פסקי דין רבניים חלק ו פס"ד בעמוד 65

===================================

[עמוד 65] ערעור תשכ"ה /מאתים עשרים ושתים/ בבית הדין הרבני הגדול בפני כב' הדיינים: הרבנים, יוסף שלו' אלישיב, אליעזר גולדשמידט, עובדיה יוסף בענין: המערערת: א' (ב"כ עו"ד מ' הוכמן) נגד: המשיב: ב'. ערעור יבמה על פס"ד של ביה"ד האזורי פתח - תקוה שאינו מחייב את היבם לחלוץ לה כל זמן שלא יסדירו את תביעת היבם בדבר חלוקת הירושה ביניהם בהתאם לצוואה השניה של המנוח. - תוקפם ותנאיהם של דברי שכיב מרע. - אימתי אומרים: מצוה לקיים דברי המת. - דין חליצה מעושה. - אימתי כופין לחלוץ. - דין קטלנית.

מסקנות א. (א) הדין שדברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, אינו אלא בנותן כל נכסיו ולא השאיר לעצמו כלום. גם בנותן נכסיו כשהדבר גלוי שהם כל נכסיו שיש לו, ה"ז כמתנה במקצת וצריכה קנין, כי חוששים שמא נשארו לו נכסים במקום - אחר, עד שיאמר כל נכסי שהם אלו, או שהוא מוחזק שאין לו נכסים אלא אלו. (ב) מתנת שכיב מרע בכולה שנתנה בקנין, לא קנה הואיל וקיים חשש שמא יש בזה גילוי דעה שאינו סומך במתנתו על תקנת חז"ל אלא שיהיה כשאר קנינים, ואין קנין לאחר מיתה. (ג) אם הנותן לא ביקש קנין כי אם המקבל, אין חסרון בקנין והוי כיפוי - כח. ב. (א) הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופא, בין שהיו יורשיו בניו או אחיו, כי לא מסתבר שהכל יתן לאשתו ולא ישאיר ליורשיו כלום. (ב) אם שייר כל - שהוא, בין קרקע בין מטלטלין, קנתה כל מה שכתב לה. ג. שכיב מרע שציוה לתת לאשתו מגרש שלו והבית שעליו וכל מה שיש לו בבית, ובחובות שחייבים לו אחיו, ציוה שיקנו ספר - תורה על שמו [והוא מוחזק שאין לו נכסים אלא אלו], יש לדון שזה נחשב שיור ואשתו קנתה מה שכתב לה, כי מן הדין אי אפשר לחייב את היורשים שיקנו ס"ת, דזה הוה בגדר נדרי מצוה, והנודר ומת אין היורשים צריכים לקיים נדרו, אא"כ השליש מתחילה למטרה זו. וכ"ש כשלא ציוה למסור הס"ת לביה"כ או לצדקה, כי אז נשאר הס"ת רכוש היורשים. ד. הכותב כל נכסיו לאשתו והתנה שלאחר אריכות ימיה יעברו ליורשיו, קנתה האשה את המתנה, שהרי השאיר מעכשיו ליורשים זכות בנכסים. [עמוד 66] ה. מתנת שכיב מרע שאינה חלה עד לאחר זמן, שתי שיטות בפוסקים: יש אומרים דדבריו קיימים, ויש אומרים דאמרינן בזה ירושה אין לה הפסק. ו. דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי גם כשציוה שלא בפני שני עדים, ואם היורשים מודים בדבר, עליהם לקיים דבריו, ובאופן שנראים הדברים שכך הי' רצונו הגמור. ז. (א) שכיב מרע שציוה ואמר אל תגלו מתנה זו ולא תודיעו לאיש אלא לאחר מיתה, המתנה קיימת, שהרי בעת שהקנה אותה, שהנה /ה' בחיריק נ' בקמץ/ לאחר מותו, אמר לגלות אותה. (ב) מצוה מחמת מיתה א"צ לומר גלו אותה, שאין מטריחין עליו יותר מדי ומתוך טרדתו אינו יכול להמשיך ולומר כתבוה בשוקא. (ג) שכיב מרע שלא אמר במפורש לגלות את המתנה, לדעת קצוה"ח מתנתו מתנה כמו במצוה מחמת מיתה; ולהנתיבות דוקא במצוה מחמת מיתה מועיל ומטעם הנ"ל, אבל בשכי"מ =בשכיב מרע= שאין אנו יודעים כלל שאמנם מחמת מיתה הוא נותן אלא מכוח אומדנא שהוא נותן כל נכסיו, וכשלא אמר לפרסם המתנה יש לומר שלהחניפו אמר כן, ושוב ליכא אומדנא. ח. אם קיבל בקנין, בדברים הנקנים באמירה, אם צד אחד אמר לתת להצד השני דברים שישנם בעולם ואינם בעולם, אין הקנין מגרע את האמירה וחייב עכ"פ בדברים שהם בעולם, הואיל ויש לומר שהוא חשב בקנין לכלול שני הדברים יחד ושע"י הדבר שישנו בעולם יקנה גם הדבר שאינו בעולם, וכהדעה הסוברת כך, אף שלמעשה אי אפשר להוציא ממון על יסוד הדעה הזאת, מ"מ י"ל שהנותן חשב כך, ואין לפי"ז חסרון בקנין לומר דהקנין מגרע את האמירה וחייב עכ"פ לתת הדברים שהם בעולם. ט. אין עד אחד קם לשבועה כשהעד מודה שהלה אינו יודע, גם חרם אין להטיל עליו שאינו מאמין מה שאומר העד, הואיל והתורה לא האמינה לעד אחד. י. אין היורשים מצווים לקיים דברי המת אא"כ הושלש מתחילה לשם כך. ההבדל בין דברי שכי"מ שהם ככתובין וכמסורין דמי לבין מצוה לקיים דברי המת, הוא דבמצוה לקיים דה"מ =דברי המת= אין זה אשר לטובתו ציוה לתת המתנה - זוכה במתנה אלא ביה"ד כופין את היורשים לקיים מצות אביהם, ואם באו היורשים ומכרוה לאחר אין לו טענה על הלוקח, אבל אם נתן לו בדין דברי שכי"מ זכה באותו חפץ לגמרי. יא. מסתימת הפוסקים נראה דאין הבדל בין גט לחליצה, וכשם שגט מעושה שלא כדין, הגט בטל מן התורה, כך הדין בחליצה, כי חליצה מעושית לאו כלום הוא. אך לדעת השאלתות י"ל דרק בלקחו רגלו בחזקה - בע"כ וחלצה נעלו מעל רגלו החליצה בטלה, אבל באנסוהו עד שמעצמו פשט רגלו וחלצה, וכ"ש כשהושיבוהו במאסר בכדי שיחלוץ, ולבסוף הסכים לחלוץ, יש לדון שמדין התורה חליצתו כשרה. יב. (א) יבם שאינו רוצה לא לחלוץ ולא לייבם כופין אותו אפי' בשוטים. (ב) לדעת רוב הפוסקים, גם כשלא באה מחמת טענה, כופין אותו לחלוץ. אך לדעת הרמ"א, דוקא בבאה מחמת טענה: בעינא חוטרא לידי כו', הוא דכופין, ולפי"ז ביש לה בן מבעלה הקודם אין כופין אותו. (ג) יש לדון שאף לדעת הרמ"א במקום שמצות חליצה קודמת, כופין אותו לחלוץ מדין קיום מ"ע של חליצה, גם כשאיננה באה מחמת טענה. יג. במקום שהיבם נשוי וגם אי אפשר לו לפרנס שתי נשים לכו"ע מצות חליצה קודמת. [עמוד 67] יד. גם אם אין כופין לחלוץ כשלא באה מחמת טענה מ"מ כופין אותו לתת לה מזונות, הואיל והוא מונע ממנה בסירובו כל עניני אישות. טו. יש אומרים דנקטינן להלכה כרשב"ג דתלתא זימני הוי חזקה - גם בקטלנית, ורק מצד חומרא בעלמא החמירו לפסוק בנישואין כרבי דבתרי זימני הוי קטלנית. טז. אשה שבעלה הראשון מת - בחוץ לארץ - אחרי כמה שנות נשואין והי' לה ממנו ילדים, וכן עם בעלה השני שהתה כמה שנים, יש לדון להקל ולהתירה להתחתן, די"ל דוקא כשמיד אחרי הנישואין נחלשו ונתנונו ומתו יש לה דין קטלנית. כמו"כ י"ל דאין מחזיקין בקטלנית מחוץ לארץ.

פסק - דין זהו ערעור על פסק דין שניתן ע"י כבוד ביה"ד האזורי בפתח תקוה ביום י"א אלול תשכ"ה, תיק מס' /ארבע מאות עשרים וחמש/ כה, לפיו אין לחייב את היבם (המשיב) לתת חליצה כ"ז שלא יבואו להסדר בתביעת היבם בדבר חלוקת הירושה בפועל וכן בתביעתו להחזרת המסים שהוא שילם על חלקה של היבמה (המערערת) בירושה.

העובדות בקיצור: המערערת התחתנה בתימן עם בעלה המנוח ג', בהיותה אלמנה מבעלה הקודם ד', שהיו נשואים יחד כמה שנים ויש לה ממנו ילדים בן ובת. עם בעלה השני ג' היתה נשואה כשתים עשרה שנה והוא נפטר בלי זש"ק =זרע של קיימא= ב - י"ג אדר תשי"ח, המשיב הוא אח מן האב לבעלה המנוח, אין לו אחים אחרים.

בעלה המנוח כמה ימים לפני פטירתו - בהיותו חולה כד שכיב ורמי בערסיה ערך צוואה, וזה נוסח הצוואה: - אני הח"מ,,, מצוה בזה ואומר שכל הבית שאני גר בו בעיר,,, כולל המגרש שהבית עומד עליו וכל מה שיש לי בבית, הכל יהיה לאשתי,,, לטובתה, ועל אשתי הנ"ל לקחת את חוב שלי שאצל אחי,,, (אח מן האם) סך ארבע מאות ל"י ואצל,,, אחי /מאה וחמישים/ ל"י, ותקנה ס"ת על שמי וגם תוסיף על המחיר של הס"ת כמו שיקבעו אחים שלי הנ"ל, ואחרי קנית ס"ת הנ"ל ותשלום החובות שאני חייב לאנשים ומה שאני אתחייב עד אחר אריו"ש =אריכות ימים ושנים=, תשלם אשתי הנ"ל משלי, ואחרי קנית ס"ת הנ"ל ותשלום החובות, כל מה שישאר יהיה לאשתי לבדה כמו שכתוב לעיל וע"ז אני חותם ברצוני הטוב ומבקש שתקבלו ממני קנין ע"ז. (חתימה) ג' אשור אנו הח"מ מאשרים ש,,, הנ"ל צוה בפנינו על כל הנ"ל וקנינו ממנו בסודר וחתם בפנינו ביום ח' אדר תשי"ח ובפניו אחיו הנ"ל ואשתו הנ"ל. (חתימת העדים) ה' ו'

הצוואה הנ"ל מסר המנוח לידי הר' ה' ע"מ למסור לאחר איו"ש לידי אשתו הנ"ל.

[עמוד 68] יומיים אחרי זה סידר המנוח צוואה אחרת בפני עד אחד בלבד, העד העלה - את הדברים ששמע - לפי דבריו - מפי המנוח - על הכתב בזה"ל: - הצהרה נוספת ביום י' אדר תשי"ח בקרתי אצל ג' הנ"ל והוא עוד חולה והנ"ל ביקש ממני שאני אוסיף בצוואה הנ"ל שאין רשות למי שהוא זר להשתלט על רכושו אך ורק אשתו או אחיו, והוא רוצה שכל רכושו כולל הבית והמגרש יהיו ביד אשתו כל ימי חייה כמ"ש בצוואה הנ"ל, ואחרי איו"ש של אשתו הנ"ל יחולק הרכוש הנ"ל בין יורשי אשתו ובין אחיו,,, הנ"ל חצי בחצי, זהו מה שצוה בפני ובפני אחיו,,, הנ"ל וע"ז באעה"ח ביום י' אדר תשי"ח. (חתימה) ה'

הופיע בביה"ד העד הר' ה' ומעיד: הנפטר סבל ממחלה פנימית אבל הי' בדעה צלולה, הוא כתב את הצוואה שהבית הוא נותן לאשתו,,, אני אמרתי לו שנחוץ ע"ז קנין, נתתי לו סודר שלי ועשה קנין על כל מה שכתוב בצוואה. לשאלת ביה"ד עונה העד: הרופא קבע שאין סיכויים שיקום ממחלתו, היה כבר חלש מאד, בקושי רב חתם על הצוואה,,, אחרי יומיים הוא קרא אותי עוד הפעם ואמר לי שהוא לא רוצה שאחרים ישתלטו על רכושו, ואני אמרתי לו הלא כבר כתבת שזה שייך לאשתך, אמר לי אבל אחרי זה מה יהיה, ואמר שאחרי איו"ש של אשתו שזה יהי' שייך חצי לאחיו וחצי ליורשי אשתו. הוא ביקש ממני להחזיק את הצוואה עד אחרי פטירתו ואח"כ לתת את הצוואה לאשתו.

המשיב אח - המנוח הצהיר בביה"ד: נכנסתי אני והרב (ה) ואמרתי לו איך הוא כתב הכל עבור אשתו (כלומר בצוואה הראשונה), חזר וכתב עבור כולם (היינו בצוואה השניה), אבל היה חולה גדול ולא בקשנו ממנו שהוא יחתום. אחי היה בהכרה מלאה עד פטירתו. הכל אמר אחי בפיו וכל מה שהוא דיבר כתב הרב ה' גם את החלק השני של הצוואה הוא בעצמו אמר לכתוב.

לשאלת ביה"ד האזורי עונה המערערת: אני לא מאמינה אלא רק בצוואה ראשונה מה שהוא חתם ע"ז, ויותר אני לא מאמינה.

המערערת הגישה בקשה לביה"ד האזורי ב - ט"ז סיון תשי"ט, לחייב את המשיב לסדר חליצה.

בישיבת ביה"ד האזורי ב - כ"א תמוז תשי"ט טען המשיב שהוא לא מוכן לתת לה חליצה, כי מצות יבום קודמת למרות שהוא נשוי ויש לו שמונה ילדים. לשאלת ביה"ד אם יש בידו לפרנס שתי נשים, משיב: אין בזה דאגה, היא היבמה מסוגלת לפרנס את עצמה. המערערת מסכימה לייבום.

בישיבת ביה"ד י"ד אייר תשכ"א הצהיר המשיב: אני מוכן לתת לה חליצה אבל אני רוצה יותר טוב לקיים מצות יבום.

שוב הגישה המערערת תביעה לביה"ד האזורי, הואיל והנתבע הוא האח היחידי מאב אחד של בעל התובעת שנפטר זה שבע שנים, הנתבע הוא הפכפך, פעם מסכים ליבום, פעם לחליצה ופעם לא לזה ולא לזה, התובעת אינה יכולה לפרנס עצמה, [עמוד 69] ועפ"י הדין חייב הנתבע בזה, היא דורשת איפוא לחייב את המשיב במזונות בסכום של /מאתיים/ ל"י לחדש עד שיחלוץ או ייבם. משיבה: אני חולה, עובדת רק שעתיים ביום, זה מספיק לי רק לחשמל, מים ומסים.

ב - י"ג אדר א' תשכ"ה הוציא כב' ביה"ד האזורי פס"ד: על היבם לחלוץ ליבמתו. אם תוך חודש ימים מהיום לא יסכים היבם לחלוץ, יחליט ביה"ד בדבר תביעת היבמה לחייבו במזונותיה.

עבר חודש ושוב הופיעו הצדדים.

המשיב: אני לא מסרב לתת חליצה אבל בתנאי שתקיים מ"ש בצוואה שתקנה ס"ת על שמו, חוזר וטוען שכבר קנה ס"ת וזה עלה לו שלשת אלפים ל"י, הוא מציע שהיא תתן /אלף וחמש מאות/ ל"י ונגמור, בינתיים פנה המשיב לביהמ"ש המחוזי בחיפה למתן צו ירושה, ביהמ"ש נתן את הצו, חצי הרכוש להיבמה וחצי הרכוש להמשיב ולאחיותיו.

כב' ביה"ד האזורי הוציא פס"ד ביום ד' תמוז תשכ"ה לפיו: א' על היבמה לתת ערבויות לקניית מחצית ס"ת על שם בעלה המנוח,,, עד אלף וחמש מאות ל"י. ב' אחרי שיובטח הסכום הנ"ל על היבם ב' לתת חליצה ליבמתו א'.

היבמה קיימה את הסעיף א' מפס"ד הנ"ל, הביאה ערבים להבטחת סכום הנ"ל ובינתיים לא חלה שום תזוזה בעמדת היבם, והיבמה דורשת לכוף עליו לחלוץ, ועד אז לחייבו במזונות.

שוב בא היבם בטענה שהיבמה תבצע חלוקת הרכוש, היינו שהיא תתן להיבם חצי הבית כפי צו הירושה, והוא מוכן לתת לה חליצה. הוא דורש גם מסים בקשר לצו הירושה.

כפי האמור דחה ביה"ד תביעתה של היבמה, וזה על יסוד האמור בפס"ד המעורער: - אחרי עיון ודיון בדבר ואחרי שיש ספיקות אם הצוואה מועילה לפי הדין, לכן אין ביה"ד מוצא שאפשר לחייב את היבם לתת חליצה, כ"ז שלא יבואו להסדר בתביעת היבם בדבר חלוקת הירושה בפועל וכן בתביעתו להחזרת המסים שהוא שילם על חלקה של היבמה בירושה.

והנה הספיקות שיש לעורר לכאורה בדבר כשרות הצוואה הראשונה, שתים המה: א' מתנת שכי"מ שנתנה בקנין קיי"ל בחו"מ סי' ר"נ סעי' י"ז דלא קנה אפי' מת, שמא לא גמר להקנות לו אלא בקנין ואין קנין לאחר מיתה: ב' הלכה פסוקה באה"ע סי' ק"ז וחו"מ סי' רמ"ז: הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופא, בין שהיו יורשיו בניו או אחיו. וא"כ יש לדון אם יש תוקף להצוואה הראשונה עליה חתומים שני העדים.

לכאורה י"ל דאף כי כל ריעותא כשהיא בפני עצמה, כוחה יפה לבטל הצוואה, אבל בהצטרף שניהם יחד אז מקבלת הצוואה תוקף, כי הטעם - במתנת שכי"מ בכולה שנתנה בקנין - דלא קנה, הוא מכיון: שחז"ל תיקנו שדברי שכיב - מרע ככתובין וכמסורין דמי, וזה שלא רצה ליתן כי אם בקנין סודר,,, גילה בדעתו שאינו סומך במתנתו אתקנת חז"ל אלא שיהיה כשאר קנינים, משו"ה לא מהני, סמ"ע סי' ר"נ סק"ג.

ובחו"מ סי' רמ"א סעי' ד' הובא דעת הראב"ד והרשב"א דהא דאמרינן הכותב כל נכסיו לאחד מבניו לא עשאו אלא אפוטרופוס אם הקנה לו בקנין קנה, הואיל והא דאמרינן לא קנה הוה הילכתא בלא טעמא, והואיל ואין קנין לאפוטרופוס, [עמוד 70] משו"ה סוברים דקנה, ומעתה בשכי"מ שציוה כל נכסיו לאשתו וקיבל בקנין, הרי אין שום גילוי דעת מצד המצוה שלא רצה לסמוך במתנתו אתקנת חז"ל, כי חשש שיש צורך בקנין שלא יבאו לומר שלא עשאה אלא אפוטרופא.

ועיין נוב"י קמא חו"מ סי' כ"ו: - י"ל שלא היה כוונתו בהקנין לדחות את האמירה רק לייפות כוח עשה והיפוי כוח הוא לפי שבאמירה אינו קונה דשלב"ל אף בשטרי פסיקתא, ובאמירה לא שייך לומר כשם שמועילה לדשב"ל מועילה ג"כ למה שלב"ל, שהרי כל אחת היא אמירה לעצמה, לכן קיבל בקנין. ובקנין שפיר שייך מיגו - ואף שהיורש מצי למימר קים ליה כדעה הראשונה שנתבטל כל הקנין ולא קנה מכוח הקנין, מ"מ האמירה נשארת וקני מיהת הנכסים שהיו בעולם מטעם האמירה, ועוד שהרי גם במתנת שכי"מ בקנין לאו במאמר ברור אמר שמואל רק כמסתפק שמא לא כיון להקנות אלא בשטר, ע"ש בסוגיא. ולפי"ז אפילו לא הי' בנידון הזה שום יפוי כוח בהקנין יותר מהאמירה, אכתי אין כאן אלא ספק שמא לא כיון להקנות אלא בקנין.

ושם /נוב"י קמא חו"מ/ בסי' כ"ח: - הא שקיבל השכי"מ בק"ס =בקנין סודר= לא מטעם דלא ניח"ל במתנת שכי"מ אלא שמא אינו יודע הדין שדברי השכי"מ לא צריכי קנין, ובאמת כיון דתיקנו חכמים אפי' הוא אינו יודע שזה קנין אפ"ה מהני אם לא שלא ניחא ליה ואז לא תיקנו רבנן בעל כרחו, אבל אם לדידיה לא איכפת לשום צד ממילא הוא קנין ולכך אמר שמואל כמסתפק,,, וא"כ שהיתה כוונתו רק משום שלא ידע שהאמירה הוא קנין לא נתבטל קנין אמירה שהוא מתקנת חז"ל.

אכן ממ"ש הסמ"ע בסי' רמ"ו סקי"ד מבואר דמ"ש בשו"ע בסעי' ד': אם הקנה לו בקנין קנה, הכוונה קנין ויפוי כוח, אבל קנין בלא יפוי כוח לא מועיל כלל.

ונראה עפימ"ש בחו"מ סי' ר"נ ברמ"א: וי"א דאם הנותן לא ביקש הקנין רק המקבל, הוי כיפוי כוח (תרוה"ד), ובכה"ג אין הקנין גורע מערכו של הצוואה. ובנ"ד התברר שהמצוה לא חשב לקבל בקנין, אלא הר' ה' הוא שאמר לו שיקבל בקנין, וזה מפני שדאג לטובת האשה ורצה להבטיח זכויותיה בצוואה. ועיין תרוה"ד סי' ר"ל: אבל בנ"ד נראים הדברים דהשכיר ביקש לקבל קנין ולא בעל הכתב,,, וכיון דקנין זה לעיולי ליה ממון קאתי לא אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, ובכל מאי דנקנה לו ניחא ליה,,,, והכא נמי דכוותיה.

[ובט"ז סי' ר"נ כתוב: - בפסקי מהרא"י סי' ר"ל כתב דאין לחלק ולומר בעם הארץ דלא בקיאי בדינא ועבדי כולי מילי בקנין אין אומרים שהקנין לגרוע אתי, דא"כ כולה סוגיא איירי דוקא בת"ח כו' ומ"מ נ"ל באם ראינו גלוי דעת שהוא סובר שצריך קנין אז ודאי אין הקנין מגרע].

ואשר להריעותא השניה, לפי הכתוב בהצוואה הראשונה לא נאמר כי הוא נותן לאשתו כל נכסיו, הוא נותן לה הבית כולל המגרש וכל אשר בה, ואמנם מבואר בחו"מ סי' ר"נ סעי' י': שכי"מ שנתן הנכסים שהדבר גלוי שהם כל נכסיו שיש לו ה"ז כמתנה במקצת וצריכה קנין, ואם קנו מידו ועמד אינו חוזר חוששים שמא נשארו לו נכסים אחרים במדה"י עד שיאמר כל נכסי שהם אלו או שהוא מוחזק שאין לו נכסים אלא אלו ואז תהיה המתנה בכולה.

נניח שהמנוח היה מוחזק שהם אלו נכסיו מ"מ החובות הנמצאים בידי אחיו בודאי לא נתן לאשתו כלל, שהם הרי אינם לא בכלל הבית ולא בכל מה שיש לו בבית, וא"כ מן הדין האח מן האב הוא יורש את החובות, הן המלוה הנמצא [עמוד 71] אצלו וגם מה שנמצא אצל אחיו מן האם, אף שציוה שיקנו בכספים הללו ספר תורה על שמו, אבל אין היורש מחויב לקיים דבריו כמו בנודר ומת שאין היורשים צריכים לקיים נדרו, כמבואר ברמ"א סי' רנ"ב, ובציוה לקנות ס"ת אין זה אלא בגדר נדרי מצוה, וממילא לא שייך בנ"ד לומר שלא עשאה אלא אפוטרופא הואיל ונתן הכל לאשתו, כי למעשה במקרה שלפנינו השאיר ירושה לאחיו, והלכה היא דאם שייר כל שהוא בין קרקע בין מטלטלין קנתה כל מה שכתוב לה (אה"ע סי' ק"ז).

ואי משום מצוה לקיים דברי המת, מחויב היורש למלאות אחרי דברי המנוח, הנה בחו"מ סי' ר"נ סעי' כ"ב כתוב: - יש מי שאומר - אם אומר תנו נותנים משום מצוה לקיים דברי המת, וי"א דלא אמרינן מצוה לקיים דה"מ =דברי המת= אלא היכא דאתפסיה ביד שליש, אבל אם היה בידו קודם ולא לשם כך אין בזה משום מצוה לקיים דה"מ כמ"ש הרמ"א סי' רנ"ב סעי' ב'.

ובתשו' רעק"א סי' ק"נ: - אין בכחו לחייב את בניו בזה ומדין מצוה לקדה"מ =לקים דברי המת= ליכא דלא השליש לכך,,, והמעיין בב"י שהביא תשו' הריטב"א (דבציוה ליורשיו לא בעינן שישליש מתחילה לשם כך) ומשם בארה דבתחילה כתב דעת התוס' דבעי השלישו ואח"כ כ' אבל הרא"ה כ' דלא בעי השלישו אלא כל שציוה ליורשים או למי שסיפק בידו, ע"ש מבואר דהריטב"א עושה פלוגתא בזה בין התוס' להרא"ה ולדעת התוס' בעי דוקא השלישו, ודברי הש"ך בסי' רנ"ב דלא כ"כ תמוהים לענ"ד וגם אף להרא"ה זהו רק שהיה הצוואה לבנו,,, ועכ"פ למאי דקיי"ל כר"ת דבלא השלישו אין בזה משום מלקדה"מ =מצוה לקים דברי המת=, [וכ"כ הנתיבות בסי' רנ"ב סק"ב דגם בציוה ליורשיו בעינן שישליש לשם כך לדעת ר"ת].

(ועי' שו"ת הרי בשמים מהדו"ת סי' ק"ח: - לא ידענא מאי הקדש איכא בנ"ד דמה שציוה לכתוב ספר תורה - אין זה הקדש רק נדר לכתוב ס"ת והרי נודר ומת קיי"ל דאין היורשים מחויבים לקיים נדרו).

ובכן להלכה אי אפשר לחייב בכה"ג את היורש לקיים דה"מ. עוד נראה שיש לדון אף לאלה הסוברים דבציוה ליורשיו, על היורשים לקיים דבריו, מ"מ זה נעשה שיור לגבי כותב נכסיו לאשתו, שהרי הלכה פסוקה בסי' רנ"ב סעי' ב' ברמ"א: - כל דבר שנקנה במתנת שכי"מ אם קדמו היורשין ומכרו, המקבל יכול להוציאו מן הלוקח, אבל דבר שלא ניתן במתנה רק שמצוה לקיים דברי המת אם קדמו היורשין ומכרו מה שעשו עשו.

לפי"ז כשמחייבים את היורשים לקיים מה שציוה אביהם, כגון שציוה לתת לפלוני דבר מסוים, למעשה בניו הם היורשים אותו דבר, ומשלהם הם נותנים לפלוני, וא"כ י"ל דזה שעליהם לקיים דה"מ מהוה שיור למה שנתן לאשתו, והאשה זכתה בכל מה שכתוב לה.

אמנם ברמ"א אה"ע סוס"י ק"ז כתוב: - צוה לתת מנכסיו לצדקה הוי שיור ויש חולקים.

והמקור לזה היא התשובה שהובאה בהגהת מרדכי בפ' יש נוחלין. ועובדא הכי הוה, שכי"מ שצוה בעת פטירתו לתת כל נכסיו לאשתו אך היא תתן מנכסי י' ליטרין וס"ת וטלית לצדקה וכל השאר נתון לה, ונחלקו בזה השואל עם הריב"א אם זה מהוה שיור, לדעת השואל לא הוה שיור, והריב"א השיב לו: דהוה שיור לבטל [עמוד 72] האפוטרופסות ולקיים המתנה - שיו"ד /שי'/ ליטרין וס"ת וטלית נשארו ברשותו וברשות יורשין, והוי כמו חוב שמוטל עליהם לפרוע מחמת נדרו ובין הוא ובין יורשיו יכולים לשנותו וליהנות מהם אלא שמוטל עליהם לפרוע כדאמר בפ"ק דערכין - כ"ז שלא באו ליד גבאי ויכול לשנות לכהפ"ח חוץ מס"ת דלקריאה קאי ויורש כרעיה דאבוה ובמקומו.

והנה דעת השואל שם דמחוייבים לקיים דבריו גם מטעם מצוה לקדה"מ וגם משום דברי שכי"מ ככתובין כו', אך דעת הריב"א בסוף התשובה דאין בזה משום דברי שכי"מ ככתובין כו': ומה שהזכרת דברי ש"מ ככתובין כו' אין שייך כאן כיון שהוא ממון שאין לו תובעין אלא מצוה לקד"ה היה שייך להזכיר כאן,,, דחילוק גדול בין דברי ש"מ ובין מלקדה"מ, כי מטעם דמלקד"ה אין זוכה כלל אלא שכופין היורשין לקיים מצות אביהם - ואם באו היורשין ונתנוהו או מכרוהו לאחר אין לו טענה על הלוקח,,, אבל מטעם דברי ש"מ ככו"כ =ככתובים וכמסורים= דמי זכה באותו חפץ לגמרי.

ואם כן - לפי דברינו - למה בתחילת דבריו הוצרך לתת טעם דמשוה"ט הוה שיור משום דיכולים לשנותו וליהנות מהם תיפו"ל מחמת זה גופיה דאין במצוה לקדה"מ משום קנין, ומשלהם נותנים להם.

ואפשר משום דאכתי לא נחית למה שהעלה לבסוף, ולדבריו של השואל קאמר.

ומ"ש הרא"ש בתשו' הו"ד בטור אה"ע סי' ק"ז: ראובן חלה וצוה מחמת מיתה כל נכסיו לאשתו, אמנם שיהיו כולם משועבדים לתת ולפרוע מהם כל שנה עד עולם כל החלק שיש עלי לתת לצורך בית המדרש הידוע לנו,,, תשובה, המתנה שנתן לאשתו היתה בלא שיור כי לא הניח ליורשיו כלום ומה שצוה לתת לביהמ"ד מוכיח מתוך לשון הצואה שהיה חייב כבר,,, ואף אם היה מתנה אין כאן שיור כיון דבפעם אחד חלק כל נכסיו, י"ל דהרא"ש לא חולק על הריב"א, ומ"ש דאף אם היה מתנה אין כאן שיור, היינו משום דבנ"ד ציוה לתת: לבית המדרש הידוע לנו ובמקנה לאנשים ידועים או לגבאי עניים דהזוכה הוא מבורר קונים באמירה בלחוד. עי' מחנ"א ה' צדקה סי' ב'. ועי' מרדכי מגילה פ' בני העיר: בראובן שאמר קרקע זו אני נותן לבנות עליה ביהכ"נ,,, ראובן נמי לא מצי לשנות ולמיהדר דלא גרע מהאומר אתן לפלוני,,, כ"ש הכא דאיכא נמי עניים בעיר דנעשה נדר ולא מצי מיהדר ביה (וכ"ה בשו"ע או"ח סי' קנ"ג סעי' י"ד, ובמג"א שם דהוה כנודר לצדקה), ולא גרע מכח הדיוט דקנה במתנת שכי"מ, ועי' קצוה"ח סי' רנ"ב סק"ה ובנתיבות שם סק"ג.

ברם במקרה שלפנינו לא ציוה המנוח למסור הס"ת לביה"כ או לצדקה, כעובדא דהגה"מ הנ"ל. בנדון דנן ציוה רק: ותקנה ספר תורה על שמי, שלפי זה הס"ת נשאר רכושו של היורש, ופשוט דהוה שיור בהנכסים שנתן לאשתו.

ומה שמסר כתב הצוואה לידי אחד מן העדים ע"מ שהוא ימסור לאשתו לאחר איו"ש ולא מסר כתב הצוואה לידי אשתו, אין בזה חסרון בצוואה, כמבואר בחו"מ סי' ר"נ סעי' כ"א: - הא דאמרינן שאם ציוה שכי"מ שיכתבו שטר למקבל עם הנתינה חוששין שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, דוקא בכה"ג, אבל שכי"מ שמסדר עניניו וגומר צוואתו ומצוה לכתבה, אינו מצוה לכתבה אלא לזכרון בעלמא וגמר להקנות מיד ואין צריך יפוי כוח.

וגם שיבא לידו מחיים אין צריך, ומ"ש וכבר נתבאר סעי' י"ט דבעינן שבאה [עמוד 73] הצוואה ליד המקבל מחיים, אותה הגהה קאי אמ"ש בריש הסעיף דשמא לא גמר להקנותו אלא בשטר (סמ"ע).

וד"ז מבואר ברא"ש פ' מי שמת סי' ל"א: - אבל אם מסר לו השטר מחיים לא בעי יפוי כח אם נכתב השטר בלשון צוואה כדרך שכי"מ שמצוה אל ביתו דאינו עומד אלא לראיה, דאיכ"ל משנמסר לו השטר היתה דעתו שתתקיים צוואתו ולא אמר שמא לא גמר להקנותו וכו' אלא כשלא בא לידו השטר מחיים אף על פי שגם עתה נוכל לומר שצוה לכתוב לראיה בעלמא וגמר להקנות בלא שטר, מ"מ יש לחוש אחר שאמר כתבו ותנו לא רצה שתתקיים הצוואה עד שיבא לידו כתב ראייתו.

וא"כ כשלא אמר כתבו ותנו אלא כתב צוואה כדרך שכי"מ המסדר עניניו אין צורך שיגיע שטר הצוואה לידי הזוכה מחיים.

ובפלוגתא דרבוותא קיי"ל דמועילה תפיסה אף בקרקע, עי' בדיני תפיסה להנתיבות אות כ"ב (ובב"ש סי' ק"ז סק"א).

וכ"ז לענין הצוואה הראשונה, אך לגבי הצוואה השניה, מלבד מה שאמר המנוח - לפי דברי העד - שהוא מוסיף על הצוואה הראשונה, היינו שרצונו הי' גם אז שבהחובות הנמצאים בידי אחיו תקנה ס"ת על שמו, - הלוא לא ציוה לטובת אשתו אלא שתהיה לה זכות בנכסים כל ימי חייה: - וכל רכושו כולל הבית והמגרש יהיו ביד אשתו כל ימי חייה כמ"ש בצוואה הנ"ל ואחרי איו"ש של אשתו יחולק הרכוש בין יורשי אשתו ובין אחיו,,,.

היינו כמו שאומר בצוואה הראשונה: הכל יהי' לאשתי לטובתה,,, יהיה לאשתי לבדה, ואחרי ימיה תהי' מחצית הנכסים ליורשיה ומחצית לאחיו, והרי זה בגדר נכסי לך ואחריך לפלוני.

והריב"א ז"ל בתשו' הנ"ל פסק בנכסי לך ואחריך לפלוני דקיי"ל כרשב"ג דאין לשני אלא מה ששייר ראשון, א"כ בה תלוי השיור ואם תרצה לא תשייר כלום א"כ ע"כ למתנה נתכוון דאיך יהיה עיקר טפל וטפל עיקר ובלשון אחריך הראשון עיקר והוא יהיה לאפוטרופוס והשני למתנה.

ועי' ברמ"א אה"ע סי' ק"ז ס"ט ובח"מ וב"ש, ובבית מאיר שם כתוב: - דע"כ לא נסתפק (השואל) דלהוי מתנה בכולה כי אם משום דקיי"ל כרשב"ג דאם למתנה נתכוין אין לשני אלא מה ששייר הראשון, אבל לרבי לא היה נחשב אלא בשיור וממילא בנותן אחריה ליורשיו שהשני מוציא מן הלקוחות, לא צרכינן לטעם עיקר וטפל דלא הוה מתנה בכלל,,, דהא מה דקיי"ל ביורש שמוציא, היינו משום דהוה כמו לעצמו וחשבינן דהשאיר מעכשיו לעצמו או ליורשו זכות זה,,, ולע"ד להכי נקיט הרמ"א ז"ל ואחריה ליורשי להורות ע"ז דבזה נמי שייך הטעם של טפל ועיקר ומכ"ש באחריך לאחר. ויש לדון דכ"ש בנ"ד - לשיטת גדולי המפרשים שהביא הנמוק"י בפי"נ דמתנת שכי"מ שאינה חלה עד לאחר זמן שהירושה מעכבתו למקבל מתנה, אמרינן דירושה אין לה הפסק, עי' נתיבות סי' רמ"ח סק"א, ולפי"ז אם נאמר דלא עשאה אלא אפוטרופא, נמצא שכל רכושו עובר בירושה לאחיו שהוא יורשו היחידי, ושוב אין מקום למה שאמר שאחרי איו"ש של אשתו יחולק הרכוש בין יורשי אשתו ובין אחיו, כיון שאחיו נכנס לנכסיו כיורש, ירושה אין לה הפסק (עי' חו"מ סי' רמ"ח) וע"כ למתנה נתכוון.

ובצוואה שניה לא קיבל קנין, ואף אם היתה מתנה במקצת, א"צ קנין משום דהוה [עמוד 74] מצוה מחמת מיתה, כמבואר בסי' ר"נ סעי' ח': שקפץ עליו החולי והכביד עליו חליו ובנ"ד כפי האמור לעיל הרופא קבע שאין סיכויים שיבריא ממחלתו והי' חלש מאד עד שבקושי רב חתם בצוואה הראשונה, ובשניה כבר לא הי' בכחו לחתום, אלא שבצוואה השניה אין שני עדים רק עד אחד מעיד ע"ז.

ועיין סמ"ע חו"מ סי' רנ"ג סעי' א' שיש תוקף לצוואת שכי"מ גם בלי עדים, וז"ל: - דברי שכי"מ ככתובין וכמסורין דמי כל מה שמצווה - אפי' בינו לבינו כשאין מכחיש בדבר, ובגנת וורדים כלל ה' סי' י"ב הובאה דעת המבי"ט דמועילה צוואת שכי"מ גם בלא עדים, ואם היורשים מודים שכן ציוה המוריש מחויבים לקיים צוואתו, והר"מ בן חביב כתב דגם להרשד"ם אין צורך בעדים לעצם חלות הצוואה, כי לא איברי סהדי אלא לשקרי, ורק אם ציוה שלא בנוכחות עדים יתכן שציוה כן כמשחק וכמהתל, או שרצה לדחות אם מקבל המתנה מעליו, אבל אם היורשים מודים שהשכי"מ ציוה מה שציוה בלב שלם וברצון גמור ושוללים החששות הנזכרות, מועיל גם להרשד"ם. ובמקרה דנן - כפי האמור - היורש הוא אשר הטה לבב אחיו והוא אשר השפיע עליו לסדר הצוואה השניה והוא אשר רוצה בקיומה של צוואה זו.

לפי"ז אין שום מקום לדרישת היבם שהיבמה תסכים למכור את הרכוש ולמסור מחציתו לו, הואיל ואף לפי הצוואה השניה יש לה הזכות להשתמש בכל הנכס כל ימי חייה, ואיהו הוא דאפסיד אנפשיה בכספים שהוציא בערכאות עבור צו הירושה, כי ההוצאות שהוציא - לפי דבריו - שלא ברשותה הוציאם. ואף ביורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות לא יכול לתבוע ממנו הכספים שהשקיע בשדהו אלא מה שהשביח - אם השביח - את השדה. משא"כ בנ"ד שמן הדין זכתה המערערת בכל מה שבידה, הואיל והיא תפוסה בכל הרכוש, ויכולה היבמה לומר שאיננה מאמינה שחזר בו בעלה מהצוואה הראשונה, שהרי הצוואה השניה לא נעשתה בפני שני עדים ורק עד אחד מעיד ע"ז, ואין מקום בכה"ג לשבועה (אפי' אם היו מטלטלין) שאין עד אחד קם לשבועה כשהעד מודה שהלה אינו יודע, עי' בש"ך סי' ע"ב ס"ק נ"א, ועי' בשו"ת שבות יעקב ח"ב סי' קס"ט שאפילו חרם אין להטיל על יורש שיקבל עליו בחרם שאינו מאמין מה שאומר העד הואיל והתורה לא האמינתו לע"א, ע"ש. ואין לה איפוא שום הנאה בזה שהוציא צו אשר לפיו רק מחצית הנכס רשום כשלה.

ואין לפסול את הצוואה מטעם מתנה טמירתא הואיל ולא הזכיר: כתבוה בשוקא וחתמו בפרהסיא, לפימ"ש בחו"מ סי' רמ"ב סעי' ו': שכי"מ שציוה ואמר לא תגלו מתנה זו ולא תודיעו בה אדם אלא לאח"מ =לאחר מותי=, ה"ז מתנה קיימת שבעת שהקנה אותו שהוא לאחר מותו הרי אמר גלו אותה. מצוה מחמת מיתה [היינו לאחר שלשה ימים לנפלו למשכב ואם תקף עליו החולי אפי' תוך ג' ימים מיקרי מצוה מחמת מיתה, סמ"ע] אין צריך לומר גלו את המתנה אלא אעפ"י שהיא כתובה סתם, אין חוששין לה שמא מסותרת היא.

והוא מדברי רה"ג הו"ד ברי"ף פ"ג דב"ב: - כתב רבינו האי גאון זצ"ל לא רגילינן בצוואות למיחש לסתמא ומעשים בכל יום כדנפקא פקדתא דמצוה מחמת מיתה במתנה מקיימינן לה וגבינן לה ולא חיישינן למאי דלא כתוב בה בפרהסיא, ועוד כ' ז"ל שכי"מ דאמר לא תגלו הא תפקידתא אלא לאח"מ =לאחר מותי= לא הויא מתנתא טמירתא כו'. ובשלטה"ג =ובשלטי הגבורים= שם /פ"ג דב"ב/: שאין מטריחין על שכי"מ יותר מדאי, וזה כמ"ש הב"י: דמתוך [עמוד 75] טרדתו אינו יכול להאריך ולומר כתבוה בשוקא, כשם שהקיל ר' שמעון שזורי במסוכן האומר כתבו גט לאשתי.

ופליגי בזה הקצוה"ח והנתיבות, אם יש הבדל בין שכי"מ למצוה מחמת מיתה בדין זה להקצוה"ח אין שום הבדל ביניהם ובשניהם אם כתוב סתמא, אין חסרון בזה שלא כתוב כתבוה בשוקא כו', אך אם במפורש אמר להסתיר דבר לא מהני גם בשכי"מ וגם במצוה מח"מ =מחמת מיתה=, ורק באמר לא תגלו אלא לאחר מותי המתנה קיימת מטעם שבעת שהקנה להם הרי אמר גלו אותה; ולהנתיבות חלוק דינם דוקא במצוה מחמת מיתה דאין אדם מחניף בשעת מיתה, משו"ה המתנה קיימת אם כתוב בסתמא, אבל במתנת שכי"מ בכולה דאין אנו יודעים כלל שהוא מח"מ רק מחמת אומדנא שהוא נותן כל נכסיו, א"כ י"ל דעושה הכל מחמת חניפה ושוב ליכא אומדנא דעושה מח"מ, ולכן יש צורך שיהי' כתוב במתנת שכי"מ ותגלו לאחר מיתה.

עכ"פ בנ"ד שנתברר שבעת שערך הצוואה הראשונה, תקף עליו החולי עד שהיה חלוש מאד ובקושי חתם, הרי זה בכלל תקף עליו החולי, ואין חסרון במה שלא אמר לפרסם את המתנות, לכו"ע.

[ועיין חו"מ סי' הנ"ל סעי' ה' די"א דהאידנא כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם הוי כאילו אמר כתבוהו בשוקא וחתמוה בפרהסיא. וברעק"א סי' קל"ט. אך בשו"ת בית יצחק חו"מ סי' נ' כתוב בשם הרדב"ז בכל מתנה אף בלא נכתב כתבינהו בשוקא המנהג להכשירו].

ובכן לפי כל האמור אין בידי המשיב לעכב את מתן החליצה על יסוד תביעותיו הנ"ל.

ומעתה נחזה אנן אם יש מקום להיעתר לדרישת היבמה לכפות על היבם לחלוץ ואם אפשר לחייב אותו במזונות עד שיתן חליצה.

בטרם נבוא לעצם הענין שלפנינו, ברצוננו להקדים מ"ש ביבמות ק"ו: חליצה מעושית וגט מעושה זימנין כשר וזימנין פסול, הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני, דנראה דדין כפיה לחליצה שוה לכפיה לגט, היינו דחליצה מעושית שלא כדין בטל מן התורה, אף שלכאורה הבדל עצום ביניהם, והרי דעת המהרי"ט במ"ש בחליצה עד שיכוונו שניהם, לא אמרו אלא למעוטי חליצה מוטעת אבל היכא דיודע שבחליצה זו נפטרת ממנו א"צ שיהא בכוונת הלב באותה שעה, ובקצוה"ח סוס"י רע"ה הוכיח כדבריו ממ"ש הרמב"ן בחידושיו ליבמות ק"ו דמ"ש גבי חליצת חרש משום דלאו בני קריאה נינהו וה"ק /והק'/ תיפו"ל עד שיתכוונו שניהם, ותי' ע"ז: ואיכ"ל אף על פי שחרש כשוטה לענין מצוה, מ"מ יש לו מקצת כוונה כשאחרים עומדים ע"ג, והא דתניא עד שיתכוונו שניהם לאפוקי חלץ לה ובכך אתה כונסה, אבל נתכוון להוציאה ממנו בחליצה זו, היינו כיוונו וחרש יכול לכוון כוונה זו ברמיזה. מבואר בדבריו כמ"ש המוהרי"ט ודלא כהחכ"צ סי' א' (וכן הכריעו כמה אחרונים ז"ל), ומכיון שאין הכוונה בגדר הקנאה שיש צורך לרצון החולץ, שאילולי כן לא יתכן שבחליצת חרש יהי' בי' ממשא, ושיועיל גדול עומד ע"ג (לפי הס"ד), וא"כ הרי י"ל דדוקא בגט דבעינן רצונו של הבעל להפקיע את האישות וכמ"ש הרמב"ם פ"א מה"ג: - ועשרה דברים הן עיקר הגירושין מן התורה ואלו הן שלא יגרש האיש אלא ברצונו - ומניין,,, שנאמר והיה אם לא תמצא חן בעיניו וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה ושלחה מביתו, אם לא תמצא חן בעיניו, מלמד שאינו מגרש אלא ברצונו (ועי' רשב"ם ב"ב מ"ח ע"א ונתן מדעתו [עמוד 76] משמע), ולכן בגט אם כפו אותו בע"כ שלא כדין, כגון ששמו אותו במאסר עד שיגרש אף שהוא דורש ומבקש לתת את הגט ובלבד שיוציאו לחפשי מ"מ הגט בטל, כל עוד ומרחף עליו האונס, אבל בחליצה שאין לנו ברצונו של החולץ ורק כוונה בעינן שידע שבחליצה זו היא ניתרת לעלמא, מנלן דחליצה מעושית באופן הנ"ל, שאין לה ממש מן התורה.

ובפנ"י קדושין דף נ' כתוב: תדע דהא אי לאו דכתיב לרצונו הו"א דכופין אותו אפילו בע"כ אם עומד וצווח - כמו על כל מצות עשה.

ועיין ביום תרועה למוהר"ם בן חביב ז"ל ר"ה כ"ח: אבל במ"ע כגון שא"ל עשה סוכה ואינו עושה כו' אלמא דיוצא י"ח בעשיית המצוה בעל כרחו אפילו שלא יאמר רוצה אני, ודוקא בקרבן וגט מעושה בעינן דלימא רוצה אני,,, דהו"ל כאילו הוא כיון לצאת כדאיתא פ"ב דחולין דף ל"א בנדה שנאנסה וטבלה ר"א טהורה לביתה,,, הרי דהאשה דאנסה לחברתה ואטבלה אפי' למ"ד דטבילת נדה להתירה לבעל בעי כוונה, כוונת חברתה מועילה לה כאילו נתכוונה היא.

והנה המוהרי"ט בחאה"ע סי' ט"ז משוה כוונת חליצה לכוונת שחיטה למ"ד צריך כוונה וז"ל שם: - דלא אמרו בגמרא שיכוונו שניהם אלא לאפוקי חליצה מוטעת,,, אבל היכא דסברי ליה וסבר שבחליצה זו נפטרת ממנו, אין צריך שיהיה בבינת לבו באותה שעה, אלא אעפ"י שבשעת חליצה הסיח דעתו והיה מהרהר בדברים אחרים, שפיר דמי כל שיודע שחליצה זו מתרת, דכה"ג אמרי' בפ"ב דחולין מאן תנא דלא בעי כוונה לשחיטה ר' נתן הוא,,, זרק סכין לנעצה בכותל והלכה ושחטה כדרכה ר' נתן מכשיר ורבנן פוסלים, אלמא רבנן דבעו כוונה לשחיטה היינו לאפוקי בכוונת נעיצה בכותל,,, הכא נמי עד שיתכוון שידע שבחליצה זו נפטרת, ותדע שהרי הרמב"ם ז"ל הביא דין חליצה מוטעת ולא הביא דין שיכוונו אלמא כל שאינה מוטעת זו היא כוונתם.

לפי"ז צ"ע מנלן דחליצה מעושית, וכ"ש באופן שהוא בעצמו מבקש לסדר החליצה בכדי להינצל מהאונס המאיים עליו, דחליצה זו בטלה מן התורה.

ואפילו לדעת הסוברים דכוונת חליצה כוונת הקנאה היא, אכתי תיקשי לפימ"ש הנתיבות סי' ר"ה לחלק למה במכר קיי"ל בתלוהו וזבין הוה זבינא אף אם לא אמר רוצה אני ומשום דאגב אונסא וזוזי גמר ומקני, ואילו בגט בעינן שיאמר רוצה אני, כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מה"ג, והלוא גם בגט נימא דאגב אונסא גמר ומגרש דמכיון שהוא מחויב לגרשה הוה כמו מכר, דאגב אונסי' וזוזי ואגב אונסי' ומצוה תרווייהו שקולים הם (עי' תוס' ב"ב דף מ"ח), וההבדל הוא דבגט בעינן ריצוי הלב וכמ"ש הרמב"ם הנ"ל מקרא דואם לא תמצא חן בעיניו, ובמכר אין צורך לריצוי הלב, ומשוה"ט =ומשום האי טעמא= במכר א"צ שיאמר רוצה אני, ולכן הוצרך הרמב"ם להסביר למה באמת הגט כשר שהרי הוא אנוס, משום שאין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחויב בו מה"ת, כגון מי שהוכה עד שמכר או עד שנתן אבל מי שתקפו יצה"ר,,, אין זה אנוס ממנו אלא הוא אנס עצמו בדעתו הרעה,,, וכיון שהוכה עד שיאמר רוצה אני כבר לגרש לרצונו.

ולפי"ז אף אם נאמר דהחולץ צריך לכוון בשעת חליצה כוונת הקנאה, וכדעת החכ"צ, מ"מ ז"פ שאין צורך לכוונת הקנאה יותר משארי הקנאות כגון מכר וכיוצ"ב, ולמה אמרו ביבמות ק"ו דבעינן בחליצה מעושית שיאמר רוצה אני, הן אמנם ברמב"ם פ"ד מה"י לא הזכיר בלחצוהו ישראלים והכהו עד שחלץ דבעינן שיאמר רוצה אני, [עמוד 77] כמו"ש לענין גט בפ"ב מה"ג ה"ב, וצ"ע דבגמ' שם /יבמות ק"ו/ מפורש דבעינן שיאמר רוצה אני.

מ"מ ממ"ש הרמב"ם שם בפ"ה מה"י הכ"ה ואם העכו"ם אנסוהו מעצמן אם שלא כדין אינה חליצה, כ"מ שאמרנו אינה חליצה הרי הוא כאילו לא נחלצה - ומותרת להתייבם, מבואר דמן התורה לית בה ממשא, מכיון שהוא רשאי אח"כ לייבם אותה, ואינה עומדת באיסור אשר לא יבנה, כיון שלא בנה כו'.

[אלא שגם להרמב"ם יש הבדל בין גט לחליצה לענין מסירת מודעא, דבגט אינו גט כלל, ובחליצה פסק דלא הוה אלא חליצה פסולה (עי' בריב"ש סי' תפ"ב), וכן לפי גירסת הטור ברמב"ם באנסוהו עכו"ם לחלוץ אם היה הדין נותן שיחלוץ חליצה כשרה ובגט פסול בכה"ג, עי' טור סי' קס"ט, וכ"ה במאירי יבמות ק"ו].

אכן מצאנו להשאילתות שיטה אחרת בחליצה מעושית, והוא בשאילתא תצא, קנ"ד, ז"ל: - ברם צריך למימר אילו מאן דאמר לא חליצנא ושקלי בי דינא לכרעיה ואחתיה ואתת יבמה וחלצתיה, מי שמה חליצה או לא, מי אמרינן וחלצה נעלו אמר רחמנא מדעתיה או דילמא חליצה מ"מ אפילו בעל כרחו, ואת"ל על כרחיה לא הויא חליצה, מיהו חליצה מוטעת מאי, ה"ד כגון שאמרו לו חלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתיים זוז א"נ חלוץ לה ובכך אתה כונסה, מאי, מי אמרינן כיון דמוטעת היא לא הויא חליצה, או"ד =או דילמא= כיון דמדעתיה קא עביד אף על גב דמוטעת היא הויא חליצה, ואת"ל חליצה מוטעת כשרה, גט מוטעה מאי, מי אמרינן ל"ש גט ול"ש חליצה לרצונו בעינן, או"ד שאני גט דבעינן לרצונו [לדעתו עפ"י גירסת כ"י, הע"ש],,, ולענין שאילתא דשאילנא קדמיכון, ת"ש דאמר רבא חליצה מוטעת כשרה מעושת פסולה גט מעושה כשר,,, גט מוטעה לעולם פסול גט מעושה כשר והוא דאמר רוצה אני, חליצה מעושה אמר רוצה אני כשרה, ל"א רוצה אני פסולה.

ובהעמק שאלה שם /שאילתות, שאילתא תצא קנ"ד/ אות י"ג: חליצה מעושית דאינה חליצה הוא באופן שכתב רבינו דשקלי בי דינא לכרעיה ואחתיה ואתת יבמה וחלצתו, הא ודאי לאו חליצה מיקרי, אבל אם כפו אותו ב"ד בשוטי עד שפישט רגלו וחלצה שפיר מיקרי חליצה ומכ"מ פסולה מדרבנן כמו בכפיה דכותים ע"פ דין, ואם כי סוגית הש"ס נראה דגט וחליצה תרווייהו כהדדי נינהו וגם חליצה מעושית לא הוה חליצה כלל, מכ"מ דעת רבינו בריש הסימן נראה כמ"ש, וצ"ע לדינא.

והנה מתוך דעת השאילתות מבואר דגם בגוונא: דשקלי בי דינא לכרעיה - ואתה יבמה וחלצתיה באומר רוצה אני הוה חליצה כשרה, [וזה דלא כמ"ש בעונג יום טוב סי' מ' בהג"ה אם הושיטו רגליו בחזקה והיא חלצה נעלו מעל רגלו לא מהני גם אם אמר רוצה אני].

לפי"ז אם נאמר דגם הרמב"ם מפרש כהשאילתות דחליצה מעושית דאיירינן בה ביבמות שם /יבמות ק"ו/ מיירי באופן דשקלי לכרעיה,,, א"ש, דבכה"ג בודאי אם לא אמר רוצה אני לית בה ממשא, שהרי היבם לאו מידי עביד.

וגדולה מזו כ' הנתיבות בסי' ר"ה, דאפילו בתלוהו וזבין והמוכר לא קיבל את הכסף בידו, אלא הקונה זרק לו הכסף לתוך כיסו, אם לא אמר רוצה אני לאו כלום הוא, וה"ה בחליצה. ומ"ש הרמב"ם: לחצוהו ישראלים והכהו עד שחלץ אם כדין עשו חליצתו כשרה, מיירי דאמר רוצה אני וסמך עצמו עמ"ש בה' גירושין, ובכה"ג אם העכו"ם אנסוהו שלא כדין אינה חליצה ולאו כלום היא.

אכן מסתימת הפוסקים, וכן ממ"ש באה"ע סי' קס"ט סעי' נ"ג: דין חליצה [עמוד 78] מעושית ע"י ישראל או ע"י עכו"ם דינה כדין גט מעושה שנתבאר בסי' קל"ד, משמע דאין שום הבדל ביניהם.

והנה הלכה פסוקה באה"ע סי' קס"א סעי' ד' ביבם שאינו רוצה לא לחלוץ ולא ליבם שכופין אותו לחלוץ, והכוונה היא דכופין אותו בשוטי /בשוטי'/, עי' כנה"ג הגה"ט סק"ו דכ"כ הראנ"ח בשם מהר"ם וכ"כ הב"י בסי' קס"ד בשם מצאתי כתוב: - יבם שדוחה את יבמתו מלחלוץ וליבם - אם אין יכולין להטעותו כופין אותו בשוטים,,, הולכים אצל הגדול למיכפייה וכל היכא דאיכא כפייה פר"י אפי' בשוטים, ועוד דמצוה על היבם לחלוץ או ליבם ומ"ש משאר מצות דאמרינן שמכין אותו עד שתצא נפשו, וכ"פ התשב"ץ ח"ב סי' ק"פ דכפי' זו אפי' בשוטים ושכן כ' הרשב"א דכל שכופין אותו לחלוץ כופין אותו אפי' בשוטים.

אך ברמ"א סי' קס"ה סעי' א' כתוב: אבל אם אומר שאינו רוצה לא לייבם ולא לחלוץ כופין אותו, ודוקא בבאה מחמת טענה כדרך שנתבאר לעיל סי' קנ"ד, היינו דאין כופין אא"כ באה מח"ט =מחמת טענה= בעינא חוטרא לידי כו', ומעתה בנ"ד שיש להיבמה בן ובת מבעלה הראשון אי אפשר לכפותו לחליצה.

אמנם בבית מאיר שם /אה"ע סי' קס"א/ כתוב: - לע"ד סתימת הפוסקים לא משמע הכי, וכן התוס' פ' אעפ"י דף ס"ד נראה דאינם מחלקים ולא מוקמי להמסקנא מה שנאמר חוזרין אצל הגדול למכפייה דדוקא בבאה מח"ט,,, וכן מוכח דעת התוס' והרא"ש ביבמות דף ס"ד דכופין לפי שמנעה מכל מיני אישות,,, והרמב"ם בפ"ב מה"י שכ' כופין לחלוץ ולא ליבם נראה ודאי דאזיל בשיטה זו דאם אין רוצה לא לחלוץ ולא לייבם כייפינן בלא טענה וכן מוכח דעת הרי"ף,,, ולכן סתימת הגהות ש"ע דהכא למעשה צ"ע.

ומצטרפים לראשונים הנ"ל גם הרא"ה והריטב"א ז"ל הו"ד בשט"מ כתובות ס"ד: ואחרים תי' והוא הנכון דל"א טענה דזיל לא מפקדת אלא כשתובעת יבום והוא אינו רוצה ותובעת לכתוב עליו אגרת מרד, משום הא לא דיינינן לי' כמורד לקנסו ממון כיון דלא מפקדת אפו"ר, אבל ודאי כופין אותו לכנוס או לפטור כשאפשר בשתיהן או כופין אותו לחלוץ כשאינו ראוי לכנוס שלא תהא אלמנות חיות, הריטב"א, והרא"ה כתב, קשה דאמרי' התם הנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה כופין אותו לחלוץ ול"א לה זילי דלא מפקדת, ואיכ"ל דה"ה דיכול לאקשויי מינה ובמסקנא הא ליתא להאי טעמא.

[ובמ"ש שם /כתובות ס"ד/ בגמ' דאתיא מחמת טענה דאמרה בעינא חוטרא לידה ומרל"ק =ומרה לקבורה= כ' הרא"ה ז"ל ולאו דוקא דקא בעיא איהי למטען אלא כלומר דאיכא נמי טעמא ואפי' היו לה בנים שאינה יודעת איזה יכשר, ה"נ בבאה מח"ט דכיון דפרישנא דהוא אינו רוצה לא לחלוץ ולא לייבם לאו כל כמיניה דמעגן לה,,,].

ועי' שו"ת עין יצחק ח"ב סי' ס"ב שהוסיף שכן דעת הרא"ש והרשב"א ביבמות ק"ו והר"ן ומהר"ם מרוטנברג, כולהו ס"ל דאף שלא באה מח"ט כופין אותו לחלוץ, ושיטת הגהת אשרי בכתובות פ' אף על פי, בשם מהרי"ח, הסובר דבלא באה מח"ט לא כייפינן לחלוץ, הוי יחיד לגבי כל הפוסקים הנ"ל. ואמנם הלבוש באה"ע סי' קס"ה השמיט מ"ש הרמ"א דבעינן באה מח"ט, משמע דס"ל להלבוש דאף בלא באה מח"ט כופין אותו לחלוץ, והנכון עם הלבוש שמשמיט לדברי הרמ"א, עכ"ד עין יצחק הנ"ל.

מ"מ למעשה פוסק בשו"ת עין יצחק הנ"ל שאין כופין לחלוץ כי מי ירום ראש נגד הרמ"א.

[עמוד 79] והנה הבאנו לעיל מ"ש הב"י בשם מ"כ ועוד דמצוה על היבם לחלוץ או לייבם ומ"ש משאר מצוות דאמרינן שמכין אותו עד שת"נ =שתצא נפשו=, ובתשו' הרד"ך בית ב' חדר י"ג פסק ביבמה קטלנית כופין ליבם לחלוץ אף שלא שייך שם ענין עיגון, וע"כ דסובר דכופין מטעם דס"ל דחליצה הוי מצוה, וכמ"ש הרמב"ם פ"א מה"י מ"ע מה"ת לחלוץ אם לא רצה לייבם שנאמר וחלצה נעלו, וכן שאר מוני המצוות מונין חליצה למ"ע. [ועי' שד"ח מערכת כ"ף כלל ק"ה דמני ואזיל אשלי רברבי הסוברים דמצות חליצה היא מ"ע ככל המצות, ולא משום לתא דעיגון דידה היא].

אכן לשיטת הרי"ח המובאת ברמ"א הנ"ל דלא כייפינן ליה אא"כ באה מח"ט, לכאורה טעמא בעי נהי דמשום לתא דידה אין להזדקק לכוף אותו, והיא לאו בעלת דברים דידיה דאמרינן לה זיל לא מפקדת, מ"מ למה אין חיוב על בי"ד לכפותו לקיים מ"ע של חליצה. ועיין בתשו' חכ"צ סי' א' דגם איהו ז"ל סובר דיסוד הכפיה בחליצה הוא רק משום עיגון דידה, וחקר שם בטעמו של דבר למה באמת לא כייפינן ליה משום מ"ע דחליצה.

והנה לפי דעת רוה"פ ההולכים בשיטת הרי"ף והרמב"ם דמצות יבום קודמת, י"ל דמשוה"ט אין כופין אותו לחליצה מצד המ"ע, שהרי עי"ז מתבטלת מצות יבמין, ושמא במשך הזמן תשתנה דעתו ויתרצה לייבמה, ולכפותו לייבם אי אפשר שהרי התורה מסרה את הדבר לדעתו ולרצונו של היבם - אם לא יחפוץ וגו'. [וזה לא משנה מה שבזה"ז אין נוהגין ביבום, כמבואר בסי' קס"ה דאם הוא רוצה לייבם אין כופין אותו לחלוץ אף בזה"ז ואף בבאה מחמת טענה], ולפי"ז במקרה ומצות חליצה קודמת אז באמת על ביה"ד לכופו לחלוץ מדין בית - דין (עי' קצוה"ח סי' ג') ולא מצד תביעת היבמה.

וא"כ לפימ"ש הריב"ש בסי' ש"ו: דאפילו לדברי הגאונים ז"ל שפוסקין דמצות יבום קודמת, בנדון זה שהיבם נשוי, לכו"ע מצות חליצה קודמת דהא קיי"ל שנותנין לו עצה ההוגנת לו, איך ישיאו לו ב"ד עצה לבטל מצות יבום הקודמת, אלא ודאי כל שיכניס קטטה לתוך ביתו אם הי' מיבם, מצות חליצה קודמת, וכ"ש באופן שא"א לי' למיקם בסיפוקייהו, בכגון זה אף בלא באה מח"ט שלפי שיטת הרי"ח ז"ל אין להזדקק לתביעתה לכוף את היבם שיחלוץ, מ"מ י"ל דעל ביה"ד לכוף מצד קיום מ"ע של חליצה.

ובנ"ד כפי האמור היבם נשוי ויש לו שמונה ילדים וכפי שהודה בעצמו אי אפשר לי' לכלכל שתי נשים אלא שהוא תולה עיניו ביבמה שהיא מסוגלת לעבודה, בכה"ג י"ל דכופין אותו לחלוץ לקיים המ"ע של חליצה כי בזה לכו"ע מצות חליצה קודמת.

ובכן לדעת רוב רובם של הפוסקים כופין אותו לחליצה גם כשלא באה מח"ט. ואף לדעת מוהרי"ח הו"ד בתרוה"ד, והרמ"א פוסק כוותיה י"ל דבמקום שמצות חליצה קודמת, על ביה"ד לכופו לחלוץ אם לא משום לתא דידה הואיל ולא באה מח"ט, מ"מ כופין אותו מדין ב"ד.

והנה בשו"ת עין יצחק אף דמסיק - כאמור לעיל - דאין כופין לחלוץ כשלא באה מח"ט, מ"מ פסק למעשה דכופין אותו לתת לה מזונות, הואיל והוא מונע ממנה - בסירובו - כל עניני אישות.

אך בד"א כשאין על היבמה שם קטלנית, אבל כשהיא קטלנית, גם במזונות [עמוד 80] אין לחייבו דהא לא מיקרי מונע ממנה כל עניני אישות דהא בלא"ה אסורה להינשא גם לאחר שיחלוץ לה.

והחכ"צ בסי' הנ"ל וכן הנוב"י קמא סי' י' העלו דביבמה קטלנית אין כופין להיבם לחלוץ [ובחכ"צ כתוב, שהוא יוצא לדון בדבר החדש שלא כנראה מדברי האחרונים ז"ל שנראה מתשובותיהם אילו הי' שייך דין קטלנית ביבמה היו כופין אותו לחלוץ ולו ז"ל נראה בהפוך], ובנ"ד מתו לה שני בעליה. עם בעלה הראשון היו לה בן ובת בתימן אחרי כמה שנות נישואין, ועם בעלה השני הי' נשואה כשתים עשרה שנה ומת בארץ.

והנה בענין קטלנית ידוע מ"ש הרמב"ם בתשו' דאין בה איסור אלא הוא מרוחק על צד הניחוש והפחד, ואין חילוק בין זה לאוכל מכישא דאסר גינאה והיו מערימין ומקדשין בפני עדים ואח"כ כותבים לה ב"ד כתו' ומכניסין אותה לחופה, כן היו עושים בבית דינו של רבינו יצחק בעל הלכות כו'. ובשו"ת קהלת יעקב סי' ד' העלה להלכה כרשב"ג דבתלתא זימנא הוי חזקה, רק חומרא בעלמא החמירו לפסוק בנישואין כרבי, ולכן נוכל לסמוך כל שיש ספיקות וצדדין להקל כיון שהעידו הפוסקים שנהגו רבים וגדולים להקל בזה"ז.

ועיין בשו"ת חו"י סי' קצ"ז: - ולע"ד אחר שנתפשט המנהג שרבים מקילים,,, גם במתו מיתת עצמן, לכן נ"ל דטעם התפשטות הקולא מפני שאין סברא לומר אם חי בעלה אחר נשואין כמה שנים ואח"כ מת דיהי' לה דין קטלנית, וס"ל דפי' וענין קטלנית הוא דומה למיתת בנים אחר המילה והוא מחמת מילה, ה"נ פי' אשה שנשאת לאיש ותיכף נחלש ומתנונה והולך עד שמת וחזינן דתשמישו עמה גרם לו החולשה והחולי וכן השני כאשר לפעמים אירע כן - וחלילה להקל ולהורות להתיר בגין סברא זו רק דברתי בדרך אפשר.

ובתשו' מהרש"ם ח"ב סי' קמ"א הביא מס"ח: דדוקא במתו מיד ולא שהו בחיים עמהם או גם בששהו עמהם ומתו בלא בנים, אבל בנ"ד ששהה בעל הראשון שש שנים וגם הוליד עמה בן, איננו נכנס בחשבון כלל.

גם י"א דלא מחזיקינן מחו"ל לא"י עי' שו"מ ח"ג סי' פ"ז, ובנ"ד בעלה הראשון מת בחו"ל, והואיל וכפי האמור נהגו להקל בנסיבות המקרה כעין אשר לפנינו, והואיל והיבם טען בפנינו שהוא מוכן לפטור יבמתו בחליצה אלא שתובע ממנה כספים אשר איננה חייבת בהם.

לכן, לאור הדברים האמורים למעלה יש להיעתר לתביעת המערערת ולחייב את היבם המשיב במזונות חדשיים, עד שיחלוץ ליבמתו.

לפיכך אנו מחייבים את המשיב ב' לשלם להמערערת א' על חשבון מזונותיה סך שבעים וחמש לירות לחדש, ולכל חדש מראש, החל מהיום, ועד שיחלוץ ליבמתו.

בית הדין האזורי ידון ויחליט, לבקשת אחד הצדדים, בדבר שינוי בגובה סכום המזונות, לאחר שיקיים בירור במצבו הכספי של המשיב.

אולם כל עוד לא ייקבע סכום אחר למזונות, ישלם המשיב את הסכום שנקבע בפסק דין זה.

אין צו להוצאות. ניתן ביום י"ט כסלו תשכ"א.

\* \* \* \* \* \* \* \* \* \* \* \* \* \*