

צוואה הסותרת צוואה קודמת

הראי"ה קוק זצ"ל¹

יום ל' לחדש שבט תרפ"א.

לכבוד הרבנים הגדולים החכמים מנהלי עדת התימנים בירושלים עה"ק ת"ו.

ע"ד שאלתם בענין הַצָּאוֹת של המנח ר' שמעון בן סעיד מוסא ז"ל שהן סותרות זו את זו, שהשטר מתנת בריא שנכתב בשנת תרע"ד מורה שנתן כל נכסיו לאחיו יחיא בן סעיד מוסא, ובשטר מתנת שכיב מרע שנכתב בשנת תרע"ח כתב שנתן לכוללות התימנים דפעה"ק את הסך אלפים רופיא שהם בעיסקא ביד הגביר סי' מנחם עואץ תושב עדן.

והנה כדי לצדד בזכות ההקדש ישנם כמה טעמים לקיים את הצוואה האחרונה. חדא - דהלשון שכתב בהצוואה הראשונה, שהיא 'על מנת שהוא רשאי לשלוט בכל נכסיו במה שיחפוץ' - זה הלשון יש לפרשו שפָּנְנָנו היא שהשאיר לו שליטה גמורה בנכסיו, והשליטה הגמורה כוללת ג"כ שאם ירצה לתן אותם במתנה לאחרים - יוכל. שאם נאמר שאם ירצה לתן לאחרים לא יוכל, הרי אין זו שליטה בכל נכסיו. ואפי' אם נאמר שזה הלשון מצד עצמו היה מורה ג"כ שיש בידו כח לעשות בנכסיו כל ימי חייו, לבנות ולהרס כרצונו, אבל ליתן לאחרים, שזהו בכלל ביטול להמתנה הראשונה, אין זה בכלל השליטה - מכל מקום, כיון דקיי"ל שדורשין לשון הדיוט, כמבואר בב"מ דף ק"ד ע"א, ובודאי בכלל הדרישה הוא ג"כ שאם יש לשון יתר אנו אומרים שיש בו צורך וכוונה ולא לחנם נכתב, וכדאמרין

1 צילום העתק כתב היד ניתן לנו באדיבותו של הרב בן ציון שפירא שליט"א. אנו מודים לו על שנהג עמנו בטובה. נוסף בידי המהדיר פיסוק, ונפתחו ראשי תיבות לפי הצורך.

כהאי גוונא בבבא בתרא דף ס"ג ע"ב "אהני 'עומקא ורומא' למקני עומקא ורומא, ואהני 'מתהום ארעא עד רום רקיע' למיקני בור ודות ומחילות"², וכמו שכתב הרשב"ם שם ד"ה אלא, דכל תנאי שלא לצורך, לטפויי מילתא קאתי³, והשתא הנה כאן יש לשון כפול - 'שהוא רשאי לשלוט בכל נכסיו במה שיחפוץ', והתיבות 'במה שיחפוץ' הן שלא לצורך כלל, דכיון שכתב 'שהוא רשאי לשלוט בכל נכסיו' - כל השליטות בכלל, ולמה ליה לכתוב עוד 'במה שיחפוץ'? אלא ודאי כונתו היא שאולי נטעה לאמר דהא דרשאי לשלוט בכל נכסיו הוא רק שבחיוו ישתמש בהם כרצונו וישנה אותם ע"י בנין וסתירה כפי חפצו, אבל לא שיתן לאחרים מהם, שזהו בכלל ביטול המתנה הראשונה, על כן כתב עוד 'במה שיחפוץ', ואם יחפוץ לשנות את המתנה כולה, וק"ו חלק ממנה - הרי הוא רשאי, שזוהי בכלל השליטה שלו. ובאמת יש מקום לומר שכל הלשון כולו הוא לישנא יתירה, שהרי קי"ל הנותן מתנה לחבירו 'מהיום ולאחר מיתה' הרי זוכה המקבל בגוף המתנה מהיום ופירות לאחר מיתה, כדאמרינן בבבא בתרא דף קל"ה ע"ב: "איזוהי מתנת בריא שהיא כמתנת שכיב מרע, דלא קני אלא לאחר מיתה? כל שכתוב בה 'מהיום ולא[חר]' מיתה"⁴, וקי"ל דקונה בכהאי גוונא הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה, וא"כ יכול הוא להשתמש על כל פנים בגוף הקרקע כל ימי חייו בכל אופני השימוש, שהרי כל אופני השימוש בכלל אכילת פירות הם, א"כ למה הוצרך לכל התנאי הזה כולו, שיהיה יכול לשלוט בכל נכסיו במה שיחפוץ? שהרי בלאו הכי הוא ברשותו לשימוש! אלא ודאי עיקר הכונה היא שיוכל ג"כ להשתמש בהם אפילו אם מכלה ע"י שימושיו את גוף המתנה, וא"כ הוא הדין שמותר לתן לאחרים ג"כ.

2 "אמר רב דימי מנהרעדא: האי מאן דמזבין ליה ביתא לחבריה, אף על גב דכתב ליה 'עומקא ורומא' - צריך למכתב ליה 'קני לך מתהום ארעא ועד רום רקיעא'. מאי טעמא? דעומקא ורומא בסתמא לא קני, אהני 'עומקא ורומא' למיקנא עומקא ורומא, ואהני 'מתהום ארעא ועד רום רקיעא' למיקנא בור ודות ומחילות".

3 "אלא לרב פפא מאי זאת אומרת - למה לו לר"ל לומר 'זאת אומרת' לאשמועינן דאהני יתור לחזור ולבנות הדיוטא אם תפול? בלא הבריייתא נמי הוה ידעינן דאהני יתור-תנאי-שאני-צריך לטפויי מילתא, או הא דרב פפא, או שום דבר בעולם, כדאמרינן במתני' (לקמן סד): 'ימורה ר"ע בזמן שאמר לו חוץ מאלו שאין צריך ליקח לו דרך'. מהתם שמעינן דכל תנאי בלא צורך - לטפויי מילתא קאתי, ומבריייתא לא שמעינן ליה טפי ממתני'; ולעיל נמי אמרינן: 'אי א"ל אלן מצרנהא קני פלגא'. והכי הו"ל למימר: אמר ר"ל המוכר בית לחבירו ואמר לו ע"מ כו".

והנה המקור של כתיבת לשון זה בצוואה זו הוא מהא דכתב בהגה"ת רמ"א סי' רנ"ז ס"א: הכותב כל נכסיו לאחר, 'מהיום ולאחר מיתה', ויש בהן מטלטלין או חובות - צריך למכרן ולקנות בדמיהן קרקע ולאכול מהן פירות, כדין בעל בנכסיו אשתו, אלא א"כ התנה לעשות בנכסיו כל ימי חייו כפי מה שירצה. והדברים הללו הם מדברי הנימוקי יוסף בפרק יש נוחלין שם⁵ כמצויין בשו"ע, ולפי הלשון שבשו"ע אין כאן יתור לשון במה שסיים 'כפי מה שירצה', כיון שלשונו הוא 'אלא א"כ התנה לעשות בנכסיו', מוכרח הוא לסיים 'כפי מה שירצה'⁶, דבלא זה אין להלשון של 'לעשות בנכסיו' שום משמעות. אבל בצוואה שלנו, שכתב בה שיהיה רשאי לשלוט בכל נכסיו - כבר די בביאור של כונתו שיוכל להשתמש בהם לחפצו, ומה שסיים 'במה שיחפוץ' - לטפויי אתי כל מילי, אפילו לתן לאחרים. ואפילו אם נאמר שאין בכלל זה לתן לאחרים את כל הנכסים, כדי שלא לבטל המתנה לגמרי - אבל עפ"כ החלק מהם ודאי שיש במשמע הלשון שיוכל לתן למי שיחפוץ, שזה הוא בכלל השליטה. וגם ע"פ התוכן של הגה"ת רמ"א ודברי הנימוקי הנ"ל משמע שגם לפי הלשון של לעשות בנכסיו כל ימי חייו כפי שירצה, כולל ג"כ שיוכל לתן מהם לאחרים, שהרי הוא יכול להפסיד אותם ע"י אכילה שלו אם הם מטלטלין, שזהו כל התיקון של הלשון הזה הוא שלא יצטרך לשלם אם נפסד מהקדש ע"י שמושו או אכילתו. וה"ה ע"י מכירה או מתנה לאחרים. וממילא דבכלל זה הוא דלכתחילה יכול לתנם מתנה לאחרים.

5 דף סב. בדפי הרי"ף, ד"ה מדרבנן: "מדרבנן להו 'לאחר מיתה' - שמע מינה שהוא רוצה הפירות כל ימי חייו. ומדאיצטריך למכתב להם 'מהיום' אע"פ שהם בניו ובודאי היו יורשין אותו - ש"מ דמיירי בבריא שרצה ליקח אשה, וכדי שלא ישתעבדו נכסיו שהם מועטין לכתובת האשה ותעקר הנחלה מבניו - כותב להם נכסי 'מהיום ולאחר מיתה', כדי שתחול המתנה לאחר מיתה מכח מה שנתן להם היום, דהוי כאילו אמר להם: גוף הקרקע אני מקנה לכם מהיום, ופירות הקרקע לאחר מיתה. ורבי יוסי אומר, דאפילו לא כתב לו ממש בשטר לשון 'מהיום' - כמהיום דמי אם יש בו זמן, כאשר נהגו לכתוב 'בכך וכך בשבת אמר פלוני', או שיש קנין בשטר, וכדמפרש בגמרא 'אלא דבורין פתגמי', פ"י לאו דוקא אלא לומר שלא נחלקו אלא בשטר מתנה שאין בו קנין סודר".

6 "הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו - הרי הגוף של בן מומן השטר והפירות לאב עד שימות, לפיכך האב אינו יכול למכור, מפני שהם נתונים לבן, והבן אינו יכול למכור, מפני שהם ברשות האב. הגה: המקדיש קרקע מהיום ולאחר מותו או לאחר שלשים יום - לא קדיש כלל, דהא אי אפשר לומר גוף מהיום ופירות לאחר זמן, דהא קא אכיל פירות של הקדש (תשובת רשב"א סימן תקסג). הכותב כל נכסיו לאחר 'מהיום ולאחר מיתה' - צריך למכרן ולקנות בדמיהן קרקע ולאכול מהן פירות כדין בעל בנכסיו אשתו, אלא אם כן התנה לעשות בנכסיו כל ימי חייו כפי מה שירצה (נ"י פרק יש נוחלין נסב. בדפי הרי"ף, ד"ה מדרבנן)).

הצוואה הראשונה אינה סותרת את הצוואה השנייה. חוב אינו נקנה בקניין אגב. אם החוב היה בידי הגביר בזמן הצוואה הראשונה, לא קנו ושייך לצוואה השנייה

וחוץ מזה אין הצוואה הראשונה סותרת כלל את הצוואה האחרונה, שהרי הקניין אגב קרקע שנעשה בצוואה הראשונה - אע"פ שהיה מועיל ג"כ לקנות על ידו מטבע, דקיי"ל דאע"ג דמטבע אין נקנה בחליפין מ"מ באגב קרקע הוא נקנה, וכהא דב"מ דף מ"ו ע"א בעובדא דרב פפא דהו"ל תריסר אלפי זוזי בי חוזאי, ואקנינהו ניהליה אגב אסיפא דביתיה - מ"מ אין זה כי אם במעות בעין, אבל בחוב - בין בע"פ בין בשטר - אינו קונה באגב ולא בכל שאר קנין בעולם, כי אם במעמד שלשתן או בשטר בדכתב ליה 'קני לך איהו וכל שיעבודא דאית ביה', וכדקיי"ל בס' ר"ג סעיף ט"ז, וא"כ אם היה החוב שביד הגביר עואץ כבר בידו בעת הצוואה הראשונה - הרי לא קנו כלל הזוכים בצוואה ההיא את הסכום הכתוב בצוואה השניה, ואע"ג דבפקדון דלא כפריה קיי"ל דגם במטבע מצי להקנות אגב קרקע, ועיסקא הוי עכ"פ פלגא פקדון כדאמרינן בב"מ דף ק"ד ע"ב⁸, וא"כ יש לדון עכ"פ על המחצה של חלק הפקדון שיהיה נקנה להזוכים בשטר המתנה הראשונה. אבל אין זה כלום, דנדה דהוי פלגא פקדון לגבי דיני חיוב אחריות, אבל לא שיחשב בשביל כך מה שאינו בעין כאילו הוא בעין, ובפרט במטבע העומד להוצאה, דודאי אינו נקנה בשום קנין חוץ ממעמד שלשתן או בדרך מכירת שטרות אם הוא מלוה בשטר. והדרן לדינא דאין הזוכים במתנה הראשונה יכולין לזכות את זה החוב. וראוי לברר הדבר אם היה זה החוב כבר בעת הצוואה הראשונה בידי הלוה הגביר או עץ⁹ הנזכר שם, דאם יתברר לנו זה - אז אין שום מקום ספק בקיומה של הצוואה האחרונה.

וגם חוץ מזה הרי יכולין בעלי ההקדש לומר לבעלי המתנה הראשונה אייתו ראיה שזו המטבע היתה בעין בעת הצוואה, ויש כאן ספק ספיקא לזכות ההקדש: ספק אחד שמא לא היתה בעין ולא זכו בעלי המתנה בחוב זה,

ספק ספיקא לטובת ההקדש: שמא החוב לא היה בעין ולא זכו בו הראשונים, ושמה חור בו במש"כ 'במה שיחפץ'

7 "המטבע אין דרך שיזכה בו מעתה מי שאינו ברשותו אלא על גב קרקע, כגון: שקנה קרקע ועל גבו מעות או שישכור מקום המעות, כיון שזכה בקרקע בכסף או בשטר או בחזקה או בקנין - זכה במעות, והוא שיהיו אותם מעות קיימים, כגון שהיו מופקדים במקום אחר ולא כפר המפקיד, אבל ראונו שהיה לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע ועל גבו החוב - לא קנה החוב, אבל יכול הוא להקנות לו החוב של ישראל במעמד שלשתן, כמו שנתבאר בסימן קכו, וכן יכול הוא להקנותו לו על ידי שימכור לו או יתן במתנה שטר החוב כמו שנתבאר בסימן סו (וע"ל סימן קכב בדיני הרשאה)."

8 פירש רש"י שם (ד"ה האי עיסקא): "המקבל פרגמטיא מבעל הבית ושמה לה כפי דמיה שהיא שוה כאן, והוא מוליכה למקום היוקר למחצית השכר - חצי אחריות אונסים עליו כמלוא, וחצי אחריותה על בעלים כפקדון".

9 צ"ל: עואץ.

ואת"ל היתה בעין - שמא היא חזרה ע"י הלשון של התנאי שיכול לשלוט בנכסיו במה שיחפץ. וכל זה לרווחא דמילתא, דלדינא כבר ביארתי לעיל דלשון זה דהתנאי הוא לבדו מספיק שיוכל לתן לאחרים, כשם שיוכל להשתמש לצורך עצמו אפי' בהגוף עצמו.

על כן, אם העדים המעידים בהצוואה אינם נוגעים בדבר - הרי הצוואה עומדת בכל תוקפה לזכות ההקדש, ואם העדים הם ג"כ מהכולל, באופן שהם יש להם הנאה מצדקה זו - אז צריכים להסתלק מהנאה זו, באופן שיקבלו עליהם ויתקן הקהל בהסכמת הרבנים שלא יהיה להם חלק בצדקה זו, ולא בריוח שגורמת לצדקות אחרות. ואז אם הם זוכרים את העדות - יכולים להעיד ותתקיים הצוואה על ידם, כדאמרין בבבא בתרא דף מ"ג ע"א דבאם מסתלקי תרי מינייהו מהני ונעשים כשרים לעדות. אלא שאם בעת חתימת הצוואה לא נסתלקו עדיין - לא נוכל להעיד על חתימתן כי אם על עדותן שיעידו עכשיו. ופשוט הוא שהגדה זו צריכה להיות ג"כ בפני ב"ד שלא יהיה לו חלק בהזכות של הצדקה של הצוואה הנ"ל, או שהם ג"כ יהיו מסתלקים מהנאתה ומההנאה של גרמתה. שהדין הוא דכל נוגע אפילו בדרך רחוק פוסל לעדות, וק"ו לדיינות דחמיר טפי. ואע"ג דלדברי תשובת מוהרש"ל סי' י"א הוי דינא דאם העידו עדים שלא בפני בעל דין אינם יכולים אח"כ להעיד בפני בעל דין, משום דעבידי לאחזוקי דיבורייהו¹⁰, מ"מ בנדון

מסקנה -
לזכות את
ההקדש.
נקיון העדים
ובית הדין
מקבלת
הנאה
מכספי
הצוואה

האפשרות
שמי שהעיד
שלא
בכשרות
יחזור ויעיד
בכשרות

10 "ועוד אמר אני, כל עדות שהוגבה בתחלה שלא כדין ששוב אינו ראוי לעדות כלל, דמאחר שכבר העידו - א"כ מסתמא [לא] מהדרי מדיבורייהו, דלא ליחזיו כסהדי שיקרי, וגם אימת אותו הבעל דין עליהם, מאחר שכבר העידו לו כפי רצונו, וא"כ נוגעים בעדות הם, ופסולים, דלא בעינן דווקא נוגע בעדות שיש לו חלק בממון, אלא בכל צד וזכות ויפוי שנוגעין בעדות הם פסולים, כאשר כתב הרמב"ם (הל' עדות פט"ז ה"ד) בענין פסול נוגע בעדות, והטור הביאו וז"ל: 'ודברים אלו אינן תליין אלא בדעת הדיין ועוצם בינתו שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות, אם ימצא שיש לזה העד צד הנאה בעדות זו - אפילו רחוקה ונפלאה - הרי זה לא יעיד בה. וכדרך שלא יעיד בדבר זה, שמא נוגע בעדותו הוא - כך לא ידון באותו דבר', הרי מורגש שאותה עדות פסולה, ואפילו מהיום והלילה אינם ראויים. להעיד ומה שנמצא כתוב בתשובת ר"י בר ששת (סי' קח) שהתיר לשאול עדים ביחידות ואחר כך להעיד בפני ב"ד - זה אינו דומה לנדון, שהרי החכם בעצמו שלא בפני שום ב"ד היה שואל אותם ביחיד כדי שיגלו האמת, כדי שלא יכבשו עדותן מפני הבעל דין אם היה אלם, וז"ל: 'מה שאתה נוהג לקבל עדות שלא בפני בעל דין מיראתך פן יחנפו לאחד מבעלי דינין אם יעיד בפניהם - זה שלא כדין, לפי שאין מקבלין עדות שלא בפני בעל דין אלא כגון שהוא חולה כו', כדאייתא בהגהל בתרא (ק"ב). אבל מה שתוכל לעשות להשקט מיראתך תחקור אותו שלא בפניו, ואח"כ יעיד בפניהם, ואז יבוש מלהחניף לאיש. וכן אני נוהג לפעמים ביש לחוש', עכ"ל. אלמא שלא התיר אלא שלא בפני בעל דין ובאופן שכתבת, ולא בענין אחר כלל."

ידין יש לסמוך על דברי הט"ז סי' כ"ח דפליג עליהו שם¹¹, וכן הוא בקצה"ח סק"ז שם¹². ומ"מ אם יהיה אפשר למצא עדים אחרים כשרים בלא פקפוקי על שטר מתנה זו - יהיה עדיף טפי.

11 סעיף טו (ד"ה וחוורין ומגידין): "בתשובת רש"ל סימן י"א כתוב שאחר שהעידו שלא בפניו תו לא מהני בפניו. וכן נמצא בתשובת בן לב (ח"ג סי' ק"ב). ואין להם יסוד מגמ' ולא מפוסקים. ואדרבה, מדברי רי"ף ועיטור (הביאם הנימוקי יוסף, המובא בציונים אות נ') שהעתיק רמ"א בסעיף כ"א, ח"ל 'אלא סומכין על העדים עצמם' - משמע דמהני אח"כ בפניו. וכן פסק ב"י (סעיף כ"ב) בשם ריב"ש (סי' ק"ח). וכ"פ מהר"מ אלשקאר בתשובה, וכן עיקר כמ"ש רמ"א כאן על פי ר' מנחם הארוך בב"י (מחודש י"א).".

12 ד"ה וחוורין ומגידין: "ובתשובת מוהרש"ל סי' י"א (ד"ה ח"ל מי שאינו) כתב דאחר שהעידו שלא בפניו תו לא מהני בפניו, וכתב הט"ז שכן מצא בתשובת ׳ן לב (ספר ג' סי' כ' החקירה הד'), ואין להם יסוד מגמ' ולא מפוסקים, ואדרבה מדברי הר"ף (שו"ת סי' ר"א) והעיטור (אות ק' קבלת עדות נו, ע"ג) שהעתיק הרמ"א בסעיף כ"א ח"ל, אלא סומכין על העדים עצמן, ומשמע דמהני אח"כ בפניו, ע"ש.

והנה מדברי העיטור אות ק' (שם נט, ע"ד) משמע דלא מהני, שכתב שם ז"ל: 'יהיבא דאתו בי תרי לדינא ואייתו סהדי ואשתכח דקרוב הוא ואיפסל, ופסקו, ובתר כמה יומי אתרחק, דאי הוי מסהד האי שעתא כשר הוי - מסתברא כיון דאפסק האי דינא אפסק ולא סתר דינא, דעבר אינש לאחזוקי דיבורא, עכ"ל, וא"כ הכא נמי לא מצי לחזור ולהגיד דעביד אינש לאחזוקי דיבורא. אלא דלפי"ז דברי העיטור סתרי אהדדי, דהא גבי עדים שהעידו בפני שאינם בקיאים כתב דיחזור ויעידו בפני בקיאים, ולהכי צ"ל טעמא דעיטור בקרוב ונתרחק הוא משום דכבר איפסק וקם דינא, וכמ"ש בסיומן ל"ג סק"ב, ע"ש.

ועיין מרובה (ב"ק) דף ע"ד (ע"ב), דאמרינן שם: 'על פי עד אחד פשיטא! אמרי: הא קמ"ל על פי עצמו דומיא דעל פי עד אחד: מה על פי עד אחד כי אתי עד אחד ומצטרף מחייב - על פי עצמו נמי כי אתו עדים מחייב. ופירשי': 'כי אתי עד אחד ומצטרף - דהלכתא כר' יהושע בן קרחה, דאמר (סנהדרין ל, א) שומעין דבריו של זה היום ושל זה למחר. ותוס' כתבו שם (ד"ה כי אתא): אפילו למיד אין מצטרפין - כי אתי עד אחד מצטרף, היינו כי אתי אח"כ הראשון עמו ומעידין שניהם כאחד, עכ"ל. ואי אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבוריה - כי אתא אח"כ הראשון מה מהני, כיון דחשדינן ליה באחזוקי דיבוריה? וכן מוכח בפרק זה בורר (סנהדרין) דף ל' (ע"א): 'גמרו את הדבר מבינין...'. ופריך: 'למאן? אי לבעלי דינן - התם קיימי! אלא לעדים. כמאן? דלא כר' נתן. ופירשי' (ד"ה לימא דלא כר' נתן): 'משום דבתלחלה כשבדקום שמעו דברים של זה בלא זה, ע"ש. הרי מבואר דחזור ומגיד בענין המועיל ולא אמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבוריה'.



