

## קיום צואה שאין בה קנין

ראשי פרקים

- א. אם בצואה צריך קנין
- ב. כשכתוב בצואה שנעשתה באופן המועיל
- ג. מצוה לקיים דברי המת, אם דוקא בהושלש הממון
- ד. שיטת הראשונים דלא בעינן השלשה
- ה. מצוה ואין כופין
- ו. מוחזקים ע"פ דינא דמלכותא

פעמים רבות מגישים לפנינו בקשות לאשר ולקיים צואות שנכתבו שלא ע"פ ההלכה (שאין בהם את הקנינים המועילים ע"פ ההלכה), והשאלה אם הדבר ניתן להעשות ע"פ ההלכה, ואם ניתן לפעול ע"פ הצואה.

א. אם בצואה צריך קנין

מוצאים אנו בראשונים דעה שאם בריא מצוה מה יעשה בנכסיו לאחר מותו, יש לציוויו דין של מצוה מחמת מיתה שאין צריך בה קנין. כך מוצאים אנו במרדכי ב"ב (סי' תקצא) שהביא בשם המהר"מ, במי שיש לו בן עני, ורוצה לתת לו עתה, על מנת שלאחר מיתה לא יקבל בירושתו. והשיב מהר"מ, וז"ל:

"ני"ל דיש תקנה לאביו עכשיו אע"פ שהוא בריא לחלק נכסיו לאחר מותו לכל יורשיו במתנת שכיב מרע חוץ מזה. וכן יאמר עכשיו, אע"פ שהוא בריא, פלוני בני יטול לאחר מותי שליש נכסי ופלוני בני שליש ופלוני כו"כ, ולא ישאר לזה כלום, ולא יזכרהו במתנה וממילא לא ישאר לזה כלום. דאפילו בריא וחי אח"כ ימים רבים, כיון שמצוה ואומר פלוני בני יטול לאחר מותי, אין לך מצוה מחמת מיתה גדולה מזו. וגדולה מזו אומר ר"ת, איזו היא מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע, כל שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה, שפירש להדיא אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה, וכל שכן היכא דלא אמר בה מהיום ולאחר מיתה."

מבואר להדיא מדברי מהר"מ דבריא יכול לצוות מחמת מיתה, אם אומר מה יעשו בנכסיו לאחר מותו, ויש לצוותו דין של מצוה מחמת מיתה לענין שאין צריך קנין. ודברי המרדכי הובאו בב"י סו"ס רנ. וצ"ח הבי"י דהמרדכי עצמו חולק על זה, וכן המהר"ק בשורש צד כתב דכל הפוסקים חולקים בזה. והיותר תימה, דבב"ב (בסי' שאח"ז - תקצב) הביא המרדכי תשובת מהר"מ שבאשה שהפקידה וציוותה לתת לאחר מותה לראובן בנה:

"ני"ל דלא זכה ראובן במתנה, שהרי כיון שהיתה בריאה באותה שעה ומתנת בריא בעי קנין. ואע"ג דאמר בפרק יש נוחלין איזהו מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע ... שאני התם דכתוב מהיום ... אבל בנדון זה דלא אמר מהיום, וליכא שטר וקנין שיוכיח על המתנה לומר דמחיים חיילא, לא קני, דאין מתנה לאחר מיתה בבריא ..."

וזהו סתירה מפורשת בין שתי תשובות מהר"מ, דבראשונה מבואר שאם מצוה לאחר מיתתו, יש לזה דין של מצוה לאחר מיתה ולא בעי קנין, ובתש"י שהביא המרדכי בסי' שאח"כ כתב להדיא דבעי קנין. ומספר תשובות נשנו בישוב סתירה זו. הדרכי משה בחו"מ רנז, ד כתב לישיב דלענין דבעי קנין הוי כמתנת בריא, דזיל בתר טעמא דדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין מכח שלא תטרף דעתו, ובבריא לא שייך האי טעמא. אמנם לענין חזרה יכול לחזור בו כל ימי חייו. אמנם לכאורה במרדכי מבואר להדיא דלתש"י מהר"מ קמייתא לא בעי קנין כלל. אמנם בתשובותיו (שו"ת רמ"א צה,ה) תירץ באופן שונה, וז"ל:

"דודאי אם אומר בלשון תנאי, שאם ימות ינתנו לו נכסיו, הוי מצוה מחמת מיתה, וכן אם אומר שיטלו לאחר מותו. אבל אם נתן לו מתנה לאחר מיתה אינו אלא כקובע לו זמן מתי יתנו לו, אבל דעתו לעולם שהמתנה תתחיל מחיים ולכן לא הוי מתנה. ולכן בתשובות שכתב בהן דלא הוי מתנה מיירי תרוייהו שהוציא הממון מתחת ידו מחיי ונתנו לאחר וציוה לתת לאחר מותו, דהיינו שקבע זמן המתנה לאחר מותו אבל לעולם הזכייה תתחיל מחיים, ולכן לא הוי מתנה."

מבואר מדברי הרמ"א שאם ציוה שיטול לאחר מותו בנכסיו, הרי הוא כמצוה מחמת מיתה ואינו כנותן מתנת בריא, משא"כ אם נותן לו כיום, או שהוציא הממון מתחת ידו או שהמתנה תתחיל מהיום וזמן המיתה הוא קביעות זמן לנתינה בפועל, בזה בעי קנין דהוי כמתנת בריא. ובתש"י מהרי"ל סי' עה כתב לחלק, דהיכי דאמר יטול או ינתן, הוי מצוה מחמת מיתה. אך אם אמר תן או תנו, עושה את הנפקד שליח ואינו מצוה מחמת מיתה. ועיין במהרש"ם (ח"ב רכד א-ב) שכתב דדברי מהרי"ל מדוייקים בדברי המרדכי.

עוד הביא המהרש"ם שם (אותת ב) מעקרי ד"ט (דניאל טירני - חאו"ח סי' כא) שחילק בין אם כתב דבריו בשטר לבין אם ציוה בע"פ. דבשטר לא בעינן קנין:

"דהא דבעינן קנין הוא רק להעיד על רצונו ומחשבתו שגמר בליבו ליתן לזה בכל נפשו, וכל שיש חזקת אומדנא דמוכח שנותן מרצונו הטוב, כל הקנין הוא למותר, ובכהאי גוונא שמצוה לאחר מיתה דאומדנא שנתכוין בכל ליבו שפיר מהני. אלא בדלא כתב שטר אפשר לומר דחזר בו, אבל בכתב שטר אם איתא דחזר בו, היה כותב שטר אחר."

ודבריו מחודשים מאד, דכל שיש אומדן דעת דמוכח שדעתו ליתן במתנה, אין צריך קנין, וכשכותב צוואה, יש לך אומדן דעת בדעתו בזמן הכתיבה, וזה שלא חזר בו, דאם היה חוזר בו, היה כותב צוואה אחרת, משא"כ במצוה בע"פ, אף שיש אומדן דמוכח בכונתו ורצונו לתת, מ"מ אפשר שחזר בו. וכתב ע"ז המהרש"ם דבמרדכי "אין רמז ורמיזה לחילוקו". ובהמשך דבריו הביא המהרש"ם (שם אות ד) מהרב הגאון ברוך מאיר אב"ד דק"ק טשארטקוב וכן מאב"ד דק"ק יאגלונצא שחתרו להוכיח דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח שרוצה להקנות, אין

צריך קנין. והביאו מהנודע ביהודה (מהדורא קמא, חו"מ סי' כז וסי' כח) שנחלק בזה עם חתנו, והביאו ראיות דבירא שמים ודובר אמת בלבבו, מהני גמר בליבו אף בלא קנין. וצ"ל המהרש"ם דדבריהם סותרים לדברי הרמב"ם בהל' מכירה (ה, יג, יא, ז) דרק בדברים שאין צריך בהם קנין כלל, והקנין כדי להודיע שאינו משטה וכד', בזה מהני אם אמר שנותן בלב שלם (כגון בשליחות וכד'), אך לא בדברים שצריך בהם קנין מעיקר הדין, עיי"ש שדחה סברתם בעוד ראיות. ומסיק המהרש"ם דעכ"פ הוי ספיקא דדינא מחמת תשי' מהר"מ (הנז' במרדכי ב"ב תקצא, ונ"ל), ואין להוציא מחזקת היורשים. [ועיין עוד להלן אות ו מש"כ הגר"מ פיינשטיין זצ"ל דבצואה שיש לה תוקף מדינא דמלכותא, אין צריך קנין.]

## ב. כשכתוב בצואה שנעשתה באופן המועיל

והנה יש מקרים רבים של צואות שאף שעל פניהם לא נעשו בקנינים וכד', ואף הלשון אינה לשון הלכתית אלא משפטית, מ"מ בסוף הצואה כתוב שהכל נעשה באופן המועיל, ויש המוספים באופן המועיל ע"פ דין תורה או באופן המועיל ע"פ ההלכה, כאלו לשונות כיוצא בהם. והשאלה היא אם לשון זו יכולה להכשיר את הצואה ולתת לה תוקף הלכתי, הגם שלא נזכר בצואה שנעשו קנינים.

התוס' בכתובות ר"פ אע"פ (נד, ב ד"ה אע"פ) כתב דמי שהודה שיש לו נכסים, אע"פ שאין אנו יודעים, מ"מ הודאת בעל דין כמאה עדים דמי. ומטעם זה אומר ר"ת שכותבין בהרשאות שמקנה לו ד אמות בחצרו, אע"פ שאנו יודעים שאין לו קרקע, "כיון דמודה שיש לו, הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". וכן כתבו התוס' בב"ק קד, ב ד"ה אגב, וכן בתוס' ב"ב מד, ב ד"ה דלא, וכן כתב הרא"ש בתשי' לו, ח. ועיין קצוה"ח קיג, ב. והנה המחבר בחו"מ ס, ו כתב בענין מי שהקנה לחבירו וטוען שלא היה לו מה שהקנה בשעת הקנין והוי דבר שלא בא לעולם, דאם אין הדבר ידוע אם היו ברשותו, על התובע להביא ראיה. וכתב על זה הרמ"א, וז"ל:

"אבל רבים חולקים על זה וס"ל דכל האומר נתתי לפלוני כו"כ, הוי הודאת בעל דין וכמאה עדים דמי ואין מדקדקים כיצד נתן, דמאחר שהודה אמרינן דודאי נתן באופן המועיל וקנה מקבל המתנה."

ומקור דברי הרמ"א הם מהתוס' והרא"ש הנ"ל. הרי שכל שמודה שנתן באופן המועיל, אין מדקדקים, ואפילו ידעין שלא נתן באופן המועיל, כיון שהודה מהני, וכמש"כ התוס' לענין ד אמות בחצרו. ובמרדכי ב"ב (סי' תריז) דן בשטר שלא היה כתוב בו קנין פירות כראוי, והביא תשובת רבינו ברוך, וז"ל:

"אחרי שכתב בשטר המתנה שנתנו לו כח הפירות של הקרקע בקנין גמור מעכשיו אגב קרקע, וקבלו עליהם באחריות כחומר כל שטרי קנין פירות העשויין כתיקון חז"ל ... ומעתה נמצא שהעדים מעידים שנעשה כתיקון חכמים, וזו היא תיקון חכמים להקנות קרקע לפירות ..."

ודברי רבינו ברוך הובאו להלכה ברמ"א חו"מ ריב, א, וז"ל:

"שטר שלא היה כתוב בו קנין פירות כראוי, רק כתוב בו שנתן לו כח ליקח הפירות

כתיקון חכמים, הרי הודה שהקנה לו כתיקון חכמים, ויש לפרש שנתן לו באופן המועיל."

והנה זה ברור דלראשונים הנ"ל אם כותב בצואה שנתן באופן המועיל ע"פ דין תורה (או מעין זה), הרי הודה שהקנה לו באופן המועיל. ורק אם כותב באופן המועיל סתם, יש לפרש בנותן לו באופן המועיל ע"פ החוק, שהרי כל הצואה ע"פ החוק, ואין כאן הודאת בעל דין. משא"כ אם במפורש מזכיר דין תורה או הלכה יהודית וכד', הרי הוא שנתן באופן המועיל. ועיין במשפט שלום (ריב, א ד"ה ועיין בקה"י) דדוקא אם חסר בשטר לשון הקנאה, מהני מה שכתב שנעשה באופן המועיל, אולם כשיש לשון הקנאה שאינה מועילה, לא מהני לשון זה לתקנה. עוד הוכיח המהרש"ם דמהני לשון זו אף בדבר שלא בא לעולם, וכמו דמהני באסמכתא. אמנם חילק בין מש"כ המרדכי שכתבו כן העדים, דאין להוציא ע"פ זה מהמוחזק, לבין היכא שהמוכר עצמו כתב שהוא מודה שהכל נעשה באופן המועיל ע"פ תיקון חכמים, דבזה גמר ומקני, ואף החולקים על המרדכי בכתיבת העדים, יודו באם המקנה כתב כן, גמר ומקני אף בדבר שלא בא לעולם (ועיין מש"כ משפטיך ליעקב ח"ב ב,א, וח"א יח,ז). ומ"מ לפ"ז אם כתב המצוה שנותן באופן המועיל לפי דין תורה, הודה שגמר בליבו והקנה באופן המועיל ויש לקיים צוואתו. ועיין עוד מש"כ להלן כג/א.

ג. מצוה לקיים דברי המת, אם דוקא בהושלש הממון

דרך נוספת לאשר צואה שלא נכתבה בדרך הקנינית הראויה, אם ניתן לצואה דין של מצוה לקיים דברי המת. דהנה בגמרא כתובות ע,א הובאו דברי רבי מאיר דמצוה לקיים דברי המת, ומבואר בגמרא דהכי הלכתא. וכן פסקו הרי"ף (כתובות לא,א בעמוה"ר) והרא"ש (כתובות ו,כב) להלכה דמצוה לקיים דברי המת. ועיין תוס' גיטין יג,א ד"ה והא דמבואר דאף בבריא שצוה אמרינן מצוה לקיים דברי המת, וכן פסקו הטור והמחבר בשו"ע חו"מ סי' רנב.

ובתוס' שם (ד"ה הא קיי"ל) כתבו דאפילו בבריא קיי"ל הכי, והוכיחו כן מדברי הגמרא בגיטין טו,א. והקשו התוס', דכיון דקיי"ל מצוה לקיים דברי המת, א"כ מאי אהני לן הא דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורים דמו. ותירצו התוס':

"ואומר ר"ת דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא כשהושלש מתחילה לכך. אי נמי דוקא במת נותן בחיי מקבל, אבל דברי שכיב מרע בכל ענין כמסורין דמו."

ובתוס' ב"ב קמט,א-ב (ד"ה דקא) הביא עוד תירוצים. הריב"ם תירץ לחלק בין היכא דאמר "תנו" להיכא דלא אמר, דדין מצוה לקיים דברי המת קיים רק במקום שאומר המצוה "תנו (מנה לפלוני)" ולא מנה זה לפלוני. והתוס' הקשו על תירוץ הריב"ם עיי"ש. ובסוף דבריו הביא תירוץ ר"י דלא שייך מצוה לקיים דברי המת אלא כשצוה לו על-פה, אבל בשטר ליכא מצוה. וכתבו התוס' דחזר בו ר"י מתירוץ זה, והוכיח דדין מצוה לקיים דברי המת הינה גם בשטר. ועיין עוד תוס' גיטין יג,א ד"ה והא.

והרא"ש (כתובות ו,כב) כתרוץ ר"ת הסובר דמצוה לקיים דברי המת הינה דוקא באופן שהושלש הממון, וכן היא בתש"י הרא"ש (טו,א), וכן הביא הריטב"א בתש"י (מובא בב"י חו"מ סו"ס רנב) בשם הר"י מיגאש, וכן דעת הראב"ד, הובאו דבריו בשטמ"ק ב"ב קעה,א: "שאינן

אומרים מצוה לקיים דברי המת אלא במוסר ליד שליח או במוסר לבית דין". וכן נראה מדברי הריב"ש סו"ס רז שכתב שם "ולדברי ר"ת הכל מרווח ...", עיי"ש, וכ"נ דעת המהר"מ מרוטנבורג (דפוס פראג סי' תכ, וסי' תתקסו), וכן פסק טור והמחבר בשו"ע חו"מ רנב, ב; "... והוא שנותנו עכשיו לשליש לשם כך".

וכדעת ר"ת נראה בתחילה גם מדברי הרמ"ה (ב"ב ט, צד) דמהני בבריא דוקא היכא דמסריה ממונא לשליש ואמר ליה תן חפץ זה או מנה זה לפלוני "דהוה ליה כזכה כדאיתא בספ"ק דגיטין. אי נמי במשליש מעותיו להוליכן לאחר ...", ובמשליש מעותיו להוליכן אינו מטעם זכיה, דהא הולך לאו כזכי. וע"כ מסיק הרמ"ה דכשם שלגבי הקנאה לא הצריכו בשכיב מרע הקנאה כדי שלא תטרף דעתו עליו, "גבי צואה נמי לא אצרכוה לחד מאנפי הקנאות לאתפושי לממונא לשליש שלא תטרף דעתו עליו". ומבואר דס"ל כשיטות הני ראשונים דלהלן דלא בעינן השלשה. ומשמע נמי דלא בעינן שיצוה ליורשיו, דלא כראשונים דלהלן. אך נראה מדבריו שנאמרו רק בשכיב מרע ולא בבריא, עיי"ש.

וכן נראה מדברי הרמב"ם שהביא הלכה זו של מצוה לקיים דברי המת בכמה מקומות. בהל' זכיה ומתנה ד, ה, בדין ראובן ששלח לשמעון מאה דינרים ביד לוי, ומת ראובן בחיי שמעון קודם שהספיק לוי לתת לידו; "יתן המאה לשמעון או ליורשיו שמצוה לקיים דברי המת, ואע"פ שאמר הדברים והוא בריא, שהרי המאה בידו של שליח עדיין". מבואר מדבריו דמצוה לקיים דברי המת היינו דוקא כששלח והשליש לשם מה שצוה, ובשעת המיתה הממון ביד השליח או השליש. וכן הביא הרמב"ם דין זה בהל' עבדים ו, ד לענין מי שצוה בשעת מיתתו ואמר פלונית שפחתי אל ישתעבדו בה יורשים, "הרי זו שפחה כשהיתה ואסור ליורשים להשתעבד בה, מפני שמצוה לקיים דברי המת". (ועיין בתוס' בגיטין וב"ב הנ"ל מש"כ לישב לשיטת ר"ת הא בשפחה לא הושלשה, והוא הטעם לשיטת הרמב"ם).

וכן פסק הרמב"ם כרב נחמן דמצוה לקיים דברי המת בהל' אישות (כ, יד) לענין מי שצוה לתת לבתו כו"כ מעות לפרנסתה וכו', "והרי המעות ביד השליש", דכל שלא נשאת יעשה שליח מה שהושלש בידו מטעם מצוה לקיים דברי המת, עיי"ש ברב המגיד. ומבואר גם בהלכה זו דמצוה לקיים דברי המת הינה דוקא באופן שהושלש מתחילה לשם כך, ועדיין המעות ביד השליש, והיינו כשיטת ר"ת.

ועיין בתש"י מהריב"ל (ח"ג סי' מג) שהביא מחלוקת ראשונים אם לדעות דבעינן הושלש, אם צריך שיושלש לשם מטרת הנתונה, או סגי שהושלש מקודם הציווי, אף שלא הושלש לשם כך וצויה נותן, יש בזה מצוה לקיים דברי המת. דלדעת ר"ת והרשב"א, אי הוו בתחילה ביד אחרים, אפילו לא הושלשו לכך, אמרינן בהו מצוה לקיים דברי המת. ואילו לדעת הרא"ש והטור, אם באו בידו אחר הצואה או שהיו בידו ולא לשם הצואה, אין בזה מצוה לקיים דברי המת.

#### ד. שיטת הראשונים דלא בעינן השלשה

ויש מהראשונים שנחלקו על חובת ההשלשה כתנאי למצוה לקיים דברי המת. הרמב"ן (הובאו דבריו בר"ן גיטין ה, ב), תירץ:

"דליכא פלוגתא בין מוציא מרשותו או לא אלא כי אמרינן מצוה לקיים דברי המת דוקא בממנה שליח או מצוה ליורשיו עשו אתם כו"כ מנכסי, דבכהאי גוונא כי מת מצוה לקיים דברי המת. וזהו שאמרו לקמן בהולך מנה לפלוני, שמצוה לקיים דברי המת, וזהו דין משליש מעות לבתו, וזהו דין האומר תנו שקל לבני בשבת שהוא מצווה לעשות כן. והיינו דאמרינן נמי דכי אמר יעשה לה קורת רוח, כופין את היורשין ועושים לה קורת רוח. אבל באומר הריני נותן מנה לפלוני במתנה, אין אומרים מצוה לקיים דבריו, שהוא לא ציוה ליתן אלא הוא נתן מתנה, אם קנה מן הדין - קנה, ואם לא קנה, אין מצוה לקיים מה שאמר ..."

מבואר מדברי הרמב"ן שאין דין מצוה לקיים דברי המת תלוי באם השליש מתחילה לשם כך אלא אם אכן ציוה, לשליח לשליש או לבניו, לעשות כו"כ בנכסיו. אך כאשר נתן בלשון מתנה, כיון שלא ציוה ליורשים, אין מצוה לקיים דברי המת. ועיין ברמב"ן בחידושו לגיטין (יג,א). וכדברי הרמב"ן נמצא בריטב"א בחידושו לכתובות (ע,א) שהביא את תרוץ ר"ת ואת קושית התוס' משחרור שפחה, דהאומר פלונית שפחתי עשתה לי קורת רוח, דכופין לשחררה מדין מצוה לקיים דברי המת, והא בשפחה לא שייך שהושלשה מתחילה לשם כך, ותירצו התוס', דכיון שהיא ברשות עצמה וזוכה מעצמה מיד, הרי דינה כממון דעלמא שהושלש לכך. וכתב ע"ז הריטב"א דהוא דוחק גדול:

"אבל הנכון שאין אומרים מצוה לקיים דברי המת אלא במי שאומר בלשון צואה, שאומר עשו כו"כ ... ואפילו כשאומר בלשון צואה אין בו מצוה אלא כשאמר למי שספק בידו לעשות, כגון שציוה ליורשין או לאחרים שהממון ברשותן או שנתן להם כח בדבר, ושומר כן בפניהם ושתקו או קבלו עליהם, הא לאו הכי אין כאן מצוה, ואלו דברים שהכל מסכימים עליהם."

וכן מבואר בדברי הריטב"א בחידושו לב"ב קמט,א ובגיטין יג,א, וכן בתש" הריטב"א (סי' נד) המובאת בב"י חו"מ סו"ס רנב בשם הרא"ה (וכן נמצא בתש" הריטב"א סו"ס קכג). ומבואר בריטב"א דדוקא כשציוה ליורשים או למי שסיפק בידו לעשות כציוויו, ודוקא ציוה בפניהם. ולפי"ז אף אם נאמר שיש מצוה לקיים דברי המת אף בלא הושלש, מ"מ בצואה שלא ציוה בפניהם, לכאורה אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת. אך מהרמב"ן משמע לכאורה שאין חילוק.

ונראה סברת הריטב"א דבעינן שאמר בפניהם והם שתקו, דדין מצוה לקיים דברי המת הינו מדין נדר, וע"כ בעינן שיהיה בפניהם וישתקו. ועיין בכסף משנה הל' מכירה סוף פכ"ב דהיכא דאמר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו, "סבור וקיבל והוה ליה כאילו נדרו הם עצמם וחייבים לקיים נדרם".

וכדברי הרמב"ן נראה מדברי המאירי בחידושו לגיטין יג,א. ועיין בראשונים הנ"ל, ועיין ברשב"א בחידושו לגיטין (יג,א) דמתוקמא מתניתין דגיטין כמאן דלית ליה מצוה לקיים דברי המת. ועיין ברשב"א שהביא את דברי הרמב"ן והקשה עליו מההיא דב"ב קעד,ב; רב ושמואל דאמרי תרוייהו שכיב מרע שאמר מנה לפלוני בידי, אמר תנו - נותנין, לא אמר תנו - אין נותנין. ואוקמא התם בדליכא שטרא. והקשתה הגמ', ואי ליכא שטרא, אמר תנו נותנין (בתמיה), מלוה ע"פ היא, ורב ושמואל דאמרי תרוייהו מלוה ע"פ אינה גובה לא מן היורשין

ולא ולא מן הלקוחות. והקשתה הגמי', ותיפוק ליה משום מצוה לקיים דברי המת, ואע"ג דליכא שטרא ליגבי מן היורשים, אלא ודאי ש"מ דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת. ולשיטת הרמב"ן מדוע אין אומרים בזה מצוה לקיים דברי המת, הא ציוה לתת. "אא"כ נדחוק דאמר תנו דאמרינן התם לאו דוקא באומר ליורשיו תנו, אלא באומר אמרו ליורשיו תנו, ולאפוקי אומר מנה לפלוני בידי גרידא, דאמרינן דילמא שלא להשביע את בניו קאמר, וצ"ע". ועיין בריב"ש סו"ס רז שלמד מדברי הרשב"א שנוטה לדעת ר"ת. ועיין בכל זה באריכות במהרש"ם ח"ב רכז (ו-ח) מש"כ בבאור דין מצוה לקיים דברי המת.

לפ"ז לכאורה נידון הצוואה תלוי בג' דעות הראשונים. לדעת ר"ת ודעימיה כיון שלא הושלש לשם כך, וכן לדעת הריטב"א (הרא"ה) שלא ציוה בפניהם, אין מצוה לקיים דברי המת, ואילו לרמב"ן ודעימיה יש מצוה לקיים דברי המת כל היכא שאמר בלשון ציווי, והוא הדין בצוואה אם כתב אני מצוה. ועדיין צ"ע גם לרמב"ן היכא דלא כתב שהוא מצוה ליורשיו אלא מצוה "סתם", ואפשר דהציווי מתפרש רק למי שבידו הדבר והיינו ליורשיו. ולרמ"ה נראה דבכל ענין לא בעינן השלשה ולא בעינן ציווי, אך צ"ע אם הרמ"ה מיירי רק בשכיב מרע וכו"ל. ובריב"ש הנ"ל למד בדברי הרמב"ן דדוקא בשכיב מרע אמרינן מצוה לקיים במצוה ליורשים ולא בעינן שימסור ליד שלישי, משא"כ בברייתא בעינן שימסור ליד שלישי, עיי"ש. ועי"ע במש"כ עליו המהריב"ל (ח"ב סי' לט), ועיין בבנימין זאב (סי' תכג).

ובתש' בנין ציון (ח"ב סי' כד) דן בברייתא שציוה נכסיו בשטר צוואה, וכן מינה אפוטרופוס שיחלק את העזבון לאחר מותו, והיורשים לא ערערו נגד הצוואה ונגד קיומה ע"פ חוק המדינה. והיו מן היורשים שהתעורר אצלם ספק אם הדבר כשר וראוי ע"פ דין תורה. ולאחר שברר את שיטת הראשונים בדין מצוה לקיים דברי המת, העלה הבנין ציון דלשיטת ר"ת לא מהני כיון שלא הושלש, אך לשיטת דלא בעינן הושלש, כיון שציוה בפירוש ליתן ומינה שלוחים לקיים צוואתו, אמרינן מצוה לקיים דברי המת. ובפרט במקום שהמקבל מוחזק, יכול לומר קים-לי כהנך שיטות. ומ"מ מוכח מדבריו דגם ציווי בכתב חשיב ציווי לענין זה. ומסקנתו - דאפילו לצאת ידי שמים אין כאן בית מיחוש ומותר לקבל המתנות שביד האפוטרופוסים אפילו לא החזיקו בהם המקבלים, עיי"ש. ועיין בתש' הגרע"א (סי' קן) דמהני בכתב, אולם לא מהני אם מסר לו דבר חתום שיפתחנו רק לאחר מותו.

[ולענין אם מצוה לקיים דברי המת הינה מדאורייתא או מדרבנן - התוס' בכתובות (פו, א) סד"ה פריעת) כתב דאשכחנן דכופין במצות דרבנן "כגון מצוה לקיים דברי המת, דאמרינן בגיטין מ, א דכופין את היורשים". מבואר שדין זה הוא מדרבנן. ובמהרש"ם ח"ב סי' רכז (יב) הביא מהר"י אבן שועב שהביא מהרמב"ן דעשרה דברים נלמדו מצוואת יעקב לבניו, ואחד מהם הוא מצוה לקיים דברי המת, מבואר דהוי דאורייתא, והרמב"ן לשיטתו דע"כ לא בעינן הושלש, ועיין במהרש"ם מה שדן אם ילפינן מקודם מתן תורה.]

ה. מצוה ואין כופין

ובמהרש"ם (ח"ב סי' רג) כתב דהא דבעינן הושלש או ציווי בפני היורשים וכו', היינו דוקא לענין דכופין את היורשים לקיים דברי המת, אבל גם באופן שלא הושלש יש מצוה על היורשים לקיים דברי המת. וי"ל שאין זה מצוה ככל המצוות שבי"ד כופין על המצוות אלא מצוה על היורשים לקיים ואין בי"ד יכול לכופו עליה. ובמהרש"ם (ח"א סי' נב) הקשה על

המהרשד"ם מעובדא דאיסור גיורא (ב"ב קמט,א), דאמאי הוצרכו לעשות באודיתא, הרי גם אם ציוה ולא הושלש בידו איכא מצוה, וכי רבא ח"ו לא היה מקיים מצוה, "ובע"כ דגם מצוה ליכא". והגאון מטשעבין (דובב מישרים ח"ג סי' ל) הביא כדעת המהרשד"ם.

אמנם מעין סברת המהרשד"ם נמצא בתש' הגרע"א (סי' סח). הגרע"א חוקר באם ציוו אביו או אימו שיעשו דבר מסוים לאחר מותם, אם צריך לקיים את הצוואה מדין כיבוד. והביא הגרע"א סתירה בין הגמ'. דבגמ' קידושין לא,א מבואר דמכבדו בחייו ובמותו, ובגמ' כתובות קג מבואר דאינו חייב בכבוד אחיו הגדול אחר מיתת אביו. וחילק בין ענין שהוא כבוד וגדולה בעצמותו כמו לומר אבא מארי, שייך אף לאחר מיתה, אבל כיבוד לעשות נחת רוח לאביו כעין מאכילו ומשקהו, ובכלל זה לכבד אשת אביו ואחיו הגדול, שהוא ענין נחת רוח לאביו ומניעת צער ממנו, בזה י"ל דלא שייך לאחר מיתה, דלא איכפת להו בזה.

לפ"ז לכאורה קיום הצוואה אינו בכלל כיבוד לאחר מותו. אלא דהגרע"א הביא משו"ע יור"ד רע"ט דיש חיוב על הן לעשות צואת אביו לאחר מותו;

"וע"כ דגם זה ענין כיבוד שנוהר בדבריהם. ואפשר שהוא בכלל מורא שצריך לירא שלא לעבור על צואתם, וזה שייך גם אחר מיתה ... ולדברינו היא דכתובות צא,ב מצוה על היתומים לפרוע חובות אביהן, שהוא מדין כיבוד אב ..."

ומסיק הגרע"א לדינא דאם ציוה לבניו דרך צוואה לתת ממון מהירושה לאחר, שצריכים היורשים לקיים מדין כיבוד אב. והא דמצוה לקיים דברי המת היינו דוקא בהושלש לכך, היינו בלשון תנו או המצוה למי שאינו מחויב בכבודו. וכן מדין כיבוד אב לא כפינו להו, ומדין מצוה לקיים דברי המת, כפינו ליורשים לקיים. אמנם בהמשך מסתפק הגרע"א בזה כיון שהממון כבר של יורשים, ואינם חייבים לכבד משלהם, עיי"ש הראיה שהביא לכאן ולכאן. ועיין עוד במהרש"ם (ח"ב סי' רכד אות יג ולהלן) שחקר גם בזה אי הוי ממון יורשים או ממון האב.

## ו. מוחזקים ע"פ דינא דמלכותא

ובשדי חמד (מערכת מ, כלל ריט ד"ה וחיידש) הביא מתש' מנחת שי סי' עה דהא דבעינן הושלש היינו דוקא בנותן מתנה לאיש זר שאינו יורש, דלא גמר ומקני ולא סמכא דעתיה כשלא הושלש. אבל בנותן לבנותיו שע"פ חוקי המדינה הינן יורשות, הרי הן כמוחזקות בחלקן, ומה שרצה אביהן, יכולות לזכות ע"פ דין תורה מכח היותן מוחזקות ע"פ חוק המדינה "והוי כנותן ליד שלישי, ועדיף יותר, דהא הם עצמם מוחזקים בזה". והביא המנחת שי ראיה מדברי הרדב"ז בתש' (ח"א סי' סז) דיש מוחזקות למי שיש זכות מכח הערכאות ועל שכנגדו להביא ראיה, עיי"ש.

ובאחיעזר (ח"ג סי' לד) דן בצוואה שכתב הנפטר בהיותו בריא וכתב כל נכסיו לאשתו ועשאה אפוטרופא, והצוואה כתובה וחתומה בידו, נמצאה מונחת בשולחנו, ובצואתו הניח מעשר מנכסיו לדברים שבצדקה, ושאלה האלמנה אם מחויבת בתור אפוטרופוס ליתומים קטנים, לקיים דברי המת שציוה בצואתו. ומצד עצם הצוואה הואיל ונכתבה בעודו בריא, אין שטר לאחר מיתה. ודן האחיעזר להכשיר הצוואה;



"... ואפילו אם נימא דהיכא דמהני מצד חוקי המדינה לא גרע מסיטומתא, לא עדיף סיטומתא משאר קנינים דלא מהני לאחר מיתה. ובשו"ע סי' רנח מבואר דבצואה לא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו. ומצד מצוה לקיים דברי המת, הא בעינן שהושלש מתחילה לכך או שציוה בפני היורשין ... אלא דבתשי בנין ציון סי' כד מצדד דבמקום דאין היורשין מוחזקים, יש לסמוך על הנך שיטות דסברי דאמרינן מצוה לקיים דברי המת גם בלא הושלש מתחילה לכך היכא שציוה לתת לאחר מיתה. גם מכבר הייתי מצדד לומר דהיכא שמי שציוה המת ליתן לו הוא מוחזק מטעם דינא דמלכותא בקיום הצוה ע"י ערכאות, לא בעי הושלש מתחילה לכך, אלא שלא מצאתי גילוי לדין זה, דלא דמי לנודר שאינו יכול לחזור בו."

וסברת האחיעזר הינה כמש"כ המנחת שי הנ"ל. ובעצם הסברא של המנחת שי והאחיעזר דהיכא שמוחזקים מכח זכות שיש להם בקיום הצוה הוי כהושלש, י"ל לסברתם דכל דין הושלש הוא ביטוי לגמירות דעת לרצונו, דהיכא שמצוה ואינו משליש דמי להבטחה או אפילו לדברים בעלמא שאפשר וחזר בו מדבריו ומרצונו. משא"כ כאשר המצוה יודע כי ניתן לקיים את השטר צוה ולהוציאו מהכח אל הפועל, הרי הוא גומר בדעתו שיקיימו ציוויו לאחר מיתה, ואיכא ביה טעמא דבעינן הושלש ביד שלישי, דטעם השלשה כדי שיגמור בדעתו ולא יהיו אלא מילים בעלמא, ואפילו התחייבות בעינן לקנין כמבואר בשו"ע חו"מ ס' ואל"כ הוי דברים בעלמא, והוא הדין במצוה בעינן למעשה המוכיח שאינם דברים בעלמא כי היכי דלהוי צווי בר קיימא שיחול עליו המצוה לקיים דברי המת. וע"כ גם בשטר צוה שהיא בר תוקף דינא דמלכותא, לא הוי דברים בעלמא ומצוה לקיים דברי המת. ומש"כ האחיעזר; "ולא מצאתי גילוי לדין זה", אם כונתו שלא מצא בפוסקים, הרי שהשדי חמד הביא מהמנחת שי כנ"ל. אך נראה שכונתו שלא מצא גילוי לסברת הדין דבעינן הושלש כדי לחזק דבריו שלא יהיו דברים בעלמא וכמו שנתבאר, "דלא דמי לנודר שאינו יכול לחזור בו". אך לכאורה גם בשליש יכול לחזור בו ולא דמי לנודר.

עוד ראיתי לגר"מ פיינשטיין זצ"ל (אגרות משה אהע"ז ח"א סי' קד) שדן בענין אשה שהשאירה צוה שלא היתה ע"פ דין, וניתן היה לאשרה רק בדיני הערכאות. ודן הגר"מ זצ"ל בצדדי הבעיה, ובתחילה כתב דאין בעובדה שהצוה נמסרה לדינא דמלכותא, כדי שתועיל בדין תורה. אך מיד כתב וז"ל:

"אך בעצם מסתבר לענ"ד שצוה כזו שודאי יתקיים כדברי המצוה דינא דמלכותא אין צריך קנין, שאין לך קנין גדול מזה. וממילא כיון שאין צריך קנין, מועיל דינא אף נגד יורשים אף שהוא מתנה לאחר מיתה ... וא"כ גם בצוה שנמסרה לדינא דמלכותא שיעשו ודאי כדבריה, שאין לך גמירות דעת גדול מזה ואין צריך קנין ... וזהו טעם גדול למה שבארץ הזאת נוהגים לסמוך על צוה כאלו ואין חוששין מליקח המעות לצדקה. ואם כי לא נחתו לזה, מ"מ כיוונו האמת, ואם אינם נביאים, בני נביאים הם."

ועי"ש עוד בסי' קה. ונראה מדבריו דמהני לא מדין מצוה לקיים דברי המת אלא מחמת שאין צריך קנין דיש בזה גמירות דעת ומהני מדינא דמלכותא. ומש"כ "נמסרה לדינא דמלכותא" צ"ע אם בעינן שיפקיד את הצוה בערכאות וכד'. ונראה ע"פ מש"כ שם בסי' קה

אם מסרה ליד מי שבידו לקיימה בערכאות כגון לעו"ד, לא חיישין לנמלך, משא"כ בנמצאת אצל המצוה, יש לחוש שחשב לקרעה ולא הספיק עד שמת. והיינו דכל היכא דאמדין דגמר דעתו מחמת היות הצוואה תקפה ע"פ דינא דמלכותא, לא בעינן לקנין והצוואה בתוקפה.

ולדברי הגר"מ זצ"ל שאינה בגדר מצוה לקיים דברי המת אלא שאין צריך קנין, נמנעים אנו מלהכנס למחלוקת אם מהני ציווי המת על דבר שלא בא לעולם. המהריב"ל (ח"ג סי' מג) דן בשכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, דקיי"ל שלא אמר כלום, מ"מ בדין מצוה לקיים דברי המת שאינו קנין אלא כופין את היורשים לקיים דברי המת, מהני אף ב"ידור פלוני" שהוא דבר שאין בו ממש. ומהר"י אדרב"י (תש"י דברי ריבות סו"ס קצו) חלק עליו, וכן הקשה עליו המחנה אפרים בהל' זכיה (סי' ל), וכתב דאפשר כמהריב"ל ע"פ דברי רבינו אפרים (הובא במרדכי פרק מי שמת) דדוקא במקום דלא שייך קנין אמרינן מצוה לקיים דברי המת, "ויש להתישב בדבר". וע"פ דברי הגר"מ זצ"ל כיון דגמר דעתו לא בעינן קנין, א"כ גם בדבר שלא מהני קנין בדיני ישראל, כיון דמהני ע"פ ערכאות, גמר בדעתו ליתן.

ועיין עוד בערוך השולחן (חו"מ סח,ו) שכתב דבמקום שמחוק המלכות לכתוב כל הדברים בערכאות, כל השטרות העשויות לפניהם כשרים, "וכל-שכן כשמכבר יש מנהג במקום זה להכשיר, שכשרים כל מיני שטרות שנעשו שמה". והביא ב דעות במקום שלא עשו קנין כדין אבל מהני בדרכי הקנין של המלכות, די"א דכיון דלפי משפטם הקנין טוב, קנה.

עוד יש לצרף אם עיקר הצוואה מיירי בקרקעות (דירה וכד'), הרי שבקרקעות לא שייך הושלש. ועיין בזה מש"כ בקצוה"ח רנב, ג. ואין לפסול מדין קני את וחמור, דהיינו שיש כאן נכס שיש עליו גמירות דעת ויש כספים שאין עליהם גמירות דעת (על הצד שלא נאמר כדעת האחרונים הנ"ל), כיון דקיי"ל בשו"ע חו"מ רי, ג דאת וחמור קנה מחצה. ובפרט אם פרט בצואתו סוגי הנכסים, כגון שכתב מטלטלין מקרקעין וכו', דלא חשיב כאמירת "כולכם" לענין את וחמור שלא קנה, עיין בר"ן פ"ב דקדושין, ובשו"ע אהע"ז סי' מא בנו"כ.

מהאמור לעיל עולה :

א. יש להכשיר את הצוואה אם כתוב בה שהכל נעשה באופן המועיל ע"פ דין תורה (או מעין לשון זו).

ב. המוחזק יכול לומר קים לי כדעה שמצוה בצוואה בכתב, אין צריך קנין.

ג. יש המכשירים צוואה ללא קנינים ומבלי שנכתב שנעשה ע"פ דין תורה מדין מצוה לקיים דברי המת, ויש מכח דינא דמלכותא.

#### מסקנות

א. יש דעה בראשונים (המרדכי בשם המהר"מ) שאם בריא מצוה מה יעשה בנכסיו לאחר מותו, יש לציווי תוקף של מצוה מחמת מיתה ואין צריך קנין. אך רבים מהראשונים חלקו על

דעה זו, ואף במרדכי ובמהר"ם יש בזה סתירה.

ב. בישוב סתירת ההמרדכי, יש מחלקים בין אם לא נתן כעת אלא ציוה מה יעשה לאחר מותו, דבזה יש לזה דין של מצוה מחמת מיתה ולא בעי קנין, לבין אם נותן כעת, שהמתנה מתחילה כבר מחיים, שאין זה מצוה מחמת מיתה, ובעי קנין.

ג. יש המחלקים וסוברים שלמעשה בכל מקום שמחשבתו ידועה לתת ולהקנות, אין צריך קנין. וע"כ כאשר מצוה בכתב או בע"פ, אין צריך קנין. אלא מחשש שמא יחזור בו אמרינן דדוקא ציוה בכתב הוי גילוי דעתו דמוכח, שהרי אם היה חוזר בו, היה חוזר בכתב, משא"כ במצוה בע"פ, אף שיש גילוי דעת דמוכח, מ"מ אפשר שחזר בו מרצונו לתת.

ד. דעת המהרש"ם דדוקא דברים שאין צריך קנין מעיקר הדין (כגון שליחות וכד'), מועיל גילוי לרצונו בלב שלם.

ה. אם אין בצוה קנין, הרי זה ספיקא דדינא ואין להוציא מהיורשים.

ו. מי שהודה שיש לו נכסים, או שהודה שמקנה ד אמות בחצירו, ויודעים אנו שאין לו קרקע, מ"מ מהני הודאתו שנתן באופן המועיל.

ז. וכן הדין בשטר שכתוב בו שהקנה דבר שלא בא לעולם בתיקון חכמים וחתם הוא או שחתמו עדים, ודאי הקנה באופן המועיל.

ח. וכן הדין אם לא כתוב קנינים בגוף הצוה, ובסופה כתב שהכל נעשה ע"פ דין תורה וכד', הרי הודה שעשה הצוה ע"פ דין תורה ובכלל זה הקנינים, ומהני לשון זו אף לדברים שלא באו לעולם.

ט. בין בבריא ובין בשכיב מרע אמרינן מצוה לקיים דברי המת.

י. רבים מהראשונים סוברים דדוקא אם הושלש הממון אמרינן מצוה לקיים דברי המת. ויש הסוברים שצריך שיושלש הממון לשם מטרת הנתינה ולא קודם הציווי.

יא. אולם יש ראשונים הסוברים שאף בלא הושלש יש מצוה לקיים דברי המת. אולם לדעת הרמב"ן צריך לצוות ליורשיו לעשות כו"כ בנכסיו, משא"כ כשנותן בלשון מתנה. ולריטב"א צריך שיצוה ליורשים או למי שיש בידו סיפק לעשותו, ודוקא ציוה בפניהם.

יב. הדין אם בצוה יש מצוה לקיים דברי המת, תלוי בדעות הפוסקים בתנאי השלשה ואופן הציווי.

יג. יש הסוברים שציווי בכתב הרי הוא כפניהם. ויש הסוברים דמ"מ לא מהני אם מסר מעטפה חתומה שיפתחו רק לאחר מותו.

יד. ב דעות אם מצוה לקיים דברי המת היא מדאורייתא או מדרבנן.

טו. יש הסוברים דבכל ענין אף בלא הושלש, יש מצוה לקיים דבריו, אך בי"ד לא כופין על כך.

טז. יש להסתפק אם מ"מ מחויבים היורשים לקיים מדין כבוד אב.

יז. יש הסוברים דבנותן לבנותיו, היורשות ע"פ החוק, אין צריך הושלש.

יח. דעת האחיעזר דבצוה התקפה מדינא דמלכותא, לא צריך הושלש.

יט. האגרות משה סובר שצוה שניתן לאכוף אותה מדינה דמלכותא, אין לך קנין גדול מזה.