

מצוה מחמת ניתוח האם דינו כמצוה מחמת מיתה

שאלה:

אדם בריא המתהלך בשוק כאחד האדם, וע"פ פקודת הרופאים עליו לעבור ניתוח באבר שהנשמה תלויה בו, שאל"כ יסתכן ביותר. ומחמת דאגתו מהצלחת הניתוח מצוה על נכסיו לפני הכנסו לניתוח. מה דינה של צוואה זו.

יסוד השאלה הוא במה דנפסק בגמרא (ב"ב דף קנ"א ע"ב) "והלכתא מתנת שכ"מ במקצת בעיא קנין ואע"ג דמת, מצוה מחמת מיתה לא בעיא קנין והוא דמת. עמד חוזר ואע"ג דקנו מיניה". ויש להסתפק בהנ"ל (הנכנס לניתוח) אם דין צוואתו כשכ"מ או כמצוה מחמת מיתה או כבריא בעלמא.

והשאלה נשאלת בשני אופנים. הא'. כשצויה רק על חלק מנכסיו בלי קנין, דבזה אי דינו כשכ"מ לא זכה המקבל, ואי דינו כממ"מ זכה. והב'. כשצויה בקנין, ואחר הניתוח הבריא לגמרי, ורוצה לחזור ממתנתו, דאם דינו כממ"מ חוזר בו, ואי דינו כבריא אינו יכול לחזור ממתנתו, וכמו שיתבאר לקמן.

תשובה:

א. בריא שצויה

שיטת המהר"ם ב"ב וההלכה

ראשית יש להקדים דאף שידוע שיטת המהר"ם ב"ב בכמה מקומות (ב"ק סי' ל"ח, ד"ה סי' ת"כ, ובמרדכי ב"מ סי' רנ"ד, ב"ב סי' תקצ"א) דבריא שאמר ינתן כו"כ לפלוני אם ימות, זה נקרא מצוה מחמת מיתה. מ"מ נקטו הפוסקים שזו שיטה יחידאה. ובמיוחד שמהר"ם עצמו סתר דבריו, דבמרדכי ב"ב הנ"ל כתב דצריך קנין. והאחרונים האריכו ליישב דבריו. ולדעת המהר"ק (שורש צ"ד) המהר"ם חזר בו. ונקטו הפוסקים

דאין לסמוך על דעת המהר"ם להוציא מהיורשים. ובפרט שכן סתימת דברי הרמ"א (סי' רנ"ז ס"ז), ע"פ דברי הרשב"א (הובא בב"י סי' ר"נ מחו' ט"ז) שכתב שלא מצא דרך לסדר צוואה לבריא שרוצה לסדר נכסיו כי אם בקנין. ונידון הרשב"א היה בחולה שמהלך כשאר בני אדם, והיה מתיירא שמא ימות פתאום כמו שבא שם בשאלה (ה"ג סי' קי"ח) וז"ל: "שאלת: ראובן שהוא חולה, ומתיירא שמא ימות פתאום, ומהלך בחוץ כשאר בני אדם ולפיכך עלה בדעתו לצוות על ביתו מחיים, כדי

לו היום, לא יהיה לו בשעת פטירה; ולפיכך, אין לו תקנה בזה, אלא בחיובין, רצוני לומר: שיחייב עצמו ונכסיו, מעכשיו ולאחר פטירה, לכל אחד ואחד כפי מה שירצה, למעט או לרבות. עכ"ל. והיינו שפסק הרשב"א שביון שהוא מהלך על רגליו דינו כבריא, שלא מהני ליה צוואה אלא בקנין.

ועל פי זה פסק הרמ"א (סי' רנ"ז ס"ז) וז"ל: ומ"מ צריך קנין במתנת בריא, ולא אמרינן בכה"ג דבריו ככתובין וכמסורין דמי. ולכן בריא שרוצה לחלוק נכסיו אחרי מותו שלא יריבו יורשיו אחריו, ורוצה לעשות סדר צוואה בעודו בריא, צריך להקנות בקנין, ואפילו קנין אינו מהני אם רוצה ליתן להן דבר שאינו בידו אז, דאין אדם מקנה דבר שלא ברשותו, ואין מהני אלא דרך הודאה שמודה שחייב לכל אחד מהן כפי מה שירצה, עכ"ל.

ולכן אין להסתפק כאן מעד בריא שצוה מחמת מיתה, רק נידון דידן הוא מאחר שאותה סיבה המחייבת אותו לעבור את הניתוח היא הגורמת לו להחשב כחולה לענין ממ"מ, אף שמתהלך כבריא.

ב. פלוגתת הראשונים במפרש

ויוצא בשירא, וההלכה

כתב המחבר (סי' רנ"ג ס"ח) "המפרש בים והיוצא בשירא והיוצא בקולר והמסוכן והוא שקפץ עליו החולי והכביד עליו חליו כל אחד מארבעתם כמצוה

לסלק מבין יורשיו מחלוקת, ורוצה למנות אפטרופסין על בניו, כי הם קטנים, מעכשיו ולאחר מיתה, ולחלק נכסיו בין יורשיו. הודיענו לשון אפטרופסות, וחלוק זה איך יעשה אותו, כדי שיהיו מעשיו קיימין. וע"ז השיב הרשב"א "תשובה: תחילת כל דבר, צריך אתה לדעת שמתנת שכיב מרע, שאינה קנין ולא כתיבה ולא מסירה, שאינה מדאורייתא, אלא מדרבנן, שתקנו כדי שלא תטרף דעתו עליו; ובשכיב מרע בלחוד הוא שתקנו, רצונם לומר: בחולה שנפל למשכב מחמת חליו, דהשתא הוא דאיכא למיחש שמא תטרף דעתו עליו, אבל במהלך על רגליו, לא תקנו, ואין מתנתו קיימת, אלא במה שמתקיימים בבריא דעלמא, בקנין או בשטר או במסירה, ושאר קניות של בריא. ולפיכך, ראובן זה אין מתנותיו קיימות, אלא אם כן נותנן במתנת בריא, ויכול ליתן הוא מהיום ולאחר מיתה, ובכך קנו מקבלי המתנות גוף הנכסים מהיום, ופירות לאחר מיתה וכו', ויכול הוא למנות אפטרופסים על בניו מהיום, לפקח על נכסיהם לאחר מותו, דבין חולה בין בריא יכול למנות אפטרופסין, ויכתוב להם שהוא ממנה אותן אפטרופסין על בניו אלו, ועל הנכסים שהוא מזכה להם, ושיפקחו בנכסיהם לאחר פטירתו. ומ"מ אם יש לו עסק או סחורה או מטלטלין שאינן מסויימין, ורוצה לחלקן ביניהם, ולרבות לאחר, ולמעט לאחד, איני יודע לו דרך שיוכל לזכותם להם במתנת בריא, מעכשיו ולאחר מיתה, כי שמא מה שיש

דבכל אלו מתיראין על מיתתן ואין אדם משטת ומשחק בשעה שהוא מתיירא ממותו, וכיון דטעמא משום הכי הוא אף במתנתו בכל הני לא צריך למקני מיניה, שהשוו חכמים מדותיהם בכל מצוה מחמת מיתה שיהיו דבריהם כמסורים" עכ"ל.

והמהריט"ץ (סי' ל"ב) הביא סיוע להרי"ף והרמב"ם מהא דאמרין בירושלמי "אמר רב הונא לא סוף דבר יוצא בקולר של סכנה אלא אפילו קולר של ממון שכל קולר בחזקת סכנה", וה"ה היוצא בשיירא של דרכים שהם בחזקת סכנה וכן המפרש בים ע"כ. והוסיף שם שלהלכה נקטינן כהרי"ף וסיעתו וכמ"ש המחבר.

ג. האם צריך לפרש מחמת מיתה או דסני בגלוי מילתא שהוא מ"מ

כתב הטור (סי' ר"ג סעי' י"א) כל שפירש מחמת מיתה או אפילו לא פירש אלא שנראה מתוך דבריו שהוא נותן מ"מ, כגון שמתאונן על מיתתו וכיו"ב נחשב מצוה מחמת מיתה.

וע"ז חולק שם ר' שמואל בן חפני וסובר דצריך להזכיר בפירוש מחמת מיתה. ובפרישה שם ביאר דלא נחלק רשב"ח דגלוי מילתא דמיתה סני, שהרי כן מוכח בגמרא (ב"ב קנ"א ע"ב) במעשה שאמרה "ווי דקא מיתה ההיא איתתא" ובזה ליכא מאן דפליג. אמנם הב"ח ביאר שם דרשב"ח והטור פליגי אי צריך

מחמת מיתה, והרי דבריו ככתובין וכמסורין דמי ומקיימים אותם אם מת. ואם ניצל ועמד אפי' קנו מידו במקצת חוזר כדין כל מצוה מחמת מיתה" עכ"ל.

ועל מפרש בים ויוצא בשיירא נחלק הטור וכתב דאין טעם לומר דיהיו דבריו כממ"מ, ורק לגבי גט אמרו כן לענין דאע"ג דלא אמרו תנו נותנין משום דבהילי וטרידי מחמת דרכם שלפניהם ולא גמרו דבריהם, אבל לענין זה למה יחשב כממ"מ הלא דעתו לחזור. אמנם הנמוק"י בשם ר' יונה מפרש "דהרבה מהם חולכין להשתקע שם ומש"ה יהבי דאפשר דמספקי אם ישתקעו ולפיכך כשלא נשתקעו וחזרו חוזרין במקצתן אפילו במתנה במקצת ובקנין חוזר כדין כל המצוה מחמת מיתה" עכ"ל. וזה דלא כרא"ש שכתב שהר"ר יונה חולק על הרי"ף והרמב"ם שהם דברי המחבר הנ"ל.

ובקצות (שם סק"ט) בא ליישב הסתירה בדעת הר"ר יונה, דאפשר דרק לענין חזרה הוא דכתב הר' יונה דדינו כממ"מ כיון דנתן ע"מ להשתקע וחזר לביתו מש"ה המתנה בטילה. משא"כ לענין שיהיו דבריו כממ"מ בלי שום קנין בזה פליג על רי"ף ורמב"ם דהכא לא שייך שמא תטרף דעתו כמו בשכ"מ, ולכן אינו נקנה באמירה גרידא. (ועי"ש בסו"ד דמשמע דחזר בו.)

והנה הר"ן הכריע כדעת הרי"ף והרמב"ם והוסיף לבאר וז"ל "היינו טעמא דקים לן

ואם חלק כל נכסיו הרי הוא כממ"מ, ואפילו חלק מקצתן והוא מסוכן, אע"פ שלא הזכיר שם מיתה אנו דנין אותו כמתנה מ"מ, שהדברים כולם שביוצא בזה תלויין באומדנא" עכ"ל.

הרי שסובר הרשב"א שכל שהאומדנא מוכחת שמחמת מיתה הוא מצוה, דינו כממ"מ. אלא שצ"ע בדבריו שסיים בתרתי, בחילק כל נכסיו כממ"מ, ובחילק מקצת והוא מסוכן, שקשה שהרי ממ"מ אף במקצת מתנתו מתנה.

ובדרישה (סי' ר"נ ס"ק י"א) מיישב דהרשב"א תלת דיני קאמר. והיינו שאם הוא מוטל בערש דוי אפילו חילק מקצת נכסיו הרי הוא כממ"מ, ואם חילק כל נכסיו אפילו אינו מוטל בערש דוי דינו כממ"מ. ואם הוא מסוכן אפילו חילק מקצתם ולא הזכיר מיתה וגם אינו מוטל בערש דוי אפ"ה דינו כממ"מ. ע"כ.

ובחלוקה האמצעית מסתמא כוונתו לחולה אלא שאינו מסוכן ואינו מוטל על ערש דוי, ולכן צריך את האומדנא של מחלק כל נכסיו.

ה. המתהלך כבריא ומחלתו בקרבו הוי ממ"מ

ובחלוקה השלישית חידש לנו הדרישה באדם שהוא מסוכן, אף שאינו מוטל על ערש דוי, וחילק אף רק מקצת נכסיו מקרי ממ"מ, אף שאינו מזכיר מיתה. ולפ"ז אף בנד"ד כשהתהלך בשוק, כיון שהוא מסוכן דהיינו שמחלתו מקנת

שיאמר כן בשעת המתנה, או דסגי הגלוי מילתא אף שלא בשעת המתנה.

והנה יש להקשות דאף לפמ"ש הטור דסגי בגלוי מילתא וכן נפסק בשו"ע (סעי' ז') "אפי' לא פירש אלא שנראה מתוך דבריו שהוא נותן מחמת מיתה וכגון שהתאונן על מיתתו וכיו"ב" וא"כ הרי צריך שיהא לפחות גלוי מילתא, ואילו במפרש בים ויוצא בשיירא לא נזכר גלוי מילתא כלל.

ונראה דכל שהדברים מראים שמחמת מיתה הוא מצוה אפילו גלוי מילתא אין צריך, וכמו שכתב הר"ר יונה גבי מפרש ויוצא בשיירא דמסתפק שישתקע שם ולכן הוא מצווה דירא שלא יחזור, והיינו דמצבו מראה על כוונת מעשיו שמחמת דאנה הוא מצווה ונותן, ועל כן דינו כממ"מ.

ד. ראייה מהרשב"א דאומדנא

שהוא מצוה מחמת מיתה סגי

וחזינן ברשב"א (ח"ב סי' קנ"ו והובא בב"י סי' ר"נ סעיף י"ב) דסגי באומדנא שהוא ממ"מ. שכתב גבי שטר שכתבו העדים שנכנסו אצל ראובן ומצאוהו חולה ששוכב על מטתו וכו' "היינו כדקציר ורמי בערסיה שאין צריך שיאמרו המצוה הרי הוא קציר ורמי בערסיה, אלא שהעדים יעידו שהיה חולה ומוטל על מטתו וזה פשוט. גם אינו צריך טענה שיאמרו שיאמר המצוה שהוא חולה, אלא כל שהוא מוטל בערש דוי וצוה על נכסיו, הרי זו מתנת שכ"מ.

אומדנא ברורה שמדאגת מיתה הוא מצווה, הרי דינו כממ"מ שאף במקצת מתנתו מתנה ואף שלא פירש שמ"מ מצווה, ואם עבר את הניתוח בשלום והחלים, חוזר ממתנתו.

ואף להרשב"א דלעיל אות א' שכתב גבי חולה שמתירא שמא ימות פתאום ומהלך בחוץ כשאר בני"א, ועלה בדעתו לצוות על ביתו מהיים דאין מתנותיו קיימות. היינו משום דחולה זה עדיין אינו נחשב כמסוכן, אבל אדם שהייב לעבור ניתוח נחשב כעת למסוכן שמהלך על רגליו, אלא שהניתוח הוא האפשרות ליציאה מהסכנה, שלכן מה שמצווה עתה הוא כממ"מ, ואם עמד בשלום חוזר.

ו. חידושו של המהריט"ץ והיוצא מדבריו לדין

וחידוש גדול מצאנו במהריט"ץ (סי' ל"ב) בנידון שאלתו בכהן אחד שהיה דואג מחמת מיתה כיון שהיה מקובל שהוא ממשפחת בני עלי, ובהיותו בריא צוה מחמת מיתה, שכתב דינו כמפרש בים ויוצא בשיירא, כיון שברור שמתירא מהמיתה. וז"ל שם "בנידון דידן שכתב בפירוש שמצווה מחמת מיתה, ומה גם שהעידו עליו חכמים גדולים יראי שמים שכל ימיו היה דואג מן המיתה לפי שהיה מקובל היותם מבני עלי שכל משפחתו מתו שחורי הראש, ואם כן בודאי שפיר מקרי מתירא מן המיתה כהנהו ארבעה" עכ"ל.

והוסיף המהריט"ץ לחדש דאף להפוסקים דבבריא ליכא דין ממ"מ,

בקרבו וחושש מדאגת מיתה, כל צוואתו בגדר ממ"מ.

ויש להסתייע בכך ממ"ש המהרי"ק (שורש צ"ד) בסוה"ד: ואשר כתבת עוד דברי הגאון שכתב דבריא שאמר שמתירא שמא יארע לו שימות פתאום והרי הוא מצוה כך וכך, שאין בו דין מצוה כלל. וכתב ע"ז המהרי"ק "משמע שעדיין לא אירע לו שום חולי אלא שמתירא פן יארע לו. דאלת"ה הו"ל למימר מתירא הוא פן ימות פתאום אם ירא הוא שכבר אירע לו סיבת המות" עכ"ל.

וחיזין מדברי המהרי"ק שאם באמת כבר אירע לו חולי שיכול לגרום לו סיבת המות, הרי הוא בגדר ממ"מ, וא"כ פשוט שהנכנס לניתוח שכבר אירעה הסיבה שידאג ממנה למותו, דינו כממ"מ.

שוב הראני הגר"י שובקס שליט"א שכבר כתב הב"י (סי' ל"ב) והביאו הש"ך (סי' פ"א סק"ז) לענין מענת השטאה, דבש"מ לא יכול לומר כן שאין אדם משטה בשעת מיתה. וז"ל "וכן אם הוא מסוכן אע"פ שהולך על רגליו" וחיזין דכל שנחשב למסוכן דינו כשעת מיתה, אף שהולך על רגליו כאחד האדם.

ואף שהסכויים להצלחת הניתוח גבוהים ביותר, ועל הרוב מחלימים לגמרי מניתוח כזה. מ"מ כיון שעכשיו לפנינו

סמוך להניתוח. וכמו ביוצא בשיירא שנחלקו בו הפוסקים דלקמן או דשמא הכא שאני.

ובאמת ששאלה זו יש לשאול בכל יוצא בשיירא, מהו שיעור הזמן הקובע שסמוך ליציאתו נחשב יוצא בשיירא לענין צוואתו.

ומצאתי שכתב המהרש"ך (סי' קס"ה) וז"ל "דאפילו להרי"ף והרמב"ם ז"ל והנהו רבנותא דס"ל במפרש בים והיוצא בשיירא דין ממ"מ יש להם היינו היכא שבאותה שעה שמפרש בים או יוצא בשיירא צוה מה שצוה, דומיא דיוצא בקולר או מסוכן, אבל אם מה שצוה היו קצת ימים קודם שפירש בים אין בזה דין ממ"מ, אלא דין מתנת בריא וכל שלא קנו מידו אין בדבריו כלום" עכ"ל.

ומדברי מהרש"ך אלו יש ללמוד דאף שכתב בפירוש בצוואתו שהוא ממ"מ וירא מהמיתה, ל"מ אם היה כמה ימים קודם, דבזה היתה השאלה שם שכתב בן בפירוש "הרי שאני הולך לדרכי ואיני יודע מה יהיו חלומותי ומחשבותי הריני מצוה מחמת מיתה וכו'".

אמנם במהריט"ץ הגם שכתב כמהרש"ך דכמה ימים קודם לה ממ"מ, ממ"מ כתב דאם צוה בפירוש מהני. וז"ל המהריט"ץ (סי' ל"ב) "ואין לומר דדוקא היוצא בשיירא אמרו בשעה שהתחיל לצאת לשום לדרך פעמיו, דייקא נמי דקתני היוצא בשיירה ולא קתני הרוצה לצאת,

מ"מ במפרש להדיא מחמת מיתה מהני. וכ"ש באופן הנ"ל שהיה מתיירא. ע"כ. אלא שצ"ע ע"ז מהרשב"א (לעיל אות ב') שכתב שאין אופן שיכול להועיל לבריא צוואה כי אם בקנין.

וא"כ יש לנו נפקותא לדידן דלא פסקינן כמהר"ם ב"ב הסובר דגם בכריא שייך ממ"מ. וכפי שהקדמנו בריש דברינו. מ"מ כשמפרש מ"מ וכ"ש שרואים שמתירא מהמיתה יש דין ממ"מ. ולפיכך כשנכנס לניתוח ומזכיר בדבריו שמחמת יראת הניתוח הוא מצווה, לסברה הנ"ל אף אם נדונו בכריא, יש בו דין ממ"מ.

ואף לפי מה שחזר בו המהריט"ץ בסוף התשובה שם במעשה דידיה, מטעם שיש לחלק בין יוצא בשיירה שעושה מעשה וחושש שאח"כ לא יוכל לצוות. לבין מי שאין עושה כלום אלא שאומר בלבד, שעדיין אפשר שיחלה וימות בדרך העולם ויוכל לצוות. מ"מ בנידון דידן שנכנס לניתוח אין לך מעשה גדול מזה שמחמתו חושש שלא יוכל אח"כ לצוות, ולכן מצווה עתה שבזה ודאי דינו כממ"מ.

ז. היוצא בשיירא או עומד לניתוח

מהו שיעור הזמן שקודם לזה

כבר נחשב ממ"מ.

אחר שביארנו שהנכנס לניתוח וכתב צוואה דין ממ"מ יש לו. יש להסתפק בשיעור הזמן שקודם הניתוח שיחשב בו ממ"מ לענין זה, דשמא צריך שיהא ממש

ואילו ראה המהריט"ץ דברי מהרש"ך, היה מסכים עמו. וסיים דא"א לומר קים לי כמהריט"ץ, דיחיד הוא בסברה זאת.

אמנם נראה לחלק ולומר דאף להמהרש"ך יוצא לדרך שאני, שעד שלא יהא סמוך ליציאה לא נחשב שמחמת יציאתו מצוה, כיון שהרבה סיבות גורמות לביטול הנסיעה, ואין זה ברור שמחמת יראת מיתה מצוה. משא"כ בעומד לניתוח שחייב בזה ולא יכול לבטלו, נראה דבזה לבו"ע זמנו הוא משעה שנקבע שחייב לעבור ניתוח. שאז ברור שמחמת יראתו צוואתו, ויש לחשבו כמסוכן. וזהו שכתב המהרש"ך "דומיא דיוצא בקולר ומסוכן", והיינו שכיון שכבר יוצא או שהוא כבר מסוכן ולא נראית לו דרך חזרה והוי ממ"מ, וה"נ היוצא לניתוח וכנ"ל.

ט. קבעו זמן לניתוח ונדחה לאחר שנה מה שאמרנו דמשעה שנקבע זמן לניתוח דינו כממ"מ. מסתברא דזמן זה היינו כל שאומדים שלולי הניתוח הרי הוא מסוכן תוך שנה, שכזה הוי כמריפה שאינו חי י"ב חודש, והזינן בכ"מ שכל העומד למות תוך שנה נחשב חיי שעה, אבל אם עומד למות אחר שנה זה לא נחשב חיי שעה. וכן פסק בחכמת שלמה יו"ד (סי' קנ"ה). ובמנחת חינוך (מצוה רצ"ו) כתב דאסור להרוג רודף שרדף אחר המריפה. וכן כתב שם בסיעה של בני אדם שעמדו גויים עליהם ואמרו תנו לנו אחד ונהרגנו, אם היה טריפה ביניהם מותר למסרו ולהציל עצמם, דלא שייך

והלכך בנדון ההיא שאמר שמוכן לנסוע משמע שעדיין לא נוסע הוא הלכך לא מהני. הא ליתא חדא דלא בעינן ממש שיהא על אם הדרך אלא אפילו קודם כל שהוא מפרש שבשביל כן עושה, דכשתפס הדרך לא בעינן שיאמר שבשביל כן מצוה, אמנם אם יום או יומים קודם צריך שיאמר שבשביל כך מצוה. עכ"ל.

ובחקקי לב (סי' ב') הביא עוד פוסקים החולקים על המהרש"ך בזה ומהם בעל ברכות המים (דף רמ"ב ע"ב) שכתב "אם הקדים צוואתו ימים רבים קודם נסיעתו כיון שהתחיל בעסק הדרך כמצוה בשעה שמפרש דמי כיון שמרדויתו רבו" עכ"ל. וע"כ מסיק בחקקי לב דמשעה שמתחיל להשתדל בנסיעה וכו' דבריו קיימים.

ח. החילוק בין יוצא בשיירא לעומד לניתוח

ולפי האמור אם נרצה להשוות דין יוצא לניתוח כדין יוצא לדרך, נצטרך לקבוע שיעורו, דכל שכתב יום או יומים קודם, צריך לפרש שבשביל כך מצוה, ואז מהני למהריט"ץ, ולא למהרש"ך. או משעה שמשתדל בעסק הניתוח לשאר רבוותא דלעיל.

אלא שראיתי בתשובת ר' חיים פלאגני שהובא שם בחקקי לב (סי' כ"ב) שיצא להגן בעד המהרש"ך וכתב שמרן הקדוש בספרו אבקת רוכל (סי' קכ"ד) הסכים כהמהרש"ך, ולמעלה מעשרים רבנים גדולים הסכימו להמהרש"ך.

הניתוח דינו כממ"מ או אף אח"כ. דהרי בשכ"מ קי"ל דאם עמד בטלה מתנתו וכמ"ש (סי' ר"ג ס"ב), ושם הדין דאם ניתק מחולי לחולי צריך אומד ע"פ רופאים אם מחמת חולי הראשון מת מתנתו קיימת. ואם הלך בשוק בלא משענת א"צ אומד ומתנתו בטלין. וכן הדין בממ"מ, וכמ"ש הריב"ש (סי' ר"ז) בשם הרשב"א מצוה מחמת מיתה כל שעמד חזרה מתנתו ממילא.

והנה אם נימא דדינו כמסוכן דינו כנ"ל. אולם אם דינו כיוצא בשיירא הרי במהרש"ך שם כתב גבי יוצא בשיירא שאם עלה מהים במקום שהלך לשם ואחר זמן נפטר שם, בטלה צוואתו. ואף שהמהר"ק (סי' ר"ג) כתב ע"ז דברי המהרש"ך לא נתחווירו לי, מ"מ הכא הוי כנתרפא מחליו בשכ"מ שצוואתו בטלה, ואף אם אמר בפירוש שכל שלא אחזור בי, אף אם אתרפא תהא צוואתי קיימת, אין בדבריו כלום. דלא תקנו רבנן בזה, וכמ"ש הריב"ש שם "דהרי זה כמי שצוה בכריאותו בלשון מצוה לאחר מיתה שאין בדבריו כלום וכל מה שאמר, שאף אם יתרפא תהא צוואתו קיימת דברים בעלמא נינהו ואין בהם ממש שהרי אין כאן שכיב מרע ואין כאן מקום לדייק דבריו כדי שלא תטרף דעתו שמעתה בריא הוא וכל שמוציא צוואתו מכלל שטר צוואת שכיב מרע אין מקיימין דבריו כדי שלא תטרף דעתו כמו שאין מקיימין מתנת שכיב מרע במקצת אפילו כשמת אא"כ קנו מידו דכיון שדעתו להקנות לעולם הרי

בזה מאי חזית וכו' דודאי דמיה סומק טפי. ע"כ.

אמנם יש להסתפק אף לאחר שנה לפמ"ש הר"ת בזבחים (דף קט"ז ע"א) בתוד"ה דילמא, דבאדם טריפה חי יותר כיון דאית ליה מזלא. וכן הוא בתוספות רבינו אלחנן (ע"ז דף ו' ע"א) וכן בחידושי הרשב"א שם דבאדם יש טריפות שיכול לחיות בהן. ועיין גם בחידושי הר"ן שם בזה. וכן בכסף משנה הל' גירושין (פי"ג הט"ז). ולפיכך יש לעיין אם דינו כממ"מ בזה. אמנם כתב התוספות בסנהדרין (דף ע"ח ע"א) דאף למ"ד טריפה היה ההורגו פטור, דסופו שימות בחבלה זו, וא"כ נמצא ששוב נחשב חיי שעה. וכל שהוא בנדר חיי שעה יש לדון בצוואתו בדין ממ"מ.

ונראה עוד דלענין מצוה מחמת מיתה כיון שהדבר ספק אם יחיה אחר י"ב חודש, הרי הוא מצווה בכל הזמן מיראת מיתה. וא"כ מי שנקבע זמנו שחייב לעבור ניתוח תוך שנה, אף שנדחה לאחר זמן ועברה שנה מעת כתיבת צוואתו נחשב כממ"מ לענין זה, כיון שבשעת כתיבתו היה בדאגה זו שעד שנה עליו לעבור הניתוח. אמנם אם לכתחילה נקבע זמן ניתוח לאחר שנה ונכתבה הצוואה תוך השנה, בזה עדיין צ"ע.

י. כשהניתוח עבר בהצלחה –

ומת כמה ימים אח"כ

הגם שביארנו שהנ"ל דינו כממ"מ, עדיין צריך לברר האם רק כשמת מחמת

למשכב, אלא שהוא מסוכן אם לא ינותח, שבזה הליכתו בשוק אינה הוכחה שמחלתו לא חזרה, שהרי גם מקודם הולך היה כאחד האדם. ולכן נראה דגם עתה שהולך אח"כ כיון שאפשר שבמצבו נשאר צריך אומד.

יא. מצאו צוואה בביתו שנכתב תאריך אחר הזמן שנקבע שחייב בניתוח

והנה כל הנ"ל איירי היכא שצויה בפיו לפני הכנסו לניתוח, ואפ' רק על מקצת נכסיו שדינו כממ"מ, וכדביארנו. אולם יש עדיין לעיין במי שהניח צוואה בכת"י בביתו לפני הכנסו לניתוח, וע"פ התאריך בצוואה ברור שנכתב אחר שהודיעו לו על הצורך בניתוח, ונראה שכתבה בתורת צוואה, אלא שלא כתוב בה מהיום ולאח"מ, ולא היה בה קנין, מה דינה של צוואה זו, דהרי שנינו בב"ב (דף קל"ה) "מי שמת ונמצאת דייתקי קשורה על יריכו הרי זו אינה כלום". ויש לדון בהכת"י שנמצא בביתו האם דינו כדין דייתקי שאינה כלום.

אמנם לענין מצוה לקיים דברי המת נראה דא"א להסתפק בזה, דלא מיבעי לדעת ר"ת דפסקינן כוותיה (סי' רנ"ב) דבעינן הושלש לשם כך, וכאן הרי לא מסר כלום, אלא אף לריטב"א שסובר דכשמצוה ליורשיו אמרינן מצוה לקיים דברי המת, ופסק הש"ך (שם סק"ד וסק"ז) כוותיה, מ"מ הרי בעינן שיאמר בפניהם ויקבלו עליהם כמ"ש בריטב"א (כתובות דף ע' ע"א) וז"ל "ושאמר כן בפניהם ושתקו או קיבלו עליהם, הא

הוא כבריא", עכ"ל. ואין לדקדק ממה שכתב הריב"ש "אין מקיימין דבריו כמו שאין מקיימין מתנת שכ"מ במקצת" שכוונתו לומר שצוואתו בטלה אף אם מת, וכמו שנראה שרצה רע"א (סי' ר"נ ס"ב) לדייק מדברי הרמ"א שהם דברי הריב"ש הנ"ל, הדא, שהרי הריב"ש להדיא כתב שם לעיל בתחילת הדיבור "בנידון זה שעמדה דינה והלכה בשוק בלי משענת צוואתה בטלה", הרי שאם לא עמדה צוואתה קיימת. ונראה שלכן סיים שם הרע"א ע"ז "וצ"ע", מאחר שאין זה ברור בריב"ש לדייק כן. ועוד שהרי גם רע"א הביא רשב"א בתשו' (שו"ת תתקע"ה) ובתשובות הרמב"ן (סי' ו') שהם מקור הדין, משמע להדיא שבלא עמד, צוואתו קיימת.

וא"כ הדרן לדינא דאם כבר החלים מהניתוח, אף שחלה אח"כ שוב, בטלה מתנתו. אלא שאם עדיין לא הלך בחוץ, בזה צריך אומדן דעת רופא, אם מחמת חולי ראשון מת, דהיינו שהניתוח גרם לסיבוך נוסף וכיו"ב, באלו מתנתו קיימת.

ויש לעיין בנידון דידן, דאפשר דאף בהלך בחוץ צריך אומדן ע"פ רופאים, דשם ממחלה הראשונה מת. והא דכתב המחבר (סי' ר"נ ס"ב) דבהלך בחוץ א"צ אומדן ומתנותיו בטלין, זהו בשכ"מ שהיה שוכב על מטתו, ובוה חזינן שהבריא מחליו כשעמד והלך בחוץ, משא"כ במחלה שאינה מפילתו

לאו הכי אין כאן מצוה ואלו דברים שהכל מסכימים עליהם.

ואף שפתחו הצוואה אחר מותו, והסכימו עליה וקבלו לקיימה, י"ל דצריך שיקבלו עליהם בשעת הצוואה. אמנם במהרש"ם (ח"ב סי' רכ"ד אות ח' ומ"ו) דן דמהני נתרצו לקיימה אף על הכתיבה. אלא שברע"א (סי' ק"ג) כתב דאף שנימא דמהני בכתב זהו רק "בכותב לבנו ושלה לידו המכתב דכתיבה כדיבור בזה. אבל בלא ציוה בפניו רק שמסר לו דבר מחותם שיקראנו אחר מותו מנין", וא"כ ה"נ כל שלא מסר דבריו ליורשים ליכא מצוה לקיים דברי המת. ואה"נ אם יאמר ליורשים שישנה צוואה במקום פלוני, ומצוה שיעשו מה שכתב בה, אפשר דיש בזה משום מצוה לקיים דברי המת.

וכל זה לגבי מצוה לקיים דברי המת, אמנם לגבי מתנת שכ"מ ביותר יש להסתפק אי הוי מתנה או שדינה כדייתיקי שאינה כלום.

יב. פלוגתת הראשונים בטעם "דייתיקי" ונראה דהדבר תלוי בפלוגתת הראשונים בטעמא דדין זה דדייתיקי. דהרשב"ם פירש וז"ל "דאע"ג דצוואת שכ"מ קונה לאחר מיתה הני מילי כדי שלא תטרף דעתו עליו. אבל כח השטר לא עדיף כצוואתו שהרי לא גמר להקנותו אלא בקבלת השטר ואין שטר לאחר מיתה", עכ"ל.

ובנמוק"י (ס"ב ע"א מדפי הרי"ף) הוסיף ע"ז "דכיון דלא מסר דבריו לשום אדם דילמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה". ויש לדייק מדבריו שכתב "דכיון דלא מסר דבריו לשום אדם" דאם מסר דבריו לאדם אף שכתבה ל"ה דייתיקי. וכן פסק התשב"ץ (ח"ג סי' קב"ה) דאם אמר בשעת מיתה עשו מה שצויתי ל"ה דייתיקי. ויש לעיין אם כוונתו בשעת מיתה דוקא, דאפשר דאף קודם לכך כיון שכבר גילה דעתו שגמר להקנותו סגי. אמנם הרמב"ם פירש בדרך אחרת דאמרינן שמא נמלך וחזר בו מהמתנה, וכן העתיק בשו"ע (סעיף כ"ה). ולדברי הרמב"ם נראה פשוט דעד שעת מיתה חיישינן שמא חזר בו מהמתנה, ולא סגי במה שיגלה דעתו קודם לכן, דגם בזה חיישינן שאח"כ חזר בו.

יג. האם בכל פעם חיישינן לנמלך לפסול הצוואה

והנה למעם הרמב"ם נראה דאם הדברים ברורים שלא חזר בו מועלת צוואה בכת"י, ולכן כתב המהרש"ם (ח"ב סי' רכ"ד אות י"ט) גבי צוואת הקדוש מסדיגורא דהיות ואמר שמניח הצוואה במלתחה של ברזל ונמצאה שם, הרי שלא חזר בו דאם נמלך הו"ל להוציאה משם. ועוד כתב שם הוכחה שלא חזר בו מדציוה גם לטובתו איך יתנהגו מיד ובימי השלשים וכו' שמדברים אלו ודאי לא חזר בו, וא"כ ה"נ מהשיור לא חזר. ונסתייע בכך משו"ת הרדב"ז (ח"ג סי' תק"ו) שכתב דלא טענינן ליתמי שחזר

המקבל מתנה, וכיון שלא נמסרה בידו בחייו לא נגמר הדבר בחייו ולא קנה המקבל, עכ"ל.

הרי דכל הטעם הוא שלא גמר בדעתו שיהא מתנה אלא במסירת השטר. אמנם ברגלים לדבר שלא רצה שתתפרסם צוואתו ונראה שמטמינה במקום מיוחד, אמרינן שגמר בדעתו לגמרי.

יד. החילוק שבין

סידור ענייניו ל"דייתקי"

חזינן מכל הנ"ל דבין לפרשב"ם ובין להרמב"ם וטוש"ע, הא דדייתקי ל"מ כ"ז שלא הגיע לידו, הוא דוקא שלא היתה צוואתו ע"י דיבורו, כי אם ע"י הכתיבה בלבד, שלכן אמרינן דגילה דעתו שרוצה שהמקבל יזכה ע"י הכתיבה בלבד, וכל זמן שלא נמסרה הכתיבה לידו לא נגמרה מתנתו. דהיינו שרצונו בנתינת הנכסים לאותו אחד הכתוב בשטר לא הושלם, ואפשר שישתנה, שלכן משאירה בידו, ולא זכה המקבל.

ונראה דזהו החילוק בין דייתקי להא דסעיף כ"א במחבר שם שכתב "הא דאמרינן שאם צוה שכ"מ שיכתבו שטר למקבל עם הנתינה חוששין שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר דוקא בכה"ג. אבל שכ"מ שמסדר ענינו וגומר צוואתו ומצוה לכתבה, אינו מצוה לכתבה אלא לזכרון בעלמא, וגמר להקנות לו מיד, עכ"ל.

וביאור החילוק הוא, דשם כבר נגמרה הצוואה ע"י פיו ככל מתנת שכ"מ, אלא

בו לגבי ממון עניים, וסיים המהרש"ם שם "הרי דהכל לפי מצב האיש אם יש לחוש שחזר בו". והעולה מדבריו שם שאם כתב דרך סידור עניניו, לא אמרינן שמא חזר בו, וכמו שסיים שם וז"ל "היכי שמתחלה סידר עניניו בהצנע לבל יודע ליורשיו שלא לגרום צער כנודע, ונדבר מתחילה שהוא מטמינה במקום מיוחד", עכ"ל.

שו"מ באג"מ אה"ע (ח"א סי' ק"ה) גבי צוואה שנעשית אצל עורך דין, שדן דהוי כנמסר ליד מקבל. וכתב שם וז"ל "ואף בדייתקי קשורה על יריכו אם ידע שבדינא דמלכותא יקיימו צוואה זו אפשר שלא היישין לנמלך מחמת דהו"ל לחוש שיקיימוה והו"ל לקרוע" אלא שספיקו הוא כמו שסיים שם "אך אז מסתבר שיש לחוש שחשב שעוד יספיק לקרעה ופתאום מת וממילא אינה מתנה". ומ"מ חזינן מדבריו דבאופן שברור שלא חזר, וכגון שהיה סיפק בידו לקרעה ולא קרעה מועלת צוואתו.

וא"כ למאי דפסק המחבר בהרמב"ם, פשוט שאם סיפק בידו לקרעה משעה שכתבה ועד שנכנס לניתוח, צוואתו קיימת, דהרי חזינן דלא נמלך.

אמנם גם לטעמא דרשב"ם יש לדון כן, דהנה כתב במהרד"ך (בית כ"ז חדר א') "ואע"ג דדייתקי בשלוחו דמי והמקבל מתנה ידע בחיי הנותן מה כתוב בתוכה דסתמא קתני לה. והיינו משום ששכ"מ הנותן על ידי דייתקי שכתב גילה דעתו שהוא רוצה שתמסר הדייתקי ביד

שאח"כ ציוה לסדר הענינים בכתיבה. אבל אינו מצווה ע"י הכתיבה שזו כבר נגמרה בפיו, אלא שמסדר מה שציוה כבר שיהא כתוב לזכרון דברים בלבד.

ולפיכך יש קצת לתמוה על המהרש"ם שם גבי צוואת הקדוש מסדיגורא דאמאי הוצרך לדחוקי נפשיה, הגמר בדעתו מטעמים שהטמינו וכו', תפ"ל דהרי מסר דבריו גם בע"פ לר' דוד (ה"ה בעל התהל"ד שהיה ראב"ד בארדיצ'וב) וכמ"ש שם, וא"כ מצד זה לבד ל"ה דייתקי, והוי רק כסידור עניינים בכתיבה שיהא לזכרון. ובאמת

המורם מכל הנ"ל, שהעומד לפני ניתוח לא מבעי אם מסר דבריו בע"פ ואח"כ כתבן, אלא אפילו רק אמר למאן דהוא שכתובתו מונחת במקום פלוני, אין זה דייתקי אלא צוואת מצוה מחמת מיתה. ואף שאמר כן הרבה זמן לפני הניתוח, כיון שאם היה רוצה לחזור היה ביכולתו לקרוע הצוואה, ולא עשה כן, אמרינן שלא חזר בו, וצוואתו קיימת.

העולה לדינא:

- א. בריא אף שפירש שמצוה מחמת מיתה, אין בו דין מצוה מחמת מיתה.
- ב. "העומד לעבור ניתוח" – אף שמתהלך כבריא בשוק, ואף שאינו מפרש מחמת מיתה, דינו כמצוה מחמת מיתה שלכן אף במקצת נכסיו מתנתו קיימת אף בלי קנין.
- ג. וכל זה – בניתוח שאמדהו שאם לא יעשנו יסתכן. ואף שאחזוי ההצלחה לניתוח כזה גבוהים ביותר, מ"מ כיון שחייב לעבור הניתוח, ובמשך זמן הניתוח הוא במצב סכנה, ה"ז אומדנא ברורה שמחמת דאנת מיתה מצוה.
- ד. הגדרת "עומד לניתוח" – היינו משעה שנקבע ע"י הרופא (שהחולה סומך על דעתו), שחייב לעבור הניתוח. ובוה אף שיעבור זמן רב עד לניתוח, נחשב בזמן זה כמצוה מחמת מיתה, ואף שנדחה זמן הניתוח מאיזה סיבה, דינו כנ"ל.
- ה. עבר את הניתוח בהצלחה – אף שציוה והתנה לפני הניתוח שתהא צוואתו קיימת גם אם יחלים, מ"מ צוואתו בטלה לגמרי. אלא שאם לא החלים לגמרי ומת, צריך אומד של רופא אם מחמת מחלה ראשונה מת. (כמבואר באות י').
- ו. וכשהחלים – שבטלה הצוואה כאמור, מ"מ אם אמר ליורשיו שישעו מה שכתב בצוואה, יש אומרים דיש בזה משום מצוה לקיים דברי המת.
- ז. העומד לניתוח – והשאיר מכתב בביתו בו הוא מסדר נכסיו, ותאריך המכתב הוא אחר הזמן שנקבע שחייב לעבור ניתוח, אם אמר למאן דהוא שקיים מכתב כזה ונמצא במקום פלוני, דינו כמצוה מחמת מיתה כדלעיל. ואם לא אמר כלום, אם נמצא המכתב סגור במקום מסויים, והיה באפשרות החולה להוציאו ולקרעו, גם בזה יש לדון דהוי ממ"מ. אמנם אם אין באפשרותו לעשות כן, הוי כדייתקי שאינה כלום.