוס' בכתובות לא,ב (ד"ה אי). אמנם גם לענין מתנה משמע מהתוס' שלא תיקנו ד אמות, ואף שהרא"ש (ב"מ פ"א הכ"ח) כתב דמדברי הירושלמי משמע שתיקנו אף במתנה. ועיין בש"ך רמג"ט שכתב דאין הכרח זה אלא אליבא דרב ששת שתיקנו ארבע אמות ברשות הרבים, אבל לדידן דקיי"ל שלא תיקנו אלא בסימטא (ורק בגיטין וקידושין מהני ברשות הרבים משום תקנת עגונות, עיין שו"ע אהע"ז ל,ד), אין הכרח לתירוצ' התוס' וי"ל

דאף בגניבה תיקנו. ומסיק הש"ך דמ"מ תירוץ התוס' אמת מסברא אפילו למ"ד דתיקנו ד אמות במתנה, מ"מ בגניבה שלא יצאה מדעת הבעלים, "לא שייך כלל לומר דיתקנו ד אמות של אחרים להוציא מרשות בעלים". ועיין בר"ן ב"מ (ה,א בעמוה"ר) דאף במקח וממכר תיקנו ד אמות, רק חילק בין קדם הקונה לכלי, דקונה בדי אמות, לבין קדם הכלי לאדם, שאינו קונה. ועיין עוד ברמ"א חו"מ ר, סוס"ק א שפסק דדי אמות קונים במקח וממכר כמו במציאה, ועי"ש בש"ך ס"ק ה ובקצוה"ח ס"ק ד.

המורם מהנ"ל דבגניבה לא קונה בקנין ד אמות. ויש להבין לסברא שכתבנו לעיל דכל היכא שתיקנו חכמים קנין, גם באיסור מהני הקנין, דכיון דאיכא גמירות דעת, מה לי עשו הקנין בהיתר ומה לי עשו הקנין באיסור, בכל ענין צריך להועיל הקנין, ומה חילוק בין קנין מעמד שלשתן לקנין ד אמות.

עוד יש להקשות מהא דאיתא בב"ק קיז, ב - קיח, א בהא דגזל שדה מחבירו והיתה פרה רבוצה בו ושטפה נהר, פירש רש"י (קיח, א ד"ה פרה), וז"ל:

"וגזלן לא משכה והוי כקרקעות, ולר' אליעזר דאמר שדה נגזלת, קונה פרה עימה וחייב לשלם, דמטלטלין נקנין אגב קרקע, ולרבנן לא קנה שדה ולא פרה שבה."

וכתבו התוס' בב"ק יב, א (ד"ה אנא) דקנין אגב הוא מדרבנן, וכן דעת הרא"ש שם (ובנימוק"י אפשר שהוא דאורייתא, עיין כל זה בקצוה"ח רב, ה). ואמאי מהני קנין דרבנן באיסור גניבה, הא למש"כ לעיל בקנין ד אמות, לא מהני קנין דרבנן באיסור, דלא תיקנו חכמים דליקני איסור.

ונראה לבאר דשונה קנין ד אמות משאר קנינים דרבנן, דבקנין ד אמות אין כאן פעולה של קנין אלא הוי דומיא דקנין חצר, דהיינו שקבעו חז"ל שדי אמות של אדם יהיו כחצירו וכרשותו לענין קנינים, וכמש"כ הרמב"ם בהל' גזילה ואבידה יז, ג: "... וכן ד אמות של אדם כחצירו לענין מציאה". וכן מבואר בדברי הר"ן בגיטין (מ, ב בעמוה"ר), וז"ל:

"... ואע"ג דדי אמות לכ"ע אינן קונות דבר תורה, כיון דרבנן תקנינהו ואמרי שיהיו קונות, הרי הקנום לו ועשאום כחצירו, והפקר בית דין היה הפקר."

ואף אם נאמר דדי אמות אינן כקנין חצר אלא קנין בפני עצמו, היינו שלא תיקנו שדי אמות יפעלו כקנין חצר, אלא תיקנו שדי אמות יקנו, ומ"מ פעילותם בקנין מכח שתיקנו שדי אמות יהיו רשות הקונה.

לפי"ז בקנין ד' אמות היו שני שלבים: א - תיקנו שדי אמות היא כחצירו או כרשותו של הקונה. ב - כיון שהיא רשותו או חצירו, קונה מה שנמצא באותה רשות. א"כ יש כאן גם תקנה - שיהיה רשותו, וגם קנין. וקנין זה אינו מכח הגמירות דעת דומיא דקנין סיטומתא, שאין כאן פעולה מצד הקונה או המקנה וגרע לענין זה אף מקנין יד, אלא כיון שהחפץ ברשותו, קונה לו חצירו או ד אמות שלו. ע"כ אין להגדיר לענין זה את קנין ד אמות כקנין אלא כתקנה, שתיקנו שדי אמות יקנו לו כפי שחצרו קונה, וע"כ כל היכא שיש איסור, לא תיקנו ליה רבנן (ועיין מש"כ בדברי מלכיאל ח"א קג, יג). משא"כ קנין אגב, שעושה מעשה

קנין בקרקע, ואגב קנין הקרקע קונה מטלטלין, והקנין של המטלטלין נובע מכך פעולת קנין הקרקע, ובוזה כיון שיש גמירות דעת לקנות במעשה הקנין של הקרקע, גמר בדעתו גם על המטלטלין, וע"כ גם במקום שעושה איסור כגון בגניבה, קונה בקנין אגב.

ה. תקנו חכמים, ועשה שלא כהוגן

אולם כאשר חכמים מתקנים תקנה, מוצאים אנו שלא תקנו במקום שעושה שלא כהוגן. במשנה גיטין נט, א: הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין. ובגמ' שם: וטעמא מאי. אמר רבי אבא בר יעקב א"ר יוחנן, משום כדי חייו. ועיי"ש ברש"י (ד"ה קמ"ל) דיכולת הקטן להקנות הוא מתקנת חכמים משום כדי חייו. וכן כתב הרמב"ם בהל' מכירה כט, א, וז"ל:

"שלשה אין מקחן מקח ואין ממכרן ממכר דין תורה - החרש השוטה והקטן. אבל חכמים תיקנו שיהא החרש והקטן נושא ונותן במטלטלין ומעשיו קיימין משום כדי חייו."

וכן מבואר שם בהל' ו, וכן פסק בשו"ע חו"מ רלה, א. לאמור - חכמים לא חידשו קנין מיוחד בקטן, אלא תיקנו שאף שקנין בקטן לא מהני דבר תורה, משום כדי חייו מעשיו קיימים. ואין זה דומה לקנינים שתיקנו חכמים שקבעו דבאופן מסוים יש גמירות דעת. כאן לא חידשו קנין, אלא תיקנו דהיכא דלא מהני מדאורייתא יועיל מדרבנן, ולא הצריכו דעת כפי שהצריכה התורה, אלא אפילו בדעת פחותה מהני.

ובר"ן בתש' (מד, ז) כתב דלא מהני מכירת הקטן היכא שע"י מכירתו מופקעת זכות הבנות בנכסים המועטים שהשאיר האב, וז"ל:

"מיהו קרוב אני לומר שהפעוטות שקדמו ומכרו בנכסין מועטין במקום בנות, לא הפסידו הבנות מזונותיהן, דכיון שהפעוטות מן הדין אין מעשיהם כלום אלא דתקון להו רבנן משום כדי חייהן, בכגון הא שיעשו שלא כהוגן לא תקון להו רבנן, דהא דאמרינן במסכת סוטה (דף כא) איזהו רשע ערום, זה המשיא עצה למכור בנכסים מועטים וכו'. וזו סברא קרובה אל הדעת, וכל-שכן שהוא דבר ברור לדעת רב האי גאון ז"ל שאמר ... דוקא בכדי חייו בלחוד ... ואפילו לדברי האחרונים דעתי נוטה כן."

ומבואר דחכמים לא תיקנו במקום שעשה שלא כהוגן. וכן פסק במחבר בשו"ע חו"מ רלה, א. ובנתיבות שם בס"ק ב, כתב וז"ל:

"נראה דדין זה אינו רק בקטן, שהקנין דרבנן לא הוי רק משום כדי חייו, ולא תיקנו שיחיה עצמו בדבר האיסור, אבל בגדול מהני קנין דרבנן או קידושין דרבנן, כגון בקטנה, אפילו במקום איסור."

ונראה לפרש בסברת הנתיבות, דבקנין דרבנן בגדול קבעו חכמים דבכהאי גוונא הוי גמירות דעת, וממילא גם אם עשה איסור, כיון שהיה כאן גמירות דעת בין המוכר והקונה, המקח קיים. משא"כ בקנין של קטן, התורה קבעה שצריך רמה מסוימת של דעת כדי שהקנין יחול,

ובאו חכמים וקבעו שגם בדעת פחותה מהני כדי חייו, וזו תקנה של חכמים, ולא מפני שבדעת כזו סגי, שהרי התורה אמרה שבדעת כזו לא מהני, אלא שחשו חכמים לכדי חייו ותיקנו גם בדעת כזו, וע"כ כשעשה שלא כהוגן לא תיקנו ולא מהני מעשיו. (ולענין אם קטן מכר בשבת, אם מהני מכירתו, כיון שהקטן אינו עושה איסור במכירתו בשבת, וכן מחמת שאפילו לא תועיל המכירה, מ"מ הלוקח עשה איסור, עיין בבית יצחק, חאהע"ז ח"א קמג, ה).

[סברא לחלק בין קנין באיסור לנדון הר"ן בקטן שהגיע לעונת הפעוטות ומכר בנכסים מועטים, ראיתי בדברי מלכיאל (ח"א קג, י) דקנין דרבנן לא גרע מסיטומתא וכל קנין שנהגו הסוחרים, דכיון שנהגו לקנות בקנין זה מכח תקנת חכמים, א"כ לא גרע ממנהג הסוחרים והרי הוא כקונה בסיטומתא (עיין קצוה"ח ככו, ג ונתיבות רא, א), וממילא כל קנין דרבנן הוי מדאורייתא לדעת החתם סופר הסובר דקנין סיטומתא הוא דאורייתא. וע"כ גם כשקונה בקנין דרבנן באיסור, מ"מ קונה בסיטומתא. משא"כ בפעוטות דלא שייכי בקנין כלל אלא רק במה שאמרו חכמים, א"כ אם לא קנו מכח מה שתיקנו חכמים, לא שייך שיקנו בסיטומתא.]

עוד נמצא ראיה דלא תיקנו במקום איסור, בדברי התוס' ב"מ צו, ב (ד"ה אמר), על הא דאיתא שם בגמ' ; בעי רמי בר חמא, בעל בנכסי אשתו, מי מעל (כגון שנפלו לה נכסים מאביה משנשאת ועמהן מעות של הקדש ואין ידועין שהן של הקדש, ואמור רבנן בעל זוכה בהן בכל הנכסים להשתמש ולאכול פירות. ובתקנה זו נעשה שליח בנכסי הקדש לקנותם. וקא סלקא דעתך שזו היא יציאתם לחולין - רש"י). אמר רבא, מאן לימעול, לימעול בעל, דהיתרא ניחא ליה דליקני, איסורא לא ניחא ליה דליקני (דאין היא מוסרתן לו אלא מאליהם נקנים לו ממינתת אביה - רש"י). ובתוס' שם כתבו, וז"ל:

"לא היה צריך לטעם זה, דאפילו ניחא ליה דליקני הכל מה שבידה אפילו של אחרים ושל הקדש, לא היה קונה, כי לא תיקנו לו חכמים, וא"כ היאך היה לו למעול בנישואין לבדו בלא לקיחת מעות ..."

מבואר מדברי התוס' דתקנת חכמים שתיקנו לבעל פירות נכסי מלוג הינה דוקא באופן של היתר ולא בשל איסור, וע"כ במקום שקבלה מעות של הקדש, אפילו רוצה היה לזכות בהם, אינו יכול לזכות מכח תקנת חכמים, דבמקום איסור לא תיקנו חכמים, וכל זכית הבעל הינה ממילא ולא ע"י קנין, דהיינו מכח תקנת חכמים שתיקנו פירותיה תחת פורקנה, משא"כ בקנין דמהני אף במקום איסור.

ובמחנה אפרים (משיכה ס"י ב) הקשה על הרמב"ם הסובר כר"א דאין השומרים קונים במשיכה אלא מדרבנן, א"כ אמאי פסק בהלי מעילה (ו, ד) במשאל קרדום של הקדש, המשאל מעל לפי טובת הנאה, והשואל מותר לבקע בו לכתחילה. והרי השואל צריך למשוך את הקרדום, ובמקום איסור לא תיקנו חכמים, והביא ראיה מהגמ' (הני"ל) בעל בנכסי אשתו מי מעל, דבאיסורא לא תיקנו רבנן, ועיי"ש מה שישב. ולכאורה יש לחלק בין קנין דרבנן ותקנתא דרבנן וכנ"ל, דדוקא בקנין דרבנן מהני לקנות אפילו באיסור, וע"כ מהני משיכה גם במקום שיעשה איסור. משא"כ בתקנת חכמים שזיכו לבעל פירות נכסי מלוג, לא תיקנו חכמים באיסור, וכנ"ל.

ו. מוכר שטר חוב לחבירו ומחל יורש קטן

ואיתא בגמרא כתובות פה,ב: המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול, ואפילו יורש מחול. והשאלה מה הדין אם יורש קטן של המלוה הראשון מחל את החוב ללוה, אם החוב מחול. הסמ"ע סו,נח הביא מהמהרי"ק (שורש פט) שאם היו קטנים כשמחלו, הוי מחילה בטעות. והש"ך סו,פ הקשה על הסמ"ע שלא היה לו להביא בסתם את דברי המהרי"ק, כביכול פסק שכל מחילה של קטן הוי מחילה בטעות, דהא המהרי"ק מיירי דוקא באופן שהקטנים לא ידעו בחוב שחייב לאביהם וע"כ הוי מחילה בטעות, הא אם ידעו מהחוב ובכל זאת מחלו, מהני מחילתם. עיין במהרי"ק הנ"ל (ד"ה ואשר טענו), וז"ל:

"ואשר טענו מקצת האחים כי היו צעירים לימים כשנעשה הפטור, ולא ידעו בשעבוד ראובן לשמעון אביהם והוי מחילה בטעות. ודאי שאם היו קטנים פחותים מבני יג שנים, טענותם טענה דודאי הוי מחילה בטעות."

ומבואר לכאורה כדברי הש"ך דדוקא במקום שלא ידעו מהחוב ומחלו, הוי מחילה בטעות, הא ידעו מהחוב ובכל זאת מחלו, לא הוי מחילה בטעות ומהני מחילתם. והביא הש"ך ראייה דמהני מחילת פעוטות, מהא דאיתא בגמרא כתובות פה,ב - פו,א: קריבתיה דרב נחמן זבינתה לכתובתה בטובת הנאה, איגרשה ושכיבה. אתו קא תבעי לה לברתה (אתו לקוחות וקא תבעי לה לברתה הבאה לגבות כתובת אמה מאביה ולירש הכתובה מכח אמה, ואלו באין ליטול אותה הימנה לומר אמך מכרה לנו - רש"י). והשיאה רב נחמן עצה שתמחול הכתובה של אמה לאביה, ואח"כ תירש את אביה. והקשו התוס' (ד"ה תיזיל) מה הרויחה הבת במחילתה, הרי למאן דדאין דינא דגרמי יגבה הלוקח מהמוחל כל דמי השטר. ותירצו התוס' דמיירי בקטנה שמחילתה מחילה ואינה חייבת מדינא דגרמי. וא"כ ראייה שפעוטות מחילתם מחילה. וכן כתב הר"ן (כתובות מה,א בעמוה"ר).

ובקצוה"ח סו,כט כתב דלא מהני מחילת קטן במי שאביו מכר שטר חוב לאחרים, דכיון שעושה הקטן איסור, לא מהני מחילתו, ואף במקום שעשה שלא כהוגן, כגון במוכר נכסים מועטים, לא תיקנו חכמים, א"כ כל-שכן כאן במוחל היורש שהוא כמזיק, שלא תיקנו בכהאי גוונא. ודוקא בעובדא דרב נחמן שמחלה לעצמה, לא חשיב שלא כהוגן כיון שיש למוחל הנאה לעצמו. ולדבריו הסכים הנתיבות ס"ק לב. והיינו דכל היכא שעשה שלא כהוגן, לא תיקנו חכמים. (ועיין בחושן אהרן סו,כג ד"ה ועיין בקצוה"ח, וצ"ע).

ז. שכיב מרע שנתן לנכרי

וברמב"ם ה"ל זכיה ומתנה (ט,י), כתב וז"ל:

"אבל שכיב מרע שצוה ליתן לגוי מתנה אין שומעין לו, שזהו כמי שצוה לעבור עבירה בנכסיו."

ועיין ברב המגיד שם שכתב שדברים פשוטים הם כיון שיש איסור של לא תחנם במתנה לגוי, אבל לא מצא דין זה מפורש בגמרא. ובמשנה למלך שם כתב דהוא הדין בשכיב מרע שצוה ליתן מתנה בנכסים מועטים באופן שמפקיע זכות הבנות במזונותיהן שלאחר מיתתו, כיון

דאיסורא קא עביד מחמת היותו רשע ערום, לא מהני מתנתו, והוכיח גם מדברי הר"ן בתש" (הני"ל). ומוכח לכאורה מדברי הרמב"ם דמתנת שכיב מרע היא תקנה, וע"כ לא מהני באיסור.

ובהמשך הביא המגיה על המל"מ קושיא על דברי הר"ן מהגמ' ב"ב קלז, דבאומר נכסי לך ואחריך לפלוני, אין לשני אלא מה ששייר ראשון, ואסור לראשון למכור אלא שאם מכר, מכירתו מכירה. ומודה רשב"ג שאם נתנם במתנת שכיב מרע, שלא מהני המכירה, דמתנת שכיב מרע אינה אלא לאחר מיתה וכבר זכה אחריך. והקשה לדברי הר"ן, אפילו היתה מתנת שכיב מרע קודם מיתה, כיון שאיסורא קא עביד, דגם בזה נאמר רשע ערום (עיי"ש בב"ב קלז, א), לא מהני מה שיתן הראשון לאחר במתנת שכיב מרע. ותירץ:

"וניחא ליה, דלא אמרה הר"ן ז"ל אלא דוקא גבי ההיא דפעוטות, דאי לאו תקנת חז"ל שממכרן ממכר במטלטלין, לא היה כח בהם למכור, אבל במתנת שכיב מרע לא בא מכח תקנת חז"ל, דהרי יכול ליתנם במתנת בריא לאחר מיתה, אלו דבריו."

וישובו אתי שפיר לדברי הר"ן אך לא לרמב"ם, דהא ברמב"ם מבואר דאף במתנת שכיב מרע שעשה איסור בנתינתו וכגון שנתן לגוי, לא מהני נתינתו, וזה דלא כתרופ' הני"ל. ועיין בשער המלך (זכיה ומתנה ט, ל) שכתב דאין קושיא מהגמ' ב"ב הני"ל, ע"פ מש"כ הרשב"ם שם דמודה רשב"ג שאם נתנו במתנת שכיב מרע, היינו בין במתנת שכיב מרע הרגילה ובין במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה שהיא כמתנת שכיב מרע. [ועיי"ש בסוף דברי המגיה שהקשה מדוע לא הקשו גם על הרמב"ם ורק על הר"ן בתש" הקשו. ולכאורה טפי הו"ל להקשות, דתרוצם אינו מסתדר ע"פ דברי הרמב"ם, ורק אליבא דר"ן אתי שפיר. ועיין עוד במל"מ מה שהביא ראה מהתוס' ב"מ כ, א ד"ה שובר, ועיין במשפט שלום למהרש"ם רלה, א ד"ה והנה המל"מ מה שכתב בישוב קושיא זו].

ובעבר חשבתי לדייק בדברי הרמב"ם מש"כ "אין שומעין לו", שהוא ביטוי שלא נאמר ברמב"ם ביחס למתנות שכיב מרע, דלענין מתנת שכיב מרע כתב הרמב"ם בכל מקום שלא קנה "לא קנה", וביטוי "אין שומעין לו" נמצא ביחס למי שצוה שלא יקברוהו מנכסיו, שאין שומעין לו והיורשין מחויבים לקוברו, עיין ברמב"ם זכיה ומתנה יא, כד, והיינו דלא מיירי כאן הרמב"ם מצד נתינת מתנת שכיב מרע אלא מצד מצוה לקיים דברי המת. אלא שזה צ"ע, דא"כ מדוע כתב הרמב"ם דבריו דוקא בשכיב מרע, הרי גם בבריא יש דין מצוה לקיים דברי המת. ואחר הדברים האלה ראיתי בכנסת הגדולה (חוי"מ, רנו, הגהת טור, ז שכתב כן להדיא, וז"ל:

"אי נמי ס"ל דלא אסר הרמב"ם ז"ל אלא באומר ומצוה ליורשיו שיתנו לעכו"ם מתנה, דבמצוה ליתן לישראל איכא משום מצוה לקיים דברי המת, בעכו"ם אין שומעין לו. אבל בשכיב מרע הנותן מתנה לגוי בדין מתנת שכיב מרע, דלאו מטעם מצוה לקיים דברי המת צריכין היורשים ליתנה, אלא קנאה במתנת שכיב מרע נותנים אפילו לעכו"ם, וצ"ע."

וכנ"ל יש להבין מדוע אמרה הרמב"ם דוקא בשכיב מרע, דהא גם בבריא איכא משום מצוה לקיים דברי המת. וכתירוף הכנסת הגדולה נמצא גם בדברי מלכיאל (ח"א סי' קג) דטעם

הרמב"ם "לאו משום שאין מועיל קנין דרבנן במקום איסור, רק הרמב"ם איירי שם בדין מצוה לקיים דברי המת", ובמצוה לקיים דברי המת ליכא מצוה במקום עבירה, אבל בנותן במתנת שכיב מרע לגוי, שפיר קנה הגוי. אלא שבהמשך דחה תרוץ זה. וע"ע בשואל ומשיב (קמא, ח"ג, סי' קנז ד"ה נחזור).

ואם נפרש דמייירי הרמב"ם מדין מצוה לקיים דברי המת ולא מדין מתנת שכיב מרע, אתי שפיר מדוע נקט הרמב"ם טעם בנכרי מפני שציוה לעבור עבירה בנכסיו, תיפוק ליה שנכרי ליתיה בירושה, ע"פ שיטת הרשב"ם ב"ב קמט, א (ד"ה דליתיה בירושה) דרב מרי בנו של איסור גיורא ליתיה בירושה כיון שלא היתה הורתו בקדושה, וא"כ לא עדיף עכו"ם מגר. וי"ל דס"ל כדעת התוס' שם (ד"ה כל) דלא איכפת לן אם המקבל בר ירושה או לא, והכל תלוי בנותן, וע"כ כיון שהנותן בר ירושה, שפיר מהני. עוד י"ל דנכרי עדיף בזה על הגר, כיון שנכרי איתא מדאורייתא בירושת אביו, כדקיי"ל בקדושין יז, ב, ועיין שו"ע חו"מ רפג, א.

ח. לא תיקנו בעכו"ם

ובאמרי בינה (קונטרס הקנינים סי' טו ד"ה ועיין רמב"ם) כתב להקשות על הסוברים שאין בע"ח גובה ממטלטלין שנתן במתנת שכיב מרע, הרי לשיטת הרמב"ם דלא מהני מתנת שכיב מרע בעבירה, אין לך עבירה גדולה מזו שיזיק שעבודו של חבירו, שאחרים יקחו הנכסים אחר מיתת הלוה, והמלוים הנושים בו ילכו בפחי נפש, עיין במחבר וברמ"א אהע"ז צג, כ. ותירץ האמרי בינה:

"לכך נראה דודאי כל מה שתיקנו חכמים שהמעשה או הדיבור יהיה קנין, אז אף אם איתרמי במקום איסורא, קיים הקנין. רק בשכיב מרע שציוה לתת לגוי, הא בלאו הכי מצינו בב"ק פרק הגוזל דתקנתא לגוי לא עבדינן, בפרט ליגרע כח הישראל, וא"כ נגד הנכרי לא תיקנו חז"ל שיהיה דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין ... רק דהיה סלקא דעתך דהא דעבדו חז"ל לדברי שכיב מרע ככתובין כמסורין הוא מטעם תקנת השכיב מרע שלא תטרוף דעתו, א"כ היה מהראוי לקיים דבריו אף אם ציוה לתת לגוי כדי שלא תטרוף דעתו דישראל, לכך כתב הרמב"ם דהוי כמו שציוה לעשות עבירה מנכסיו דאין שומעין לו ולא חיישינן במקום איסור לטריפת דעתו. ושוב לא נשאר רק לקיים דבריו שיהיה כקנין המועיל אף במקום איסורא דלא פלוג חז"ל בתקנתן. ובזה אמרינן שוב דתקנתא לגוי לא עבדינן, אבל בשאר ענינים נגד ישראל חבירו בזה אמרינן דברי שכיב מרע ככתובין כמסורין אף במקום איסורא."

ונלענ"ד בבאור דבריו, דס"ל דלשיטת הרמב"ם מתנת שכיב מרע הינה מדין קנין ולא מתקנה, וע"כ כשם שכל קנין שנעשה באיסור מהני, הוא הדין קנין שכיב מרע שנעשה באיסור מהני. וכשאומרים אנו דדברי שכיב מרע הוי קנין, היינו קנין מצד המקנה ומצד הקונה. אלא דבעכו"ם שקנינו נפרד מישראל בדיני הקנינים, היה להם לחז"ל לקבוע באופן מיוחד כי הדיבור בשכיב מרע הוא קנין בין בישראל ובין בנכרי, דהא גם כשמצוה לתת לנכרי חיישינן לטריפות דעת, וע"ז כתב הרמב"ם שלא תיקנו מפני שהוא כמצוה לעבור עבירה בנכסיו. ומבואר מדבריו שלמד דמתנת שכיב מרע הינה בגדר של קנין ולא בגדר של תקנה, וממתנת שכיב מרע לנכרי לא מוכח שהיא בגדר של תקנה, דאף אם היא קנין לא מהני בשכיב מרע, שלא תיקנו בשכיב מרע שנתן לנכרי מפני שיש בזה איסור.

וכן נמצא בספר אולם המשפט (לגרייז הוטנר - רנו, ג) שהקשה דהא אף בנכרי יש מציאויות שאין איסור לתת מתנה, כגון במכירו או משום דרכי שלום, כמבואר בחו"מ סי' רמט. ותירץ:

"ואולי י"ל דלא תקנו כלל תקנת מתנת שכיב מרע לעכו"ם, וכמו דקיי"ל בסי' קכו לענין מעמד שלשתן דלא תקנו לעכו"ם, עיי"ש. ואף דהכא התקנה בשביל הנותן שלא תטרוף דעתו, התם נמי משמע שהוא בשביל תקנת הנותן שיפטור מן המקבל בדיבור בעלמא, עיי"ש, וצע"ג."

ומבואר שבעכו"ם לא תיקנו, והיינו כמש"כ בהסבר האמרי בינה, דבקנין הו"ל לחז"ל לתקן תקנה מיוחדת גם עבור עכו"ם, דהתקנא סתם אינה תקנה אלא לישראל, ואם רצו שיהיה הקנין גם לעכו"ם, הו"ל לחז"ל לתקן שיהיה הקנין גם לעכו"ם שקנינו שונה מישראל, ובעכו"ם לא תיקנו כפי שלא תיקנו במעמד שלשתן.

ט. בין איסור דאורייתא לאיסור דרבנן

אמנם בשער המלך (זכיה ומתנה ט, ז) ראיתי שפירש באופן שונה. שער המלך מקשה על מש"כ במשנה למלך הנ"ל דלשיטת הרמב"ם שכיב מרע שנתן בנכסים מועטים באופן שהפסיד זכות הבנות, לא מהני דומיא דמתנת שכיב מרע לנכרי, דא"כ גם אם יעביר נחלה מבן לבת, הוי אעבורי אחסנתא ואין רוח חכמים נוחה הימנו, ואמאי פסק הרמב"ם דמתנתו מתנה. וחילק, שאף הרמב"ם לא אמר דבריו אלא באיסור דאורייתא "כדנפקא ליה מלגר אשר בשעריך, ובמקום איסורא דאורייתא דוקא לא תיקון", אבל כשנותן השכיב מרע ועובר על איסור דרבנן, מהני מתנתו, ודוקא בקטנים שאין להם כלל קנין ותיקנו להם קנין, לא מהני במכרו בנכסים מועטים ואפילו שהאיסור רק מדרבנן.

ומשיטת שער המלך ליכא למימר דס"ל דמתנת שכיב מרע יש לה דין קנין, ותיקנו חכמים שהדיבור הוא הקנין, דא"כ אמאי באיסור דאורייתא לא מהני, והא מקח שנעשה באיסור מהני אף באיסור דאורייתא ובקנין דרבנן וכמש"כ לעיל. אלא נראה דס"ל דהוי תקנה, ומלכתחילה תיקנו באופן דיהני אף באיסור דרבנן ולא בדאורייתא.

וראיתי בדברי מלכיאל (ח"א סי' קג, ד) שכתב לבאר בשיטת שער המלך, דיסוד סברת הר"ן בתש"י שלא יהיו חכמים מסייעים ע"י תקנתם לעוברי עבירה, והוא בגדר של לפני עיור. וע"כ במקום שיכול להקנות בקנין דאורייתא, שפיר קני אף בקנין דרבנן, כיון דליכא לפני עיור דלא הוי כתרי עברי דנהרא, ורק מדרבנן אסור אף בחד עברא דנהרא, אך כל זה באיסור דאורייתא ולא באיסור דרבנן. וע"כ באיסור דאורייתא לא מהני בקנין דרבנן אף שיכול לקנות בקנין דאורייתא, כיון דאסור מדרבנן אף בחד עברא דנהרא.

אלא שעל עצם שאלת שער המלך איך מהני אעבורי אחסנתא במתנת שכיב מרע לשיטת הרמב"ם, נמצא בתשב"ץ (ח"ג סי' קצ) שדן בשאלה דומה, באשה שנתנה במתנת שכיב מרע להקדש בית כנסת, והעבירה הנחלה מקרובה העני "ויש לו בנים בני תורה ויש לו בת צריכה להנשא, והוצרך לצאת מעירו לשאול מהקהילות". והשיב התשב"ץ דאפילו במעביר נכסיו מראוי לירש, מבן רע לבן טוב, קיי"ל שאין רוח חכמים נוחה הימנו, כל-שכן במעביר להקדש,

וכיון שציוותה השכיב מרע לעשות עבירה בנכסיה, אין שומעין לה וכמש"כ הרמב"ם (הני"ל), "א"כ הקדש זה בטל הוא וירשנה קרובה". ומוכח דס"ל דאפילו באיסור דרבנן שאין רוח חכמים נוחה הימנו, נמי לא מהני במתנת שכיב מרע. וזה לכאורה לא כרמב"ם בהל' נחלות ו,ב.

ועיין בדברי מלכיאל (ח"א קג,ט) שחילק בין דין מכירה בנכסים מועטים לבין דין של אעבורי אחסנתא, דדין מכירה בנכסים מועטים מיקרי רשע ערום, משא"כ בדין אעבורי אחסנתא הוא דרגה פחותה ולא מיקרי רשע אלא רק אין רוח חכמים נוחה הימנו, והיינו "שאינו איסור גמור רק דרך עצה טובה". והוכיח כן מהא דאיסור גיורא (ב"ב קמט,א), שהקשו התוס' למה לא נתן לו רבא מדין מצוה לקיים דברי המת. ואע"פ שכתבו התוס' בקדושין יח,א שאין רוח חכמים נוחה כשנותן לו נכסי אביו, ובכל זאת ס"ל לתוס' שהיה מקום לתת מדין מצוה לקיים דברי המת, עיי"ש.

י. מאימתי חלה מתנת שכיב מרע

הדרינן לנדו"ד, אם מתנת שכיב מרע הינה קנין או תקנה. ולכאורה נראה שבשני הצדדים הני"ל נחלקו הראשונים בענין הזמן שבו חלה מתנת שכיב מרע, האם חלה בשעת מיתה למפרע משעת אמירתו, או שחלה רק לאחר מיתה. התוס' בגיטין (יד,ב ד"ה הא), כתבו וז"ל:

"אומר ר"י, אע"ג 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 למ"ד המזכה לעובר לא קנה, דדברי שכיב מרע כשמת כמסורים למקבל משעת נתינת שכיב מרע או אמירתו."

מבואר מהתוס' דהמיתה היא תנאי בחלות מתנת השכיב מרע שחלה למפרע משעת אמירת השכיב מרע. וביתר ביאור נמצא בדברי הרא"ש (ספ"ק דגיטין, סה"ט):

"... משום דדברי שכיב מרע לענין להקנות אחר מיתתו, חשובין ככתובין וכמסורין למפרע משעת נתינתו, הלכך כיון דאיתיה למקבל בשעת מתן מעות, הוברר הדבר שזכה משעת המתנה ומורישו ליורשיו, ואי ליתיה למקבל בשעת מתן מעות, יחזיר ליורשי משלח, דקיי"ל דאין קנין למת, וכן הלכתא."

והר"ן בספ"ק דגיטין (ו,ב בעמוה"ר) הביא דבריהם והקשה דהא קיי"ל בב"ב קלז,א דמתנת שכיב מרע לא חלה אלא לאחר גמר מיתה, "וכיון דבעידנא דחיילא ליתיה למקבל, היאך קנה, והא אין קנין למת, וצ"ע". וכן לומד קצוה"ח רנ,א מדברי הרשב"א ספ"ק דגיטין ומדברי הרא"ש בתש' שאינו זוכה אלא לאחר מיתה ולא למפרע, עיי"ש. ונחלקו בזה הטור והב"י בחו"מ ר"ס רנ, דדעת הטור דזוכה למפרע, ודעת הב"י שאינו זוכה אלא לאחר מיתה. [ועיין באמרי משה (לגר"מ סוקולובסקי זצ"ל) סי' לט שכתב מערכה גדולה בדין מתנת שכיב מרע אי קני למפרע, ועיי"ש בתחילת דבריו דהני ראשונים הסוברים שזוכה למפרע הוא רק כשהוציא המתנה מתחת ידו ונתנו להוליכה לפלוני, דזוכה למפרע אף דהולך לאו כזכי, משא"כ באמירה לחוד לכל השיטות אינו זוכה למפרע, עיי"ש מה שדן בדברי קצוה"ח הני"ל].

ונלענדיג בבאור מחלוקת ראשונים זו שנחלקו אם מתנת שכיב מרע הינה בגדר של קנין או בגדר של ירושה. אם מתנת שכיב מרע דיבורו הוא כקנין, וזו תקנת חכמים לעשות את דיבורו כקנין, הרי שמתנת שכיב מרע חלה משעת הדיבור שהוא הקנין, המיתה אינה אלא קיומיה תנאיה, וכמשי"כ הנימוק"י בב"ב (נח,א בעמוה"ר, הובאו דבריו בקצוה"ח הני"ל). אולם הסוברים שאין המתנה חלה אלא לאחר מיתה, היינו שבדיבורו קבע מי הוא היורש שלו, וזו תקנת חכמים שיכול בדיבורו לקבוע מי הוא היורש, ועיי"כ יכולה המתנה לחול לאחר מיתה, משא"כ אם המתנה הינה קנין, בזה הקשה הר"ן כיצד קנין יכול לחול לאחר מיתה.

ומאן דסי"ל דהוי קנין, סובר שדין כירושה שווה רבנן, שהואיל והמיתה הינה תנאי בחלות המתנה, הרי זה כירושה, ונפק"מ לענין מזונות הבנות וכן לענין מתנת שכיב מרע לגר, והיינו שיש לדמותה לירושה במספר ענינים, וכמשי"כ התוס' ב"ב קמט,א-ב סד"ה דקא: "מיהו לא דמי למתנת שכיב מרע שהיא כעין ירושה, דיש לנו יותר לדמותה לירושה". דכיון שהיא תלויה במיתה, יש לנו לדמותה במספר ענינים לירושה אף שבמהותה היא קנין, (ועיין תוס' כתובות פא,ב (סד"ה רבי מאיר) דמתנת שכיב מרע גריעא מירושה וכמשי"כ דלשיטתם אינה כירושה אלא למספר ענינים שיש לדמותה לירושה מחמת הדמיון ששניהם תלויים במיתה). ומאן דסי"ל שמתנת שכיב מרע הינה תקנה שיכול לקבוע מי הם יורשיו, סובר דהא דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו לא שיהיה בדיבורו קנין, אלא שקביעתו מי הם יורשיו אינה דיבור בעלמא אלא דיבור בר תקוף ככתובין וכמסורין כבר בשעת הדיבור, חלה כירושה בשעת המיתה.

ובקצוה"ח רנ,א הביא סתירה בדעת הרא"ש, דבגיטין פ"א סה"י"ט נראה דעת הרא"ש שחלה המתנה למפרע, מדכתב דאפילו מת מקבל בחיי נותן, ואפילו נולדו יורשי מקבל אחר השעה שאמר השכיב מרע, זכו יורשי המקבל. ומוכח שזוכה למפרע. ובתש"י הרא"ש פד,א מבואר דמתנת שכיב מרע ליתיה למקנה בעולם בשעת קנייה, דהיינו בשעת מיתה. וכתב הקצוה"ח דכיון דבפסקיו פסק שקונה למפרע, יש לנו לפסוק כפסקים שקונה למפרע.

ולכאורה נמצא מפורש בדברי הרא"ש בפסקיו (בשם רבינו יונה) שמתנת שכיב מרע חלה רק לאחר מיתה. הרא"ש בריש פרק יש נוחלין (ה"ב), בדין ג שנכנסו לבקר את החולה, רצו עושים דין, כתב וז"ל:

"דמסתברא דכיון דאמור רבנן דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו אף בצואה שהוא מצוה ליתן לאחרים שאין ראוי לירשו, כך הוא הדין דג' העומדין לשם נעשו דיינין, דמתנת שכיב מרע כירושה שווה רבנן, והרי אינה חלה אלא לאחר מיתה כעין ירושה, וכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון."

(ועיין בתש"י הרשב"א ח"ג סי' קכב ד"ה אבל רבותינו, ובתש"י הריטב"א סי' עט). ומבואר מדבריו דמתנת שכיב מרע כירושה לענין שחלה רק לאחר מיתה. ומה שכתב בפ"ק דגיטין שמינה הסיק הקצוה"ח דדעת הרא"ש שחלה למפרע, י"ל דהתם לענין מת מקבל בחיי נותן אף אם כירושה שווה רבנן וחלה לאחר מיתה, מ"מ למשי"כ במתנת שכיב מרע קובע מי הם אלה שירשו את נכסיו, וכשקבע שפלוני יורשו, אף אם מת בחייו, מ"מ יורשי מקבל זוכים במתנה מכח היותם יורשי היורש. ועיי"כ אפשר שאין סתירה בין מש"כ בפסקים למש"כ

בתשובה, ובין הפסקים אהדדי, וסובר הרא"ש שאינה חלה אלא לאחר מיתה כירושה, שזה הכח שניתן לשכיב מרע בתקנת חכמים לקבוע מי ירש נכסיו.

יא. בדבר שלא בא לעולם, בדבר שאין בו ממש ובמלוה ע"פ

איתא בב"ב קמז, ב: אמר רבא אמר רב נחמן, שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה, לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו. למימרא דסבר רב נחמן מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, והא אמר רבא אמר רב נחמן, שכיב מרע שאמר תנו הלואתי לפלוני, הלואתו לפלוני, ואע"ג דליתא בבריא. רב פפא אמר, הואיל ויורש יורשה. רב אחא בריה דרב איקא אמר, הלואה איתא בבריא, דקונה במעמד שלשתן. ומבואר בגמרא דס"ל בהו"א לרב נחמן שמתנת שכיב מרע ליתא בדבר שלא בא לעולם או בדבר שאין בו ממש כשם שאינה במתנת בריא ובקנינים. והקשתה הגמרא ממלוה ע"פ, ותירצו שני תרוצים שהם לכאורה שני הצדדים דידן, דלרב פפא מתנת שכיב מרע הינה בגדר של ירושה, וע"כ כל דאיתא בירושה איתא במתנת שכיב מרע, והמודד אם מהני מתנת שכיב מרע הוא אם הדבר ניתן להוריש. ואילו להו"א בגמרא ולרב אחא בריה דרב איקא מתנת שכיב מרע היא בגדר של קנין ודמי למתנת בריא, וכל מה שניתן להקנות במתנת בריא, ניתן לתת במתנת שכיב מרע.

ודבר שאין בו ממש ודבר שלא בא לעולם ליתא בירושה, דלענין דבר שאין בו ממש מוכח בגמ' ב"ב סג, לענין בן לוי שמכר שדה לישראל על-מנת שהמעשר ראשון שלו, דאם לא אמר שמשעיר לבניו, שיער רק לעצמו ואין בניו יורשים זכותו, עיי"ש ברשב"ם ד"ה יתן, ועיין בנימוק"י (ב"ב לד, ב בעמוה"ר) שאף שלעצמו מהני שיעור של אויר בית ופירי שלא באו לעולם, דאמרינן כל לגביה נפשיה בעין יפה שיער (ב"ב קמח, א), "היינו לענין שיהא שיעור קיים לו משום דאין אדם משעיר דבר שלא בא לעולם, אבל לענין שיהא משעיר לבניו אחריו לא". ועיין ברשב"א (ב"ב קמח, א) שכתב דדירה ופירות ליתא בירושה, "דלא משכחת להו ביורש אלא ע"י גופן של בית ודקל". ולכאורה היה יכול להביא דאף דמשכחת ליה בשעיר לעצמו דירה, מ"מ אינו יורשה. (ועיין ביד רמ"ה שפירש ג"כ כדברי הרשב"א). אמנם יש המחלקים בין דירה לאויר בית וסוברים דאויר יכול להוריש מא"כ זכות דירורין, עיין בר"ן ובריטב"א ב"ב קמח, א.

וכן דבר שלא בא לעולם ליתיה בירושה, אם עדיין לא בא לעולם בשעת המיתה. והוא הדין לענין קנין דלא מהני בדבר שאין בו ממש או שלא בא לעולם, עיין שו"ע חו"מ סי' רט וסי' ריב. [ועיין ברשב"א (ב"ב קמז, ב ד"ה שכיב מרע שהביא ב דעות בחסרון "ידור פלוני בבית זה", אם מטעם דבר שלא בא לעולם או מטעם דבר שאין בו ממש, עיי"ש]. והגרע"א בתשי' (סו"ס קמו) הסתפק וז"ל:

"וביסוד הדין נסתפקתי דאמרינן שכיב מרע שאמר יטול פירות דקל דלא מהני, דכיון דהוי דבר שלא בא לעולם וליתא בבריא, אם בעידן אמירתו עדיין לא גדלו הפירות ובשעת מיתתו כבר גדלו הפירות, אם נימא דבעי בשעת אמירתו שיהיו בעולם, דאמירתו הוי כקנין בריא, או דדנין דכל שלא חזר נמשך אמירתו עד שעת מיתתו

וכאילו צוה בשעת מיתתו. ובפשוטו נראה הצד הראשון דבעינן דבשעת אמירתו באו לעולם ...
ועדיין צ"ע."

מבואר ברע"א שצד אחד בחקירתו, אם מתנת שכיב מרע הרי היא כקנין בריא, א"כ צריך שיהיו הנכסים בעולם בשעת הקנין, דהיינו בשעת אמירתו. ולאידך גיסא, שהקנין מתמשך מאמירתו ועד מיתה, וע"כ צריכים הפירות להיות בעולם בגמר הקנין, דהיינו בשעת המיתה. ולכאורה למש"כ אפשר לומר לצד השני, דכיון דמתנת שכיב מרע כירושה, א"כ הכל תלוי בשעת הירושה והיא שעת המיתה, דזו מחלוקת רב פפא ורב אחא בריה דרב איקא. אלא נראה דהגרע"א ס"ל דמהגמרא משמע עיקר טעם דלא מהני בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאין בו ממש, מאחר וליתא בבריא. (ועיי"ש ברע"א בהמשך הדברים מה שהביא ראה מדברי התוס' בגיטין. ולכאורה בתוס' משמע דאפילו נולדו לאחר מיתתו מהני, וצ"ע).

וכן משמע מהשקלא וטריא בגמרא שעיקר הלימוד של שכיב מרע הוא ממתנת בריא, וכמו שכתבה הגמרא בהו"א "למימרא דסבר רב נחמן מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע וכו'". ורב פפא נדחק לאוקמה דהוי כירושה, אבל כיון דקיי"ל דהלואה נקנית במעמד שלשתן ואיתא בבריא, א"כ קמה וגם ניצבה דברי הגמרא בהו"א דהכל תלוי באם איתא בבריא אם לאו. וביד רמ"ה (ב"ב קמח, א, סי' פה), כתב וז"ל:

"מיהא שמעינן דמילתא דמקניא בבריא בחד מאנפי הקנאה, מיקניא בשכיב מרע
באמירה בעלמא ..."

ומבואר שתקנת שכיב מרע היתה שהדיבור יפעל כקנין אצל בריא. ונראה דס"ל דלמסקנת הגמרא תרוצו של רב אחא בריה דרב איקא הוא עיקר, ומתנת שכיב מרע הינה כקנין, ודין ירושה שוויה רבנן הוא רק לענין שאין השכיב מרע יכול לתת לגר שאינו בירושה, כדאיתא בב"ב קמט, א, אבל במהות הפעולה היא מדין קנין. וכן מפורש להדיא בדברי הר"ן בחידושו (ב"ב קמח, א ד"ה אמר ר"פ, וז"ל:

"... ומיהו טעמא דרב פפא לא סליק, אלא היינו טעמא משום דבבריא איתא וכדרב הונא
..."

וכן כתב בריטב"א שם, וכן נראה מדברי הר"י מיגאש, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ב קמח, א (ד"ה רב פפא), שזה שאמרנו מילתא דאיתא בבריא וכו' "הלכה היא". וקשה אמאי דחו לטעמא דרב פפא, דהא הגמרא להדיא בעובדא דאיסור גיורא כתבה דלא מהני מתנת שכיב מרע בגר לפי שאינו בירושה וכירושה שוויה רבנן. ועוד, דהא הר"ן עצמו בחידושו (ב"ב קמז, ב ד"ה אי אמרת) כתב לענין שכיב מרע שנתן שטר חוב לחבירו, שאין היורש יכול למחול, וז"ל:

"וכי תימא אי מכירת שטרות דאורייתא היאך מוכר יכול למחול, דהא אמרינן בסוגיין דאי מתנת שכיב מרע דאורייתא אין היורש יכול למחול. לאו קושיא היא, דבמתנת שכיב מרע היינו טעמא דאי מדאורייתא היא הויא לה כירושה וכדילפינן לעיל מוהעברתם, יש לך העברה אחרת שהיא כזו. וסוגיין נמי מוכחא דבין מדאורייתא בין מדרבנן כירושה היא, וכדאמרינן בסמוך דאמר רב פפא דשכיב מרע

שאמר הלואתו לפלוני, מהני הואיל ויורש יורשה. ובעובדא דאיסור גיורא נמי אמרינן לקמן דמתנת שכיב מרע כירושה שווה רבנן.

מפורש בדברי הר"ן שהביא את דברי רב פפא כראיה להא דהוי כירושה, וזה סותר למש"כ להלן (קמחא) שדברי רב פפא לא סליק וקיי"ל כרב אחא בריה דרב איקא דמהני הואיל ואיתא במתנת בריא.

יב. דין ירושה ודין קנין

ונראה בבאור דין זה דבמתנת שכיב מרע יש גם דין של קנין, דהיינו שדיבור השכיב מרע הוא כקנין, וגם דין של ירושה. כאשר מתייחסים אל החפץ הניתן וליחס שבין השכיב מרע לחפץ, הרי שהנותן מעביר את החפץ ממנו ע"י דיבור שהוא הקנין במתנת שכיב מרע. אולם כאשר מגדירים את היחס של המקבל לחפץ, הרי שהמקבל זוכה מכח ירושה, וע"כ כל היכא שהנותן אינו בר ירושה כגון בגר, אין לו את הכח להעביר ע"י דיבורו למקבל מכח ירושה. ועיין בב"ב קמט, א ברשב"ם ד"ה דליתא ובתוס' ד"ה כל, דמדברי הרשב"ם משמע שהחסרון הוא במקבל, ובתוס' משמע שעיקר הקפידא היא בנותן. ובין אם נאמר כרשב"ם ובין כתוס' י"ל כיון שחד מיניהו ליתא בירושה, ממילא לא שייך להעביר את נכסיו בתורת מתנת שכיב מרע שהיא כירושה. משא"כ כשדנים אם ניתן להקנות את החפץ במתנת שכיב מרע, כגון אם רוצה לתת דבר שלא בא לעולם או דבר שאין בו ממש, שם השאלה היא על החפץ אם יכול לחול עליו דבור השכיב מרע, דהא חסרון דבר שלא בא לעולם הוא בחפץ (גם אם נגדיר שבכך אין גמירות דעת, מ"מ הוי חסרון בחפץ, שאינו גומר בדעתו להקנות חפץ כזה), ובזה המודד הוא יכולת הקנין בבריא, כיון שבמתנת שכיב מרע הדיבור הוא הקנין. ולא בא הר"ן לומר שתרוצו של רב פפא נדחה לגמרי, דהא בגמרא איתא מפורש דכירושה שווה רבנן, ומדוע הר"ן (וכן גם משמעות הגמרא כנ"ל) ס"ל דעיקר יכולת הקנין תליא באם איתא במתנת בריא. אלא דס"ל לר"ן דדוקא לענין זה אם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם או אין בו ממש, הוא דאמרינן דהכל תלוי באם איתא במתנת בריא ואם איתא בקנין.

וכן נראה מהא דאיתא בגמרא גיטין יג, א, על הא דתנן תנו מנה לאיש פלוני ומת, יתנו לאחר מיתה, אמר רב יצחק בר שמואל בר מרתא משמיה דרב, והוא שצבורין ומונחין בקרן זוית. במאי עסקינן, אילימא בבריא, כי צבורין מאי הוי, הא לא משך. ואלא בשכיב מרע, מאי איריא צבורין, כי אין צבורין נמי, דהא קיי"ל דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, עכ"ל הגמרא. והיינו דשם דנים בפעולה על החפץ, האם החפץ (המנה) צריך להיות מסוים כדי שיחול עליו הקנין, וע"ז אמרה הגמ' דבשכיב מרע אין צריך מסוים, כיון שאין הקנין חל אלא בדיבור ולא בעינן מסוים (ובהמשך הביאה הגמרא דגם בשכיב מרע בעינן צבורין ומונחין דלא ליחוש למנה קבור). ומ"מ בזה לא שייך הדין של ירושה אלא הדין של דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין, כיון שהדיון הוא על החפץ ולא על הזכיה.

ואיתא בגמ' ב"ב קנא, א: אימיה דרב עמרם חסידא הוה לה מלוגא דשטראי, כי קא שכבה אמרה ליהווי לעמרם ברי. אתו אחוה לקמיה דרב נחמן, אמרו ליה, והא לא משך. אמר להו, דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו. וגם שם שהשאלה היתה על עצם הקנין "והא לא משך", על זה ענה שדברי שכיב מרע אינם צריכים קנין והאמירה היא הקנין. ובזה אין שייך הדין של ירושה שווה רבנן אלא דין דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו. וכן בהא דאיתא

בב"ב קעה,א לענין שכיב מרע שהודה אם צריך לומר כתובו, דענתה הגמרא דאין צריך לומר כתובו דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו. דגם התם הדיון הוא על מעשה הקנין ולא על הזכיה, דכתובו הוא המעשה הגומר את הודאתו, וכיון דקיי"ל דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין, גם ללא "כתובו" נגמרה הודאתו, אבל אין הדיון בזכיה שבין הנותן למקבל אלא בהתייחסות לחלות ההודאה.

וכיון שביחס לנותן דין המתנה כירושה, כאשר דנים על שכיב מרע שנתן שטר חוב לחבירו, אם היורש יכול למחול אם לאו, בזה אין אנו דנים על החפץ אלא על הזוכה, האם הוא כלוקח או כיוורש, דאם הוא כלוקח, יכול היורש למחול, משא"כ אם הוא כיוורש, אין היורש יכול למחול. ובהה"ב הביא הר"ן ראייה מדברי רב פפא ומאיסור גיורא דדינו כיוורש, דבזה כ"ע מודו דהזוכה דינו כיוורש, ורק הפעולה של הנותן בחפץ היא בדיבור שהוא כקנין בבריא.

ובזה אתי שפיר גם מה שנקט הרא"ש בפ"ט דב"ב ה"ב (הנ"ל) לענין שלשה שנכנסו לבקר את החולה דנעשו דיינים אף במתנת שכיב מרע דדינה כירושה. דכאשר אנו דנים על הזכיה של המקבל ולא על הפעולה שבחפץ, הרי דין המתנה כירושה והוי בכלל חוקת משפט, ויכולים השלשה לעשות דין כשם שעושים בירושה.

וכן נראה מה שנחלקו הראשונים אימתי זוכה במתנת שכיב מרע, אם לאחר מיתה או למפרע וכנ"ל (ועיין קצוה"ח ר"ס רנ), דהסוברים שחלה רק לאחר מיתה ס"ל כיון שכל היחס בין הנותן למקבל הוא בגדר ירושה, גם זכיתו הינה כירושה וזוכה רק לאחר מיתה. והראשונים דס"ל דזוכה למפרע ס"ל דכיון שאינו יכול לזכות בתורת ירושה ללא אמירת השכיב מרע, וכח הירושה נובע מהאמירה, א"כ אינו יכול לזכות בתורת ירושה ללא זיקה לקנין (האמירה) וע"כ צריך לזכות למפרע. דשורש מחלוקתם הוא האם לאחר שהשכיב מרע אמר את דברו והקנה באמירה, זוכה המקבל בתורת ירושה, דבדברו עשאו השכיב מרע כיוורש לזכות במה שאמר, וממילא כל הזכיה כעת היא מכח הירושה וזוכה ממילא רק לאחר מיתה. או שבזכיתו יש שני כוחות, הירושה שבאה מדיבורו, וגם הזכיה בירושה כעת היא מכח דבורו שלא נפרד וזו ירושה שנעשית ע"י קנין, וממילא זוכה בירושה לאחר מיתה למפרע, דללא זכיה למפרע אינו יכול לירש.

ואף לסוברים דזוכה למפרע משעת דיבורו היינו דוקא לענין אם יזכה המקבל, כגון במת מקבל בחיי נותן, וכדמוכח מהראשונים (התוס' והרא"ש ספ"ק דגיטין) שהביא הקצוה"ח ריש ה"ל מתנת שכיב מרע (רנ,א), וכן במש"כ הנימוק"י (ב"ב נח,א בעמוה"ר - הובאו דבריו בקצוה"ח שם) לענין שכיב מרע שנתן נכסיו זמן מה אחרי מותו, דזוכה למפרע והזמן אינו אלא תנאי, וע"כ לא אמרינן שכבר זכו יורשים וירושה אין לה הפסק, עיי"ש. כלומר הזכיה למפרע קובעת לי אם המקבל יזכה אם לאו. אבל אחרי שכבר זכה, לכ"ע אמרינן שזכה מדין ירושה ואינו זוכה אלא לאחר מיתה, כדמוכח מהגמ' ב"ב קלג,א דמוציאין למזון האלמנה והבנות ממתנת שכיב מרע, וכמש"כ הרמב"ם בה"ל אישות יט,יג דמתנת שכיב מרע חלה רק לאחר מיתה, ומזון האלמנה והבנות נתחייבו הנכסים קודם (בשעת מיתה). ואף לרי"ף דחלו בהדי הדדי (עיין ב"ב ס,ב בעמוה"ר, ובקצוה"ח רנב,א), מ"מ חלה המתנה רק לאחר מיתה. והיינו דלאחר שהוסרו המניעים וכבר קבענו שמדין מתנת שכיב מרע דין הוא שיזכה בהם, והשאלה היא מי קודם בגביה, מקבל המתנה או האלמנה והבנות, בזה אמרינן דכיון דכל זכיתו הינה לאחר מיתה, אף שמדין מתנת שכיב מרע הוא צריך לזכות, מ"מ הן קודמות בזמן

או בקדימות התקנה. מאחר והמניעה בזכותו אינה מדין מתנת שכיב מרע אלא מקדימה של אחר, וכיון שהדיון הוא על זכותו, אמרינן שזוכה כירושה ולאחר מיתה. ועיי'ש בנימוקיי (ס, ב, בעמוה"ר), וז"ל:

"... מה ירושה דאורייתא אינה דוחה אותה, מתנה שהיא כירושה דרבנן, דהיינו לאחר מיתה ומדרבנן, לא כל-שכן".

ואף שהוכיח בקצוה"ח רנ"א דדעת הנימוקיי דזוכה למפרע, מ"מ כאן שאין הדיון על זכותו במתנת שכיב מרע אלא על הקדימות ביחס לאחר, כיון שזוכה מדין ירושה אינו זוכה אלא לאחר מיתה.

לפי"ז נראה דבכל ענין כאשר דנים אנו על שכיב מרע שנתן נכסיו ויש לו בע"ח, לא שייך בכגון זה הפקעת זכותו של הבע"ח, דכיון שביחס לזכויות של אחרים בכל ענין דינו של המקבל כירוש וזכיותו כירוש, אי"כ כל מה שיכל לגבות מהירוש יוכל לגבות גם ממקבל במתנת שכיב מרע שדינו כירוש. ע"כ מהני נתינתו גם במקום שיש לו בעל-חוב, ויוכל הבע"ח לגבות מהמקבל כפי שהיה גובה אילו נפלו הנכסים קמיה היורשים.

יג. נתן חובות שיש לו על עכו"ם

הרמ"א בחו"מ רנ"ג, כ מביא את דעת המרדכי בב"ב (סי' תרי"א) והגהות מיימוניות ומהר"מ פאדווה, דהא דאמרינן דשכיב מרע יכול להקנות הלואה שיש לו ביד אחרים, היינו בהלואה שיש לו ביד ישראל אבל לא הלואה שיש לו ביד עכו"ם. וז"ל המרדכי:

"קבלתי מהר"ר אליעזר ממיץ דהני מילי בהלואה של ישראל, אבל בהקפות של עכו"ם אשר פיהם דבר שוא, לא סמכא דעתיה ולא קני אפילו במתנת שכיב מרע."

ומש"כ לא סמכא דעתיה, הבין הב"י בחו"מ סי' רנ"ג דהכוונה דלא סמכא דעת מקבל, וע"ז הקשה דמה איכפת לן בדעת מקבל. ובדרכי משה הסביר דמירי בדעת נותן דלא סמכא דעתיה, עיין בסמ"ע רנ"ג, מה שהביא דבריהם. ולכאורה שאלה של סמכא דעתיה שייכת אם נאמר במתנת שכיב מרע שדיבורו כקנין, וע"כ היכא דלא סמכא דעתיה לא מהני. אולם על הצד שהיא כירושה, והשכיב מרע קובע מי הוא היורש, מה שייך לומר אם סמכא דעת הנותן או לא.

ומעיקרא הו"א דמחלוקת המרדכי והב"י הינה אם מתנת שכיב מרע פועלת בגדר של קנין או בגדר של ירושה, דדעת המרדכי דהוי קנין וע"כ היכא דלא סמכא דעת הנותן, לא קנה. משא"כ הב"י לשיטתו שחלק על הטור (בריש הל' מתנת שכיב מרע) וסובר שמתנת שכיב מרע אינה קונה למפרע אלא לאחר מיתה, ס"ל דהיא כירושה ואינה בדין סמכא דעתיה או לא.

אמנם למש"כ בסמוך י"ל לשיטת המרדכי דאכן מקבל מתנת שכיב מרע זוכה מדין ירושה, אולם כאן הדיון על החפץ (הלואת עכו"ם) ולא על זכות המקבל, ודמי למקנה דבר שלא בא לעולם או דבר שאין בו ממש, שכל הדיון הוא אם איתא במתנת בריא או לא, וע"כ גם בזה יש לבחון את המתנה באמות המידה של מתנת בריא, אם יכול לחול הקנין או לא, וכיון דלא

סמכא דעתיה דנותן, לא זכה המקבל. וכן נראה לבאר בדברי הנודע ביהודה בתשי' (תנינא, חחור"מ סי' מה) דלא מהני בחובות עכו"ם כיון דחובות עכו"ם אינו יכול להקנותם במעמד שלושתן, ובגמ' ב"ב קמח,א מבואר דמהני מתנת שכיב מרע בחובות, מפני דאיתא במתנת בריא במעמד שלשתן כדבר אחא, וכיון דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, עיי"ש. והיינו כיון שהנידון הוא על עצם הדבר שבו זוכים, כנידון זכיה בדבר שלא בא לעולם, המודד הוא אם איתא במתנת בריא אם לאו.

יד. שני אופנים במתנת שכיב מרע

ובנתיבות שם בדין שכיב מרע שנתן הלואה שיש לו על עכו"ם (רנג,יח), נמצא חידוש דין, המבאר ומחלק בין שני אופנים שהם שני גדרים בדין מתנת שכיב מרע, האחד פועל בכל ענין בדרך של ירושה ואינו מותנה אם איתא במתנת בריא, והאחר שמותנה באם איתא במתנת בריא, וז"ל:

"נראה דאם אמר ליורש בלשון ירושה שיש שני חלקים בנכסיו, דזכה אף בהלואה עכו"ם. ואף דלענין לעשות עובר ליורש מדמה הש"ס בב"ב קלא,א לקנין, דכשם שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם כך אינו יכול לעשות יורש לדבר שלא בא לעולם, מ"מ נראה דמהני לעשות יורש בזה, דהא כתב הטעם דכיון דלא סמכה דעתיה לא נתכוין למתנה גמורה, והכא דעשאו יורש בסתם על שני חלקים מכל הנכסים לא שייך סברא זו. אבל אם לא עשאו ליורש רק על הלואה עכו"ם, י"ל דשייך בזה סברת הדרכי משה דלא נתכוין למתנה גמורה."

מבואר מדברי הנתיבות דיש חילוק אם נותן השכיב מרע חפץ מסוים או שנותן חלקיות מנכסיו, דכאשר נותן חפץ מסוים, שייך לדון בגדרי סמכא דעת הנותן, כיון שהדיון הוא על חפץ מסוים, ואם מדובר בחובות עכו"ם או בדבר שלא בא לעולם, היכא דלא סמכא דעתיה, לא מהני דיבורו להקנות כשם שלא מהני בבריא. משא"כ אם אומר ליורש שמוריש לו חלק מסוים בנכסיו, אין הדיון על חפץ מסוים כזה או אחר, ממילא לא מודדים אם החפץ יכול להיות נקנה במתנת בריא, ושאלת סמכא דעתיה כאשר מוזכר החפץ (או החוב) לבדו או בתוך שאר חפצים, משא"כ בעשאו יורש, המודד הוא ע"פ הלכות ירושה, שבזה לא שייך סמכא דעתיה, ולא ע"פ הלכות מתנה, דכירושה שווה רבנן למתנת שכיב מרע.

ולכאורה היה מקום לומר דהוא הדין אם נותן במתנת שכיב מרע למי שאינו ראוי ליורשו, ג"כ אין מקום לדון אם סמכא דעתיה, ע"פ הנ"ל דתרוצו של רב פפא דהכל תלוי באיתא בירושה, לא נדחה אלא לענין דבר שלא בא לעולם וכד', דבזה הכל תלוי באם איתא במתנת בריא, אבל במקום שאין הדיון על החפץ עצמו, הדבר תלוי באם איתא בירושה. וע"כ נראה לכאורה דגם בנותן במתנת שכיב מרע חלק מנכסיו לאחר ולא הזכיר חפץ מסוים, שאין הנידון על חפץ מסוים, וממילא כירושה שווה רבנן ללא כל בחינה אם הדבר איתא בקנין, וצ"ע.

טו. באסמכתא ובדבר שאינו קצוב

והמרדכי בב"ק (סי' מו) כתב בשם המהר"מ, וז"ל:

"דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, פירוש כמסירה מועלת כמתנת בריא באיזה צד שתועיל, שהרי כל דברי שכיב מרע ומצוה מחמת מיתה אסמכתא היא, אם ימות תנו, ואפילו הכי היכא דמת קני. ותדע דכך הוא, דהא הלואתו לפלוני אע"ג דלא משכחת לה בבריא אפילו בקנין אגב קרקע, כיון דמשכחת לה לכל הפחות במעמד שלשתן - קנה, לאפוקי שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה יאכל פירות דקל זה, לא אמר כלום, דלא משכחת לה בבריא כלל בשום ענין."

והמהר"א די בוטון בתשי' לחם רב (סו"ס קצט) דן בשיטת הרמב"ם הסובר שאין אדם יכול להקנות דבר שאינו קצוב (ועיין שו"ע חו"מ ס,ב), כתב דמדברי המרדכי יש ללמוד ששכיב מרע יכול להקנות דבר שאינו קצוב אף לשיטת הרמב"ם, דהא דבר שאינו קצוב לרמב"ם חסרונו "משום ליתא דאסמכתא", וכיון דבאסמכתא ס"ל למרדכי דמהני, הוא הדין לרמב"ם בדבר שאינו קצוב. והמשנה למלך בהל' זכיה ומתנה ח,ב הביא את הלחם רב והקשה עליו דהא קיי"ל כל מילתא דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, וכיון דדבר שאינו קצוב לרמב"ם ליתא בבריא, אין שכיב מרע יכול להקנות.

והאור שמח בהל' זכיה ומתנה י,ב הקשה על המשנה למלך: "וכמה תקיף חילא דאילנא דא למינקט בפשיטות ולמשבק טעמא דרב פפא הואיל ויורש יורשה, דמוכח מינה דבכל מקום דירש יורשה, איתא במתנת שכיב מרע". וכיון שיורש יורש גם דבר שאינו קצוב, הוא הדין שיכול השכיב מרע לתת דבר שאינו קצוב. ואין לומר דבזמן הירושה כל הדברים הינם קצובים, דהא יורשים גם דבר שאינו ברשות אביהם כמו התחייבויות וכד'. והוכיח האור שמח מהירושלמי כתובות פרק אלמנה ניזונת ה"א, דבעי שכיב מרע שאמר יזונו בנותי מהו, עיי"ש גם מה שחילק בין דבר שלא בא לעולם לדבר שאינו קצוב.

בבאור שתי הדעות של המשנה למלך והאור שמח בדין הנ"ל, נלענ"ד ע"פ מש"כ לעיל. דעת המשנה למלך שהשאלה אם שכיב מרע יכול לתת דבר שאינו קצוב היא על "החפץ", דהיינו אם ניתן להקנותו, וכמש"כ לעיל בדין דבר שלא בא לעולם. אין כאן שאלה של התייחסות המתנה למקבל אלא על אפשרות הנתונה. בשאלה על אפשרות הנתונה, מוכח בגמ' ב"ב קמז,ב - קמח,א דהכל תלוי באם איתא במתנת בריא. ע"כ לא בא המל"ם לדחות את דברי רב פפא מכל וכל אלא רק לענין השאלה שדנים אם ניתן לתת או לא, ודברי רב פפא שרירין וקיימין בענינים אחרים, כאשר דנים על התייחסות המתנה אל המקבל, וכנ"ל. ואילו האור שמח סובר דדברי הגמרא שהכל תלוי באם איתא במתנת בריא הינה כאשר נותן חפץ מסוים והשאלה אם יכול לתנו במתנת שכיב מרע, בזה תלוי אם ניתן להקנותו במתנת בריא. אולם כאשר נותן דבר שאינו קצוב, אין כאן של חפץ מסוים אלא נתינה כללית, ודמי למש"כ לעיל בשם התייבנות דכאשר נותן חלק מנכסיו והיו בהם חובות עכו"ם, דמהני, שבזה אין כאן קנין אלא ירושה. וס"ל לאור שמח דגם כאשר נותן דבר שאינו קצוב, כיון שאין כאן דבר מסוים, הוי בבחינת ירושה ולא הקנאה, דנתינת דבר שאינו קצוב מעצם נתינתה ע"י השכיב מרע נראית כירושה ולא כמתנה, וע"כ אינה עוברת בגדרי איתא במתנת בריא, דשכיב מרע שנותן דבר שאינו קצוב דמי לשכיב מרע הנותן חלק בנכסיו, דמהני אף בחובות עכו"ם ומהני אף בדברים דלא סמכא דעתיה.

ובעיקר השאלה אם מהני לרמב"ם מתנת שכיב מרע בדבר שאינו קצוב, עיין בשואל ומשיב (מהדורה ד, ח"ג סי' עג) שכתב לישיב ע"פ מש"כ הגדולי תרומה דכאשר מוכר דבר שכבר עלה במצודה רק שלא ידע מה עלה, הו"ל דבר קצוב, כיון שכבר נקצב אלא שאין יודעים. וא"כ הוא הדין במתנת שכיב מרע דהו"ל ככתובין וכמסורין, א"כ כבר נקצב מה שנתן לו רק שאין אנו יודעים, ע"כ הוי דבר קצוב, עיי"ש. ולכאורה כוונת דבריו דחלק מתקנת מתנת שכיב מרע היתה שדבריו גם כמסורין, וכביכול כבר מסר לידו, וא"כ מעצם התקנה כבר הוי דבר קצוב ומהני. וא"כ צ"ע אמאי לא מהני סברא זו גם לדבר שלא בא לעולם, ואם באו לעולם לאחר מיתתו ודאי לא מהני (עיין מש"כ לעיל בשם רע"א), ומדוע לא נאמר שדבריו כמסורין. ועיין במהדורה ב (ח"א סי' ע) שתירץ באופן שונה, דכל דבר הנקנה באמירה לא שייך בו דבר שאינו קצוב, וכדמוכח מדברי הרמב"ם פ"א מה"ל מכירה, א"כ הוא הדין בשכיב מרע שנקנה באמירה, מהני אף בדבר שאינו קצוב.

ועיי"ש באור שמח (ד"ה ויש להסתפק) שהסתפק אם שכיב מרע יכול לתת מטלטלין שנגזלו ממנו ואינו ברשותו, דמצד אחד ליתנהו בקנין בריא (להוציא שיטת הרשב"א, עיי"ש), ומאידך איתנהו בירושה. והביא מהתשב"ץ דהדבר תלוי בב' הטעמים בגמ', אם נמדד במתנת בריא או בירושה, וכן הדין במלוה שיש לו על עכו"ם, שאינו במעמד שלשתן. ובזה לכאורה כיון שדנים על החפץ מסוים אם ניתן באמירת השכיב מרע, המודד הוא אם איתא במתנת בריא אם לאו וכ"ל, וכיון דלשיטות דליתא במתנת בריא לא מצי להקנותם, הוא הדין שאין השכיב מרע יכול לתנם בדבורו, וצ"ע.

טז. כח יורש מול כח מקבל במתנת שכיב מרע

ומש"כ לעיל דכירושה שויהו רבנן היינו שתקנו חכמים שיוכל השכיב מרע לקבוע מי יהיה יורשו, ניתן להסביר בדרך אחרת, שהשכיב מרע קובע מי יזכה בחפץ, וחכמים נתנו לזכיה כח של ירושה, אבל לא שהמקבל הוא בגדר של יורש כפי שהוסבר לעיל, אלא שהזכיה היא בגדר של ירושה. ובשני הסברים אלה נחלקו הראשונים, וכן הלבוש (והש"ך) והסמ"ע. דבגמ' ב"ב קמז, ב אמר רב נחמן, דאע"ג דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול, ואפילו יורש מחול, מודה שמואל שאם נתנו במתנת שכיב מרע, שאינו יכול למחול. וברשב"ם שם (בד"ה מודה שמואל) פירש הטעם "דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו ואלימי ממתנת בריא, ואין היורש יכול למחול". ובנימוק"י (סט, א בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"דמשום שלא תטרף דעתו עשאוהו כשל תורה, ומתנת שכיב מרע כירושה שויהו רבנן, דהא אינה קונה אלא לאחר מיתה כירושה וכיורש חשיב המקבל, וכי היכי דשני אחין יורשין לא מצי חד מיניהו למימחל מנתא דחבריה, הוא הדין הכא. ומיהו כיון דטעמא דיורש לא מצי מחיל הוא כדי שיתקיימו דברי השכיב מרע ולא תטרף דעתו עליו, משמע דהשכיב מרע גופיה מצי מחיל, וכן כתב רי"ף ז"ל."

לפי הרשב"ם שכתב דאלימי ממתנת בריא ולא כתב דעשאוהו כיוורש "וכיורש חשיב המקבל", משמע שהפשט בדברי הגמרא "כירושה שויהו רבנן", לא שבאמירתו קובע השכיב מרע שפלוני יהיה היורש של החפץ אלא שפלוני יקבל את החפץ, וחכמים עשו לנתינה זו כח של ירושה למספר ענינים אבל אין דינו כיוורש, וממילא מה שאין יורשו של המלוה יכול למחול ללוה הוא מפני שאלים כח המקבל מכח מתנת בריא, ודוקא במתנת בריא ובמכר

יכול היורש למחול, משא"כ בזה שדבריו ככתובין וכמסורין כדי שלא תטרף דעתו, כוחו עדיף משל מכר ואין היורש יכול למחול. משא"כ לפי הנימוק"י הואיל ודינו כיוורש, ובנתינתו קבע השכיב מרע שהמקבל יהיה יורש של שטר החוב, אין ליורש האחר כח יותר מיורש זה, ודמי לשני יורשים, שאין כח ביד האחד למחול מה שביד האחר.

וכן נמצא בדברי התוס' (ב"ב ע"ב, ע"ב, סד"ה קני) דאין היורש יכול למחול, "שאין כאן יורש אחר, דמקבל מתנה הוא היורש". והיינו כסברא שכירושה שוויה רבנן שהוא יורש של המתנה. (ויש שוני בהסבר בין התוס' לנימוק"י, דלנימוק"י שניהם יורשים, ואין יורש אחר מוחל מה שביד חבירו, ואילו לתוס' מתיחסים אל כל חפץ וחפץ בנפרד, ולענין החוב המדובר רק המקבל הוא היורש ואין כאן יורש אחר. וכן מבואר בתוס' כתובות פה"ב (ד"ה המוכר) בתוספת באור, וז"ל:

"... והתם הכי פרושו, אי אמרת בשלמא דאורייתא, משום הכי אינו יכול למחול היורש לפי שהוא אינו יורש אלא המקבל מתנה הוא היורש, דאם הוא מדאורייתא, א"כ נפקא לן מוהיה ביום הנחילו את בניו, התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה..."

ולמסקנת הגמרא דאף דמתנת שכיב מרע דרבנן אינו יכול למחול, שנתנו חכמים רשות לשכיב מרע להנחיל לכל מי שירצה ולעשותו יורש, "דאינה של תורה ועשאוה כשל תורה" (ב"ב קמז, ב) והוא היורש של החוב, ע"כ אין היורש מדאורייתא יכול למחול חוב זה, כיון שלגבי חוב זה אין הוא היורש. ובר"ן בכתובות (מד, ב בעמוה"ר) מפורש כדברי הנימוק"י דהוי כשני יורשים, ואין האחד יכול למחול מה שביד חבירו. וכן מבואר בדברי הרשב"א בחידושו על ב"ב (קמז, ב ד"ה אי אמרת) בשם יש מדקדקין. וכן מפורש ביד רמ"ה (פ"ט דב"ב סי' פג ד"ה ודייקנן). ועיין ברבינו יונה בעליותיו (קמז, ב ד"ה מי), וז"ל:

"... מיהו אם נתן במתנת שכיב מרע וסבירא לן דמתנת שכיב מרע מן התורה אפילו בדברים, ודאי אלימא ממכירה אחרת ואינו יכול למחול לפי שהוא בהנחלה, וכמו שהוא בהנחלה עמו שאין אחד מן היורשין יכול למחול חוב שנתן אביו לו."

ובפשטות היה נראה שדבריו נוטים לדברי הנימוק"י. אך מדכתב דמתנת שכיב מרע אלימא ממכר, וכן מדלא הזכיר שדין המקבל כיוורש אלא של המתנה כנחלה, אפשר והסברו נוטה גם למש"כ בפרוש הרשב"ם, וצ"ע. ועיין במרדכי (כתובות סי' ריט) בהסבר דברי הגמרא שאם נתן שטר חוב במתנת שכיב מרע, שאין היורש יכול למחול, וז"ל:

"דשכיב מרע אינו צריך קנין לגוף המלוה אלא באמירה בעלמא שאמר הלואה פלוני לפלוני, דכירושה שוויה רבנן, וכשם שמוריש גוף המלוה כך יכול ליתנה באמירה"

ולכאורה נראה מדבריו דשכיב מרע מקנה באמירה שהיא כקנין אלא שחכמים יפו כח האמירה שיהיה כחה גם כירושה לענינים מסוימים, לא שהמקבל הוא יורש אלא שזו מתנה עם כח עדיף ממתנת בריא. ומדבריו מבואר דכל דבר שניתן להוריש, ניתן לתת באמירה, וכיון שיכול להוריש שעבוד הגוף, כך יכול לתת במתנת שכיב מרע. וזה פרוש שונה מהפרושים שכת' לעיל.

ובמחלוקת ראשונים זו נחלקו הלבוש (הש"ך) והסמ"ע בחו"מ סי' רנג. הסמ"ע בס"ק מד הביא את דברי הלבוש דהא דירוש אינו יכול למחול שטר חוב שניתן במתנת שכיב מרע, "משום דמקבל מתנה כירוש שויה רבנן, ואין יורש זה יכול למחול מה שביד יורש אחר". וע"ז השיג הסמ"ע: "דהא אמרו דכירוש שויה בכ"ף הדמיון, והיינו לענין דאינו קונה אלא עד לאחר מיתה". כלומר, עשו מתנת שכיב מרע כירוש לענין מספר דברים, אבל אין דינו כירוש. והביא ראיה הסמ"ע מדברי הב"י (והם דברי הרשב"א שנפסקו להלכה בשו"ע חו"מ רנג, ו) דבע"ח גובה קודם מירוש ולא ממקבל מתנת שכיב מרע. ופירש הטעם דלא מהני מחילת היורש, דתקנו כן שלא תטרף דעתו. ובש"ך בס"ק ל הוכיח מהראשונים הנ"ל דעשאוהו כירוש, עיי"ש.

ומה שהקשה הסמ"ע על דברי הלבוש מהא דקיי"ל בשו"ע חו"מ רנג, דגובה בע"ח מיורשים, ורק אם לא הספיק גובה ממקבלי מתנה, נראה דאף שעשאוהו כירוש, מ"מ דין המתנה גם כדן נכסים משועבדים (עיי' גיטין נב) לענין מסוים, וכמש"כ הרשב"א, הובאו דבריו בקצוה"ח רנג, דכי אמרינן דמתנת שכיב מרע הינה כמשועבדין היינו דוקא במקום דליכא פסידא למלוה אלא בין בינונית לזיבורית דמ"מ גובה חובו, אבל במקום שיפסיד בע"ח חובו כגון במזון האשה והבנות, ודאי טריף ממתנת שכיב מרע, דכירוש שויה רבנן. כלומר, אע"פ שדין מקבל המתנה כדן יורש, לענינים מסוימים נתנו למתנה דין של משועבדים, עיי"ש בקצוה"ח, וכן בריש סי' קיא.

ונראה דכדעה זו סובר גם הראב"ד (הנ"ל בתחילת הדברים) במש"כ דאין מלוה ע"פ גובה ממתנת שכיב מרע. דאי ס"ל שעשאוהו כירוש ממש וכדעת התוס' והנימוק"י, אמאי לא יגבה ממקבל המתנה, אלא שסובר הראב"ד שלא עשאוהו כירוש אלא למתנה נתנו דינים של ירושה לכמה ענינים, ובדברים אחרים דינו כמקבל מתנה וכמש"כ לעיל, וע"כ אין מלוה ע"פ גובה ממנו.

ע"כ בנדו"ד כשנתן שכיב מרע נכסיו והיו לו בע"ח ובהם מלוה ע"פ, לשיטות רוב הראשונים שדינו כירוש, ודאי שחלה המתנה, כיון שאין במתנה כדי להפקיע זכויות של המלוה. ולשיטות הראב"ד ודעימיה שלא עשאוהו כירוש אלא שדין המתנה כירוש למספר ענינים, ולמש"כ לעיל הדבר תלוי אם אמרינן שמתנת שכיב מרע הינה תקנה או קנין, דאם היא תקנה שתיקנו שיכול לקבוע מי יהיה יורשו, לא תיקנו במקום עבירה, משא"כ אם היתה כאן מעין תקנת קנין דרבנן, דמהני אף במקום עבירה, ולמש"כ לעיל להני ראשונים אין לומר שזו בגדר תקנה של ירושה אלא שתיקנו שיקנה באמירתו, ע"כ ס"ל לראב"ד שתועיל המתנה ולא גרע מקנין שנעשה באיסור.

יז. נתן מטלטלין במתנת שכיב מרע

ואם שכיב מרע היו לו מטלטלין בלבד, ונתן כל מטלטליו לאחר, או שהיו לו גם נכסים אחרים, אך היו חובות גבוהים מערך הנכסים שאינם מטלטלין, ואם היו המטלטלין עוברים בירושה ליורשיו, היה בע"ח גובה מהם מכח תקנת הגאונים, ולדעת ר"י אין תקנת הגאונים אמורה במתנת שכיב מרע, ואין בע"ח גובה ממטלטלין שניתנו במתנת שכיב מרע, ומבואר ג"כ דמהני מתנתו אף שמפקיע זכותו של בע"ח לגבות ממטלטלין.

דעת ר"י הובא לעיל בדברי הנימוק"י ב"ב (ס, ב בעמוה"ר), וכן במרדכי בכתובות (סי' קסא) הביא ב דעות. בתחילה כתב דהא דתיקנו הגאונים לגבות כתובת אשה ממטלטלין, "הני מילי מירושה וכל-שכן ממתנת שכיב מרע דרבנן". ואח"כ הביא דעת רבינו שמואל דאם נתן מטלטלין במתנת שכיב מרע לאינש אחריני (שאינו היורש), אינה גובה כתובתה, "דמה שתיקנו רבנן סבוראי דכתובת אשה נגבית ממטלטלין היינו דוקא כשהן בעין בשעת מותו, אבל אם נתנם לאדם אחר או זיכה לו ע"י אחר אפילו במתנת שכיב מרע, מפקיע שעבוד האלמנה ולא תטרוף ממנו". וכדעה קמא שגובה ממתנת שכיב מרע, כתבו התוס' בכתובות מט, ב (סד"ה הוא) מק"ו מירושה דאורייתא וכנ"ל. וברמ"א בשו"ע אהע"ז צג, כ, על דברי המחבר שלאחר תקנת הגאונים נזונת ממטלטלין, הביא את דעת המרדכי שאינה נזונת ממתנת שכיב מרע, וז"ל:

"מיהו אם נתן המטלטלין לאחרים אפילו במתנת שכיב מרע, יש אומרים דאינה נזונת מהם."

ובנו"כ, בח"מ ס"ק לג ובב"ש ס"ק לה, ציינו לחולקים וסוברים שגובה מטלטלין גם ממתנת שכיב מרע. ועיין עוד בגר"א בבאוריו לשו"ע אהע"ז צג, לו. ונראה דבנידון זה לא שייך לאוקמי מחלוקתם באם דין מתנת שכיב מרע הינה קנין או תקנה וכמשי"כ לעיל, דנראה דבתקנת הגאונים שיגבה בע"ח (עיין שו"ע חו"מ קז, א וקיג, א) וכתובת אשה ממטלטלי דיתמי, לדעת הראשונים דס"ל שלא יגבה ממקבל מתנת שכיב מרע, היינו מפני שהגאונים לא תיקנו אלא ביורשים ולא במקבלי מתנה אף במקום שדינם כיוורשים, ובתקנת גאונים וראשונים אין לנו אלא מה שתיקנו, והיכא שלא תיקנו בהדיא שיגבה ממקבלי מתנת שכיב מרע, אף אם דינו כיוורש, ס"ל להנהו ראשונים שאינו גובה מהם, דתיקנו רק למי שמוגדר כיוורש ממש. וכן מוכח מדברי המרדכי והרמ"א הנ"ל דדוקא נתנו לאחרים הוא דאינו גובה, וכן כתב בתרומת הדשן (ח"ב סי' פו) ובריב"ש ס"י קז, עיי"ש. ע"כ אפשר דגם לדעת רבינו שמואל ודעימיה מתנת שכיב מרע הינה בגדר של ירושה, ובתקנת חכמים עשאוהו בגדרי ירושה, משא"כ בתקנת הגאונים שחילקו בגוף מתנת שכיב מרע בין מקבל שהוא יורש למקבל שהוא אחר.

מסקנות

- א. מלוה ע"פ אינה נגבית מיוורשים גדולים אלא בג' אופנים שבהם ברור שבשעת מיתה היה חייב הלוה למלוה: הודה קודם מותו על החוב, או לא הגיע זמן פרעון, או נידוהו עד שיפרע ומת בנידויו.
- ב. נחלקו הראשונים אם מלוה ע"פ גובה ממתנת שכיב מרע. יש הסוברים כי דין מקבל מתנת שכיב מרע כדין לקוחות ואינו גובה אפילו בג' אופנים הנ"ל. אך דעת רוב הראשונים שדינו כיוורש, וגובה בג' אופנים הנ"ל.
- ג. מתנת שכיב מרע ניתנת להסבר בשני אופנים: או שהיא מתנה, דהיינו שמקנה הנותן למקבל באמצעות אמירתו. או שהיא ירושה, שקובע הנותן בדיבורו מי יהיה יורשו, ותקנת חכמים שיכול לקבוע מי היורש.

ד. נפק"מ תהיה במתנת שכיב מרע באיסור, דעל ההסבר שהיא כקנין, קנין באיסור מהני. ואם היא תקנת חכמים, באיסור לא תיקנו.

ה. עשה קנין בשבת וביו"ט או במקח וממכר שיש בזה איסור ריבית, מעשיו קיימים, בין בקנין דאורייתא ובין בקנין דרבנן.

ו. קנין ד אמות לא מהני באיסור, כגון בגניבה, דבכהאי גוונא לא תיקנו חכמים שהדי אמות יהיו רשותו, וממילא לא שייך בזה הקנין. משא"כ קנין אגב שהוא תקנת קנין ולא תקנת רשות.

ז. תקנו חכמים שהפעוטות מקחן מקח וממכרן מכר משום כדי חייו. אולם כאשר עשה הקטן שלא כהוגן והקנה כדי להפקיע מזונות הבנות, לא תיקנו חכמים ולא מהני הקנאתו.

ח. כך גם בתקנה שבעל אוכל פירות נכסי מלוג, דבמקום איסור לא תיקנו חכמים.

ט. ב דעות אם מוכר שטר חוב לחבירו ומחל יורש קטן, אם מהני מחילתו. דעת המהרי"ק דהוי מחילה בטעות, ודעת הש"ך דוקא במקום שלא ידעו מהחוב ומחלו.

י. שכיב מרע שציוה ליתן לגוי מתנה, אין שומעין לו, כיון שעובר על איסור של לא תחנם.

יא. יש מקום לפרש דלא מהני דוקא בציווי של מצוה לקיים דברי המת, אבל במתנת שכיב מרע אפשר דמהני.

יב. יש הלומדים בדעת הרמב"ם דלא מהני מתנת שכיב מרע לעכו"ם, דאף דהוי קנין וקנין באיסור מהני, מ"מ היה לחז"ל לתקן תקנה מיוחדת במתנת שכיב מרע לעכו"ם, כיון שחלוק בקניניו מישראל.

יג. אם נתן השכיב מרע נכסיו ועבר על איסור דרבנן כגון אעבורי אחסנתא, שאין רוח חכמים נוחה הימנו, מהני מתנתו.

יד. זמן חלות מתנת שכיב מרע - לאחר מיתה או למפרע בזמן האמירה. והדבר תלוי בבי' הצדדים אם הוי מתנה או ירושה.

טו. כשם שאינו יכול לתת במתנת בריא דבר שאין בו ממש או שלא בא לעולם, כך אינו יכול לתת במתנת שכיב מרע.

טז. יש להסתפק אם לא באו הפירות לעולם בשעת אמירת השכיב מרע אך היו בשעת מיתתו, אם מהני מתנתו.

יז. במתנת שכיב מרע יש גם קנין וגם ירושה. ביחס לנותן הוי קנין, וביחס המקבל לחפץ הוי ירושה.

יח. ב דעות אם יכול שכיב מרע להקנות הלואה שיש לו ביד עכו"ם.

יט. יש הסוברים שאם נתן השכיב מרע כו"כ חלקים מנכסיו, זוכה המקבל גם בחובות עכו"ם, יחסית לחלקו.

כ. נתן השכיב מרע דבר שאינו קצוב, מהני מתנתו אף לשיטת הרמב"ם שאין בריא יכול להקנות דבר שאינו קצוב.

כא. נתן שטר חוב במתנת שכיב מרע, אין היורש יכול למחול ללוה ולהפסיד המקבל.

כב. נתן השכיב מרע מטלטלין, אף דאם היו ליורשים, היו בעלי חובות גובים מתקנת הגאונים, מ"מ מהני מתנתו.