

לאו, והאם מותר לעו"ד לסייע בידו בעריכת צוואה כזו, או להעיד בצוואה זו, או דהוי מסייע ביד עובדי עבירה ח"ו, ושאר השאלות המסתעפות מזה, ומפני שהן שאלות מצויות ורבים מתלבטים בהם גם בבתי"ד כשבאים לאשר צוואות, וגם רבנים או עו"ד וטו"ר או שאר העדים המתבקשים להעיד בצוואות כאלו שאדם רוצה לתת כל רכושו למי שהטיב עמו או שהבטיחו להטיב עמו באחריתו ולטפל בו. ואשתדל לברר הענין כפי מיעוט השגתי וה' אלקים יעזור לי שלא אבוש ולא אכשל בדבר הלכה ח"ו.

המעביר נחלה מיורשיו אם הוא אסור.

במסכת ב"ב (קל"ג ע"ב) תנן הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי, אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו, רשב"ג אומר אם לא היו בניו נוהגים כשורה זכור לטוב. ונסתפקו בגמרא אם חכמים חולקים על רשב"ג או לאו, ובמסקנא אמרו, ת"ש דאמר ליה שמואל לרב יהודה שינא לא תהוי באעבורי אחסנתא ואפילו מברא בישא לברא טבא וכ"ש מברא לברתא, וכתב רשב"ם ו"ל, אלמא פליגי רבנן עליה (דרשב"ג) דאי לא תימא הכי שמואל דאמר כמאן, והכי הלכתא כרבנן דקם שמואל כוותיהו, ואע"ג דא"ר יוחנן הלכה כרשב"ג במשנתנו בכל מקום חוץ מערב וצידן וראיה אחרונה, שמואל לית ליה האי כללא וכו' עכ"ל.

והמעייץ בפירוש"ם ו"ל בהמשך יראה שאפילו אם משאיר חלק לכל אחד מהבנים או לכל אחד מן היורשים באופן שאינו עוקר נחלה דאורייתא רק שמרבה לאחר יתר על אחיו ג"כ אין רוח חכמים נוחה הימנו, שהרי כתב בזה"ל: בי עבורי אחסנתא, מקום שמעביר האב נחלה מן הראוי לה ואפילו להרבות לאחר ולמעט לאחר עכ"ל, הא קמן דגם ע"ז מזהיר שמואל לר"י לא תהוי בי אעבורי אחסנתא, ולפי פשט הגמרא עולה דגם בזה אין רוח חכמים נוחה הימנו, אלא שהוא צריך להניח הכל שיחולק כסדר הנחלות שקבעה התורה.

ומ"מ אם עבר וכתב נכסיו לאחרים אפילו לא הניח דבר לבניו מה שעשה עשוי כמבואר במשנה להדיא ועיין בפירוש"ם על זה, וכן עולה גם מהמעשה שהובא בגמ' שם, בזה שכתב כל נכסיו ליונתן בן עוזיאל יע"ש.

והרמב"ם ו"ל (פ"ו מהלכות נחלות הלכה י"א) כתב, כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים אע"פ שאין היורשים נוהגין בו כשורה אין רוח חכמים נוחה הימנו וזכו האחרים בכל מה שנתן להם, ומדת חסידות שלא יעיר אדם חסיד בצוואה שמעבירין בה הירושה מהיורש אפילו מבן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג כשורה עכ"ל. [ובטור (ח"מ רס"י רפ"ב) כתוב, שלא יעיר שום אדם חשוב בצוואה זו, ובש"ע שם (ס"א) כתוב ומדת חסידות שלא להעיד בצוואה זו].

ד) תוקפו של פסק דין זה על כל פרטיו יחול בעור חדשים מיום מתן פסק הדין, אם עד אז לא תצא הוראה אחרת מביה"ד.

ה) אם תוך הזמן האמור יקיים הבעל את התנאי האמור בהסכם, יבטל בית הדין את המיני לכונס הנכסים. ישוב לרון בין הצדדים בענין ההוצאות שנגרמו לאשה וכאמור לעיל.

זהו הנלע"ד בהאי דינא. וא"ל אמת ינחנו בדרך אמת בחן ובחמלה מעתה ועד עולם אמן.

ע"ה שמ"ע ס"ט.

בית הדין פ"ת,

וכן פסקנו בזה כל הב"ד.

סימן ח

בדיני "אעבורי אחסנתא" כשנותן כל רכושו או חלקו לאחר שאינו יורשו מן הדין או לבת בין הבנים, או שמרבה לאחר מהבנים וממעט לשני וכל כיו"ב, אם יש בזה איסור.

"ואם מותר לעו"ד לסייע בעריכת צוואה שיש בה משום אעבורי אחסנתא".

בעה"ת"ש, בעשרה ימים לחדש שבט התשנ"ג יום ההילולא של רבינו הרש"ש זללה"ה וזיע"א.

לכבוד היקר והנכבד מאד
איש חי רב פעלים לתורה ולתעודה
הרב אליעזר בן שלמה חי"ו
ד"ר ועורך דין באמונה
בפרדס-חנה ת"ו.

החיים והשלום וברכות לעד.

קיבלתי מכתבו מ"ח טבת ש"ו, שהוא המשך השיחתנו מחנוכה, ואחר עד עתה מפני הטרדות והמלאכה אשר לפני דרך כלל ופרט. ובחזרתי לענות הפעם על שאלותיך שבעל פה שהיו בעיקר בענין "דאעבורי אחסנתא" כאשר אדם מצווה לתת כל רכושו לאחר הבנים, או לבת בין הבנים, או לקרוב אחר, באופן שהוא מעביר מבניו או מחלק מהם את הנחלה דאורייתא או חלק ממנה האם יש בזה איסור או

ובאמת שכן מבואר בדברי רשב"ם ז"ל במשנה דב"ב (שם) דכתב, מה שעשה עשוי, מילתא דפשיטא היא ומשום סיפא נקט לה שאסור לעשות כן עכ"ל, וש"מ דאיסורא נמי אית ביה ולא רק משום מדת חסידות.

וכבר דן בזה הגאון מהר"א ׳ן חיים ז"ל (ח"א סימן קי"ח) ורמז עליו הש"ך (בח"מ סימן רפ"ב סק"א) שהביא את המשנה דב"ב הנ"ל, וכתב ואע"ג שאין לנו אלא אין ר"ח נוחה הימנו, אבל אין ב"ד כופין אותו בשום כפיה שבעולם, מ"מ איסורא איכא. וכמ"ש בירושלמי, ועליו הכתוב אומר ותהי עונותם על עצמם, ושרי למקרייה עבריינא כיון שאין דעת חכמים נוח"ה, וכן הביא דברי רשב"ם ז"ל הנו' שכתב שאסור לעשות כן ושכן כתב גם רבינו ירוחם ז"ל, שאסור להעביר הנחלה אפילו מברא בישא לברא טבא ע"כ.

וגם מ"ש לעיל דמלשון הרמב"ם והטוש"ע נראה דיש חילוק בין הנותן בעצמו לבין מי שמעיד בצוואה זו, מצאתי גם זה מפורש בדברי מהראנ"ח ז"ל דלא אמרו מדת חסידות אלא כלפי מי שימצא שם, וכתב דיצא להם מההיא דפרק נערה דיהודה בר מרימר לא רצה להמצא במקום פסק דנדינא דבת, ולבסוף אכפייה רב פפא ועל, דלא היה נמנע אלא ממתן חסידות ולכן נשמע לר"פ ועל, אבל מעביר גופיה איסורא אית ביה ודאי, דקאי באין ר"ח נוח"ה עכ"ל. והנה זה טעם אחר ממ"ש לעיל בעוניי, ולענ"ד צריכים אנו למ"ש שם דסו"ס קשה איך עלה והרי כניסתו לשם מהורה כפיה על אבא סוראה ולדידיה הוא איסור ממש, ולמ"ש נוח"ה דשאני התם שגם הנדוניא לבת היא מתקנת חכמים, וגם דלא כפה עליו ממש וכנ"ל.

וגם במהריב"ל (ח"ג סימן ל"ג) מבואר דאית ביה איסורא שכתב, דאחזוקי אינשי ברשיעי דעבר אמימרא דשמאל לא מחזקינן. ומהראנ"ח ז"ל שם האריך בזה והביא כמעט כל המקומות שבהם אמרו אין ר"ח נוחה הימנו ומפרש דאית בהו איסורא ומפלפל בדברי רבינו שמשון ז"ל בסוף שביעית שלא משמע ממנו כן יע"ש באורך. עו"כ דראוי לכל בית דין למנוע עשיית הדבר הזה, אבל איני רואה בזה שום צד כפיה כיון שלא אמרו בזה אלא אין ר"ח נוח"ה, וכמ"ש המרדכי (בפרק הזהב) באומר לתת מתנה מועטת דאסור לחזור בו, ומ"מ אי בעי למהדר לא מצי למכפייה לקיים דבריו, ובברייתא משמע דאפילו מי שפרע ליכא, וכ"ש שאין כופין על הדבר בנדוי או שום מין כפיה, אלא שאומרים לו שהוא עובר על דברי חכמים ושרי למקרייה עבריינא עכ"ל. וע"ש מ"ש מדברי המרדכי בכתובות שם, עו"כ שראוי לכל ב"ד למנוע הדבר ולהשתדל בכל טצדקי להעמיד נחלה דאורייתא וכדאשכחן בההיא דיונתן בן עוזיאל (בב"ב שם) שעבר על רצון המת והחזיר לבניו שלישי. ומיהו אע"פ שעשה שלא כהוגן (אם מכר כדי להעביר הנחלה) אין ראוי לחזור ממה שמכר כבר אפילו כשאפשר לו

והמדקדק בלשון הרמב"ם והטוש"ע הנו' יראה שלגבי המצוה עצמו אמרו אין רוח חכמים נוחה הימנו, אבל גבי העד נאמר רק שממדת חסידות אין להעיד בזה, ומשמע דעל העד לא נאמר אין ר"ח נוח"ה, וממילא דה"ה נמי למי שעורך צוואה זו, דאין בו משום אין ר"ח נוח"ה, אלא רק ממדת חסידות הוא דיש לימנע מזה. ויש מקום לדון ולומר שדינו של עורך צוואה כזו קיל טפי מהעד המעיד בה ועוד חזון למועד אי"ה. ועצם השינוי הזה דבין אין רוח חכמים וכו' לבין מדת חסידות, מלמד לע"ד שמה שאמרו אין ר"ח נוח"ה, היינו שיש בזה איסור (מרבירהם) דאי לא תימא הכי, אלא דגם זה הוא רק חסידות בעלמא למה דקדקו לשנות ולהבחין בין המצוה עצמו שהוא המעביר את הנחלה ובין העד המעיד וכנ"ל, אלא כודאי דר"ל שזה המצוה עובר ע"ד חכמים וע"כ אין ר"ח נוח"ה, אבל העד המעיד אין בו איסור כלל ורק ממדת חסידות הוא דראוי לו להמנע מכך וע"כ לא אמרו בו שאין ר"ח נוח"ה.

ואולם מהסוגיא דכתובות (נ"ב ע"ב) נראה לכאורה דאין בזה איסור דשם איתא, רב פפא איעסק לבריה כי אבא סוראה שמע יהודה בר מרימר ונפק לאפיה, כי מטו לפיתחא הוה קמיפטר מיניה, אמר ליה ניעול מר בהדאי, חוייה דלא הוה נוחא ליה, א"ל מאי דעתך משום דא"ל שמואל לרב יהודה שינא לא תהוי באעבורי אחסנתא, אפילו מברא בישא לברא טבא דלא ידיע מאי זרעא נפיק מיניה וכ"ש מברא לברתא, האי נמי תקנתא דרבנן היא וכו'. א"ל הגי מילי מדעתיה עשייה נמי, א"ל אטו מי קאמינא לך דעול ועשייה, עול ולא עשייה קאמינא, א"ל מעלאי ידידי היינו עשייה, אכפייה ועל אשתיק ויתיב, סבר ההוא (אבא סוראה) מרתח רתח, כתביה לכל מאי דהוה ליה, לסוף א"ל השתא נמי לא משתעי מר, חיי דמר לא שבקי מידי לנפשאי, א"ל אי מנאי ידידי אפילו האי נמי דכתבת לא נוחא לי, א"ל השתא נמי אהדר בי, א"ל שויה נפשך הדנא לא קאמינא ע"כ. ואם יש בזה איסור איך כפה רב פפא את יהודה בר מרימר ליכנס עמו אחר שכניסתו מהוה כפיה על אבא סוראה להרבות בנדוניתו בתו ובזה מעביר מנחלת בניו, וגם יהודה בר מרימר לא היה לו להתרצות לרב פפא לעלות עמו אם הוא איסור ממש, אלא דיש לדחות ולומר דלעולם יש איסור באעבורי אחסנתא, ושאני התם שכותב נדוניא לבתו שזה מתקנת חכמים ז"ל וכמו שאמר לו רב פפא ליהודה בר מרימר, אלא שלא רצה ליכנס משום שכניסתו מהוה כפיה על אבא סוראה, ולכפותו לא תיקנו, ומ"מ נתרצה לעלות מפני כבודו של רב פפא משום דאינו כופהו בפועל רק שנוכחותו שם משפיעה על אבא סוראה להרבות בנדוניתו בתו דעצם ענין זה הוא תקנת חז"ל כמ"ש התם, אבל אם היה מדובר באעבורי אחסנתא באופן אחר לא היה מתרצה בשום פנים, וגם ר"פ לא היה מפציר בו לעלות שם דאיסורא אית ביה.

לבטל המקח, דאינו חייב לעבור עוד ע"ד חכמים שאמרו החזון מדבריו ג"כ אין ר"ח נוח"ה, והוכיח בן מהמעשה דכתובות (נ"ב ע"ב) הנ"ל דאמר לו שוייה נפשך הדרנא לא קאמינא, מכאן למדנו דמוטב שיעמוד באיסור ההעברה ולא יחזור בו, אע"פ שאם היה חוזר בו היה מתקן בכך איסור ההעברה. וכ"ש שאפשר לקיים המכר ולא יעביר הנחלה, אלא יוריש המעות לבניו (ע"ש בנדרין ידידה). וכן אם נדר לתת המעות ההם לבת בנו אין לו לחזור מהדברים ההם ואפילו היה רק בדברים בעלמא, שהרי אבא סוראה פסק לבתו רק בדברים ולא היה קנין, ולא היה בשעת הקידושין, ואינן מדברים הנקנין באמירה כמ"ש התוספות שם, ועם כל זה לא הניחוהו לחזור. וכן אין לתת רשות לבנו שיבטל המכר (שמכר הוא) ע"י גויים וכיו"ב דהם גוזלים את הקונה, ואפילו אם היה הקונה בכלל איסור ההעברה שנדרן אותו כמסייע ביד עוברי עבירה אין מוציאין מידו וע"ש שהביא ראייה לזה ע"כ תוד"ק בקצרה.

ואע"פ שיש מקום לדרן בראיה שהביא מההיא דאבא סוראה, דאין ראוי לחזור בו, אפילו אם ע"י חזרתו יתקן ענין ההעברה, די"ל דרק בההיא דאבא סוראה שנתן נכסיו לנדרונית בתו שגם היא תקנת חכמים, בזה הוא דאמרו שאין ראוי לחזור בו, מ"מ כיון דאמרו שמי שחוזר בדבריו אין ר"ח נוח"ה אפילו בלא דמים ובלא קנין, וה"נ אמרו אין ר"ח נוח"ה, מאי חזית למימר דזה עדיף מזה עד שנאמר לו שיתקן איסור ההעברה בזה שיחזור מדבריו שגם בזה אין ר"ח נוח"ה ומה הרויח בזה.

ושוב ראיתי אחרי זה בספר הבהיר משכנות הרועים להג"ד עוזיאל אלחייק וללה"ה (מערכת למ"ד אות א', דף קס"ב ע"ג) שגם הוא הביא דברי מהראנ"ח ז"ל הנ"ל בפשיטות ע"ש. וע"כ העיקר לדינא דאיסור להעביר הנחלה מבניו ואין זה רק ממדת חסידות בלבד אלא איסור ממש יש בו ושרי למקרייה עברינא וכמ"ש מהראנ"ח ז"ל, ומיהו המעיד בצוואה זו או המסייע בה כגון הקונה ממנו (וכמ"ש מהראנ"ח ז"ל הנז') אינו אסור ממש, ורק ממדת חסידות יש להמנע מזה והה"נ שאין לערוך להם צוואה כזו ממדת חסידות. וכשכבר עבר והעביר נחלתו אין ראוי לחזור מהמכר או מהבטחתו שהבטיח לתת מתנה וכ"ש אם נדר או הבטיח להקדש או לצדקה שאין ראוי לחזור בו, וכמבואר במהראנ"ח ז"ל להדיא. וכ"נ שהוא דעת מרן החיד"א ז"ל שבספרו יעיר און (מערכת א' אות פ"ח) הזכיר דברי רבינו שמשון (סוף שביעית) דנראה מדבריו דבמקום שאמרו אין ר"ח נוח"ה אין בו משום איסורא. וכתב עליו שדבריו תמוהים ושכבר עמד עליו מהראנ"ח והביא ראיות דיש איסור (וכנ"ל), ומשמע דכן היא מסקנתו ז"ל.

ואחרי שכתבתי כל זה חיפשתי בספר שדי חמד וראיתי שיש לו מערכה גדולה בזה והוא בכרך ד' (עמוד 27) ואציין כאן את תורף דב"ק בקצרה. והנה בתוך

דבריו הביא דברי הרב אגודת אוזב מדברי (חח"מ סי' ט"ו) שכתב דלשון אין ר"ח נוח"ה הימנו, משמע שאין זה איסור גמור רק שאין ראוי לעשות כן, ואין זה בכלל המקח הנעשה באיסור, בח"מ (סימן ר"ח). והוקשה לו מ"ש בכתובות (נ"ב ע"ב) ומתקני רבנן דתירות, ופירש"י דמקשה מצד אעבורי אחסנתא, וכיון דאין בו איסור גמור שפיר מצו לתקן, ויש ליישב עכ"ד. והשרי חמד הביא דברי רשב"ם ז"ל שכתב, אין ר"ח וכו' אין לחכמים נחת רוח במעשיו אלא חרון אף גורם שכוועסים עליו דקעקר נחלה דאורייתא, וכתב, דכל לגבי ידידי דברי הרשב"ם הללו קרו בחיל דאיסור גמור הוא עכ"ד. ולענ"ד יש מקום עדיין לדחות, ומיהו כבר כתבתי לעיל שמפורש בדברי רשב"ם ז"ל דאיסור לעשות כן, ובאמת גם השד"ח הביא לפני כן דברי הרא"ש בפסקיו (כ"ב פ"ח סימן ל"ז) שכתב אסור להעביר נחלה אפילו מברא וכו', ולמד מזה דיש בזה איסור. ושכן כ' בחשובת הרא"ש ז"ל (כלל פ"ה סס"י ג') שעבירה היא, ושכן גר' ממהרשד"ם (חח"מ סי' של"ו) שכתב דחזקה כל ישראל כשרים הם ואינם מאעבורי אחסנתא. וע"ש עוד שהאר"י גס לדחות דברי ה"ר אגודת אוזב מדברי הנז', והוכיח כן גם ממהר"י אלגאזי ז"ל בספר שארית יעקב (פרשת בהעלותך דף ס"ג ע"א) שהביא דברי הרב היפה (כנראה שהוא היפה תאר) והוכיח מלשונו שגם הוא סובר שיש בזה איסור וע"ש. ושכן מתבאר מהר"ן (פ' מציאת האשה) וע"ש. וכן הוכיח ג"כ מהרב הפרד"ס בספרו אות היא לעולם (מערכת ה"א סימן ע"ח) יע"ש שהאר"י בזה. ושכן נמי ס"ל להפני משה (ח"א סימן ע') דיש בזה איסור, עו"כ דמהר"י אליקים בכתובת יד הביא ד' הרא"ם (פ' חיי שרה) על הפסוק וכל טוב אדוניו בידו. וכתב דמשמע ממנו דאיסור אעבורי אחסנתא הוא רק מדרכנן וע"ש. ולעיל (בריש דברי השד"ח) כ' דהרוב דגן (בחידישו ל"ח"מ סי' רפ"ב דף בר"ך סוף ע"ג) כ' שנראה מדברי מהרשד"ם (חח"מ סימן של"ו) דהוא איסור תורה, ואולם מהלבוש (סי' רפ"ב) משמע שהוא איסור דרבנן. וכתב השד"ח (ע"ד מהר"י אליקים הנז') דמסוגיא דב"ב (קל"ג) נראה שזה מדרכנן.

עו"כ שם שגם הבית דוד (ח"ב סי' קל"ז) ס"ל דיש איסור באעבורי אחסנתא ומדבריו בספרו יקרא דשכבי (דף מ"ג ע"ב) נראה דגם עד המעיד בזה יש בו איסור, ולא רק ממדת חסידות, דהכתוב ענש לנטפל לעוברי עבירה וכ"ש עדים המקיימים וע"ש שעמד על הדקדוק בדברי הרמב"ם (שהבאתי לעיל), וכתב השד"ח דע"ז יפה השיבו הרב פרד"ס דבפרק נערה (כ"ן ע"ב) מבואר דרק למעביר עצמו אין ר"ח נוח"ה, אבל לנמצא שם אין עוון רק ממדת חסידות ושכ"כ מהראנ"ח (וכנ"ל). ואילו דבריהם ז"ל היה מקום לחלק ולומר דשאני ההיא דכתובות דלא מיירי בעדים רק באנשים העומדים שם שאינם מקיימים את ההעברה, ועיין לקמן מ"ש בזה.

שאר הבנים לא נאמר ע"ז שאין רוח חכמים נוח"ה משום דלא מיעקרא נחלה דאורייתא לגמרי או דילמא לא שניא ולפי מה שדקדקתי לעיל בפירוש"ם ז"ל (שם) שכתב בי עבורי אחסנתא מקום שמעביר האב נחלה מן הראוי לה ואפילו להרבות לאחד ולמעט לאחד עכ"ל וש"מ דגם בזה אין רוח"ה נוח"ה וכו"ל. וא"כ כ"ש הוא בזה שנתן כל נכסיו רק לאחד מבניו. אלא שראיתי בספר הבהיר משכנות הרועים (מערכת ל' אות א', דף קס"ב ע"ב) שמחדש שדין זה הוא רק בכותב נכסיו לאחרים ומניח את בניו דעוקר נחלה דאורייתא לגמרי. אבל אם כתב לאחד מבניו דקא מקיים נחלה דאורייתא במקצת לא אמרין ביה אין רוח"ה נוח"ה וכפשטות לשון המשנה. והמעין בדבריו ז"ל יראה שעיקר הוכחתו היא ממ"ש במשנה הקודמת שם (דף ק"ל ע"א) במחלוקת רבנן ורבי יוחנן בן ברוקה בכותב לבן בין הבנים בלשון ירושה, דר"י בן ברוקה סבר דבריו קיימים כדכתיב ביום הנחילו את בניו, התורה נתנה רשות לאב להנחיל למי שירצה מבניו. וכתב הרב ז"ל. ואם איתא דמתניתין אפילו בכתב לבן בין הבנים אמרי רבנן אין רוח"ה נוח"ה, מי איכא מאן דנקיט הורמנא מבי מלכא עלאה ואמרו רבנן דאית להו חרון אף וכעס לגביה דעביד כדאורייתא, וכ"ש למהראנ"ח דס"ל דאיסורא נמי איכא וכו'. ומעין דוגמא אמרו התוספות בחגיגה (ד"ז) ובמציעא (דנ"ה) דכל מילתא דמפרשא בד"ת להיתרא לא מצו רבנן למגזר בה לאסור איסור ע"ש. אלא ודאי מתניתין דייקא בכותב לאחרים והניח את בניו וכו'. דעקר נחלה דאורייתא לגמרי וכו'. עכ"ל. ולכאורה היא ראייה נכוחה דבגמרא (שם ק"ל ע"א) פסקו להדיא כר"י בן ברוקה, וכ"פ הרמב"ם (פ"ו מהל' נחלות ה"ב) ובש"ע (ח"מ סימן רפ"א ס"א), וכאן פסקו כחכמים דהכותב נכסיו לאחרים אין רוח"ה נוחה הימנו. ואחר שהתורה התירה לו לתת לאחד מבניו בדרך ירושה כר"י בן ברוקה ולמדו חז"ל כן ממקרא מפורש, למה אין רוח"ה נוח"ה. אלא ודאי דמירי בכותב לאחרים דוקא דבזה מיעקרא נחלה דאורייתא לגמרי. ואחר המחילה ממעלת הדר גאונו של רבינו בעל משכנות הרועים ז"ל, נלע"ד הדלה דיש מקום לדחות ולומר דגם בכותב לאחד הבנים והעביר הנחלה מיתר הבנים ג"כ אין רוח חכמים נוח"ה. ויש להוכיח את זה מהגמרא (שם דף קל"ג ע"ב) דנסתפקו אי רבנן פליגי ארשב"ג דאמר אם לא היו בניו נוהגים כשורה זכור לטוב, או לא, ופשטו דחכמים חולקים גם בזה מדאמר ליה שמואל לרב יהודה לא תהוי באעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא. ושמע מינה דגם בנותן לבן אחד ומניח את השני ס"ל לחכמים דאין רוח"ה נוח"ה, ורשב"ם ז"ל כתב דאפילו הניח חלק גם לזה רק שנתן לבן ההוא יותר ג"כ דינא הכי וכו"ל. ואילו לדברי הרב משה"ר ז"ל צריכים לדחוק ולומר דהוכחת הגמ' היא רק דאין חכמים מודים לרשב"ג שאמר אם לא היו בניו נוהגים כשורה זכור לטוב, דהרי אמר לו לא

עוד התמיה השד"ח שם ע"ד מרן החכ"ב ז"ל בבעי חיי (חח"מ סימן קפ"ח) דמשמע ממנו שלמד בהרמב"ם דאפילו המעביר נחלה בעצמו אין בו איסור רק ממדת חסידות שכתב דאם מעביר מברא טבא לברא בישא ודאי יש בו איסור ותמה עליו שלא זכר מדברי מהראנ"ח ז"ל. וכן הביא מ"ש בהלכות קטנות (ח"ב סימן רס"ו) דזה לא נמנה בין כ"ד דברים שמנדין עליהן, ואולי הוא בכלל המוזל באחד מד"ס ואין לנדותו, וע"ש דגם הוא כתב דמשמע שיש בזה איסור בכל גוונא, אפילו נותן לאחרים ע"מ שאם יהיו בניו מתנהגים כשורה יחזיר להם. וע"ש עוד מ"ש מהירושלמי בזה. וכן למד מהורע אמת (ח"ב סימן קי"ח) דגם הוא סובר שיש איסור באעבורי אחסנתא. עוד הביא להקת פוסקים האוסרים גם במקדיש נכסיו יע"ש.

נמצא דדעת הכנה"ג בבעי חיי והאגורת אוזב מדברי דאין בזה איסור ממש ואולם דעת רוב ככל הפוסקים ראשונים ואחרונים דיש בזה איסור וכפי שכבר העליתי לעיל בעה"ו.

עוד מצאתי להשד"ח (שם עמוד 31 ד"ה המורס) שחזר וסיכם דלאעבורי אחסנתא יש בו איסור, וכתב שאחר שנים רבות מצא בספר מחנה יהודה בהלכות מתנת שכ"מ (סימן רנ"ו סעיף ג') שהביא דברי הרמב"ם שכיב מרע שציה לתת מתנה לעכו"ם אין שומעין לו שזה כמו שציה לעבור עבירה. ותמה ע"ז דבכותב נכסיו לאחרים שהיא עבירה ותנן מה שעשה עשוי, ור"ל דהרמב"ם פליג ארשב"ם וס"ל דאין זו עבירה ומפרש דמ"ש אין רוח"ה נוח"ה הכוונה דיש להמנע מזה ממדת חסידות וע"ש ששוב הביא ד' מהראנ"ח ומהרשד"ם דסברי שיש בזה איסור, ומשמע מהם שסוברים שלכ"ע יש בזה איסור, וע"ש שמתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל באופן אחר. נמצא דמסקנתו היא שיש איסור בהעברת הנחלה, וע"ש בשד"ח (ד"ה מתבאר) שתמה על מנחת זכרון שכתב שהמחנה יהודה חולק על מהראנ"ח, דהנה חזר בו ואסיק כוותיה ועי"ש.

סימן ז

עוד בענין אעבורי אחסנתא. להנ"ל.

בכותב לאחד מבניו והניח השאר.

ואחר שבידרנו דיש איסור בהעברת הירושה וכו"ל, נבא לברר בע"ה אם איסור זה חל רק במעביר הירושה מבניו ונתן ממנו לאחרים. וכלשון המשנה דב"ב הנ"ל דתנן הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו אין רוח"ה נוח"ה, אבל בכותב לאחד מבניו את כל רכושו והניח

ובדרך ירושה דוקא, וכמו שמפורש בסוגיא שם ובדברי כל הפוסקים. וכמ"ש הרמב"ם ז"ל (פ"ו מהל' נחלות ה"א) וז"ל אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אע"פ שזה ממון הוא, לפי שנאמר בפרשת נחלות והיתה לבניי לחוקת משפט, לומר שחוקה זו לא תשתנה, ואין התנאי מועיל בה. ובהלכה ב' (שם) כתב, לפיכך האומר וכו' איש פלוני יירשני במקום שיש לו בת, בתי תירשני במקום שיש לו בן, לא אמר כלום וכל כיו"ב, אבל אם היו לו יורשים רבים כגון בנים רבים וכו' ואמר כשהוא שכיב מרע פלוני אחי יירשני מכלל אחי וכו' דבריו קיימים וכו' עכ"ל וכן הוא לשון הש"ע (סי' רפ"א ס"א). ובמשנתנו דכותב לאחרים ומניח את בניו, בודאי דלא מיירי שעשה כן בלשון ירושה דא"כ לא מהני מאומה, אלא מיירי שנותן להם במתנה, דזה מהני גם כשמסלק מהיורשים ונותן לאחרים, וכמ"ש ברמב"ם שם ובש"ע (שם ס"ז) וז"ל אין כל הדברים הללו אמורים אלא כשאמר בלשון ירושה אבל אם אמר בלשון מתנה דבריו קיימים, לפיכך המחלק נכסיו על פיו כשהוא שכיב מרע וריבה לאחר וכו' או שנתן למי שאינו ראוי ליורשו, דבריו קיימים ואם אמר משום ירושה לא אמר כלום וכו' עכ"ל. וברור דגם בבריא שנתן במתנה דבריו קיימים רק דבבריא צריך קנין כדין, וכן מפורש בסמ"ע (שם סק"ו) וז"ל אבל בלשון מתנה ובקנין דבריו קיימים, וכ"כ הטור עכ"ל, וגם הש"ך (שם סק"ד וסק"ה) כתב כן יע"ש. ושור"ר שכן מבואר להדיא בנמוקי יוסף במשנתנו וז"ל, הכותב נכסיו לאחרים בלשון מתנה, אע"פ שמה שעשה עשוי שיכול לתת את שלו למי שירצה מ"מ אין ר"ח נוח"ה וכו' עכ"ל.

ומעתה נתישבה קושית הרב משה"ר ז"ל, דהתורה התירה לתת לאחר היורשים בדרך ירושה כמ"ש הכתוב ביום הנחילו את בניו, אבל הנותן ממנו בלשון מתנה הגם דדבריו קיימים כי ממנו הוא, מ"מ אין זה מפורש בתורה להיתרא, וכל כה"ג רשאים חכמים לגזור ולאסור איסור שלא יעשו כן כדי שלא יתבטל סדר הנחלות שנתנה תורה, וגם במעביר מבין לבן אסרו חכמים כשעושה כן בדרך של מתנה, (אלא דלפי"ו יוצא חידוש דאם מעביר מיורש ליורש בלשון ירושה אין אומרים בו שאין ר"ח נוח"ה דזה מפורש בתורה להיתר לדעת רבי יוחנן בן ברוקה דקי"ל כוותיה, ובאמת שדין זה דר"י בן ברוקה נפסק ברמב"ם ובש"ע ובכל הפוסקים וכנ"ל, ולא אשתמיט חד מכל הפוסקים למימר ביה אין ר"ח נוח"ה או דלא אריך למעבד הכי, והטעם לזה הוא משום דבגמ' פסקו כר"י בן ברוקה ולא סייגו את זה כלל, ואולי הטעם הוא משום שזה מפורש בתורה להיתר וכנ"ל.) וכן נראה לדקדק מדברי הר"ן ז"ל בחידושו לבבא בתרא (שם) וז"ל הכותב נכסיו לאחרים וכו' לענין הלכה קי"ל כת"ק דאין ר"ח נוח"ה ודלא כרשב"ג דאמר אם לא היו בניו נוהגין כשורה זכור לטוב וכו',

תהוי וכו', אבל מ"מ לא נאמר בזה שהעביר מבין לבן שאין ר"ח נוחה הימנו דהא לא עקר נחלה דאורייתא לגמרי, אלא דלא אריך למעבד הכי וכמו שכתב הוא ז"ל בהא דשמואל, דהרב משה"ר שם הביא להא דשמואל וכתב על זה, דבכותב לאחרים והניח בניו אין ר"ח נוח"ה ואיסורא נמי איכא כמ"ש הרב מהרש"א, אבל לגבי בן בין הבנים נהי דלא קרינן ביה אין ר"ח נוח"ה, הא מיהא לא אריך למעבד הכי דלא ידעינן מאי זרעא נפיק מיניה אמטו להכי א"ל שמואל לר"י לא תהוי וכו' עכ"ל. ולפי"ו יוצא דיש בזה ג' דרגות דהמעביר נחלה מבניו ונותן לאחרים אין ר"ח נוח"ה, והמעביר מבין לבן לית ביה איסורא אלא דלא אריך למעבד הכי, ולרשב"ג אם לא היו נוהגים כשורה זכור לטוב. והמרדק בסוגיא יראה דרך שני דברים הוכירו, דחכמים אמרו אין ר"ח נוח"ה ורשב"ג אמר שאם אין בניו נוהגים כשורה זכור לטוב, והוכיחו מדשמואל דרבנן פליגי גם בכה"ג שאין בניו נוהגים כשורה, דבהדיא א"ל אפילו מברא בישא לברא טבא. ולדברי הרב משה"ר ז"ל היו צריכים לכתוב גם החילוק שבין נותן לאחרים ובין נותן לאחר מבניו דבזה גם לחכמים אין בו משום אין ר"ח נוח"ה, רק דלא אריך למעבד הכי וזאת לא מצאנו, וגם פשטות הגמרא מורה הכי דהואיל וא"ל לא תהוי וכו' אפי' מברא בישא לברא טבא, משמע דרבנן דפליגי ארשב"ג ס"ל דגם בזה אין ר"ח נוח"ה. וכן מדוקדק מפירוש"ם ז"ל שם שכתב, מי פליגי וכו' דאפילו אין בניו נוהגים כשורה אין רוח חכמים נוחה הימנו דדילמא נפקא מיניה זרעא מעליא כדלקמן עכ"ל, הרי מבואר בדבריו ז"ל דלצד שחכמים חולקים ארשב"ג, אזי סברי רבנן דגם מברא בישא לברא טבא אין רוח חכמים נוח"ה, ואילו לדברי משה"ר אינו כן דבזה גם לרבנן אין בו משום אין ר"ח נוח"ה וכנ"ל. והמשנה שכתבה הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו, י"ל דבאו להשמיענו כוחו דרשב"ג דאפילו בכה"ג הוא מתיר כשאין בניו נוהגין כשורה וזכור לטוב, וכוחא דהיתרא עריך, ובאמת שגם במשה"ר שם כתב כן יע"ש. ועי"ל דבא ללמד דאפילו העביר לאחרים ג"כ מה שעשה עשוי וכמ"ש בחידושי הרש"ש שם בענין אחר. ע"ש. ומ"ש הרב משה"ר ז"ל דאין יתכן שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל את בניו כראות עיניו כדברי ר"י בן ברוקה, ורבנן אמרי אין ר"ח נוח"ה, והרי כל דבר המפורש בתורה להיתרא לא מצו רבנן למיגזר ביה איסור וכמ"ש התוספות הנ"ל, והיה נ"ל ליישב דשאני דין ירושה דהגם שניתנה רשות לאב לחלק ממנו כפי דעתו מ"מ התורה כתבה סדר נחלות, וסברי רבנן דאע"ג דלא רצתה תורה להפקיע ממנו את זכותו לעשות בממנו כפי רצונו, מ"מ אין ר"ח נוחה ממי שמנצל זכות זו ומבטל סדר הנחלות ואפי' במקצת, ועדיין צ"ע בזה.

ואולם מעיקרא לא קשה מיד, דר"י בן ברוקה לא אמר שיש רשות לאב לחלק כפי רצונו אלא בין יורשיו

ומיעט לאחד, אע"ג דאמר שמואל לא תהוי וכו' אינו בכלל אין רוח חכמים נוח"ה, [והם הם דברי הרב משה"ר ז"ל הנ"ל וגם הוא הביא בסוף דבריו את דברי הכנה"ג הללון]. ותמה הרב הפרד"ס איך כתב דברים אלו בסתם והרי הוא עצמו הביא דברי מהרמ"פ (הנ"ל) שסובר בהיפך והיה לו לבאר שחולק עליו.

עוד הביא שגם הרב דרכי היס (דף קנ"ד ע"א) ס"ל כהנה"ג והמשה"ר הנ"ל דבכותב לבן בין הבנים אין בו משום אין רוח"ה נוח"ה, דאל"כ לשמענין במתני' רבותא טפי דאפילו כותב לבן בין הבנים וע"ש. והרב אות היא לעולם כתב דמתני' תני הכותב לאחרים משום כוחו דרשב"ג, שכן דרך התנא למיתני כוחא דמאן דלא קי"ל כוותיה כיע"ש. וכבר הבאתי דברי ה"ר משכנות הרועים שגם הוא כתב טעם זה. וכן הוספתי דנקט כן משום כוחו דרשב"ג שמתיר להעביר הנחלה היכא דאין בניו נוהגין כשורה משום דכוחא דהיתרא עדיף. עו"כ שם שגם הבית דוד בספריו יקרא דשכבי (דמ"ג ע"ג) וצמח דוד (פרשת ויחי, דקכ"ב ע"ב) כתב שהרמב"ם סובר שהכותב לאחד מבניו אין בו משום אין רוח"ה נוח"ה, והרב אות היא לעולם תמה גם עליו דזה היפך הרא"ש ומהרמ"ף ז"ל.

וע"ע שם עוד בשדי חמד שלמד גם מדברי מהר"י אליקים בכת"י משם הרא"ס (פ' חיי שרה) שגם הוא סובר שאפילו כתב לבן בין הבנים אין רוח"ה נוחה הימנו. וכן כתב שם (עמוד 33 אות ז') שהמנחת זכרון (דף ח' אות ג') הקשה על הכנה"ג הנו' מדברי רשב"ם הנו', וכתב שכן הוא גם דעת הרשב"א כמ"ש בספר מאמר קדישין (סימן ז"ן), והשד"ח כ' דאפשר שכוונת הכנה"ג רק שאין בזה משום אין רוח חכמים נוח"ה, ומיהו מודה הכנה"ג דלא אריך למעבד הכי, וכתב שאפשר שלזה התכוין גם רשב"ם שיש בזה משום אעבורי אחסנתא, אבל לא שיש בו איסור, וע"ש שהאריך בזה. ומיהו לפי מ"ש לעיל לדחות דברי הרב משכנות הרועים ז"ל עולה שלדעת רשב"ם גם כזה נאמר אין רוח"ה נוח"ה, ולא רק דלאו שפיר עבר וע"ש. וכזה צדקו דברי המנחת זכרון, ודו"ק כי קיצרתי. הרי לפנינו דגם ה"ר דרכי היס והב"ד סברי מרנן כדעת הכנה"ג ומשה"ר דבנותן לבן בין הבנים אין בו משום אין רוח"ה נוח"ה. אך לעומת זה הרב הפרד"ס ז"ל בספרו אות היא לעולם הוכיח במישור מתשובת הרא"ש ז"ל שהוכחא בטור דאין חילוק בזה וגם בכותב לאחד מבניו אין רוח"ה נוחה הימנו, ושכן מפורש גם במהר"ס פדאווא ז"ל ושכן דעת מהר"י אליקים ז"ל בכת"י משם הרא"ס ז"ל, וכן דעת החקרי לב (בחזח"מ ח"ב סימן ד"ן) הביאו בספר זכרנו לחיים (ח"א דק"ט ע"א) שכתב משמו שעמד ע"ד הב"ד וחלק עליו והביאם השד"ח (שם). ועו"כ השדי חמד שם (עמוד 34 ד"ה ובעיקר) משם ה"ר שנות ימין (דף ד"ן ע"ד) שכתב שרבים תמהו על הכנה"ג מתשובת הרא"ש הנו'. וע"ש מה שרצה ליישב את

והכי מוכח במאי דאמרין לקמן אמר ליה שמואל לר"י שיננא לא תהוי וכו' עכ"ל. ומשמע דמפרש דמאי דא"ל שמואל לר"י שיננא לא תהוי וכו' דאיירי במתנה דומיא דהכותב נכסיו לאחרים שהוא במתנה, והרי מפורש בדבריו ז"ל דקי"ל שאין רוח חכמים נוחה הימנו מדא"ל שמואל לרב יהודה לא תהוי באעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא, וש"מ דגם במעביר מברא בישא לברא טבא אין רוח"ה נוח"ה ודלא כמ"ש הרב משה"ר ז"ל דבבן בין הבנים אין בו משום אין רוח"ה נוח"ה רק דלא אריך למעבד הכי, אלא כמ"ש בעוניי דגם בכותב לבן בין הבנים אין רוח"ה נוח"ה. וגם מדברי המאירי נראה כן שכתב (שם) וז"ל אמר המאירי הכותב נכסיו לאחרים והניח בניו, וכגון שעשה כן בלשון המועיל כגון שנתנם במתנה, (והוא כמ"ש לעיל בעה"ו ושכן מצאתי בנמוק"י). מה שעשה עשוי אבל אין רוח"ה וכו', ומ"מ הלכה כת"ק וכמ"ש לא תהוי באעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא דלא ידעת הי זרעא מעליא נפיק מינייהו, ולא תפקק בדברי רשב"ג שבמשנתנו שאין למדין מן הכללות. עכ"ל. והמדקדק בדבריו ג"כ יראה דגם במעביר מברא בישא לברא טבא קאי באין רוח"ה נוח"ה כמו המעביר לאחרים, וע"ש בהמשך דבריו שכתב דגם במקדיש נכסיו והניח בניו אין רוח"ה נוח"ה וכן מפורש גם בחידושי הר"ן הנ"ל, ועוד נשוב לזה בע"ה להלן.

העולה מכל האמור דאפילו מעביר מבן לבן ואפילו מברא בישא לברא טבא אין רוח חכמים נוח"ה ולדעת מהראנ"ח ז"ל איסורא נמי אית ביה.

וכשעיינתי אחרי זה בדברי השדי חמד (כרך ד' עמוד 27), מצאתי דרכים וכן שלמים מגדולי הפוסקים סברי דגם בנותן לאחד מבניו ג"כ אין רוח"ה נוחה הימנו וכמו שכן העליתי בענייני בהוכחות טובות מדברי הגמרא והראשונים.

ואציין כאן מדבריהם בדרך קצרה, ותחילה הביא מהרב הפרד"ס בספרו אות היא לעולם (מערכת ה"א סי' ע"ח, דף ק"ד ע"ד) שכתב להוכיח דגם בכותב לאחד מבניו יש איסור, ולמד את זה מתשובת הרא"ש שהוכחא בטור (סימן רפ"ב) שנשאל אם יש צד שאדם יכול להנחיל כל נכסיו לבנו הגדול. והשיב, אסור לכל בני ברית להעלות דבר זה על לבו כדתנן הכותב נכסיו לאחרים וכו'. אלמא דגם בכותב לאחד מבניו סובר הרא"ש דאתמר עליה אין רוח חכמים נוח"ה. עו"כ שם דגם מהר"ס פדאווא ז"ל (סי' ס') כתב ואין לומר דוקא בכותב לאחרים שאינם ראויים ליורשו דהא מביא עלה הא דשמואל לא תהוי וכו' ופשיט מינה דתנא קמא פליג ארשב"ג וכו' אלא ודאי אין חילוק וכו' עכ"ל. ובעצם היא הראיה שהבאתי לעיל לדחות דברי הגאון משה"ר ז"ל ונתתי שמחה בלבי שנתכוונתי בזה לדעת גדולים. וע"ש עוד שתמה על הכנה"ג (סי' רפ"ב סק"ג) שכתב דבנותן נכסיו לאחד מבניו כגון שריבה לאחד

תיקנו שיתן אדם גרוניא לבתו, ע"ז אמר דמ"מ לא תיקנו לכפותו ועלייתו לשם היא כפיה על אבא סוראה, והנה ר"פ שעדיין לא ידע את טעמו של יהודה בר מרימר, וא"ל מאי דעתך אי משום דא"ל שמואל לרב יהודה וכו', האי נמי תקנתא דרבנן, וש"מ דאי לאו שזו ג"כ תקנת חכמים, היה אסור משום אעבורי אחסנתא, ואע"ג שנותן רק מקצת נכסים לבתו וכל היתר נשאר לבניו יורשיו.

וכן בקדש ראיתי להרש"ש בב"ב (שם) שכתב, דרשב"ם למד דבריו הנז' מכתובות שם, ואחר זמן ראיתי להרב שדי חמד כרך ד' (עמוד 33) ד"ה ומאי דפשיטא, שהביא מהרב ברכות המים (דף רל"ד ע"א), שגם הוא הוכיח מהסוגיא דכתובות הנז' כדברי רשב"ם ז"ל, והרב שד"ח ז"ל כתב עליו, ולי הדל אין כ"כ הכרח לסברת רשב"ם מסוגיא זו, דגם אם נאמר שלא כדעת רשב"ם אלא דלרבות לאחד וכו' ליכא משום אעבורי אחסנתא, כיון דשני הבנים ראויים הם לנחלה ואינו מגרע מן הראוי ונותן לשאינו ראוי, אלא מעביר מהראוי ונותן לראוי, אבל להעביר מהבנים וליתן לבת דמגרע מהראוי לנחלה כדי ליתן למי שאינו ראוי לנחלה בהא ודאי איכא קפידא עכ"ל. וגם לפום דבריו ז"ל פוק מיהא חדא דליטול מבניו וליתן לבתו ודאי אסור וק"ו כשנותן לאחרים. אך ברשב"ם מבואר דגם מבן לבן דשניהם ראויים ליורשה אסור משום אעבורי אחסנתא. ויש ליישב את הערת השד"ח ולומר, דאחר שמצאנו דלהעביר מהבן אפילו קצת ולתת את זה לבת ג"כ אסור, אע"ג דלא עקר נחלה דאורייתא לגמרי. א"כ מאי נ"מ אם מעביר מזה לזה או שנותן למי שאינו ראוי ליורשו, סו"ס אין זה סדר הנחלות שקבעה התורה, וגם כמגרע מבן אחד ונותן לשני סו"ס הוי מעביר נחלה במקצת, וכבר הוכחתי לעיל דדעת רוב הפוסקים ראשונים ואחרונים שגם במעביר מבן לבן יש בו משום אעבורי אחסנתא ואין ר"ח נוח"ה, ומכתובות שם נלמד דגם במניח חלק ליורש עדיין יש בו איסור העברת ירושה, א"כ אין עוד מקום לחלק בין נותן שאר נכסיו לבן אחר או לאחד שאינו ראוי ליורשו, וזה נלע"ד ברור.

(ב) אלא שראיתי להגאון בעל קצות החשן ז"ל (סימן רפ"ב סק"ב) שכתב בשם התשב"ץ (ח"ג סימן קמ"ז) שבטופסי שטרות ראשונים יש שיעור ארבעה זוזי, וכתב גאון ז"ל דמשום כדי שתהא ר"ח נוח"ה כמ"ש בעיטור סופרים דמתנת שכ"מ וכו' עכ"ל.

ובאמת דזה נגד משמעות הגמרא דכתובות ונגד דברי רשב"ם הנ"ל, ומאי אהני מה שמשירים ד' זוזי, וכבר עמד ע"ז הגאון חתם סופר ע"ה (בחח"מ סימן קנ"א) והוב"ד בפתחי תשובה (שם סק"א) שכתב, ומוכח בכתובות (נ"ג ע"א) בעובדא דרב פפא בי אבא סוראה דלאו דוקא כל נכסיו אלא אפילו מקצת נכסיו וכו'. ואע"ג דבש"ס (ב"ב) איתא והניח את בניו, לאו דוקא בניו אלא יורשיו וכ"כ

דבריו והשד"ח פקפק בדבריו. וראה עוד מ"ש (שם עמוד 31). משם הרב מחנה יהודה (בהלכות מתנת שכ"מ סימן רנ"ו ס"ג) שגם מדבריו עולה לאסור בנ"ד אלא שכתב דאם שייר לכ"א מהם כגון שריבה לבן זה ומיעט לזה דלא מיעקר נחלה דאורייתא לגמרי י"ל דאין בו איסור אלא דלא שפיר למעבד הכי, וכבר כ' השד"ח ע"ז דא"א לומר כן בתשובת הרא"ש שבטור הנז' דשמעינן מינה להדיא דגם בכה"ג אסור יע"ש. ומ"מ גם הוא ז"ל מודה דלא אריך למעבד הכי, וכבר כתבתי שגם השד"ח למד כן בדעת הכנה"ג דגם הוא מודה דלאו שפיר למעבד הכי, וכבר הוכחתי לעיל מסוגית הגמ' ומדברי רשב"ם שם דגם בזה אין ר"ח נוח"ה, ושכן מבואר מדברי הר"ן והמאירי לאסור גם בזה, וכן עיקר להלכה ולמעשה דגם הנותן לאחד מבניו והניח שאר בניו אין רוח חכמים נוחה הימנו, ולפי דברי מהראנ"ח וכל קדושים שעמו הוא איסור ממש, וכמ"ש לעיל בסימן הקודם בעהית"ש.

סימן י

בדין מי שנתן לכל א' מבניו חלק מועט מנכסיו, ומעביר השאר לאחרים.

גם זה להרב הנ"ל.

עוד יש לרדן במי שנתן חלק לכל אחד מבניו ואת כל רכושו נתן לבן אחד, או לבת או לאדם אחר האם גם זה יש בו משום איסור אעבורי אחסנתא ואין ר"ח נוח"ה, או דילמא כיון שנתן לכל אחד מבניו באופן דמתקיימת נחלה דאורייתא במקצת תו לית לן כה.

(א) וכבר הוכחתי לעיל דברי רשב"ם ז"ל שכתב בפירוש דאפילו להרבות לאחד ולמעט לאחד יש בו משום אעבורי אחסנתא, וק"ו הוא למי שנותן רכושו לאחרים ומניח קצת לבניו. וכן יש ללמוד מהסוגיא דכתובות (ב"ן ע"ב) דשאלו, ומי איכא מידי דרחמנא אמר ברא לירות ברתא לא תירות ומתקני דברתא תירות. וכפי הנראה שמקשה מצד אעבורי אחסנתא, והלא שם מיירי דמניח לבניו רוב ממנו ומ"מ תמהו איך מעבירים היורשה כלומר אותו חלק שנותן לבתו לגרוניתה, והוצרכו לתרץ דזו מצות חכמים שתיקנו כך כיע"ש. וגם מצאנו שם דיהודה בר מרימר לא רצה לעלות עם רב פפא לבי אבא סוראה (וכנ"ל) משום אעבורי אחסנתא, ואפילו שהיה מדובר רק על חלק הגרוניא שנותן לבתו, וכל יתר נכסיו מניח לבניו ועכ"ז הקפיד לא לעלות, ואע"ג שהוא לא רצה לעלות משום דנוכחותו שם היא כפיה לאבא סוראה, וכמו שאמר אח"כ לר"פ, המעיין שם יראה שאמר את זה משום דמיירי בגרוניא שחכמים

לעשות קרן קיימת, וכתב דזה רק באין לו בנים ורוצה להציל עצמו מעברה, אי נמי דכיון שנותן מתנה מחיים לית לן בה, והנ"מ במניח ליורשיו מנה יפה. ומשמע דבבניו אין ר"ח נוח"ה ואפילו משאיר להם מנה יפה, וכמו שדקדק ממנו הפתחי תשובה. אלא שהפ"ת מסתפק בדין זה דאולי במקדיש לצדקה וכדו' קצת נכסיו ומניח קצת לבניו אין בו משום אין ר"ח נוח"ה ונשאר בצ"ע. מ"מ לתת לאחרים אסור לכ"ע אפילו משאיר חלק יפה לבניו או ליורשיו. ויש מקום להעיר בדברי הפ"ת וכמ"ש להלן בע"ה.

ג) ושו"ר בחפשי באגרות משה (כרך ז' חח"מ ח"ב סימן מ"ט) לגדול בדורנו הגר"מ פיינשטיין ז"ל שדן במי שאין לו בנים איך יחלק נכסיו, וכתב דאם יש לו יורשים ידועים יש ענין דאעבורי אחסנתא ואין ר"ח נוח"ה, והביא דברי הקצות החשן בסימן רפ"ב סק"ב בשם התשב"ץ הנז', וכתב שהוא תמוה ממעשה דיהודה בר מרימר שלא רצה ליכנס עם רב פפא וכתב בזה"ל, ואף שודאי השאיר לעצמו יותר מד' זוזי דהגם דאיתא התם שכתב כל מאי דהוה ליה, ודאי לא נתן הכל וישאר עני ויצטרך לחזור על הפתחים, ואם היה בעל אומנות או נשאר לו סחורה הרי יוכל להוריש מזה גם לבניו עכ"ל. ולפי מ"ש לעיל א"צ לזה דגם אני הערתי מהגמ' הנז', וכתבתי דאע"ג דבסוף כתב כל נכסיו הוא רק משום שהיה סבור שיהודה בר מרימר שותק משום שרצה שיתן יותר אבל לכתחילה כתב רק חלק כנהוג, ומלכתחילה לא רצה יהודה ב"מ ליכנס דלא ליהוי באעבורי אחסנתא אפילו שהיה פשוט שיכתוב רק מעט מנכסיו, וגם אחר שכתב כל נכסיו א"ל יהודה ב"מ אי מנאי ידידי האי נמי דכתבת לא ניחא לי, וגם זה הוא מטעם אעבורי אחסנתא כמפורש שם, ולא היה צריך הגאון ז"ל לירחק ולומר שודאי הניח לעצמו וכו', וכבר כתבתי שגם החת"ס ז"ל למד מהגמ' הנז' דלא כהתשב"ץ וכנ"ל. וע"ש שכן למד גם ממעשה דיוסי בן יעוצר בב"ב (קל"ג ע"ב). עוד כתב הגרמ"פ כיון שראינו מהתשב"ץ דאם משאיר ליורשה ליכא איסור נראה שיש לסמוך על זה כשהשאיר ליורשיו דבר חשוב, והעלה שיש להשאיר לכל יורש חומש אחד שהוא דבר חשוב ושאר ד' חומשין יתן שליש למוסדות תורה וב' שלישים לקרובים בני תורה.

ויע"ש שגם כתשובה שאחריה (שם סימן נ') דן בזה ובאות א' הזכיר דברי החת"ס הנ"ל, וכתב שהתשב"ץ ס"ל דבהשאיר ד' זוזי שהיה חשוב בזמנם היו רוח חכמים נוחה הימנו, ושהתשב"ץ לומד כן גם בדעת בעה"ע, עו"כ שכן הסכים הקצות לדינא וע"כ העושה כן אין לומר עליו דלאו שפיר עבד, ובפרט שהפ"ת תירץ הקושיא מכתובות דשם מיירי שנותן לבתו ולאחרים שאינו ענין מצוה, בזה יש קפידא אפילו נתן רק קצת, אבל במקדיש ונותן לצדקה ליכא הקפידא דאין ר"ח נוח"ה כשהשאיר להם קצת, ומר עוקבא בזבו חצי ממנו. וכתב דה"ה יותר מחצי אם השאיר דבר

הרמב"ם וש"ע יורשיו וכו', ונדלא כמ"ש הרב זכור לאברהם בשם הרב"ד ח"מ (סי' קל"ז) דמי שאין לו בן אם מעביר הירושה מהיורשים אין בו משום אעבורי אחסנתא. אפילו יש לו בת עכ"ל. והובא בליקוטי דינים לח"מ שבסוף הספר ויאמר יצחק ח"ב (דף קצ"ז ע"א). ואחרי זה הביא דברי התשב"ץ הנ"ל, וכתב עליו ודעת גאונים רחבה מדעתנו, מ"מ מאי דמייתי מהעיסור לע"ד יש להוכיח בהיפוך, דנראה דבעל העיסור קאי דוקא אמאי דמייתי מקודם הירושלמי, דרבי אבא בר ממל אמר ע"ז נאמר ותהי עונותם על עצמותם שהוא חטא גדול וכו', וע"ז כתב בעה"ע דוקא בניו ודוקא לא שייך להם כלום וכו', אבל לעולם אין רוח חכמים נוח"ה אפילו אינם בניו ואפילו השאיר להם מעט, דע"ז לא דיבר ר"א בר ממל וע"ש בפנים מה שמיישב בזה. ושו"כ, אך דמעשים בכל יום מי שאין לו בנים, מצווה לעשות מנכסיו קרן קיימת ודברים טובים, נראה משום דאמרינן ר"פ יש נוחלין והעברתם, מי שאין לו בן הקב"ה מתמלא עליו עברה ואין עברה אלא גהינם וזה רוצה להציל עצמו מגיהנם בצדקה זו והוא קודם לעצמו מיורשיו, ומה שהבאתי דטעמא דדילמא נפק מיניה בנין דמעלי שייך בכל היורשים. י"ל אה"נ אם היה טעמו מפני שאינו נהוג כשורה, אבל כשטעמו משום דלית ליה ברא דמוכה אבא ורוצה להציל עצמו מעברת ה' מותר אע"פ דאינהו בעצמם מעלי, כך נראה ליישב המנהג, וכל מקום שהלכה רופפת הלך אחר המנהג, ואולי כל הנאמרים אינו אלא בשכיב מרע שאין המתנה חלה אלא בשעת מיתה ואז הנכסים נופלים לפני יורשים והוא בא להפקיע, אבל מתנת בריא גוף מהיום ופרי לאחר מיתה לית לן בה דבכיים יכול כל אדם לעשות בממונו כרצונו, וזו סברא נכונה ליישב המנהג, אבל כתובות (נ"ג) תיובתיה, ומ"מ אם מניח ליורשיו עכ"פ מנה יפה יכול פר"מ להזדקק לזה דה' עמו, עכ"ד ז"ל. והרב פתחי תשובה ז"ל כתב עליו דמשמע ממנו דאם יש לו בנים דלא שייך טעם דהעברתם איכא קפידא אפילו במקדיש מקצת נכסיו, ולע"ד איני יודע מנ"ל הא, דבסוגיא דב"ב דשם מבואר דאפילו מקדיש לשמים אין ר"ח נוח"ה כמ"ש הגאון והוא נכון, הרי שם מדובר בהקדיש כל נכסיו, וכן מ"ש דבכתובות מוכח דאפילו במקצת נכסיו אין ר"ח נוח"ה ג"כ נכון, מיהו שם מיירי בנותן לבתו וי"ל דרק בזה יש קפידא, אבל במקדיש רק מקצת נכסיו י"ל דאין קפידא, ובכתובות (ס"ז ע"ב) גבי מר עוקבא משמע דבחייו יכול להקדיש נכסיו כשמשאיר מעט ליורשים, ואין לומר דמר עוקבא לא הניח בנים דמפרק איזהו נשך (דף ע') בההוא דודאי דבני מר עוקבא, ופירש"י תומים היו, וצ"ע עכ"ד הפתחי תשובה.

נמצאנו למדים שדעת החת"ס ז"ל דאפילו שייך מעט נכסים יש בזה משום אין ר"ח נוח"ה ושגם בעה"ע מודה בזה, רק הוא דיבר על העוון החמור הנזכר בירושלמי וכנ"ל, אלא דהביא מנהג העולם דמי שאין לו בנים נותן מנכסיו

חשוב לבניו לא אמרין ביה אין רוח נוחה. ע"כ תוד"ק של האגרו"מ.

ויש מקום להעיר בדבריו של האגרות משה, דהחת"ס הקשה ע"ד התשב"ץ והעלה דרך באין לו בנים הוא דמותר לו לתת לצדקה כדי להציל נפשו מעברה, אבל במי שיש לו בנים אוסר החת"ס לתת אפילו להקדש ואפילו כשמשיר קצת לבניו, ובתשובה זו דיבר האגרות משה במי שיש לו ג' בנים וכו' מהם אינם שומרים תורה וכו' כיע"ש, וגם הפ"ת שהעיר ע"ד החת"ס מ"מ לא הכריע בענין רק השאיר הדבר בצ"ע וכנ"ל, והקצות החשן אמנם הביא דברי התשב"ץ ולא העיר עליו מאומה, ואפשר לומר דלא נחית להכרעה בזה רק הביא דעתו ללמדנו שיש דעות בזה, ואפשר שאם היה מביא הגמ' דכתובות הנז' גם הוא לא היה נמנע מלהעיר עליו, ובפרט שכאמור גם הרש"ש ז"ל הוכיח כן מכתובות הנ"ל, וכ"כ גם בברכות המים, ובפרט שהדבר הזה מבואר ומפורש בדברי רשב"ם בב"ב שם, דאפילו להעביר מבין לבן ששניהם יורשים ואפילו להרבות לבן זה ולמעט לזה אין רוח נוחה, ומ"ש הגרמ"פ ז"ל דהפ"ת כבר תירץ הקושיא מכתובות, דשם מיירי שנותן לבתו ולאחרים שאינו ענין של מצוה, בזה יש קפידא אפילו נתן רק קצת, אבל מקדיש ונותן לצדקה ליכא קפידא דאין רוח נוחה כשהשאר להם קצת. הנה לענ"ד אין תירוצו זה מוכרח, דשם נמי מיירי בדבר מצוה, דאטו לתת נדוניא לבתו כדי להשיאה היא מצוה פחות חשובה ממתן צדקה, וענין קודמים, וזה הדבר היה ידוע גם ליהודה בר מרימר בלא שום ספק, ועם כל זה לא רצה לעלות, וא"ל ר"פ מאי דעתך אי משום דא"ל שמואל לרב יהודה לא תיהוי וכו', האי נמי תקנתא דרבנן, ופירוש הדבר כך, אי משום דא"ל שמואל וכו', ואתה חושש גם בזה לאעבורי אחסנתא, האי נמי תקנתא דרבנן, כלומר חכמים עצמם שאמרו שלא להעביר הירושה (דלורו"פ הוא דרבנן וכמו שמורה פשטות הלשון אין רוח חכמים נוחה, ועיין מ"ש לעיל), הם עצמם תיקנו לכתוב נדוניא, וכמ"ש לעיל (שם נ"ב ע"ב) א"ר יוחנן משום רשב"י מפני מה תיקנו כתובת בנין דכרין כדי שיקפין אדם ויכתוב לבתו כבנו, ומי איכא מידי דרחמנא אמר ברא לירות ברתא לא תירות ואתו חכמים ומתקני דברתא תירות, הא נמי דאורייתא היא דכתיב ואת בנותיכם תנו לאנשים בשלמא בנים בידיה קיימי וכו', קמ"ל דגלבשה וניכסה וניתיב לה מידי כי היכי דקפצי עלה ואתו נסבי לה, ועד כמה אביי ורבא דאמרי תרוייהו עד עישור נכסי. ור"ל דיש תקנה מיוחדת ע"ז שמותר להעביר לגדולות הבת, ומפני מה אתה חושש לעלות עמי לבית אבא סוראה, וגם יהודה בר מרימר הסכים עמו לזה, רק טען שעלייתו שם מהווה כפיה על אבא סוראה ולכפותו לא תיקנו חכמים. נמצאנו למדים מהסוגיא דכתובות לא רק שאין להעביר אפילו מקצת נכסים וכמ"ש הרש"ש וברכות המים והחת"ס

ואגודת אוזב מדברי ועוד, אלא לפי זה נלמד מכאן עוד חידוש דאפילו להעביר חלק מהנכסים לדבר מצוה שאינו פחות מהצדקה ג"כ אסור, דהרי גם רב פפא לא אמר ליהודה בר מרימר שזה דבר מצוה ואין בו משום אעבורי אחסנתא, אלא א"ל שכך תיקנו חכמים שבשביל זה יש להעביר מבין לבת, וש"מ דאי לאו שהיא תקנה מיוחדת היה מורה לו שאסור להעביר ואפילו שהיא מצוה חשובה. ודוק מינה ואוקי באתרין דגם להקדש ולצדקה יש בו משום אעבורי אחסנתא וכדברי החת"ס הנז' ונדרחה בזה תירוצו של הפתחי תשובה, ומ"מ גם האגרות משה לא התיר אלא לצדקה בלבד, (ועיין להלן מ"ש בזה), אבל להעביר לאחרים שלא לשם צדקה נראה מדבריו שם שגם הוא אוסר בזה, וכן נראה דגם הפ"ת מורה בזה וכנ"ל. ושו"ר בשדי חמד (כרך ד' עמוד 35 אות י"ד) שהביא דברי הרב אגודת אוזב מדברי בחלק ח"מ (סימן ט"ו) שדן בזה באורך ובסוף דבריו כתב, ועל כרחין לומר דבמקצת נכסיו או בחייו לא הוי בכלל עבורי אחסנתא, כיע"ש. עו"כ בשדי חמד (שם עמוד 31, סוף ד"ה שוב ראה וכו') משם המחנה יהודה בהלכות מתנת שכיב מרע (סימן רנ"ו ס"ג) שהעלה, דרביבה לאחד מבניו ומיעט לאחר דלא מיעקרא נחלה דאורייתא לגמרי אין בו איסור אלא דלא אריך למעבר הכי, והשד"ח העיר עליו (שם בד"ה מתבאר), דלא יתכן לומר כן בדעת רבינו הטור (סימן רפ"ב) שהביא תשובת הרא"ש דשמעינן מינה להדיא דגם במעביר מבין לבן איכא איסורא עכ"ד. וכבר הבאתי לעיל תשובה זו ע"ש, אלא דיש מקום בראש לחלק ולומר דהרא"ש ז"ל דיבר במעביר כל נכסיו לבן אחד והניח שאר בניו, אבל בכה"ג שנתן גם לשאר הבנים מעט לכל אחד ואחד אין הכרח בדברי הרא"ש שאוסר גם בזה, והיה לו להעיר עליו מדברי רשב"ם ז"ל שהבאתי לעיל דמפורש בו לאסור גם בכה"ג, וכן ממנה"ס פאדאווא שהובא באגודת אוזב מדברי שגם הוא אוסר בזה. עו"כ שם (עמוד 34 ד"ה ובעיקר) שהרב שנות ימין (דף ד"ן ע"ד) כתב לישב מה שרבים הקשו על הכנה"ג שכתב דבנותן לאחד מבניו אין בו משום אין רוח חכמים נוחה הימנו, מתשובת הרא"ש הנז', וכתב שכוונת הכנה"ג לחלק בין היכא דשייר מידי לבניו דבזה אינו בכלל אין רוח חכמים נוחה, דלא אמרו אין רוח נוחה אלא כשלא שייר להם כלום, והשדי חמד פקפק בפירוש זה כיע"ש, וגם לפי חילוק זה עדיין קשה עליו מרשב"ם ומהרמ"פ ז"ל דכתבו במפורש דגם במניח חלק לכל אחד משאר הבנים אין רוח חכמים נוחה.

ד) ולפי"ז נמצא דהרבנים אגודת אוזב מדברי ומחנה יהודה ושנות ימין סברי מרנן דבנותן מעט לכל אחד והשאר לבן אחד מותר, והוא סיוע למ"ש הג"ר משה פיינשטיין ז"ל, דהעושה כד' התשב"ץ שלומד כן גם בדעת בעה"ע שמשאיר דבר חשוב ליורשיו אין לומר עליו אין רוח נוחה, ובפרט שהקצות החשן הסכים לזה לדינא והפ"ת יישב קושיית החת"ס וכנ"ל.

שצריך קנין על זה, ונטלה סודר מידם על כל האמור, ומתה מאותו חולי, [נע"ש שדן בזה אם חשיבה מתנת שכ"מ שא"צ קנין דהא לא השאירה לעצמה מאומה וככתובים ומסורים דמו וכמ"ש בח"מ (סימן ר"ן ס"א וס"ד), או כיון שנתנה חמשה דורו"ס לכ"א מיורשיה חשיבה מתנה במקצת שצריכה קנין והרי נעשה קנין, או חשיבה מתנה בכולה והקנין מיגרע גרע כמ"ש (שם סעיף י"ז) ובדברי מור"ם שם, וע"ש שהביא מ"ש חכמי מראקס על זה ומה שהשיב להם באורך וברוחב כיד ה' הטובה עליו]. וע"ש (בדף מ"א ע"ב באמצע טור ג') שכתב, ומעתה הבא נבא למה שמצינו כאן דהוכחת אעבורי אחסנתא לא היתה ע"פ חכם העיר [נע"ש שהביא תקנת קדמונינו המגורשים מספרד שתיקנו שכל צוואה שיש בה אעבורי אחסנתא בעינן שיהיה נוכח אחד מדייני העיר והוא יוכיח למצוה על אעבורי אחסנתא, ואם יאמר המצוה אעפ"י כן זה רצונו או יש תוקף לאותה צוואה. ועיין מזה עוד בספר ויאמר יצחק להגרי"ן ונאליד ו"ל בחח"מ (סימן קצ"א דף קס"ג ע"א ד"ה איברא דמצד אחר וכו'). ובתורות אמת בתקנות יע"ש]. ובצוואה זו הוכיחה החכם ר' יצחק עמאר ו"ל הגו' אלא שהוא אינו מדייני העיר, וע"ש שהאריך בפרט זה ובמנהג המקום יע"ש. ומכללם של דברים למדנו דפשיטא ליה לרב ו"ל דיש בזה משום אעבורי אחסנתא עד שדן אם יש לבטלה משום דעברו על התקנה ולא הוכיחה ע"י הבד"צ דמתא, וזה אע"פ שהשאירה חלק מועט לכל א' מיורשיה, וש"מ דכן נהגו כפי המבואר בדברי רשב"ם וכל הפוסקים הנ"ל דגם במשאר מעט ליורשיו יש בו משום אעבורי אחסנתא ואין רוח חכמים נוח"ה. [נאע"ג דיש לחלק ולומר דש"ה שלא הניחה אלא סכום מועט ליורשיה, מ"מ היה לו לרדן בזה ולחלק, ומסתמיות דבריו נראה דבכ"ג יש בזה אעבורי אחסנתא].

וע"כ נראה לדינא דאסור להעביר נחלה מיורשיו, ואפילו להרבות לאחד ולמעט לאחד גם כן אין רוי"ח נוחה הימנו, וק"ו שלא להעביר מבן לבת או לשאר קרובים וכ"ש לאחרים ולא מהני מה שמניח חלק מנכסיו ליורשיו, אלא יעשה כסדר הנחלות של תורה, ומ"מ אם ראה צורך גדול, או כשביל שלום בניו למנוע מהם מחלוקת ושינאה וכל כיוצא"ב, ורצה לסמוך על אותם פוסקים שהקילו בזה יש לו על מה שיסמוך. זה הנלע"ד. והיע"ב לעולם ועד. אמן.

ע"ה שמ"ע ס"ט ב"ב.

ומ"מ נלע"ד דהעיקר כדברי רשב"ם ו"ל שאסור להדיא, וכמו שכתב באגודת אוזב מדברי הנ"ל בשם מהר"ם פדאווא ו"ל שגם הוא אוסר בזה. ובפרט שכבר הוכחתי שכן עולה להדיא מההיא דכתובות (נ"ג ע"א) ודחיתי דברי הפ"ת. ושגם הרש"ש בב"ב כ' שרשב"ם למד כן מכתובות הנ"ל, וכ"כ גם הרב ברכות המים, וכן היא מסקנת החתם סופר ו"ל להלכה ולמעשה, דלא התיר אפילו לצדקה אלא רק במי שאין לו בן ומטעם אחר וכו"ל. ועוד מצאנו שגם הגאון מהר"י חגיז ו"ל בהלכות קטנות (ח"ב סימן רס"ז) דעתו לאסור, שהוא דין שם בנותן נכסיו לאחרים ע"מ שאם יהיו בניו מתנהגים כשורה יחזיר להם, ומתחילה כתב דיניח להם מעט משום ירושה, ואח"כ חזר וכתב, ומיהו משמע דאסורא איכא בכל גזא וכו' עכ"ל. והובא בשדי חמד שם. ועוד אפ"ל דגם הרב שנות ימין לא כתב זה אלא ליישב דברי הכנה"ג ממה שהקשו עליו רבים, וגם הרב אגודת אוזב מדברי המעיין בדבריו (שבשד"ח שם) יראה דמתחילה כתב לאסור ודקדק כן מפרק נערה הנ"ל, וכתב דמתבאר שם דלא היה בדעת אבא סוראה לתת כל אשר לו כי אם עישור נכסי, מדאמר ליה רב פפא האי נמי תקנתא דרבנן היא דא"ר יוחנן משום רשב"י וכו' והיינו עישור נכסי, וכן הביא דברי רשב"ם ו"ל הנ"ל, אלא שתמה דמעשים בכל יום שכותבים מקצת נכסים לקרובים ולתלמידי חכמים במקום שיש יורשים, ושום ירא שמים לא נמנע מלהיות עד בזה, ואמרו גבי מר עוקבא דרק מחיים הוא דלא יבזבו יותר מחומש אבל בשעת מיתה לא, אלמא דבמקצת נכסי שרי וא"ל דשאני צדקה דהוי מצוה, דא"כ איך מוכיחים בב"ב (שם) דרבנן פליגי ארשב"ג מדיוסי בן יעזר (שהקדיש כל נכסיו להקדש וכו"ל). ולפי ענ"ד מה שכתב הרב ו"ל איך מוכיחים בב"ב וכו', אינו מוכן, דההוכחה ההיא טובה, דאם בהקדיש נכסיו שהוא מצוה, עכ"ז אמרו אין רוי"ח נוחה הימנו על שהעביר נכסיו מבנו, ואפילו שבנו לא נהג כשורה, ק"ו הוא למי שמעביר מבניו ונותן לאחרים דאין רוח חכמים נוח"ה, ודלא כרשב"ג דאמר שאם לא היו בניו נוהגים כשורה זכור לטוב, וש"מ דפליגי רבנן ארשב"ג והיא הוכחה טובה ויפה. ועוד כתב שם שהריב"ש ו"ל מסתפק בזה ומהר"ם פדאווא ו"ל אוסר כיע"ש היטב. ואפשר דבא לישב המנהג בלבד, ואפשר עוד דהמנהג הוא רק במי שאין לו בנים וכמ"ש החת"ס, ואין הספר הנז' בידי לעיין בו.

(ה) וכן יש להוכיח גם מדברי התועפות ראם לרבינו הגאון המלאך רפאל אנקאוא ו"ל (ח"א סימן ל"ב) שדן באשה אחת מעיר אודידא (במרוק) שהיתה מוטלת על ערש דוי, ורציתה שיורשיה יטלו כל אחד חמשה דורו"ס והשאר נתנה לסניור יצחק ק', עטאר שיעשה לה כל צרכי קבורתה לפי כבודה וכבוד בעלה ו"ל, ובין הנוכחים שם בעת הצוואה היה גם החור"ר ר' יצחק עמאר ואמר לה