

פסק דין

תיק 894

צוואת מ. ז. ח.

הובאה לפנינו צוואת האב המנוח מ. ז. ח. ז"ל, שהתעוררו בה מחלוקות וספיקות בין האחים. ואחר שקבלו בקנין ובחתימה פסק בית הדין, וראינו את הצוואה וכל המסמכים שצירפו, ושמענו את כל טענותיהם, נראה לנו ע"פ דין תורה לקיים את הצוואה מהטעמים דלהלן.

א. הצוואה נעשתה על פי הדין והחוק. אמנם לא נכתב בה "כתבוה בשוקא ואפקוה לברא", מ"מ את הנכסים שנתן יותר לאחים י. וא. העביר בטאבו על שמם מה שמוכיח שהיתה נתינה גלויה (רק הכסף המזומן שכתב להעביר לאחד מהם לא רשם בטאבו כמובן). וגם מלשון הצוואה שהאב נישל מי שיגיש התנגדותו ניכר שנתן לאחים אלו בעין יפה. וגם המסמכים בכתב ידו של האב מאששים שנותן להם זאת בלב שלם. וכבר הארכנו בפרט זה בנימוקים המצ"ב.

ב. מה שטענו שאולי לא ראה טוב על מה הוא חותם. כמה תשובות בדבר, ראשית אין להוציא את הצוואה הודאית שלפנינו מחמת ספיקות ללא הוכחות. שנית, אחד מהעורכי דין מוכר לנו כתלמיד חכם וירא שמים. שלישית, העו"ד לא יסכנו את מעמדם ופרנסתם שמצהירים על צוואה כוזבת. רביעית, גם חמש שנים לפני כן (שאו לכל דעות האחים היה רואה מצוין) עשה האב צוואה, והנוסח חופף מאד לנוסח הצוואה השניה, ועשה צוואה שניה רק בגלל שינויים קלים. חמישית, גם בכתב ידו של האבא מופיע אותם מתנות שהעניק לשני בנים יותר משאר האחים. ששית, יש סיבות טובות למה הביא האב לי. שכס אחד יותר על פני שאר האחים, מאחר וכולם מודים שהיה ישן שם בלילות ועוזר לאב ומקדיש מזמנו יותר משאר האחים (והובאו לפנינו מסמכים המאשרים זאת), וכבר כתב כן האב בפירוש בצוואתו הראשונה.

ג. מה שהחתימם מורנו הרב צ. בשבעה שמקבלים הצעתו ויבואו לפני שלושה דיינים שימנה, ואחר החתימות כתב הרב צמח שהחלוקה תהיה שווה בשוה, גם בזה ביה"ד נתן לבו ודעתו, והחליט לקיים את הצוואה, מכמה טעמים, הן מחמת שהרב צמח עצמו לא ידע מהצוואה ופירש שכוונתו במה שהחתימם לענין מה שאין צוואה, ועל כרחנו לומר כן, דאל"כ זה סותר האמור לפני כן שהכל יהיה על פי דין תורה. דבר שני, אין להצהרה שנכתבה אחר החתימות תוקף על פי הדין, ואם לא לומדים משיטה אחרונה, כל שכן ממה שאחר החתימות. על כן בית הדין החליט לקיים ולאשר את הצוואה על כל סעיפיה. והאמת והשלום אהבו.

ולאות אמת וצדק באנו על החתום

הרב חנון קבלן ס"ט הרב אדיר הכהן ס"ט הרב לירן שלום ישי ס"ט

חותמת בית הדין

בצדקתו. בענין הגבול
 ארבעה ימים האלו (המנוצח) המשואות
 הגשפ"ץ.
 קראתי בלילה את מה שפסקו ובפני
 מרע ומרע בעד הצדק משפט וצדק
 שעה ושיבת כסא דהאמ"ט בענין הרק
 וראיתי שיפה דון ויזה פסקו
 והפ"ל בצדק הוערה הקדושה הבלתי הכזרה
 על דבר אמת וצדק. ואת היורשיס היו
 און זמקש להשמע לעסק ביהודי אלא לסור
 מדבריהם יאן ושמאלו. ובזו"ל שעה ז"ל
 יפ"ל למכת קדוש שהיו תלמידי אורח.
 ורפי שיהיה צדקת על האש. ש.מ.צמ"א

בס"ד

נספח ראשון

הננו להביא בזה טענות האחים בקצרה, לפי סדרן מהגדול לקטון, עם תשובתם בצדום, למען לא יחשבו כי לא שמנו לבנו לדבריהם.

פ.: טען שבתור בכור מגיע לו כפל.

תשובה: כפל מגיע לבכור מהירושה, היינו היכן שהאב השאיר נכסים שלא חילקם בחיים חיותו. אבל היכן שחילק כל נכסיו "שעה קודם מיתה", ממילא לא נותר ירושה שיהיה בה בכורה.

ג.: טען שהדירה ברחוב הערבה נקנתה על ידו ועל ידי י. יחדיו, והאב הלוח להם כסף כדי לקנותה, וכשבא להחזיר חלק נכבד מההלואה, טען האב שהאם רוצה אחוזים בדירה ולא כסף. וכיון שלא רצה לגרום לבלאגן ולעבור על מצות כיבוד הורים חתם על מסמך שחלק מהדירה שייך לאב. ולכן טוען שאין זה הוגן לתת את הדירה שלו ולחלק אותה בירושה לאחיו.

תשובה: על פי ההלכה תליוהו וזבין זביניה זביני, מי שהכריחו אותו למכור (לא בחינם) עד שמכר, המכירה התקיימה, כל שלא מסר מודעה לפני כן שהמכר בטל (עייין

בש"ע חו"מ סימן ר"ה ס"א). ובפרט שלולא הלוואת האבא לא היו בונים את אותו בית. ועל כן אותו חלק שמכר לאבא, הרי הוא של האבא, ומתחלק בין כל היורשים.

אם כי אם יסכימו היורשים, שכיון וכבר יש לו חלק שם, יקבל הוא את החלק המגיע לו בירושה, בחלק של האב שבבית זה.

ה.: טוענת על ידי עורכת דינה, כמה טענות. ונביאם בקצרה. טענה ראשונה, אחר שהרב צמח החתימים על חלוקה שוה בשוה, וי. חתם שם, הרי הצוואה בטלה.

תשובה: מורנו הרב צ. כתב בתחילת המסמך, שיהיה הכל על פי דין תורה, ואמר בפירוש שלעולם לא התכוין לבטל רצונו של הנפטר בצוואתו (שלא ידע עדיין מקיומה), ומצוה לקיים דברי המת. וגם י. (וכן א.) שלכאורה חתם ומוותר בזה על מה שקיבל בצוואה, פירש כוונתו שוה בשוה על שאר הדברים מלבד המתנות שכבר קיבל.

ועוד שהרואה יראה שחתימתם היתה אחרי החלק העליון ששם כתב מהרי"ץ שידונו ע"פ דין תורה. ורק אחרי חתימתם נכתב שיחולק שוה בשוה. וע"פ ההלכה אין למדין משיטה אחרונה (עיין בש"ע סי' מ"ד ומ"ה). קל וחומר ממה שנכתב אחר החתימה. ובן בנו של ק"ו שאם הדברים שנכתבו אחר החתימה סותרים למה שנכתב קודם החתימה, שיש לנו ללכת לפי מה שנכתב קודם החתימה, שיש לדון בזה ע"פ דין תורה. ובפרט שאין הכרח שהדברים סותרים וכנ"ל.

ה.: חתמה בהצהרה בפני הדיינים בבית הדין, רק כהמשך למסמך שהיה בשבעה שיחלקו שוה בשוה, ולא על פי הצוואה. ואין לבית הדין כל סמכות לדון על הצוואה.

תשובה: הגה מסמך הבוררות לפנינו, ובכותרת המרכזית נכתב שהדיון בענין צוואת האב ז. מ. ה., ועל זה חתמו כל האחים וחנה מכללם. ועל כל פנים אם כך הוא לפי דין תורה, הרי כך חתמו גם במסמך הראשון שהכל יתנהל ע"פ דין תורה.

ה.: יש ליתן לב על תקינות הצוואה, השפעה בלתי הוגנת על עריכתה וכו'.

תשובה: הגה בבית הדין העלו את הטענה שהאב באותו זמן של הצוואה היה עם קטארט, ואולי לא ראה טוב על מה חותם, ואולי דלגו על כמה מילים כשקראו הצוואה בפניו. אך מלבד שלא הוכח כלום, וכולם מודים שהיה צלול בדעתו. עוד בה, שגם חמש שנים לפני צוואה זו, עשה צוואה (ואז לא היה לו קטארט), והתוכן אותו תוכן, רק עשה צוואה חדשה אחר כמה שנים מפאת שינויים קטנים. ועוד, שהגישו לפנינו מסמכים בכתב ידו של האבא (כתב ספרדי שבו נהג לכתוב מחו"ל) שבו גם נכתבו תוכן המתנות שמעניק לי. וא.. כך שהצוואה שרירא וקיימת, ולא ניתן לערער עליה ללא הוכחות וראיות.

ה.: בהיות והרב אפרים הכהן פסל את עצמו מההרכב, כל ההרכב נפסל.

תשובה: בשטר הבוררות מבואר, שאם אחד הדיינים מכל סיבה שהיא ימנע מלהמשיך בדיונים, יוכלו שאר הדיינים להמשיך לדון ולהוציא פסק דין לבדם או בצירוף דייני שלישי אחר.

ובכל זאת, כדי להרבות שלום, כתב לכם הרב צמח, שאם תרצו להפסיק הדיון כאן, וללכת לבית דין אחר, הדנים על פי דין תורה, תוכלו לעשות זאת. ולצערנו ולבושתנו שני אחים (חנה ואליהו) קמו והלכו לפתוח צו ירושה בערכאות, דבר שלא הותר על ידי בית הדין, ואין היתר בהלכה לעשות כן (וכמו כן ביה"ד רואה בחומרא מה שהאח אליהו הצהיר שם הצהרה כוזבת שאין צוואה!).

א.: בתוך הבית ברחוב האתרוג, שהוא מתגורר למעלה, יש בית הכנסת למטה ופעיל בשבתות וחגים, בניהולו, ורוצה שביהכ"נ ימשיך לפעול והוא ינהל אותו.

תשובה: אחר שבית זה הוריש האב לא. וי. יחדיו, אם האח י. יסכים לכך, הנה מה טוב.

ומלבד זאת, יש לזכור שהאב ביקש בצוואתו להקדיש עוד תקציב של מליון ₪ לבנית ביהכ"נ וכיוצא על שמו.

ש.: טוענת שהבית שברחוב האתרוג שקיבל א. (כדי שלא יחזור לארה"ב) אמר לה האבא שזה יקוץ מחלקו בירושה.

תשובה: בצוואה (גם בראשונה וגם בשניה) כתוב בפירוש שמלבד מתנה זו יקבל בשאר הנכסים יחד עם האחים שווה בשווה.

לגבי מה שטענה שהובטח לה שתפוצה על מה שגרמה להורדת החוב של אביה. האם יש מסמכים המעידים על כך או לכל הפחות האחים מודים בזה. ולולא זה יש קצת בעיה לסמוך על אמירתה זו נגד מה שמגיע לשאר האחים.

א.: טוען שהבית ברחוב הגיא, שייך לי. ולאבא ביחד, ושליש שייך לאבא. וי. ביצע השתלטות מלאה על הנכס.

תשובה: אחרי שהוא רשום בטאבו על שם י., והאב כלל לא הזכיר בית זה בכל צוואותיו, אי אפשר להוציא מהמוחזק בבית זה ללא הוכחה שהבית לא שלו.

(שאר טענות א., כלולים בטענות ח., ראה לעיל).

לגבי היצויים של י. 200% ושל ג. 150% יש לדון בהם בנפרד. וכן לגבי ניהול העיזבון, מובא בצוואה שהוא חתנו עו"ד י. כ. אם יהיה מוכן לזה הרי הוא מוזמן לבוא לבית הדין לגבי זאת, ואם לא יהיה מוכן, בית הדין ימנה אחר תחתיו.

בענין צוואת המנוח מ. ז. ח. ז"ל שהתעוררו בה מחלוקות וספיקות בין האחים, והובאה לפנינו לדעת איזה דרך תשכון אור ע"פ דת תורתנו הקדושה. ואחר שקיבלו בקנין ובחתימה פסק בית הדין, נפנינו לעיין בהך מילתא, בנוסח הצוואה, ובמסמכים שצורפו (צוואה קודמת, טאבו, ודפים בכתב יד האב המנוח בכתב ספרדי), וכמו כן שמענו כל טענות האחים, ואחר העיון הדק היטב בנוסח הצוואה, ראינו שעל פי הדין הצוואה מאושרת ומקוימת. ויש לקיים הכתוב בה. אחר שנעשתה בקנין ובחתימתו, ונתן הנכסים מעכשיו ושעה קודם מיתה (ואף עשה העברה בטאבו). והיה בדעה צלולה. ואמנם לא כתוב בה "כתבוהו בשוקא וחתמוהו בברא" וכיוצא בלשונות אלו (ויש מחכמי הדור דבלא"ה מכשירים כל הצוואות מדין סיטומתא, עיין בשו"ת שערי ציון חלק ג'). בכל זאת ראינו שהצוואה קיימת מהטעמים דלקמן.

א. כתב מרן בשלחן ערוך חו"מ (סימן רמ"ב סעיף ג') וז"ל: כל מתנה בין של בריא בין של שכיב מרע, צריך שתהא גלויה ומפורסמת, לא מבעיא אם אמר לעדים תתחבאו וכתבו, אלא אפילו אמר סתם כתבו לו, אינה כלום, אלא אם כן אמר כתבוהו בשוקא וחתמוהו בפרהסיא וכיוצא בזה. לפיכך כל שטר מתנה שאין כתוב בו ואמר לנו הנותן שבו בשווקים וברחובות וכתבו לו מתנה גלויה ומפורסמת וכיוצא בענין זה, חוששין לה שמא מתנה מסותרת היא, ולא זכה המקבל, ואפילו אי קנו מיניה. עד כאן. הרי לפנינו הלכה פסוקה, שכל שלא כתוב בשטר כתבוהו בשוקא וכיוצא מלשונות אלו, המתנה בטלה מעיקרא. אלא שהסמ"ע (סק"ו) כתב: בסמוך סעיף ה' יתבאר דהאידינא אין לדקדק בזה בדיעבד. ע"כ. וכוונתו למה שכתב מרן שם: יש מי שאומר דהאידינא לא חיישינן לסתמא, משום דנהיגי למיכתב בכל שטרי מתנתא הכי, הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם, דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים. הילכך הוי כאילו אמר כתבוהו בשוקא וחתמוהו בברא. ע"כ. הרי לנו אופן מסוים להקל בו. אלא שיש באופן זה כמה אפשרויות כיצד לפרשו. ויש בהם נפק"מ. ועל כן עלינו לראות דברים במקורם, ובפרט בדברי מרן בבית יוסף, וממנו נלמד לביאור דבריו בשלחן ערוך. וכבר נודע מה שכתב הגאון מהר"י ג'רמון בתשובה שהובאה בספר אברהם אזכור (מערכת ת', דף ס"ג ע"ד): והנה אחרי שביארנו שמרן ז"ל [בב"י] פירש וכו' א"כ איפוא היאך נוכל לפרש דברי מרן ז"ל בש"ע שהם לעיכובא, והרי ידוע לכל באי עולם ולכל פותח ספר כי דברי מרן בש"ע שרשם פתוח אלי מים מדבריו ספר בית יוסף ומשם חפר אוכל וקיצר וכו' וקבעו בספרו ש"ע כי איננו רק קיצור מדבריו לדבריו וכו'. ע"כ (וע"ע בשו"ת ויען הכהן חלק א' סימן א' אות ג', וכן בראש הספר שם בפתחי תשובה עמ' כ"ג).

ב. וזה לשון הטור שם: וכתב אדוני אבי הרא"ש ז"ל, האידינא דלא כתבינן בשטר כתבוהו בשוקא וחתמוהו בברא, משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנה הכי, הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם, דעתו היה שיכתבוהו כמנהג הסופרים. הילכך הוי כאילו אמר כתבוהו בשוקא וחתמוהו בברא. ע"כ. ומרן בבית יוסף כתב להעיר, שדבריו נראים כסותרים אלו את אלו, שבתחילה כתב האידינא דלא כתבינן וכו', משמע שבזמנו לא היו כותבים, ואח"כ בסמוך כתב משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנה הכי. ושוב הביא לשון הרא"ש (ב"ב פ"ג סי' ל"ג) שכתב והאידינא דלא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למכתב וכו'. וביאר דבריו, דהכי קאמר, האידינא כי נפיק שטר מתנה קמן כתוב סתם בלא כתבו בברא וכו', לא חיישינן למפסליה, משום דנהיגי למכתב וכו'. ועוד יש לומר דהכי קאמר, האידינא דלא חיישינן לסתמא, כלומר אין אנו חוששים אם הנותן אומר סתמא כתבו, ואין אנו מצריכים אותו שיאמר כתבו בשוקא וכו', משום דנהיגי למכתב וכו', הלכך כשמצוה וכו' דעתו היה שיכתבוהו כמנהג הסופרים וכו'. ופירוש זה נראה יותר, שכך הם דברי התוספות שם (ד"ה איכא) וכו'. ומיהו רבינו [הטור] שכתב בשם הרא"ש האידינא דלא כתבינן בשטר כתבוהו בשוקא וכו', אין לפרש דבריו כפירוש שני אלא כפירוש ראשון. עכ"ל הב"י. הרי שהביא ב' פירושים בדעת הרא"ש, ואף שהסיק שדעת הטור לפרש כפירוש הראשון, מכל מקום הפירוש השני נראה לו יותר, והביא לו סמוכות מלשון התוספות. ולכאורה נראה שזה כוונתו גם בשלחן ערוך, ולכן שינה מלשון הטור והעתיק לשון הרא"ש, וכוונתו לבאר דבריו כמו שביאר בב"י בפירוש השני. וכן מבואר בסמ"ע (סק"י) שכתב על דברי מרן בש"ע שם, וז"ל: לא חיישינן לסתמא וכו'. פירוש אם לא אמר הנותן בפירוש לעדים כתבוהו בשוקא וכו', אלא א"ל סתם כתבו. וכן פירש ב"י דברי הרא"ש והתוס' וכמ"ש בדרישה. אבל שם כתבתי והוכחתי דאין כוונתו כן ע"ש. עכ"ל. הרי שאף שחלק על דבריו בהבנת דברי הרא"ש והתוס', מ"מ הסכים שכוונתו בש"ע כמו הפירוש השני שכתב בב"י. וכן הבין הרב פתחי תשובה (סק"א) בדעת הסמ"ע שכן הוא לדעת מרן. ע"ש. וכבר נודע כמה דייק הסמ"ע בהבנת דברי מרן בש"ע, עד שכתבו רבותינו בתונס ובא"י דנקטינן כהבנת הסמ"ע בדעת מרן (עיין למוהרמ"ך בספר הלכה למשה מערכת ס' אות כ"ח, ועוד). אלא שראיתי בספר ויקן יוסף (מערכת צוואה סימן ח', דף קנ"ה ע"א)

שצדיק עתק תשובה מכתבי הקודש של מר אביו הגאון רבי אליהו חי בורג'ל (מח"ס מגדנות נתן, ומני"ר אחד מחכמי תונס דסברי דנקטינן כהסמ"ע בהבנת מרן, וכמ"ש בשמו מהרמ"ז בספר ויען משה חח"מ סי' ג), שתפס בדעת מרן שאף שלא נכתב כתובה בשוקא וכו' שפיר דמי. וכתב שכן מתבאר מהסמ"ע (סק"ו) שכתב: בסמוך סעיף ה' יתבאר דהאידינא אין לדקדק בזה בדיעבד. ע"כ. וכתב לבאר שכן הוא לפי ב' הפירושים שכתב מרן בבית יוסף, דליכא בינייהו אי ציוה סתם, דלפירושא קמא לא מהני אלא דוקא בשטר שיצא לפנינו דלא כתיב ביה לא חיישינן למפסליה כיון דנהיגי למיכתב בכל שטרי מתנתא הכי אמרינן דהנותן אמר והסופר השמיטו, אבל כל שלא אמר הנותן בודאי מתנתו אינה מתנה, ולפירושא בתרא אף שאמר הנותן בסתם אין אנו מצריכין אותו שיאמר, וסתמו כפירושו ואף שאין כתוב בשטר כאילו כתוב בו. ע"ש. ויש עוד מהאחרונים שהבינו כן (ע' ביבי"א דלקמן). אלא שפשט לשון מרן בבית יוסף, דלפירוש בתרא שהסכים עמו, שאמנם אין אנו חוששים אם הנותן לא אמר, כיון שדעתו שיכתבוהו כמנהג הסופרים, אבל עכ"פ בעינן שיהיה כתוב כתובה בשוקא ואפקוה לברא וכו"ב. וכן הבינו בדעת מרן בפירוש השני, מהרימ"ט (חח"מ סי' נ"ד) ועוד אחרונים רבים. ועוד היה מקום בראש לומר שבשלחן ערוך לא רצה להכריע כאיזה פירוש עיקר בדעת הרא"ש, אחר שכפירוש הראשון הבינו בנו הטור וכפירוש השני נראה מהתוס', ולכן העתיק בש"ע לשון הרא"ש כמות שהיא ולא ביאר כוונתו (ומצינו כן בכמה דוכתין בש"ע, עיין להט"ז או"ח סי' ר' סוף סק"ג, וסי' רע"ג סק"ב, ולהברכ"י או"ח סי' ט"ו סק"ג, וסי' ש"ב סק"ד, ובשו"ת ויען הכהן ח"א סי' כ' אות ד'). ובין כך ובין כך, אף אם לא היתה לנו הכרעה ברורה כאיזה פירוש עיקר, לא יהא אלא ספק, ומספק מוקמינן לנכסים בחזקת היורשים ולא בחזקת נותן המתנה. וכ"כ מו"ר ועט"ר הג"ר רחמים מאזוז נר"ו בהגהתו בשו"ת שמו אברהם ביתאן חלק א' (חח"מ סי' ה'). ע"ש. וכן העלה מרן מלכא הגר"ע יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר חלק י"א (חח"מ סימן ט"ז) באורך וברוחב מפי ספרים ומפי סופרים, דהעיקר כפירוש השני שכתב מרן, ולכן בכה"ג הצוואה בטילה. ע"ש. וע"ע לו בשו"ת יחזה דעת ח"ו (סי' קנ"ד-קנ"ה).

ג. אלא שקשה על כך, שהרי מקור הך דינא הוא מדברי הרא"ש, וחזינן להרא"ש בתשובה (כלל ע"ח סי' ד') שכתב וז"ל: ראובן נתן קרקע לאשתו במתנת שכיב מרע, ובאין יורשי הנותן לבטל המתנה לפי שאין כתוב בה כתובה בשוקא וחתמוה בברא. דע כי אין המתנה בטלה בשביל זה, דגרסינן בפרק חזקת הבתים אמר רב יהודה היא מתנה טמירתא לא מגבינן בה, היכי דמי מתנה טמירתא, אמר רב יוסף דאמר להו זילו וטמורו וכתובו ליה וכו', וכתב ר"י בעל התוספות והאידינא דלא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למיכתב בכל שרי המתנה וכך אמר לנא כתובה בשוקא וחתמוה בברא, הלכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה בסתם דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים, הילכך הוי כאילו אמר כתובה בשוקא וחתמוה בברא. וכ"כ רב האי גאון דהאידינא לא חיישינן וכו'. עכ"ל. הרי לנו בפירוש דהרא"ש מכשיר שטר מתנה אף שלא כתוב בו כתובה בשוקא וכו'. ולא כפירוש השני שפירש מרן בבית יוסף. וגם ראיתי למהר"ש חזיון בספר בני שמואל (חלק התשובות סי' ל"א, דף ע' ע"א) שהוכיח במישור מתשובת הרא"ש הזו שכן דעת הרא"ש בבירור (אך לא הזכיר מדברי מרן הב"י בזה, וגם סיים שמדברי הרשב"א והריטב"א נראה שצריך שיהיה כתוב בשטר. ע"ש). וכמה דוחק לומר דהיתה העלמה מעיני קדשו של מרן הקדוש תשובת הרא"ש זו, ומה גם שהביאה בקיצור הטור לקמן (סי' רנ"ג) ומרן בב"י ציין מקורה טהור מתשובותיו. וגם הדרישה בנ"ד (סי' רמ"ב אות ח') ציין לתשובת הרא"ש זו. וא"כ עלינו לראות כיצד יפרנס מרן בפירושו השני והעיקרי תשובת הרא"ש זו. וראינו להגאון מהר"ש אלפאסי בספר משחא דרבנותא חלק ב' (סי' רמ"ב, דף קע"ה ע"ב) שכנראה מכה תשובת הרא"ש זו נטתה דעתו לפירוש ראשון של הב"י. ע"ש. אלא שקשה לומר שנעלמה מעיני מרן. ובהיותנו נבוכים בזה, יגענו בדברי האחרונים, ומצאנו למהר"י קצבי (סי' כ"ג, דף ע"א ע"א), שהביא שמהר"ר ישעיה טיראני בנו של הגאון מהרי"ט, תמה על דברי מרן הב"י ועל דברי אביו מהרי"ט, שנעלמה מעיניהם תשובה זו, ומכח זה חלק על דבריהם. ומהר"י קצבי גופיה, אף שבתחילה כתב שנראה לכאורה דיפה כח הבן מכה האב, מ"מ כתב שקשה לומר שלא יזכרו שרים תשובת הרא"ש זו, ומי לנו גדול מיוסף (מהרי"ט) הבקי בחדרי תורה, ובפרט מרן הב"י ז"ל, מי שם פה לאדם לומר כך. ומה גם שהובאה בטוב"י סי' רנ"ג. ואיך יתכן לומר דנעלם מעיניהם חס ושלום. ולכן נדחק לבאר דברי הרא"ש בתשובה, דהכא במאי עסקינן, בשכתוב בשטר זה מתנה גלויה ומפורסמת או דידעינן בבירור דנכתב בשוקא ונחתם בברא, רק לא כתוב בו דאמר לן כתובה וכו', דחסורי מחסרא דעת הנותן. ע"ש. ואף שהדברים לכשעצמם יתכן ונכונים בסברא, מ"מ דוחק גדול לומר כן ואין זה כלל משמעות הדברים בתשובה. אלא שלומר שנעלמה תשובה זו ממרן דוחק גדול יותר. ועוד ראיתי למהר"ש קלעי בשו"ת משפטי שמואל (סי' ק"ג, דף קי"ב ע"ג, בתשובה לשאלה הראשונה) שהעלה שכל שלא כתוב כתובה

בשוקא וכו' הצוואה פסולה. ושוב (בעמוד ד' בתשובה לשאלה השנית) כתב לחלק בין היכן שהסופר המעיד לפנינו שאמר המקנה לכתוב לבין שאינו לפנינו, וסיים: ומעתה אין מקום פה לתשובת הרא"ש שהביא הטור סימן רנ"ג, דלא שייכא כלל בנ"ד. ופשוט הוא. ע"כ. ונראה כוונתו שבתשובת הרא"ש זו, הסופר עמד לפנינו והעיד שהמקנה ציוה לכתוב כתובה בשוקא וכו' ורק ט"ס היא שלא נכתב, ודוקא בכה"ג הכשיר הרא"ש. ואם נאמר כן, ממילא יתיישבו גם דברי מרן הב"י. ואף שאם הסופר מעיד בפנינו יתכן לקיים הצוואה אף דלא כתיב בה בכתובה בשוקא. וכ"כ בשו"ת מהר"ם אלשיך (סי' ס"ד). וע"ע בעה"ש (סי' רמ"ב סק"ג). אלא שדוחק גדול לומר כן בדעת הרא"ש בתשובה זו, אחר שבתשובת הרא"ש לא מבואר כלל שבא הסופר והעיד שכך ציוהו המקנה. ועוד ראינו להגאון החבי"ב בעל כנסת הגדולה בשו"ת בעי חיי (חחו"מ סי' ע"ו, דפ"ז ע"ב) שהביא דברי מהרש"ה בבני שמואל שהוכיח כפירוש הראשון מתשובת הרא"ש זו, וכתב לדחות שאין הכרע ממנה, דהיא איירי בשכיב מרע. ואף שהתוס' שהביא איירי בבריא, מ"מ אגב שנזקק להשיב לשואל בדיני ש"מ ביאר לו כל דיני מתנה טמירתא אפיק בבריא. ע"ש. והניף ידו שנית בכנה"ג (חו"מ סי' רמ"ב הגהב"י אות י"ב). אלא שגם בזה יש מן הדוחק, אחר שפשוט דברי הרא"ש שבא להסתייע מדברי התוס' לנדונו. מצאנו עוד להגאון רבינו עזיאל אלחאיך בספרו הגדול משכנות הרועים (מערכת מ' אות ש"ח) שגם עמד בזה, והאריך הרחיב בהאי ענינא, והביא (דף רל"ו ע"א) דברי הרא"ש בתשובה שהזכיר מתנת שכיב מרע, וכתב אם הכוונה למצוה מחמת מיתה מה לו אצל המנהג, הלא מפורש יוצא בהלכות משמיה דהגאון אשר יאחזר צדיק דרכו שכך הדין שאין צריך לומר כתובה וכו'. ואם הכוונה לשכיב מרע דעלמא כבר נתבאר בדעת רה"ג והרי"ף והרמב"ם ז"ל דלהאי מילתא דינו כבריא, וי"ל דלכן תלה הדבר במנהג, ואע"ג דלא כתוב בה כתבו בשוקא וכו'. ושוב דן בדברי שאר הראשונים. והביא דברי מרן שתפס בש"ע כפירוש השני שכתב בב"י. ולא הזכיר על דל שפתיו תשובת הרא"ש. וקשה לומר שנעלמה מעיניו. ולאחר מכן הסיק שהעיקר כדברי מרן, ואף דהרב משחא דרבנותא מרא דאתרא, אנן בתריה דמרן הש"ע גירי. ע"ש. ולא פירש כיצד להסביר תשובת הרא"ש עם דברי מרן. ומ"מ תסגי לן שידעו גדולי האחרונים מתשובה זו, שהיא לכאורה נגד הפירוש שפירש מרן, ואעפ"כ הכריעו כמרן, יהיה מאיזה טעם שיהיה. וחלקם כתבו כמה חילוקים וכו"ל. (וגם להמשה"ר הנ"ל שכל שהוא מצוה מחמת מיתה לכ"ע א"צ לומר כתובה בשוקא וכו', וכן הסכמת הש"ע, ובצוואה זו שלפנינו כתב שנכתבה בהיות ואין האדם יודע עתו וכו'. אלא שזה מחלוקת אם בכה"ג נקרא מצוה מחמת מיתה אחר שהוא בריא באותה עת כידוע).

ד. ואם נתפוס כחילוקו של מהר"י קצבי, שכל שברור לנו שרצונו לגלותה שפיר דמי. אם כן יתכן והיכן שכתב צוואה אצל עו"ד, וציווה את העו"ד לפרסמה לכל עם פטירתו, הוי ככתובה בשוקא. ובפרט שכן מוכח מכל מעשיו, שהרי לא לחינם טרח לילך לעו"ד ולשלם לו במיטבא, ולטרוח שזה יהיה באופן רשמי וחוקי. וכן ראינו כיו"ב להגר"ש משאש זצ"ל בשו"ת תבואות שמש חחו"מ (סי' ל"ב עמ' צ"ה), שממה שכתב הנתן שמבקש מהרבנות הראשית לאשר ולקיים מתנה זו ומקבל עליו שיפוטתה וסמכותה וכו', וכן עשה שהלך לפנייהם לקיימה ולאשרה, מוכח דלמתנה גמורה נתכוין. דאל"כ די היה לו בכתובת ידו. ע"ש. וכן בנ"ד טרח בגיל מופלג לנסוע מביתו לעיר אחרת לשני עורכי דין בלשכתם ולחתום לפנייהם, דמוכח דלמתנה גמורה נתכוין.

ה. וגם יש להוכיח זאת ממה שהוסיף בסוף הצוואה "כל אחד מהיורשים הנ"ל אשר יגיש את התנגדותו לצוואתי או יגרום צער לי. בני, יפסיד את חלקו בעיזבון". ומוכח מכל זה שזה רצונו האמיתי שבן זה יקבל מה שנתן לו בעין יפה וברוח נדיבה יתר על אחיו, ועל כן דאג להוסיף משפט זה ליפות את כחו שלא יקומו האחים נגדו באמתלאות שוא ומדוחים. וכן ראינו כיו"ב שכתבו רבותינו הגאונים הכהנים הגדולים רבי כלפון משה הכהן ורבי מרדכי אמייס הכהן בתשובתם אשר נדפסה בשו"ת שואל ונשאל חלק ד' (חחו"מ סימן א' אות י"ג) בנדונם בזה"ל: והכא נמי בנדון דידן שהוא מצוה להרב ר' משה זקן (נר"ו) שיפייסם בדמים, וגם אמר שחפצו ורצונו שיתקיימו דבריו ובכל לבו הוא נותן, ואין לחוש לטמירתא. עכ"ל. ומנייהו גילף לנדון דידן (אם כי שם הבינו בדעת מרן כפירושא קמא דבב"י, ונמשכן בזה אחר הרב קרית מלך רב והרב משחא דרבנותא, ובזה נראה עיקר כפירוש שני וכמבואר לעיל).

ו. ועוד יש להוסיף, דעינא דשפיר חזי להרב משכנות הרועים שם בסוף דבריו (דף רל"ז סוף ע"א), שאף שהסיק בדעת מרן דכל דלא כתוב בה כתובה בשוקא חיישינן למתנה טמירתא, מ"מ אי כתיב בה מעכשיו ילך ויחזיק א"נ מעכשיו יזכה, אע"ג דלא מטא לידיה דמקבל כמאן דמטא לידיה דמיא ושפיר זכה במתנה. ואף שכתוב בצוואה שכל זמן שהוא חי הכל הוא שלו לעשות ככל שיחפוץ ולית מאן דימחה בידיה וכו', מ"מ מוכח מתשובת הרשב"א (שהובאה בב"י סוף סי' רנ"ח) דכל שלא חזר בו זכה בה, ובאמירה גרידתא

- תסגי ליה. ע"ש. וממילא בצוואה דנדון דידן שכתוב בה "מהיום" ושעה קודם מיתה, שפיר דמי גם לדעת מרן. וכן הגאון תבואות שמש שם סמך על דברי המשה"ר אלו בנדונו. ע"ש.
- ז. ועוד לאלוה מלין מה שכתב הגאון מהר"י טייב זצ"ל בספר ערך השלחן (סי' רמ"ב ס"ק י"ד, בד"ה ועוד נלע"ד) שלמד מדברי הרמב"ם (פ"ד מהלכות זכיה) והסמ"ג (עשין פ"ב) שהטעם שמערים כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור לאחר. וא"כ זה שאמר שכל זמן שהוא בחיים הכל הוא שלו ולא תזכה אלא במה שישאר אחר מותו ויכול הוא למכור כל נכסים, לא שייך קנוניא והערמה, דאם ימכור לאחרים אין למקבל כלום. ע"ש. ולפ"ד כל שטר צוואה שהוא רק בנכסים שישארו אחר מותו, ויכול כל הזמן בחיים חיותו לחזור מהצוואה ולמכור וכו', אין צריך למיכתב כתבוה בשוקא וכו'. וביבי"א שם (סוף אות ד) נרגש מדברי העה"ש וכתב שיש לעיין משם לנ"ד. ולא סמך כ"כ, יתכן מחמת ומרן בבי"א ובכס"מ כתב הטעם במתנתא טמירתא מפני שאין נותן אלא להחניף לאיש ההוא. ומ"מ גם לזה במצוה מחמת מיתה ליכא למיחש להכי דהא מיית, וכמו שסיים מרן שם. ולפ"ז עכ"פ במצוה מחמת מיתה אף שלא כתב כן הצוואה קיימת. אלא שיש מחלוקת אי בכה"ג נקרא מחמת מיתה. אבל יש כמה צדדים לקיים כמו שהזכרנו.
- ח. והיו לנו עוד כמה צדדים לצדד בהכשר צוואה זו, אלא שבדיון שנערך בבית הדין (ליל י' תמוז), י. האח שקיבל בצוואה חלקים גדולים יותר מכולם, דהיינו חצי בית ושליש מהנגריה ועוד כסף מזומן (בנוסף לחלקו עם שאר האחים), והאחים טענו שהאב לא התכוין ליתן לו באמת, ולא שם לב על מה חתם וכו', אותו אה הביא לבית הדין כמה דברים שמאששים שהצוואה נכונה ואמיתית, דבר אחד הביא בכתב ידו של האב כתב ספרדי רועד (האב נפטר בן צ"ח, והכתב שנים אחדות קודם לכן) בו מצהיר שחצי מהבית הוא שייך לבנו זה. והוי הודאה (קנין אודיתא). וגם מהצוואה הראשונה שהובאה לפנינו עולה כן. וגדולה מזו הביא הבן מסמכים שכחודשיים אחר הצוואה האחרונה האב כבר העביר בטאבו את חצי הבית ושליש מהנגרייה על שם בנו זה. והיכן שאדם העביר בטאבו את הנכס, אין לך מתנה גלויה גדולה מזו, שזה הקנין החזק שיש בדורנו לנכסי דלא נידי, וגם כולם יכולים לראות זאת במסמכים הממשלתיים הקובעים חוקתית מי הבעלים (וכולם מודים שהאב היה צלול בדעתו, רק זקן ותשוש). וכן בקודש חזיתיה להראשון לציון הגרש"מ עמאר בשו"ת שמע שלמה חלק ד' (חחו"מ סי' ד') שהאריך הרחיב בזה, וכתב דכ"ע מודים דרישום בטאבו הוא גמירות דעת גמור ואין למעלה ממנו, ועל כן גם לסוברים דאפילו אם הקנה לו בשאר קנינים אם אמר להם לכתוב שטר ולא א"ל כתבוה בשוקא וגם לא כתבו לא מהני ולא קנה, מ"מ יודו ברישום בטאבו דאין זה קנין רגיל, דהוא הקנין ואין אחריו ולא כלום, ואין מקום לומר בזה דלא גמר בדעתו. וגם דהרישום בטאבו עדיף מכתב לו בשטרר לך חזק וקני מעכשיו, וגם שהרישום גופיה חשיב פרהסיא, דדבר הרשום אצלם הוא נחקק בכל המסמכים הרשמיים, וכל אדם שאוצה לברר הענין יכול לידע מזה ע"י נסח רשמי, והוא כמו דבר שנפסק ופורסם ברבים. עיין שם שנתוכח בזה עם הגר"ח"ש שאנן, והסכים עמו הגר"ש סלומון. עיין שם באורך. וכן עיקר.
- ט. ואף שהאחים טוענים, דאפילו את"ל שהאב כן נתן לאותו אח, זאת משום שהיה תלוי בו וכו'. מ"מ כולם מודים שהאב היה צלול בדעתו, ולא לחינם נתן לו האב יותר מכולם, אלא מחמת שארבעים שנה היה צמוד עמו יותר מכולם, מוליך ומביא (בעניני הבית) מעלה ומוריד (את האב במדרגות), וכמעט ועזב לגמרי את משפחתו, וגם לזה הביא הוכחות (ביניהם ברשימת התורניות ליד האב, כל יום היה אמור להיות אח אחר, ובפועל הוא היה לבד ג' וד' ימים בשבוע, ושאר שבעת האחים במקצת הימים שנשארו). וא"כ גם אם היה בכפיה, הוי תלויהו וזבין דמכירתו מכירה. וכל שכן שכפי המצטייר מהעדויות בכתב ובעל פה, שעקב מסירתו הרבה, על כן אביו אהבו. והצוואה שרירא וקיימת.
- י. ומה שמהר"ץ מ. החתימם לחלוק שוה בשוה, מלבד מה שפירש בעל פה שהכוונה במה שלא הובא בצוואה (שעדיין לא ידעו מקיומה אז מלבד האח י.), וגם י. שלכאורה חתם ומוותר בזה על מה שקיבל בצוואה, פירש כוונתו שוה בשוה על שאר הדברים מלבד המתנות שכבר קיבל. ועוד שהרואה יראה שחתימתם היתה אחרי החלק העליון ששם כתב מהר"ץ שידונו ע"פ דין תורה. ורק אחרי חתימתם נכתב שיחולק שוה בשוה. וע"פ ההלכה אין למדין משיטה אחרונה (עיין בש"ע סי' מ"ד ומ"ה). קל וחומר ממה שנכתב אחר החתימה. ובן בנו של ק"ו שאם הדברים שנכתבו אחר החתימה סותרים למה שנכתב קודם החתימה, שיש לנו ללכת לפי מה שנכתב קודם החתימה, שיש לדון בזה ע"פ דין תורה. ובפרט שאין הכרח שהדברים סותרים וכו"ל. כך שאין בזה הסכמה של החותמים על זה. ואם האחים י. וא. יטענו שלעולם לא התכוונו לוותר על חלקם, וכפי שאכן כך הם עומדים וטוענים לפנינו, ידם על העליונה. גם על שאר טענות האחים ששלחו לאחר מכן כתבתו בנפרד תשובה בצד כל טענה, ומצורף בזה.

על כן הננו פוסקים בזה.

- א. הצוואה שרירא וקיימת ויש ליתן לי. וא. חלקם בצוואה, הנכסים שרשומים בצוואה, כבר נרשמו על שמו בטאבו. והחלק של א. שרשום בצוואה ינתן לו (ואף שחלק מזה היה שייך לאמא, מ"מ כיון שע"פ הדין הבעל יורש את אשתו, ממילא יכול האב ליתן לו חלק זה). בפרט שקנה זאת מהאב בחיים חיותו, והביא מסמכים על זה מהאבא ששילם לו, ועל המעט שנשאר מחל לו.
- ב. אחר שי. וא. יקבלו חלקם, שאר הנכסים יתחלקו שוה בשוה בין כל האחים והאחיות (כולל הנ"ל). ככתוב בצוואה. ועל האחים והאחיות לקבל זאת בהבנה שזה רצונו של אביהם היקר ז"ל, ובזכות שמקיימים רצונו יהיה לו נחת רוח בעולם העליון.
- ג. אעפ"כ ראינו מצד האח י. נכונות לוותר במקצת מהמזומנים שאמור לקבל לטובת שאר האחים, ובלבד שישרור שלום בינו לבין האחים. אבל לעת עתה בית הדין פוסק שיקבל כל הכתוב בצוואה. ואם האחים יבואו לקראתו בדרכי שלום, יתכן ויבוא לקראתם בזה.
- ד. הממונה על העיזבון, דהיינו מכירת הנכסים ופיצויים לעובדים, וחלוקת הנכסים בין האחים, וכן הפרשת קרן לבניית בית הכנסת על שם המנוח, הוא חתנו עו"ד י. כ., ככתוב בצוואה.
- ה. כל ערעור או חילוקי דעות בענין חלוקת העזבון וההקדש, יבואו להכרעת בית הדין. והאמת והשלום אהבו.