

שער שביעי

חקרי הלכה: מן התלמודים לפוסקים



## בדין מבריה נכסיו מפני בעל חובו

שלמה משה עמאר\*

בעה"ת"ש.

מאמר זה בנוי סביב פסקו של הגאון רבי אברהם חי שאקי ז"ל שהיה אב"ד בצפת, וחיבר ספר שו"ת שער הקדים, שיצא לאור ע"י נכדו פרופסור הר"ר אבנר חי שאקי הי"ו, ולרגל הוצאת ספר זה, כתבתי את המאמר הנזכר. ויהי רצון שיהיה לזכות ר' אבנר חי שאקי ה' ירפאהו רפואה שלמה ויארץ ימיו ושניו בטוב ובנעימים. עוד ינובון בשיבה דשנים ורעננים יהיו אמן, שמ"ע.

(א) אדם שנתן ביתו או שדהו במתנה לאחר, כדי למנוע פרעון החוב שהוא חייב לפלוני, האם רשאי בעל חובו לגבות מאותו בית, ואם יש לחלק בין מלוה בשטר למלוה בע"פ. וכן יש לדון במי שנתן מתנה גמורה ואמיתית, ומטרתו היא להבריח מפני בעל חובו.

והנה דינא דמברחת ידוע ומפורסם, כדאמר שמואל<sup>1</sup> מורה הוראה אני, אם יבא שטר מברחת לידי אקרענו. וכ"פ הפוסקים. וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכות זכיה ומתנה<sup>2</sup> וז"ל, הרוצה להנשא, וכתבה כל נכסיה בין לבנה בין לאחר, ואח"כ נשאת, ונתגרשה או מת בעלה, המתנה בטלה. שזו מברחת היא ולא כתבה לו כל נכסיה אלא להבריח מבעלה שלא יירשנה. וכשתהיה צריכה להן יחזרו לה. לפיכך אם מתה היא בחיי בעלה, קנה המקבל מתנה את הכל. ואם שיירה כלום אפילו מטלטלים המתנה קיימת ואעפ"י שנתגרשה אינה חוזרת. עכ"ל.

וכתב הרב המגיד ז"ל שם<sup>3</sup> דסוגיא זו הובאה גם בב"ב<sup>4</sup> והרב אבן מיגאש ז"ל הכריח שם דאפי' לא אמרה לעדים דבר, אלא נתנה מתנה סתם ואח"כ נשאת קרויה מברחת. עו"כ שהרשב"א<sup>5</sup> ז"ל שם הוכיח דגם בעודה תחת בעלה יכולה לחזור בה מהמתנה.

\* הראשון לציון, הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין הרבני הגדול בירושלים.

1 מסכת כתובות עט ע"א.

2 משנה תורה לרמב"ם ספר קניין, הלכות זכיה ומתנה פ"ו הי"ב.

3 משנה תורה לרמב"ם ספר קניין, הלכות זכיה ומתנה פ"ו הי"ב.

4 מסכת בבא בבתרא קנ ע"ב וקנא ע"א.

5 מסכת בבא בבתרא קנ ע"ב וקנא ע"א.

דאי לאו הכי איך מקשה הגמ' שם, ואי לא קנינהו לוקח (מקבל המתנה) ליקנינהו בעל, ואי כל זמן שעומדת תחת בעלה מתנתה קיימת, איך ס"ד דיקנה הבעל, ותירצו, דעשאום כנכסים שאינם ידועים לבעל, ודקדק מזה ר"ת ז"ל דרק במברחת אמרי' הכי, אבל המבריח נכסיו מחמת שרוצה ללוות או לישא אשה, ואינו רוצה שישתעבדו נכסיו להם, קנה לוקח שהרי א"א שלא יקנה לוקח, ולא ישתעבדו לבעל חוב של נותן. עכ"ל.  
 והנה בש"ע ח"מ<sup>6</sup> כתב מרן ז"ל, החייב לחברו ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו לא תועיל ערמתו, ויגבה בעל חוב חובו, ואפילו היא מלוה ע"פ, ממקבל המתנה, וישבע מקבל המתנה על דעת ב"ד בלא ערמה ומרמה כמה קבל מתנה מראובן, ויגבו ב"ד לבעל החוב חובו, מכל מה שקבל מראובן, אבל אם הרויח כלום בסחורה או ברכיית באותה מתנה אין ב"ד מגבין לו מהרויח, וכו'. וכתב הרמ"א ז"ל בהגה, מיהו אם נראה לב"ד שלא כווננו לערמה, רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"ג שהיתה כונתו להבריח. (ב"י בשם הרשב"א ותוספות ואשירי ומרדכי פ' האשה שנפלו). עכ"ל.

(ב) וז"ל הטור שם<sup>7</sup> שאלה לא"א הרא"ש ז"ל, ששאלת ראובן שהיה חייב לשמעון מלוה ע"פ, ונתן כל אשר לו ללוי להפקיע חוב שמעון, תשובה נ"ל בזה דאזלינן בתר אומדנא דמוכח, וצלל במים אדירים והעלה חרס בידו, ואין לך אומדנא גדולה מזו, שיתן כל אשר לו לאחרים ויחזור על הפתחים אלא נתכוין להערים להפקיע מלוה שמעון, ולא תפק זממו ולא תועיל ערמתו, ויגבה בע"ח מלוי שמקבל המתנה. עכ"ל.  
 ובב"י שם כתב משם הרשב"א ז"ל, שאם כתב כל נכסיו לאחרים ולא שייר כלום יש לו דין מבריח, ואין מתנתו מתנה גמורה ויכול לחזור בו. אבל אם שייר קצת נכסים מתנתו מתנה גמורה ואינו יכול לחזור בו, אא"כ התנה בפירוש שיכול לחזור בו כל זמן שירצה, ומ"מ לא נשתעבדו נכסים למלוה שהרי הבריחם ממנו וקנאם בעל המתנה, עד שיחזור בו הנותן. אבל אם בשעת המתנה אמר הנותן לעדים שמתנה זו אינה מתנה כלל ואינו עושה אלא להערים בלבד אין זו מתנה כלל, ושטרא דעולה קרינן, וזה קרוי שטר אמנה או שטר פסים. ואמרו בפ"ב דכתובות<sup>8</sup> שאם העדים אומרים כן אינם נאמנים אפי' אין כתב ידם יוצא ממקום אחר, אבל אם עדים אחרים אמרו בשעת הקנאה אמר לנו שאינו עושה כן אלא לאמנה בעלמא נאמנים, ובלבד שאין כתי"י של עדים החתומים בשטר יוצא ממקום אחר. עכ"ל.

והנה מדברי הרא"ש ז"ל בתשו' הנ"ל עולה דרק משום שנתן כל נכסיו ולא שייר לעצמו כלום, הוא דלא מהני ערמתו דאומדנא דמוכח שלא יתן לאחרים ויחזור על הפתחים, דבזה בודאי הוא שלא התכוין לתת לאחרים, אלא כונתו אך ורק להפקיע מבעל חובו, ובאמת אינו נותן כלום לאחרים, וע"כ הבע"ח גובה מאותם נכסים, כי באמת הם עדיין של ראובן, כי אין כאן מתנה רק מרמה. אבל אם שייר קצת לעצמו

6 שולחן ערוך חושן משפט, סימן צט סעיף ו.

7 טור חושן משפט, סימן צט (מחודש י"ד).

8 מסכת כתובות יט ע"ב.

דבזה אין אומדנא דמוכח שלא נותן ללוי, אעפ"י שעשה את זה כדי להברית מהבע"ח, אין הבע"ח גובה מהם, וכמ"ש הר"ב בהגה הנז'. וכן מבואר למעשה בדברי הרשב"א ז"ל שבב"י הנז', שכתב, אבל אם שייר קצת נכסים מתנתו מתנה גמורה וא"י לחזור בו, ועוד הוסיף וכתב, אא"כ התנה שיכול לחזור בו כל זמן שירצה, ומ"מ לא נשתעבדו נכסים ללוה שהרי הבריתם ממנו וקנאם בעל המתנה עד שיחזור בו הנותן. וכנ"ל. ולפ"ז מ"ש הרמ"א ז"ל הוא מבואר גם ברשב"א וגם ברא"ש ז"ל.

(ג) ומיהו בדברי הרשב"א ז"ל יש מקום לומר דאיירי במי שנתן המתנה לפני שלוה, שהרי כתב בתו"ד, ומ"מ לא נשתעבדו נכסים למלוה שהרי הבריתם ממנו וקנאם בעל המתנה עד שיחזור בו הנותן. עכ"ל. וי"ל דרק בכה"ג שעדיין לא לוו בשעה שנתן המתנה, אבל אם קדמה ההלוואה, כבר נשתעבדו נכסים אלו להלוואה, ותו לא שיין לומר על זה, שלא נשתעבדו נכסים ללוה שהרי הבריתם, כי כבר נשתעבדו עוד לפני כן, ולא מצי לסלק לשיעבודיה של זה במעשה כזה של מרמה וערמה. ועדיין צ"ע בזה, דאפשר דרק במלוה בשטר הוא דמשתעבדים לו הנכסים, וע"כ גם אם מכרם מכירה גמורה או נתנם במתנה גמורה, הבע"ח טורף מיד הלקוחות, אבל במלוה ע"פ דלא טריף ממשעבדי, אפשר דגם בכה"ג לא משתעבדים לו הנכסים. וצ"ע.

והרא"ש ז"ל בתשובה הנז', דיבר במפורש בראובן שהיה חייב כבר, מקודם ואח"כ נתן במתנה את כל אשר לו ללוי, ומשמע דאם לא היה נותן רק מקצת ומשייר מקצת דבזה המתנה מתנה, אעפ"י שהתכוין להברית, אין הבע"ח גובה מזה. ולכאורה זהו שכתב מור"ם ז"ל שם<sup>9</sup> (בהג"ה לסעיף ו) שאם נראה לב"ד שאין כונתו למרמה רק למתנה גמורה, קנה המקבל אע"ג שהיתה כונתו להברית. עכ"ל.

והלם ראיתי להגאון קצות החשן שם<sup>10</sup> (אות ח) שכתב לבאר דברי הרמ"א ז"ל, דהיכא דנותן כל אשר לו אין המתנה רק להערמה והברחה ושישאר ביד הנותן, בזה לא יצאה מרשותו כלל ואפי' מלוה ע"פ גובה ממנו, דעדיין היא ברשות הנותן. אבל כשנותן לקרובו מתנה גמורה ולא משום דארצי קמיה המקבל, רק נותן לו כדי שהבע"ח לא יגבה, אבל נתנה לבנו או לקרובו מתנה גמורה, בזה אין הב"ח גובה, אע"ג שכונתו להברית, אפ"ה מתנה היא למקבל ויצאה מרשות נותן, ואין הב"ח גובה וכו'. עכ"ל בקיצור מעט. וע"ש.

ובנתיבות שם<sup>11</sup> (ביאורים אות ו) כתב ולכאורה הלשון תמוה, דאם לא כיוון לערמה האיך היתה כונתו להברית, ונראה פ"י דכל שטר מברחת הוא שיהיה בידו רשות לחזור בו, וזה נראה שהוא רק להערמה בעלמא, אבל אם היתה כונתו למתנה גמורה שלא יהיה יכול לחזור בו כגון שכתוב בו מתנה חלוטה, מתנה עולמית, דאז הוי מתנה גמורה כמ"ש הר"ן בכתובות שם, אע"ג דנותן המתנה רק כדי שהב"ח לא יגבה ממנו, שידוע שאם לא

9 שולחן ערוך חושן משפט, סימן צט.

10 שולחן ערוך חושן משפט, סימן צט סעיף ו.

11 שולחן ערוך חושן משפט, סימן צט סעיף ו.

היה חייב לאחרים לא היה נותן מתנה זו, מ"מ כיון שאין רשות לחזור ממתנה זו, יצא מרשות הנותן וקונה המקבל ולא הב"ח, ודוקא כשרשות ביד הנותן לחזור קנה הב"ח מטעם שכתב הרא"ש בכתובות, דכיון שיכול לחזור בו לא יצא מרשות הנותן, משא"כ הכא. עכ"ל, ועייין בקצה"ח שם שהשיגו בענין זה.

הכלל העולה דכל שהמתנה היא קיימת וזכה המקבל באותם נכסים, אעפ"י שזה נעשה כדי להבריח מהב"ח אין הב"ח יכול לגבות מהם, ודין מברחת הוא שלא נתנה המתנה באמת, דהואיל והנכסי עדיין ברשות הנותן, הב"ח גובה מהם.

וראיתי בערוך השלחן<sup>12</sup> שהביא לדברי הרמ"א ז"ל הנ"ל, אך הוא פירש בדבריו ז"ל דזה רק אם קדמה המתנה לחוב, וז"ל, דכיון דקדמה המתנה להלוואה ונתנם במתנה גמורה, הרי לא היו לו נכסים בעת ההלוואה. ואם קדמה ההלוואה למתנה גם בכה"ג בטלה המתנה, אף שנתכוין למתנה גמורה, מ"מ כיון שכונתו היתה להפקיע החוב, אין ביכולתו, שכבר נשתעבדו נכסיו לבעל חובו משעת ההלוואה, והוי מזיק שעבודו של חברו דגרע מדינא דגרמי, [עייין תוס' גיטין מא ע"א ד"ה מזיק, ובהה"מ פ"ז מחור"מ, ודברי רמ"א שבסעיף ו צ"ל בסעיף ז, וכ"מ מתוס' כתובות עט ע"א ד"ה ועשאום ומהש"ס שם ודו"ק]. עכ"ל.

והנה זה מתאים עם מ"ש לעיל לדקדק מדברי הרשב"א ז"ל, אלא דלכאורה לא משמע כן מפשיטות דברי הרמ"א ז"ל, אלא שהוא ז"ל, כתב דהגהת הרמ"א צריכה להיות בסעיף ז, וכונתו פשוטה דבסעיף ו' מיירי שקדם החוב ואח"כ נתן המתנה, וכמ"ש בתחילת סעיף ו, החייב לחבירו ונתן כל אשר לו וכו', אבל בסעיף ז, כתוב, הכותב כל נכסיו לאחר ואח"כ לזה מאחרים וכו'. ואם כדבריו דדברי מור"ם ז"ל קאי על ס"ז, נמצא דרק בזה שקדמה המתנה לחוב, הוא דאמרינן דאם נתן באמת, אעפ"י שלא נתן אלא בשביל להבריח מבעלי חובות, מ"מ כיון שקדם ונתן הנתינה היא אמיתית, אין לבע"ח שעבוד על מתנה זו ולא מצי גבי מינה, אך לא ביאר לנו מאין לקח דבר זה, דבכל הספרים ההגה הזו נמצאת בסעיף ו. וצ"ע. ועוד דאם קדמה המתנה, ואח"כ לזה מאחרים, פשיטא דאין הלוה גובה מזה, ומאי קמ"ל. ועוד חזון למועד אי"ה.

(ד) ובהיותי בזה ראיתי בשו"ת שער הקדים<sup>13</sup> שדן בראובן ששלח סחורה מעירו לעיר אחרת לשמעון שימכור אותה ויקח שכר טרחתו אחוז מסוים, ושמעון מכר והתעסק בכסף עם גוי אחד עד שנתאכלו המעות, ולא נשאר לו אלא בית א' עם המטלטלין, ובעל הסחורה המתין זמן רב, ולא קיבל מאומה, ובסוף נסע אליו לעירו, ותבעו בב"ד וחייבו לשמעון למכור הבית והמטלטלין ולפרוע החוב של ראובן, והיה משתמט, עד שבסוף התלונן עליו אצל המושל ואסרו את שמעון בבית האסורים, ואח"כ אמר שימשכן את

12 ערוך השולחן, סימן צט אות ד באמצע ד"ה.

13 שו"ת שער הקדים, רבי אברהם חי שאקי סימן א.

הבית ע"ש ראובן, ואחר זמן הוציא שטר מתנה מהערכאות שנתן הבית במתנה לאשתו ובניו. ושאלו להרב המחבר ז"ל אם אהנו מעשיו בנתינת המתנה להפקיע את הבע"ח מחובו, או לא.

ובתשובתו כתב שמהדברים עולה ששמעון תמיד היה מערים על ראובן והחליף את משכורתו עשרת מונים, ונמשך הדבר כמה שנים ע"ש באורך, שמכל זה נראה שהיה שמעון מתכוין להערים כדי להפקיע החוב. וע"כ צ"ל דלא אהנו מעשיו דשטר המתנה הו"ל שטר הברחה וקרעינן ליה, כמ"ש בכתובות<sup>14</sup> והגם דהתוס' שם כתבו בשם ר"ת דלגבי בע"ח לא מקרי שטר מברחת, אלא ס"ל דלמתנה גמורה איכוין, וכ"כ משמו הרב המגיד ז"ל<sup>15</sup>, הרי הרא"ש ז"ל דחה דעת ר"ת, וס"ל דגם מבריה נכסיו מבע"ח לא קנאן מקבל המתנה, והם משועבדים לבע"ח. וכתב שכן פירש הרמ"ה וגדולי הארץ, וע"כ פסק הרא"ש ז"ל בתשובותיו (כלל עח) בכמה נידונים שרצה החייב להבריח נכסיו מהבעל חוב, דלא מהני מעשיו, והבע"ח גובה מהם, ושכ"כ מהר"ם ז"ל, והוב"ד בטור ח"מ<sup>16</sup> ופסקם מרן ז"ל שם ס"ו וס"ז, וא"כ ה"ה בנ"ד דיכול ראובן לגבות חובו מאותה מתנה.

ואולם שבתי וראיתי דליתא, דכיון שנתן רק הבית ושייר לעצמו המטלטלין אין בזה דין דשטר מברחת, דהטעם שם משום אומדן שהאדם לא יתן כל מה שיש לו ולא ישייר לעצמו כלום, אבל אם שייר לעצמו אפי' קצת, מתנתו מתנה, דכיון דשייר תו ליכא אומדן לומר שהוא מתכוין להערים ולהבריח נכסיו שלא כדין.

(ה) עו"כ שם בשו"ת שער הקדים<sup>17</sup> דאין הוכחה שרימה אותו, דאפשר דאמת שרצה למכור הבית ולפרוע חובו, והיה מבקש ולא מצא עד שאמר לראובן שיגבה אותה בחובו. והוכיח מההיא דב"ב<sup>18</sup> אימיה דמר זוטרא, דאפי' אשה העומדת לינשא או נישאת מיד אחר המתנה, אפ"ה אמרו הא בכולה הא במקצתה, וש"מ דבמקצת אפי' שיש הוכחה שמתכוין להבריח קנתה.

ועוד כתב גם בנידון דידו אפי' שנרצה לומר שיש הוכחה שמכוין להבריח, כיון שהמתנה היא במקצת הויא מתנה.

[ולפי מ"ש לעיל היה לו לבעל ערוך השלחן להוכיח כן מדברי הרמ"א ז"ל הנ"ל.] עו"כ וגדולה מזו אפי' אם היה לו רק הבית בלבד, ונתנו המתנה לאשתו ובניו דהוי מתנה בכולה, אפ"ה אין כאן אומדן שרוצה להבריח. דהטעם דבטלה מתנה בכולה, דאמדינן דעתו שלא יתן כל ממונו ויחזור על הפתחים. אבל זה בטוח וסמוך באשתו ובניו שיניחוהו לדור בבית עמם, דאפי' בנכסים העשויים למסחר, נראה מדברי הרא"ש

14 מסכת כתובות ע"ט ע"א.

15 משנה תורה לרמב"ם ספר קניין, הלכות זכיה ומתנה פ"ו הי"ב.

16 טור חושן משפט, סימן צ"ט.

17 לעיל הערה 13.

18 מסכת בבא בתרא קנא ע"א.

ז"ל (שם סי' ה) דאם הוא בטוח שיניחו הממון בידו כל ימי חייו, תו ליכא אומדנא הנזכרת, כ"ש בבית שעשוי לדירה ויגורו יחדיו, דאפ"ל דלא התכוין להערים כלל, וע"ש עוד.

שוב כתב, ובלא"ה הויה מתנה גמורה כיון ששייר מקצת, ואפי' שאין במטלטלין ששייר כדי פרנסתו, דהגם הרא"ש ז"ל בב"ב<sup>19</sup> פסק כההיא דא"ר יהודה אמר שמואל וכמה כל שהוא, קרקע כדי פרנסתו, מ"מ הרי"ף ז"ל כתב דליתא, מדרבא א"ר נחמן חמשה עד שיכתבו כל נכסיהם, דשמעת מינה דשיור אפי' כל שהוא הוי שיור ולא בעינן כדי פרנסתו, וכ"פ הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהל' זכיה ומתנה, דבכל הנך דבעינן שיכתבו כל נכסיהן, אפי' בשיור כל שהוא סגי, וכ"פ מרן ז"ל בח"מ (סי' רמו ור"ן) ובאה"ע (סי' צ, קו וקז) ועיין חמ"ח (סי' צ סק"כ). עכ"ד.

ויש להעיר בדב"ק כדרכה של תורה תחילה וראש, מ"ש בתחילת דבריו דמסתמא הוי מלוה ע"פ וכדרך הסוחרים, וגם שלא כתב השואל שהיה שטר וכו', ומאחר והרב המחבר ז"ל דן את זה כמלוה ע"פ מזה יצא לדון דאינו טורף ממשעבדי, ונשאר לדון רק בהא דמברחת וכנ"ל.

ואולם אחר המחילה יש מקום לדון בדבריו, לפי מה שכתב בשאלה, שראובן הלך לעירו של שמעון והלכו שניהם לב"ד ויצא דינם שימכור שמעון את הבית עם כלי הבית, ויתן את מעותיו לראובן, ושמעון לא קבל את הדין, עכ"ל. א"כ זה עדיף ממלוה בשטר, דב"ד פסקו שהוא חייב למכור הבית ולשלם לו ובודאי יש קול, ולכאורה בכה"ג יכול לטרוף ממשעבדי, וגם אם המתנה היא מוחלטת ואין בה שום מרמה ותחבולה כלל ועיקר מ"מ יכול לטרוף ממנה, בדבר שהב"ד פסק בו, וכן פסק מרן ז"ל בש"ע ח"מ<sup>20</sup> (סימן לט ס"י) וז"ל אם יש בידו פסק דין אין הלואה נאמן לומר פרעתי. עכ"ל. ונראה בפשיטות דה"ה נמי דגובה מן המשועבדים, דאחר שנחשב כמלוה בשטר לענין שאינו יכול לטעון פרעתי ה"ה נ"ה דגבי ממשעבדי, דקלא אית להו. ומרן ז"ל בב"י שם למד את זה ממשמעות הרי"ף והרמב"ם ז"ל, ואע"ג דמור"ם ז"ל בהגה שם כתב די"ח ואומרים דבכל ענין נאמן הנתבע לומר פרעתי נגד פסק דין (טור בשם אביעזרי, ומרדכי פ"ק דב"מ, וב"י בשם רש"י) עכ"ל. אך המעיין בש"ך שם<sup>21</sup> יראה שהאריך בזה לדון בדברי מרן ז"ל שבבדק הבית שם, אך בסופו של דבר פסק דהעיקר כדעת מרן ז"ל והזכיר הרבה פוסקים דס"ל בזה כדעת מרן ז"ל, וכתב עוד דגם הרמ"א ז"ל בהגה הכי ס"ל דאעפ"י שכתב בסוף דבריו דיש חולקים כנ"ל מ"מ בתחילת דבריו סתם כסברת מרן ז"ל ושכן עיקר. וכ"כ גם הבה"ט (ס"ק יח) דהש"ך מסיק דעיקר כדעת המחבר שאינו נאמן לומר פרעתי נגד פס"ד ע"ש. עכ"ל.

ועיין עוד בסימן ע"ב<sup>22</sup> וז"ל מרן ז"ל שם, מי שנמחק שטרו וכתבו לו ב"ד שטר אחר

19 מסכת בבא בתרא קמט עב.

20 שולחן ערוך חושן משפט, סימן לט, סעיף י.

21 שולחן ערוך חושן משפט, סימן לט, סעיף י.

22 שולחן ערוך חושן משפט, סימן ע, סעיף ו.



דינו כמלוה בשטר ואינו יכול לטעון פרעתי, ויש מי שאומר דה"ה אם תובע את חברו על פה ונתחייב לו בדין ולא היה בידו לפרועו וכתבו לו מעשה ב"ד, אם טען אח"כ פרעתי אינו נאמן וגובה מהלקוחות. עכ"ל. וכתב הסמ"ע שם<sup>23</sup> וזה עדיף מפסקן של דיינים שיש בו פלוגתא כמ"ש לעיל סימן לט ס"י, והטעם דפסק דין עומד לפרעו מיד, משא"כ זה דידוע דלא היה לו לפרוע ונתנו לו המעשה ב"ד להיות בידו לראיה לאחר זמן. וכו', עכ"ל. ואעפ"י שהש"ך שם<sup>24</sup> כתב ע"ד הסמ"ע הנז', דלעיל סימן לט השיג עליו ע"ש. אך לפי מה שכתבתי משמו, דאיהו גופיה ז"ל בסימן לט העלה דהעיקר כדעת מרן ז"ל. א"כ כ"ש וק"ו בזה דהעיקר כדעת מרן ז"ל, שאם היה חייב לו מלוה ע"פ ולא פרע וב"ד חייבוהו, וכתבו לו מעשה ב"ד, שאין הנתבע יכול לטעון פרעתי, וגם דיכול לטרוף ממשעבדי דמעתה יש לו דין מלוה בשטר דקלא אית ליה, והיינו ממש נידון דהרוח קדים הנ"ל, דמסתמא כשפסקו ב"ד את הדין הזה נתנו לו גם פס"ד כתוב כנהוג, והיינו מעשה ב"ד.

וכן ראיתי במשכנות הרועים להגאון ר' עוזיאל אלחייק ז"ל<sup>25</sup> שכתב לדין דגרינא בתר מרן ז"ל וסבר לה דבפסק דין אינו נאמן לומר פרעתי וכו', וע"ש שכתב דאפי' חתם רק א' מהדיינים הדין כן וע"ש. ולהאמור גם לדעת מור"ם ז"ל הדין כן. זאת ועוד דלדברי ערוך השלחן דבמקום שקדמה ההלואה, אפי' שנתן מתנה גמורה, מאחר ועשה כן כדי להבריח, הבע"ח גובה מהם, א"כ ה"נ כיון שקדם החוב בכמה שנים למתנה וכנ"ל, וגם נראה ברור כשמש שלא נתנה אלא כדי להבריח מהבעל חוב, לפי ערוך השלחן הנז' יכול לגבות ממנה.

(ו) וגם מ"ש הרב שער הקדים ז"ל דכיון דנתן הדירה לאשתו ובניו, אינה הברחה, במחכ"ת הרם י"ל בהיפך, דכיון שנתן הדירה לאשתו ובניו לכ"ע אינה מתנה, והבעל חוב גובה ממנה. דאמנם נכון שדעתו סומכת על אשתו שלא תוציאו וימשיך לדור עמה, וכתב הרהמ"ח ע"ה, דע"כ אין כאן אומדנא דלא יהיב כל אשר לו ויחזור על הפתחים, אך מאידך יש מקום לומר דכל כך סומך עליה, עד דהוי כמוציא מכיסו הימנית ומניח בכיסו השמאלית, דאין ספק דלא התכוין לתת לה, רק הסכם עשו ביניהם וקשר בוגדים הוא זה, לאמר ולכתוב שנותן לה במתנה, ובניתיים יפסידו להבעל חוב את חובו, והם ימשיכו לגור וליהנות מדירתם כימים ימימה באין מפריע ואין מחריד.

וראיה לזה מתשובת הרא"ש ז"ל שבטור<sup>26</sup> וז"ל תשובה לא"א הרא"ש ז"ל תורת אמת וחוקים טובים ומשפטים ישרים נתן הקב"ה לישראל ע"י משה רבינו ע"ה, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום צדיקים ילכו בהם וכו'... ויען אשר ראיתי מקצת

23 שולחן ערוך חושן משפט, סימן ע, סעיף ו ס"ק יט.

24 שולחן ערוך חושן משפט, סימן ע, סעיף ו ס"ק כה.

25 משכנות הרועים לר' עוזיאל אלחייק מערכות פ אות נג.

26 טור חושן משפט, סימן צט (מחודש ז).

אנשים, שכותבים נכסיהם לאחרים יהודים או גויים ואח"כ לווים, וכשבא המלוה לגבות חובו, מצוה להוציא השטר ותולה נכסיו באחרים, והכל רואין שאע"פ שכתב נכסיו לאחרים, הוא מחזיק בהם ונושא ונותן בהם, ומעולם לא יצאו מרשותו, כמו דין שבא לפני, בראובן שנתחייב לשמעון וכו' (ע"ש באורך), ובאתי לשבר מלתעות עול, ולהפר מחשבות ערומים, ולהודיע ולבאר שאין במתנה זו ממש, לפי שידוע וניכר לכל באומדנא דמוכח, שלא גמר להקנות אלא להבריח נכסיו מבעלי חובו ויאכל ממון אחרים, ולא ימצאו לו ממה לגבות חובם. דאנן סהדי שאין אדם נותן שלו לאחרים ויחזור על הפתחים, וגם אם הבן עכשיו קטן לכשיגדיל יתבע נכסיו ויוציאם מתחת ידי אביו, ויצטרך האב לחזור על הפתחים, ועוד רגלים לדבר שהקנה לו וכו', ועוד כי השטר שעשה לבן מוכיח שלא היתה המתנה אלא למראית העין להבריח נכסיו, ורצה שישאר השטר בידו, וכשיצטרך להראות ימסרנו לאחר להראותו ויחזירנו לידו, וכו', וסוף דבריו כתב, ומצינו בדברי חכמים שביטלו עצת המערימים, כדאמרינן גבי דינא דבר מצרא<sup>27</sup> זבן גריוא דארעא וכו', והדברים ק"ו ומה התם דתקנת חכמים בעלמא היא משום דינא דבר מצרא, משום ועשית הישר והטוב, נתחכמו חכמי התלמוד לבטל עצתו ולא תעשנה ידיו תושיה, על אחת כו"כ הבא לגזול חברו ולבטל דברי תורה שנבטל ערמתו. עכ"ל. וע"ש עוד מזה.

וכתב הטור שם עוד, וכיו"ב ראיתי מרנא ורבנא ה"ר מאיר, שדן באחד שקנה קרקע והתנה בשעת הקנין שלא תהיה לאשתו שעבוד כתובתה עליו, וגם על אחד שקנה קרקע וציוה לכתוב השטר בשם אחיו כדי להפקיע ממנו שעבוד אשתו, ופסק שתגבה כתובתה ממנו אחרי שכיון להערים ולהפקיע תקנת חכמים, לא תועיל לו ערמתו. כ"ש בנדון זה שצורך שעה הוא ומגדר מילתא, ומילתא דשכיחא היא. עכ"ל. וע"ש עוד בזה.

ולפי"ז ה"נ בנידון זה דנתן לאשתו ובניו וממשיך לגור עמם ולנהוג בהם כתמול שלשום וכבעה"ב גמור, אין זה אלא ערמה ולא תועיל עורמתו. ועו"כ הרמ"א ז"ל שם בד"מ<sup>28</sup> (אות ז') משם הב"י<sup>29</sup> תשו' הרשב"א ז"ל (ח"ב סי' רפ"ג, וח"ו סי' רנ"ג) באחד שהיה חייב לחברו והלך והקנה כל אשר לו לבנו הקטן, והשיב דמוציאין מידו דאינו אלא הברחה בעלמא, ואפי' היה מתנה גמורה, לא עדיף מאילו מת הלוה דמוציאין מיתומים לפרוע חוב אביהם, וכדלקמן (סי' ק"ח שם) וה"ה כאן מאחר שידוע שלא פרע. עכ"ל.

ואע"ג דמיירי בהקנה הכל, נלע"ד דלאו דוקא, רק הדגש בזה שנתנם לבנו הקטן דבזה נראית רמאותו, ועדיין צריך להתיישב בזה, [ולעיי' ברשב"א ז"ל בפנים]. ועוד חזון למועד אי"ה ברוך הוא.

27 מסכת בבא מציעא ק"ח ע"א.

28 טור חושן משפט, סימן צ"ט, אות ז'.

29 טור חושן משפט, סימן צ"ט, בסי' ק"ח ס"א.

והלם ראיתי להגאון רבי רפאל ברדוגו זלה"ה<sup>30</sup> בשו"ת משפטים ישרים שהזכיר דברי מור"ם ז"ל (בסימן צ"ט ס"ז) הנ"ל, וכתב שכן נראה גם מלשון התקנות שאם נראה לעיני ב"ד שהיתה כונתו למתנה גמורה קנה אף שהיה להבריה, ותדע לך שהוא כן, שהתקנה ההיא בנויה על סברת הרא"ש ז"ל כמ"ש בסוף התקנה, ודברי הרא"ש ז"ל הוא דברי מרן בס"ז. ובהגה' שם, כ' שאם כונתו למתנה גמורה קנה הגם שכיוון להבריה. עו"כ שם דאפילו ספק אם היא מתנה גמורה אין להוציא מידי המקבל, אא"כ נודע באמת שאינה מתנה גמורה, ב"י בשם הרשב"א ז"ל. והקשה דברי רשב"א ז"ל אהדדי, דלקמן (סי' רמ"ו ס"ה) כ' מרן משם רשב"א ז"ל דכל דאיכא ספיקא בלשון, על המקבל להביא ראיה, וע"ש שחילק בין היכא דהשטר בידי המקבל ובין היכא דאין השטר ביד המקבל דהמוציא מחברו עליו הראיה, ועוד דבספק שבלשון על המקבל להוכיח, אבל כשלושון השטר ברור, כשבאים לבטלו מצד אחר, לא מרעינן שטרא מספק.

עו"כ שם שאם שייר קצת מנכסיו מתנתו מתנה גמורה וכמ"ש הרשב"א ז"ל הנ"ל, וכן מדוקדק בלשון הש"ע כמה פעמים בח"מ ובאה"ע, וע"ש עוד שהאריך הרבה בנ"ד שאין שום אומדנא שהבריה, ואדרבה הוכיח דיש כמה אומדנות שהתכוין למתנה גמורה וקיימה, כיע"ש.

וכן ראיתי לו בספרו הבהיר תורות אמת<sup>31</sup>, דכתב שכתב דהפקעה זו היא בשני אופנים, או אם היתה מלוה על פה, ונתן בין קרקע בין מטלטלין דמלוה ע"פ אינה נגבית ממשעבדי, או אם היתה מלוה בשטר ונתן מטלטלין נחשב שאין מטלטלין נטרפין מהמקבל משום תקנת השוק. ונראה דדוקא נתן כל אשר לו כמו שסיים הרא"ש ז"ל דחזקה אין אדם נותן כל נכסיו וימות מרעב, ועיין ש"ך ס"ק ט"ז, עכ"ל.

מסקנא דמילתא, כיון שמוכח להדיא שהיה מתחמק ומרמה את ראובן עשרת מונים, ובסוף כתב הבית ע"ש אשתו וילדיו, אין זו מתנה כלל, דהוי כמעביר מכיס לכיס, דבטוח לבו וסמוך באשתו שלא תפיל משערו ארצה, ונשאר הוא בעה"ב על ביתו במושלם, ולא תועיל לו רמאותו כלל, וגובה ראובן כל כספו שמגיע לו מאותו הבית במושלם.

ועוד דכבר פסקו לו והו"ל מלוה בשטר, ואפילו אם המתנה קיימת גובה ממנה. ועוד דהחוב קדם למתנה דבזה כתב הערוך השלחן דבכה"ג הוא גובה מהמתנה בכל גונא. וכבר דקדקתי כן מהש"ע. וע"כ ראובן גובה כספו מהבית.

30 בשו"ת משפטים ישרים לר' רפאל ברדוגו, סי' רס"ח.

31 תורות אמת חח"מ סי' צ"ט ס"ו.

