

הרב זלמן נחמיה גולדברג*

ערעור על צוואה בטענה שהמצווה לא היה שפוי בדעתו

המקרה הנידון

המצווה ח. כתב צוואה לטובת אגודת צדקה מסוימת והמערער ר. הוא גבאי של אותה אגודת צדקה. בצוואה נאמר שהמצווה נותן מהיום ולאחר מיתה בתנאי שלא יחזור בו. לאחר זמן כתב המצווה צוואה שניה לטובת אלמנתו, וחזר בו מצוואתו הראשונה. המערער ר. טען שהמצווה לא היה שפוי בשעה שכתב את צוואתו השניה. האלמנה מוחזקת בנכסים. היורשים האחרים לא ידועים ואינם בפנינו. יש עדות בכתב של רופא המעיד שהמצווה היה שפוי בזמן כתיבת הצוואה השניה וכן יש עדות על כך מצד עורכי דין שערכו את הצוואה. למערער יש עדויות – חלקיות – על אי שפיות של המצווה באותו זמן.

אוצר החכמה

מסקנות עיקריות

- א. אם אין ריעותא, לא ניתן לטעון על שטר צוואה שנעשה בחתימת ידו ללא עדים – "שוטה היה".
- ב. עדות בכתב – בניגוד לעדות בשטר, אין בה דין כמי שנחקרה בב"ד ולכן יש בה צורך של קבלת עדות בפני בע"ד.
- ג. כאשר חתמו גבאים על פשרה לא שייך לדון עוד בדין זה "ספק צדקה לחומרא" שהרי יכולים לעשות פשרה בממון עניים.
- ד. החותם על שטר מכוח שסמך על כתיבת העו"ד מועיל הדבר רק לדברים שהיה יכול להעלות על הדעת.
- ה. רצה לתת צוואה על תנאי וטעה העו"ד ולא כתב התנאי כדיני תנאים, בזה לא סמך עליו, והשטר בטל.
- ו. מי שכתב צוואה – בנוסח עורכי דין – היינו שמצווה אחר מותו. אלא שהוסיף קנין מעכשיו ולאחר מותו לצאת ידי דין תורה, אזי יש אומדנא שנתן על מנת שיוכל לחזור בחייו ולא בעינן תנאי כפול.

* הערות השוליים הינם מאת הרב מיכאל בלייכר, תגובות הרה"ג ז. נ. גולדברג בכתב רש"י.

א

תוכן שאלה זו נסב אודות צוואה שכתב ח. והמערער על הצוואה טוען שהמצווה היה שוטה בשעה שחתם על הצוואה, ויש בידו צוואה קודמת שנתן המצווה למערער בתנאי שלא יחזור. אשר על כן, כיון שהיה שוטה בשעה שחזר וכתב צוואה שניה, נמצא שהראשונה קיימת והשניה בטלה.

וראשונה יש לדון אם יש מקום לטענה זו, אפילו כשאין מי שמעיד על המצווה. ובפשטות נראה, שאין לחשוש לזה. שאם כן, איך מוציאים ממון על פי שטר שכתב בכתב ידו שקיימ"ל – שגובה מנכסים בני חורין וכמו ששנינו בב"ב קע"ה ובחור"מ סימן ס"ט ס"א – ואם יש לחשוש בכל נותן מתנה שמא שוטה היה, איך גובין מנכסים בני חורין, והרי ^{אוצר החכמה} ש"ל לחוש שמא שוטה היה?!

ואם נדחוק, שהשו"ע כתב דין זה רק אם אינו טוען זה שהוציאו עליו השטר שהיה שוטה, אבל אילו היה טוען כן, לא היה גובה אלא בראיה. א"כ, קשה ממה שנפסק שם בסימן ס"ט ס"ה:

"הוציא כתב יד הלזה על יורשיו אע"פ שמודים שהוא כתב ידו אנו טוענים להם שהוא פרוע וכו' ואם הוא תוך הזמן וכו' הואיל ומודים שהוא כתב יד אביהם או שנתקיים כת"י אביהם גובה מהם".

הרי נתברר, שאין טוענים ליורשים שמא אביהם – בשעה שחתם – שוטה היה. ואם כי אין מכאן ראיה ברורה שגם אביהם אילו היה חי והיה טוען שוטה הייתי שלא נקבל טענותיו, שמזה שאין טוענים ליורשיו אין ראיה. שאפשר שהיא טענה שלא שכיחא, שאין טוענין ליורשין. ומ"מ הוא עצמו כשטוען מקבלין ממנו, וכמו שכתבו התוס' גיטין ב' ד"ה "ואם", שטענת נאנסו אין טוענין ליורשין, ואילו השומר עצמו טוען נאנסו נאמן בשבועה. והטעם שטענת נאנסו לא שכיחא. אף אם נאמר כן, מ"מ בנידון דידן הרי המצווה עצמו מת ואינו טוען שוטה הייתי, וא"כ, בוודאי שאין טוענים ליורשים שהיה המצווה שוטה.

ואף שכאן המערער טוען שהיה שוטה בשעה שחתם המצווה, שתי תשובות בדבר. חדא, שלא ראיתי בתיק שהמערער עצמו טוען ברי שידע שהיה שוטה באותה שעה, וטענתו אינו אלא מכח השערה. ואף אם היה טוען ברי, שידע שהיה שוטה, מ"מ אין מקום לכך, אלא אם היו היורשין עצמם טוענין כן¹.

1. לא ברור מדוע פשיטא כ"כ שאין המערער יכול לטעון שוטה היה המצווה ואילו היורשים יכולים לטעון כן, אם משום שהם מוחזקים בנכסים הרי לקמן מוזכר שהיה כאן כסף מופקד בבנק ששום אחד לא מוחזק בו. יתירה מזו לכאורה יש למערער דין מוחזק מכיון שצוואה ראשונה היתה לטובתו, אלא שנעשתה על תנאי אם לא אחזור ויש ספק האם

ב

אבל בנידון דידן שהמערער אינו היורש, והיורש אינו בפנינו, בוודאי אין מקום לטעון עבור היורש, שהרי ברי ע"י אחר אינו ברי. ² וכמו שפסק הרמ"א בסימן ע"ה סכ"ג:

"שלא מקרי טענת ברי מה שאומר ששמע מפי אחרים ואין משביעין על טענה זו דהוי טענת ספק".
ואף לדעת הי"א שכתב שם הרמ"א:

"וי"א דכל שאומר שהוגד לו מפי נאמן אפילו קרוב משביעין אותו היסת ודווקא שאותו שאומר מפיו אין נוגע בעדות".
מ"מ, גם לדעה זו, אפשר שרק לענין היסת סומכין על ברי של אחר, וכאן בנידון

המחלוקת

אכן המצווה חזר בו או לא א"כ על בעלת הצוואה השניה להוכיח שאכן חזר בו המצווה וכמו שכתוב בחו"מ סימן רמ"א סעיף י' "האומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך ע"מ שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראיה שקיים תנאו, ואם אמר לו ע"מ שלא תעשה על הנותן להביא ראיה שביטל תנאו" ועיי"ש בקצה"ח ס"ק (ה) שבאר הטעם שכל שהוא בקום ועשה מוקמינן אחזקה שהיא קודם עשיה... עד שיברר בעדים שהיה עשיה" אמנם לפי דברי המוהרי"ט אין מקום לדברים אלו עיי"ש בקצה"ח.
כתב הרצ המשיג "לקמן מוזכר שהיה כאן כסף צננק שזוס אחד לא מוחזק בו" עכ"ל.

לענ"ד המפקיד כסף צננק ומת, היורשים מוחזקין. צננק דינו כשומר ומחזיק עבור המפקיד ויורשי המפקיד, לכן היורשים מוחזקים.

עוד כתב "יתרה מזו לכאורה יש למערער דין מוחזק מכיון שצוואה ראשונה היתה לטובתו אלא שנעשתה על תנאי וכו'" עכ"ל.

לענ"ד נראה לטעמו של קלה"ח אזי בנידון דידן שצוואה עשה מעשה וחזר בו מצוואתו הראשונה רק הספק אם היה פקח או שטעם בשעת חזירתו אין מקום להעמיד על חזקה שהוא קודם חזרה, ואף שחזרה בשטות אינה חזרה, אדרבא יש להעמידו בחזקת פקח ושלא נעשה שטות.

עוד כתב "אמנם לדברי מוהרי"ט אין מקום לדברים אלו" עכ"ל.

נראה שלשיטת המוהרי"ט שכתב להסדיר שתנאי של קום ועשה תולים שלא קיימו שאלו לא נדמנה לו אפשרות לקיימו, א"כ בנידון דידן שיש חשש שהיה שטות ולא היה צידו לחזור בו אזי הצוואה הראשונה אולי קיימת, ול"ע.

2. לכאורה סגי בברי ע"י אחר לעשות רגלים לדבר, ואז לא מיקרי טענה שאינה שכיחא, ועיין.

עיין בקלה"ח סימן ר"ל ס"ק ב' שהביא תשובת הרא"ש וכן נפסק בחו"מ סימן ר"ל סי"ב שאם אפטרופוס טוען טענה דלא שכיחא טענין ליתמי ומזה למד קלה"ח שאם היורש עלמו טוען טענה דלא שכיחא מספק לא גרע הוא עלמו מאפטרופוס עיי"ש, ולפי זה לודק הרב המעיר שכל שמאמין לצרי ע"י אחר יש דין טענין, אכן כאן שהיורש אינו לפנינו ואינו אומר שמאמין לטוען אולי הדין שונה, ואולי מ"מ לא גרע מאפטרופוס. ול"ע.

דידן הרי המערער נוגע, ואיך נטען ליורשים ברי על סמך דברי המערער. ואף אם נאמר, שדעה אחרונה שהביא בשו"ע שם סכ"א סוברת, שגם טוענין ברי ע"י אחר – אף שאותו אחר נוגע הוא – כמו בא בטענת אביו (יש הרבה להאריך בביאור דעה זו אבל מאחר שאין נ"מ כ"כ לענינינו אקצר בזה), מ"מ נראה, שאין מקום לטעון עבור היורשין מה שטוען המערער. שמה חזית שיטענו בי"ד טענה זו, שהרי אין כאן טובת היורשין³, שהרי המערער לטובת עצמו – שיש לו שטר מתנה קודם – טוען כן. זולת אם נאמר, שטוענים ליורשים – שהנותן היה שוטה – גם בלי טענת ברי, מאחר ואז נטען ששתי הצוואות בטלות שבשניהם היה שוטה, ואז נחליט ששתי הצוואות בטלות וחוזר הממון ליורשים. אבל כבר ביארנו, שבוודאי בלי טענה אין טוענין כן. אמנם בכתב התביעה שהגיש ב"כ התובע עו"ד פ. ביום ז' שבט תשמ"ד בסעיף 3 כתוב:

"שהמבקש יטען כי המנוח לא ידע את מה שהוא עושה", אבל בפועל לא מצאתי בתיק שטען כן. וכנראה שהכוונה היתה, שיטען כן על סמך אומדנות שכתבם בסיכום התביעות שהגיש ק. טוען רבני ביום 20/3/1989. וממילא אין כאן טענת ברי שהיה שוטה. וגם אם טען המערער בבירי, שיודע שהיה המצווה שוטה, מ"מ לענין זה, שמכח זה יזכה הוא במתנה, בזה נברר להלן אם יש מקום לכך, מאחר שאינו מוחזק בנכסים⁴. והנה העד ש. מ. (כך כתוב שמו בהזמנת ביה"ד מיום ז' אייר תשמ"א ואילו בפרוטוקול מיום ט"ו חשון תשמ"ט כתוב ו. מ. אמר, שבזמן האחרון לפני פטירתו שונה מצבו לרע וכו', "וקשה היה לשער אם הוא צלול בדעתו".

ג

והנה מה שאמר העד – "בזמן האחרון לפני פטירתו" – חבל שלא שאלו אותו למה הוא קורא "זמן האחרון". פטירתו של המצווה היתה "י"ט חשון תשמ"ו". כתיבת הצוואה האחרונה היתה ביום כ"ב טבת תשמ"ה, היינו: עשרה חודשים לפני שנפטר. ולכן חשוב מאוד לדעת למה כוונת העד במילים "בזמן האחרון": אם זה כולל יותר

3. לכאורה הרי יש דין טוענין ללוקח ב"ב דף כ"ג, ולא דוקא ליורש. א"כ יש מקום לטעון עבור המערער, ואף שכאן יש עוד "לוקח" דהיינו האלמנה בעלת הצוואה השניה, א"כ טענינו לשניהם ונפ"מ שאם יש עדים שצוואה ראשונה נעשתה כדין א"כ צוואה ראשונה קיימת והשניה בטילה. אמנם כל זה טעות דדין טענין הוא רק בדברים שהלוקח בא מכוח זכותו של המוכר או המוריש ולא מחמת עצמו.

4. לקמן בהמשך הדברים מבורר שאפילו מוחזק בנכסים אינו נאמן לטעון שוטה היה המצווה מפני שאין שום ריעותא.

מעשרה חודשים או פחות. וכן מה שאומר העד ש"קשה היה לשער אם הוא צלול", יש לעיין - אם זה עדות על ספק שוטה - ואז יש לדון גם מה הדין בספק. וגם יש לדון לפי מה שכתב הנתיבות בסוף סימן כ"ה בכללי תפיסה ס"ח, שאם העדים מסופקים איך היה המעשה, כגון: שמעידים שראו שהגביה הקונה המטלטלין לשם קנין ולא ראו אם הגביה שלושה טפחים, בזה לא מועיל תפיסה, אפילו אם טוען ברי. דאפילו בקידושין כהאי גוונא, כגון: שראו שזרק לה קידושין, ואינם יודעין אם קרוב לה או קרוב לו, ליכא חשש קידושין. ובביאורים ביאר טעם הדבר, משום שיש כאן עדות על חצי דבר, ואינם נאמנים. ולא דמי לעדים שמעידין שקידשה בחפץ ואינם יודעים אם שווה פרוטה, שהיא ספק מקודשת. ששם לא יכול לראות יותר ממה שראו, ובזה אין חסרון של חצי דבר. משא"כ בלא ראו כמה טפחים הגביה, שיכלו לראות הכל ולא ראו, יש כאן חסרון של דבר. ומעתה בנידון דידן, שאומר העד - שקשה לדעת אם היתה דעתו צלולה - אם נחשיבו כחצי דבר או שהוא דבר שלא יכל לראות יותר, ואין בזה חצי, ונמצא שמעיד שהוא ספק שוטה. אכן כל זה לענין לקבלו בתורת עד, אבל לענין לקבלו בתורת, שעל ידו יכול התובע לטעון טענת ברי, בזה לא מצינו חסרון של חצי דבר, וכמו שברי ע"י קרוב נחשב ברי - לדעה אחרונה שברמ"א שהבאנו לעיל - כך גם חצי דבר. אכן מאחר, שאומר שהיה ספק שוטה, בזה יש לדון מה הדין אם היו שני עדים כשרים שהוא ספק שוטה, ובאופן שאין חסרון של חצי דבר, מה היה הדין לענין קיום הצוואה, ויתבאר להלן.

ד

גם העד ז. שלא אמר עדותו בבי"ד שפסלוהו משום שהוא קרוב לאביו הרב, שהיה לו נגיעה בעדותו, מ"מ היה מקום לשמוע עדותו לכל הפחות לענין להחשיבו לתובע ברי ע"י אחר, שהרי ע"י עדות קרוב נעשה ברי. וכש"כ שאינו קרוב רק לנוגע. וגם בתור עד לא ברור שהוא פסול. שהרי לדעת הריב"ש שהביא הש"ך בסימן ל"ד ס"ק כ"ח אומרים בנוגע פלגין דיבורא, והיה עדותו מתקבל לענין התובע (דבר זה יש בו להאריך הרבה אבל מאחר שאינו נוגע כ"כ לענינינו אקצר).

אלא אפילו לדעת הש"ך, שאין אומרים פלגין בנוגע, מ"מ בקרוב לנוגע, שאין בו חשש משקר, אמרינן פלגין.

אכן האמת אדרבא: בקרוב אין אומרים פלגין, אלא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה לדעת הראב"ד, וממילא עדותו בטלה גם לשאר התובעים. אכן גם בעד פסול נראה מהמרדכי שהביא בסמ"ע בסימן כ"ח ס"ק י"ז, שעפ"י עדות קרובים מחמיצין הדין. וכמו שכתב הב"י בסימן כ"ח מחודשים ב'. וא"כ לעולם יש לבי"ד לקבל גם עדות קרובים מהטעם הזה, רק נראה, שיש להודיע את זה קודם עדותו. כדי שלא

יפסלו הקרובים את הכשרים מדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול.

ה

אוצר החכמה

והנה במשנה ב"ב קנ"ג א':

2208/2019

"לא כתב בה (בשטר) שכיב מרע (כדקציר ורמי בערסיה וגם לשון מתנת ברי לא נכתב בה כד מעליך על רגלוהי שהוא לשון מתנת ברי וכו') הוא אומר שכיב מרע הייתי (וחוזרני בו) והן אומרים ברי היית (ולא תחזור) צריך להביא ראיה ששכיב מרע היה (באותה שעה וכל זמן שלא יביא זכה מקבל מתנה) דברי ר' מאיר, וחכמים אומרים המוציא מחברו עליו הראיה".

ובגמרא שם קנ"ד ע"א אמרו:

"ראיה במה רב הונא אמר ראיה בעדים וקא מיפלגי בפלוגתא דר' יעקב ור' נתן (ר' מאיר כר' נתן ורבנן כר' יעקב, ומתני' כגון שהוא ברי עכשיו, והכי קאמר: מתני' אמר שכיב מרע הייתי ועכשיו ברי אני וחוזרני בי, והן אומרים בריא הייתי, עליו להביא ראיה בעדים ששכיב מרע היה. וחכמים אומרים הנותן מוחזק הוא בנכסים ועל המקבל מתנה - שהוא מוציא מחברו - עליו הראיה בעדים שבריא היה. רשב"ם)".

והנלמד מגמרא זו, שלרבנן הולכין אחר מוחזק, ואומרים שהיה שכיב מרע הנותן. ואף לר' מאיר ור' נתן לא נחלקו אלא כשעכשיו בריא, שהולכין אחר חזקה דהשתא. וכמו שמבואר בגמרא קידושין ע"ט שטעמא דר' יעקב שהולכין אחר חזקה דהשתא.

ולפי זה יש לעיין: למה לא נחשוש לכל שטר שכתוב בכתב ידו, שמא כתבו כשהוא שוטה. לא מיבעיה לר' יעקב שסובר שהולכין אחר חזקת ממון וחוששין שמא שכיב מרע היה א"כ נחשוש נמי שמא שוטה היה, אלא אפילו לר' נתן שהולך אחר חזקה דהשתא, כל זה כשעכשיו הוא חלים, אבל במת ובא לגבות מהיורשים - שאין חזקה דהשתא - שבריא הוא, נחשוש. בשלמא שטר בעדים אין לחשוש לזה, שנאמר, שאין העדים חותמים שטר עד שיודעין שנעשה בפיקח. וכמו שאמרו בכתובות י"ט, שחזקה אין חותמין על השטר עד שנעשה בגדול, והכי נמי בשוטה. אבל בכתב ידו, נחשוש שמא שוטה היה. ודוחק לומר, שרק בטוען ברי - שכיב מרע הייתי - הולכין אחר חזקת ממון, אבל במת שאינו טוען ברי, וגם נאמר שהן טוענין עבורו שלא שכיח שוטה, שם אין חוששין, שלכאורה לא שמענו שהלווה עצמו יכול לטעון כן, וכמו שנתבאר לעיל.

ונראה. שלכן חוששין שמא שכיב מרע היה, משום שחזינן בשטר שאינו כתוב

שנעשה כשהוא בריא ומהלך ברגליו⁵, זה גורם ריעותא ומעורר ספק שמא שכיב מרע היה. אבל לחשוש שמא שוטה היה, מאחר שאין ריעותא לפנינו, אין אומרים כן. וסברא זו יש ללמוד ממה שכתבו בתוס' קידושין ע"ט ע"ב ד"ה "והן", שהקשו על מה שאמרו שם, שהוא מוציא מהם בלא ראייה, והן אינם מוציאים ממנו בלא ראייה. והקשו:

"וא"ת כיון דתני דהוא מוציא מידם אפילו הוחזקו בהם בלא ראייה כש"כ דאין מוציאים מידו וי"ל דהא קמ"ל דבראייה מיהו מוציאים דהוה אמינא דכיון דלא כתוב כדמהלך על רגלוהי וכו' אפילו בראיה לא מפקי" עכ"ל תוס'.

הרי לפניך שיש סברא, שגם ראייה לא יועיל. ואף שהאמת אינו כן מ"מ היינו רק שנחליט שזו עדות ברורה שלא היה בריא זה, קמ"ל שאינו כן, אבל שיעורר ספק שמא היה שכיב מרע ממה שלא כתוב בשטר, לזה גם לפי האמת כן הוא⁶. משא"כ לחוש שהוא שוטה אין לחוש. ואין להקשות, שמ"מ ניחוש לשוטה, שאף שאין כאן ריעותא, מ"מ גם בלי ריעותא נאמר שמא שוטה היה, ואף שרוב בני אדם אינם שוטים אין הולכין אחר הרוב.

ונראה להסביר טעם הדבר עפ"י מה שכתב הש"ש ש"ב פ"ד, ותוכן דבריו: שמה שאין הולכין בממון אחר הרוב, היינו דוקא במקום שנולד ריעותא, אבל במקום שאין ריעותא⁷ ואין ספק, הולכין גם בממון אחר הרוב. וז"ל שם בד"ה אמנם:

"דודאי היכא דליכא ריעותא ואין מקום להסתפק ודאי לא נחתינן

5. ובמקרה השני האמור שם בב"ב דף קנ"ג שמא עמד מחוליו ובטלה מתנתו וחזר ומת, אף שאין שם שום ריעותא, י"ל כדאמר אב"י משום רוב חולין לחיים, ולכן לא אמרינן הרי מת וקברו מוכיח עליו כדאמר רבה התם.

6. בגמ' שם בב"ב קנ"ה ע"א קאמר אב"י שזה שלא כתוב בשטר כד מהלך על רגלוהי לא הוי ראייה היות וגם לא כתוב בשטר כד קציר ורמי בערסיה, איכא למימר הכי ואיכא למימר הכי אוקי ממונא בחזקת מריה, א"כ לכאורה לא חשוב ריעותא שהרי משמעות השטר שקולה וצ"ב.

לענ"ד נראה שלא בכל מקום שהדבר שקול שאיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי לא הוי ריעותא, והעיקר תלוי בזה אם יש מקום להסתפק בלא טענותיהם או לא, ולכן שטר מתנה שלא כתוב בו אם היה צריא או ש"מ יש מקום להסתפק והוי ריעותא אבל שטר מתנה שלא כתוב בו אם היה שוטה או צריא אין שום מקום להסתפק בו שמא היה שוטה.

7. לכאורה הדבר נכון בסתם בני אדם שאין לחוש שנשתטו אבל בזקן וחולה מצוי יותר שמשתטים לזמן קצר א"כ יתכן שמיקרי ריעותא.

לענ"ד לא מלאנו דבר זה שזקן וחולה מצוי בהם שטות, ונשו"ע אהע"ז סימן קכ"א ס"ד כתוב "שכיב מרע שמונה

לספיקא וכגון טבח שלקח בהמה ונאבדה ותבע המוכר הדמים ודאי לא מצי לוקח טעין אימר טריפה היתה והיה מקחי מקח טעות ואין הולכין בממון אחר הרוב דכיון דליכא מקום ריעותא לספק ודאי לא מחתינן לספיקא והא דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו היכא דהספק לפנינו ויש במה להסתפק וכו' עכ"ל.

23/08/2018

ומטעם זה מובן למה אין לחוש בכל שטר בכתב ידו שמא שוטה היה.

ומתשובת הר"ן שהביא הב"י והובא בש"ש ש"ג פ"א וז"ל:

"וקיימ"ל כר' יעקב (הסובר שעל המקבלין להביא) משום דכיון דאיכא למימר העמד ממון על חזקתו לא אמרינן העמד אדם זה בחזקתו חזקת בריא כמו שהיה מתחילה ואעפ"י שעכשיו נמי בריא הוא לפי שאותו חזקה עשוייה להשתנות שהרי החולי מצוי⁸ ולפיכך אפילו עכשיו ג"כ בריא אין אומרים חזקה מבטלת חזקת ממון וכו' עכ"ל.

ונראה, שגם דבריו מתפרשים לפי מה שכתבנו: שכל שאין ריעותא הולכין גם בממון אחר הרוב, ורק במקום שעשוי להשתנות - כמו בשכיב מרע - שכל אדם סופו להיות שכיב מרע, ולכן יש כאן מקום ספק ואין מוציאים ברוב. משא"כ לחשוש לשוטה - שאין ריעותא - הולכין אחר הרוב. וכש"כ כשיש רוב וחזקה קמייתא ואומרים בריא הוא.

ונראה, שאף שכתב הש"ש בש"ב פ"ט להסביר טעם הדין בקונה חפץ ונמצא בו מום אם לא טוען הלוקח ברי שהיה המום לפני המקח על הלוקח לברר שהיה מום מקודם כדי לבטל המקח, אבל אילו היה הלוקח טוען ברי אז על המוכר לברר. וכתב, שכל שטוען ברי נמצא שנתעורר ספק שמא היה בו מום קודם, ומספק אין להוציא מיד הלוקח המוחזק, אבל כל שאינו טוען ברי לא נתעורר הספק ברשות המוכר, שאין מחזיקין ריעותא ממקום למקום, ומרשות זה לרשות קודמת, ולכן על הלוקח לברר. ולפי זה לכאורה יוצא, שכל שטוען - ברי שהיה שוטה - מתעורר ספק, וכל שמתעורר ספק, שוב אין להוציא מהמוחזק, דהיינו - נותן המתנה - גם על

לכתוב גט לריך לדקדק צו שיהא שפוי צעעת כתיבה וצעעת נתינה וצ"ש שס סק"ד הוסיף שכ"ש צעעה שמויה לכתוב. וכתב צ"י שאפשר היכא שלא צדקו השכ"מ וכתבו גט על פיו צדיענד כשר אצל צנשתק וכו' ודאי צעי צדיקה ואם לא צדקוהו מידי ספקא לא נפקא" עכ"ל, הרי שגם בשכ"מ שלא צדקוהו מכשירים גט צדיענד, אצל צחולה וזקן אומרים לכתוב לא שמענו שאפילו לכתחילה יטרכו צדיקה.

8. גם לפי הר"ן י"ל כמו בהערה 7 שכשם שהחולי מצוי כן מצוי שטיון בזקן וחולה. אלא שצ"ע מהו גדר שוטה לענין זה, שהרי מה שמצוי בזקן וחולה הוא בלבול וחוסר צלילות דעת, ואזי הוא עלול לעשות מעשים בלתי שקולים אבל יתכן שאינו בגדר שוטה ממש.

פי רוב, שהרי אין הולכין בממון אחר הרוב, אכן מסתבר, שאין הדבר כן. שאם לוקח בהמה יטען שהיתה הבהמה טרפה ונאבדה, מסתבר שאינו נאמן אף שטוען ברי. ולא אמר הש"ש, רק במקום שנולד ספק שנמצא מום, רק מאחר שאין מחזיקין ריעותא ממקום למקום לכן הרי במקום הראשון כאילו לא נתעורר ספק, ובזה אם טוען ברי, הרי הברי גורם שמתעורר הספק גם ברשות הראשון. משא"כ כשאין ריעותא לפנינו כלל בזה, אין טענת ברי מעורר ספק, שדבר ידוע שאין טענת בע"ד מעוררת ספק. ולכן כל שאין ספק אלא מכח הטענות, אין זה דררא דממונא, ואין אומרים יחלוקו לסומכוס, ואין תפיסה מועלת לחכמים.

ומכל זה נראה, שאין מקום לערעור לומר שהמצווה היה שוטה. ומה שנזכר בדברי הטוען, שזרק שיניו לזבל, אינו מבואר בדבריו מהיכן יודע הוא דבר זה: אם ראה בעיניו או שמע, ואם רק הוא הטוען ראה כך או המערער שלו ניתן הרכוש בצוואה הראשונה. וגם אם ראה הטוען בעצמו, וגם אפילו אם היו עדים שראו שזרק שיניו התותבות לזבל, עדיין אין זה כדאי לעשותו לשוטה, מכח זה. חדא, שצריכים העדים להעיד שזרקן דרך שטות, אבל בזריקה לחוד אין הכרח שהוא שטות, שיתכן שנתקלקלו השיניים לכן זרקן. ואפילו אם לא ראינו בהם קלקול, עדיין מ"מ יתכן שנתקלקל פיו, ולכן לא סבל שיניו. וגם אם נתברר בבירור, שלא היה כל זה, מ"מ אינו נעשה שוטה בעשה מעשה שטות פעם אחת⁹, אלא בג' פעמים, וכמו שנתבאר כל זה בשאגת אריה בתשובה א' שבסוף הספר.

ו

עוד יש כאן סיבה להצדיק את מקבלת הצוואה השניה. שהרי עד אחד שהוא הרופא מעיד שהיה בדעתו, ועד אחד מחייב שבועה, ואין המערער יכול להשבע שהרי הוא עצמו אינו אומר ברי לי שהיה שוטה. וזה פשוט, שאין אדם החייב שבועה יכול לישבע ע"י ששמע מאחר, שאם נאמר שיתכן שישבע אדם על סמך ששמע מאחר, א"כ למה שומר שמסר לשומר חייב משום שיכול לומר לו אנת מהימנת לי בשבועה והשומר השני אינו מהימן לי, מ"מ ישבע השומר הראשון שנאנסה הבהמה מכח ששמע מהשני. וגם אילו היה הדין כן, מה מקום להשביע

9. יתכן שאפילו ראו שעשה מעשה שטות פעם אחת די בכך כדי לעשות ריעותא, ואזי אם טוען המערער שוטה היה הוי טענה, וגם י"ל שכה"ג טענין ליורשים או ללוקח.

לענ"ד נראה שאם היה כזה ריעותא קשה איך נתיר על פיו גט שכתב ולמה לא נחשוש שהוא שוטה מאחר שיש ריעותא, ואילו בשאגת אריה שם נראה שאין לחוש לגיטוי כל זמן שלא ראינו מעשה שטות ג' פעמים.

לראשון, הרי אנן סהדי שהשני אומר כן¹⁰, ומה יתברר לנו יותר כשישבע הראשון על סמך מה ששמע משני, מאשר לא נשבע אלא ע"כ, שאינו נפטר על ידי שישבע מה ששמע משני. ובנידון דידן נמצא, שהמערער חייב שבועה – מכח עדות הרופא ^{23/08/2018} שהיה בדעתו – ואינו יכול לישבע, משלם. ואף שמדובר כאן בדירה, ודינה כקרקע, ואין נשבעין על קרקעות, מ"מ, מאחר שיש גם מטלטלין ונתחייב שבועה עליהם, שוב מגלגלין שבועה על הקרקעות. אכן בזה נכנסנו למחלוקת הראשונים.

וכן בשו"ע סימן ע"ה סט"ו שתי דעות, אם אומרים בגלגול שבועה מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ולפי מה שכתב שם השער משפט שם ס"ק י"ב, שלא נחלקו אם אומרים מתוך – בגלגול שבועה – אלא במקום, שאין סיבה לישבע על הגלגול אלא מכח גלגול, אבל אם בקרקע עצמה יש סיבה לחייבו שבועה, כגון: שהוא מודה במקצת על הקרקע, או שיש עד אחד גם על הקרקע, אלא שאין נשבעין על קרקע, ובזה אם יש גלגול משביעין על הקרקע, חוזר דין הקרקע כדין המטלטלין ואומרים גם הדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ולפי"ז בנידון דידן חייב המערער להישבע. אכן יש לדון: לפי מה דקיימ"ל כרבא כתובות פרק הכותב, שעד אחד המעיד על שטר שהוא פרוע שחייב שבועה רק מדרבנן ולא מן התורה, משום שכל הנשבעין נשבעין ולא משלמין, אבל אין שבועה ליטול. ולפי"ז בנידון דידן, שהמוחזק בנכסים היא בעלת הצוואה השניה, והעד בא להעיד לטובתה ולחייב שבועה למערער, ואם כן, המערער ישבע ויטול, ואין נשבעין ונוטלים. וממילא, אין המערער חייב שבועה ולא חייב לשלם מדין מתוך.

10. אם השני אומר ברי לי שהיה שוטה יש כאן עד שמכחיש את הרופא, וגם מדין עד מסייע, ועיין עוד בשער המשפט סימן פ"ז אות (ה) שמי שטוען שמא ויש לו עד המסייע נאמן שאכן אינו יודע במיגו דהיה יכול לומר ברי לי וליפטר משבועה ע"י העד, ולכן לא אומרים בו משאיל"מ. א"כ ה"נ הכא י"ל כן. ואולי כאן שאותו אדם אינו בפנינו א"כ אינו מעיד כלל.

כתב הרב המשיג "עיין עוד בשער המשפט וכו' א"כ ה"נ הכא י"ל כן" עכ"ל.

לכאורה י"ל שדברי השעהמ"ס אמורים רק בשבועת מודה במקצת, אבל בעד אחד המחייב שבועה ליכא למימר מיגו לפטור לפי דעת הר"ן בשבועות דף כ"ו ע"א מדברי הרי"ף שע"א דינו כשנים לשבועה עיי"ש. אמנם יש לדחות שכן המיגו בא לגלות שאכן אמת הוא שאינו יודע ולכן לא אמרינן משאיל"מ, ואין המיגו סותר את דברי העד, ול"ע.

כתב עוד "ואולי כאן שאותו אדם אינו בפנינו א"כ אינו מעיד כלל" עכ"ל.

כן נראה שאין עד המסייע פוטר אלא אם כן מעיד צד"ד, ואף שכל מקום שע"א נאמן מהני אף במעיד שלא צפני צ"ד כמו ע"א נאמן באיסורים [ולענין עגונה עיין חו"ד יור"ד סימן ל"ח] מ"מ עד המסייע שפוטור משבועה דינו כעד אחד המחייב שבועה שפסק הרמב"ם דבעינן עד כשר דווקא, ועיין תשובת רעק"א סימן קע"ט שכתב מקור לרמב"ם שעד אחד לשבועה היינו עד אחד משנים המחייבים ממון, א"כ גם לענין העדה צפני צ"ד י"ל כן.

ואף שאין תפיסה¹¹ בקרקע, ואם האמת שהדירה של המערער הרי הוא שלו ובחזקתו, ונמצא ששבועתו בא ליפטר ולא ליטול, וביותר שמאחר שמה שנשבע על הדירה הוא מכח גלגול, ובגלגול שבועה דעת הקצוה"ח רכ"ו (א) שיש שבועת הנוטלים מן התורה.

אכן אם נאמר כן, נדחה מה שכתבנו לעיל. שלפי שער המשפט כל שיש בקרקע עצמו סיבה לשבועה, רק שאין משיבועין שהוא קרקע, בזה נוהג בגלגול שבועה בכל דיני שבועה ואומרים מתוך וכו'. שכל זה בנשבע ונפטר, אבל במגלגל לישבע וליטול בזה אין סיבה לישבע זולת הגלגול. ובאנו לידי מחלוקת הראשונים, אם אומרים בזה מתוך. אכן, בנידון דידן, שגם המטלטלין הם ביד המחזיק הדירה, א"כ בעיקר השבועה אין עד אחד מחייב שבועת הנוטלים, וממילא אין גלגול. ואף שאין המוחזקת בדירה מחזיקה את המטלטלין בידה, רק הם בדירה, ואם האמת שהדירה של המערער¹², נמצא שאין המטלטלין ברשות המחזקת הדירה אלא ברשות בעל הדירה, וא"כ העד מחייב שבועת הנפטרים למערער, ואומרים מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

אכן האמת אינו כן, שהרי גם אם הצוואה הראשונה קיימת והדירה היא של המערער, מ"מ אין מוציאין אותה מהדירה מכח חוק הגנת הדייר. ואם נאמר, שגם בדין תורה יש לילך אחר חוק זה, (דבר זה צריך עיון, שזה ודאי נכון בשוכר דירה ששוכר אדעתיה דמנהג המדינה, שאין להוציא הדייר ממנו, והדברים מוכיחין שעל מנת כן שכר הדירה. אבל זה שאשה אלמנה נשארת בדירה מכח החוק, בזה לכאורה

11. לכאורה מצינו תפיסה בקרקע בהיא שטר זיפא ב"ב דף ל"ב ע"ב בתד"ה "והלכתא". וזה לשונם: ואית לן לאוקומי ארעא בחזקת מרה דקיימא השתא.

מאידך מצינו בסמ"ע סימן קמ"ה ס"ק ו' שכתב. "בכל אלו ישבע המערער - פרוש שבועת היסט דהא הקרקע ברשותו עומדת ואין זה בכלל נשבע ונוטל", עכ"ל. ואף שבא להוציא מן המחזיק, ועי"ש בשער המשפט.

אמת הדבר שס' כתבו התוס' שצריך לחלק בין תרי ותרי שמעמידים בחזקת מרה קמא לבין ספיקא דדינא שמעמידים בחזקת הלוקח, ויש להאריך בדבריהם בטעם החילוק, ומסביר היה נראה שלענין שבועה אם נידון נפטר או נוטל אין זה תלוי בדין מוחזק לגבי ספק, אכן כבר ליין הרב המשיג מה שכתבו הסמ"ע ושער המשפט צענין זה.

12. צ"ע כיצד אפשר לדון אם האמת שהדירה של המערער וכו' הרי ממנ"פ אין שבועה, שהרי לצד שהאמת כן אינו חייב שבועה כלל, ולצד שאין האמת איתו א"כ לא מיקרי נשבע ונפטר, ועל כרחך דנים לפי המצב, ולא עושים חשבונות לפי האמת.

לענ"ד עדיין יש לעשות חשבון כזה לענין המטלטלין. שם האמת שהקרקע שלו נמלא שהמטלטלין הם אללו וא"כ הוא נשבע ונפטר ואם האמת שאין הקרקע שלו א"כ על המטלטלין הוא נשבע ונוטל. ואולי מלכ זה של ספק מי מוחזק דמיא לסימנים וסימנים ועד אחד דדעת הרא"ש שנסבע.

לא שייך שעל מנת כן שכרה הדירה, שהרי אין אשה שוכרת הדירה מבעלה, רק שחייב לה מכח חיובי הבעל לאשתו, א"כ בזה לא שייך סברא שכתבנו בכל שוכר דירה זולת מכח החוק).

אכן יש לעיין, שמכח תנאי כתובה שכתב לה - "את תהא יתבא בביתי כל ימי מיגר אלמנותך" - חייב ליתן לה דירה. אכן אם הצוואה הראשונה קיימת נמצא שמכר הדירה מחיים הגוף והפירות לאחר מיתה, ואין תנאי כתובה גובין מהלקוחות, ויכול המקבל מתנה להוציאה גם מהדירה. ושוב נמצא שהמערער חייב שבועה ליפטר, ומתוך שאינו יכול ליטע משלם.

עוד יש לדון, באם נמצא עדיין כסף בבנק, שאין מחזיק אותם לא המערער ולא שכנגדו, אם נחשב כנוטל או כנפטר.

23/08/2018

ז

אמנם בעיקר הדבר נראה לומר, שגם אם היא מחזיקה ממש הממון עדיין חייב המערער שבועה דאורייתא. וטעם הדבר: שאף שבפועל אם ישבע המקבל בצוואה הראשונה יהיה נוטל, מ"מ שורש הענין הוא למי שייך הממון, ואם מהדין בלי שיבואו עדים זכה הראשון גם אם תפס השני ועד אחד מעיד כהשני, נחשב הנשבע כנשבע ונפטר, שהרי הוא נשבע שהממון שהיה שלו נשאר שלו. ואינו דומה למה שאמרו גבי עד אחד מעיד על שטר שהוא פרוע, שנחשב בעל השטר כנשבע ונוטל. שם מעולם לא היה הממון שבא להוציא ע"י השטר שלו רק שמכח השטר שמוכיח, שהלוא חייב לו בא להוציא, והעד אחד בא לעכב על ידו שלא יטול, וע"י השבועה נוטל זה, נחשב נשבע ונוטל.

ומטעם זה נראה שהשורף גדיש של חברו וטוען השורף שקנה ממנו הגדיש, ועד אחד מעיד כדבריו, שנשבע בעל הגדיש שבועה דאורייתא, והשורף משלם לו¹³.

13. דברים אלו מחודשים וטעונים ראייה. ויש לדון בזה בשני מקרים. מקרה ראשון, ראובן מחזיק בחפץ של שמעון וטוען לוקח הוא בידי בכלים העשויים להשאיל או להשכיר ויש לראובן ע"א המעיד כדבריו, בזה יש לדון האם שמעון נשבע כנגד העד ומיקרי נשבע ונפטר שהרי הוא נשבע שהממון שלו והיה שלו, וראובן מוחזק שלא כדין. או דילמא מיקרי נשבע ונוטל שהרי ראובן מוחזק בחפץ בפועל. ואף אם נחליט שכה"ג מיקרי נשבע ונפטר, עדיין יש לדון במקרה שראובן שרף את החפץ וטוען שלי היה ויש לו עד אחד, האם שמעון נקרא נשבע ונוטל שהרי תובע את דמיו, או שאזלינן בתר שורש הספק שהוא למי היה שייך החפץ בעין ויש קצת ראייה למקרה ראשון מהא דסימנים וסימנים ועד אחד, דכתב הרא"ש ב"מ פ"ב סימן י"ג דיטע מי שהעד נגדו אף שאין הנשבע מוחזק

ואף שלכאורה נראה מהנתיבות סימן כ"ח סק"ד שעד אחד המעיד בערכאות של גויים שישראל חייב לגוי אינו חייב לשלם מדין מזיק גרמי, מפני שיכול לומר אמת העדתי, והרי יש עד אחד – היינו הוא עצמו – שהעיד, ועד אחד שלא נשבעו נגדו הרי הוא כשנים. ולכן אין העד חייב לשלם, ואין אומרים שישבע ישראל שהעיד העד נגדו וישלם העד, שאין אומרים ישבע ויטול. ונראה, שאין דברי הנתיבות סותרים למה שכתבנו¹⁴. שהתביעה לעד הוא תביעה שאינה קשורה לעיקר עדותו שנוגעת לגוי ולישראל.

(ויש להאריך הרבה בדבר. שהרי דברי הנתיבות לכאורה תמוהין, שבגמרא בכתובות פ"ז ע"ב רואין שלא מצינו נשבע ונוטל – זה גורם שיטול בלא שבועה, ואילו מהנתיבות עולה שאינו נוטל אף בשבועה ואכמ"ל).

ח

אכן עדות הרופא היה בכתב. והרי עדות כשרה צריכה להיות "מפיהם ולא מפי כתבם" וגם עד אחד אינו מחייב שבועה, אלא עד כשר, מ"מ לדעת ר"ת מקבלין עדות מתוך הכתב. והסמ"ע בסימן כ"ח סקמ"ב ז"ל:

"וראיתי מורי הוראה שלא רצו לטרוח הת"ח ושלחו לו לכתוב עדותו בכתב ידו ולשלוח לבי"ד וכן נראה לי מאחר דלר"ת וסייעתו אפילו בלא ת"ח מותר לעשות כן".

וכן העתיקו לדברי הסמ"ע בנתיבות שם בחידושים. וא"כ גם אנו נאמר, שבדיעבד ששלח הרופא בכתב, אף שבודאי היה ראוי להזמין שיעיד בפיו, ואולי עוד יתכן להזמין ואפשר שכבר שכח עדותו, יש לסמוך על עדותו. ושיטת הגוב"י והחידושי הרי"ם שגם דעת הרמב"ם כדעת הר"ת.

ומה שהרמב"ם כתב, ששטר מדרבנן היינו כשמתו העדים או שכחו לפני שקראו בי"ד הכתב ששלחו. וראיית הגוב"י מסימן נ"א סעיף ב', ששטר בעד אחד וטוען

באבידה.

ניסוח דברי הנתיבות ממה שהקשינו עליו מכתובות פ"ז ע"ב י"ל שהיות ונידון דין בשורש הספק העד מעיד לטובת הגוי נגד ישראל שהוא הנפטר, אלא שנשתנה הענין והישראל נהפך מנפטר לנטל, ולכן אינו יכול להשבע אבל מאידך כוחו של העד האחד נשאר בתוקפו, היות ובשורש הספק היה כלן דין של נשבע ונפטר ול"ע.

14. גם בלאו הכי י"ל דדברי הנתיבות סותרים רק את המקרה השני היינו בשורף את הגדיש דס"ל דלא אזלינן בתר שורש הספק. אבל במקרה הראשון דהיינו בספק על גוף החפץ או גוף הקרקע י"ל דמיקרי נשבע ונפטר אף לפי הנתיבות, ונידון דין של המערער על הצוואה, הספק על גוף החפץ.

הלוה פרעתי חייב לשלם מתוך שאינו יכול לישבע, ומזה הוכיח שמחייב עד אחד בשטר שבועה דאורייתא. וכן יש ללמוד מסימן מ"ו ס"ו. (ואין מקום להאריך כאן בזה).

ט

ועתה נבוא לעדותן של עורכי הדין שכתבו הצוואה השניה וחתמו, שדעתו של המצווה היה שלמה. וגם העידו בפיהם בפני בי"ד כך, והמערער טוען לפוסלן משום שנוגעין בעדותן שמקבלין שכר על עדותם.

והנה הטוען הרבני כותב בסיכום הטענות באותיות ה'-ו'-ז', שהעו"ד שסידר הצוואה השניה מעיד שתרגם למצווה מעברית לאידיש, ושהמצווה הבין הצוואה. וכיון שהעד נוגע בעדות לכן אין לקבל עדותו. אכן נראה, שגם אם לא הבין המצווה את הצוואה שכתובה בעברית - לשון שאינו מבין - אעפ"כ נראה, שהצוואה כשרה. והדבר מפורש בחושן משפט סימן מ"ה ס"ג:

"הודאא בחתם ידו והשטר בגופן של עכו"ם והדבר ברור שאינו יודע לקרות ויש עדים שחתם עד שלא קראו מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו".

ובסמ"ע שם ס"ק ה' כתב:

"ז"ל הרמב"ן שם מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו כיון שלא חשש לקרותו וסמך על הסופר שכל הסומך על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שיאמר מי שהאמין על עצמו. וגדולה מזו אמרו בעל אומר בפקדון ושליש אומר לגירושין השליש נאמן והיינו טעמא כיון שיודע בשעה שהשליש הגט, שהשליש יכול ליתנו לאשה אף הוא גמר בדעתו ליתנו לגירושין אם יאמר השליש. וכש"כ הכא שסומך על אחרים ולא חשש לקרותו וחותם בחתם ידו שהוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שכתוב או לחייב אע"פ שלא לזה וכו' עכ"ל".

הרי נתברר שגם אם החותם אינו מבין - לא הלשון ולא מה שכתוב בשטר - חייב. וא"כ אין צריך עדות לדבר זה כלל.

י

אכן מה שמעידים שהיה בדעתו צלולה: הנה בעצם העידו שתי פעמים. פעם אחד בכתב - שכתבו כך בשטר הצוואה - ופעם שניה העידו בבי"ד בפיהם. והנה מה שהעידו בשטר הצוואה, אין מקום לקבל עדותם, שהרי מעידים מפי הכתב, והתורה אמרה "מפיהם ולא מפי כתבם". אלא שלשיטת ר"ת שמקבלין עדות בכתב, גם כאן יש לקבל עדותן. אמנם, אילו היו כותבין בשטר הצוואה, שהם כותבין עדותן עפ"י

ציווי המצווה, אז היה עדותן כשרה מדין שטר¹⁵. ומאחר שלא כתבו כן, אלא כתבו מעצמם, וגם לא בנוסח שטר אלא בנוסח עדות, אין כאן שטר.

והנה אילו היה לעדותן דין שטר, היה כשר לכל הדעות, משא"כ כשלא כתבו כן אינו כשר אלא לר"ת. וגם לר"ת עצמו יש הפרש. שאילו היה לעדותן דין שטר, היה עדותן מתקבלת מיד כשחתמו, שאז נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד, ולא היתה מתעוררת שאלת קבלת עדות שלא בפני בע"ד¹⁶. משא"כ כשכתבו בתורת עדות, אינה עדות עד שקראו בי"ד את עדותן בבי"ד, ואז יש כאן בעיה של קבלת עדות שלא בפני בע"ד.

וגם מה שהעידו בע"פ, צריך דוקא שיעידו בפני בע"ד. והנה, מכיון שהשטר צוואה בא לבי"ד אחר פטירתו של המצווה, א"כ הבע"ד הם היורשים. ומתוך התיק לא נתברר לי מי היורשים. וכנראה שלא ידועים, ובודאי לא נתקבלה עדותן בפניהם. אכן נראה, מאחר שיש צוואה קודמת, ובו נתן למערער גוף מהיום ופירות לאחר מיתה, רק שנתן בתנאי שלא יחזור בו, וא"כ העדים שחתמו על הצוואה השניה עדותן היא, שחזר בו מהצוואה הראשונה ולא נתקיים התנאי ובטל הצוואה

15. צ"ב שלא ראיתי בנוסח שטר כתובה שכתוב שאמר לן הוו עלי עדים וכו'. וגם צ"ב מהי הכוונה שכתבו "לא בנוסח שטר אלא בנוסח עדות".

לענ"ד בכתובות שלנו כתוב וקנינא מיניה וכו' וקיי"ל סתם קנין לכתובה עומד והוי כמי שזוהי את העדים לכתוב. ומה שהזכרנו "לא בנוסח שטר אלא בנוסח עדות" הכוונה היא לרמוז לתרון השני של תוס' בכתובות דף כ' ע"א ד"ה ורבי יוחנן וז"ל "ועוד אומר ר"י דלא צענין דעת שניהם והכא היה יכול להביא שטר אם היה כתוב כתיקון שטרות אבל הכא מיירי שאינו כתוב כסדר שטר אלא זכרון דברים בעלמא" עכ"ל. [ועיין בחו"מ סימן ל"ט בש"ך ס"ק ט', ובמידושי רעק"א שס]. אכן אמת שלא נתברר לי בדיוק מהו לשון נוסח שטר שמעכצ כדי שלא יהיה מפי כתבס. 16. לכאורה צ"ע מדוע בכל שטר צוואת שכ"מ לא נצריך עדות בפני בע"ד, דבשלמא בכל שטר הרי השטר הוא נגד המתחייב ובודאי נעשה בפניו ובצוויו, אבל צוואת שכ"מ הרי היורשים הם בע"ד ולו עצמו אין נפקותא בדבר שהרי יכול לחזור בו, וסברא זו כתובה בסמ"ע חו"מ סימן ל"ג ס"ק כ"ב (עיי"ש ובקצה"ח ונה"מ). לענין עדים הקרובים לשכ"מ ורחוקים ליורשים דכשרים להעיד א"כ בכל צוואת שכ"מ וכן בנתן מתנה מחיים ע"מ שיכול לחזור ניבעי עדות בפני היורשים.

מה שהוקשה לרב המעיר מלואות שכ"מ יתכן שאפשר להעמיס קושיא זו בדברי הרמב"ן הובאו דבריו צ"י חו"מ סימן ק"י סעיף ט"ז וז"ל "ועוד האריך כתבו לוואה זו מחיים ואם כתבו לאחר מיתה אף בשטר אין מקבלים אותה" עכ"ל, ודבריו אינם מוצגים לפוס ריהטא, ואולי כוונתו כנ"ל. ועיי"ש צ"י שכתובה לא הבין כן.

ובעיקר הקושיא משכ"מ י"ל על פי מה שהביא קלה"ח בסימן קמ"ו סק"ג בשטר מחאה בשם הנמוק"י שהעיקר תלוי במי שעשה ומלווה על כתיבת השטר עיי"ש היטב, א"כ ה"נ נימא גם בשטר לוואת שכ"מ כן.

הראשונה, ונמצא שהבע"ד שבפניהם צריכים להעיד אינם היורשים אלא המערער¹⁷, והרי העדות נתקבלה בפניו או בפני ב"כ ובהסכמתו. ולכן אין בזה חסרון של קבלת עדות שלא בפני בע"ד.

והנה, לפני שנבא לדון אם עדותן כשרה או שמא פסולה מצד נגיעה בעדותן, יש להעיר. שכל זה שכתבנו, שאין צריך עדותן לחוש שמא שוטה היה בשעת הצוואה השניה, כל זה נכון כשחתימת המצווה מקויימת, אבל כל שאינה מקויימת, לכאורה יש להאמין למערער במיגו, שהיה טוען שהצוואה מזוייפת. ואם נאמר, שהמערער טוען כאן ברי, ויתכן שלענין זה די בטוען ברי על ידי אחר, אף אם נאמר שברי על ידי אחר אינה טענת ברי, כל זה כשצריכים טענת ברי כדי לזכות בדין – כגון: בברי ושמא, למ"ד ברי עדיף, או מה שצריך ברי כדי לחייב שבועה, בכל אלו אין נחשב ברי רק בטוען שהוא עצמו יודע, אבל לא בטוען ברי ע"י אחר.

אבל לענין שיש להאמין במיגו – בזה מה שצריך טענת ברי, שכל שטוען שאינו יודע לא שייך שנאמין לו במיגו, אבל כשטוען ברי על ידי אחר ויש לו מיגו, צריך להאמין מה שאומר. ויתכן שאם מאמינים לו, שמאמין לאחר, זוכה. אכן אין זה מזכרח, ויתכן שגם לו עצמו אסור לסמוך על מה ששמע מאחר, וממילא לא יועיל לו מיגו.

ויש להאריך בזה, ואין כאן כ"כ צורך לענינינו להכריע בזה, מפני שלענין זה בודאי יש לסמוך על עדותן של העו"ד, שהעידו בבי"ד, שממ"נ: אם אמת הדבר שחתם המצווה ואין כאן זיוף הרי הצוואה כשרה. מה אמרת: שמא מזויף הוא חתימתו, א"כ איזה נגיעה יש לעדים שהרי אם החתימה מזוייפת, יוצא שלא קיבלו שכר מהמצווה על עדותם ועריכת הצוואה, שהרי הכל שקר. וממילא נראה פשוט, שלענין זה בודאי עדותן כשרה, ונמצא שחתימתו מקויימת¹⁸.

17. לכאורה י"ל פלגין, ונקבל עדותם של העדים שאכן חזר בו מן הצוואה הראשונה שהרי על זה העיד בפני בע"ד המערער, אבל ביחס לעצם הצוואה השניה י"ל ששוטה היה ולא היה בר הקנאה וא"כ נפלו הנכסים קמי יורשים, וכיון שאינם לפנינו אי אפשר לקבל עדות שלא בפניהם.

לענ"ד נראה שבנדון דידן לא שייך פלגין שהרי אין כאן עדות על חזרתו מהצוואה הראשונה חלל שמתוך שנתן לאחר היא גופא החזרה, א"כ לא יתכן לומר שהאמת שהיה שוטה ומ"מ חזר בו מהצוואה הראשונה, שאם שוטה היה אין כאן עדות על חזרה ודמיון למש"כ הרעק"א בתשובה סימן קע"ט צמי שטען לא לויתי ונאלו עדים והעידו רק שפרע [ולא העידו שלוה] דלא אמרינן שכיון שהעידו שפרע א"כ בודאי לוה ונחייבנו, שהרי הודה שלא פרע, דממנ"פ אם איך מאמין שפרע א"כ מנין לך רחיה שלוה עיי"ש. [ועיין בנתיבות המשפט סימן כ' ס"ק א'].¹⁸

18. לכאורה י"ל שאולי החתימה מזוייפת וקבלו שכרן מבעל הצוואה [דהיינו הנהנה מן

ודע שקיום חתימת המצווה לדעת ר' שרירא גאון שהובא בטור בסימן מ"ו והאריך בדבריו קצה"ח בסימן מ"ו סק"ח צריך קיום מן התורה ואינה כקיום חתימת עדים שאינם צריכים קיום אלא מדרבנן. ולכן כמה קולות הקיימים בדיני קיום, כגון: לקיים מפי כתבם, אינם נוהגים בקיום חתימת יד המצווה. וכן הדין שמקיימים שטר שלא בפני בע"ד, לפי"ז אינו נוהג בקיום חתימת יד המצווה עצמו. לפי זה אבל מאחר שנתברר שיש כאן קיום גמור, וגם בפני בע"ד שהוא המערער - היינו בשעה שהעידו בבי"ד - שראו חתימת המצווה, א"כ יש כאן קיום גמור.

יא

ענין חתומים

אכן לענין לקבל עדותן שהיה המצווה בר דעת ולא שוטה בשעה שצוה וחתם: בזה יש לדון, שאם לא יעידו כן, יבוא המערער ויתבע השכר שנתן המצווה לעו"ד. שמאחר שהיה שוטה המצווה, נמצא שמה שנתן להם מעות כאילו לא נתן וכגזילה בידם. אכן בודאי לא מסתבר שאפשר להוציא ממון שנתן המצווה בשנות חייו האחרונים ממי שהוא מוחזק, ולא שמענו שיורשים יתבעו ממון ממי שקיבל מאביהם או ממי שמכרו לאביהם על סמך שמא שוטה היה. אכן יש לומר, שכל זה כשבאים להוציא שכר טירחה מעו"ד מחשש שמא שוטה היה, ואין מה שנתן ניקנה למקבל,

הצוואה] כדי שיכתבו לו צוואה מזויפת, אולם זה אינו, דלא מצינו חשש כזה כשם שלא מצינו חשש על סתם עד שמא קבל שכר שיעיד שקר. אבל י"ל ששאני הכא שהרי העורך דין הודה שהוא ערך את הצוואה א"כ מן הסתם הובטח לו שכר ממשהו או מהמצווה או מבעל הצוואה, א"כ ניחוש שמחמת נגיעתם מעידים שהחתימה כשירה.

ועוד יש לדון דלא שייך למימר ממנ"פ. דלפי הצד שנוגע פסולו מחמת בעל דבר א"כ גם אם הנגיעה היא רק לצד שדובר אמת גם אז עדותו פסולה. וכן מוכח מהר"ן בפרק הכותב דף מ"ב ע"ב מדפי הרי"ף גבי ההוא בקרא דיתמי דתפסי תוריה מיניה וכו'. וכתב הרי"ן "וכי תימא אמאי לא אצרכיה שבועה משום בקרא דהוה עד אחד, וי"ל כיון שלפי דבריו שאומר שאחר מיתה תפסיה הוא חייב לשלם ליתומים הוי ליה בעל דבר". ולכאורה גם כאן י"ל ממנ"פ אם תפס מחיים אינו נוגע שהרי הבקרא פטור, ואם תפס לאחר מיתה הרי העיד אמת.

מש"כ המעיר "ועוד יש לדון דלא שייך ממנ"פ וכו'"

נכון שלסוברים שפסול נגיעה הוא משום שנחש צעל דבר ולא משום חשש משקר פסול הנוגע לעדות גס אם העדות אמת, אכן צידדו דידן לכאורה י"ל דלפי הצד שנוגע פסולו משום צעל דבר א"כ אין לפסולו משום שמקבל שכר על עדותו וכמו שכתב בקצה"ח סימן ל"ד ס"ק ד' בשם תשובת מהרי"ן לז, דכה"ג לא מיקרי מעיד על עצמו ואינו צעל דבר, אמנם לאידך גיסא יש לדון דכיון שמעיד שהלואה כשירה, ואם אינה כשירה יפסיד את שכרו על עריכת הלואה א"כ מיקרי צעל דבר.

ששוטה אינו יכול להקנות, ובוזה אין מוציאין מעו"ד משום שהוא מוחזק. אבל אם באנו להוציא מעו"ד מטעם שערך להם צוואה, ואם לגבי הצוואה ניהוש שמא שוטה היה, משום שכדי לקיים הצוואה מוציאין ממוחזק, ממילא יוצא שלא עשה העו"ד צוואה נכונה ואין צריך לשלם לו עבור זה.

אכן אין הדבר כך. שאף אם נחליט שאין סומכין על הצוואה מחשש שוטה, מ"מ אין מוציאין שכר טירחה מעו"ד מספק, שהרי מה היה לו לעו"ד לעשות על הצד שהיה בריא, ומספק לא נוציא ממנו. ונמצא שאין לעצמו תועלת מעדותו שהיה בריא, ואין כאן נגיעה, זולת אם נאמר שהיה להעו"ד להעמיד עדים אחרים כשרים, ומכיון שלא עשה כן נמצא שפשע. וא"כ אם נחליט שהצוואה פסולה מספק, שוב אין צריך לשלם לעו"ד, ושוב יש כאן נגיעה. אכן מאחר, שאם היו תובעין מעו"ד היה יכול לומר שלא קיבל כלל שכר טירחה¹⁹, ולכן גם אם יודה שקיבל, מ"מ אין לו נגיעה אם היה יכול לפטור עצמו בטענת להד"ם, זולת אם האלמנה מעידה שקיבל שכר, אז שוב יש נגיעה לעו"ד²⁰, שלא ישביעוהו היסת על סמך תביעת ברי שיתבעו ממנו היורשים, או בעל הצוואה הקודמת - בברי ע"י אחר - על סמך ששמעו מהאלמנה, וכמבואר סברא זו בגמרא קידושין מ"ג ע"ב. אכן לא נתבאר בנידון דידן, שמדובר שהאלמנה יודעת שקיבל העו"ד שכר.

אכן העדות שחתמו על השטר צוואה, שהיה בדעתו, בזה יש לפסול מכח שמקבל שכר, ונמצא שגם עבור זה קיבל שכר. והנה המקבל שכר להעיד נחלקו הקצוה"ח בסימן ל"ד סק"ד והנתיבות. שדעת הקצוה"ח שפסול רק מדרבנן שעבר על המצוה "מה אני בחינם", אבל אינו נפסל משום חשש נגיעה. וטעם הדבר, שאין נגיעה פוסלת אלא אם יוצא תועלת למעיד מתוך העדות, אבל כל שמכח העדות שהעיד אינו יוצא טובתו, אלא שמקבל שכר עבור העדות, אין בזה פסול, שנוגע אינו פסול

19. י"ל דזו טענה נגד המנהג. וגם יש לחוש שנתנו קבלה על התשלום ולכן ניהא להם טפי לשקר שהצוואה כשירה.

נראה שכל שאין קבלה לפנינו מהיכי תיתי להמליא שיש קבלה ציד היורש, שא"כ בטלת כל דיני מיגו שאולי יש עדים או ע"א שיכול להכחיש הטענה שהיה יכול לטעון.

אכן מה שכתב הרב המעיר שזוהי טענה נגד המנהג וכוונתו שאין כאן מיגו שהיה יכול לטעון לא קבלתי שכר, זה נכון אבל אין זה כל כך ברור לומר שיש מנהג כזה, שאולי ערך לו לזוהי בחינם.

20. יש לדון בעו"ד שאינו מודע לכל החשבונות הנ"ל האם יש לפסולו משום נוגע. ולצד שנוגע פסולו משום בעל דבר מסתבר שפסול.

נראה שנמקרה ההפוך דהיינו שהעו"ד דעתו היא שמרויח מהעדות ונאמת ידוע לנו שאינו מרויח מהעדות, בזה מסתבר שאם פסול נוגע מלד בעל דבר אזי הוא כשר. ואם פסולו מלד משקר אזי הוא פסול.

משום חשש משקר, אלא משום שהוא בעל דבר וקרוב לעצמו. ולכן כל שעדותו יש תועלת לעצמו פסול, אבל נוטל שכר אין בעדות עצמה תועלת לעצמה, ולכן כשר. ולפי זה נראה, שכאן יש להכשיר מה שהעידו, שהיה המצווה בריא ולא שוטה - להצד שנאמר שגם בלי עדותן אין להוציא מידם שכ"ט רק שבאנו לפסול שמ"מ שילמו להם עבור עדות שחתמו שהיה בריא בדעתו - וזה אינו נגיעה. גם מטעם: שהמקבל שכר להעיד שפסול מדרבנן נמי אין לפוסלם, שהרי בנידון דידן מותר ליטול שכר, וכמו שכתבו הפוסקים הרמ"א בסימן ל"ד סי"ח.

אכן הנתיבות בסימן ל"ד סק"י חולק וסובר שבנוטל שכר מבע"ד אחד פסול מן התורה משום חשש משקר. ולפי דבריו גם בנידון דידן יש לפסול.

אכן כל זה עדותן שחתמו על השטר אבל מה שהעידו בע"פ, בזה יש להכשיר גם לשיטת הנתיבות, שהרי על עדות זו בע"פ אינם מקבלים שכר. אלא שיש לדון מכח סברא שעביד איניש לאחזוקי דיבורא, ומכיון שכבר העידו בשעה שחתמו על השטר, ואז היה להם נגיעה, שוב לא נסמוך גם על עדותן שמעידים כעת. והנה הקצוה"ח בסימן כ"ח סק"ז פוסק, שלא אומרים עביד איניש. ודעת הנתיבות בסימן ל"ג סק"א, שתלוי אם בשעה שהעידו עדותן הראשונה ידעו שעדותן פסולה, כגון: שהעידו שלא בפני בע"ד, שגם אם העידו שקר לא עברו איסור "לא תענה", אין אומרים שעדותן השניה היתה מכח שעשוי לאחזוקי דיבורא. משא"כ אם בשעה שהעידו עדות הראשונה חשבו שזו עדות כשרה, כגון: שלא ידעו שהם קרובים, או שהבי"ד לא ידעו, בזה חוששין שעדותן השניה לאחר שנתרחקו אינה אמת, רק עשוי לאחזוקי דיבורם הקודם ופסולין.

ועל פי זה יש לדון בנידון דידן כך: שלשיטת ר"ת שעדות בכתב כשר, נמצא שכעת שמעידים פעם שניה יש חשש שעביד איניש לאחזוקי דיבורא, אבל לשיטת החולקין שעדות בכתב אינה עדות, א"כ יכולים עתה להעיד מחדש, וזולת אם נאמר שזה גופא, שהיו פסולים בשעה שחתמו משום נגיעה, שוב אין זה עדות, וממילא כשרים להעיד.

רק צריך עיון אם דבר זה שייך לומר שהעדים ידעו כן וצ"ע.

ולפי כל מה שנתבאר נראה, שהדין הוא שהצוואה השניה כשרה, וכל זמן שלא יבואו עדים שיעידו שהיה שוטה בשעה שחתם על הצוואה השניה, יש להכשירה.

יב

ועדיין יש לדון מטעם אחר לפסול הצוואה השניה. שבצוואה הראשונה שעשה כתוב בסעיף 6:

"כדי שלצוואה זו יהא תוקף גם לפי דין תורה, הנני מודה שנתתי כל הנ"ל מהיום אם לא אחזור בי ולאחר מיתה, והקניתי כל דבר בקנין היותר מועיל הגוף מהיום

והפירות לאחר מיתה. ועל מנת שאהא זכאי לחזור בי ולשנות צוואה זו לגרוע ממנה להוסיף עליה ולבטלה כולה או מקצתה ועל דברים בעזבוני שאין קנין תופס בהם, הנני מודה כי התחייבתי והשתעבדתי לזכאים לפי צוואה זו בסכום השווה לערכם של דברים כאלה שעה אחת קודם פטירתי וקנו מידי".

ותוכן הדבר: שנותן מתנה גוף מהיום ופירות לאחר מיתה בתנאי שלא יחזור בו. וא"כ יש לדון שאין כאן תנאי כפול. ועיין בנתיבות סימן רמ"א סק"א שהביא מהפוסקים:

"דבקרקע צריך תנאי כפול משא"כ במטלטלין".

וא"כ יוצא שבצוואה הראשונה, שתלה בתנאי שלא יחזור - התנאי בטל והמעשה קיים - והרי נקנה הכל לראשון ואינו יכול לחזור בו. אכן לפי האמת אין לחשוש לזה, שהרי פסק הרמב"ם שבתנאי שהתנה ע"מ או מעכשיו אין צריך תנאי כפול, וא"כ יכול לחזור בו ומעתה יוצא שהצוואה השניה קיימת.

נספח

יג

הוספה לפסק הדין מה שעורר ידידי הדיין הרב אלחנן שליט"א, שיש לחוש לדעות הסוברות שגם בתנאי של מעכשיו צריך תנאי כפול. זאת מכיון שבצוואה הראשונה נתן לצדקה, ובצדקה נלך לחומרא ונאמר, שצריך תנאי כפול, ואם לא כפל תנאו התנאי בטל והמעשה קיים, ונמצא שנעשה צדקה, ואף אם חוזר בו אינו מועיל.

אכן נראה שאין לחוש לזה. אף אם נסכים שבספק ממון עניים יש לילך לחומרא, מ"מ כאן הרי נתפשרו הגבאים, ואפשר לעשות פשרה בממון יתומים כדי לסלק מריבות. וכש"כ כאן, שהיה ספק אם יזכו, מותר לגבאים להתפשר, והרי זה כשאר מסחרים שעושים הגבאים בממון צדקה. אכן בעיקר הדבר נראה, שאין לחוש לזה כלל. וטעם הדבר מאחר שהמצווה לא ידע לשון הקודש, א"כ מה שחתם על הצוואה היה מכח שסמך על העו"ד. וכאן ברור לכל שלא רצה בכך ליתן מתנה חלוטה כל נכסיו. ואף שאם היה בעצמו כותב תנאי ולא כפל היה המעשה קיים, מ"מ כאן שלא כתב רק סמך על אחרים, נראה שאימתי אומרים שמועיל מה שסמך על אחרים - רק בדברים שעולה בדעתו ורגילים בכך - כמו חתן שחתם על כתובה, שהיה צריך להעלות בדעתו שכך וכך כתוב שם בכתובה, וכן במשליש גט שעולה בדעתו שיכול השליש ליתן, לכן אומרים שסמך שכל מה שיעשה השליש מסכים הוא לכך. אבל אם סמך על אחד, והוא כתב דברים שלא עלה בדעתו, כגון: שמכר ביתו, וכתוב בשטר שמכר שני בתים, בזה מסתבר שלא קנה, שזה אין אדם רוצה, ולא סמך עליו.

ולכן בנידון דידן יש לומר, שבודאי לא עלה על דעתו שיכתוב לו לשון שלא יוכל לחזור בו. ולכן אין השטר קונה כלל. אכן יש לומר, כיון שהכותב עצמו גם רצה שיהיה כתוב שיוכל לחזור אלא שטעה בדין והתירשל בכתיבה, שלא הלך לברר דיני כתיבת תנאים, וא"כ זה שסמך לא עדיף מהחותם עצמו, אכן אין סברא זו מוכרחת. והרי מצינו, שהשולח שליח וטעה אפילו בפחות משתות חוזר, שאומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי. וכן נאמר כאן: אף שאם הוא עצמו היה מבין הלשון וחתם ולא כפל תנאו לא היה יכול לחזור, מ"מ כל שסמך על אחר והוא טעה עדיף שזה לא רצה, וצ"ע בסברא. עוד יש לומר, שתנאי זה שהתנה, שנותן על מנת שלא יחזור בו, עדיף משאר תנאי ואינו צריך תנאי כפול. ודומה למה שכתבו התוס' בקידושין ו' ע"ב גבי נותן אתרוג מתנה ע"מ להחזיר שאין צריך לכפול תנאו, שאומדנא שאינו נותנו לו אלא כדי שיצא בו ידי אתרוג. ולכן כל שסגי במתנה ע"מ להחזיר - אומדנא שלא נתן יותר מזה - ודבר שיש בו אומדנא די לעשות תנאי שאינו כפול. וכן נאמר בנידון דידן. כיון שבאמת רצה ליתן בדרך צוואה, וכמו שנראה מכל הצוואה, רק שסיים שמאחר שרוצה שיועיל בדין תורה לכן נותן עכשיו בתנאי שלא יחזור בו, וכיון שבשביל שיועיל בדין תורה די בנותן בתנאי, שוב יש כאן אומדנא ומועיל גם בלי תנאי כפול. כו נראה.