

## הצעת תקנה לירושת הבת בין הבנים

(שטר חצי זכר, תנאי ב"ד, תנאי פרטי)

א. כתב מהר"מ מינץ סי' מ"ז בענין שטר חצי חלק זכר וז"ל: אע"ג דא"ל שמואל לרב יהודה שיננא לא תהוי בעבורי אחסנתיה אפילו מברא בישא לברא טבא וכ"ש מברא לברתא וכו', מ"מ לא חשבינן העברת נחלה מהאי טעמא כדאמר ר"י משום רשב"י מפני מה תקנו רבנן כתובות בנין דכרין כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כלבנו וכו' עד כי היכי דלקפצי עלה אינשי, וזהו טעמא דידן דנותנין שטר ירושה לבנות באלו מדינות עכ"ל. רואים אנו מזה דהיכי שיש תקנת הבנות, רשאי המוריש לתת חלק לבנות בין הבנים. וגדולה מזו, דמשום הבנות רשאים רבנן לתקן תקנה כללית בזה כמו תקנת דכרין. ופשוט הוא דשטר הח"ז לאו דוקא הוא, דהוא הדין והוא הטעם לתת חלק כזכר שלם. ואם כן מהראוי לבאר אם יש תקנה מעשית לנהוג לכתוב שטר זכר כנוהג קבוע. המטרה היא, למצוא דרך מוסכמת עפ"י הפוסקים להסיר את המכשולים בחלוקת הירושות על פי חוק המדינה בין בנות ובנים, גדולים וגם קטנים שאינם בני מחילה, נגד דין התורה.

ב. גופא דשט"ז מובא ברמ"א חו"מ רפ"א סעיף ז' בשני אופנים: א) שכותב לבתו שתקח לאחר מותו כחח"ז ודינו כירושה בעלמא, ובע"ח וכתובה קודמים למתנה זו, וכן עישור נכסי הבת. וכל ימי חיי הנותן יכול למכור הנכסים אעפ"י שכתב לה מהיום ולאח"מ, ואין הבת נוטלת אלא בנכסים שהיו לו בשעת נתינה אבל לא אח"כ דאין אדם יכול להקנות דבר שלב"ל עכ"ל, בשם המרדכי. ול"ד לב"ב קל"ז במתנה מהיום ולאח"מ אין הנותן יכול למכור, דמכיון שהוא נותן לה חלק כשאר היורשים כפי אשר תשאר להם, וחלקם יכול למכור, וה"ה חלקה, (הגר"א). וכיון דלעשות מנהג קבוע בזה אפשר רק בזמן הנשואין כי אח"כ לא באים לב"ד, ומכיון דלנכסים הבאים לאח"מ לא מהני, הרי דלהשתמש בשטר זכר בדרך זו אין זו תקנה גמורה.

ג. אולם דין זה צ"ע ממה דק"ל דאף דא"א מקנה לדשלב"ל אם הוא מזכה לעובר שלו קנה, (ב"ב ק"מ, ורמב"ם כ"ב ממכירה הל' י' וחו"מ ר"י סעיף א'), והטעם פי' ר"י בב"ב שם דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ובתו, א"כ הכי נמי נאמר כאן דדעתו של אדם קרובה לבתו. (ואין להקשות מב"ב קל"א גבי כתובות בנין דכרין דמקשה והא מקנה דשלב"ל ואפילו לר"מ וכו', ה"מ לדבר שישנו בעולם אבל לדבר שאינו בעולם לא, והלא הוא כותב לבניו ודעתו של קרובה. זה אינו, דהמזכה לעובר שלו קנה רק אם כבר ניכר העובר כדאיתא בג"מ וחו"מ שם, אבל קודם שניכר העובר ל"א דעתו של אדם קרובה לו, וא"כ בכתובות בנין דכרין שכותבים לפני הנשואין מקשה שפיר איך קנה דשלב"ל).

ובשעה"מ (כ"ב ממכירה) מוכיח מב"ב קכ"ז דמקשי שם גבי בכור יכיר למ"ל ומשני בצריך היכרא ובנכסים הבאים לאחר מכן דהוי דבשלב"ל, אלמא דגם בבנו אינו יכול להקנות דבר שלא בא לעולם. וכן מביא שם מהרמב"ם פ"ו מזכיה הל' י"ט גבי דברים שפוסקים המחותנים לפני הנשואין שכתב דדוקא בנכסים שישנם בזמן הפיסוק, אבל מה שעתידי לקנות לא דהוי דשלב"ל, וכן מביא מהרשב"א תשובות ק"ו עי"ש. וכן כתבו הרשב"ם ותו"ס בב"ב קל"ד עי"ש.

ד. מיהו הרא"ש שם גבי זה בני נאמן כתב דסברא פשוטה דבוה בני נאמן אפילו בנכסים הבאים לאחר מכאן דלא כרשב"ם ותו"ס, וכן פסק בשו"ע רע"ט. וליכאורה זהו נגד הג"מ דלעיל ב"ב קכ"ז דבנכסים הבאים לאח"מ אינו נאמן דאין לו מיגו דהוי דשלב"ל אפילו בבנו ועיין בסמ"ע שם. לכן נראה דטעם הרא"ש הוא כמו שכתב החת"ס אהע"ז חלק ב' סי' ס"ז לא משום מיגו אלא דהוי כעין חזקה דהאומר זה בני נאמן ואין צריך לזה ראייה ולא קרא וכמו שאמרו סוקלין ושורפין על החזקות ומעשה באשה אחת שבאה ובנה מורכב לה על כתפה וכו' וסקלום לא מפני שבנה ודאי אלא מפני שכרוך אחריה עי"ש. ועיין בשו"ע אהע"ז סי' י"ב סעיף ב' איש ואשה וכו' עי"ש. ולפי"ז אפשר דיש חילוק בין זה בני לבין זה בני בכורי, דאימתי האב נאמן דהוי חזקה בסתם בשביל להעיד על יחס הקורבה, זו בני, זה אחי, זאת אשתי, דוהוי חזקה טבעית של כל אדם בעולם להכיר ולהחזיק ולומר זה בני זה אחי וכו', ולכן נאמן אפילו בנכסים הבאים לאח"מ. אבל אם הוא אומר זה בני "בכורי", וכי למה זה הוא אומר בכורי, ע"כ דומה יותר כאילו הוא בא להעיד שיטול פי שנים ואין כאן חזקה להחזיק, ולכן בדבשלב"ל אינו נאמן רק משום יכיר\*.

ועי' הרשב"א בקדושין ס"ב שכתב דלרב נחמן ב"ב קמ"א דהקנה לנולדים כשתלד קנה ס"ל דהמקנה דשלב"ל גרוע מהמקנה לדבר שלא בא לעולם ואעפ"י דלר"מ משמע בגמרא דאיפכא ס"ל. ועיין עוד בקצוה"ח ובנתיבות סי' ר"י והרמ"א הו"מ סי' רנ"ז סעיף ז' כתב דהמחלק נכסיו אחרי מותו בין כל היורשים אינו יכול ליתן דבר שאינו בידו דא"א מקנה דבר שלא בא לעולם אלא רק בדרך הודאה שמודה שחייב לכל אחד מהם מה ששירצה. עי"ש.

עכ"פ כל הפוסקים (חוץ מהמב"ט חלק ב' סי' קל"ז) ס"ל דא"א מקנה דשלב"ל אפילו לבנו ולבתו ול"א דעתו של אדם קרובה להם.

ה. אופן ב' כתב הרמ"א בסי' רפ"א שהמנהג הוא לכתוב שט"ח לבתו ולהקנות שאם יתן לבתו חלק חצי זכר יפטור מן החוב צריך ליתן לה בכל אשר לו דעיקר

---

\* אם מטעם חזקה הוא הו"ל למיפוך שם גם לענין לפוטרה מן היבום — פשיטא

שהרי סוקלים על החזקות.

ועיקר סברת הרא"ש מבוארת בב"י שם "מש"ה מקשינן פשיטא כיון דלרבנן נאמן לומר זה בני בכור בצריך היכרא וכ"ש לר' יהודה דנפ"ל מדכתיב יכיר, ה"נ לכו"ע נאמן לומר זה בני". הרי שדין הנאמנות נלמד מ"יכיר", כי לפי הרא"ש למדים מזה שאדם נאמן ביחס ליורשיו כל מה שיאמר, ולא דוקא להעיד על הידוע שהוא בנו, שהוא בכור כשיטת הרשב"ם ותוס'. ולא מדין הקנאה ומיגו אתינן עלה, אלא מדין נאמנות ממש כמו בכור. — ה ע ו ר ך

הוא החוב ולכן צריך לקיים תנאו או ישלמו החוב וכן המנהג. עכ"ל. ועיין בנחלת שבעה סי' כ"א הנוסח המלא ושם כתוב איך שהוא מודה בהודאה גמורה ואומר להם הווי עלי עדים שקבלתי מבתי סך כך וכך וזמן הפרעון שעה אחת לפני מיתתו. וכתנה בתנאי גמור שהברירה ביד היורשים שאם ירצו לתת לבתו חלק זכר פטורים יהיו מלשלם החוב, ועל כל הנ"ל מקבל בק"ס לפני עדים עי"ש. וצ"ל דמה שאמרו בפיוסוק כמה אתה נותן לבנך וכו' דלא מהני בדשלב"ל היינו בתור מהנה אבל בלשון התחייבות משתעבד אף בדשלב"ל (ח"מ וב"ש אהע"ו סי' נ"א). מיהו יש לדקדק דבח"מ כתב הרמ"א דלכן מהני אף בדשלב"ל משום דעיקר הוא החוב וחלק הירושה הוא מחמת התנאי, והתחייבות מהני אף בדשלב"ל כדאיכא בסי' ס' חו"מ. ואילו באהע"ו ק"ח סעיף ג' כתב וז"ל: ומה שנוהגין בשח"ו שכותבין עכשיו לבנות שנוטלין בכל אשר ימצא לו כמו הזכרים משום דכותב להן דרך הודאה שחייב להם סך מה ולא יפטר אלא אם נותן להן כמו הזכרים, ובדרך זה יכול להקנות אף מה שלא ברשותו הן ראוי הן מוחזק עכ"ל, משמע דהטעם הוא משום הודאה דמהני אף בדשלב"ל. ובתו"ס ריש אעפ"י דף מ"ד שהקשו על מה שכותבים סכומים גדולים בכתובה בזמן שאין לו נכסים יש ב' תרוצים. א' מטעם התחייבות דמהני, ב' משום הודאת בע"ד. ואם הם שני דברים או דא ודא אחת היא יבואר להלן.

ו. הנה מקור הדין של מחייב ע"י עצמו הוא בכתובות ק"א ר"י ור"ל ופסקינן כר"י רמב"ם פי"א ממכירה וטור וחו"מ סי' מ'. ויש שם ג' שיטות בפירוש הסוגיה. תמצית דבריהם הנוגעים לעניננו היא. שיטת רש"י דאין אדם מתחייב אלא בהודאה לשעבר וצ"ל אתם עדים או שיכתוב בשטר הריני חייב לך דדומה לאתם עדים, אבל להתחייב להבא אפילו אמר אתם עדים לא מהני אם המלוה מודה שלא היה מקודם, אלא א"כ עשה קנין. שיטת ר"ת, הרשב"א, הר"ן והרמב"ן שיכול להתחייב אפילו בחיוב חדש שלא היה חייב מקודם אם כתב בשטר, דהשטר עצמו הרי קנין וכיון שטרח לכתוב שטר גמיר ומשעביד נפשיה, אבל אתם עדים לחוד בלא שטר ובלא קנין אינו מועיל אם לא היה חייב מקודם. ושיטת הרמב"ם דאם אמר הריני חייב לך ואתם עדים או הריני חייב לך בשטר בלא אתם עדים חייב, ועיין בטור ובב"י ובדרו"פ באריכות. וכ' הכ"מ דטעמו של הרמב"ם הוא משום הודאה כאודייתא דאיסור גיורא ב"ב קמ"ט. והקשה הלח"מ הלא הג"מ מדמה שם לערב לאחמ"מ וגם הרמב"ם מזכיר שם שמתחייב כמו שישתעבד הערב ובערב לאחר מתן מעות סבירא ליה להרמב"ם שצריך קנין. ועיין בש"ך חו"מ קכ"ט סע"ק י"א. ותירץ הלח"מ בשם הר"ן דשאני ערב דהוי כאסמכתא עיי"ש. וקשה דאם ערב הוי אסמכתא גם קנין לא מהני באסמכתא (רמב"ם שם, הל' י"ח). ואם נימא דאודייתא עצמה הוי קנין א"כ גבי ערב נמי נאמר דהוי אודייתא. ועוד קשה דאם יכול להתחייב בדיבורא בעלמא ובאתם עדים א"כ גבי מתנה שומר חנם להיות כשואל ב"מ צ"ו למה צריך קנין בההיא הנאה יתחייב בדיבור בעלמא ובאתם עדים. וכן בשומר קרקע, שם דף נ"ו למה צריך כשקנו מידו.

ובקצה"ח סי' קצ"ד חקר אי אודייתא הוא קנין כשאר הקנינים או מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי כמו שכתבו התוספות בכמה מקומות (כתובות נ"ד וב"ב מ"ד ועוד). והנפ"מ למכור חמץ שאינו ברשותו לנכרי ע"י אודייתא, אם

הוא קנין שרי, אבל אם מטעם הודאת בע"ד זה שייך רק לגבי ממון שיכול להתחייב, אבל אין הוא יכול להפקיע איסור ע"י שהוא משקר, והכריע שם דאודיתא משום קנין.

ז. והנה הכלל דאדם נאמן על עצמו הוא לא רק בעניני ממון אלא גם בעניני איסור גרידא. דבכריתות י"ב מחלוקת ר"מ וחכמים אמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי וכו', איבעיא להו מ"ט דרבנן משום דאדם נאמן ע"י יותר ממאה איש או דילמא משום דאמרינן מיגו דאם רצה אמר מזיד הייתי ונפ"מ לענין טומאה חדשה וכו'. ומה איבעיא להו, פשיטא משום מיגו דאי משום אדם נאמן ע"ע זה שייך רק לגבי ממון אבל לא לגבי איסור. אלא דהכלל אדם נאמן על עצמו נאמר גם בממון וגם באיסור. ואין לאמר כיון דמסקנת הגמרא שם דאמרינן מיגו הרי דבאיסורים ל"א אדם נאמן ע"ע, זה אינו דבברייתא גבי נטמאת מפורש וחכמים אומרים אדם נאמן ע"ע אלא דר"א מתקן ה"ק הואיל ויש מיגו אמרינן אדם נאמן ע"ע. וקשה יאמרו מפורש משום מיגו כלשון המשנה גבי חלב, אלא דבאמת צריכים לאדם נאמן על עצמו משום דהמיגו הוא גרוע מאד, שהמיגו במקום עדים, ולא משווי אדם רשע לעצמו במזיד הייתי וכתוספות שם. אלא הפירוש הוא דל"א אדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים אלא במקום שאפשר קצת לתרץ דבורו אפילו בדרך רחוקה מאד, אבל אם הוא משקר בפירוש ל"א שהוא נאמן נגד עדים. ועיין ברא"ש ריש אעפ"י שגם בממון הוא מפקפק אם אמרינן הודאת בע"ד וכו' אם ידוע שהוא משקר. ואפשר דזאת גופא היתה האיבעיא בכריתות אי התורה נתנה נאמנות לאדם על עצמו אפילו היכא שהוא משקר בהחלט נגד העדים וא"א לתרץ דבריו כלל, או דאינו נאמן רק במקום שאפשר לתרץ דבריו אפילו במיגו גרוע מאד. והתוס' ביבמות פ"ז מסופק לר"י אי אמר אכלתי לא שוגג ולא מזיד אי חייב, דכיון דאמר לא שוגג ממילא אין העדים מכחישים אותו בזה, ומה שמכחיש לעדים בזה שאמר לא מזיד לא איכפת לנו. הרי דהאי גברא משקר לנו ובכ"ז במה שאפשר לקבל דבריו מקבלינן אפילו במקום איסור. ולפיכך אם מכר את החמץ בהודאה גמורה הווי עלי עדים איך שמכרתי וכו' בודאי שהנכרי קונה מטעם הודאת בע"ד כמו עדים ומתדצינן דיבורו וממילא נפקע לאיסור ממנו מהישראל. השאלה היא רק אם מותר לכתחלה להפקיע א"ע מאיסור חמץ ע"י שקר דכלפי שמיא גליא. עכ"פ אם נאמר שאודיתא הוי רק משום קנין גרידא אין לנו שום הסבר מה היא החשיבות של לשון הודאה שיהיה כמו מעשה קנין ועוד חשוב יותר משאר קנינים שמועיל אפילו לדבר שאינו ברשותו משא"כ בשאר קנינים.

ח. לכן נראה דאם אמנם אודיתא הוי קנין אבל יסוד של הקנין הוא נאמנות דאדם נאמן על עצמו והודאת בע"ד כמאה עדים. ועיין ברש"י קדושין ס"ה דהודאת בע"ד ילפינן מכי הוא זה א"כ הוי דאורייתא. מיהו בתוס' בב"ק משמע דהוי דרבנן — אבל עכ"פ כלל גדול בתורה. לכן כמו שהודאת בע"ד עדיפא מכל עדים שבעולם, גם קנין אודיתא עדיף משאר הקנינים. ומכיון דהוי משום הודאת בע"ד היינו עדות ונאמנות על עצמו, ועדות לא שייך רק בשלעבר ולא להבא, לכן סבירא ליה לרש"י ושאר הפוסקים דהודאה להתחייב בה לא שייך רק בשלעבר אבל להתחייב להבא צריך קנין או שטר. אבל הרמב"ם סובר דאם

אמר הריני חייב לך אעפ"י שלא היה חייב קודם הוי הודאה, וככס"מ, דס"ל כיון דאין שום ידיעה ואמירה של עדים יכולים להכחיש הודאת בע"ד, לכן גם בלשון זה מהני דמתרצינן לאמר שכוונתו שהיה חייב לו מקודם והודאת בע"ד כמאה עדים דמי. במה דברים אמורים שהודאת בע"ד עדיפא, רק נגד עדים ומתרצינן דבורו, אבל אם הדבר מוכח מצד עצמו שבא להתחייב חיוב חדש שלא היה חייב קודם, כגון אם יאמר אינני חייב לך אבל אני מתחייב מעכשיו ואתם עדים צריך קנין, דהרי אין כאן הודאת בע"ד של עדות ונאמנות, אלא התחייבות גרידא ודאי צריך קנין גם להרמב"ם ואין ההודאה קנין. ולפיכך אם התנה ש"ח להיות כשואל או שומר קרקעות, כיון דחיוב התשלומים יבוא רק אם יקרה הנזק. בע"כ דאין כאן הודאת בע"ד על חיוב משלעבר, אלא התחייבות גרידא מכאן ולהבא ולכן צריך קנין. ולפי"ז בערב לאחמ"מ כיון דחיוב התשלומים יבוא רק ביזמן הפרעון אם כן מוכח הדבר מצד עצמו ואין כאן הודאה מצד הערב אלא התחייבות גרידא ולכן צריך קנין. ובזה מתורץ מה שכתב המחבר (ח"מ סי' ס') המחייב עצמו בדשלב"ל או אינו ברשותו צריך קנין. והקשה הש"ך בס"ק כ"ו למה צריך קנין, ותירץ דאפשר שבדשלב"ל או אינו ברשותו צריך קנין. אך דבריו תמוהים, דהלא שיטת המחבר בסי' מ' היא דהתחייבות היא מטעם הודאה (כסף משנה שם). ואודיתא מהני בדבר שאינו ברשותו ולא צריך קנין כמו גבי איסור גיורא. ולכן נראה דכוונת המחבר שם בסי' ס' שבא להתחייב מפורש מעכשיו וכן משמע הלשון שם, הווי עלי עדים שאני „מתחייב" בכך וכך, ולכן פסק שצריך קנין וכמו שפירשנו לעיל.

ט. ולפי"ז ניהא לתרץ הגמרא ב"ב גבי איסור גיורא. דלכאורה קשה, הלא דברי רבא שם הלכות הן לפני התלמידים ולמה לא אמר בעצמו קנין אודיתא שזהו דבר חדש. וביותר קשה למה הקפיד רבא כשיצא אודיתא מאיסור, האם אסור היה להגיד לאיסור מקנין אודיתא, האם ח"ו חמדת ממון נגעה בזה? ולפי הנ"ל ניחא. דאם לשון הודאה יש לה חשיבות מצד עצמה דהוי מעשה קנין מאיזה טעם שהוא כשאר הקנינים, אין המודה משקר כלל אלא כוונתו להתחייב או להקנות בלשון חשוב המראה על גמירת דעת, אבל אי הטעם הוא משום הודאת בע"ד או אם הוא משקר הוא שקרן, ונהי דהתורה האמינתו יותר ממאה עדים, אבל בעצם הוא שקרן. וא"כ רבא שהורה עפ"י הלכה שאין איסור יכול להקנות אמר וכו', אי במעמד שלשתם לא אזילנא, פירוש יש לי הברירה לא ללכת וכו'. אבל קנין אודיתא לא רצה רבא להזכיר שמא ישמע איסור וישקר בהודאה. ולפיכך רב איקא שהזכיר דיכול להקנות באודיתא ועי"ז באמת שמע איסור ועשה מעשה של אודיתא, הקפיד רבא דלא היה להם ללמד אותו קנין של אודיתא שמא ייטקר, ולבסוף יצא ששיקר באמת, אף דמה שעשה עשה. אבל אי אודיתא הוי קנין מצד עצמו א"כ לא שיקר איסור כלל, ולא היה לו לרבא על מה להקפיד כלל וכלל כנזכר לעיל.

[ולפי"ז ניחא לתרץ מה שהקשו בתוס' ב"מ מ"ו גבי היה עומד בגורן וכו' דמקשו ולקניניהו באודיתא ונשארים בקושיא. מתוך קשיא זו הוכיח הקצח"ח דאודיתא הוי קנין, עיי"ש. ולפי הנ"ל ניחא דאמנם אודיתא הוי קנין דאילו היה מקנה באודיתא היה ההוא קונה וממילא לא היה צריך חומש, אבל כיון דיסוד וטעם הוא משום

עדות ונאמנות דהודאת בע"ד אין קושיא דלקנינהו באודיתא, דאינו רוצה להוציא עקר מפיו לכתחילה.

ולפי"ז אפשר לתרץ ג"כ קושיית התוס' גטין י"ב ע"ב ד"ה גופא למה תיקנו מעמד שלשתן הלא יש קנין אודיתא. ולפי הנ"ל ניחא דחכמים תיקנו מעמד עולשתם אם לא רוצים לשקר ולהודות לכתחילה. (דרב איקא בב"ב קמ"ט שהקשה זלודי איסור וכו' אין הכוונה שהורה לאיסור שיעשה כן, אלא הקשה לרבא דאמר דאיסור אינו יכול להקנות שאל, הלא אפשר דאיסור יודה לרב מרי דהכסף שלו דאז יקנה רב מרי בקנין אודיתא).

י. ולפי"ז קשה לכאורה איך אנו כותבים בשטר זכר הווי עלי עדים איך שקבלתי מבתי סך כך וכך וכו', נהי דזה מועיל, דהוי הודאה והודאת בע"ד וכו', אבל המתחייב עצמו הלא הוא משקר ואיך תקנו דבר כזה, ואיך העדים חותמים על זה הלא מחזי כשיקרא?

והנראה בזה דעכשיו הוי אודיתא קנין מצד עצמו, דנהי דיסוד הקנין של אודיתא מיוסד על הודאת בע"ד, אבל מכיון שכבר מימות הפוסקים הראשונים רגילים בכל בתי הדין בכל השטרות של התחייבות הקנאה מכירה ומתנה לכתוב בלשון זו מודה אני והווי עלי עדים איך שליתי, קבלתי, מכרתי, נתתי וכו' ממילא צעשה הודאה קנין מטעם מנהג, כמו קנין סיטומתא ומה שרגילין הסוחרים דזו"מ סי' ר"א. ועיין ברא"ש ב"מ מ"ו שמקשה איך מקנים אגב קרקע בזמן שידוע שאין לו קרקע וכו'. ונראה שפשט המנהג שלא לדקדק וסמכין על הודאתם שהם צודים לחובתם ואין בודקים אחריו, אבל בזמן חכמי הג"מ היו רגילים לדקדק, עכ"ל. ותמוה מה נשתנה זמננו מזמן חכמי התלמוד. ולפי הנ"ל ניחא דבימי דגמרא לא היו רגילים באודיתא, ואולי הטעם שלא רצו לאמר דבר שאינו, והא דאיה שרבא הקפיד שלימדו את איסור ענין זה, ואילו היו רגילים בזה יכול היה איסור לשמוע זה מפי כל איש אלא לא היו רגילים. ואם אחד הודה הקפידו לדעת אם יש לו קרקע כב"ב מ"ד וכדומה. אבל עכשיו בזמננו שרגילים בהודאה לגמור כל ענין בו, הוי הודאה קנין מצד עצמו. ולפי"ז מותר למכור חמץ שאינו ברשותו ע"י הודאה לכתחלה וכקצה"ת, ואין כאן מקום להאריך.

יא. והנה אעפ"י דהתחייבות והודאה מהני גם בדבר שלב"ל אבל לדבר שלב"ל לא מהני כדאיתא בקצה"ת סי' רפ"א שתמה על הרמ"א שכתב בשטר „זכר ליוצא חלציה" ומה שמביא שם בשם תשובות הרא"ש. ועיין בצ"צ קי"ד שכתב דאין אדם יכול להתחייב ולא להקנות לדבר שלב"ל, וזה ברור. ולפי"ז יוצא שהחתן בזמן הנשואין אינו יכול לתת שטר זכר ליו"ח הבנות שאין בעולם. ורק אבי הכלה יעשה שטר זכר לבתו הכלה בכל פעם שהוא משיא בת. מיהו הנתיבות שם תירץ את הרמ"א, דאמנם ההתחייבות אינה יכולה להיות לדשלב"ל, אבל כוונת הרמ"א היא על התנאי שהוא מתנה שאם היורשים יתנו להבת חלק זכר נפטרים מהחוב להבת. התנאי הזה יכול להיות גם על י"ח שאינם בעולם, דמתנה אדם בדשלב"ל, לאמר שאם יתנו חלק זכר לי"ח של הבת ג"כ נפטרים מהחוב, ע"ש. ולפי"ז אפשר שהחתן יכתוב התחייבות להכלה על סך כך וכך בתנאי שאם היורשים יתנו ליוצאי חלציה הבנות חלק כזכר יפטרו מהחוב, אבל זה אינו, דאז דאינו יודע כמה בנות יהיה לו בכדי שיכול להתחייב להאשה נגד כולם, אעפ"י

שיכול הוא להתחייב באיזה סכום שירצה, אבל בכ"ז אין זה מעשי כלל. שנית, מכיון שהחוב הוא לאשה ותנאי הפרעון להבנות, א"כ אם האשה תרצה לוותר על החוב מאיזה טעם שהוא, אין הבנות רשאיות לתבוע חלקן בירושה. שלישית, חזו העיקר, דומן הפרעון של שטר זכר הוא שעה אחת לפני פטירת המתחייב, בכדי שלא תוכל לתבוע ממנו את החוב מקודם לזה, ולפי"ז התינח אם האיש והאשה חיים יחד, אבל אם נתגרשה האשה מבעלה בטלה ההתחייבות ובטל התנאי — מנה אין כאן, משכון אין כאן, ונשארות הבנות בלי שום התחייבות ואין להן כלום. ולפיכך רק הורי הכלה יכולים לעשות שטר כזה. מיהו החתן צריך ג"כ לעשות שטר זכר להכלה על אותם התנאים, דדין האשה ודין הבנות שווים בזה כאבהע"ד סי ק"ח, בכדי למנוע את המכשול שהאשה יורשת את בעלה עפ"י חוקי המדינה, ובפרט במקום יתומים קטנים. ולפי"ז יש דרך לתקן בשני שטרות, מצד האב, ומצד החתן בכל מקרה של נשואין, וכמו שכותבים את הכתובה כך יכתבו את השטרות לפני הנשואין. נוסח השטרות עפ"י הפוסקים ינוסח ע"י הרבנות הראשית וישולח לכל בתי הדין.

יב. הכללים היוצאים בענין שטר זכר מדברי הפוסקים הם בעיקרם: בע"ח וכתובה ועישור נכסים קודמים לחוב זה של השטר. השטר נעשה עפ"י הודאה גמורה מהמתחייב וגם בק"ס כנהוג, ולפרש דלא כאסמכתא. התנאים הם, זמן הפרעון שעה אחת לפני הפטירה ולא קודם. כשהבנות מקבלות את חלקן בירושה פטורים הבנים אעפ"י שהחוב הוא הרבה יותר גדול מחלקן בירושה והברירה ביד הבנים. כשאין כלל עזבון מהמתחייב, ההתחייבות בטלה ואין היורשים חייבים כלום. (כמהר"מ מלובלין סי' י"ד והש"ק ס"ס ק"ד). ביטול מודעי וכו'. ויש מקום עיון על מה שנהוג לכתוב בשטר זכר בתנאי של נתינת החלק בירושה, הכל חוץ מקרקעות וספרים ועיין בפ"ת רפ"א, וא"כ נפל פיתא בבירא, כי עיקר הרכוש בזמננו הוא נכסי דלא ניידים. אבל כפי שמסיק הנחלת שבעה בטעם הדבר שהוא משום חשש עגמת נפש, א"כ עכשיו שהבנות נוטלות עפ"י החוק גם קרקעות וגם ספרים ממילא, ספק הוא אם יש מקום לחשש זה בזמננו.

אין הכוונה לעשות תקנה זו של התחייבות כעין תנאי ב"ד או כעין תקנת ש"מ כאהע"ז סי' נ"ג, שמהר"מ מרוטנבורג סי' תתקל"ד מ"כ חרם מי שאיננו כחזיר את הנדוניה והתכשיטין אם מתה האשה תוך שנה ראשונה וכו', אעפ"י בדרך זו היה הענין פשוט ביותר, שהרי תנאי ב"ד מהני אפילו לדשלב"ל ובדברי שלב"ל כב"ב קל"א גבי כתובת בנין דכרין משום הפקר ב"ד הפקר. אבל בתנאי ב"ד יש גדרים וסיגים ותלוי בהסכמת חכמי הדור והסכמת הצבור בדבר שיש הפסד וריוח לזה, ויש בזה דיון רב ואכ"מ. הכוונה היא פשוטה, להגדיר מנהג לעשות שטרי זכר כנ"ל לפני הנשואין בהסכמת הצדדים בכדי למנוע מכשול ושלום על ישראל.