

# בית דין ירושלים

לדיני ממונות ולבירור יוחסין

מתנה ללא תמורה מילדים לאביהם

תיק ממונות מס' 2396-עח

(מחד' ג אדר)

י' ע"י ב"כ הרב מרדכי שטרן

י"ב ב"כ הרב יונתן נחמני

## נושא הדיון

1. קנו שלושת ילדיו של א' דירה הצמודה לחנות של אביהם ורשמו אותה על שמם שנת 2005 העבירו את הדירה בטאבו על שם אביהם במתנה ללא תמורה, ע"י חתימה שכותרתו "חווה מכר", ושני הבנים מסרו מודעה בפני עו"ד, באותו יום, שמוסכם על ל האבא שהקנין פירות של הדירה ממשיך להיות בבעלות הילדים. הם מסבירים כדי להפטר ממס. לאחר זמן קצר הצהירו האב והבת בפני עו"ד שהמתנה של הבת ה מסיבות משפחתיות, ועל סמך תצהיר זה נרשם במשרד האוצר אנף מס רכוש זהבת לאבא בטלה, והחלק שהיה שלה (שליש הדירה) חוזר לבעלותה. הופיע לעדות העו"ד כהן שהעיד שהמתנה לאבא מכל שלושת ילדיו היתה לצרכי פטור ממס, ל הבת מהמתנה היתה מאותה סיבה של פטור ממס. העו"ד מסביר שלפי חוק מס קעין אפשר לחזור מעיסקה ולבטלה מעיקרא בתוך זמן מסויים.

2. תנהל דיון בבית דין זה בשנת תשע"ג בתיק מס' 1965 ושם נפסק שהדירה שייכת שום ששטר המתנה שנתנוהו בחזרה לאבא היה כדי להבריח ממס, ודינו כשטר ש האב הודה בזה, והודאת בע"ד כמאה עדים. הצדדים לא סיפרו לבית הדין שבאותה הל דיון בבי"ד ב"ב עם ב' שקנה את הדירה מהאבא והאבא וילדיו טוענים שם לב' בטלה משום שלא היתה שלו אלא של הילדים.

3. ב פסק (ללא נימוקים הלכתיים) שהאב היה בעלים למכור את הדירה - לפחות על של שני הבנים שרשמו את חלקם בטאבו ע"ש האב, וטענת הבנים ששיירו לעצמם פירות לא התקבלה. על חלקה של הבת לא היתה הכרעה משום שלא הסכימה לדון ר התנגלגל הדיון בחלקה לבית דין זה.

4. שרם רשמה בחזרה את שמה בטאבו, מכר א' את הדירה לב', והבת טוענת שאת לא יכל האבא למכור, משום שבהודעתה למס רכוש בטלה המתנה לאבא למפרע,

למרות שטרם נרשם בטאבו בחזרה על שמה, וממילא יש לה זכות קדימה של בר מצרא גם מדין שותף, וגם מגיע לה דמי שכירות מב'. ב"כ הבת טוען ש"שטר המכר" של הבת לאביה לא היה לו תוקף הלכתי אלא רק מדין סיטומתא, וע"כ יכולה הנותנת לבטלו ע"י סיטומתא, שהרי לפי חוק מס שבח יכול הנותן לבטל את המתנה לאחר זמן "לא רב" למפרע, וכבר פסק העטרת חכמים שבכה"נ חשיב כסיטומתא לביטול המתנה שהיתה ע"י סיטומתא.

ב' טוען שהסיפור של קניית הדירה ע"י הילדים בשנת 1987 מכספם, לא נראה לו סביר, ויותר מסתבר לו שזה היה מכספי האב, ונרשם ע"ש הילדים בגלל חישובי מס. וגם לטענת הילדים שבתחילה קנו את הנכס מכספם, כיון שאח"כ נתנוהו במתנה ללא תמורה לאב הכל שייך לאב, ומה שהבת רשמה במס רכוש שחזרה בה מהמתנה, מכיון שהבת לא העבירה את הדירה על שמה בטאבו לפני שאביה מכר אותה לב', המכירה חלה על כל הדירה, והרישום על החזרה מהמתנה במס רכוש אינו מועיל בתורת קנין.

ב' הסכים לחתום על שטר הבוררות של בית הדין לאחר שהיה מוסכם גם על צד א', היינו הנב' א', שפסק הדין שניתן בבי"ד הראשון על בעלותו של ב' בשני שלישי הדירה (חלקם של שני הבנים), לא יהיה נדון בתיק זה, וכל הנידון כאן יהיה על שלישי הדירה בלבד.

### פסק דין (עפ"י דעת הרוב)

תצהיר ביטול המתנה מעיקרה שחתמו האב והבת אצל עו"ד, אין לו תוקף הלכתי, לפיכך המכירה לב' קיימת.

(-) אברהם דוב לוין, אב"ד                      (-) מרדכי אייכלר                      (-) מרדכי אהרן הייזלר

### השאלות לדיון

- א. העברה בטאבו, האם מהווה קנין.
- ב. מכירה ללא תמורה שהמוכר והמקבל מצהירים בכתב שחזרו בהם ממנה.
- ג. מסירת מודעה במתנה שאינו מתכוין לתת בעלות במתנה.
- ד. ע"א להרע שטר.
- ה. הודאת בע"ד בדבר שבידו, כשחב לאחריו.
- ו. בר מצרא בדירה.

## תשובה

א. כתב החז"א חו"מ ליקוטיו סי' טז אות ה דבארנו אין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה ולא על הדיון בצ"ד של ישראל וכו', הלכך כל קנינס שנעשו בין איש לרעהו לריכוס לדון עפ"י ד"ת אע"ג דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאבו, מ"מ אין דיניהם על דין שבין ישראל לחצירו וכו'. הלכך אם קנה בכסף והתנה שיקנו לו בלא שטר או שקנה בחזקה או קנין סודר, קנה אע"ג דלא כתבו בטאבו, ולא המוכר ולא הלוקח יכולים לחזור וכו'. וכן אם קנה בכסף באגרתא דכתבו שטרא וכתבו לו שטרא בעדים או בחתימת ידו אע"ג דלא כתבו בטאבו קנה וכו'. ואפילו תימא דחשיב אומדנא דמוכר דלא נתרצה הלוקח אלא ע"מ שיכתוב לו בטאבו וכו', מ"מ אם הלוקח מתרצה בלא כתיבת הטאבו אין המוכר חוזר. ע"כ. וכע"ז בדברי מלכיאל ח"ד סי' קמג. ועיי' פס"ד ירושלים כרך ז עמ' רג, ועמק המשפט ח"א עמ' קמג בשם כמה אחרונים, שאין הרישום בטאבו מעכב את הקנין.

אמנם עיי' פס"ד ירושלים כרך ח עמ' מט בשם מרן הגרי"ש ז"ל שהולכין בזה אחר החוק, והרי לפי סעי' 7 "עיסקה במקרקעין טעונה רישום, העיסקה נגמרת ברישום, ועיסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עיסקה", אם כך, חלות הקנין הוא ברישום, ואין זה רק שטר ראה כי אם גם שטר קנין. ועיי' "שים שלום" סי' רעה בשם מרן ז"ל שרישום בטאבו אינו נחשב קנין סיטומתא, ואין הוא מועיל אלא דיניהם ולא לפי ד"ת, וראה בהערה שם שהביאו מפד"ר כרך ו עמ' 376 שם כתב מרן שבזמנינו רישום בטאבו מועיל לקנין מדין סיטומתא או משום דינא דמלכותא. ועיי' קובץ תשובות למרן הגרי"ש אלישיב שליט"א סי' רו שהחזיק בלא רישום בטאבו מועיל מטעם "בעלות שביושר", ועיי' ביאורו ב"פסיקת צתיה"ד הרבניים והחוקים" עמ' 24, ועיי' שם ובקובץ אור ישראל עמ' קנב על פרשנות החוק המלריך רישום בטאבו.

ב. הנותן קרקע במתנה לחצירו בקנין סודר, כתב הרמב"ם מכירה פ"ה ה"י ושו"ע סי' קלה סעי' ו שיש לכל אחד מהם לחזור בו כל זמן שעסוקין באותו ענין וכו' מה שאין כן בשאר דרכי ההקנייה. וכ"כ ברבינו יונה ב"ב קיד א דבקנין סודר כיון שלא החזיק בגוף המקח ולא נתן דמים אלא שקנו מידו כדי לקיים המקח דלא יוכל אחד מהם לחזור בו, נתנו חכמים שהות בדבר שחתיש דעתו ותגמר בהסכמתו, ובכסף כיון שנתן דמי הקרקע גמר המוכר והקנה, וכן בשטר כיון שיש שם עדי חתימה או עדי מסירה (ועיי' רמב"ן ב"ב שם דלא כר"ת בספר הישר דס"ל דאף בשאר דרכי הקניה חוזר כל זמן שעסוקים באותו ענין). וגם בשאר דרכי הקנייה כתב בקלוה"ח ס"ק ז עפ"י רא"ש ב"ב פ"ח סי' ה וטור שם דבתוך כדי דבור יכול לחזור בו. והט"ז אבהע"ז סי' לח ס"ק ב כתב דאינו חוזר אפילו בתכ"ד.

מבואר דשטר הוא כמו כסף דלכו"ע אינו יכול לחזור בו לאחר כ"ד.

ומבחינה חוקית, מכירה ללא תמורה, לפי חוק המתנה התשכ"ח-1968 סעי' 5(ב) "כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מלצו בהסתמך על ההתחייבות, ראשי הנותן לחזור בו ממנה". אך זה רק אם לא נגמרה

מסירת המתנה למקבל, אלא שהנותן התחייב ליתן וחוזר בו, אבל אם נסתיימה מסירת המתנה למקבל, כגון מקרקעין שנרשמו על שמו בטאבו, אין ממנה חזרה (גם לא עפ"י סעי' 5(ב)ג) לחוק המתנה, ראה דברי הכנסת כרך 44 עמ' 25 מדברי שר המשפטים שהגיש את החוק לאישור, שאמר שעפ"י נוסח החוק, אם המתנה הושלמה, משמע דבר המתנה הגיע לידי של מקבל המתנה, אי אפשר לו לנותן לחזור בו, אלא במקום שיש אומדנא דמוכח. וראה ע"א 350196).

ומה שחתמה הבת והאב על תלחיר ביטול המתנה שנתנה לאב, שמועיל לפי חוקי מס שבח לבטל את המתנה, כיון שאין זה נוסח של הקנאה חוזרת, אינו יכול להועיל מצד ההלכה, כיון שאחר מעשה אי אפשר לחזור בו.

אך יתכן לומר בזה עפ"י חידושו של האו"ש גירושין פ"י הי"ט במגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי, דמועיל בתורת קנין אישות כיון "דמתחרט על הגט", וה"ה בנידון דידן, כוונתם של נותן המתנה ומקבל המתנה להקנות בחזרה לנותן כיון דמתחרטים על המתנה (ועי' ברכת שמואל קדושין סי' א אות א דצקדושין צעינן דעת לעשות קנין כמו בשאר קנינים דצעינן דעת וכוונת קנין, אלא דצקדושין נוסף דין כוונת הבעל מדין קיחה, עיי"ש). והדיין הגאון רבי מרדכי אייכלר שליט"א העיר דשאני לנה עמו בפונדקי שהיה מעשה קנין של אישות אלא שחשבו שזה מועיל לבטל הגירושין, משא"כ בנידון דידן לא היה מעשה קנין, דהתלחיר אינו מועיל בתורת שטר. ע"כ מהגרמ"א שליט"א.

ועוד אפשר לומר שאע"פ שבתלחיר החזרה לא כתוב לשון הקנאה רק ביטול המתנה מעיקרא, ועוד כתוב שם שהבעלות חוזרת לבת, לא גרע משטר ראייה שכתוב לשון "מכרתי ונתתי" שפסק בשו"ע סי' קלא סעי' ג וסי' רמה סעי' א עפ"י דעת העיטור ריש מאמר ג אגב, דשטרי דידן שטרי קנין הם, והכותב בשטר נתתי שדה לפלוני ולפלוני הרי זה זוכה בה כשיגיע השטר לידו כאילו כתוב בהן שדי מכורה לך, וזה עפ"י גמ' ב"ב נא א. ועי' בחי' רעק"א לשו"ע סי' קלא שם (ורזא דשבתי ב"ב עמ' שלב טור ב) שהביא את הפוסקים שפסקו כן להלכה. והגרמ"א שליט"א העיר עפ"י ערוך השלחן סי' קלא סעי' ה דשטר ראייה מועיל לקנין רק אם היה בו משמעות של קנין, אבל בנידון דידן אין משמעות כזו בתלחיר. ע"כ.

ג. בגמ' ב"ב מ ב אמרי נהרדעא כל מודעא דלא כתב בה חן ידעינן באונסא דפלניא לאו מודעא היא, מודעא דמאי, אי דגיטא ומתנתא גילוי מילתא בעלמא היא. ופסק הרמב"ם זכיה פ"ה ה"ד ושו"ע סי' רה סעי' ו דצמתנה או בצמילה אם מסר מודעא קודם אע"פ שאינו אנוס הרי המתנה בטילה, שאין הולכים צמתנה אלא אחר גלוי דעת הנותן, שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה, והמחילה מתנה היא. ע"כ. וכתב בקלוה"ח שם ס"ק ה שכן דעת הרשב"א והרא"ש ב"ב שם דאפילו ידוע שאינו אנוס נמי מהני המודעא, משום דלא גרע מביטול וסגי בלא אונס כלל, ומפרשי הא דפריך אי דגיטא ומתנתא גילוי מילתא בעלמא, היינו מה דגלי אדעתיה שאינו רוצה בקיומו של גט ומתנה. אבל הרשב"ם והרמב"ן שם פירשו דהא דפריך גילוי מילתא היינו על האונס, ולפי"ז היכא דידוע שלא נאנס וליכא עדים שיעידו

בע"פ אלא מה שכתב מודעה בעדים, כל כה"ג פסול משום מפיהם ולא מפי כתבם, עיי"ש. ועיי' שעורי הגרש"ש ז"צ סי' כז, ומהדי' מוסד הרב קוק עמ' קיג: ענין המודעה הוא פעולה שפועלת לעקור ולסתור המעשים שלאחר כך, ובמתנה לריך גמירות דעת יותר מפני שהוא חסרון לעלמו. עיי"ש (ועיי' "רווחא שמעתא" על שטרות עמ' מא דשטר מודעה מועיל לבטל מעשה המכירה או המתנה, ולא בתורת הפקעה על עיקר המעשה, אלא בתורת זכות ממון לבטל הקנין. ועיי' "ברכת אברהם" ז"צ מה).

וכתב בכסף הקדשים שם סעי' ב דמסירת מודעה במתנה אולי מועיל גם בע"א, כיון שעכ"פ גילה דעתו וע"א מסייעו ופוטרו משבועה, וחזירו הרי אין לו טענת צרי כלל שלא היה גלוי דעת קודם.

ובנידון זה שלפני שהבנים רשמו בטאבו את חלקם על שם האב, מסרו מודעה בפני עו"ד שכתב וחתם עליו, שאינם מתכוונים לתת לאב את הקנין פירות, שזה ישאר בצעלותם, הרי לדעת הרמב"ם והשו"ע וכן הרשב"א והרא"ש, גילוי מילתא בעלמא הוא אע"פ שלא היה כאן אונס והמתנה בטילה, שמה שהשאירו לעצמם את הקנין פירות אין לאבא שום שימוש שיכול לעשות בקרקע (ועיי' ברכת שמואל יצמות סי' יט ובספר זכרון אש תמיד עמ' תלד, בשם הגר"ח, בדברי הרשב"ם ז"צ קלו ב דחשיב לכם אפילו אי קנין פירות לאו כקנין הגוף, דלענין ממון שפיר סגי ק"פ). אבל לדעת הרשב"ם והרמב"ן כיון שלא היה כאן אונס לא מועילה המודעה לבטל את המתנה. אלא שזה דוקא אם רישום בטאבו מהווה קנין, ומה שהיה ראש על שם האבא נחשב שקנה את הבית בשטר, אבל אם הרישום בטאבו לצד אינו מהווה קנין, לא היה כאן כלום, שהרי לא היה קנין אחר למתנה זו, ומה שהדירה היתה בשימוש של האבא זה היה גם לפני הרישום בטאבו על שמו.

והנה בגמ' ז"צ קנד ב: זו שנויה במשנת בר קפרא, הרי שהיה אוכל שדה וצא בחזקת שהיא שלו וקרא עליו אחר ערער לומר שלי היא והוליא זה את אונו לומר שמכרתה לי או שנתת לי במתנה וכו' אם אמר שטר פסים הוא זה או שטר אמנה וכו' אם יש עדים הלך אחר עדים ואם לאו הלך אחר השטר. ופירש רשב"ם שטר פסים, שפייסת ממני לכתוב לך שטר מכירה להחזיקך כעשיר לוקח קרקעות. שטר אמנה, האמנתיך למסור לך שטר מכירה קודם שקבלתי הדמים.

ובגמ' כתובות יט א: אמר רב יהודה אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן, דקאמר מאן אי דקאמר ליה, פשיטא, כל כמיניה, ואלא דקאמר מלוה, תבא עליו ברכה וכו'. ובנידון דידן שטוענת הבת שהשטר, היינו הטאבו, הוא שטר אמנה, אינה נאמנת.

ד. פסק הרמ"א בשו"ע סי' נח סעי' ב עפ"י הרמב"ן ז"ב, דבפני ע"א לא אמרינן דאיתרע שטרא, וביאר בקל"ה"ח שם ס"ק ד דבקרקע דליכא שבועה נגד העד אלא שבועת היסת נגד הבע"ד, בזה אפילו איכא ממילא הכחשה עם העד לא חש לה ואמרינן מיגו, עיי"ש.

ה. כתב הנתה"מ סי' לו ס"ק י: וידוע דבדבר שבדו נאמן בממון אף דחייב לאחריני, כדמוכח בסנהדרין ל ובשו"ע סי' רנה גבי ראיתי איכס שהטמין מעות ואמר של פלוני הוא דנאמן מטעם דבידו, ומשמע

אפילו מונח ברשותיה דיתמי, כמ"ש האו"ת. וכן מוכח בקדושין סד בתוס' ד"ה נאמן לנדריס דהוי כדבר שצידו, ושם מהני הנאמנות אפילו להו"א. וכן מוכח מצעל שאמר גרשתי גופיה דנאמן מטעם צידו, ואילו לא היה נאמן כדבר שצידו בממון דחב לאחרני, גם בגירושין לא היה נאמן מכה גזירה שזה דדבר דבר דיליף מממון דחב לאחרני, ועיקר ילפותא דדבר לענין נאמנות כתיב, וע"כ כדבר שצידו מהני גם בממון דחב לאחרני. והדיין הגרמ"א שליט"א העיר דצנידון דידן הודאת האב היתה אחרי שמכר לב', ואז כבר לא היה צידו. ע"כ.

1. כתב הרא"ש צ"מ פ"ט ס"י לד בשם ר"ת בספר הישר ס"י תרז דלא שייך דינא דבר מלרא צבתים אלא בשדות, דטעמא משום דיכול ליקח במקום אחר, וצבתים אינן מלויין לקנות בכל פעם. ועוד, עשיר לריד הוא לשדות הרבה אבל עשיר שיש לו בית דירה יפה לא יתכן שיסלק הלוקח מצית דירתו והוא יקנה בית להשכירה לאחרים, אין זה הישר והטוב, ועוד חזינן דבהפסק משוניתא וריכצא דדיקלא נסתלק מלרנות, גם צבתים מוצדלים בחומות. ודברים נכונים הם, אלא שלא נהגו כן. וכתב בהג"א: וכבר היה מעשה ודן ה"ר ילחק הלצן כר"ת וכן פסק מהרי"ח, וכן השיב רבינו יהונתן וכו'. ורבינו אבי"ה כתב דצבתים שייך דינא דבר מלרא. וכ"כ המ"מ שכנים פי"ג ה"ד בדעת הרמב"ם, ובסוף פי"ב שם הביא בשם הרשב"א צו"ת ח"ב ס"י קמה, שמה שכתב ר"ת שהצבתים מוצדלים בחומות והם כמו הפסק משוניתא וריכצא דדיקלא, דחה הרשב"א דשן סלע אין עשויה להסתלק וכן רכב דקלים דבר חשוב ואין הצעלים עשויין לעקרן ולאצדן ושדות חלוקין הן לעולם, אבל צבתים דרכן לחצרן צפתחים ולכך הן עשויין. וכתב המ"מ פי"ג שם שכ"כ צעיטור, ומסיק שכן נקטינן בכל מילי אית צהו דינא דבר מלרא לצד ממטלטלי.

ופסק צו"ת ס"י קעה סע"י נג: בכל הקרקעות שבעולם יש דין מלרנות, אבל במטלטלין ועבדים אין דין מלרנות. ומחוצר לקרקע כקרקע ויש צו דין מלרנות. וכתב הרמ"א: ולכן יש דין מלרנות צבתים. וצ"מ"א שם סע"י נא: הצית והעליה של שנים ומכר האחד ביתו למלרן, אין בעל העליה יכול לסלקו, דלא מיקרו שותפים זה לזה רק דינן כמלרנים. ועיי' סמ"ע שם ס"ק לה שכתב צו"ת הרא"ש כלל לו ס"י ג, אבל הצ"י שם חולק וסובר שבעל העליה קודם אף למלרן כיון שהם כשותפין, והסכים עמו הט"ז והש"ך שם. וכ"כ הסמ"ע ס"ק נא. והט"ז צסע"י מז מזכיר דנחשב למלרן, וכ"ש זה שתחתיו. ועיי' פת"ש ס"ק כב בשם הרעק"א שמחלק בין שתי קומות זה על גבי זה דאז נחשב למלרן ואולי גם לשותף בקרקע, כיון שאם יפלו הקומות העליונות יהיו שותפים בקרקע, לבין מחילה שחפר חתת הקרקע שאינו נחשב שותף בחדר שעל גביו, ולכן לא הוי גם מלרן. וראה עוד בפס"ד ירושלים כרך ה עמ' עמ' עז וכרך ח עמ' לו וכרך י עמ' קלא.

על עיקר דינא דבר מלרא אם היא זכות שיש למלרן בשדה הסמוכה לו או שזה רק דין על הלוקח להחזירה למלרן, עיי' חזו"א אבהע"ז ס"י עז אות יג, ועיי' דברי משפט כרך ז עמ' תמצ.

אברהם דוב לוין.

## השאלה לדיון

חתמו הילדים אצל עו"ד על תצהיר מתנה של דירה לאביהם, ונכתב בו: "השטר הזה מעיד שללא תמורה שקיבלו המוכרים מאת הקונה... מעביר בזה המוכר לה"ה הקונה את זכות הקנין במקרקעין המפורטים להלן, ומצהירים בזה שהוא בעל המקרקעין הנזכרים ברשימה". מה תוקפו של תצהיר זה.

## תשובה

הנה מלד מה שכתוב שמעצירים את זכות הקנין במקרקעין, זה ודאי אינו נוסח מכירה, ואינו מקובל עפ"י דין תוה"ק שיהיה לזה משמעות שטר מכירה, כמו שנתבאר בפס"ד ירושלים כרך יא עמ' שכא. אמנם מה שיש לדון, מלד החלק השני הכתוב בתצהיר שהם מודים שהוא בעל המקרקעין, וזה נדון כאודיתא, ומלינו בפוסקים שזה בכלל הלשון של שטרי מכירה.

דאיתא בשו"ע סי' קלא סעי' ג: שטרי דידן שטרי קנין הם, והקרקע נקנה על ידן. ואם כתב לו בפירוש שלא מכר לו בשטר ואינו אלא לראיה בעלמא, אין הקרקע נקנית על ידו (והר"ן פ"ק דקדושין והמגיד פ"א דקדושין ופ"א דמכירה). וכתב הסמ"ע בס"ק ו: שטרי קנין הם. והטעם כיון דזכר בהם ענין מכירה ואע"פ שכתוב בהן לשון עבר מכרתי או נתתי. עכ"ל. ובד"מ הציאו וגם בקרא מלינו לשון עבר במקח שנאמר נתתי כסף השדה קח ממני. עכ"ל.

ובחכמת שלמה על השו"ע שם כתב: נסתפקתי אם הוא דוקא שטר בעדים או אף בכתב ידו מהני, והוא דכהי דקיי"ל דבשטר מהני אם כותב לו שדי מכורה לך ואפיל בלא עדים, כמ"ש לעיל, מיהו י"ל דהיינו דוקא אם כותב לו שבעת הוא מקנה לו, אז מהני אף בכת"י בלי עדים, אבל אם אינו כותב רק שכבר הקנה לו, א"כ י"ל דדוקא בשטר בעדים כיון שאינו יכול לכפור בו עוד, בזה אמרינן כיון שכתב לו שטר ראיה בענין שאינו יכול לכפור בו גמר והקנה לו, ולכך אף שבאמת לא הקנה לו מכבר, אכן סהדי שגמר והקנה לו, אבל אם כתב לו בכתב ידו בלי עדים י"ל דלא גמר והקנה, כיון דיודע שבלא"ה יכול לכפור בו ולומר לא כתבתיו וכדי לא גמר והקנה בזה, ואף אם אח"כ נתקיים כת"י מ"מ כיון דיכול להיות שסמך מתחילה על מה שאח"כ אפשר להשמט לא גמר ומקנה. ובפרט די"ל כיון דיכול להיות שנתכוין להשטאה ולהשבעה, לכך דוקא אם כתבו בעדים או מכרו בעדים מהני, דאכן סהדי כיון דעשה בפני עדים לא נתכוין להשטאה וגמר והקנה. ולדינא ל"ע עכ"ל.

והנה ספק החכמת שלמה יתבאר ביותר עפ"י מה דאיתא בשו"ע סי' רמה סעי' א ובפת"ש שם, וז"ל המחבר: הכותב בשטר נתתי שדה פלונית לפלוני או שכתב נתתיה לו, או הרי היא שלו, הרי זה זוכה בה כשיגיע השטר לידו (אבל בדבורא בעלמא לא קני אח"כ קנו מידו (טור בשם הרמ"ה). והא דאמרינן דלא

קנה היינו שרוצה ליתן עכשיו בלשונות אלו, אבל אם אמר נתתי בלשון הודאה, י"א דקנה (ר"ן פ' המקבל) (ועיי' לעיל סי' ס' ע"ד).

ובפתי"ש שם ס"ק א' כתב: עיי' בתשו' הרב מוהר"ר משה רוטנברג בשו"ת שאל ונסאל ח"צ חו"מ סי' ה' שעמד על דברי הרמ"א ז"ל, שכאן כתב י"א דקנה, ובסי' ס' ע"ד ו, על מש"כ המחבר שטר שכתוב בו מחמת שנתתי וכו' וטען שלא היה ברשותו וכו', כתב הרמ"א: מיהו כל זה לפצרת הרי"ף אבל רבים תולקים על זה, וס"ל דכל האומר נתתי לפלוני כך וכך, הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ובסי' קלא ע"ד ג' כתב המחבר שטרי דידן שטרי קנין הם, פירש בסמ"ע אף דכתב מכרתי ונתתי לשון עבר מ"מ מקנה עכשיו, והרמ"א לא הגיה שם כלום דלדעת החולקים הוי לשון הודאה ושטר ראיה הוא כל זמן דלא ידעינן שמקנה עכשיו, וכתב דמדברי קדשו ומהשינויים הנמלאים בדבריו, נראה לענ"ד צרור דאף החולקים על הר"ן בלשון נתתי לא דס"ל דלשון נתתי אינו לשון הודאה אלא דס"ל דמשמע לשון הודאה, וכן משמע לשון קנין משום דמליטו בקרא נתתי כסף השדה, וכלל גדול אמרו דדין: המוליא מחזירו עליו הראיה, אך כל זה בטענות בע"פ אבל כשמוציא שטר על חזירו אף דאמרינן בו ג"כ בכל לשון מסופק הממע"ה, אבל היכא דנתבטל השטר לגמרי אמרינן יד בעל השטר על העליונה, כמבואר בשו"ע סי' מז ע"ד ט. וזוה עולין פסקי הרמ"א כהוגן, דבסי' ס' דאייירי בשטר ואי נימא דלא הוי לשון הודאה יתבטל השטר לגמרי כיון שזה טוען שלא היה ברשותו, אמרינן דהוי לשון הודאה, ובסי' רמה דמיירי דאמר לשון נתתי בדיבורא בעלמא, דבע"פ לא שייך לומר דהיכא דנתבטל הענין יד המוליא על העליונה, כתב הרמ"א לשון י"א והיינו דעת הר"ן, ובסי' קלא דאדרבא אי נימא דהוא שון הודאה יתבטל השטר, כיון דאנו יודעים דלא הקנה לו מקודם אלא עתה רוצה להקנותו, אמרינן יד בעל השטר על העליונה, ושטרי קנין הם. עכ"ל.

לפי"ז יתבאר ביותר מה שיש להסתפק בדין שטר של כתב ידו, דהא מה שכתב הרמ"א דדיינינן לשטרי דידן כשטר, היינו משום דאי לאו הכי יתבטל השטר לגמרי, לכן אמרינן יד בעל השטר על העליונה, מיהו בשטר של כת"י מי יימר דאמרינן ביה שכדי שלא יתבטל השטר נימא דהוי לשון מכירה.

ולדינא, אם אמנם החכמת שלמה נשאר בזה בל"ע, אכן בשו"ת בית שלמה או"ח סי' עב כתב להדיא דשטר כת"י שכתוב בו אודיתא נחשב כשטר גמור בעדים. וז"ל: דלא קאמר הקוה"ה [דאודיתא הוי דוקא בפני עדים] רק באודיתא בע"פ, אבל כאן שחתמו את עצמו על הודאה זו, ודאי מועיל, דכת"י לענין קנין בשטר כעדים דמי. עכ"ל. וכ"כ בתשובה סי' סה. ושם בהשלמות הביא שדבריו הובאו להלכה בשו"ת חלקת יעקב או"ח סי' קלז, וסיים כידוע דרב גוצריה בהוראה.

והעולה לדינא דאין לדחות את התלהיר, דאף דהחכמת שלמה מסתפק, מיהו הבית שלמה ס"ל דהוי שטר גמור וומה שביאר העו"ד של העיסקה שכוונת התלהיר לומר "שהוא בעל המקרקעין" מתייחס לטותנים ולא למקבל, דותה בית הדין פרשנות זו, ומשום כך דחה בית הדין את טענת הטוען של הבת שלפי העטרת חכמים מועיל הביטול צמם רכוש מדין סיטומתא המבטלת קנין סיטומתא, כי השטר מכר הועיל מן הדין).

ועוד נראה, דמכיון שהבת לא השתתפה עם האחים בחתימת התלהיר אלל העו"ד על מסירת מודעה צטרם חתמו על מתנה חוזרת לאבא, ולא גילתה דעתה שזה רק לפניו וטחנת רק הקרן ולא פירות, זה מראה שהיא נתנה מתנה אמיתית וגמורה, מכיון שזה שטר מכר מהבת לאב, ולא רק העברה בטאבו, וגם



המכר בטאצו זה מראה שזו מתנה, ואח"כ יש רק ציטול המתנה מעיקרה, ולהלכה לא מועיל ציטול, ולכן האצ היה ראוי למכור, והמכירה של האצא קיימת וזית הדין אינו מתייחס בפסק הדין כלל לחלק של הצניס).

מרדכי אייכלר.

2

עיי ערך שי פי עג סעי' יד צראצון שהלוח בגרונדצוק חלירו ע"ש שמעון, ומכר שמעון החלר אחר מות ראוצן ללוי והעלוהו בגרונדצוק ע"ש לוי, ועתה מצררים יורשי ראוצן שלא העלה ראוצן החלר ע"ש שמעון רק להצרה, ודינא דמלכותא נחלט החלר ללוי ויתצעו היורשים לשמעון. ומאריך אי דינא דמלכותא דינא וצחתי"ם דהוי ספיקא דדינא וגוף הקרקע שייך ליורשי ראוצן רק אי אפשר להכריח יורשי לוי לחזור לכתוב החלר ליורשי ראוצן, יעוי"ש. וכיון דלא היה כאן שום קנין אחר רק זה שרשמו בטאצו, נחלקו הראשונים בצטר שנכתב צערכאות אס מועיל. וכתב הרמב"ם מלוה ולוה פכ"ז ה"א: וכן שטרי הודאות ומתנות ופשרות ומחילות שהן צעדים שלהם אע"פ שיש בהם כל הדברים שמנינו הרי הן כחרס. וכתב צמ"מ שם שדעת רוב הגאונים ורבינו לפסוק כלשון אחרון שכל שהשטר הוא שטר הקנאה אינו מועיל כלל, ולדעתם אע"ג דקיי"ל דינא דמלכותא דינא, הני מילי בדברים שתועלת למלך, אבל בדברים שבין אדם לחצירו אינו דין, יעוי"ש. ולבר זה, רבים דס"ל דכאן צארץ ישראל לא שייך דינא דמלכותא. וצתשובות חת"ם חו"מ סי' קמב בצעל שנתן בית לאשתו והעלה צערכאות על שמה, דחלילה לומר צכה"ג דד"ד נגד דת תוה"ק, דא"כ צטלת כל דיני התורה. ומה שכתב השואל דכיון דהצעל כתב צדיניהם סמך עליהם, דחה חת"ם דלא כתב הש"ך אלא לענין שיהיה תוקף לשטר ומגצינן ביה, וצהכי מיירי צפי"ס סח, אבל להפך דצרי אחי לדון צשטר ההוא צדיני פלילים, ר"ל, יעוי"ש. ועיי שו"ת אור יעקב סי' נג מש"כ צדעת החת"ם.

וי"ל דמה שכתבו צפוסקי זמנינו כפי שהציא כצ' הגאצ"ד שליט"א מהגרי"ש אלישיב ז"ל דהחזוה צלא העצרה בטאצו אינה גומרת הקנין והוי רק כצעלות ציושר, זה רק כשעשו קנין גמור עיי כסף או שטר ולא העצירו צטאצו כיון דלפי חוקיהם אינה נחצבת כהעצרת צעלות, אך מאן יימר דצאופן שלא עשו שום קנין עפ"י תורה, ורק העצרת שמות צעלים צטאצו דיהא נחצב ממש כקנין גמור עפ"י דיננו, ולא גרע משטרות הנעשים צערכאות דאס זה שטר קנין להרצה פוסקים לא חל הקנין.

מה גס שעפ"י לשון החוק היצש יכול נתן המתנה לחזור צו כל זמן שלא נעשה שינוי צנכס, ורק עפ"י פרשנות של אופטים ושל שר צממשלה מדצר הסעיף הזה רק כל עוד לא נמסרה המתנה למקבל, וידוע דצרי הדצרי חיים צשו"ת חו"מ ח"צ סי' כצ שאין דד"ד צרור והאדוויקאהטין כל אחד אומר פירוש אחר וצריך אומן צקי צזה לא להוליא קרקע מיד מוחזק אשר זה דצר קשה צדעת תורה הקדושה, עיי"ש וכן צפי"ס כו ומה. ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא, ושפיר יכול המוחזק קמא לומר קיס לי דאין דינא דמלכותא דינא, והמכר (ללא תמורה) לא חל כלל, וגס מה שכתבו מודעא על העצרה צטאצו צכדי לפטור ממיסים. עוד יש לדון כיון שיש כאן רגלים לדצר שלא היה כאן מתנה גמורה, שהרי שנים מנותני המתנה הלהירו צפני עו"ד שכוונתם רק לפטור ממיסים, ומסתבר שגס חלק הצת היה על דרך זה. וכתב צערוך השלחן

סי' סב סעי' ו: כבר ביארנו שבזמנינו אין שום ראייה מה שנכתבו הקרקעות ע"ש האשה ואפילו נתקיים בערכאות מפני שהרבה עושים כן מפני איזה טעמים שיש להם ואין כוונתם להקנות להם, לכן נריכים הדיינים להיות מתון בזה מאד מאד. ע"כ. ועי' פס"ד ירושלים כרך ח עמ' קיג. ומה גם שהמוכר גם מסכים שהיה כאן מצרחת. לפיכך אע"פ שכתבו בטאבו ע"ש האבא אין המקח תל כלל.

וגם על חלק הבת שלא מסרה מודעא, מ"מ יש אישור ממם שבה שלפי דיניהם שפיר מועיל בזה לבטל את המקח מעיקרא. ואי אזלינן בתר דיניהם לקיים המתנה, הרי לפי דינם יכולים לבטל המכירה מעיקרא (עוד זאת ראה מש"כ ז"ל ארשבסקי ז"דיני משפחה" מהד' ד' עמ' 150 שאם יוכח שהרישום נעשה בלי כוונה להעביר בעלות, לא יהיה בזה שום העברת בעלות).

וגם בנוגע לחלק שני הבנים הרי כתבו במוזהר שטר מודעא, ואיני יודע איזה סברא יש שלא לומר שאין המכירה שמכרו להאב בטל ומבוטל, ומכח השבת אבידה יש לנו לדון בזה אף שאמרו שמקובל עליהם במה שפסקו הדיי"ד זצ"ל. ואף שיכולים בע"ד לקבל פס"ד של דיינים מ"מ זה רק שמקבלים על עצמם שמה שפסקו הדיינים אפילו שזה טעות או עכ"פ אינו עפ"י ד"ת. אך בודאי שאי אפשר לומר שקבלו עליהם שהמכר שמכרו לאביהם חל מהרגע הראשון, וממילא בניד"ד שבינתיים מכר האב הנכב שלמעשה לא היה שלו, לא היה לו כח למוכרו.

המורס מכל הנ"ל שהרישום בטאבו מהבנים אל האב אין לזה תוקף הלכתי, וממילא מכירת האב לאחר אין בה ממש שלא הייתה לו זכות לכך, ועכ"פ אפילו אם יש ספק בדבר הרי בקנינים אזלינן בתר מרא קמא.

נפתלי צבי מרמורשטיין.