

סימן כז

מדור אלמנה שניתן קודם הנישואין לאחר

ראשי פרקים

א. מתנה גלויה ומפורסמת או שאינה מוסתרת

ב. תקנת חכמים, והדין במתנת מטלטלין

ג. תפיסה במתנה מוסתרת

ד. שיטת הרמב"ם בהסבר טעם הדין

ה. בין מתנת קרקע למתנת מטלטלין

ו. מכירה מוסתרת עד לאחר מיתה

ז. אומדן דעת במתנה

ח. מבריה נכסיו

ט. זכות אלמנה במדור כשניתן לאחר מיתה לאחר

י. כשלא נרשמה הערת אזהרה על המדור

התובעת (להלן: האלמנה) נשאה לאבי הנתבעת (להלן: המנוח) כדמו"י באלול תש"ן. לתובעת היו אלה נישואים בפעם השלישית, ולתובע - נישואים שניים. בין התובעת והמנוח נערך הסכם ממון שאושר ע"י הרב רושם הנישואין בתאריך כג אלול תש"ן, שבו היה סילוק הדדי מנכסים של כ"א מהצדדים, לאחר אריכות ימים ושנים, וכן סילוקים מפירות נכסים בזמן החיים המשותפים. לעניינינו נוגעים סעי' 16-18 בהסכם, בו נאמר:

"מוסכם כי במידה וצד א ילך לעולמו לפני צד ב, תהיה לצד ב זכות מגורים בדירה הנמצאת בכתובת (-) הרשומה על-שם צד א ובמה שנמצא בדירה, וזאת למספר שנים מוגבל כמספר השנים בהם חיו הצדדים יחדיו ...

צד א לא ימכור ולא יתן את הדירה ללא הסכמת צד ב, ובמידה ותמכר הדירה בהסכמת צד ב ויקנו דירה חלופית, תעבור זכות המגורים הנ"ל בסעי' 16 לדירה החלופית.

לצורך האמור תרשם הערת אזהרה בטאבו לטובת צד ב."

המנוח נפטר בז' מרחשוון תשנ"ז. למנוח שתי בנות. כאשר בקשו בנות המנוח להוציא צו ירושה בהסכמה בשני חלקים שוים, התנתה האלמנה את הסכמתה בכך שבצו הירושה ישמר זכותה למדור ע"פ סעי' 16 להסכם הממון שעשתה עם המנוח. הבת (א) (להלן: הנתבעת) הוציאה חוזה כתוב וחתום מתאריך 4.2.1988 שבו מוכר לה אביה את הדירה הנ"ל ללא תמורה. גם המטלטלין בדירה חולקו בין הנכדים. חוזה זה נערך אצל עו"ד (ג). טוענת הנתבעת - הואיל וע"פ חוזה זה הדירה היתה שייכת לה מן קדמת דנא, אין תוקף להתחייבות אביה לתת לאלמנה מדור, מאחר ואינו יכול להתחייב על דירה השייכת לה מכבר.

האלמנה טוענת שכל החוזה עם הבת הינו "פיקציה". לדבריה חוזה זה נערך סמוך לפטירת אשתו הראשונה של המנוח (אם הנתבעת), כאשר הנתבעת חששה שמא אביה יתחנן וישאיר נכסיו לאשה זרה, אולם לא כנגד זכות מדור. לדבריה אמר לה המנוח שהדירה שייכת לבת (א) "לאחר מאה ועשרים שלי", אבל אמר לה מפורש שכיום (בזמן חתימת הסכם הממון) "הדירה כולה שלי ואת תוכלי לגור כמו שהבטחתי". זאת ועוד - הנתבעת ידעה מהסכם הממון, ואף הביאה אותו לבעלה (שהוא אברך ת"ח) שיעבור על ההסכם לפני שאביה יחתום על ההסכם.

הנתבעת מכחישה וטוענת שלא התענינה בכלל בהסכם ולא ראתה אותו עד הגשת התביעה, מפני שידעה שכל הרכוש חולק עוד בטרם נשואין במתנה מחיים בינה ובין אחותה, מה עוד שידעה שהתובעת אשה בעלת אמצעים, אך אביה סיפר לה שע"פ ההסכם הוא הסתלק מנכסיו התובעת והיא הסתלקה מנכסיו. לטענתה קובעת המציאות שהדירה שייכת לה, ואין מקום לתת לאשה זכות מדור בדירה השייכת לה. אביה במפורש רצה לתת לה ולאחותה את נכסיו עוד בחיים. לשאלתי שלכאורה לדבריה אביה לא נהג במידת היושר, ענתה:

"אבי כנראה הבין את המתנה שהיא רק אחרי מאה ועשרים ... הוא ידע שלעולם לא נוציא אותו מהדירה, ולכן סבר שהמתנה היא רק אחרי מותו ... אבא שילם מיסים על כל הנכסים שלו ... כך נהגנו וכך היינו אמורות לנהוג, אבל זה שלא הוצאנו אותו לא אומר שהדירה לא שלנו משנת ... 1988 לא הראתי החוזה. למי אני צריכה להראות. לא העברתי בטאבו כדי שאבי לא יחשוב שגר בדירה שלא שלי".

בעלה של הנתבעת נשאל אם ראה את הסכם הממון - כטענת הנתבעת. הנ"ל השיב שאכן המנוח הראה לו את הסכם הממון ושאל לדעתו; "הצעתני לו מספר תיקונים של סגנון. לא יודע אם תיקן". באשר לסתירה למתנה שנתן לרעייתו, ענה שלא חשב על כך, שהמתנה הינה בבחינת "מילתא דלא רמיא עליה לאדכורי".

ב"כ הנתבעת בסיכומיו העלה טענה נוספת, דהואיל וע"פ סעי' 18 להסכם היה על האשה לרשום הערת אזהרה בטאבו, משלא רשמה הרי שלא "נגמר המקח" - ובנדו"ד לא חלה ההתחייבות. ב"כ התובעת הגיב בכתב, דהואיל ובין הנתבעת למנוח היו מערכת יחסים טובה במיוחד, לא ראתה צורך לרשום הערת אזהרה, בידעה שהדירה לא תמכר ללא ידיעתה. מה עוד שגם הבת לא העבירה את הדירה על-שמה בטאבו, דבר המוכיח את צדקת טענות התובעת שכל הנתנה לבת היה בבחינת מראית עין.

הצדדים לא ביקשו להביא לעדות את עו"ד (ג), ומיוזמתי פניתי לנ"ל לשאול אם זוכר את ענין החוזה, ואם דובר על העברה למראית עין. במכתב ענה הנ"ל שלא זוכר מעבר לעובדה שהכיר את המנוח, והלה בקש ממנו שרוצה לרשום את נכסיו ע"ש

שתי בנותיו עוד בחייו, וערכו חוזה בקשר לדירה הנ"ל ובקשר לעוד נכסי דלא ניידים. "שאלתי את המנוח מדוע שלא יכתוב צוואה. הנדון השיב לי שבכך הוא רוצה להבטיח שאחרי מאה ועשרים לא יהיו לילדיו בעיות. אמרתי לו שהבנות תוכלנה להוציאו מהדירה עוד בחייו. ע"כ השיב לי שאינו חושש". באשר לשאלה מדוע לא הועברה בטאבו ע"ש הבת, ענה: "אינני מעביר בטאבו אלא ע"פ בקשת הקונה. מאחר והקונה לא ביקשה זאת ממני, לא רשמתי את המכירה אצל רשם המקרקעין. את הסיבה לאי הרישום, על כב' לשאול את בת המנוח".

א. מתנה גלויה ומפורסמת או שאינה מוסתרת

יש לדון בנידון שלפנינו אם המתנה שנתן המנוח לבתו עומדת בקריטריונים של מתנה, ע"פ כללי ההלכה. (ואף שבנדו"ד מכר ללא תמורה, אין כאן מכר אלא מתנה, כפי שמוכיח הענין). איתא בגמ' ב"ב מ"ב: אמר רב יהודה, האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה. היכי דמי מתנתא טמירתא. אמר רב יוסף, דאמר להו לשהדי זילו אטמרו וכתבו ליה. ואיכא דאמרי, אמר רב יוסף, דלא אמר להו תיתבו בשוקא ובבריתא ותיכתבו ליה. מאי בינייהו, איכא בינייהו סתמא. ועיין ברשב"ם דנפק"מ ממחלוקתם היכא דאמר לעדים תכתבו שטר מתנה, ולא אמר להם לעשות בסתר וגם לא ציום לגלות זאת בפרהסיא. דלשינא קמא כיון דלא אמר להם הטמינו עצמכם, לא הוי מתנה טמירתא, ולא יכא דאמרי הואיל ולא ציום לפרסם את דבר המתנה בשווקים וברחובות, הוי מתנה טמירתא. כלומר שתי הלישנות חולקות במהות דין מתנה, האם המתנה חלה בכל ענין גם ללא כל פעולה חיובית מיוחדת (בדומה למכר), אא"כ פגם בה הנותן ע"י שגילה דעתו שרצונו שמתנה זו תהיה מוסתרת מעין כל. ללא שלילה זו, אין מניעה שהמתנה תחול. או שמתנה (בניגוד למכר) צריך שתהיה בה גילוי דעת חיובי על רצונו של הנותן לפרסם את דבר המתנה. כאשר אין לפנינו גלוי דעת חיובי לכך, הרי זה חסרון בעצם נתינת המתנה והמתנה לא חלה. במילים אחרות - האם מתנה מוסתרת פוסלת או מתנה גלויה פועלת.

ובהמשך שם בגמ', איבעיא להו סתמא מאי. רבינא אמר לא חיישינן, רב אשי אמר חיישינן, והלכתא חיישינן. והרשב"ם שם (מא, א ד"ה חיישינן), פירש וז"ל:

"חיישינן לטמירתא ולא מגבינן בה, ואי מגבינן, לא מהדרין עובדא, והיינו דלא קאמר רב אשי דלא מגבינן אלא חיישינן, דספק הוא, והיכא דקיימא ארעא תיקום: והלכתא חיישינן. דלא מגבינן בה, והלכך צריך לכתוב בתוך השטר - וכך אמר לנו, כתבו בשוקא וחתמוה בברא, ואע"ג דלא אמר אלא כתבוה לו סתם שטר מתנה, כמו שתקנו חכמים קאמר."

ומבואר דחיישינן לאיכא דאמרי ולא מגבינן למתנה אלא במקום שגילה דעתו באופן חיובי ע"י ציווי לעדים לכתוב ולחתום בפרסום, אך הואיל והדבר ספק, אם המתנה ביד המקבל, לא מוציאים מידו. ולכאורה יש להבין לפי ההסבר דלעיל דלאיכא דאמרי צריך כונה חיובית במתנה, א"כ מדוע כתב הרשב"ם דאע"ג דלא אמר אלא כתבוה לו סתם שטר מתנה, "כמו שתיקנו חכמים קאמר", דהרי כשאומר לעדים סתם כתבו לו שטר מתנה, אין כאן גילוי דעת חיובי למתנה מפורסמת. ועיין במהרי"ט חחו"מ סי' נד מש"כ בענין זה. אמנם למה שיתבאר להלן דלשיטת הרמב"ם החשש בסתמא הוא שמא ציוה בפירוש לתת מתנה מוסתרת, ואילו ידעין דלא ציוה, אין מקום לחשש זה, א"כ י"ל שאם כתבו העדים אף שלא ציוה בפירוש למתנה מפורסמת, מ"מ יש כאן הוכחה שלא ציוה למתנה מוסתרת. אך לרשב"ם שפירש בדרך שונה, צריך הדבר ברור.

עוד יש להבין האם תקנת חכמים זו היא דין מיוחד במתנה הניתנת בשטר או בכל מתנה. כלומר - כאשר נותן לחבירו מתנה בקנין סודר ללא עדים ושניהם מודים בדבר, האם הוי מתנה טמירתא כיון שלא היתה מפורסמת וגלויה, וכן אם נתן לחבירו במשיכה ולא היתה גלויה ומפורסמת, האם זכה המקבל רק מספק.

ב. תקנת חכמים, והדין במתנת מטלטלין

והרא"ש שם בב"ב (הל' לג), כתב וז"ל:

"והלכתא חיישינן, והאידינא דלא חיישינן לסתמא, משום דנהיגי למכתב בכל שטרי מתנה - וכך אמר לנו ... הלכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה בסתם דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים, הלכך הוי כאילו אמר כתבו בשוקא וחתמוה בברא. וכן כתב רב האי גאון דהאידינא לא חיישינן לסתמא."

מדברי הרא"ש מבואר דבא לישב את סתירת המנהג המעשי עם ההלכה בגמרא, דאף שנפסק בגמרא דחיישינן לסתמא, חזינן דלא חיישינן כאשר אינו מגלה דעתו. וביאר הרא"ש דכיון שנוהגים לכתוב לשון של כתבו בשוק וכו', אמירת סתמא הרי זה כמצוה שיכתבו בדרך הנהוגה. ועדיין צ"ב, דהיכן יש כאן גילוי דעת חיובי של הנותן. ובפשטות היה נראה לבאר דענין מתנתא טמירתא הינו תקנת חכמים שיהיה מוכח מתוך השטר שהמתנה גלויה ומפורסמת. והיינו לאיכא דאמרי צריך שבשטר יהיה גילוי דעת חיובי שרצונו לתת באופן גלוי, ואילו ללישנא קמא סגי בכך שלא צוה לעדים לכתוב השטר באופן מוסתר. לפ"ז הוי תקנת חכמים בדיני שטר מתנה ולא בדין מתנה, ורק בשטר מתנה צריך שיצוה לעדים לפרסם, והיינו טעמא דשטר מתנה שייך רק בנכסי דלא נייד, וכיון דשייך בהו שעבוד לבעל-חוב וכד', כדי למנוע חשש שיבריה נכסיו מבעל חוב ע"י שיתן מתנה מוסתרת, והבע"ח שלא ידע מכך יסבור שהקרקע של הלוח ועל סמך הקרקע ילוח לו, ע"כ בעינן מתנה גלויה ומפורסמת. לפ"ז לא שייך הדין במתנת מטלטלין.

אך פירוש זה לא עולה בקנה אחד עם דברי הראשונים. דהנה הרמב"ן (ב"ב מ, ב, ד"ה ובתשובה), הביא וז"ל:

"ובתשובה לגאון ז"ל, בקנין לחודא נמי אי אמר בשעת קנין דהא מתנת פרהסיא היא, קני, ואי לא אמר הכי, חיישינן למסתמא. ורבינו חננאל סמיד עליו, ודברי הרב רבי יוסף ז"ל נוטין כן."

וכן נמצא בנימוק"י (ב"ב כא, ב בעמוה"ר), וז"ל:

"וכתב ר"ח ז"ל, המקנה מתנה בקנין, צריך להזכיר בעת הקנין כי מתנת פרהסיא אני מקנה, ואם לא הזכיר אלא בשעת הקנין נתן סתמא, פסולה."

מבואר שדין זה הינו אף במתנה ללא שטר. ובטעם תקנת חכמים כתב הרשב"ם שם (בד"ה לא מגבינן בה) דחיישינן "שמא נתנה לאחר כבר או לעשותה מודעה לחבירתה". וביתר ביאור נמצא ליד רמ"ה בחידושו למסכת ב"ב (מ, ב סי' ק):

"דאיכא למימר דלאו לאקנויי ליה קא מכוין אלא לקינוניא הוא דקא

מכוין, דקא בעי לזבונינהו להני נכסי לאחרינא וקדים כתיב להו
במתנה לאיניש אחרינא, כי היכי דליזיל מקבל מתנה וליפק מלוקח
ולחדר וליפלוג בהדי נותן. ואמטול להכי כתב ליה מתנתא טמירתא,
דלא לישמעון אינשי, דאי שמעי ביה, מימנעי ולא זבני מיניה."

ובהמשך כתב טעם נוסף, דאיכא למימר דלא גמר ומקני ודעתו לחזור בו, והא דכתב
ליה עתה, משום דדחיק ליה למיכתב ליה מתנה. וצריך להבין לאיכא דאמרי, מדוע
חששו חכמים שנתנה לאחר כל היכא שלא אמר במפורש וציוה לעדים שיכתבו ויחתמו
בשוקא, דבשלמא ללישנא קמא דרב יוסף י"ל שיש מקום לחשש, כיון דחזינן שמתנהג
שלא בדרך הרגילה, אך לאיכא דאמרי, מהיכי תיתי לחשוש לכך.

שובר לשאלה נמצא ביד רמ"ה עצמו (שם סי' קיב בד"ה ברם), וז"ל:

"ברם צריך את למידע דכי אמרינן גבי סתמא דחיישינן למתנתא
טמירתא, דוקא במאן דיהיב מתנה לחבריה בשטרא גרידא דלית ביה
קנין, כגון דאמר להו לשהדי כתובו וחתומו והבו ליה, דכיון דבהאי
שטרא הוא דקא מקני ליה, צריך למימר להו לשהדי תיבו בשוקא
ובבריאתא וכתובו ליה, דאי לא אמר להו הכי איכא למימר דלאו
לאקנויי ליה קא מיכוין אלא קינוניא הוא דקא בעי למיעבד בהדיה
הלוקח, ואמטול הכי קא מקני לה בשטרא דחתימי עליה סהדי כי היכי
דלהוי בידיה לראיה לאפוקי ביה מלוקח בתרא, ואמטול הכי קא עביד
לה טמירתא כי היכי דלא לשמעו ביה אינשי וממנעי ולא זבני
מיניה."

וממשיך הרמ"ה דאף לטעם השני שכתב, דמתנה מוסתרת יש חשש שכתב לו מחמת אונס,
כיון שבאופן זה יש עיכוב במתנה, שהרי עליהם לכתוב ולחתום, וכן שאינם רשאים
לתת השטר עד שימלכו בנותן לאחר החתימה כדאיתא בכתובות נה, א, מוכח שרצונו
היה בעיכוב המתנה שיוכל לחזור בו כשיסתלק האונס. וכיון דאיכא ריעותא בעיקר
ההקנאה, לא קני מקבל המתנה. משא"כ כשהקנה לו בקנין או בחזקה או שכתב לו שדי
נתונה לך ונתן לו השטר, כיון שלא התכוין להקנות לו דוקא בשטר בעדים, אין
מקום לחשוש לקנוניא ולמתנה מחמת אונס. ומדייק הרמ"ה דינו מדברי הגמרא
בסוגיא, שכולה מיירי מענין כתיבת העדים וחתירתם, שאומר לעדים להסתיר עצמם
בכתיבה וחתירה;

"דאי בשטר הכתוב לזכיה, אי נמי בקנין או בחזקה, למה ליה למימר
להו כתובו, אילימא לפרסומא למילתא, אדנקיט לישנא דכתובו ליה
דמשמע דלא קא מיירי אלא היכא דמקני ליה בשטרא, לינקוט לישנא
דפרסומא להאי מתנתא, דמשמע דמיירי סתמא בכולהו אנפי דהקנאה."

וממשיך היד רמ"ה דהני מילי בנתן "סתמא", אבל כשגילה דעתו שרצונו במתנה
מוסתרת, אין חילוק בין הקנה בשטר או בקנין. מבואר מדברי הרמ"ה שכאשר לא
גילה דעתו באופן חיובי שרצונו במתנה גלויה, יש מקום לחשוש דוקא כשנותן את
המתנה ע"י השטר, כאשר כל השהיות מראות לחשש שאין כוונתו למתנה גמורה, או
לקנוניא או מחמת אונס, וע"כ בעינן לגילוי דעת חיובי שרצונו בפרסום. וכאשר
מנהג הסופרים לכתוב שציוה לפרסם, כל המצוה, על דעת המנהג מצוה בודאי ידע
שיכתבו שציוה בפרסום אף שלא ציוה להם כך, וע"כ ידע שגם בסתמא לא תועיל
מחשבתו אשר חשב, ולא חיישינן לסתמא היכי שיש מנהג לכתוב כן, אא"כ אמר
בפירוש זילו אטמרו.

ג. תפיסה במתנה מוסתרת

ומבואר ברמ"ה שיש לפנינו שתי חששות מהאי מתנתא טמירתא; שמא רצונו לעשות קנוניא או שמא לא גמר להקנותו בלב שלם. ונראה שיש נפק"מ בין שני הפרושים לענין אם תפס מקבל המתנה. דהנה ברשב"ם (הני"ל, מא, א בד"ה והלכתא) משמע דלא מפקינן מיד מקבל המתנה, ויש להבין מכח מה פוסקים אנו שאם המתנה ביד המקבל "אי מגבינן, לא מהדרינן עובדא", דלכאורה הוא דין של תפיסה ומוחזק והמוציא מחבירו עליו הראיה, כדמשמע מהמשך דברי הרשב"ם; "דספק הוא, והיכא דקיימא ארעא תיקום". אלא דא"כ, אמאי כתב הרשב"ם; "ואי מגבינן, לא מהדרינן עובדא", משמע דוקא שהגבו לו המתנה ולא שתפס מעצמו. והרא"ש (ב"ב פ"ג הל' לג), כתב וז"ל:

"ואפילו אם תפס מפקינן מיניה, שאנו אומדים דעתו שלא גמר לתת לו בנפש חפצה אלא שהוצרך לפניו לתת לו, הלכך לא קנה, ולא שיהיה הדבר מסופק אם קנה אם לא קנה. ואפילו אי הוי ספיקא דדינא לא מהניא תפיסה, דתפיסת ספק לאו תפיסה היא דאוקי ממונא בחזקת מריה, כדאמרינן בפרק קמא דמציעא (ו, ב) תקפו כהן מוציאין מידו."

מבואר מדברי הרא"ש דלא מהני תפיסת המקבל, דלא כרשב"ם. וכדי להבין את דברי הרשב"ם ביתר ביאור, יש להביא מה שכתב הנימוק"י (ב"ב כא, א בעמוה"ר), וז"ל:

"מדקאמר לא מגבינן ביה ולא אמר לאו כלום הוא, יש ללמוד דאנן הוא דלא מגבינן משום דאפשר דלא גמר ויהיב, אבל החזיק הוא בנכסים או שהחזיק הוא בפני הנותן ולא מיחה בו, בכהאי גוונא ודאי מהניא, דאיגלאי מילתא דלאו למתנתא טמירתא איכוין אלא דעתו היה להקנות, וכן היה דן הר"ף ז"ל. ואי אפשר לומר מיגבא הוא דלא גבינן אבל אי תפס לא מפקינן מיניה, דהא קיי"ל אוקי ממונא בחזקת מרא קמא, ואצ"ל קרקעות דקיי"ל קרקע בחזקת בעליה עומדת, אלא אפילו במטלטלין כל זמן שלא תפס ברשות, קמא מוציא מידן בלא ראייה."

ונראה לבאר את דברי הרשב"ם על דרך הנימוק"י, דהיינו דגם לרשב"ם לא מהני תפיסה, ורק כאשר הגבה לו הנותן או שבית דין הגבו והנותן לא מחה, לא מהדרינן למתנה, דאמרינן ודאי אין כאן מקום לחששות של קנוניא, דאי הוי קנוניא, לא היה נותן בנפש חפצה לנותן אלא שומרה לעצמו וממתין למוכרה. והא דכתב הרשב"ם "והיינו דלא קאמר רב אשי דלא מגבינן אלא חיישינן, דספק הוא, והיכא דקיימא ארעא תיקום", כוונתו לא מחמת ספק הדין אלא שכל הדין הוא מחמת החשש, וכאשר המתנה ביד המקבל, אין מקום לחשש והיכא דקיימא ארעא תיקום.

ונראה דבהכי פליגי הרשב"ם והנימוק"י עם הרא"ש, דדעת הרשב"ם דבמתנתא טמירתא החשש שמא נתנה לאחר, וכאשר נותן לאחר או שהבית דין הגבו לו, אין יותר מקום לחשש זה. משא"כ הרא"ש ס"ל דחסרון מתנה מוסתרת "שאנו אומדים דעתו שלא גמר לתת לו", א"כ הוי בתורת ודאי שלא היתה כאן מתנה מחמת אומדן הדעת, ובשלמא אם הנותן עצמו נתן לו י"ל שכעת הוי מתנה, אך אם בית דין הגבו לו בפני הנותן, כיון דמעיקרא לא הוי מתנה, מה מהני גביית בית דין, ובשלמא אי הוי "חשש", מהני אומדן דעת לאפוקי מחשש, אך כאשר אמדינן דעת הנותן וודאי לא הוי מתנה מחמת אומדן דעת הנותן, לא מהני מה שהגבו לו בית דין.

והנה הלחם משנה (זכיה ומתנה ה,א) בבואו לבאר את שיטת הרמב"ם דמשמע מיניה לכאורה דדין זה הוא דוקא במתנת קרקע (עיין להלן), כתב לבאר דהרמב"ם בהל' ב נקט ענינו דוקא בשטר ובמתנת קרקע, דס"ל לרמב"ם דמהני תפיסה במתנה "סתם" שלא אמר לעדים כתבו בשוקא, ותפיסה שייכת דוקא במתנת מטלטלין ולא בקרקע, לכן כתב הרמב"ם את ענין מתנתא טמירתא דוקא במתנת קרקע שבה בכל ענין ואופן לא שייך שיזכה המקבל, משא"כ אם במטלטלין שייך שיזכה אם תפס. ונראה דהרא"ש והרמב"ם כל חד אזיל לשיטתו, דשיטת הרמב"ם בהל' בכורות (ב,ו) דתקפו כהן אין מוציאין מידו, וע"כ מהני תפיסה כאן בספיקא דדינא, משא"כ לשיטת הרא"ש בפ"ק דמציעא דתקפו כהן מוציאין מידו, לא מהני כאן תפיסה.

ד. שיטת הרמב"ם בהסבר טעם הדין

והרמב"ם בהל' זכיה ומתנה (ה,א-ב), כתב וז"ל:

"הנותן מתנה בין בריא בין חולה, צריך שתהיה גלויה ומפורסמת. אמר לעדים כתבו בסתר ותנו לו, אינה כלום, שזה מערים הוא כדי לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן: לפיכך כל שטר מתנת קרקע שאין כתוב בו - ואמר לנו פלוני הנותן, שבו בשווקים וברחובות וכתבו לו מתנה גלויה ומפורסמת וכיוצא בענינים אלו, חוששין שמא מתנה מוסתרת היא ולא זכה המקבל."

מבואר מהרמב"ם שהחשש במתנה מוסתרת, שיבוא הדבר לידי הפסד לקוחות, שימכור מה שנתן, ולא ידעו הלקוחות במתנה המוסתרת. כן פירש הרב המגיד שם את דברי הרמב"ם, והוסיף דהראב"ד ס"ל דהחסרון במתנה מוסתרת מפני שאינו נותנה בלב שלם אלא מפני הטובה שקבל הנותן מהמקבל. ולרמב"ם - מחשש שמא מערים, באו חכמים ותיקנו שכבר מעתה אין לו זכות למקבל במתנה. שהרי יכלו חכמים לתקן שבמידה וימכור לאחר יוכל הלוקח להוציא מיד המקבל, אך חכמים באו והפקיעו אפילו בחשש הערמה את המתנה מעיקרא.

אמנם ראיתי באור שמח (זכיה ומתנה ה,א) שמבאר את הרמב"ם באופן שונה. האור שמח מתייחס לדברי הלחם משנה (הנ"ל) דמהני תפיסת המקבל במטלטלין שניתנו במתנתא טמירתא, וחולק עליו:

"אך זה אינו, כיון דחכמים תיקנו שמתנה טמירתא אינה מועלת, תו כי יהיב מתנה טמורה אמרינן דלאו למתנה איתכוין רק להחניפו במידי דלא הוי מתנה ולהערימו, ורק על תחילת טעמא דמתנתא טמירתא לא הוי מתנה, על זה אמר רבינו שלא יעשה קנוניא, דלא שייך לומר שמחניפו במידי דהוי של המקבל ע"י מתנה זו."

לאמור - חכמים תיקנו את תקנתם לבטל מתנה מוסתרת מחשש שמא יערים, וזו הסיבה לעצם התקנה, ואילולי חשש זה לא היו חכמים מתקנים ומבטלים מתנה זו. אך למעשה במתנה זו אמרינן גם שכל המתנה שנתן היתה כדי להחניפו, וממילא אינה מתנה כלל, ובסתמא הוי ספק אם להחניפו אם לא, ולא מהני תפיסה. משא"כ אם "סתמא" הוי רק ספק בתקנה, היינו מעמידים ביד המקבל. לפ"ז יוצא שגם ברמב"ם יש את שני הטעמים - חשש הערמה כסיבה לתקנה, וכן שכל המתנה מפני שרצה להחניפו ואינו נותנה בלב שלם. ועיין עוד במש"כ באבן האזל (זכיה ומתנה ה,א-ב).

אלא שאם נפרש כטעם הרמב"ם שתיקנו חכמים מחשש הערמה, יקשה לכאורה מדוע לא

חששו חכמים למכירה מוסתרת, הרי גם במכירה מוסתרת יש לחוש שמא מערים ומכרנה לאחר או כבר מכרה. וראיתי בתורת חיים בחידושו ל"ב (על דף מ) שהקשה כן על הרמב"ם, וכתב וז"ל:

"לכך נראה דכיון דלא יהיב ליה מתנה גלויה ומפורסמת ואומר לעדים כתבו בסתר, מסתמא לא יהיב ליה מרצונו הטוב, וכל מתנה שאינה ברצון לאו מתנה היא, אבל מכירה שלא ברצון הוי מכירה."

וצריך להבין, שהרי הרמב"ם כתב להדיא בטעם התקנה "שזה מערים הוא", וא"כ לכאורה לא ישב את דעת הרמב"ם רק הביא טעם אחר לדין. אמנם אפשר לפרש על דרך האור שמח, דמעיקר התקנה לא היו מתקנים חכמים אלא במקום שיכול לבוא לידי הפסד. אמנם במתנה אמרינן גם שהמתנה בטילה מחמת אי רצונו של הנותן ליתתה למקבל ואי רצונו לכך. ואם המתנה היתה בלב שלם מצד הנותן, לא היו באים חכמים ומתקנים אף אם יש חשש שיערים, דכיון שהמתנה של המקבל ויוצאת מרשות הנותן, לא היו חכמים חוששים לחשש רחוק. רק כיון שגם המקבל לא זכה, בזה איכא למיחש טפי להערמה. משא"כ במכירה שזוכה הקונה אף שמכר לו בחוסר רצון, לא חששו חכמים להערמה, כיון דסוף סוף יצאה מרשות מוכר, וכל חששם הוא רק היכא שנשאר הדבר הנמכר/ הניתן ברשות מרא קמא, וזה שייך רק במתנה שניתנת בחוסר רצון ולא במכר, וכמו שחילק בתורת חיים.

ובדברי משפט (רמב, א) הלך בדרכו של התורת חיים לבאר דלא חיישינן אלא למתנה מוסתרת ולא למכר מוסתר, דתלויהו ויהיב לא הוי מתנה ותלויהו וזבין הוי מכר, וכל הטעם הוא במוסתר שנותן בחוסר רצון, והוי חסרון במתנה ולא במכר. אלא שהקשה מדברי הרמב"ם הנ"ל, וכתב לישב דבמכר בעדים איכא קול, וע"כ גובה ממשועבדים, כדקיי"ל בשו"ע חו"מ סי' קטז, משא"כ מתנה בעדים אע"פ שקיבל עליו אחריות אינו גובה ממשועבדים מפני שאין קול א"כ כתב שטר מתנה, ע"כ במכר שהעדים מפקי לקלא, ליכא למיחש שיערים, משא"כ במתנה דדוקא אם כתב שטר מתנה יש קול, איכא למיחש שציוה לכתוב את השטר בסתר, עיי"ש.

ה. בין מתנת קרקע למתנת מטלטלין

עוד נראה מהרמב"ם שהחסרון הוא באמירה לעדים, דכאשר נותן מתנה בעדים ומצוה להם לכתוב השטר בסתר, הוי מתנה מוסתרת, או כאשר העדים לא כתבו בשטר שאמר להם לתת מתנה גלויה, חוששין אנו למתנה מוסתרת, אבל כאשר נתן מתנה ללא עדים, ליכא למיחש למתנה מוסתרת. והסברא - דאם ימכור לאחר ממילא אין זכות למקבל המתנה ללא עדים וראיה, ואינו יכול להפקיע זכות הקונה ע"י הודעת בעל-דין של הנותן.

ועולה לכאורה מהרמב"ם שדין זה הוא דוקא במתנת קרקע, דכן משמע מדבריו בה' ב: "לפיכך כל שטר מתנת קרקע...". וכן ממש"כ בה"א דבריו לענין כתיבת השטר, אף שזה דינא דגמרא מ"מ הו"ל לרמב"ם להשמיענו הדין אף בלא שטר (דקנין שטר מהני רק בקרקעות). אלא שהרב המגיד שם (בה"ב), כתב וז"ל:

"מה שכתב המחבר קרקע, לאו למימרא דמתנת מטלטלין שהיא מוסתרת שתועיל, דהא סתמא אמרינן האי מתנתא טמירתא לא מגבינן בה. וכן מוכיחין דברי המפרשים. וגם המחבר הקדים הנותן מתנה סתם, ולא אמר הנותן מתנת קרקע, אלא ודאי מש"כ כאן קרקע אינו אלא מפני שאין שטר מועיל במטלטלין בלא קנין, והוא הדין לקנין מטלטלין

ודאי בשצוה להסתירו.

מבואר מדברי הרב המגיד שלמד בדברי הרמב"ם בה"א; "אמר לעדים כתבו..." דלאו דוקא בכתיבת שטר מיירי, דאם נתן בקנין ואמר לעדים אל תפרסמו, הוי מתנתא טמירתא ולא זכה המקבל. ואדרבה - מדברי הרמב"ם בה"א מפורש שהרמב"ם מיירי הן במתנת והן במתנת מטלטלין. וכל הקושי הוא מדברי הרמב"ם בה"א ב שהזכיר מתנת קרקע כפועל יוצא מה"א, וע"ז כתב הרב המגיד דהרמב"ם כתב דבריו בה"א ב מכח הענין דקנין שטר אינו שייך אלא בקרקע, וכנראה שהרמב"ם נמשך אחר לשון הגמרא דמיירי באמירה לעדים המתיחסת לכתיבת השטר, אך אה"נ הדבר שייך גם במתנת מטלטלין בקנין. וכן נראה מדברי המחבר בשו"ע חו"מ רמב, ג, וז"ל:

"כל מתנה בין של בריא בין של שכיב מרע צריך שתהיה גלויה ומפורסמת, לא מיבעיא אם אמר לעדים תתחבאו וכתבו, אלא אפילו אמר סתם כתבו לו, אינה כלום, אא"כ אמר כתבו בשוקא וחתמו בפרהסיא וכיוצא בזה. לפיכך כל שטר מתנה שאין כתוב בו - ואמר לנו הנותן שבו בשווקים וברחובות וכתבו לו מתנה גלויה ומפורסמת וכיוצא בענין זה, חוששין לה שמא מתנה מוסתרת היא, ולא זכה המקבל ואפילו אי קנו מיניה."

חזינן מדברי המחבר שנטה הדרך מדברי הרמב"ם בהלכה זו במספר ענינים. בין השאר רואים שהשמיט את המילה קרקע וכתב: "לפיכך כל שטר מתנה...". וע"כ י"ל או דס"ל דאף לרמב"ם שטר מתנת "קרקע", לאו דוקא, או דפליג על הרמב"ם. כמו-כן השמיט המחבר את טעם הדין המפורש ברמב"ם דחיישינן להערמה, והוסיף דאפילו אמר לעדים "סתם", לא הוי מתנה, אף שברמב"ם נזכר רק אם בשטר לא נכתב ציווי חיובי למתנה גלויה ומפורסמת. ונראה דהרמב"ם והמחבר פירשו באופן שונה את האיכא ביניהו "סתמא". דלדעת המחבר היינו כשלא צוה לתת מתנה גלויה, וכמש"כ לעיל בפירוש הרשב"ם, ואילו לדעת הרמב"ם אם ידעינן בפירוש שלא אמר דבר אלא צוה לכתוב שטר, ודאי הוי מתנה וזכה המקבל, רק כאשר כתוב בשטר "סתמא" (ולא נזכר בשטר שאמר להם לתת מתנה גלויה ומפורסמת), חיישינן שמא אמר להם לתת מתנה מוסתרת, אבל אם היינו יודעים בודאות שלא אמר לתת להם מתנה מוסתרת, אף שלא היה גילוי דעת חיובי למתנה גלויה, הוי מתנה.

ומ"מ מבואר שהמחבר סובר דאין לחלק בין מתנת קרקע למתנת מטלטלין. וכן נראה גם מדברי הלחם משנה (ה,א), שחילק בין מתנת קרקע למטלטלין לענין תפיסה אך לא לענין עצם מתנתא טמירתא (עיין לעיל). והנה על השאלה אם לשיטת הרמב"ם דוקא במתנת קרקע או גם במתנת מטלטלין, עומד הקצוה"ח רמב, ג, וז"ל:

"ולולי דברי הרב המגיד נראה דהרמב"ם ס"ל דוקא בקרקע, לפי טעמא שכתב שלא לאבד ממון אחרים שיחזור וימכור אחר שיתן, והיינו משום דלא ידעו במתנה ויקחוה ממנו, וא"כ גבי מטלטלין דמחויב להחזיר דמים שנתן משום תקנת השוק וליכא איבוד ממון רק שיוציאו ממנו החפץ, אפשר לומר דבזה לא תיקנו לבטל מתנה טמירתא, ומשום הכי דקדק וכתב לפיכך כל שטר מתנת קרקע, דבזה ליכא תקנת השוק."

הרי שלקצוה"ח יש מקום לפרש את דברי הרמב"ם באופן המחלק בין מתנת קרקע למתנת מטלטלין, דבמתנת מטלטלין שאין איבוד ממון אלא רק הוצאת החפץ מתקנת השוק וחייב המקבל לתת דמי המכר לקונה, ובזה י"ל שלא תיקנו חכמים. אך מבואר בקצוה"ח שלא מלאו לבו לחלוק על דברי הרב המגיד. ועיין עוד בתש"י מהרא"ל צינץ

(חח"מ לח,ו) שכתב דלטעם הרמב"ם דחיישינן לקנוניא במתנה מוסתרת, טעם זה לא שייך במתנת מטלטלין, כיון דמטלטלין לא נקנים בשטר והנמצא תחת ידו הוא שלו. ואפילו יביא מקבל המתנה עדים שנתנם לו, אנו נטעון ללוקח טענת לקוח או החזרתי. ואם רוצה לגזול חבירו אחרי שמכרם לו, יוכל לומר לו כבר נתתי לך המכר או נאנסו, שהרי יכול להבריח המטלטלין ולהעלימם, "ונפלא על הרב המגיד שכתב דקרקע לאו דוקא, כי מה ראה על ככה כיון דזה עיקר טעמו של הרמב"ם, דדוקא בקרקע קאמר דשייך בה קנוניא שימכרנה לאחר ויוציאנה המקבל והוא יבריח המעות".

אמנם הפרישה (חח"מ רמב,ו) צמצם את פירוש הרב המגיד, דבמתנת מטלטלין בקנין לא הוי מתנתא טמירתא דוקא במפרש להדיא שרצונו לתת מתנה מוסתרת, אבל בסתמא לא הוי מתנתא טמירתא במטלטלין בקנין, עיי"ש שדייק כן מדברי הרב המגיד.

דרך נוספת ושונה בבאור שיטת הרמב"ם, נמצא במהר"מ אלשיך בתשי' (סי' צט). ע"פ המהר"מ אלשיך כל הדין של מתנתא טמירתא הינו דוקא כשלא נותן את החפץ מידו לידו אלא שנותן את החפץ ע"י קנין, וז"ל:

"כי לא אמרו במטלטלין הניתנים מיד ליד, כי אם בכותב שטר מתנה על מה שאינו נותן למקבל בידו, כי לא חילקו חכמים בין זוכה בפרהסיא במשיכה או בהגבהה וכיוצא בהם, לזוכה בהחבא, כי אם בכותב שטר מתנה ואינו נותן מיד ליד, שהרי בפירוש כתב הרמב"ם ... הרי שלא אמרו אלא בכותב שטר מתנה, משום דחיישינן שמערים למכור ולאבד ממון אחרים, משא"כ בנותן מיד ליד."

אמנם המהר"מ אלשיך דרך בדרכו של הרמב"ם והזכיר רק קנין שטר, אך נראה שהוא הדין והוא הטעם במקנה מתנה בקנין סודר, שהרי אינו נותנו מיד ליד. וראיה שהזכיר המהר"מ אלשיך מטלטלין וקנין הגבהה ומשיכה, והיינו דלגבי מטלטלין מהני בענין שנותנו לידו ממש, ובקרקע דשייכא בה קנין שטר, לא מהני בשום אופן. ונראה דאף קנין חזקה לא שייך בקרקע לענין זה, שהרי עדיין לא חשיב כנותנו לו בידו.

ו. מכירה מוסתרת עד לאחר מיתה

לכאורה אם נדון בנדו"ד ע"פ האמור לעיל, יש צד לפסול את המתנה שניתנה לנתבעת (יצויין שהמנוח נתן לנתבעת את הדירה כמכר ללא תמורה שדינו כמתנה, וכנ"ל), שהרי מתנה זו בשטר לא נראתה ולא הראוה לאיש, ואף שלא אמר לעדים שיכתבו בסתר, הרי שבעצם העובדה שלא דאגו הנותן והמקבלות להעביר את הנכסים בטאבו או לכל הפחות לרשום הערת אזהרה, וכן מכח העובדה שהתיחס לנכסים כאל בעלים על הנכסים, הן ע"י תשלום המיסים והן ע"פ הסכם הממון. ונראה דבנדון שלפנינו היה בהחלט מקום לחשש הערמה, שכל מהלך הענינים מראה שיש כאן לפנינו הערמה, אך לא מפני שאנו מדמים נעשה מעשה לבטל המתנה.

ויותר נראה לומר כהודאת הבת, שהאב ראה בזה מתנה לאחר מותו ומעין צואה, אלא שבחר לחלק נכסיו במסגרת של חוזה, ושיקוליו עימו. יתכן גם שהבנות והאב "חששו" שמא ינשא האב בשנית, ובמסגרת של צואה ניתן לבטל מתנה בצואה מאוחרת יותר, משא"כ במתנה שניתנה בחוזה. השאלה איך להתיחס למתנה שהינה מוסתרת עד זמן המיתה, כאשר רק לאחר המיתה תהיה גלויה ומפורסמת. הרי"ף (ב"ב כא,ב

בעמוה"ר), כתב וז"ל :

"שכיב מרע דאמר לא תגלו הא תפקידתא אלא לאחר מותי, לא הויא מתנתא טמירתא, דלכי מתקיימה לאחר מיתה, ההוא עידנא לאו טמירתא היא, דהא אמר להו לסהדי לאחר מותי גליוה. והא ודאי דבר מוכיח דעבידא לאיגלוויי היא, דאמר להו לבתר מיתה ליסהדו בצוואתו, וליכא למיחש בה למתנתא טמירתא."

מבואר מדברי הרי"ף שדין מתנה מוסתרת נמדד בשעת חלות המתנה ולא בשעת נתינתה, שאם בקש שלא יגלו אלא בשעת חלות המתנה, לא הוי מתנה מוסתרת, וע"כ שכיב מרע שצויה שלא יגלו אלא לאחר מיתה, לא הוי מתנתא טמירתא. ועיין ברמב"ן בחידושו לב"ב (מ,ב ד"ה והא) שהביא ראיה לדין זה מהתוספתא. וכן פסק הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה ט,א, וכן מבואר ביד רמ"ה ועוד ראשונים (עיין שו"ת הרא"ש עח,ד), וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ רמב,ו (ועיי"ש בקצוה"ח ס"ק ד דאם אמר אל תגלו כלל שבטלה המתנה, ועי"ע בהגהות רע"א שם). לפ"ז מתנה קמייטא שנתן לבנות שרירה וקיימת, אך הואיל וכל חלות המתנה היא לאחר מיתה, נראה שלא הופקע זכות האלמנה למדור לכל הפחות ע"פ הסכם הממון שערכו בטרם נשואין, וכפי שיבואר להלן.

ז. אומדן דעת במתנה

בנדון דידן נראה לאמוד את דעת הנותן שלא היתה כוונתו לתת נכסיו אלא לאחר מותו, וכאמור לעיל ששילם המנוח מיסים במשך כל ימי חייו, וכן נתן לתובעת זכות מדור, ומסתבר שעשה כן מאחר וסבר שבחיייו זכות הקנין שייכת לו. ומה לנו יותר מהודאת בעל דין של הנתבעת שלמעשה דעת הנותן (האב) היתה לתת את הנכסים לבנות לאחר מותו. וכן נראה מדברי הבעל של הנתבעת שלא ראה והרגיש סתירה בין הסכם הממון לחוזה המתנה. זאת ועוד - הרי הנתבעת עצמה הגישה לביה"ד בקשה לצו ירושה. והדבר תמוה - אם סברה שבידה חוזה תקף, מדוע לא העבירה את הנכסים על-שמה ועי"ש אחותה בדרך של אישור החוזה והפעלתו.

והא דאזלינן בתר אומדן דעת במתנה, מצאנו בברייתא בב"ב קלב,א (וכן ב"ב קמו,ב) : הרי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו, מתנתו מתנה. ר' שמעון בן מנסיא אומר, אין מתנתו מתנה. ופסק רב נחמן הלכה כרבי שמעון בן מנסיא. וכן פסק המחבר בשו"ע חו"מ רמו,א. ומבואר בגמ' ב"ב קמו,ב דהוי אומדנא דמוכח. וכן מצאנו לענין מברחת נכסיה, בגמ' כתובות עח,ב - עט,א, שאם הבריחה כל נכסיה בטרם נשואין ואח"כ התגרשה, שחוזרת המתנה. וכן פסק הרמב"ם בהל' אישות כב,ט ובהל' זכיה ומתנה ו,יב, דמהני המתנה רק לענין שאם מתה לא ירשנה הבעל, אך אם מת הבעל לפניו, חזרה המתנה (ועי"ע במש"כ בח"ב סי' ג). ובנדון דידן נראה דהוי אומדן דעת דמוכח שלא נתכוין לתת לבנות נכסיו אלא לאחר מיתתו, ואף הנתבעת הודתה שזו היתה כנראה כונתו וכך התנהגו בנכסים.

ח. מבריח נכסיו

אלא שגם אם כוונתו היתה לתת רק לאחר מיתה, הרי שמסתבר שבמתנתו התכוין להפקיע זכויות עתידיות של אחרים, וע"כ יש לדון אם לתובעת זכות מדור. והנה הרא"ש בתשי' (כלל עח,ג), הביאו המחבר בשו"ע חו"מ צט,ז, וז"ל :

"הכותב כל נכסיו לאחר ואח"כ לוח מאחרים, ובבוא המלוה לגבות חובו מצוה להוציא שטר מתנה שקדם לשטר החוב, והכל רואים שאע"פ שכתב כל נכסיו לאחרים הוא מחזיק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו ולא נתכוין אלא להבריא מבעלי חוב, שלא ימצאו ממה לגבות ויאכל ממון אחרים, המתנה בטלה וגובה בעל-חוב ממנה אע"פ שקדמה להלוואה."

והלכה זו הובאה גם ברא"ש בפסקיו לכתובות ח, ג, וע"ע בתוס' כתובות עט, א ד"ה עשאום, ומבואר שם שבא מעשה לפני רבינו תם באחד שרצה ללוות, וכתב כל נכסיו לאחר להבריאם כדי שלא ישתעבדו לבעל חוב. ופסק רבינו תם שהמתנה קיימת, דדוקא במברחת שאין כוונתה להקנות אלא להבריא מהבעל, אמרינן שהמתנה בטילה, משא"כ בנדון שלפניו, אם לא קנה מקבל המתנה, השתעבדו הנכסים לבע"ח. והרא"ש חלק עליו (ובתש" כתב: "ונחלקו עליו בזה..."), דמשמעות הגמרא שאין מקבל המתנה קונה במבריא נכסיו, כיון שלא נתכוין להקנות לו אלא להבריא לא יצאו הנכסים מרשות המקנה, ומשועבדים הם לבעל-חוב אף שניתנו קודם החוב לאחר. וממשך הרא"ש בתש" שם (סד"ה ומה), וז"ל:

"וגם לדברי רבינו תם היינו היכא שכתב נכסיו לאחר והחזיק המקבל בנכסים, אבל בנדון זה שכתב נכסיו לאחר בסתר ואין הנכסים זזין מתחת ידו, אין זה אלא תחבולה וערמה ללוות ממון אחרים ולא ימצאו ממה לגבות."

והביא הרא"ש ראיות מהש"ס שחכמים "בטלו עצת המערימים", "ואנו נדון דבר מדבר ונלמד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל הנולדות העתידות לבא המתחדשות בכל יום...". ומבואר מהרא"ש שהמודד המרכזי לבדיקת כנות כונת הנותן, אם אכן התכוין לתת מתנה או להערים, היא אופן התנהגותו בנכסים, אם הנכסים נשארו עדיין ביד הנותן והוא מתנהג בהם מנהג בעלות, הרי שאין כונתו במתנה לתת נכסיו לאחר אלא להבריא, ובכגון זה בטלה מתנתו. לפ"ז בנידון שלפנינו שהתנהג המנוח בנכסים כמנהג בעלים גמור - שילם מיסים עבור הנכסים, גר בדירה שכבר נתן לנתבעת, התחייב למדור בדירה זו - רגליים לדבר שלא היתה כונתו אלא להבריא נכסיו ובטלה המתנה.

והנה בדין זה של מבריא נכסיו, כתבו הראשונים בסוגיא (התוס', הרשב"א, המרדכי), הובאו דבריהם להלכה ברמ"א בחו"מ צט, ו, וז"ל:

"מיהו אם נראה לבית דין שלא כווננו לערמה רק למתנה גמורה, קנה המקבל אע"ג שהיתה כוונתו להבריא."

בנתיבות שם ס"ק ו ביאר שהמודד הוא אם נתן מתנה באופן שלא יוכל לחזור בו, הרי זו מתנה גמורה אף אם ביסוד המתנה מונחת כונה להבריא מבע"ח. אך אם יכול המקבל לחזור בו מהמתנה, אין זו אלא הערמה והשתעבדו הנכסים לבע"ח. ובקצוה"ח שם ס"ק ח חילק בין נותן מתנה לאחר לבין נותן מתנה לבנו ולבתו:

"דהיכא דנותן כל אשר לו לאחר, אין המתנה אלא להערמה והברחה ושישאר ביד הנותן, בזה לא יצאה מרשותו כלל, ואפילו מלוה ע"פ גובה ממנו כיון דעדיין ברשות הנותן הוא, אבל היכא דנותן לקרובו מתנה גמורה, ולא משום דארצי קמיה המקבל, אלא נותן לו מתנה זו כדי שלא יקח בע"ח, משום הכי נתנו לקרובו או לבנו, אבל מתנה

גמורה היא לבנו או לקרובו."

הרי שכשנותן מתנה לקרובו, לא הוי הערמה אלא מתנה גמורה. ונראה דכל הדין הנ"ל הינו באופן שיצאו הנכסים מיד הנותן ועברו לרשות המקבל, אולם במקרה שבו נשארו הנכסים ביד הנותן ולא יצאו מרשותו, בזה כתב הרא"ש דאף רבינו תם מודה דהוי הערמה, וכפי שמובא בסעי' שאח"ז, וכפי שהובא לעיל.

ועיין עוד בפתי"ש שם (צט,ז) שהביא מחלוקת בין החוות יאיר והתומים, באם כתב בשטר שתחול המתנה רק שעה אחת קודם מיתתו, כדי שהמתנה שנתן תהיה קודמת בשעה לכתובת אשתו ולא תגבה אשתו כתובתה. וכתב החוות יאיר דבכגון זה ניכרת ההערמה ובטלה המתנה. והתומים חלק עליו וכתב דאין מקום לפסול שטר המתנה. וכן נלענ"ד לדעת הקצוה"ח הנ"ל, כיון שנתן המתנה לבתו. אמנם לדעת הנתיות צ"ע אם כתב שיוכל לחזור בו ממתנה זו. ובנדון זה לא שייך לומר מש"כ לעיל שיש לבחון כיצד התנהג הנותן בנכסים, אם נשארו בידו או הועברו למקבל, שהרי עדיין לא נתן המתנה בפועל אלא שעה קודם מותו.

ט. זכות אלמנה במדור כשניתן לאחר מיתה לאחר

לאמור לעיל י"ל ממה נפשך, אם מתנה זו שניתנה לנתבעת היתה מתנה גמורה, הרי שמתנה זו היתה הערמה בעלמא ובטלה המתנה ויכולה האלמנה לדור בדירה ע"פ הסכם הממון שנערך בינה לבין בעלה המנוח. אך גם אם נקבל את טענת הבת (וכן נלענ"ד) שכונת האב היתה שיקבלו בנותיו את נכסיו לאחר מותו, ורצה לכתוב בדרך של מתנה ולא בצוואה כדי ליפות כח הבנות (שלא יוכל לחזור בו וכד'), הרי שגם בכגון זה לא פקע זכותה של האלמנה במדור. (יצויין שהבת לא הסכימה לטענה זו ורק טענה שאביה התכוין לכך, ובכך ישבה את הטענה מדוע אח"כ כתב בהסכם שנותן לאלמנה מדור כו"כ שנים. אולם בדיני מתנה יש נפקות לכונת הנותן, וכנ"ל, ע"כ יש לראות בדברי הבת הודאת בעל-דין שהנותן לא התכוין למתנה אלא לאחר מותו.) וכן נראה גם מדבריו של בעל הנתבעת, שלא חש סתירה בין החוזים מכח מילתא דלא רמיא עליה, וכנראה שלא חש בסתירה מאחר והבין שאין סתירה בין ההסכמים.

וכאמור - שומה עלינו לישב את הסתירה בחוזים שערך האב, באופן שלא יסתרו זה לזה, וע"כ אפשר לומר גם שהאב אכן התכוין לתת לבת את הדירה מתנה מחיים, אולם הבין שיש לו זכות מדור כל ימי חייו, כפי שגם הבינו הבנות, ע"א שהדבר לא מעוגן בחוזה. וכן הבין שיש לו זכות למכור או לתת את זכות המדור לזמן בלתי מוגבל אף לאחר מותו, וע"כ בהיותו בעלים על פירות הדירה, נתן פירותיה לאשתו לזמן הקצוב בהסכם הממון.

גם אם נאמר שהמתנה הינה לאחר מיתה, י"ל שלא הופקע בכך זכות המדור. דהנה מבואר בב"ב קלג,א דאלמנה ניזונת ממתנת שכיב מרע שנתן הבעל, וכלשון הגמרא: "השתא בירושה דאורייתא אמרת אלמנתו ניזונת מנכסיו, במתנה דרבנן לא כל-שכן". ועי"ש ברשב"ם, דהא מדאורייתא לא מהני מתנת שכיב מרע, דאין מתנה לאחר מיתה, ורק תקנת חכמים היא, "השתא בירושה דאורייתא דאלימא כח יורש", ניזונת האלמנה, כל-שכן במתנה דרבנן. וממשיך הרשב"ם (בד"ה ומתנה דרבנן):

"ומהכא שמעינן דהא דקיימא לן דמזון האשה והבנות לא טרפא ממשעבדי, היני מילי מתנה גמורה בקנין או מכר גמור, אבל מתנת שכיב מרע אלמנתו ניזונת מנכסי מקבל מתנה, והוא הדין לבנות."

מבואר ברשב"ם שדין זה הינו בין למזונות האשה ובין למזונות הבנות. ובפשטות בגמרא משמע שדין מתנת שכיב מרע כדין ירושה, ולא נתנו חכמים למתנת שכיב מרע כח טפי מירושה, וכשם שכל תנאי כתובה נגבים מנכסי היורשים דאורייתא, כל-שכן שנגבים מנכסי יורש דרבנן. והרי"ף שם (ס, ב בעמוה"ר), כתב וז"ל:

"ואי קשיא לך ההיא דתנן, אין מוציאין לאכילת הפירות ולשבח קרקעות ולמזון האשה והבנות מנכסים משועבדים מפני תיקון העולם, והכא קאמרינן אלמנתו ניזונת מנכסיו, ההוא במשעבדי מחיים כגון מתנת בריא ומכירה, אבל מתנת שכיב מרע דלא מקניא אלא לאחר מיתה ... לא דחיא תקנתא דרבנן, דמזונות אלמנה ומתנת שכיב מרע תרוייהו תקנתא דרבנן נינהו, ובהדי הדדי קא אתו לאחר גמר מיתה, הלכך לא דחיא חדא מינייהו לחבירתה ותרוייהו קנו."

ועיין בנימוק"י שם שפירש דתקנת שכיב מרע "לא תדחה תקנת מזונות הקודמת במכל-שכן, מה ירושה דאורייתא וכו'". ועיין בקצוה"ח רנב, א שהביא את דברי הנימוק"י: "דתקנת מזונות קודמת בתקנה". ולכאורה בנימוק"י לא הזכיר שהיא קודמת בתקנה, ובפשטות היה נראה דמזונות התחייב קודם, והיינו בשעת הנישואין עם כל כתובה ותנאיה. ומ"מ הקצוה"ח הקשה דכיון שחלים ביחד, מאי טעמא קודמים המזונות. וביאר הקצוה"ח דהמזונות קודמין מדין דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, דכיון דבהדדי חיילי, ודאי דברי הרב שומעין, וכמש"כ רש"י בתמורה כה, א. ונראה דכוונתו דמזונות אלמנה הוי "דברי הרב" ומתנת שכיב מרע "דברי התלמיד", דמזונות חכמים תיקנו את עצם התקנה. המזונות ניתנים לאלמנה לא מכח רצונו של הבעל אלא מכח דברי חכמים, משא"כ מתנת שכיב מרע, אע"פ שאת דרך הקנין יצרו חכמים, מ"מ המתנה הינה רק מכח רצונו לתת מתנה ומכח אמירתו, ולכן אע"פ שאת הקנין יצרו חכמים מ"מ הפעולה היא דברי הנותן והיינו "דברי התלמיד", משא"כ מזונות הינם מכח חכמים - "דברי הרב". ועיין עוד במש"כ באבני מילואים קג, ד בבאור דברי הרי"ף והרמב"ם, ובקובץ שעורים (ב"ב סי' תמוז) מה שהקשה עליו.

והלכה זו הובאה ברמב"ם בשני מקומות, בכל מקום בדרך שונה, והאחרונים דנו בשינוי שבהלכות ברמב"ם. בהלי אישות יט, יג, כתב הרמב"ם וז"ל:

"נתן כל נכסיו במתנה לאחרים, הואיל ומתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה כמו שיתבאר, הרי המתנה וחיוב הנכסים בתנאין אלו באין כאחד, ולפיכך אלמנתו ובנותיו ניזונות מנכסיו ובניו יורשים כתובת אמן שמתה בחיי בעלה."

מדברי הרמב"ם בהלכה זו נראה שהלך בדרך הרי"ף, דמתנת שכיב מרע ומזונות באין כאחד וחלותם לאחר מיתה, ולא ביאר הרמב"ם מדוע קדמה תקנת מזונות לתקנת שכיב מרע. ובפשטות י"ל, דקיי"ל דמזון האשה והבנות לא גובים מנכסים משועבדים, כאשר המתנה לא קדמה לחלות המזונות, תו לא הוי נכסים משועבדים וגובה האלמנה מזונותיה. עוד נראה מהרמב"ם דדין זה הינו לכל תנאי כתובה, ובכלל זה כתובת בנין דיכרין. אלא שהרמב"ם בהלי זכיה ומתנה ח, ח-ט, כתב בדרך שונה, וז"ל:

"מתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה, ואין אחד מהן זוכה בדבר שציוה לו בין מקרקעין בין מטלטלין אלא לאחר מיתה. לפיכך מוציאין לכתובת האשה ולמזון האלמנה והבנות מיד אלו שציוה להן, שהרי במיתתו נתחייבו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות, ואלו

שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה."

כאן מבאר הרמב"ם שכתובה ותנאיה קדמו בזמן חיוב למתנת שכיב מרע וע"כ דוחים הם את מתנת שכיב מרע, וזה סותר למש"כ בהל' אישות. [ובמהריט"ף בתשי"י סי' ל כתב: "דטעמא הוי משום דכתובה ומזון כבר הוא מחויב בהם מחיים אלא שחיובם אינו חל אלא במותו, כלומר בשעת מיתתו שהוא גוסס. אמנם מתנת שכיב מרע אינה אלא לאחר גמר המיתה...". ועיי"ש דכתובה ומזונות כיון שאין הדבר תלוי ברצונו, חכמים סילקוהו משעה שנטרפה דעתו ואינו צריך עוד לנכסים.]. ועיין ברב המגיד בהל' זכיה ומתנה ח, ט שנראה מדבריו דדעת הרמב"ם כדעת הרי"ף, וצ"ע. והלחם משנה בהל' זכיה ומתנה ח, ט כתב לישב, דמה שהם קדמו הוא שהחיוב של הכתובה והמזונות הוא חיוב קודם למתנת שכיב מרע, אע"פ שחלות שניהם כאחד. ולא משמע כן לכאורה מדברי הרמב"ם בהל' זכיה ומתנה דמבואר שמזונות קודמים בחלות.

ובמהריט"ף בתשי"י (סי' ל ד"ה באמת) עמד על סתירת דברי הרמב"ם, וכתב לישב דבהל' זכיה ומתנה מיירי הרמב"ם רק ממזונות האלמנה וכתובתה, ולענין זה אמרינן דהאלמנה תפסה מחיים ולא פקע שעבודה וקדמה היא למקבל המתנה, משא"כ בהל' אישות מיירי הרמב"ם גם ממזונות הבנות וכתובת בנין דכרין, ובזה לא שייך לומר שמחיים תפסו ולא פקע שעבודם ולא קדמו למקבל המתנה, וע"כ הוצרך הרמב"ם לטעם הרי"ף שאע"פ ששניהם קונים כאחד, וכיון שחיובי כתובה קדמו, אף שחלותם ביחד עם המקבל מתנה, מ"מ זוכה הבת במזונותיה והבנים בכתובת אמן. ועיין עוד בחתם סופר חאה"ע"ז סי' קמד מש"כ בזה.

והלכה זו נפסקה בשו"ע חו"מ רנב, א וכן בשו"ע אה"ע"ז צג, כ, וקיא, יז. ואכן אם נפרש שהיתה כוונת המנוח לתת את גוף הדירה רק לאחר מותו, הרי שזכתה האלמנה במדור קודם שזכתה הנתבעת במתנה, שהרי זכות מדור האלמנה הוא גם מדין מזונות, וכפי שפסק המחבר בשו"ע אה"ע"ז צד, א:

"כדרך שניזונה אלמנה מנכסיו, כך נותנים לה כסות וכלי תשמיש ומדור..."

(וע"ע בפד"ר כרך ב, עמ' 278 ולהלן). ולאמור לעיל זכות המזונות קודמים למתנה שחלותה לאחר מיתה. אמנם אם נקבע שכוונתו היתה לתת את המתנה לבת לאחר מיתתו, יוצר לנו מצב של "הודאה נגד הודאה". מצד אחד קיימת הודאת הנתבעת שכוונת האב לתת את הדירה לאחר מותו, וא"כ אם נבוא לדון על זכותה של האלמנה מכח הסכס הממון, הרי שכח המתנה שנתן לבת קודם למתנה שנתן לאשתו, ומתנה זו (המדור) שנתן לאשתו, בטילה מעיקרא. רק זכותה של האלמנה למדור מכח התנאי הכתובה, וא"כ זכותה למדור לכל ימי חייה, וזאת ע"פ הודאת הבת. ומאידך - מודה האלמנה שאין לה זכות יותר מאשר נכתב ונחתם בהסכס הממון. ברס, כבר כתבתי לעיל דנראה יותר לפרש על-דרך הצמצום (וללא צורך בהודאת הנתבעת) שהמנוח התכוין לשייר לעצמו את זכות המדור, ולכן סבר שיכול להתחייב למדור האלמנה גם לאחר מותו, ואמרינן ששייר לעצמו באופן המועיל שיוכל לתת מדור לתובעת.

י. כשלא נרשמה הערת אזהרה על המדור

באשר לטענת ב"כ הנתבעת שאי ישום סעי' 18 להסכס הממון, דהיינו אי ישום הערת אזהרה בטאבו על זכות המדור, מהוה פגיעה בחלות סעי' 16 להסכס, לעני"ד יש לדחות טענה זו, כמו גם לדחות טענת ב"כ התובעת שאי ישום הערת אזהרה לטובת הבת ע"פ חוזה המתנה, מהוה ראייה לאי חלות המתנה. דהנה במשפטיך ליעקב ח"א

לב/ד דנתי בענין מכירה שלא נרשמה בפנקס המקרקעין, ובתוך הדברים כתבתי :

"אמנם נראה שבמציאות דברי ימינו, שאין מי שיקנה קרקע ללא שיתן לכל הפחות הערת אזהרה בטאבו, אין עיסקת המקרקעין נגמרת ללא שיזהיר בטאבו כדי שלא ימכור המוכר בשנית מה שכבר נמכר, שאין מי שיגמור בדעתו לקנות קרקע ללא הערת אזהרה. ואף לענין הרישום עצמו בטאבו יש להסתפק אם העיסקה נגמרת בלעדיה ע"פ ההלכה וכמשי"כ למעלה, אך לענין הערת אזהרה, אף שליכא גבה דינא דמלכותא לגמר העיסקה [ראה בענין הערת אזהרה : סעיף 126 לחוק המקרקעין תשכ"ט - 1969, סעיף 4) (לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות)- תשלה- [1974 מ"מ אין מי שיסמוך בדעתו לקנות ללא שיזהיר לבאים אחריו, שהרי מנין לקונה שעושה העיסקה השניה לא ינצל את זכותו בבית משפט ע"פ סעיף 9 לחוק המקרקעין שהעיסקה השניה עדיפה, וע"כ נראה שללא רישום לכל הפחות של ההערת אזהרה לא חלה המכירה."

לעני"ד יש לחלק בין קניית נכס דלא נידי להסכמים דנן. בנכסי דלא נידי אכן מקובל - כמעט ללא יוצא מן הכלל - לרשום הערת אזהרה בטאבו. חריגה מנוהג זה, ודאי יש בה חסרון בגמירות דעת הקונה. בזכות מדור אין מקובל לרשום הערת אזהרה, ולברד"כ רישום זה הוא אך למותר, ובנידון שלפנינו ודאי חפצו ליפות כוחה של האלמנה ע"י הרישום, אך הואיל ואין נוהג מקובל לרישום בנסיבות אלו, י"ל שאין חסרון בגמירות דעת, אף שלא ניצלה את מה שנתן לה ליפות כוחה. שהרי כל אלמנה זכותה למדור ללא רישום של הערת אזהרה. בא הסכם הממון וגרע את זכותה והעמידו על שנים קצובות. וכי נאמר שזכות מגורעת זו לא חלה ללא רישום הערת אזהרה. כמו-כן נראה שאין כאן התנאה, שמבלי רשום הערת אזהרה תופקע זכותה למדור, וכאמור, ליפות כוחה התכוין.

גם ביחס לחוזה המתנה, נראה שבנסיבות הקיימות שבהן ממשיך האב להתגורר בדירה, לשלם מיסים ולנהוג בה כבעלים לכל דבר, אין מקום לרשום הערת אזהרה. מה עוד שרישום זה נעשה בדרך כלל כאשר קיימת מערכת יחסים של "זרים" בין הקונה למקנה. לא כך כאשר אב נותן מתנה לבתו או לבנו, ודאי גמרו בדעתם אף ללא הערת אזהרה, ואין הבן חושד באביו שיערים וימכור דבר שניתן לו.

לאור האמור לעיל :

א. סעי' 16 להסכם הממון שבין המנוח לתובעת, שאושר בתאריך כג' אלול תש"ן ע"י רב רושם הנישואין, תקף ועומד.

ב. לתובעת זכות מדור בדירת המנוח הנמצאת בכתובת (-) למשך 6 שנים ו- 44 ימים, החל מתאריך ז' מרחשון תשנ"ז.

מסקנות

א. ב צדדים בגמרא אם מתנה חלה כל זמן שלא גילה דעתו שהמתנה מוסתרת, או שצריך שיהיה במתנה גלוי דעת חיובי על רצונו של הנותן לפרסם את דבר המתנה. וקיי"ל דחוששים כל היכא שלא גילה דעתו באופן חיובי, וצריך שיצוה לעדים

לכתוב ולחתום בפרסום.

ב. כאשר מצוה לכתוב שטר מתנה, דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים, וכאומר כתבוה בשוקא וחתמוה בברא.

ג. גם במתנה בקנין ללא שטר, צריך שתהיה גלויה ומפורסמת ולא מוסתרת.

ד. החששות במתנה מוסתרת - שמא רצונו לעשות קנוניא ולהערים על אחרים, או שמא לא גמר להקנותה בלב שלם.

ה. נחלקו הראשונים אם מהני תפיסת המקבל במתנה מוסתרת.

ו. לא חששו חכמים למכר מוסתר.

ז. יש המפרשים ברמב"ם שאין חילוק לענין דין זה בין מתנת קרקע למתנת מטלטלין. והקצוה"ח סובר שאפשר לפרש את הרמב"ם דדוקא במתנת קרקע יש דין מתנה מוסתרת.

ח. יש הסוברים דכל דין מתנה מוסתרת שייך דוקא כשאינו ניתן החפץ מידו לידו אלא ע"י קנין סודר וכד'.

ט. מתנה שחלותה לאחר מיתה וציוה שתהיה מוסתרת עד מיתתו, אין דינה כמתנה מוסתרת.

י. אזלינן בתר אומדן דעת הנותן, כשמוכחת כוונתו שרצה לתת הנכסים רק לאחר מיתה.

יא. כשלא התכוין להקנות אלא להבריח נכסיו, לא מופקעות בזה זכויות אחרים.

יב. הוא הדין כאשר נוהג המקנה בנכסים מנהג בעלים.

יג. זכויות האשה והבנות מכח תנאי כתובה, נגבות אף ממה שנתן במתנת שכיב מרע. והוא הדין שנגבות מכל מה שנתן לאחר מותו.

יד. נקבע שתרשם הערת אזהרה בטאבו להבטחת זכות המדור, ולא נרשמה ההערה, אין בכך פגם בחלות הזכות שנתן במסגרת ההסכם שבין הצדדים.