

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

בס"ד, גליון תרצד, פרשת כי תצא, תשפ"ו מאת: יצחק בירך דסקל – דיין ומו"ץ

טל: 052-7611435 y.b.daskal@ybdaskal.com [דואר אלקטרוני: y.b.daskal@ybdaskal.com](mailto:y.b.daskal@ybdaskal.com) [להורדת כל ספרי בינת המשפט חינם לחץ כאן](mailto:y.b.daskal@ybdaskal.com)

סימן תרצד

ביאור התשובה

מקור הדין של את וחמור

גרסינן בבבא בתרא (קמג, א) "איתמר: קני כחמור, לא קנה. את וחמור, רב נחמן אמר: קנה מחצה, ורב המנונא אמר: לא אמר כלום, ורב ששת אמר: קנה הכל" ע"כ. ופירש הרשב"ם וז"ל "את וחמור את ובהמה זו תקנו נכסיי: קנה מחצה. דהכי אמר ליה, אתה וחמור תקנו שניכם, הוא מחצה ואתה מחצה, ולא אבד האיש חלקו בשביל החמור, שלא תלאן זה בזה: לא קנה ולא כלום. דכיון דבקנין אחד שיתף שניהם, לא נגמרה בדעתו להקנות לזה בלא זה כלום, וכיון דחמור לא קנה, איהו נמי לא קנה: רב ששת אמר קנה הכל. אדם יודע שאין חמור קונה, וגמר בדעתו שמי שיוכל לקנות משניהם יקנה." עכ"ל. מבואר שאם אומר, שחמור ואדם זה יקנו נכסיו, לרב נחמן האדם קנה מחצה, לרב המנונא לא קנה כלום. ולרב ששת קנה הכל.

העולה מזה: אם אומר, שחמור ואדם זה יקנו נכסיו, לרב נחמן האדם קנה מחצה, לרב המנונא לא קנה כלום. ולרב ששת קנה הכל.

פסקי דין סותרים

והרמב"ם (מכירה כב, יב) פסק כרב נחמן, וכן הטור (חושן משפט סימן רי), וכתב שם הבית יוסף וז"ל "וידוע דהלכה כרב נחמן בדיני (כתובות יג.), וכן פסקו כל הפוסקים". עכ"ל. וכן פסק המחבר בחושן משפט (רי, ג) וז"ל: "אמר ליה: קנה נכסי או חפץ פלוני, אתה ובהמה זו, או אתה ועובר זה, קנה הוא מחצה". עכ"ל המחבר. והרמ"א סתם כדברי המחבר. וכן כתב הרמ"א בחושן משפט (רט, ד) וז"ל: "מי שמקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם, עם דבר שבא לעולם, יש אומרים דדמי לקני את וחמור, כמו שיתבאר לקמן סוף סימן ר"י (מרדכי פרק מי שמת) עכ"ל. והיינו כרב נחמן דקנה מחצה.

לפיכך יש לתמוה טובא על מה שבחושן משפט (סימן רג סעיף י), הביא הרמ"א את כל השיטות, וז"ל: "הגה: החליף מעות ומטלטלים, או מעות וקרקע בחד, י"א הואיל וחליפין אינן קונין במעות נתבטל כל הקנין, וי"א דכל הקנין קיים, וי"א דקיים אצל הקרקע והמטלטלים ובטל אצל המעות (מרדכי פרק מי שמת רמז תרה). והוא הדין אם קנו באיזה דבר המועיל בו קנין עם דבר שאין בו ממש, דהוי קנין דברים" עכ"ל.

נתנה במתנה דירה והתברר שחציה אינה שלה

ובו יבואר: א. דין קנה את וחמור: ב. סתירה בפסקי הרמ"א: ג. שיטת קצות החושן לחלק בין מקנה לשני אנשים, ובין אחד שקונה שני דברים: ד. חידוש הנודע ביהודה שאם ברור שטעה, קונה: ה. האם בנותן מתנה הכל מודים שקונה מחצה.

הנידון

"לאחר שאבא שלי נפטר, אמא שלי ביקשה שאבוא לגור אצלה עם כל המשפחה שלי. טיפלתי בה שנים רבות במסירות נפש. להורים יש שלוש דירות, שתיים משוכרות ואחת אמא דרה בה. אמא אמרה לי שהדירות המושכרות רשומות בטאבו חצי על שם אבא וחצי על שמה, והיא כתבה צוואה שהדירות המושכרות יתחלקו שווה בשווה בין כל הילדים, אבל את הדירה שהיא דרה בה היא חשבה שזוהי רשות רק על שמה, וכתבה צוואה שהיא נותנת לי את כל הדירה. לבסוף התברר שגם הדירה הזאת רשומה חצי על שם אבא. כמובן שבחצי של אבא כולם מתחלקים שווה בשווה, ובחצי של אמא רק אני קיבלתי. אלא שנפשי בשאלתי, כיון שאמא כתבה שכל הדירה שהיא דרה בה היא נותנת לי, ומחצה מהדירה אינה יכולה לתת, כי היא של אבא והיורשים ירשו אותה, אם כן אולי גם מה שנתנה לי לא מועיל, שמתוך שלא חל המכר על חצי דירה של אבא, לא יחול גם על חצי שלה. עוד רציתי לדעת אם דין "את וחמור", המובא בהלכה, נאמר גם במתנה או רק במכר".

תשובה

כתב הנודע ביהודה, שקנה את הדירה. כיון שרק כאשר אדם מקנה לאחד יחד עם חמור, יש אומרים שלא קנה האדם, משום שהמקנה טעה וסבר שגם החמור יכול לקנות. וכיון שהתכוון להקנות את הדבר לשניהם כאחד, אנו אומרים שכשם שהחמור לא קנה, כך גם האדם לא קנה. אבל המקנה לחבירו דירה שלו יחד עם דירה של אדם אחר, שאינה שייכת למקנה, בזה קנה חבירו את הדירה השייכת למקנה. הטעם הוא, שאין אדם טועה לחשוב שבכוחו להקנות דבר שאינו שלו, ולכן אנו אומרים שדעתו היתה להקנות לחבירו כל מה שבידו להקנות, ומה שאינו שלו אינו גורע מהקניין במה ששייך לו.

בינת המשפט

ענייני ממונות אקטואליים

קרקעות ומטלטלין ומעוות בבת אחת, ונחלקו חכמי הדור בדבר. יש אומרים דדמי לקני את וחמור דפרק מי שמת, וכי היכי דלא קני המעוות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין, גם המטלטלין והקרקע לא קנה וכו' ע"ש. והוא תמוה, דהא קי"ל כרב נחמן דאמר קנה מחצה וכתב על זה שם בהג"ה וז"ל, דכאן בנדון זה נחלקו חכמי הדור משום דאינו דומה להתם, משום דבנדון זה אמרינן מיגו. וזהו שכתב, וכי היכי דלא קני המעוות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין, גם המטלטלין והקרקעות לא קני. ולא שייך למיפרך למה לא אמרינן ג"כ מיגו גבי קני את וחמור, משום דלא שייך למימר התם מיגו, כמו שפירש הרשב"ם (שם ד"ה את וחמור) דהו"ל כאילו אמר בהדיא הוא מחצה ואתה מחצה, ולמה יפסיד האיש חלקו בשביל החמור, שלא תלאן זה בזה, ע"ש.

"ותורף דבריו, דהיכא דהקנין הוא לאחד ובשני דברים, באחד מועיל הקנין ובשני אינו מועיל, אמרינן מיגו דלא קנה זה לא קנה כלום. אבל אם הקנין הוא לשני בני אדם, אף על גב דאחד לא קנה, השני מיהת דבר קנין הוא, קנה מחצית, והיינו האי דרב נחמן וכו' עכ"ל. והאריך שם ליישב הא דחמש נשים.

נמצינו למדים, דאם מקנה לשנים ואחד יכול לקנות ואחד לא יכול לקנות, זה שיכול לקנות קונה מחצה דהלכה כרב נחמן בקני את וחמור. אבל אם מקנה בבת אחת שני דברים לאחד, ובאחד חל קנין ובאחד לא חל קנין, נחלקו הפוסקים האם חל הקנין, י"א שקונה מה שיכול לקנות, וי"א שלא קונה כלל, וי"א שקונה מחצה. ובה מיושב פסקי הרמ"א, דבסימן רג סעיף י, איירי במקנה לאחד בבת אחת שני דברים לאחד, ובאחד חל קנין ובאחד לא חל קנין, לכן הביא הרמ"א ג' שיטות. אבל במקנה לשני אנשים שאחד קונה ואחד לא קונה, בזה פסק כרב נחמן דקונה מחצה.

ובדין מקנה לאחד כמה דברים שאין קנין על חלק מהם, בזה ואין הכרעה בהלכה זו. ולפי זה במקנה דירה שלמה לאחד, יש מחלוקת האם קונה מחצה.

ובפתחי חושן (חלק ח פרק א סעיף כג) כתב, וז"ל "המקנה בקנין אחד, דבר שחל בו הקנין עם דבר שלא חל בו הקנין, נראה דעת רוב הפוסקים שקנה אותו חלק שחל בו קנין" עכ"ל. הנה פוסק להלכה שאפילו במקנה שני דברים לאחד, ובדבר אחד חל קנין ובאחד לא חל קנין, קונה מה שחל הקנין. שהיא דעת רוב פוסקים.

אבל יש לדון, האם יכולים לומר קים לי, דהיינו היורשים יכולים לומר שמוחזקים בדירת האם מדין יורשים, וקים להו כהני פוסקים דלא קנה.

ומקורו במרדכי (בבא בתרא פרק מי שמת רמז תרה) וז"ל "מעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעוות בבת אחת, ונחלקו חכמי הדור בדבר, יש אומרים דדמי לקני את וחמור דפרק מי שמת, וכי היכי דלא קני המעוות לפי שאין מטבע נקנה בחליפין, גם המטלטלין והקרקע לא קנה, וי"א קנה הכל במגו שחל הקנין על הקרקעות והמטלטלין חל נמי אמעוות. וכתב רבינו שמחה אף על גב דמעוות לא קנה, קרקעות ומטלטלין קנה, דאי לא תימא הכי הא דאמר פ"ק דקדושין נכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש להם אחריות בכסף ובשטר ובחזקה, ואמר בגמרא דבעינן אגב, למה לי אגב, ליקני מטלטלין במגו דחייל אקרקע. וליכא למימר דדמי לאת וחמור, דחמור לאו בר קנין הוא, אבל מטבע נקנה במשיכה והגבהה ובתורת חצר עכ"ל.

וכבר עמד בזה הסמ"ע, ולא הארכנו בזה כיון שנידון דידן אינו דומה לאת וחמור כמבואר להלן.

העולה מזה: המחבר פסק, שקני את וחמור קנה מחצה, כרב נחמן, וכן סתם הרמ"א בשני מקומות. ובסימן רג סעיף י' הביא הרמ"א ג' שיטות בדין החליף מעוות ומטלטלין יחד.

שיטת קצות החושן

ובקצות החושן (סימן רי, ס"ק ה) כתב על דברי המחבר דקני את וחמור קונה מחצה, וז"ל: "קנה הוא מחצה. פרק מי שמת (ב"ב קמ"ג, א) קני את וחמור, רב נחמן אמר קנה מחצה, ורב המנונא אמר לא אמר כלום, ורב ששת אמר קנה הכל. ואיפסקא הלכתא כרב נחמן דאמר קנה מחצה, וכ"כ הרמב"ם (פכ"ב ממכירה הי"ב) והטור ושו"ע. והקשו הראשונים מסוגיא דקידושין דף נ"א (ע"א), שם במעשה דחמש נשים ובהן שתי אחיות, וליקט אחד בכלכלה של תאנים ושללהן היתה וכו', ואמר הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זאת, וקיבלה אחת מהן על ידי כולם. אמרו חכמים אין אחיות מקודשות. ופריך, הא נכריות מקודשות, ואמאי את וחמור הוא. ומוקי לה באומר הראויה מכם לביאה תתקדש לי. והיכי פריך את וחמור, כיון דקי"ל כרב נחמן דאמר קנה מחצה. וביותר תמוה דברי הרמב"ם פ"ט מהלכות אישות (ה"ב) שכתב כמסקנא דש"ס באומר הראויה מכם לביאה, ע"ש. וכיון דפסק כרב נחמן דקנה מחצה, למה צריך לומר הראויה מכם וכו'.

"ותלמידי ה"ה הרבני החרף מוהר"ר יצחק פרענקיל ש"ן, חתן הרבני הנגיד המפורסם מוהר"ר יוסף מייזלש מלבוב, תירץ לפי מה שכתב במרדכי (ב"ב סי' תר"ה) מעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

דומה לקני את וחמור. אומר אני כו' אמנם העומקא ורומא עם גוף הבית מסתמא היה כאחד, שהרי אפילו אם הוא הודאה גם לשון הודאה הוא שנתתי לו הבית וכו' מתהום ארעא וכו', וא"כ בזה שייך קני דבר הנקנה עם דבר שאינו נקנה, שדימה המרדכי לקני את וחמור".

"אומר אני שאעפ"כ אין כאן ביטול המתנה לשום דעה, ואקדים לך סברא אחת הנלע"ד, שלעולם לא חיישין שהמקנה ידע בשעת מעשה שהקנין הזה אינו מועיל והקנה בכדי ללא שום תועלת. וראיה מדברי מהרר"א הובא בהגהת רמ"א סי' קצ"ה ס"ה, דבסתם אמרינן דהוי מעכשיו וכו', דודאי בכדי לא הוה עבד. ואמנם פלוגתא דאמוראי בב"ב דף קמ"ג ע"א בקני את וחמור, דרב המנונא סבר לא קנה כלום, אין טעמו שידע המקנה שחמור לאו בר קנין הוא, ולא גמרה דעתו להקנות לזה בלא החמור, דא"כ בכדי הקנה, אבל טעמו דרב המנונא, שהמקנה טעה וסבר שחמור בר קנין הוא, ותלאן זה בזה, ולא גמרה דעתו זה בלא זה. אבל היה רצונו שיקנו שניהם יחד, וכיון שבאמת החמור אינו בר קנין, ממילא גם זה לא קנה. ורב ששת הוא דסבר שאדם יודע שאין חמור קונה, ולכן קנה זה הכל, כי כן היתה כוונתו. ודוק שם בדברי רשב"ם. בדברי ר"ש הוא שפירש אדם יודע וכו', ולא פירש כן בדברי רב המנונא. וכן ביארתי בחיבורי נ"ב (קמא) חלק ח"מ סי' כ"ו וסי' כ"ח, וזה אצלי ברור. ועיין מה שאכתוב עוד לקמן בסברא דרב המנונא".

"ומעתה אם נימא שהאשה הקנתה לו עומקא ורומא מה שאינו שלה, והא ודאי שלא טעתה וסברה שיכולה ליתן במתנה דבר שאינו שלה, שבזה אין אדם טועה שיכול ליתן מה שהוא של אחרים. אבל צריכין אנו לפרש שהיה בדעתה לקנות העומקא ורומא, והקנתה עתה לבנה מה שיבוא לרשותה אח"כ, והיתה סבורה שיכולה להקנות מה שאינה ברשותה. ואמנם אף שהיה בדעתה לקנות העומקא ורומא, מ"מ לא היה ברור לה שיתרצו השכנים למכור לה עומקא ורומא, וכוונה על הספק שאם יתרצו השכנים למכור לה היא נותנת במתנה לבנה. ומעתה לפ"ז הרי כבר ביארתי בחיבורי שם בסי' כ"ו בד"ה אבל עוד נראה וכו', דבדבר שאינו ברור לו שיבוא לרשותו ודאי לא אמרינן שלא רצה להקנות זה בלא זה, וחזקתי הדבר בסי' כ"ח, יעויין שם. וא"כ לא נכתב לקני גוף הבית בשביל ביטול העומקא ורומא. עכ"ל".

ולפי זה גם בנידון דידן קונה את הדירה של אמו ללא ספק, דהרי טעתה וחשבה שגם החצי של בעלה רשום על שמה, אבל אם היתה יודעת שרק מחצה דירה על שמה היתה נותנת לו מחצה, דאין אדם נותן ומקנה בכדי, ממש כדברי הנודע ביהודה.

העולה מזה: לפי ביאור קצות החושן, אם מקנה לשנים ואחד יכול לקנות ואחד לא יכול לקנות, זה שיכול לקנות קונה מחצה. ואין בזה מחלוקת להלכה. אבל אם מקנה בבת אחת שני דברים לאחד, ובאחד חל קנין ובאחד לא חל קנין, נחלקו הפוסקים האם חל הקנין. ואע"פ שהפתי חושן פוסק דקונה, יש לעיין אם יכול לומר קים לי.

שיטת הנודע ביהודה דקנה

אבל מצאתי בשו"ת נודע ביהודה שנשאל ממש על שאלה כזאת, על אשה שנתנה מתנת בריא בצוואה לבנה את הדירה עם העליות ותחת הבנין, ולא היה לה עליות ותחת הבנין, ונשאל האם אמרינן שמתוך שלא חל הקנין על דבר שאינו שלה לא יחול גם על הדירה שלה. ומבאר דאין אדם מקנה בכדי, ולכן לא אומרים שהקנה כדי שלא יחול, רק טעה וחשב שחמור קונה, לכן הקנה לאחד עם החמור, ולכן תלה את הקנין בחמור, וכיון שחמור לא קנה גם האדם לא קנה. אבל אם ברור לנו שהאשה טעתה וחשבה שהעומק שלה, הרי פשוט שכוונתה היא שיקנה מה שיכול לקנות, ולכן ברור שקנה את הדירה, ונידון זה אינו שייך כלל למחלוקת הנ"ל, כיון שיש לחלק בין מקנה לאחד בקנין שמועיל לדבר אחד ולשני לא מועיל, שבזה יש לומר האם חל הקנין על הדבר השני, אבל אם טועה ומקנה בטעות דבר שאינו שלו, בזה אין כלל מחלוקת הפוסקים, שכוונתו להקנות מה שיכול להקנות.

וז"ל שו"ת נודע ביהודה (מהדורא תניינא, חושן משפט סימן מז) "אשה אחת עשתה שטר מתנה לבנה וזהו נוסחו, זכרון עדות שהיה בפנינו עדים חתומים מטה איך שבאתה האשה וכו' ואמרה לנו הוו עלי עדים כשרים ונאמנים וקנו מאתי בקנין גמור אגב סודר וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח המועיל ואף חתמו ותנו ליד בני וכו' להיות בידו לעדות ולראיה מבוררת, שרציתי מרצוני הטוב שלא באונס וכו' והנני מודה בפניכם כמודה בפני ב"ד חשוב וראוי איך שנתתי לבני וכו' החלק בית שלי, הבית חורף והחדר קאמיר ששייך לי וכו' אותו בית חורף והקאמיר הנ"ל נתתי לבני וכו' במתנה גמורה וכו' מתהום ארעא ועד רום ריקע עם כל הזכויות וכו' ע"כ העתק השטר מתנה. ונתברר שאין להאשה בבית חורף וקאמיר ההוא רק כמות שהם אבל אין לה לא תהום ארעא ולא אויר העליון כלל".

והאריך שם להשיב, ואחרי כן כתב, וז"ל "ומעתה הנדון על הערעור השני שעוררתם על השטר הזה, כיון שיש בו עומקא ורומא שהוא דבר שאינו שלה, וגם על מטבע שאינו נקנה בחליפין, א"כ הרי זה

בינת המשפט

עניני ממונות אקטואליים

דינים העולים:

א. אם אומר, שחמור ואדם זה יקנו נכסיו, לרב נחמן האדם קנה מחצה, לרב המנוא לא קנה כלום. ולרב ששת קנה הכל.

ב. המחבר פסק, שקני את וחמור קנה מחצה, כרב נחמן, וכן סתם הרמ"א בשני מקומות. ובסימן רג סעיף י' הביא הרמ"א ג' שיטות בדין החליף מעות ומטלטלין יחד.

ג. לפי ביאור קצות החושן, אם מקנה לשנים ואחד יכול לקנות ואחד לא יכול לקנות, זה שיכול לקנות קונה מחצה. ואין בזה מחלוקת להלכה. אבל אם מקנה בבית אחת שני דברים לאחד, ובאחד חל קנין ובאחד לא חל קנין, נחלקו הפוסקים האם חל הקנין. ואע"פ שהפתחי חושן פוסק דקונה, יש לעיין אם יכול לומר קים לי.

ד. שיטת הנודע ביהודה דאין אדם מקנה בכדי, ולכן לא אומרים שהקנה כדי שלא יחול, רק טעה וחשב שחמור קונה, לכן הקנה לאחד עם החמור, ולכן תלה את הקנין בחמור, וכיון שחמור לא קנה גם האדם לא קנה. אבל אם ברור לנו שהאשה טעתה וחשבה שהעומק שלה, הרי פשוט שכוונתה היא שיקנה מה שיכול לקנות, ולכן ברור שקנה את הדירה.

ה. : בדין נותן מתנה, אע"פ ששיטת בני חיי ופעמוני זהב שבנותן הכל מודים שקונה מחצה, מכל מקום קשה לסמוך על זה למעשה.

העולה מזה: שיטת הנודע ביהודה דאין אדם מקנה בכדי, ולכן לא אומרים שהקנה כדי שלא יחול, רק טעה וחשב שחמור קונה, לכן הקנה לאחד עם החמור, ולכן תלה את הקנין בחמור, וכיון שחמור לא קנה גם האדם לא קנה. אבל אם ברור לנו שהאשה טעתה וחשבה שהעומק שלה, הרי פשוט שכוונתה היא שיקנה מה שיכול לקנות, ולכן ברור שקנה את הדירה.

דין קני את וחמור דמתנה

עוד יש לברר בנידון דידן דהוי מתנה, האם במתנה הכל מודים שקונה מה שיכול לקנות, דהנותן דעתו לתת בעין יפה. והנה, על מה שכתב הרמ"א בסימן רג סעיף י' שלושה שיטות בדין החליף מעות ומטלטלים, או מעות וקרקע ביחד, ומובא לעיל, כתב בפעמוני זהב (סימן רג סעיף י') וז"ל "מענות ומטלטלים וכו'". עיין בני חיי הגהות הבית יוסף [אות ז'] שכתב דלא פליגי אלא במקח וממכר דוקא, אבל במתנה כולי עלמא מודו דקנה קרקע ומטלטלים "עכ"ל. והביאו בפתחי חושן (חלק ח פרק א, הערה מד), ומסיים וצריך עיון. וטעמו, כי לא מצאנו מקור לחלק בזה. ודברי קצות החושן הנ"ל והראשונים אייר בנותן, ולא חילקו בין מכר למתנה. נמצינו למדים אע"פ ששיטת בני חיי ופעמוני זהב שבנותן הכל מודים שקונה מחצה, מכל מקום קשה לסמוך על זה למעשה. וכבר ביארנו שבלאו הכי קונה את הדירה על פי שיטת הנודע ביהודה.

העולה מזה: בדין נותן מתנה, אע"פ ששיטת בני חיי ופעמוני זהב שבנותן הכל מודים שקונה מחצה, מכל מקום קשה לסמוך על זה למעשה.

